UNIVERSIDADE LaSalle



Sociology of Law

Perspectivas das relações entre Direito e Sociedade em um sistema Social Gobal

2017

UNIVERSIDADE LA SALLE

ANAIS SOCIOLOGY OF LAW 2017:

Perspectivas das relações entre direito e sociedade em um sistema Social Global

Canoas, 2017.

REITOR
Paulo Fossati

VICE-REITOR
Cledes Antonio Casagrande

PRÓ-REITORA ACADÊMICA
Vera Lúcia Ramirez

PRÓ-REITOR DE DESENVOLVIMENTO
Renaldo Vieira de Souza

COORDENAÇÃO GERAL
Germano Schwartz

COMISSÃO EDITORIAL
Lucas Konzen (RCSL)
Lorena Pinto Gonzáles (LaSalle Costa Rica)
Marcos Catalan (Unilasalle-Canoas)
Maria João Guia (IJ - Universidade de Coimbra)
Wanda Capeller (IEPO/Toulouse- França)

COMISSÃO ORGANIZADORA
Antônio Carlos Wolkmer
Germano Schwartz
Renata almeida da Costa

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S678a Sociology of Law (3. : 2017 : Canoas, RS).
Anais Sociology of Law 2017 [recurso eletrônico] : perspectivas das relações entre direito e sociedade em um sistema social global / [coordenação geral Germano Schwartz]. – Dados eletrônicos. – Canoas, RS : Unilasalle, 2017.

Evento realizado nos dias 1, 2 e 3 de junho de 2017 na Universidade La Salle, em Canoas, RS.
Modo de acesso: <http://www.sociologyoflaw.com.br/midia>.
ISSN 2448-1696

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

CDU: 34:316(063)

Bibliotecário responsável: Samarone Guedes Silveira - CRB 10/1418

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... 13

GT EDUCAÇÃO DE QUALIDADE INDICADORES E PRÁTICAS I 14

O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E O DESAFIO DA EDUCAÇÃO PARA A RESPONSABILIDADE SOCIAL 15

A GESTÃO UNIVERSITÁRIA COM FOCO NO PERFIL DO EGRESSO: FORMAÇÃO PARA A RESPONSABILIDADE SOCIAL 27

A TRANSPARÊNCIA NA REGULAÇÃO DA QUALIDADE DA PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO INTRODUZIDA PELA PLATAFORMA SUCUPIRA EM RELAÇÃO ÀS SECRETÁRIAS DOS PPGS 42

O PROCESSO DE BOLONHA EM PORTUGAL: UM ENSINO SUPERIOR DE QUALIDADE? 57

CULTURA ORGANIZACIONAL NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: IMPACTOS NO BEM-ESTAR DOCENTE 71

AS ESCOLAS DE NEGÓCIOS, NA GERAÇÃO DE INOVAÇÃO E COMPETÊNCIAS GERENCIAIS COMPLEXAS EM TEMPOS DE INTERNACIONALIZAÇÃO 87

MODELO DE INDICADORES DE GESTÃO EM SEGURANÇA DO TRABALHO NA GESTÃO UNIVERSITÁRIA 96

RAZÕES E CONDIÇÕES PARA PERMANECER NA ENGENHARIA 108

O ENVOLVIMENTO DE ESTUDANTES DE DIREITO EM UMA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR E O EXERCÍCIO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL 122

UM ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO ACADÊMICA EM TOMADA DE DECISÃO - UMA META-ANÁLISE COMPARANDO AS ÁREAS DE GESTÃO E NEGÓCIOS E GESTÃO EDUCACIONAL 131

O DIREITO A UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE:RELATO SOBRE UMA EXPERIÊNCIA EDUCATIVA COM CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL 142

O SERVIÇO EDUCATIVO A POBRES NOS DISPOSITIVOS LEGAIS DO INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS: PERSPECTIVAS PARA UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE 153

PROJETO EDUCATIVO REGIONAL LASSALISTA LATINO AMERICANO (PERLA): OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DAS URGÊNCIAS EDUCATIVAS 165

DO ACESSO UNIVERSAL À EDUCAÇÃO: AVANÇOS E DESAFIOS 176

A EDUCAÇÃO SUPERIOR LASSALISTA EM CONSONÂNCIA COM A LDB 9394/96 189

QUALIDADE EDUCACIONAL E A CONSTIUIÇÃO DA IDENTIDADE DO EDUCADOR LASSALISTA NO CONTEXTO DA COMUNIDADE EDUCATIVA 201

GT EDUCAÇÃO DE QUALIDADE INDICADORES E PRÁTICAS II 213

EDUCAÇÃO DE QUALIDADE E GESTÃO ESCOLAR: UM OLHAR SOBRE O PROCESSO DE REVITALIZAÇÃO DA IDENTIDADE INSTITUCIONAL 214

GESTÃO EDUCACIONAL POR COMPETÊNCIAS 227

ESCOLA E PROTAGONISMO JUVENIL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INTERCULTURAL DESCOLONIZADORA 238

O ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO POSSIBILITANDO A INCLUSÃO ESCOLAR 250

PERFIL DO GESTOR EDUCACIONAL DO SÉCULO XXI 261

QUAIS AS CAUSAS DO FRACASSO NA GESTÃO ESCOLAR? 273

TRADUTOR E INTÉRPRETE DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS: DIFICULDADES E AVANÇOS 287

O DIREITO FUNDAMENTAL A EDUCAÇÃO: ANÁLISE SOBRE A QUALIDADE DOCENTE.. 298

GT MIGRAÇÕES, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E O DIREITO 311

A INSERÇÃO DO TRABALHADOR IMIGRANTE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO... 312

CONTRIBUIÇÕES DAS REDES PARA A MANUTENÇÃO DA DIVERSIDADE ÉTNICA E DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DOS MIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL 329

ESTUDOS DE MIGRAÇÃO SOB A ÓTICA DO TERCEIRO MUNDO 342

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: A DIMENSÃO JURÍDICA DAS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS NA SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA.. 354

O PROTAGONISMO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ENQUANTO ATORES NÃO ESTATAIS EMERGENTES NA SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA E SUA ATUAÇÃO EM REDE 365

REFÚGIO E GOVERNANÇA: A DISTRIBUIÇÃO MUNDIAL DOS REFUGIADOS 376

GT: PATRIMÔNIO CULTURAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO 391

RETRATOS DA ECOLOGIA DE SABERES: PROGRAMA DE ALFABETIZAÇÃO AUDIOVISUAL, FOCANDO O FESTIVAL ESCOLAR DE CINEMA 392

REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO TRABALHO COOPERATIVO DE RECICLAGEM 403

A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO *HABITUS* A PARTIR DAS VIVÊNCIAS NO ESPAÇO SOCIAL DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DA UFRGS 421

PATRIMÔNIO GASTRONÔMICO DA SERRA GAÚCHA: DO GALETO *AL PRIMO CANTO* AO *MENAROSTO* - 427

A DIVERSIDADE CULTURAL NO THEATRO SÃO PEDRO: NOTAS INTRODUTÓRIAS 434

A CULTURA E A DESCENTRALIZAÇÃO DO PODER PARA DIMINUIR A VIOLÊNCIA 443

MEMÓRIAS DE UMA ECOLOGIA DE SABERES 453

A INVISIBILIDADE SOCIAL DE UM IMIGRANTE HAITIANO E O TRABALHO COM O LIXO 473

CONTRIBUIÇÕES PARA A POLÍTICA DE REVITALIZAÇÃO DO QUARTO DISTRITO: UM OLHAR PARA A PESSOA IDOSA 482

GT GOVERNABILIDADE E CONTROLE SOCIAL. O CONFLITO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA 498

PÂNICO MORAL E REPRESENTAÇÕES MIDIÁTICAS: A VIOLÊNCIA DIANTE DO CENÁRIO DE *DÉFICIT* DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO BRASIL 499

O PODER SOBERANO E SEUS INIMIGOS: A FUNDAÇÃO DO PODER COERCITIVO DO ESTADO NOS DISPOSITIVOS DE EXCEÇÃO E SEU NEXO COM A DEFINIÇÃO POLÍTICA DO “INIMIGO” 513

A INÉRCIA JUDICIAL COMO GOVERNANÇA: O TRATAMENTO DOS HOMICÍDIOS DOLOSOS PRATICADOS POR POLICIAIS NA JUSTIÇA DE SÃO PAULO 523

RELIGIOSIDADES NO CÁRCERE: PROCESSOS DE CONVERSÃO RELIGIOSA E NOVAS SIGNIFICAÇÕES NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE 534

GT JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO I EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS 545

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E O ESTADO CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVAS PARA ALÉM DO DEBATE PÚBLICO-PRIVADO 546

POLICIAMENTO RESTAURATIVO: UM CAMINHO PARA AS POLÍCIAS BRASILEIRAS?..561

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA, EMPODERAMENTO E CAPTURAS NEOLIBERAIS 574

JUSTIÇA RESTAURATIVA: É POSSÍVEL A MEDIAÇÃO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA? 586

ENSINO DA MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE MUDANÇA: OBSERVAÇÕES A PARTIR DA PRÁTICA DOCENTE 599

A MEDIAÇÃO PENAL COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL 615

A BUSCA DA "BRASILIDADE RESTAURATIVA" E SEUS AVANÇOS TEÓRICOS 627

GT JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO II EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS 641

JUSTIÇA RESTAURATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UM INSTRUMENTO DE TRABALHO COM POTENCIAL DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL 642

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA À CRISE DA LEGITIMIDADE DO ATUAL SISTEMA PENAL 656

JUSTIÇA RESTAURATIVA: COMUNIDADE EM UM MUNDO DE ESTRANHOS 673

JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA AOS CRIMES PATRIMONIAIS-UMA TERCEIRA VIA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS 687

JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O EMPODERAMENTO DA

MULHER E A RESPONSABILIZAÇÃO DO OFENSOR 699

PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM PETRÓPOLIS (RJ) EM PERSPECTIVA EMPÍRICA 712

PRÁTICA RESTAURATIVA E ALTERIDADE: A PRÁTICA RESTAURATIVA COMO PARTE DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO. 722

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA À CRISE DA LEGITIMIDADE DO ATUAL SISTEMA PENAL 734

AS COMISSÕES DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO 751

GT: ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA I: PROMOVER A CIDADANIA 763

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ENTRE O "LEGOCENTRISMO", OS ANSEIOS POR UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA, E A VIA EXTRAJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS 764

APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BAIRRO DA PAZ- PARALELA/SALVADOR-BA 799

ACESSO À JUSTIÇA NA MADRE PELLETIER: PERSPECTIVAS DE EMPODERAMENTO ..791

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS E O ALCANCE DECISÓRIO NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS 804

TRANSGENERIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE NO SISTEMA CARCERÁRIO .. 815

COMO A TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO VIA WEB, AUXILIA O ACESSO À INFORMAÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL 828

GT: ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA II: PROMOVER A CIDADANIA 841

PROCESSO, DEMOCRACIA E COMPLEXIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES 842

O PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR 853

ACESSO À JUSTIÇA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DA PERSPECTIVA DE CAPPELLETTI E GARTH EM TEMPOS DE MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO 868

GT: TUTELA DOS CONSUMIDORES E DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO 889

O DIREITO BANCÁRIO E SUAS CURIOSIDADES 890

CRISE NA RELAÇÃO DE CONSUMO: AS NOVAS DINÂMICAS DO CONSUMO COLABORATIVO 903

GT: MOVIMENTO EM DEFESA DA CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA 923

AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS 924

O ATIVISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL: UMA PROPOSTA DE MOBILIZAÇÃO GLOBAL E DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 938

DIREITO E RELIGIÃO: INTERFACES COM A LAICIDADE NO BRASIL 950

GÊNERO, POLÍTICA E RELIGIÃO: O DISCURSO NA CAMPANHA ELEITORAL DAS DEPUTADAS FEDERAIS (2002-2014) 961

EDUCAÇÃO E DIREITO- INTERLOCUÇÕES COM A EMANCIPAÇÃO HUMANA 975

O PAPEL DA GESTÃO ESCOLAR NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A CIDADANIA DOS SUJEITOS EDUCATIVOS 984

REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PRIVADO 996

ENTRE TRANSGRESSÃO E ARTE: O DISCURSO PRESENTE NO GRAFITE 1009

DIREITO À MEMÓRIA, À VERDADE E À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS EM CONTEXTO DE REPARAÇÃO CÍVEL: UM OLHAR SOBRE O "CASO DAS MÃOS AMARRADAS" 1024

GT: SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E RELAÇÕES PRIVADAS 1037

AS RELAÇÕES PRIVADAS E A SEGREGAÇÃO URBANA, SOCIAL E ECONOMICA DOS PEQUENOS COMERCIANTES 1038

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: EVOLUÇÃO DA SUA COMPREENSÃO DE ACORDO COM A VIVÊNCIA SOCIAL 1054

BIG DATA E O CONFLITO ENTRE A UTILIZAÇÃO DOS DADOS E A PROTEÇÃO À INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA 1065

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO LIMITES A SUA UTILIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS 1076

GT: CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO 1093

UM SÉCULO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS AMPLOS 1094

UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO CASO MARBURY VS. MADISON 1109

ANÁLISE DA ESTRUTURA DE INTEGRAÇÃO JURÍDICA EUROPEIA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA DO SUL 1120

DO DIREITO, DA ÉTICA E DA JUSTIÇA: REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO ESTADO 1134

GT: CRIMINOLOGIA E SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA 1151

ACESSO À JUSTIÇA PENAL: PESQUISA EMPÍRICA E EXPERIÊNCIA(S) DE ABANDONO..... 1152

(DES)CONTROLE SOCIAL: A FALÁCIA DO AUMENTO DA SEVERIDADE PENAL COMO INSTRUMENTO EFETIVO AO COMBATE DA VIOLÊNCIA 1171

DIREITOS HUMANOS E O DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA 1181

PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL E OS CONCEITOS UTILIZADOS POR LOMBROSO E PELA ESCOLA DE CHICAGO 1192

GT: O DIREITO ANIMAL NA ARTE E NA LITERATURA 1203

RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS: AS SOBRAS DA MODERNIDADE 1204

ASPECTOS JURÍDICOS DO RESGATE DA FAUNA: UMA RELEITURA À LUZ DA PROIBIÇÃO DA CRUELDADE ANIMAL 1217

A COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO 1232

PARA ALÉM DAS DIFERENÇAS SOCIAIS NA EDUCAÇÃO 1245

A PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA HOMENS E ANIMAIS NÃO HUMANOS: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA? 1255

GT: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOCIOLOGIA E DAS VULNERABILIDADES: GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS 1269

A ATUAÇÃO CONJUNTA DO TERCEIRO SETOR E DA ADMINISTRAÇÃO PÚLICA PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MAIS DEMOCRÁTICAS 1270

GT: TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS APLICADAS AO DIREITO NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E DIREITO 1282

COMPLIANCE PROGRAMS E CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS 1283

A MEDIAÇÃO EM LUIS ALBERTO WARAT COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICO 1298

O SISTEMA JURÍDICO-PENAL COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO: SUFICIÊNCIA TEÓRICA E EFEITOS PRÁTICOS A PARTIR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO 1307

DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À DEMOCRACIA DELIBERATIVA APONTAMENTOS DE UMA EPISTTEMOLOGIA JURÍDICA DEMOCRÁTICA 1321

OPERAÇÃO LAVA JATO E CORRUPÇÃO SISTÊMICA: COMO OBSERVAR O DIREITO EM UMA SOCIEDADE COMPLEXA 1336

DIREITO E MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA CAPACIDADE DE LIDAR COM OS DIREITOS DAS MINORIAS 1349

GT: SOCIOLOGIA DO DIREITO I: TEORIA, EMPIRIA E MOVIMENTOS SOCIAIS 1362

OCUPAR E RESISTIR: O ESPAÇO COMO AÇÃO E RITUAL DE CONTESTAÇÃO 1363

O PROTAGONISMO DA MÍDIA COMO ATOR EMERGENTE NA SOCIEDADE GLOBALIZADA E OS LIMITES DA REGULAÇÃO JURÍDICA 1372

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS 1384

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS 1397

OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL: CONJUNTURAS E PARADIGMAS 1414

GT: SOCIOLOGIA DO DIREITO II: TEORIA, EMPIRIA E MOVIMENTOS SOCIAIS ... 1422

O PARADIGMA TRADICIONAL DO GOVERNO REPRESENTATIVO E O PAPEL DA PARTICIPAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE DOS ESTUDOS DE BERNARD MANIN E CAROLE PATEMAN 1423

ESTATUTO DO NASCITURO: ESCOLHAS POLÍTICAS QUE VIOLAM A DIGNIDADE DAS MULHERES, RETROCESSOS PARA A CIDADANIA E OS DIREITOS HUMANOS 1440

ETNOGRAFIA NO LIMITE, ÉTICA DO VIAJANTE MEDIADOR E O REGISTRO DA INFORMAÇÃO VIVA 1448

ROBERT COVER E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL: UM DEBATE CONTEMPORÂNEO 1458

GT: DIREITOS HUMANOS: DIREITOS DE LIBERDADE 1473

(RE)PENSANDO A LEGALIDADE E O DIREITO DE DEFESANO PROCESSO PENAL BRASILEIRO 1474

THE MODERN HUMAN RIGHTS DISCOURSE: A CONSTRUCTION THAT JEOPARDIZES ITS OWN VALUES AND EFFECTIVENESS 1490

ANÁLISE HERMENÊUTICA DO NOVO TESTAMENTO: REFLEXÕES SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE NOS DISCURSOS BÍBLICOS 1500

ANÁLISE HERMENÊUTICA NAS PASSAGENS BÍBLICAS DO ANTIGO TESTAMENTO: O PARADIGMA CRISTÃO-RELIGIOSO FRENTE À HOMOSSEXUALIDADE EM FOCO 1510

GT: DIREITOS HUMANOS: SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES 1524

AGROPECUÁRIA SUSTENTÁVEL EM FACE AO DIREITO AMBIENTAL E AO PLANO DE AGRICULTURA DE BAIXO CARBONO (PLANO ABC) 1525

O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR 1541

SUSTENTABILIDADE, SOCIEDADE DE CONSUMO E ACESSO À INFORMAÇÃO: DISCUSSÃO SOBRE O DECRETO Nº9.013, DE 29 DE MARÇO DE 2017 1559

GT DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NO BRASIL 1570

"INFANTICÍDIO" INDÍGENA: DO EXTERMÍNIO DA DOMINAÇÃO CIVILIZATÓRIA AO DIÁLOGO DOS DIREITOS HUMANOS 1571

DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL E AMBIENTE CONSTITUCIONAL LATINO AMERICANO 1610

GT DERECHO, ETNOGRÁFIA, VIOLÊNCIA Y ACTORES SOCIALES EN AMÉRICA LATINA 1627

A INVISIBILIDADE FRENTE À IMIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASI 1628

RITUALISMO PUNITIVO: POR QUE SERES HUMANOS COLOCAM OUTROS SERES HUMANOS EM JAULAS? 1644

FOTOETNOGRAFIA E PRÁTICAS DE LEITURA: PERCURSOS METODOLÓGICOS DE UMA PESQUISA DE CAMPO 1653

TRANSEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA
TRANSEXUALITY AND HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA 1662

DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO E VIOLÊNCIA: REFLEXÕES À LUZ DO SUDOESTE PARANAENSE 1678

ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA: ACIDENTE DE TRABALHO 1694

COLONIALIDADE E QUESTÕES INDÍGENAS: REFLEXÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA INFANTIL 1710

DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 1723

GT GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: DAS CONQUISTAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À (IN)EFETIVIDADE DE SUAS CONCRETIZAÇÕES 1740

ENCÍCLICA "LAUDATO SI": EDUCANDO E CONCRETIZANDO PARA OS DIREITOS HUMANOS 1741

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E A REINCIDÊNCIA DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: (IN) EFETIVIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS 1752

GT A SOLIDARIEDADE CONSTITUCIONAL NO DIREITO PRIVADO 1763

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SOLIDARIEDADE: POTENCIAIS CONFLITOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES 1764

CÂMARAS PRIVADAS DE MEDIAÇÃO: DESAFIOS ESTRUTURAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES 1777

GT RACISMO, SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUAS MÚLTIPLAS CONEXÕES 1794

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO UM INSTRUMENTO PARA O CONTROLE DA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NO BRASIL. SIM OU NÃO? 1795

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS SOB O OLHAR DOS DISCENTES 1813

GT ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E SEGURANÇA PÚBLICA 1825

A PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA MINUSTAH E OS EFEITOS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA 1826

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL COMO POLÍTICA DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E O PODER JUDICIÁRIO 1837

A REPERCUSSÃO GERAL DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL - 1846

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/2015) - 1860

A SUBJETIVIDADE DO PROCESSO COMO OBSTÁCULO À CONCILIAÇÃO:
UM JOGO DE AZAR NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - 1871

GT: JUSTIÇA SOCIAL, EDUCAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVAS PERSPECTIVAS E ANTIGOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS - 1884

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NOS ESTADOS DA BAHIA E PARÁ: REALIDADE E EXPERIÊNCIA NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO - 1885

A PROBLEMÁTICA DOS TIPOS PENAIS ABERTOS NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO - 1901

A APOSENTADORIA DO SEGURADO ESPECIAL NO BRASIL: ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE A RENDA ORIUNDA DA AGRICULTURA E SEUS REFLEXOS PARA FINS DE CONCESSÃO - 1916

O PROJETO DA “CRISE” NO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO: UMA HISTÓRIA A SER REVISTA - 1931

A UNIVERSIDADE E A GLOBALIZAÇÃO SOB O ENFOQUE DA IDEOLOGIZAÇÃO -

A MULHER NA UNIVERSIDADE: LICENÇA-MATERNIDADE NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO - 1958

INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM INSTITUIÇÕES DA REDE PRIVADA DE ENSINO: JUSTIÇA SOCIAL E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE - 1969

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO MEIO AMBIENTE – PATRIMÔNIO CULTURAL DA CIDADE VELHA E ENTORNO – BELÉM PARÁ 1980

GT: DIREITOS HUMANOS E SAÚDE 1995

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PROCESSO DE REAVALIAÇÃO TOXICOLÓGICA DO INGREDIENTE ATIVO GLIFOSATO 1996

FINANCIAMENTO PÚBLICO DA SAÚDE BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL – UMA ABORDAGEM HISTÓRICO SOCIAL 2007

A PROTEÇÃO DA SAÚDE NA SOCIEDADE DE RISCO GLOBALIZADA 2022

O SUICÍDIO COMO IMPACTO DA NEGAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ENTRE OS TRANSEXUAIS 2036

A HIPERVULNERABILIDADE DA MULHER/MÃE NA SOCIEDADE DE CONSUMO 2053

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: EM COMUM, A BUSCA PELO BEM-ESTAR DO SER HUMANO 2066

A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ATENÇÃO PRIMÁRIA: DA DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA DE 1978 ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL 2079

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: A BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À SAÚDE POR MEIO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL 2093

N*ANOALIMENTOS* , RISCO, SAÚDE E DIREITO 2109

GT: MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM ENTRE O GLOBAL E O LOCAL: ATORES, PRÁTICAS E SIGNIFICADOS NA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA 2123

A BUSCA PELO ENTENDIMENTO DO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO ATRAVÉS DAS PERSPECTIVAS QUE NASCEM DA CRISE PROCESSUAL 2124

MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA INTERDISCIPLINAR PARA TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS: UM OLHAR SOBRE MULTIPLOS ATORES 2136

AUTONOMIA DA VONTADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CÍVIL – ENTRE O EMPODERAMENTO DAS PARTES E A LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA SIMBÓLICA ESTATAL 2149

ARBITRAGEM E SEUS REFLEXOS: UMA RELEITURA PROCESSUAL (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) 2163

GT BIOPOLÍTICAS E GOVERNAMENTALIDADE EM TEMPOS SECURITÁRIOS 2175

BIOPOLÍTICA E GENTRIFICAÇÃO:
REFLEXÕES SOBRE A EXECUÇÃO DE POLÍTICA DE REFORMA URBANA NO BAIRRO EUZÉBIO BELTRÃO DE QUEIROZ NO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL –RS 2176

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS ESTUDANTIS (“PRIMAVERA SECUNDARISTA”) NO BRASIL EM 2016 2191

O DISPOSITIVO POLICIAL: ELEMENTOS PARA UMA CRÍTICA À VIOLÊNCIA DA(S) POLÍCIA(S) NO BRASIL 2203

MORTOS NOS CÁRCERES DE ALAGOAS ENTRE 2012 E 2015: A DINÂMICA PRISIONAL E A FUNÇÃO DE MORTE NO BIOPODER 2216

GT PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS 2245
A EVOLUÇÃO DO DIREITO CANADENSE ATÉ KTUNAXA: ÀS VÉSPERAS DE UMA DECISÃO SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E OS DIREITOS INDÍGENAS 2246

A CONTRIBUIÇÃO DESCOLONIAL DA DOUTRINA DO BEM-VIVER (SUMAK KAWSAY) PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA VERDE URBANA E A PROMOÇÃO DA DIMENSÃO ECOLÓGICA DE DIREITOS HUMANOS E DA QUALIDADE DE VIDA SOCIOAMBIENTAL NAS CIDADES 2258

DESCOLONIZAR PARA COOPERAR: RUMO À DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA 2272

SER IMIGRANTE NÃO É CRIME: A CRIMINALIZAÇÃO DA MOBILIDADE HUMANA E A NECESSIDADE DA EFETIVA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS AOS IMIGRANTES - 2288

PLURALISMO JURÍDICO NA BOLÍVIA: ROMPENDO COM A MATRIZ COLONIAL DE PODER E O CONCEITO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS 2301

ESTRATÉGIAS DE RESISTÊNCIA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS DE MATRIZ AFRICANA PELA MANUTENÇÃO DO DIREITO A ALIMENTAÇÃO SAGRADA 2317

JUS COGENS: UM CONCEITO EUROPEIZADO? UMA PROPOSTA DE REVISÃO CONCEITUAL LIBERTADORA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS 2331

GT: JUSTIÇA, EDUCAÇÃO, CIDADANIA E NEGOCIAÇÃO 2349

FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: NOVOS ATORES SOCIAIS PARA UM NOVO CPC 2350

IMPACTOS DO PIBID DA UERGS EM MONTENEGRO/RS 2363

POTENCIAIS TRANSFORMAÇÕES NA CULTURA JURÍDICA E NOS CURSOS DE DIREITO A PARTIR DO INGRESSO DA MEDIAÇÃO COMO DISCIPLINA CURRICULAR 2374

GT A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL 2395

A DISSEMINAÇÃO DA CULTURA DO MEDO EM UMA SOCIEDADE DE CONSUMO: A SEGURANÇA CONSUMIDA E OS EXCLUÍDOS DO CONSUMO 2396

PROPOSTA DE ACORDO DO MERCOSUL SOBRE DIREITO APLICÁVEL EM MATÉRIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS DE CONSUMO: TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR 2408

A RELAÇÃO PARASITÁRIA ENTRE A OFERTA DE CRÉDITO E O SUPERENDIVIDAMENTO DE CRÉDITO 2421

BASES CONSTITUCIONAIS DA DEFESA DOS CONSUMIDORES NO BRASIL: UM RESGATE ACERCA DA CRIAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA EM PROL DA CONFIRMAÇÃO DE SUA POSIÇÃO PRIVILEGIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO 2434

DIÁLOGO ENTRE AS FONTES NA HERMENÊUTICA CONSUMERISTA: UMA ANÁLISE DO DEVER/DIREITO DA INFORMAÇÃO ADEQUADA NA COBRANÇA DA COMISSÃO DE CORRETAGEM 2450

A SEDIMENTAÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO E MEIOS DE CONSCIENTIZAÇÃO DO NOVO CONSUMIDOR 2460

POR QUE PRECISAMOS FALAR SOBRE O PAPEL DO CONSUMIDOR FINAL NA DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS NANOTECNOLÓGICOS? 2469

SOCIEDADE DE CONSUMO E INDÚSTRIA CULTURAL: A TUTELA DO CONSUMIDOR DIANTE DO DANO EXISTENCIAL 2484

A DÁDIVA, AS TROCAS E O CONSUMO DE BENS: REFLEXÕES SOBRE O SIGNIFICADO SOCIAL DOS OBJETOS PARA PENSAR O DIREITO DO CONSUMIDOR 2499

GT FRAGMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO..... 2509

A AUTODETERMINAÇÃO DO MENOR TRANSEXUAL NAS DECISÕES SOBRE O PRÓPRIO CORPO E OS LIMITES DA AUTORIDADE PARENTAL NO BRASIL 2510

O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL..... 2523

A REESTRUTURAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA A PARTIR DA RELEITURA DA TEORIA DO FATO JURÍDICO 2536

A POSSIBILIDADE DE UMA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO 2555

O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ACOLHIMENTO 2571

BOA FÉ E FUNÇÃO INTERPRETATIVA: ANÁLISE DE SUA POTENCIAL CONTRIBUIÇÃO PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS 2585

MULTIPARENTALIDADE: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NO RE 898.060 COM REPERCUSSÃO GERAL E SEUS REFLEXOS NA DOUTRINA BRASILEIRA 2597

A VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO COMO INSTRUMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NOS CONTRATOS RELACIONADOS A HABITAÇÃO COM GARANTIA HIPOTECÁRIA 2615

GT: DINÂMICAS DE GÊNERO E SEXUALIDADE NO DIREITO 2625

VILÊNCIA INSTITUCIONAL E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO PROJETO DE LEI 5069/2013 2626

A LICENÇA PATERNIDADE COMO FERRAMENTA DE DIMINUIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO 2637

A AFIRMAÇÃO DAS IDENTIDADES HOMOSSEXUAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH 2651

LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE GÊNERO NAS DECISÕES DO TJRS 2666

AS RELAÇÕES NÃO-MONOGÂMICAS E O TJRS: ANÁLISE DE CONTEÚDO DE DECISÕES JUDICIAIS 2678

"JÉSSICA JONES" E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À LUZ DA DOMINAÇÃO MASCULINA - 2694

GT DIREITO FLEXIVEL E NOVAS TECNOLOGIAS 2708

A TEORIA SISTÊMICA COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO NA GESTÃO TRANSDISICPLINAR DOS RISCOS AMBIENTAIS DA NANOTECNOLOGIA 2709

O DESVELAMENTO DAS NANOTECNOLOGIAS EM TERRAS BRASILEIRAS: O (NECESSÁRIO) APRIMORAMENTO DO ENSINO JURÍDICO E O PAPEL DO GRUPO DE PESQUISA JUSNANO 2723

A OBSERVAÇÃO SISTÊMICA DA LICITAÇÃO E A ASSIMILAÇÃO SUSTENTÁVEL DAS NOVAS TECNOLOGIAS 2739

O ANARQUISMO METODOLÓGICO DAS DECISÕES JUDICIAIS 2751

DIREITO, COMPLEXIDADE E TECNOLOGIA 2765

O PARADOXO POLÍTICO DO SISTEMA GLOBAL DEPOIS DE DUAS DÉCADAS: ENTRE O LIVRO VERDE, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A OMC 2776

ENFRENTANDO A FRAGMENTAÇÃO JURÍDICA QUANDO DA REGULAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS 2786

A PROBLEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO PARA ALÉM DA LETRA DA LEI: UMA ANÁLISE EMPÍRICA E SOCIOLÓGICA 2801

TRANSFERÊNCIA MITOCONDRIAL EM COMPARAÇÃO AO SISTEMA CRISPR /CAS9 EM CÉLULAS GERMINAIS: QUESTÕES BIOÉTICAS 2813

AS NOVAS TECNOLOGIAS NO CONTEXTO DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA: O TELETRABALHO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL 2826

GT: DIREITO HUMANOS, MIGRAÇÕES E SOCIEDADE 2846

O DESAFIO DOS HAITIANOS SUJEITOS À MIGRAÇÃO FORÇADA COM A LINGUA PORTUGUESA PARA A SUA INSERÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA 2847

FLUXOS MIGRATÓRIOS E OS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE: ABORDAGEM SOBRE ECOLOGIA POLÍTICA E OS REFUGIADOS AMBIENTAIS 2858

TRÁFICO HUMANO COM PROPÓSITO DE RECRUTAMENTO PARA TRABALHOS FORÇADOS: DESIGUALDADES, DESLOCAMENTOS E VIOLAÇÕES 2877

GT: DIREITO E SOCIEDADE 2885

OS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: APONTAMENTOS QUANTITATIVOS A PARTIR DAS DECISÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO 2886

O ROCK BRASILEIRO DOS ANOS 80 E A DEMOCRACIA: A CONTRACULTURA COMO TRADIÇÃO HISTÓRICA PARA A CAMINHADA HERMENÊUTICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL 2902

PRÁXIS CULTURAIS DE UM CENTRO UNIVERSITÁRIO COMUNITÁRIO: A MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS 2914

APRESENTAÇÃO

Na terceira edição do Sociology of Law tivemos alguns momentos marcantes. O primeiro deles, digno de nota, diz respeito à Instituição que o alberga por meio de seu Mestrado em Direito e Sociedade. O outrora Centro Universitário Unilasalle se tornou, em 2017, poucos dias antes da realização do Sociology of Law, universidade. Universidade La Salle. Os presentes anais, portanto, refletem um estado das coisas inédito. É o primeiro volume dos trabalhos apresentados no evento sob a égide da única universidade lasallista brasileira.

O segundo grande momento reside na concessão do título de Doutor Honoris Causa para o Professor Boaventura de Sousa Santos durante o Sociology of Law 2017. O reconhecimento, comum para o docente citado, foi o primeiro concedido pela Universidade La Salle. Como Centro Universitário o galhardão já havia sido concedido. Mas como Universidade, Boaventura é o primeiro Doutor Honoris Causa.

Outro grande momento, o terceiro, foi a abertura de uma chamada para proposição de Grupos de Trabalhos, pela primeira vez realizada pela Comissão Organizadora do evento. De fato, os GTs propostos abrilhantaram o Sociology of Law 2017, trazendo-lhe diversidade e inovação.

Por fim, o momento maior. Os anais. Aquilo para o qual o Sociology of Law se orienta: produção do conhecimento. Os leitores, a partir de agora, terão acesso a uma série de trabalhos da mais alta qualidade. São artigos que engrandecem a sociologia jurídica e contribuem significativamente para a academia brasileira e internacional.

Por esses momentos e tantos outros que virão é que nos sentimos renovados em seguir em frente e, com essa publicação, convidar a todos para o Sociology of Law 2018, a ser realizado na Universidade La Salle, de 24 a 26 de maio daquele ano.

A Comissão Organizadora.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: INDICADORES E PRÁTICAS I
Coordenadora: Dirléia Fanfa Sarmento (Unilasalle).

Canoas, 2017.

O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO E O DESAFIO DA EDUCAÇÃO PARA A RESPONSABILIDADE SOCIAL

Jardelino Menegat, Doutor em Educação pelo Centro Universitário La Salle (RS). Reitor e Professor do Curso de Direito do Centro Universitário La Salle (RJ). E-mail: jardelino.menegat@lasalle.org.br

Dirléia Fanfa Sarmento, *Phd* em Ciências da Educação pela Universidade do Algarve (Portugal). Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Pedagogia e do Programa de Pós-graduação em Educação do Centro Universitário La Salle (RS). E-mail: dirleia.sarmento@unilasalle.edu.br

Resumo:

Neste ensaio analisamos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Brasileira, no escopo de um conjunto de outros direitos essenciais à dignidade humana. A efetivação de tal direito é um desafio que transcende ao indivíduo, pois é de responsabilidade das gerações do presente e do futuro. Destacamos, também, a necessidade de compreender os direitos humanos em sua totalidade, considerando que um dos caminhos para a promoção e a defesa desses direitos está na educação. Por meio da educação a pessoa se humaniza e transforma o seu entorno. Por fim, salientamos a educação para a responsabilidade social, compreendida em suas dimensões constituintes: a transparência, a ética e a responsabilidade socioambiental.
Palavras-chave: Direitos Humanos. Meio Ambiente. Responsabilidade Social.

1 Introdução

A sociedade contemporânea é marcada pela influência da globalização. O desenvolvimento da pessoa e da sociedade está intimamente relacionado ao desenvolvimento econômico, político, sociocultural, científico e tecnológico. Em virtude disso, o mundo foi se desenvolvendo e se especializando. As profissões foram ganhando novos espaços ou mesmo desaparecendo. E a relação do ser humano com a natureza ganhou nova forma de relacionamento, sendo que na atualidade uma problemática a ser enfrentada coletivamente é a questão do meio ambiente como patrimônio da humanidade.

A crescente degradação do meio ambiente vem afetando os ecossistemas em várias regiões do planeta Terra e ameaçando a vida futura. A partir deste cenário, observamos o surgimento de associações e entidades que procuram alertar a sociedade sobre os perigos aos quais ela poderá estar sujeita se não tomar novos rumos, novos caminhos no sentido do cuidado com a natureza. Constatamos, no cenário mundial, altos níveis de poluição, constante aquecimento global e perceptíveis mudanças climáticas, fatores estes que estão relacionados ao mau uso dos recursos naturais, resultado, infelizmente, da ação do próprio homem. Como decorrência disso, prevê-se, em curto prazo de tempo, a escassez de recursos naturais básicos para a produção, o consumo das

sociedades industriais, o aumento de problemas socioeconômicos e a vulnerabilidade social de populações periféricas. Por isso, as associações e entidades defensoras do meio ambiente têm colocado a questão ambiental como premissa básica nas relações de produção e no estabelecimento de compatibilidades entre o meio natural e as atividades humanas.

A Constituição Federal Brasileira, em seu capítulo VI, artigo 255, estabelece que:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Os direitos humanos "são aqueles que o indivíduo possui simplesmente por ser uma pessoa humana, por sua importância de existir" [...]. São direitos fundamentais, reconhecidos no âmbito internacional, garantidos pelo sistema social do qual o indivíduo faz parte. (BRASIL, 2013, p. 12). Sendo assim,

> Os Direitos Humanos são direitos que pertencem a todos os seres humanos, em razão da dignidade que possuem. A dignidade, portanto, é o fundamento dos Direitos Humanos estabelecido na maior parte dos documentos e leis internacionais dessa área. Eles são direitos que não deixam de existir, nem podem ser retirados das pessoas, porque ninguém perde sua condição de ser humano. Esses direitos são considerados fundamentais porque, sem eles, a pessoa não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Os Direitos Humanos não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais. Previstos em diversos tratados internacionais e constituições, asseguram direitos aos indivíduos e coletividades e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados, estando compostos por uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. (BRASIL, 1996).

Apesar de esses direitos serem enfatizados desde a DUDH (ONU, 1948), ainda hoje são

> [...] sistematicamente violados em sociedades marcadas pela exclusão, pelos conflitos, pelas desigualdades estruturais, em que se vivenciam situações de injustiça institucionalizada. Assim, a questão dos direitos humanos torna-se central e urgente. É imprescindível promover os direitos econômicos, sociais e culturais dos diferentes povos, assim como dar atenção prioritária às necessidades dos grupos sociais discriminados. Lutar pela consolidação dos direitos sociais, econômicos e culturais significa reduzir a desigualdade na

> distribuição das oportunidades de desenvolvimento. A distribuição mais equitativa de rendimentos funcionaria como forte catalisadora da redução acelerada da pobreza. A Educação deve ser prioridade nesse processo, pois possibilita a construção da cidadania e a formação de sujeitos de direitos, cientes de seus deveres e conscientes de sua responsabilidade na defesa e promoção dos direitos humanos. (BRASIL, 2013, p. 26).

Diante disso, destacamos a necessidade de compreendermos os direitos humanos em sua totalidade, mesmo que por ora tenhamos como foco o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Um dos caminhos para a promoção e a defesa dos direitos humanos é a educação, sendo ela "um instrumento imprescindível para que o indivíduo possa reconhecer a si próprio como agente ativo na modificação da mentalidade de seu grupo, sendo protagonista na construção de uma democracia" (BRASIL, 2013, p.12). Por meio da educação a pessoa se humaniza e transforma o seu entorno. Ainda, a educação desenvolve a consciência crítica, que contribui para que ela se torne um sujeito atuante e transformador num determinado contexto sociocultural. Encontramos eco nas palavras do Papa Francisco quando ele defende o princípio do cuidado da pessoa e do nosso planeta, enfatizando que:

> Sempre é possível desenvolver uma nova capacidade para sair de si mesmo rumo ao outro. Sem tal capacidade não se reconhece às outras criaturas o seu valor, não se sente interesse em cuidar de algo para os outros, não se consegue impor limites para evitar o sofrimento ou a degradação do que nos rodeia. A atitude basilar de se autotranscender, rompendo com a consciência isolada e a autorreferencialidade, é a raiz que possibilita todo o cuidado dos outros e do meio ambiente; e faz brotar a reação moral de ter em conta o impacto que possa provocar cada ação e decisão pessoal fora de si mesmo. Quando somos capazes de superar o individualismo pode-se realmente desenvolver um estilo de vida alternativo e torna-se possível uma mudança relevante na sociedade. (PAPA FRANCISCO, 2015, p.64).

O Sumo Pontífice chama a atenção da sociedade para o cuidado da "casa comum", nosso planeta:

> A cultura ecológica não se pode reduzir a uma série de respostas urgentes e parciais para os problemas que vão surgindo à volta da degradação ambiental, do esgotamento das reservas naturais e da poluição. Deveria ser um olhar diferente, um pensamento, uma política, um programa educativo, um estilo de vida e uma espiritualidade que oponham resistência ao avanço do paradigma tecnocrático. Caso contrário, até as melhores iniciativas ecologistas podem acabar bloqueadas na mesma lógica globalizada. Buscar apenas um remédio técnico para cada problema ambiental que aparece é isolar coisas que, na realidade, estão interligadas, e esconder os problemas verdadeiros e mais profundos do sistema mundial. (PAPA FRANCISCO, 2015, p.35-36).

Por fim, ao se referir ao meio ambiente, assim se expressa:

> Quando falamos de meio ambiente fazemos referência também a uma particular relação: a relação entre a natureza e a sociedade que a habita. Isso nos impede de considerar a natureza como algo separado de nós ou como uma mera moldura da nossa vida. Estamos incluídos nela, somos parte dela e compenetramo-nos. As razões pelas quais um lugar se contamina exigem uma análise do funcionamento da sociedade, da sua economia, do seu comportamento, das suas maneiras de entender a realidade. Dada a amplitude das mudanças, já não é possível encontrar uma resposta específica e independente para cada parte do problema. É fundamental buscar soluções integrais que considerem as interações dos sistemas naturais entre si e com os sistemas sociais. Não há duas crises separadas: uma ambiental e outra social;

> mas uma única e complexa crise socioambiental. As diretrizes para a solução requerem uma abordagem integral para combater a pobreza, devolver a dignidade aos excluídos e, simultaneamente, cuidar da natureza. (PAPA FRANCISCO, 2015, p.44).

Mediante tais considerações, neste ensaio analisamos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Brasileira, no escopo de um conjunto de outros direitos essenciais à dignidade humana, e salientamos a educação para a responsabilidade social, compreendida em suas dimensões constituintes: a transparência, a ética e a responsabilidade socioambiental, trazendo à tona os conceitos de consciência planetária, cidadania planetária, sustentabilidade, desenvolvimento sustentável e responsabilidade social. Todos esses conceitos se encontram inter-relacionados, tendo como eixo comum o respeito e a preservação do meio ambiente.

2 O cuidado com a "casa comum" e a educação para a Responsabilidade Social

A reflexão sobre a Responsabilidade Social[1] remonta a década de 50, nos Estados Unidos e na Europa, quando começam a se evidenciar os efeitos socioambientais do liberalismo econômico. No decorrer dos tempos, as ênfases dadas à Responsabilidade Social foram se transformando, avançando desde uma perspectiva meramente econômica, de cumprimento de obrigações legais até a ideia contemporânea de corresponsabilidade de todas as organizações com o impacto de seus negócios para a sociedade, enfatizando-se o compromisso com o desenvolvimento sustentável (TENÓRIO et al., 2006). Para Gómez Restrepo (2010, p.16):

> [...] después del quiebre de los socialismos históricos y cuando los modelos económicos de libre mercado se constituyeron en prácticamente la única posibilidad de organizar las sociedades, paralelamente surgió la necesidad –y con ella la angustia– de encontrar formas de llamar la atención sobre la justicia, la equidad, el respeto al medio ambiente porque resultó claro desde el principio, que estas mismas políticas potencialmente conllevaban un modelo que podía resultar depredador e incluso salvaje. Los acontecimientos del último año nos han vuelto a plantear el fantasma de que un tipo de desarrollo así entendido resulta fatal para el progreso y crecimiento de los pueblos, además de tornarse pesado e insostenible.

Segundo Asheley (2001, p. 6):

> Responsabilidade Social é o compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange ao seu papel específico na sociedade e à sua prestação de contas para com ela.

[1] Com o decorrer dos tempos foram emergindo e sendo desenvolvidos conceitos tais como Responsabilidade Social Empresarial, Responsabilidade Social e Ambiental, Responsabilidade Social Corporativa, Responsabilidade Social Universitária, dentre outros. No cerne de todos esses conceitos, temos a ideia de que as organizações [...] estão inseridas em ambiente complexo, onde suas atividades influenciam ou têm impacto sobre diversos agentes sociais, comunidade e sociedade. Consequentemente, a orientação do negócio visando atender apenas aos interesses dos acionistas torna-se insuficiente, sendo necessária a incorporação de objetivos sociais no plano de negócios [...]". (TENÓRIO et al., 2006, p. 20).

Assim, uma organização socialmente responsável expressa tal responsabilidade na forma como se relaciona com seus colaboradores, clientes, consumidores e com o próprio contexto onde está inserida (DRUCKER, 2009). Nessa perspectiva, conforme Drucker (2009, p.83):

> As responsabilidades sociais – sejam de uma empresa, de um hospital ou de uma universidade – podem aparecer em duas áreas. Podem surgir dos impactos sociais causados pela instituição, ou surgir como problemas da própria sociedade. Ambas devem ser consideradas pela administração, porque a instituição que os administradores dirigem está necessariamente inserida na sociedade e na comunidade. Todavia, sob qualquer outro ponto de vista, as duas são diferentes. A segunda preocupa-se com o que uma instituição pode fazer *em prol* da sociedade. (grifo do autor).

A Responsabilidade Social deve partir do individual para o coletivo, isto é, a pessoa compromete-se individualmente e coletivamente com ações sociais, seja no ambiente de trabalho, na rua, em casa etc. Torres (2012, p.20) destaca que a reflexão sobre a Responsabilidade Social "faz com que se pense globalmente. A sociedade está cada vez mais entrelaçada e conectada entre si, fazendo com que as ações locais repercutam de uma forma mais impactante e transformadora de valores".

Espera-se de qualquer organização uma postura comprometida com o desenvolvimento sustentável do país, isto é, que se envolvam principalmente com a proteção do meio ambiente, a redução da pobreza e o aumento da expectativa de vida da população. De acordo com Drucker (2009, p. 84):

> Cada um é responsável pelo impacto que causa. [...] Cedo ou tarde a sociedade vai considerar qualquer impacto causando um ataque à sua própria integridade e vai cobrar um alto preço daqueles que não tomaram para si a responsabilidade de trabalhar para eliminar o impacto ou para descobrir uma solução para o problema.

O autor chama a atenção para o fato de que as organizações precisam estar atentas e se

> [...] juntar às preocupações fundamentais da comunidade com os aspectos qualitativos da vida, isto é, bens e serviços econômicos, preocupação com a qualidade de vida, ou seja, com o ambiente físico, humano e social do homem moderno e da comunidade moderna. Há apenas alguns anos, tanto os administradores quanto os economistas consideravam a dimensão social tão intangível que não seria possível estabelecer objetivos de desempenho para ela. Sabemos agora que o intangível pode transformar-se em muito tangível mesmo. Lições como a do consumismo ou a do ataque às indústrias que prejudicam o meio ambiente são métodos dispendiosos para aprender que uma empresa precisa pensar em suas responsabilidades e nos impactos que causa e estabelecer objetivos para ambos. (DRUCKER, 2009, p. 49).

Referindo-se ao contexto globalizado onde estamos vivendo, o Papa Francisco nos mobiliza à seguinte reflexão:

> No mundo globalizado podereis contribuir para salvar peculiaridades e características próprias, contudo, procurando não diminuir o nível ético. De fato, a pluralidade de pensamento e de individualidade reflete a sabedoria multiforme de Deus quando se aproxima da verdade com honestidade e rigor intelectual, quando se aproxima da bondade, quando se aproxima da beleza,

> de modo que cada um possa ser um dom em benefício de todos. (PAPA FRANCISCO, 2013, p. 2).

Em relação às transformações sociais, muitas delas pela globalização, assim se expressa:

> As profundas transformações que levaram à propagação cada vez mais vasta de sociedades multiculturais exigem de quantos trabalham nos campos escolar e universitário o compromisso em itinerários educativos de confronto e de diálogo, com uma fidelidade intrépida e inovadora, que saiba levar a identidade católica ao encontro das diversas "almas" da sociedade multicultural. Penso com apreço na contribuição oferecida pelos Institutos religiosos e pelas demais instituições eclesiais com a fundação e a gestão de escolas católicas em contextos de acentuado pluralismo cultural e religioso. (PAPA FRANCISCO, 2014, p. 2).

Diante do exposto, o desenvolvimento sustentável é um dos caminhos viáveis para a criação de uma economia voltada para a qualidade de vida das pessoas. Cada vez mais cresce a consciência socioambiental, e isso ajuda na solução de problemas relacionados ao meio ambiente. Para Restrepo (2006, p. 141):

> El desarrollo humano (DHS) es, fundamentalmente, una concepción holística para referirse, entre otras dimensiones, al mejoramiento de las condiciones de vida de todos, al desarrollo inclusivo, a la posibilidad de que las futuras generaciones puedan no solo existir sino hacerlo en condiciones de dignidad y libertad, a las relaciones, y a las mismas relaciones sociales y sus formas de gobierno. Se podría afirmar, entonces, que el DHS es, al mismo tiempo, un objeto de conocimiento, un estilo de vida, una concepción ética, e, incluso, una postura política frente al mercado, las relaciones sociales y de pueblos, y la economía.

De acordo com Gadotti (2008, p. 75):

> A sustentabilidade é maior do que o desenvolvimento sustentável. Enquanto o modelo de desenvolvimento dominante hoje no planeta aponta para a insustentabilidade planetária, o conceito de desenvolvimento sustentável aponta para a sustentabilidade planetária. Aqui se encontra a força mobilizadora desse conceito. O desafio é mudar de rota e caminhar em direção à sustentabilidade por outra globalização, pela alterglobalização.

Já Boff (2012, p. 19) explicita que:

> A sustentabilidade de uma sociedade se mede por sua capacidade de incluir a todos e garantir-lhes os meios de uma vida suficiente e decente. Ocorre que as crises que assolam todas as sociedades esgarçaram o tecido social e jogaram milhões na marginalidade e na exclusão. Criaram uma nova classe de gente: os desempregados estruturais e os precariezados, quer dizer, aqueles que se obrigam a executar trabalhos precários e com baixos salários.

Dos vários movimentos e dispositivos existentes em prol da defesa do meio ambiente, consideramos importante destacar o documento denominado de Carta da Terra, redigido no Fórum Global 92, realizado no Rio de Janeiro, em 1992. Esse documento é uma declaração global que contém princípios e valores a serem observados para a construção de uma sociedade pautada pelas relações de interdependência e responsabilidade com o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

> A escolha é nossa: formar uma aliança global para cuidar da Terra e uns dos outros, ou arriscar a nossa destruição e a da diversidade da vida. São necessárias mudanças fundamentais dos nossos valores, instituições e modos de vida. Devemos entender que, quando as necessidades básicas forem atingidas, o desenvolvimento humano será primariamente voltado a ser mais, não a ter mais. Temos o conhecimento e a tecnologia necessários para abastecer a todos e reduzir nossos impactos ao meio ambiente. O surgimento de uma sociedade civil global está criando novas oportunidades para construir um mundo democrático e humano. Nossos desafios ambientais, econômicos, políticos, sociais e espirituais estão interligados, e juntos podemos forjar soluções includentes. [...] devemos decidir viver com um sentido de responsabilidade universal, identificando-nos com toda a comunidade terrestre, bem como com nossa comunidade local. Somos, ao mesmo tempo, cidadãos de nações diferentes e de um mundo no qual as dimensões local e global estão ligadas. Cada um compartilha da responsabilidade pelo presente e pelo futuro, pelo bem-estar da família humana e de todo o mundo dos seres vivos. O espírito de solidariedade humana e de parentesco com toda a vida é fortalecido quando vivemos com reverência o mistério da existência, com gratidão pelo dom da vida, e com humildade considerando o ser humano em relação ao lugar que ocupa na natureza.

Uma das vertentes analítico-discursivas acerca da questão ambiental ecologicamente equilibrada que, no nosso entender, está diretamente relacionada aos direitos humanos na perspectiva da ecologia social, segundo Boff, (2000, p. 27):

> [...] não quer apenas o meio ambiente. Quer o ambiente inteiro. Insere o ser humano e a sociedade dentro da natureza como partes diferenciadas dela. Preocupa-se não apenas com o embelezamento da cidade, com melhores avenidas, com praças ou praias mais atrativas, mas também prioriza o saneamento básico, uma boa rede escolar e um serviço de saúde decente. A injustiça social significa violência contra o ser humano, homem e mulher. Ele é parte e parcela da natureza. [...] a injustiça social se mostra, portanto, como injustiça ecológica contra o todo natural-cultural humano. A ecologia social propugna por um desenvolvimento sustentável que atende às carências básicas dos seres humanos de hoje sem sacrificar o capital natural da Terra, tomando em consideração também as necessidades das gerações de amanhã, pois elas têm direito à sua satisfação e a herdar uma Terra habitável, com relações minimamente decentes.

Para o autor, a ecologia social sustenta-se em pressupostos, tais como:

> 1 o ser humano sempre interage intensamente com o meio ambiente. Nem o ser humano nem o ambiente podem ser estudados separadamente. [...];
> 2 essa interação é dinâmica e se realiza no tempo. A história dos seres humanos é inseparável da história de seu ambiente e de como eles interagem;
> 3 cada sistema humano cria seu adequado ambiente. São diferentes e possuem simbolizações singulares [...]. (BOFF, 2010, p. 51-52).

Segundo Boff (2010, p. 52), as principais questões que se colocam são:

> Por meio de quais instrumentos os seres humanos agem sobre a natureza? Com tecnologia intensiva, com agrotóxicos ou com adubos orgânicos? De que forma os seres humanos apropriam-se dos recursos naturais? De forma solidária, participativa, ou elitista, com tecnologias não socializadas? Como são eles distribuídos? De forma equitativa, consoante o trabalho de cada um, atendendo às necessidades básicas de todos; ou de forma elitista e excludente? Uma distribuição desigual afeta de que maneira os grupos humanos? Que tipo de discurso usa o poder para justificar a concentração da

> riqueza em poucas mãos, para legitimar uma relação de desigualdade que tende à dominação? Como reagem os movimentos sociais no confronto com o Estado e com o capital, para melhorar os salários e as formas de participação e a qualidade de vida no trabalho, na cidade e no campo?

Assim como é necessária a justiça com o ser humano, é urgente a justiça com a Terra, nossa "casa comum", pois ela também foi e continua sendo vítima do desrespeito, da depredação e da exploração voraz. Por isso,

> [...] a justiça ecológica significa: o ser humano tem uma dívida de justiça para com a Terra. A Terra possui sua subjetividade, sua dignidade, sua alteridade, seus direitos. Ela existiu há milhões de anos antes que surgisse o ser humano. Ela tem direito a continuar a existir em sua complexidade, com o seu patrimônio genético, com o seu bem comum, com o seu equilíbrio e com as possibilidades de continuar a evoluir. [...] Essa injustiça ecológica transformou-se também numa injustiça social, porque, pela exaustão dos recursos, pela contaminação atmosférica, enfim, pela má qualidade de vida, foi atingido o ser humano e a inteira sociedade. (BOFF, 2010, p. 62-63).

Dessa forma, segundo o mesmo autor, "consciência ou visão planetária":

> [...] *significa, basicamente, a (re)descoberta de que o mundo se torna um todo, o ser humano é membro da Terra e deve assumir a responsabilidade pelo futuro do planeta habitável.* Tal percepção se configura como um modelo de compreensão que, nos humanos, incide sobre a visão de si mesmos e das suas relações, levando a posturas, gestos, iniciativas, políticas e processos em vista da sustentabilidade. Esse caminho também repercute na experiência religiosa, na mística, na compreensão acerca da relação do ser humano com o Sagrado. Alcançar a visão planetária expressa uma significativa e ainda minoritária etapa da evolução da humanidade, implicando tarefa de expansão e aprofundamento. Espera-se que a consciência planetária contagie mais pessoas, povos e países. (idem, p. 63, grifo do autor).

Boff (2010, p. 63) considera que a consciência planetária, compreendida como "a consciência da responsabilidade para com o destino comum de todos os seres", surge como uma nova "ética socioambiental". Explica o autor:

> O pecado ecológico é um pecado social e histórico. Em razão desses efeitos, entende-se a solidariedade generacional; cumpre sentirmo-nos solidários para com aqueles que ainda não vieram a este mundo. Eles têm o direito de viver, de não adoecer, de desfrutar da natureza, de consumir águas limpas, de respirar ar oxigenado, de contemplar as estrelas, a lua, o sol, enfim, a natureza conservada e integrada humanamente. (idem, p. 64).

Para Murad (2013, p. 452), existe uma inter-relação entre os conceitos de consciência e cidadania planetária, sendo que

> No primeiro caso, a ênfase recai na originalidade da percepção e da sensibilidade ética, na emergência de um novo paradigma civilizacional, nos processos de mudança nas mentes e nos corações. No segundo caso, acentuam-se as práticas transformadoras, a nova forma de estar e de atuar com os outros na biosfera, a organização da sociedade com os Direitos Humanos e os Direitos da Terra, que configuram uma civilização original.

A cidadania planetária requer posturas e atitudes, individuais e coletivas, a favor da preservação do meio ambiente, lutando contra todas as formas de degradação, consumo exacerbado e outras práticas que contribuem para a violação de um dos direitos humanos, que é o direito a um ambiente ecologicamente saudável. A constituição da consciência e da cidadania planetária se dá por meio dos processos educativos não formais e formais. Especialmente as instituições educativas possuem o desafio de mobilizar as pessoas para que assumam, conjuntamente, o desafio de educar para a sustentabilidade. Lembrando as palavras do Papa Francisco, quando se refere ao contexto em que estamos vivendo hoje,

> A consciência da gravidade da crise cultural e ecológica precisa traduzir-se em novos hábitos. Muitos estão cientes de que não basta o progresso atual e a mera acumulação de objetos ou prazeres para dar sentido e alegria ao coração humano, mas não se sentem capazes de renunciar àquilo que o mercado lhes oferece. Nos países que deveriam realizar as maiores mudanças nos hábitos de consumo, os jovens têm uma nova sensibilidade ecológica e um espírito generoso, e alguns deles lutam admiravelmente pela defesa do meio ambiente, mas cresceram num contexto de altíssimo consumo e bem-estar que torna difícil a maturação doutros hábitos. Por isso, estamos perante um desafio educativo. (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 64).

O Papa Francisco nos interpela a participarmos do processo de educação utilizando todos os meios possíveis para podermos ser referência para o mundo.

> Somos convidados não só a participar na obra criadora cultivando-a, fazendo-a crescer, desenvolvendo-a, mas também a cuidá-la, protegê-la, guardá-la. Hoje, este convite se nos impõe forçosamente. Já não como uma mera recomendação, mas como uma necessidade devido ao "mal que provocamos [à Terra] por causa do uso irresponsável e do abuso dos bens que Deus nela colocou. Crescemos a pensar que éramos seus proprietários e dominadores, autorizados a saqueá-la. (…) Por isso, entre os pobres mais abandonados e maltratados que há hoje em dia no mundo, conta-se a nossa terra oprimida e devastada". (PAPA FRANCISCO, 2015, p.2).

Continua o Papa Francisco,

> Às vezes, porém, esta educação, chamada a criar uma "cidadania ecológica", limita-se a informar e não consegue fazer maturar hábitos. A existência de leis e normas não é suficiente em longo prazo para limitar os maus comportamentos, mesmo que haja um válido controle. Para a norma jurídica produzir efeitos importantes e duradouros é preciso que a maior parte dos membros da sociedade a tenha acolhido com base em motivações adequadas, e reaja com uma transformação pessoal. A doação de si mesmo num compromisso ecológico só é possível a partir do cultivo de virtudes sólidas. Se uma pessoa habitualmente se resguarda um pouco mais em vez de ligar o aquecimento, embora as suas economias lhe permitam consumir e gastar mais, isso supõe que adquiriu convicções e modos de sentir favoráveis ao cuidado do ambiente. É muito nobre assumir o dever de cuidar da criação com pequenas ações diárias, e é maravilhoso que a educação seja capaz de motivar para elas até dar forma a um estilo de vida. A educação na responsabilidade ambiental pode incentivar vários comportamentos que têm incidência direta e importante no cuidado do meio ambiente, tais como evitar o uso de plástico e papel, reduzir o consumo de água, diferenciar o lixo, cozinhar apenas aquilo que razoavelmente se poderá comer, tratar com desvelo os outros seres vivos, servir-se dos transportes públicos ou partilhar o mesmo veículo com várias pessoas, plantar árvores, apagar as luzes desnecessárias… Tudo isso faz parte duma criatividade generosa e dignificante, que põe a descoberto o melhor do ser humano. Voltar – com

> base em motivações profundas – a utilizar algo em vez de desperdiçá-lo rapidamente pode ser um ato de amor que exprime a nossa dignidade. (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 65, grifo do autor).

Nesse sentido, a educação tem um papel fundamental na formação das pessoas, conscientizando-as sobre a questão da sustentabilidade. Gadotti (2008, p. 77) enfatiza que:

> Educar para a sustentabilidade implica mudar o sistema, implica o respeito à vida, o cuidado diário com o planeta e cuidado com toda a comunidade da vida, da qual a vida humana é um capítulo. Isso significa compartilhar valores fundamentais, princípios éticos e conhecimentos como respeito à Terra e a toda a diversidade da vida; cuidar da comunidade da vida com compreensão, compaixão e amor; construção de sociedades democráticas que sejam justas, participativas, sustentáveis e pacíficas. A sustentabilidade é um conceito central de um sistema educacional voltado para o futuro.

O governo, a escola e a sociedade em geral precisam unir-se para realizar ações em conjunto na busca de projetos alternativos que gerem desenvolvimento, emprego e renda, sem com isso agredir o meio ambiente.

3 Considerações finais

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado diz respeito ao cuidado com a própria vida humana, pois este incide sobre as gerações do presente e do futuro. E a concretização de uma cultura dos direitos humanos pressupõe a compreensão e os modos de efetivação do conteúdo e significado do direito ambiental ecologicamente correto. Nisso reside um dos maiores desafios, pois os modos de efetivação requerem posturas e ações coletivas, unindo forças da sociedade civil e do Estado, as quais precisam estar alicerçadas num modelo sociocultural, econômico, político, científico e tecnológico compatível com o ideário de um Estado Democrático de Direito.

Talvez, a humanidade ainda necessite percorrer um caminho longo para que possamos contar com sociedades mais justas e igualitárias em nível global. No entanto, o tempo que dispomos para isso é uma incógnita, pois as consequências decorrentes de algumas ações e atitudes humanas relativas a relações entre os povos e o meio ambiente têm deixado marcas profundas, difíceis de dirimir, razão de a educação voltar-se para a Responsabilidade Social.

Referências

ASHLEY, Patrícia Almeida. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOFF, Leonardo. *Ética da vida***.** 2. ed. Brasília: Letraviva. 2000.

BOFF, Leonardo. *Cuidar da terra, proteger a vida*: como evitar o fim do mundo. Editora Record. 2010.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade*: o que é: o que não é. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

DRUCKER, Peter F. *O melhor de Peter Drucker*: A administração**.** São Paulo: Nobel, 2009. 188 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em out. 2014.

_____ . Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos*: Diretrizes Nacionais. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: < http://www.educacaoemdireitoshumanos.sdh.gov.br/wp-content/uploads/EDH Diretrizes aEducacao_miolo_B>. Acesso em: 3 ago. 2013.

_____ . Ministério do Meio Ambiente. *Carta da Terra*. Brasília, DF: MMA, 1992. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estrutura[20--?] genda21/_arquivos/carta_ terra.pdf>. Acesso em: mar. 2016.

GADOTTI, Moacir. *Educar para a sustentabilidade.* Inclusão Social. Brasília, v. 3, n. 1, p. 75-78, out. 2007/mar. 2008.

MURAD, Afonso T. *Consciência planetária, sustentabilidade e religião*. Consensos e tarefas. *Horizonte*, Belo Horizonte, v. 11, n. 30, p. 443-475, abr./jun. 2013.

PAPA FRANCISCO. Discurso en las Vísperas con la Universidad de Romanos Ateneos, em 30 de novembro de 2013. Disponível em http://directoriocatolico.blogspot.com.br/2012/12/primeras-visperas-de-adviento-para-los.html. Acesso em 15 março de 2017.

PAPA FRANCISCO. Discurso aos participantes na Plenária da Congregação para a Educação Católica, em 13 de fevereiro de 2014. http://www.udip.porto.ucp.pt/sites/default/files/files/UDIP/Documentos/CONG_EDUC_CATOLICAAbril2014.pdf. Acesso em 15 de março de 2017.

PAPA FRANCISCO. Carta Encíclica Laudato Si, do Santo Padre Francisco sobre o cuidado da casa comum, 2015. Disponível em http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em 15 de março de 2017.

RESTREPO, Carlos G. Gómez. La misión universitaria lasallista hoy, perspectivas desde los ejes del Proyecto Educativo Regional Lasallista Latinoamericano (PERLA). In: FRANZ, Craig J. (Ed.). *Reflexiones sobre la educación superior lasallista*. Moraga [Estados Unidos]: Asociación Internacional de Universidades Lasallistas (AIUL), 2006.

TENÓRIO, Fernando G. et al. *Responsabilidade social empresarial*: teoria e prática. 2. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

TORRES, Luiz Eduardo Santos. *Proposta de modelo de gestão universitária baseado em sustentabilidade*: aplicação ao caso PUC-Rio. 2012. 67 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A GESTÃO UNIVERSITÁRIA COM FOCO NO PERFIL DO EGRESSO: FORMAÇÃO PARA A RESPONSABILIDADE SOCIAL

Msc. Renaldo Vieira de Souza, Doutorando em Educação pela Universidade La Salle Canoas/Brasil, Mestre em Engenharia: Energia, Ambiente e Materiais pela ULBRA – Universidade Luterana do Brasil e MBA em Gestão de Instituições de Ensino Superior pela UCS – Universidade de Caxias do Sul (Brasil). Pró-reitor de Administração e professor do curso de Administração da Universidade La Salle de Canoas/Brasil. renaldo.souza@unilasalle.edu.br.

Dr. Paulo Fossatti, Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e pós-doutoramento em Ciências da Educação pela Universidade do Algarve (Portugal). Reitor e professor do programa de pós-graduação em Educação da Universidade La Salle de Canoas/Brasil. paulo.fossatti@unilasalle.edu.br.

Resumo:

Esta pesquisa faz parte da investigação sobre Modelos de Gestão Universitária, do programa de Pós-graduação em Educação, da Unilasalle Canoas - Brasil. O presente trabalho tem por objetivo identificar o perfil do egresso, quanto à responsabilidade social, desde a sua inserção na Instituição de Ensino Superior (IES) até sua atuação na Sociedade (Mercado de Trabalho e Comunidade). A pesquisa tem como base o estudo bibliográfico e documental. Os resultados evidenciam que o documento norteador para o funcionamento da IES é o Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI). Este contempla fatores que orientam para a prática de gestão universitária, alinhados aos seus princípios filosóficos e voltados à formação do profissional responsável socialmente. Observa-se que estratégias institucionais constantes no PDI são desdobradas e tratadas no modelo de gestão da IES, através da sistemática de ações de ensino, de pesquisa e de extensão, indicadores e metas monitoradas sistematicamente. Cabe ainda identificar a continuidade e aplicabilidade da atuação social do egresso junto à comunidade onde está inserido. Conclui-se que a atuação da IES, em estudo, vai além da obrigatoriedade legal e converge com os princípios de excelência, em especial das IES comunitárias. Esta se mostra alinhada ao perfil do egresso, visando a formação do estudante ao atuar na sociedade. Diante dos dados, observa-se o movimento que a sociedade manifesta frente a necessidade da formação integral dos profissionais que ingressam no mercado de trabalho. Afirma-se ainda, que a IES em estudo, apresenta-se como agente de formação (profissional e humana). Esta se evidencia através de seus valores, princípios fundacionais, identidade e características próprias, necessárias para formação humana, integral e integradora. A partir dos dados, resta saber se os egressos da IES estudada identificam a real contribuição da responsabilidade social durante o processo formativo e sua vivência na sociedade e mercado de trabalho. Conclui-se ainda para a vivência da filosofia institucional comunitária, que dá ênfase à formação integral, com o cuidado para a responsabilidade social de cada egresso.

Palavras-chave: Gestão Universitária. Perfil do egresso. Responsabilidade social.

1 Introdução

Congregar aspectos comportamentais, técnicos e humanos com o perfil profissional dos egressos de uma IES, desejados por uma sociedade em constante movimento e carente de pessoas do bem, requer uma gestão universitária atenta a esta dinâmica, conectada às demandas sociais e acima de tudo, com foco nos princípios e objetivos de uma formação de excelência.

A educação é considerada como meio essencial de transformação do ser humano e neste sentido, a Universidade é considerada como a instituição essencial na organização da sociedade. É na Universidade que os futuros profissionais são preparados e saem com o compromisso de uma atuação responsável para o desenvolvimento de uma sociedade.

Segundo Chiavenato (2014), a qualidade dos serviços prestados geralmente está ligada ao esforço dos colaboradores, considerados como o ativo intangível de uma organização. É por meio do potencial destes colaboradores que se percebe o aumento ou a redução das forças e das fraquezas da organização, pois depende da maneira como se sentem no ambiente de trabalho. "As pessoas podem ser a fonte de sucesso como também podem ser a fonte de problemas" (Chiavenato, 2014, p.11). Nessa perspectiva, colaboradores satisfeitos são colaboradores mais produtivos e felizes. Essas considerações retratam o cenário das empresas contemporâneas, pois:

> Por muitos anos, pensou-se que o gargalo que tratava o desenvolvimento das empresas fosse o capital financeiro. Era uma crença generalizada. O capital era indispensável para o sucesso empresarial. Hoje se percebe que a inabilidade de uma empresa em recrutar e manter uma boa força de trabalho é que constitui o principal gargalo para o negócio. Não existe nenhum projeto baseado em boas ideias, vigor e entusiasmo que tenha sido barrado por falta de caixa ou recursos financeiros. (Chiavenato, 2014, p. 11).

Conforme Vallaeys (2006) é na universidade que se forma o mais alto nível de qualificação do indivíduo, do ponto de vista técnico e científico, isto é, o acadêmico e o profissional como cidadãos, comprometidos com a mudança esperada pela sociedade. Na atualidade nos deparamos cada vez mais com ambientes complexos e dotados de recursos tecnológicos, fazendo com que o ser humano alterne o seu comportamento frente às relações humanas.

Paralelo a isso, percebe-se o crescente aumento do acesso de estudantes, oportunizado pela expansão do sistema de ensino superior no Brasil, em especial nas instituições privadas. Se estas instituições descuidarem da essência do seu objetivo maior, que é formar cidadãos para a vida em sua plenitude, poderemos não atender as expectativas da responsabilidade social que a elas foi confiada.

Por responsabilidade social entende-se ações e comportamentos voluntários, adotados por instituições e pessoas para promoção do bem-estar dos diferentes públicos de uma sociedade, sem a necessidade de decretos e leis que os obrigue.

A IES atenta a esta demanda, define em seus documentos, como no seu Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI) e no seu Projeto Pedagógico Institucional (PPI), as propostas que devem ser consideradas para atendimento das perspectivas em todas as modalidades de ensino. Tais perspectivas estão amparadas por atos normativos internos que regulamentam seus desdobramentos em iniciativas e projetos específicos, muitos deles comprometidos com a responsabilidade social. (Centro Universitário La Salle, 2014).

Este estudo faz parte de um projeto da pesquisa em andamento, intitulado "Gestão Universitária: da teoria aos modos de efetivação em diferentes contextos do Consórcio das Universidades Comunitárias Gaúchas (COMUNG)" do programa de Pós-graduação em Educação, da Unilasalle Canoas - Brasil. Neste recorte se abordam os fatores de gestão universitária que têm relação direta com a formação do perfil do egresso, frente à responsabilidade social, alinhados aos princípios institucionais de uma Instituição Comunitária de Ensino Superior (ICES).

Com esta proposta pretende-se identificar e trabalhar o perfil do egresso, quanto à responsabilidade social, desde a sua inserção na Instituição de Ensino Superior (IES) até sua atuação na Sociedade (Mercado de Trabalho e Comunidade).

2 Referencial Teórico

Para contribuir com o avanço do conhecimento no campo da gestão universitária, a abordagem aqui exposta pretende apresentar a revisão de literatura, composta por referenciais que sirvam de subsídios para esta investigação. Conforme Gil (2008, p. 60): "Primeiramente, há a necessidade de se consultar material adequado à definição do sistema conceitual da pesquisa e à sua fundamentação teórica".

Para tal, buscou-se a abordagem das temáticas relacionadas à legislação da educação superior brasileira, com destaque ao sistema de ensino de instituições comunitárias; ao modelo de educação lassalista e sua estrutura de rede mundial de ensino superior; ao modelo de gestão de ensino superior; documentos institucionais, entre outras bibliografias que dão suporte ao tema central deste artigo.

2.1 Base legal para a instituição comunitária

O modelo de gestão em análise está sustentado no estudo de uma instituição confessional, comunitária e filantrópica que tem como base a Lei 12.881 de 12 de novembro de 2013 (Brasil, 2013) e que define as instituições comunitárias de educação superior:

> Art. 1º As Instituições Comunitárias de Educação Superior são organizações da sociedade civil brasileira que possuem, cumulativamente, as seguintes características:
> I - Estão constituídas na forma de associação ou fundação, com personalidade jurídica de direito privado, inclusive as instituídas pelo poder público;
> II - Patrimônio pertencente a entidades da sociedade civil e/ou poder público;
> III - sem fins lucrativos, assim entendidas as que observam, cumulativamente, os seguintes requisitos:
> § 2º Às Instituições Comunitárias de Educação Superior é facultada a qualificação de entidade de interesse social e de utilidade pública mediante o preenchimento dos respectivos requisitos legais.
> § 3º As Instituições Comunitárias de Educação Superior ofertarão serviços gratuitos à população, proporcionais aos recursos obtidos do poder público, conforme previsto em instrumento específico.
> § 4º As Instituições Comunitárias de Educação Superior institucionalizarão programas permanentes de extensão e ação comunitária voltados à formação e desenvolvimento dos alunos e ao desenvolvimento da sociedade.

2.2 Educação lassalista

No contexto da IES em estudo, esta pertence à *International Association of Lasalian Universities* (IALU). Em sua identidade as IES Lassalistas possuem séculos de tradição em educação em todas as áreas do conhecimento. A IALU é dividida em cinco regiões: América do Norte, Palestina e África inglesa; Ásia e ilhas do Pacifico; América do Sul e Central; Europa e África francesa; e por último o México. Ao todo são 75 IES lassalistas espalhadas pelo mundo (IALU, 2013).

A educação lassalista está ancorada num conceito de educação que engloba o todo da pessoa e, ao mesmo tempo, todo o transcorrer da vida. Essa compreensão inclui e transcende a lógica da educação formal escolar. Procura garantir, juntamente com as habilidades e as competências, próprias de cada etapa

formativa, ideais e valores responsáveis por uma formação humana e cristã de qualidade, que dê unidade e sentido à vida (Fossatti e Casagrande, 2011).

A proposta educativa lassalista assegura uma concepção de educação integral e integradora em seus conteúdos e processos. Concebe o ser humano como pessoa, como unidade na diversidade das dimensões – psicofísico, psicossocial e racional-espiritual – e dos modos de ação no mundo. A adjetivação integral denota a insistência de que os elementos vivenciais e teóricos se integram harmonicamente no currículo escolar. Isso implica profunda complementaridade e intrínseca coexistência dos dados epistemológicos, antropológicos, éticos e estéticos enquanto fundamentos dos processos de ensino e de aprendizagem escolares (Província Lassalista de Porto Alegre, 2004).

2.2.1 Contextualizando o local da pesquisa

A Universidade La Salle – Unilasalle – é uma instituição de ensino superior mantida pela Sociedade Porvir Científico. Está situada em uma das regiões mais prósperas e produtivas do Brasil, na cidade de Canoas, estado do Rio Grande do Sul/Brasil. Tem acesso facilitado aos cidadãos de toda a região metropolitana.

A Unilasalle registra a sua história ligada à trajetória das obras educativas lassalistas, as quais se originaram na proposta educativa de São João Batista de La Salle, sacerdote francês (1651-1719). Renunciando aos privilégios da sua condição de nobre, La Salle dedicou-se à criação de escolas para crianças das classes menos favorecidas e fundou a instituição educativa lassalista cujo objetivo central é a dedicação à educação de crianças, jovens e adultos e à formação de professores.

Da França, a atuação dos lassalistas espalhou-se pelo mundo. Atualmente estão presentes em mais de oitenta países e contam com aproximadamente 60 mil educadores e em torno de 1.500 instituições de ensino que atendem, aproximadamente, um milhão de crianças, jovens e adultos.

Atualmente a rede lassalista de ensino superior, no mundo, conta com 75 instituições, subdividas em cinco regiões, são elas: Região Lassalista da Europa-Mediterrâneo (RELEM) - Europa-Mediterrâneo, Região Lassalista Africano-Malgache (RELAF) - África, Região Lassalista da América do Norte (RELAN) - América do Norte, Região Latinoamericana Lassalista (RELAL) - (América Latina) e *Pacific-Asia Regional Conference* (PARC) - Ásia e Oceania.

Logo, a Unilasalle faz parte da rede lassalista, presente em mais de oitenta países e com ações e parcerias com instituições nacionais e internacionais. O principal processo da instituição é a prestação de serviços de ensino superior, pesquisa, extensão e ações sociais.

2.3 Gestão no contexto geral

Conforme afirma Braga e Monteiro (2005), gestão é um processo pragmático, no qual o que interessa é o resultado e não o esforço. Dentro dessa afirmação, podemos refletir sobre como encaramos a gestão, do ponto de vista estratégico, onde existe a necessidade de uma cumplicidade maior com os resultados que acreditamos diante dos desafios de gerir a instituição como um negócio que nos dê retorno, mesmo que para garantir a sustentabilidade operacional e financeira.

Dessa forma há de se desenvolver aprendizados contínuos das pessoas que lideram e são responsáveis pelas decisões, encarando a gestão como ciência onde se busca o entendimento das

circunstâncias e de adoção de ações voltadas a essas circunstâncias. Ainda conforme Braga e Monteiro (2005), gestão é a busca de critérios para a tomada de decisão com base em evidência empírica e no seu valor preditivo. Assim como em várias esferas da vida, em gestão, a experiência vivida, sem necessidade da confirmação científica, se dá pelo aprendizado com aquilo que na prática se observa dos fatos ocorridos e seus resultados obtidos.

Conforme Falconi (2009), o conceito de gestão surgiu após a revolução industrial, onde os gestores buscavam soluções para os problemas antes não existentes. Para isso, se valeram de métodos científicos para administrar os negócios da época, dando início à ciência da administração. Ainda para Falconi (2009), a gestão é uma parte das ciências humanas atrelada às pessoas, procurando manter a sinergia entre elas, a estrutura da empresa, o cuidado com os recursos existentes e a cultura organizacional.

Além do processo de administrar, a gestão se apoia em outros processos como: direito, contabilidade, economia, psicologia, matemática, estatística, sociologia, tecnologia da informação entre outras. A gestão de pessoas, como parte essencial da gestão administrativa nas organizações, e pela sua complexidade, exige dos seus gestores atenção redobrada para diferentes aspectos. Organizar a estrutura da empresa por processos e estabelecer planos e metas, são vitais para garantir estabilidade. Mas a preocupação maior com os resultados é que vai fazer a diferença no desempenho das organizações. O instinto de fazer a pergunta certa é o que torna o trabalho tão prático e imediato (Drucker, 2009).

2.4 Gestão estratégica na educação superior

Braga e Monteiro (2005) ampliam o conceito da gestão do contexto geral para a gestão no contexto do planejamento estratégico sistêmico para instituições de ensino. Neste enfoque, e para garantir que as decisões sejam as mais assertivas possíveis, temos que ter em mente a relação existente entre a gestão e a tomada de decisões. Conforme Braga e Monteiro (2005, p. 150), o conceito de gestão estratégica, "é um processo administrativo que visa dotar a instituição da capacidade de antecipar novas mudanças e ajustar as estratégias vigentes com a necessária velocidade e efetividade sempre que for necessário".

Com relação à estrutura organizacional, a forma com que se define esta estrutura organizacional se torna eficaz visando melhores performances no processo de gestão. Segundo a afirmação de Tachizawa; Andrade, (2006), normalmente prevalece numa instituição de ensino a estrutura tradicional do tipo verticalizada e funcional.

Ainda sobre estrutura organizacional da educação superior, o Decreto 5.773/2006, trata dos pressupostos básicos exigidos e confrontados na avaliação institucional das IES. Esta deve ser conduzida por comissão externa à instituição especialmente designada pela Secretaria de Educação Superior (SESu), em que prescreve a alternativa organizacional a ser adotada pela IES. Observa-se os seguintes aspectos: Administração geral: efetividade do funcionamento dos órgãos colegiados com eficiência das atividade-meio em relação aos objetivos finalísticos; Administração acadêmica: adequação dos currículos dos cursos de graduação e da gestão da sua execução, e dos critérios e procedimentos de avaliação do rendimento escolar. Considera-se ainda a Integração social: avaliação do grau de inserção da instituição na comunidade por meio de programas de extensão e de prestação de serviços. Por fim, assegura-se a Produção científica, cultural e tecnológica: avaliação

da produtividade em relação à disponibilidade de docentes, qualificados considerando-se o seu regime de trabalho na instituição.

Segundo a proposição de Tachizawa; Andrade, (2006), o modelo de gestão deve estabelecer uma compreensão dos processos sistêmicos como um todo, isto é, desenvolver a visão sistêmica. Esta se dá por meio de instrumentos básicos adotados pela instituição visando à solução de problemas organizacionais, baseada na configuração da estrutura organizacional estabelecida. Para isso é essencial o desdobramento da estrutura organizacional por áreas e responsabilidades para que, a partir dos processos, sejam identificadas as atividades fins e de suporte. O objetivo de tal ação é a produção de resultados, produtos e serviços, controlados por indicadores com seus respectivos responsáveis em todos os níveis da instituição.

Dentro deste enfoque, a definição das ferramentas de gestão alinhadas à missão, visão e objetivos institucionais são fatores essenciais para o bom desempenho da instituição. É com base nesta definição estratégica que a escolha e a adoção ao modelo de gestão devem ser conduzidas de forma que venha a contribuir significativamente para assegurar estabilidade dos processos e sustentabilidade organizacional. Entende-se por sustentabilidade a forma que as organizações definem um conjunto de práticas, onde procuram demonstrar o seu respeito e a sua preocupação com as condições do ambiente e da sociedade onde estão inseridas.

Após entendido a gestão estratégica de uma IES, outros elementos e conceitos se fazem necessários para que a gestão esteja sustentada em uma sistemática de planejamento e execução das suas ações alinhadas à sustentabilidade institucional. Dentro desta premissa a recomendação é desenvolver nas pessoas o pensamento estratégico que conforme seus princípios vão contribuir para que a liderança exerça a gestão com maior profissionalismo e segurança, alinhada aos propósitos institucionais.

2.5 Responsabilidade Social – contexto geral

Não se pode conceber que responsabilidade social seja um fenômeno exclusivo do campo da educação, em especial no campo universitário. É um conceito que tem se ampliado nos diversos campos, tais como: das ciências políticas, da economia, da administração e da gestão, especialmente no âmbito das reformas de Estado, dos sistemas econômicos e dos sistemas políticos.

Movimentos de reforma do Estado que percorreram o mundo e instaurados na segunda metade do século XX, foram caracterizados pela emergência do Estado mínimo, buscando desenvolver a doutrina da descentralização das políticas sociais e, ao mesmo tempo, a transferência de responsabilidade para organizações da sociedade civil, remetendo para estas, designadamente através das parcerias, a prestação de serviços sociais.

O Estado era o promotor exclusivo das políticas sociais até recentemente. Esta realidade começou a mudar em função das demandas e forças da população e de organizações transnacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Banco Mundial, e até mesmo de organismos governamentais, que buscavam novas formas de gestão e novas maneiras de atender às necessidades sociais (Estigara, Pereira e Lewis, 2009).

Nesse panorama, ampliou-se a discussão quanto ao conceito da responsabilidade social e sua forma de conceber nas organizações e, logo em seguida, nas universidades. Frente a isto, Pernalete e Ortega (2010) afirmam que o antecedente principal a este conceito é o da responsabilidade social empresarial, que foi introduzido efetivamente no momento histórico em que o mundo vivenciava o

redimensionamento da globalização, na virada da década de 1980 para década de 1990. Persistia a ideia de que as organizações deviam promover práticas adequadas, orientadas ao âmbito social, meio ambiente e direitos humanos, conscientes de que deveriam ir além de sua tarefa básica. Neste sentido, deveriam considerar também os impactos que suas atividades poderiam gerar na própria organização e seus membros, nos grupos de interesse (stakeholders) com os quais se relacionavam e na cidadania coletiva.

2.5.1 Responsabilidade Social da Educação Superior no Brasil

Seja responsabilidade social universitária ou Responsabilidade Social da Educação Superior (RSES), estes são termos pouco difundidos no cenário universitário brasileiro. Ao se discutir o papel social ou até mesmo a função social da universidade brasileira, o termo mais comum é compromisso social, conforme (Calderón, 2005).

Isto não significa que o termo RSES não tenha sido utilizado em outros países em contextos históricos diferentes. A universidade é uma instituição transecular (Morin, 2009) e que os discursos sobre sua finalidade na sociedade têm sido, uma constante histórica nos cenários universitários nacionais e internacionais.

O termo RSES apareceu no Brasil com o processo de institucionalização do mercado de Educação Superior, com maior visibilidade no início da década de 2010, quando as IES privadas incluíram, em suas estratégias de marketing, o discurso da responsabilidade social empresarial ou corporativa, amplamente disseminada no Brasil pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social (Calderón, 2005). Este termo ganhou visibilidade no Brasil ao ser incluído como uma das dez dimensões de avaliação das IES no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), instituído pela Lei n° 10.861, de 14 de abril de 2004, e regulamentado pela Portaria n° 2.051, de 9 de julho de 2004, que o termo em questão ganhou força no Brasil.

Segundo Calderón, Pessanha e Soares (2007), o que era tendência do mercado de Educação Superior, utilizado como tema de discurso nas propagandas das IES privadas, agora assume o de obrigação institucional diante da normativa estatal do SINAES.

Na ocasião, este processo gerou certa confusão teórica entre o conceito de responsabilidade social da Educação Superior e a chamada extensão universitária. Considerado um impasse teórico que foi superado, na medida em que o conceito de RSES e o compromisso social foram vinculados às discussões sobre a função social das IES. Com isto, a extensão universitária foi identificada como uma das três atividades universitárias, associada com o ensino e a pesquisa, possibilitando que as IES cumpram sua responsabilidade social.

Conforme Vallaeys (2006), o aparelhamento de uma gestão universitária responsável socialmente e as funções sociais de ensino, pesquisa e extensão, devem ser organizados por alguns eixos, sem os quais a responsabilidade social dificilmente se sustentaria, tais como: a) garantir a responsabilidade social da ciência; b) promover a formação da cidadania democrática; c) contribuir para o desenvolvimento, por meio da formação do estudante, como agente de desenvolvimento.

Com isto, a universidade deve acompanhar a dinâmica das grandes transformações que ocorrem no mundo, no que tange a globalização econômica, científica e cultural, porque, querendo ou não, a IES sofre interferências políticas, econômicas, culturais e tecnológicas no seu contexto social. O crescente número de universidades empreendedoras é percebido em todo mundo, onde a maior preocupação, segundo Clark (1998; 2006), é reger sua gestão com menor dependência

financeira do Estado. Tal realidade exige a reorganização das instituições, por meio de elementos de sustentabilidade institucional, adotando um novo estilo organizacional. Uma reflexão a ser feita frente ao modelo de gestão universitária adotado, da conta da restrição que um modelo meramente empresarial, devendo, sobretudo, assumir os desafios econômicos, sociais e ambientais, os quais lhes são impostos na lógica da responsabilidade social universitária.

2.6 Egresso

No campo educacional, Pena (2000), descreve a existência de divergências quanto à definição de egresso, pois conforme a autora, alguns estudiosos utilizam o termo egresso quando faz referência aos alunos formados. Por outro lado, outros autores relacionam o termo egresso aos indivíduos que saíram do sistema escolar por vias diferentes, sejam eles ex-alunos: diplomados, por desistência, por transferência ou jubilados. Conforme Ferreira (1999), o conceito de egresso, no âmbito educacional, trata como o indivíduo que cumpriu determinada grade curricular de um curso de graduação ou pós-graduação e obteve uma titulação em determinada área do conhecimento. Considera-se o termo egresso definido na legislação da área educacional, como a pessoa que efetivamente concluiu os estudos, recebeu o diploma e está apto a ingressar no mercado de trabalho (Brasil, 1996).

Com base nos conceitos e critérios utilizados na definição do termo egresso, utilizou-se o conceito que a legislação preconiza sobre egressos, assim como as políticas institucionais aplicadas para o acompanhamento e gestão de egressos da IES em estudo.

2.6.1 Legislação no contexto do egresso

Conforme definido na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 - LDB de acordo com seus artigos:

> Art. 2º - A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
> Art. 3º - O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
> Art. 43º. A educação superior tem por finalidade: II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

Segundo expresso no texto da lei, o ensino nas IES também deve ser ministrado com enfoque no trabalho, e por sua vez, voltado ao mercado de trabalho. Conforme o artigo 7º da LDB "o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público" (Brasil, 1996).

Frente a isto e para garantir a observância do cumprimento desta regulamentação nas instituições, no artigo 9º, inciso VIII, da mesma lei fica expresso que é incumbência da União:

“assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino”.

Para isso ocorrer, o SINAES instituiu de forma integrada a avaliação das instituições, dos cursos e do desempenho dos estudantes, estabelecendo que a avaliação das instituições aconteça em dois momentos distintos: a auto-avaliação, a ser coordenada por Comissões Próprias de Avaliação (CPAs), e a avaliação externa, realizada por comissões de docentes da educação superior, devidamente cadastrado e capacitado (MEC, 2006).

O SINAES tem por atribuição aplicar a avaliação nas Instituições de Educação Superior, visando identificar o seu perfil e o significado de sua atuação, por meio de suas atividades, cursos, programas, projetos e setores, considerando as diferentes dimensões institucionais. Frente a isto, orienta as IES a criar as Políticas de atendimento aos estudantes.

Conforme definido no roteiro do processo de avaliação institucional, o SINAES (MEC, 2014) determina elementos para a constituição de indicadores que visam identificar e avaliar as medidas institucionais para incentivar a participação dos egressos na vida da instituição. Desta forma, é necessário deixar claro que o Instrumento de Avaliação, utilizado tanto para o avaliador como para o avaliado, haja um incentivo da participação do egresso na instituição, que garanta a efetividade da avaliação.

Conforme o Instrumento de Avaliação Institucional Externa do SINAES (MEC, 2014), este se constitui de um documento que trata das dimensões, sobre grupos de indicadores a serem analisados em uma sistemática de avaliação da IES. Sobre o tema egresso, o instrumento avalia em seu Eixo 3 – Políticas Acadêmicas, os indicadores referentes ao Programa de atendimento aos estudantes e Política e ações de acompanhamento dos egressos.

Como critérios de análise de indicadores têm-se a pontuação máxima do indicador: - Programas de atendimento aos estudantes: Quando os programas de apoio aos estudantes (apoio psicopedagógico, programas de acolhimento ao ingressante, programas de acessibilidade ou equivalente, nivelamento e/ou monitoria), inclusive aos estrangeiros, quando for o caso, estão previstos/implantados de maneira excelente. - Política e ações de acompanhamento dos egressos: Quando o plano de ação/ações institucionais previsto/implantado atende de maneira excelente à política de acompanhamento dos egressos.

2.6.2 Perfil do egresso

A definição do egresso pela IES deve ocorrer alinhada à necessidade de formar cidadãos com conhecimento, habilidades e competências, aos quais serão exigidos pelo mercado de trabalho, assim como pela sociedade. Tais exigências servirão de base para o planejamento do curso e definição das ementas das disciplinas ministradas.

Neste sentido, o conhecimento é entendido como a capacidade de aplicar informação a um trabalho, que segundo Crawford (1994), é composto por quatro características principais: a) difundível: se amplia à medida que é utilizado. O profissional utiliza os conhecimentos para exercer uma tarefa, e quanto mais utiliza, mais aperfeiçoa o conhecimento e se aprofunda na tarefa; b) substituível: um conhecimento pode ser substituído por outro no lugar de novas descobertas e informações que antes eram desconhecidas; c) transportável: um conhecimento pode ser transportado a outros locais, de modo a disseminá-lo; e d) compartilhável, onde seu uso por outros não impede de ser utilizado pelo detentor principal.

Quando analisado nas IES, o conhecimento necessita de instrumentos que facilitem a sua gestão. Neste sentido, a gestão do conhecimento colabora no entendimento de como o recurso intangível pode dar base para a estratégia competitiva, bem como, definir quais ativos estratégicos irão assegurar resultados superiores para a organização no futuro (Fleury, 2001).

Já a competência é definida como o agrupamento de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias para que a pessoa desenvolva suas atribuições (Dutra, 2004). Conforme define Vergara (2000, p. 38): "uma capacidade específica de executar a ação em um nível de habilidade que seja suficiente para alcançar o efeito desejado". A competência ainda pode ser definida como a inteligência prática das situações, apoiadas em conhecimentos adquiridos, e transformadas à medida que a diversidade das situações aumenta (Zarifian, 2003).

Dependendo do curso e do futuro profissional, o estudante necessita adquirir competências específicas, neste sentido, Dutra (2004), relaciona competências comuns a diversas áreas de atuação dentro das organizações: a) capacidade de planejar e organizar - relaciona-se a organização, sistematização, antecipação de tendências que facilitem o processo de decisão; b) capacidade de comunicação - transmitir informações e conhecimentos de forma a ser compreendido por qualquer interlocutor em qualquer ambiente; c) capacidade de negociação - busca pelo equilíbrio nos resultados visando benefícios para os envolvidos, gerando credibilidade e criando relacionamentos necessários para obter resultados; d) visão sistêmica - entendimento de todo o negócio, da relação entre os processos organizacionais e da clareza sobre sua agregação de valor ao negócio; e) capacidade analítica - captação e organização sistemática de informações relativas a assuntos dentro do escopo de atuação, através de análise, comparação e identificação de relações de causa e efeito; f) relacionamento interpessoal - desenvolvimento de relações estratégicas e utilização de rede de relacionamento na busca de maximizar resultados, e oportunidades; g) multifuncionalidade - mobilizar diversidade de conhecimentos e informações, adaptando-se a vários papéis e ajustando para responder adequadamente a diferentes ambientes; e h) capacidade de gerenciar projetos - visa elaborar, estruturar, avaliar e controlar projetos, gerenciar o tempo, recursos e resultados e definir prioridades de maneira integrada.

Em relação à definição do perfil profissiográfico do egresso da IES, este é resultante das análises de mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais decorrentes das relações sociais e produtivas.

Para contribuir com estas análises e preparação de um programa de ensino alinhado ao perfil do egresso e adaptado às demandas sociais, deve ser considerada a participação de diferentes públicos envolvidos na sociedade. Estes púbicos são compostos por empresários, sindicatos patronais e de trabalhadores, assim como pesquisas de mercado local e regional que apontam a necessidade de formação de profissionais para competências e habilidades que atendam as demandas exigidas pelo mercado de trabalho em constante inovação e pelas demandas sociais.

Ainda em se tratando da pesquisa com o mercado de trabalho, devem ser incluídos os profissionais egressos da instituição, por saberem da realidade da mesma, podendo assim, contribuir de forma expressiva para que esta se molde às condições do meio em que está inserida.

Concluída a fundamentação teórica, no que diz respeito ao valor que a IES deve dar para acompanhar e gerenciar seus egressos, o tópico seguinte será apresentado a metodologia de pesquisa adotada neste estudo.

3 Metodologia

A pesquisa da qual decorre este artigo se caracteriza por ser um estudo de caso com análise documental sobre o modelo de gestão de uma IES no sul do Brasil, em que a abordagem quantitativa oferece subsídios para o enfoque qualitativo.

Para Lüdke e André (1986) o estudo de caso pode ser do tipo simples e específico, complexo e abstrato. As autoras, com base nos trabalhos de Nisbet e Watt, apontam que o estudo de caso pressupõe a observação de três fases: inicialmente a exploratória; num segundo momento a delimitação do estudo e a coleta de dados; e num terceiro estágio a análise sistemática e a elaboração do relatório.

A partir dessa concepção de investigação, o objetivo geral da pesquisa é analisar como o modelo de gestão, adotado pela IES, contribui para o desenvolvimento do perfil do egresso, quanto à responsabilidade social, desde a sua inserção na Instituição de Ensino Superior (IES) até sua atuação na Sociedade (Mercado de Trabalho e Comunidade).

Para Fox (1981), após a decisão do pesquisador pelo problema investigativo e, em consonância com ele, o referencial teórico que o subsidiará no decorrer do estudo, torna-se necessária a definição do universo pertinente à investigação. Esta contempla a Unilasalle Canoas, escolha que se deu pelo processo de transformação na gestão acadêmica vivenciada nos últimos anos com sinais de relevantes resultados e também pela relação que os pesquisadores estabelecem com a instituição.

Contudo, este artigo faz parte de um projeto da pesquisa em andamento, intitulado "Gestão Universitária: da teoria aos modos de efetivação em diferentes contextos do Consórcio das Universidades Comunitárias Gaúchas (COMUNG)" do programa de Pós-graduação em Educação, da Unilasalle Canoas - Brasil. Neste recorte se aborda os fatores de gestão universitária que tenham relação direta com a formação do perfil do egresso, frente à responsabilidade social, alinhados aos princípios institucionais de uma Instituição Comunitária de Ensino Superior (ICES). Com esta proposta pretende-se identificar e trabalhar o perfil do egresso, quanto à responsabilidade social, desde a sua inserção na Instituição de Ensino Superior (IES) até sua atuação na Sociedade (Mercado de Trabalho e Comunidade).

Para se chegar aos resultados do trabalho apresentado, realizou-se uma análise documental que envolveu: Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI); Relatório de Gestão do Programa Gaúcho da Qualidade e Produtividade – RG-PGQP 2014, Políticas Institucionais entre outros documentos.

Tal análise se apoia na proposta de análise de conteúdo, apresentada por Bardin (2011), para analisar o conteúdo e diretrizes expressas no PDI e outros documentos desdobrados a partir deste. Conforme Bardin, (2011), as diferentes fases da análise de conteúdo são: a pré-análise; a exploração do material; o tratamento dos resultados e a inferência e a interpretação dos resultados.

4. Resultados

Os resultados evidenciam que o documento norteador para o funcionamento da IES é o PDI, desenvolvido em consonância com os instrumentos reguladores do sistema de ensino superior. O PDI contempla fatores que orientam para a prática de gestão universitária, alinhados aos seus princípios filosóficos e voltados à formação do profissional responsável socialmente.

Neste sentido, o PDI está em consonância com as estratégias da IES, onde se percebe alinhamento com o tema central deste trabalho, de acordo com a descrição dos objetivos e metas institucionais:

> Oportunizar uma pedagogia que viabilize a formação profissional, a produção, a apropriação e a socialização do conhecimento, necessárias para a compreensão da realidade e para sua intervenção, buscando alcançar níveis mais complexos do desenvolvimento de suas capacidades intelectuais e humanas. (Centro Universitário La Salle, 2014, p. 13).

Observa-se ainda que estratégias institucionais constantes no PDI são desdobradas e tratadas no modelo de gestão da IES, através de ações de ensino, de pesquisa e de extensão, bem como, indicadores e metas monitoradas através de reuniões sistemáticas com as principais lideranças.

Os resultados apresentados, ainda que parciais, dão conta de que a IES em estudo tem atendido os requisitos legais, evidenciados nos documentos e políticas institucionais. Tais documentos estão em acordo com os pressupostos básicos de uma instituição que prima pela qualidade e excelência nos diferentes níveis de ensino, definidos nos seus objetivos e princípios norteadores.

Cabe identificar ainda, o quanto as políticas e os planos de ensino da IES foram desdobrados e contemplaram a percepção dos diferentes públicos envolvidos ou beneficiados na elaboração do perfil do egresso em consonância com as demandas sociais. Neste sentido foi possível identificar a contribuição da IES, desde a formação até a inserção do profissional no mercado e na sociedade, sobretudo a sua atuação social e responsável.

5 Considerações finais

Considerando-se os anseios da sociedade atual, por uma formação de indivíduos e profissionais socialmente responsáveis, percebe-se a importância do papel que a universidade exerce frente a estas demandas.

Formar cidadãos e ao mesmo tempo profissionais, ainda é um desafio para muitos. Urge a necessidade de formar pessoas capazes para desempenhar atividades que atendam as demandas sociais, econômicas e ambientais, sobretudo, responsáveis socialmente.

É necessário que a IES contemple em seus currículos, ajustes constantes, com a finalidade de proporcionar aos profissionais formados por esta, conhecimentos, habilidades e atitudes que possibilitem a realização de atividades em diferentes processos, resolvendo problemas inerentes à sua área de formação e de outras áreas, de maneira segura e com qualidade.

Neste sentido, conclui-se que a IES em estudo tem feito esforços além da obrigatoriedade legal, baseada nos seus princípios de excelência e em consonância com o papel de uma IES comunitária.

A IES em estudo se mostra alinhada ao desenvolvimento do perfil do egresso voltado para a atuação na sociedade, apresentando-se como agente de formação profissional e humana. Fatos estes, evidenciados através de seus valores, princípios fundacionais, identidade e características próprias, necessárias para formação humana, integral e integradora.

O estudo possibilitou verificar que são pré-requisitos para a gestão de egressos na IES a definição de uma Política Institucional consolidada e um Sistema de Informação baseado em diretrizes de monitoramento da gestão do conhecimento. Neste sentido, se faz necessário analisar a intensidade de interação da IES com o Egresso, considerando que quanto maior a interação maior será o benefício para ambas as partes e fundamentalmente para a sociedade.

Com isto, percebe-se que no processo de controle, este implica em estabelecer padrões voltados ao perfil de egressos que confrontado com a realidade, por meio de pesquisa com egressos, necessitam medidas corretivas no currículo, no curso e na IES para atender às necessidades da sociedade.

A partir dos dados, resta saber se os egressos da IES estudada identificam a real contribuição da responsabilidade social durante o processo formativo e sua vivência na sociedade e mercado de trabalho. Esta pode ser uma questão para a continuidade deste estudo.

Referências

Bardin, L. (2011). *Análise de conteúdo.* São Paulo, Edições 70.

Braga, R.; Monteiro, C. A. (2005). *Planejamento estratégico sistêmico para instituições de ensino*. São Paulo: Hoper.

Brasil. (2006). *Decreto nº 5.773 de 09 de maio de 2006*. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Brasília. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/decreton57731.pdf>. Acesso em 01 ago. 2016.

BRASIL. (2006). Ministério da Educação. *Organização e avaliação de cursos e instituições do ensino superior.* Decreto 5.773 de 9 de maio de 2006. Brasília. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/DecN5773.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2016.

Brasil. (2008). Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. *Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação.* Brasília. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/superior-censosuperior-sinopse>. Acesso em 20 de jul. 2016.

BRASIL. (2013). *Lei n. 12.881, de 12 de novembro de 2013 e atualizações.* Dispõe sobre a definição, qualificação, prerrogativas e finalidades das Instituições Comunitárias de Educação Superior - ICES. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12881.htm >. Acesso em 20 de agosto. 2016.

Calderón, A.I. (2005). *Responsabilidade social:* desafios à gestão universitária. Estudos, v.22, n.34, p.13-27.

Calderón, A.I.; Pessanha, J.; Soares, V.L. (2007). *Educação superior:* construindo a extensão nas IES particulares. São Paulo: Xamã.

Centro Universitário La Salle (2013). *Relatório de Gestão Programa Gaúcho da Qualidade e Produtividade (RG-PGQP)*. Canoas: Unilasalle, impresso.

Centro Universitário La Salle. (2014). *Plano de Desenvolvimento Institucional 2014-2018.* Canoas: Unilasalle, impresso.

Chiavenato, I. (2014). *Gestão de Pessoas:* O Novo papel de recursos humanos nas organizações. 4. ed. São Paulo: Manole.

Clark, B. (1998). *Creating entrepreneurial universities:* organizacional pathways of transformation. Pergamon & Elsevier Science.

Clark, B. (2006). Em busca da universidade empreendedora. In: AUDY, José Nícolas; MOROSINI, Marília Costa (Orgs.). *Inovação e Empreendedorismo da Universidade.* Porto Alegre: EDIPUCRS, p. 15-41.

Crawford, R. (1994). *Na Era do Capital Humano.* São Paulo: Atlas.

Drucker, P. F. (2009). *O melhor de Peter Drucker:* A administração. São Paulo, Nobel.

Dutra, J. S. (2004). *Competências:* conceitos e Instrumentos para a gestão de pessoas na Empresa Moderna. São Paulo: Atlas.

Estigara, A.; Pereira, R.; Lewis, S. A. L. B. (2009). *Responsabilidade social e incentivos fiscais.* São Paulo: Atlas.

Falconi, V. (2009). *O verdadeiro Poder:* Práticas de gestão que conduzem a resultados revolucionários. Minas Gerais: INDG,.

Ferreira, A. B. H. (1999). *Novo Aurélio século XXI:* o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

Fleury, M. T. L. (2001). *Gestão estratégica do conhecimento:* integrando aprendizagem, conhecimento e competências. São Paulo: Atlas.

Fossatti, P. E Casagrande, C. A. (2011). "Formação Integral e Integradora". In: Fossatti, P.; Hengemüle, E. e Casagrande, C. A. (org.). *Ensinar a Bem Viver.* Canoas, Ed. UnilaSalle, pp. 67-84.

Fox, D. J. (1981). *El proceso de investigación en educación*. Pamplona: EUNSA.

Gil, A. C. (2008). *Métodos e técnicas de pesquisa social.* 6 ed. São Paulo: Atlas.

IALU. International Association La Salle Universities (2013). *Members*. Disponível em: <http://www.lasalle-ialu.org/list_institutions?region=5>. Acesso em: 20 mar. 2014.

Lüdke, M.; André, M. (1986). *Pesquisa em educação*: abordagens qualitativas. São Paulo: EPU.
Ministério da Educação. (2006). *Avaliação externa das instituições de educação superior:* diretrizes e instrumento. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/download/superior/2005/avaliacao_instiricional/avaliacao_institucional_externa_8102005.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2016

Morin, E. (2009). *Os sete Saberes Necessários à Educação do Futuro*. 12 ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO.

Pena, M. D. C. (2000). *Acompanhamento de egressos:* análise conceitual e sua aplicação no âmbito educacional brasileiro. Disponível em: <http://www.senept.cefetmg.br/galerias/Arquivos_senept/anais/terca_tema2/TerxaTema2Artigo3.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2016.

Pernalete, M. T.; Ortega, M. T. (2010). *Responsabilidad Social de la Universidad:* retos y perspectivas. Buenos Aires: Paidós.

Província Lassalista de Porto Alegre (2004). *Projeto Pedagógico.* Porto Alegre, impresso.
Tachizawa, T.; Andrade, R. O. B. (2006). *Gestão de Instituições de Ensino.* 4 ed. Rio de Janeiro: FGV.

Vallaeys, F. (2006). O que significa responsabilidade social universitária? *Estudos*, v.24, n.36, p.35-56.

Vergara, S. C. (2000). *Projetos e relatórios de pesquisa em administração*. 3. ed. São Paulo: Atlas.

Zarifian, P. (2003). *O Modelo da competência:* trajetória histórica, desafios atuais e propostas. São Paulo: Senac.

A TRANSPARÊNCIA NA REGULAÇÃO DA QUALIDADE DA PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO INTRODUZIDA PELA PLATAFORMA SUCUPIRA EM RELAÇÃO ÀS SECRETÁRIAS DOS PPGS

Silvia Adriana da Silva Soares, Secretária do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade La Salle; silvia.soares@unilasalle.edu.br

Evaldo Luis Pauly, Professor do Mestrado e Doutorado em Educação da Universidade La Salle; evaldo.pauly@unilasalle.edu.br

Resumo:

Este trabalho objetiva produzir informações que contribuam para a excelência da ação gestora dos Secretários de PPGs em Educação, apontando alguns subsídios a fim de se (re)pensar o aprimoramento dos processos e práticas no âmbito da Pós-graduação *stricto sensu* a partir da visão da Secretaria. A metodologia empregada é o estudo de caso, com abordagem quantitativa e qualitativa. A pesquisa se justifica porque a gestão do capital humano dedicado à produção da pesquisa na Pós-Graduação não tem sido analisada sob o ponto de vista da eficácia e das competências dos Secretários. Ao problematizar o papel do Secretário enquanto gestor administrativo-pedagógico da pesquisa, o trabalho pretende agregar valor ao trabalho desenvolvido e destacar a necessidade de qualificação do trabalho administrativo e pedagógico no âmbito da Pós-graduação em Educação. Ao final da investigação concluímos que a participação destes profissionais no Fórum dos Secretários de Programas de Pós-graduação em Educação da região sul tem sido estratégica para o aprimoramento do trabalho e das competências destes profissionais.

Palavras-chave: Gestão da Pós-Graduação; Capital humano; Competências dos Secretários.

1 Introdução

Em julho de 2012 a primeira autora participou da IX ANPEDSUL e VI Fórum de Secretários de Programas de Pós-Graduação em Educação da Região Sul, de toda a programação, chamou-lhe a atenção a palestra ministrada pelo Prof. Dr. Pedro Antônio de Melo, da Universidade Federal de Santa Catarina, a qual se intitulava: Qualificações, competências, desafios e perspectivas dos profissionais que atuam nas secretarias de programas de pós-graduação em educação. Onde enfatizou a importância que os secretários têm dentro de uma secretaria de Pós-Graduação *stricto sensu* e que as competências profissionais esperadas para um secretário são: ter visão integrada de processos, conhecer pessoas, promover soluções, criatividade e inovação, comunicação, iniciativa, pensamento estratégico, entender de negociação, autogestão, *empowerment* (descentralização de poderes) e relacionamento. O professor Pedro Antônio de Melo (2012) enfatizou a importância que os secretários têm dentro de uma secretaria de Pós-Graduação e explicou que vivemos em uma era de mudanças, num cenário de mundialização, e por esse motivo devemos buscar alternativas para melhorar nosso desempenho profissional e segundo ele o caminho para isso é a Educação. “A Universidade continua sendo uma das poucas Instituições capazes de gerar conhecimentos novos”.

A afirmação do autor acerca da necessidade do desenvolvimento destas competências condiz com a experiência profissional da primeira autora na Instituição onde atua desde 2005, no Protocolo, na Secretaria Acadêmica e, nos últimos anos, como secretária de PPGs, adquirindo uma visão geral dos processos institucionais. Essa formação foi enriquecida por sua formação em Pedagogia que também prepara para, a gestão educacional. Essa experiência motivou-a a investigar a gestão e os secretários dos PPGs em Educação da Região Sul do Brasil. A opção foi reforçada pelo fato de a área da educação, organizar um Fórum de secretários vinculados aos PPG's da região sul do Brasil, filiados à Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Educação (ANPED), que ocorre durante a realização da Reunião Científica Regional da ANPED, a cada dois anos.

O objetivo do trabalho é contribuir para qualificar a ação gestora dos Secretários, haja vista que sinalizará para alguns subsídios a fim de se (re)pensar os processos e práticas no âmbito da Pós-graduação *stricto sensu* a partir da visão da Secretaria. Assim, problematizar o papel do Secretário enquanto gestor poderá agregar valor ao trabalho e à qualificação profissional na medida em que este profissional contribui para gerar tecnologias de gestão que aperfeiçoem o trabalho administrativo e pedagógico no âmbito da Pós-graduação. Uma das questões principais da gestão universitária é a gestão do capital humano, sendo assim, a gestão dos programas de pós-graduação pode ser analisada sob o ponto de vista da eficácia e das competências dos Secretários.

A metodologia da pesquisa se caracteriza como estudo de caso, com abordagem quantitativa e qualitativa, focalizando a gestão dos PPGs fazendo um recorte para a função desempenhada pelos secretários destes Programas de Pós-graduação, na área da Educação da região sul do Brasil.

2 As Empresas e as Pessoas que Nelas Atuam

Segundo Chiavenato (2006) durante a era industrial, as empresas bem sucedidas eram aquelas que conseguiam aumentar o seu capital financeiro.

> O retrato do sucesso organizacional era representado pelo tamanho organizacional e suas instalações físicas, pelo patrimônio contábil, e, sobretudo, pela riqueza financeira. [...] A acumulação de recursos – financeiros e materiais – era um dos objetivos organizacionais mais importantes (2006, p. 52).

Na atualidade isto mudou, as empresas bem sucedidas são "extremamente ágeis e inovadoras" e por este motivo "independem de seu porte e tamanho". De maneira que, "ser uma grande organização" hoje, não significa ser "uma organização bem sucedida" (CHIAVENATO, 2006, p. 52).

Conforme Chiavenato (2006, p. 53) o capital financeiro deixou de "ser o recurso mais importante" em uma organização e deu lugar ao capital intelectual, que é constituído por "ativos intangíveis, como": a) O "Capital interno: envolve a estrutura interna da organização, conceitos, modelos e sistemas administrativos e de computação"; b) o "Capital externo: envolve a estrutura externa da organização [...] as relações com clientes e fornecedores, bem como marcas, [...], patentes e a reputação ou imagem da empresa" (CHIAVENATO, 2006, p. 53). Assim o

> capital humano: é o capital de gente, de talentos e de competências. A competência de uma pessoa envolve a capacidade de agir em diversas situações, tanto para criar ativos tangíveis como intangíveis. Não basta ter

> pessoas. Tornam-se necessários uma plataforma que sirva de base e impulsione as pessoas e utilize os talentos existentes. Assim, o capital humano é basicamente constituído de talentos e competências das pessoas.

Para Caravantes (2002, p. 38) vivemos em um "mundo de mutações" no qual "as organizações devem necessariamente contar com recursos humanos qualificados" para perdurar e alcançar sucesso. Caravantes (2002, p. 38) classifica em dois grupos, "como as organizações lidam com seus recursos humanos".

1º- A administração de pessoal, como definição tradicional:

> Operar as funções de recrutamento, seleção, às vezes algum treinamento técnico; da mesma forma que os recursos físicos – máquinas e equipamentos – da unidade de produção precisam ser revisados e submetidos à manutenção, os recursos humanos precisam ser *lubrificados* (pagos) e mantidos em condições operacionais. [...] são encarados meramente do ponto de vista econômico: um recurso que pode ser contratado no momento em que se necessitar e que com "alguns motivadores", como salário razoável, vale-transporte, auxílio médico, por exemplo, pode ser colocado a funcionar (CARAVANTES, 2002, p. 38).

Para Caravantes (2002) esta é uma visão necessária, mas não é a única como alguns administradores suponham ser.

2º - Empresas que administram talentos:

> [...] entendem que a importância dos talentos cresce com o aumento da complexidade ambiental. Mudança exige inovação e inovação depende diretamente do potencial criativo das pessoas, potencial este que poderá ou não ser liberado em prol dos objetivos organizacionais. [...] as pessoas devem ser mais autônomas, capazes de tomar decisões relevantes sem consulta a níveis superiores e assumir responsabilidades por sua própria organização e gerencia (CARAVANTES, 2002, p. 39).

Portanto, o capital humano da empresa se constitui pelas pessoas que nela trabalham e elas são parte fundamental para o sucesso da empresa. Segundo Chiavenato (2006, p. 85) o capital humano "pode valer mais ou menos na medida em que contenha talentos e competências capazes de agregar valor à organização e torná-la mais ágil e competitiva". Assim sendo o capital humano representa "mais na medida em que consiga influenciar as ações e destinos" da empresa.

3 O Unilasalle e a Gestão Universitária

A Instituição busca se adequar "para os novos tempos", qualificando "a gestão universitária". A IES utiliza a ferramenta de gestão *Balanced Scorecard* (BSC), e busca "definir seus objetivos estratégicos e metodologias correlatas à implementação do planejamento estratégico em foco" (PDI, 2014, p. 26).

As metas do planejamento estratégico são deliberadas "pela equipe diretiva, com a finalidade de atender às demandas e necessidades institucionais". Para alcançar tais metas, a IES busca agir de "forma significativa junto a todos os níveis: convertendo a estratégia em processo contínuo; traduzindo-a em termos operacionais; alinhando a organização à estratégia; e, por fim, transformando-a em tarefas de todos" (PDI, 2014, p. 27).

> A gestão orçamentária e financeira é realizada de forma integrada em todas as áreas, tendo como principal objetivo garantir os recursos necessários para fazer frente às demandas institucionais. A autossustentabilidade é o foco principal de suas metas e ações financeiras, primando pelo cumprimento dos orçamentos operacionais e de investimentos como forma de garantir o pleno atendimento das atividades-fim (PDI, 2014, p. 27).

Ainda segundo PDI (2014, p. 28), um dos fundamentais desafios da gestão, na busca por autossustentar-se, "é a diversificação das fontes de receitas, uma vez que o valor arrecadado via mensalidade dos acadêmicos, principalmente da graduação, é a principal fonte de receita institucional".

Nesta conjuntura, "novas alternativas passam a ser consideradas na realidade institucional, como o desenvolvimento de projetos vinculados ao ensino, à pesquisa e à extensão", impulsionadas e promovidas "por instituições públicas e privadas ou, ainda, por subvenções estaduais, nacionais e internacionais". Desta forma, essas opções instituem-se sob a forma de parcerias que agregam "valor quantitativo e qualitativo para a Instituição" (PDI, 2014, p. 28).

Em conformidade com as políticas de gestão de pessoas, a Visão Institucional perfila-se com a noção "de que a gestão transcende o organograma" e tende a fazer com que os colaboradores desenvolvam suas competências, "profissionalizados e comprometidos com os princípios da organização". A Instituição procura alinhar ações estratégicas "permeadas por todos os níveis hierárquicos, as políticas de gestão de pessoas estão descritas no Manual de Políticas e Rotinas". Com o desígnio de colaborar para as "questões administrativas e implementar a organização do trabalho a partir do Programa Gestão por Competências – administrativo – e Plano de Carreira Docente – docentes" (PDI, 2014, p. 28).

"A Educação Lassalista passou para o novo milênio renovada e preparada para o período da interconexão" e tem o compromisso com a internacionalização, "a partir da criação de uma rede de instituições de ensino superior - *International Association of Lasallian Universities* (IALU)" -, na qual se estimula "a comunidade educativa lassalista no mundo. Todas as faces da missão educacional estão respondendo à mudança de paradigmas causada pela globalização e pela internacionalização" (PDI, 2014, p. 29). Para Universidades do século XXI é fundamental a "cooperação acadêmica internacional" (PDI, 2014, p. 29).

> A mobilidade de acadêmicos, docentes, pesquisadores e gestores é parte comum da atividade de uma IES que cria laços transnacionais, fixando conexões e articulando redes de conhecimento. Por isso, a formação de redes internacionais permite à Instituição aproximar-se de comunidades científicas de diferentes países, reforçando a cooperação entre os povos e o incentivo aos avanços tecnológicos e científicos (PDI, 2014, p. 29).

"A internacionalização no Unilasalle é vista como forma de desenvolvimento de novas habilidades, atitudes e conhecimento para estudantes, docentes e discentes". Estas ações estão focadas na grandeza da humanidade e sua profissionalização, que estão em harmonia "com a missão dos Lassalistas no Brasil e no mundo". Com o objetivo de proporcionar "atividades inovadoras - tanto acadêmicas como extracurriculares - a mobilidade de acadêmicos, docentes e colaboradores, os estudos de área, a assistência técnica, o treinamento intercultural e a pesquisa internacional conjunta". A Instituição tem efetivado nas suas instituições de ensino o constante compromisso "com a cultura, a política, o planejamento e os processos organizacionais – a partir de políticas

apropriadas e processos administrativos - para que a internacionalização não se torne marginalizada, ou seja, tratada como um fato passageiro" (PDI, 2014, p. 29).

As "atividades de pesquisa possuem forte vínculo com os programas de Pós-Graduação Stricto Sensu", a pesquisa é característica principal dos "cursos de mestrado e doutorado", pois a pós-graduação não existiria sem a pesquisa, que já vem atuando em áreas onde há uma demanda da sociedade (PDI, 2014, p. 37).

> A pesquisa é realizada por meio de projetos que apoiam e estimulam a produção e a divulgação do conhecimento em todos os níveis de ensino e nas diferentes áreas do conhecimento nos quais a Instituição realiza atividades acadêmicas. (PDI, 2014, p. 37)

Com este panorama sobre a gestão do Unilasalle, pode-se apresentar o sistema de avaliação da Pós-graduação Stricto Sensu, que pode ser considerado como uma ferramenta para gestão dos Programas de Pós-graduação do Brasil.

4 Avaliação CAPES da Pós-Graduação *Stricto Sensu*

CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior foi criada pelo Decreto nº 29.741, em 11 de julho de 1951, com o propósito de garantir a existência de pessoas especializadas "em quantidade e qualidade, para atender às necessidades dos empreendimentos públicos e privados", tendo em vistas o desenvolvimento do país (CAPES, 2014, s/p).

No início do segundo mandato do governo Vargas, retomou-se a construção e o desenvolvimento da nação através da industrialização, aumentando a complexidade da administração pública vindo à tona a urgência e a necessidade "de formação de especialistas e pesquisadores nos mais diversos ramos de atividades: de cientistas qualificados em física, matemática e química a técnicos em finanças e pesquisadores sociais" (CAPES, 2014, s/p).

A partir de levantamento feito pela Capes foram criados novos critérios para classificar os cursos de Pós-Graduação no Brasil com base no famoso "Parecer 977/65, do Conselho Federal de Educação, de autoria do Conselheiro Newton Sucupira". Muitos cursos intitulados de cursos de pós-graduação deixaram de ser assim chamados "porque não correspondiam aos critérios estabelecidos pelo parecer" (MACIEL *apud* GUTERRES, 2002, s/p).

Conforme Cury (2005, p. 10) "o parecer CFE nº 977/65", foi deferido "pelo ministro da Educação em 6/1/1966 e publicado no Diário Oficial da União em 20/1/1966", que "passou a conceituar e normatizar os cursos de pós-graduação no Brasil", critérios estes que são utilizados até os dias de hoje. O Parecer de Sucupira é um sólido documento dividido em sete partes, que são:

> "Origem Histórica da Pós-Graduação": este contém a "origem [...] na estrutura da universidade norte-americana", abrangendo a faculdade como alicerce "comum de estudos e as diferentes escolas graduadas que geralmente requerem o título de bacharel como requisito de admissão". Ou seja, para eles "[...] o estudante pós-graduado é o que possui o grau de bacharel e continua a fazer estudos regulares com vista a um grau superior. (SUCUPIRA, 2005, p. 162)

"Necessidade de Pós-Graduação": a regra para os "cursos pós-graduados hoje se impõe e se difunde em todos os países", em decorrência "natural do extraordinário progresso do saber em todos

os setores, tornando impossível proporcionar treinamento completo e adequado para muitas carreiras nos limites dos cursos de graduação". Sendo assim "[...], o estudante moderno somente poderá obter, ao nível da graduação, os conhecimentos básicos de sua ciência e de sua profissão". Para Sucupira (2005, p. 163-164):

> A pós-graduação torna-se, assim, na universidade moderna, cúpula dos estudos, sistema especial de cursos exigido pelas condições da pesquisa científica e pelas necessidades do treinamento avançado. O seu objetivo imediato é, sem dúvida, proporcionar ao estudante aprofundamento do saber que lhe permita alcançar elevado padrão de competência científica ou técnico-profissional, impossível de adquirir no âmbito da graduação.

"Conceito de Pós-Graduação": deste modo quando idealizada "a pós-graduação, é reconhecida sua fundamental importância para a formação universitária, vemos que constitui regime especial de cursos cuja natureza devemos precisar". Primeiramente deve-se assinalar a diferença "entre pós-graduação *sensu stricto* e *sensu lato"*. Em segundo lugar deve-se distinguir o sentido da "pós-graduação, conforme o próprio nome está a indicar, designa todo e qualquer curso que se segue à graduação [...]" (SUCUPIRA, 2005, p. 165). Em síntese, a pós-graduação *stricto sensu* expõe as características a seguir:

> é de natureza acadêmica e de pesquisa e mesmo atuando em setores profissionais tem objetivo essencialmente científico, enquanto a especialização, via de regra, tem sentido eminentemente prático-profissional; confere grau acadêmico e a especialização concede certificado; finalmente a pós-graduação possui uma sistemática formando estrato essencial e superior na hierarquia dos cursos que constituem o complexo universitário. Isto nos permite apresentar o seguinte conceito de pós-graduação sensu stricto: o ciclo de cursos regulares em segmento à graduação, sistematicamente organizados, visando desenvolver e aprofundar a formação adquirida no âmbito da graduação e conduzindo à obtenção de grau acadêmico (SUCUPIRA, 2005, p. 166).

"Um exemplo de Pós-Graduação: a Norte Americana": como ainda não tínhamos "experiência em matéria de pós-graduação", tivemos que tomar como modelos os "estrangeiros para criar nosso próprio sistema. O importante é que o modelo não seja objeto de pura cópia, mas sirva apenas de orientação". Assim sendo, adotamos "como objeto de análise a pós-graduação norte-americana, cuja sistemática já provada por uma longa experiência tem servido de inspiração a outros países" (ALMEIDA JUNIOR et al., 2005, p. 166).

"A Pós-Graduação na Lei de Diretrizes e Bases": no estudo da LDB destacamos o que "concede à pós-graduação ao classificar os diferentes tipos de cursos superiores", conseguimos afiançar "que a doutrina aqui" apresentada obedece ao "texto legal". Ambicionamos aqui revelar, "com a análise do art. 69 onde se distingue três grandes categorias de cursos" (Sucupira, 2005, p. 169):

> a) de graduação, abertos à matricula de candidatos que hajam concluído o ciclo colegial ou equivalente, e obtido classificação em concurso de habilitação; b) de pós-graduação, abertos à matrícula de candidatos que hajam concluído o curso de graduação e obtido o respectivo diploma; c) de especialização, aperfeiçoamento e extensão, ou quaisquer outros, a juízo do respectivo instituto de ensino abertos a candidatos com o preparo e os requisitos que vierem a ser exigidos (SUCUPIRA, 2005, p. 169).

"A Pós-Graduação e o Estatuto do Magistério: Com a promulgação do Estatuto do Magistério, o Conselho dispõe, agora, de poderes para submeter os cursos pós-graduados a uma certa regulamentação". É verdadeiro referir "que o Estatuto não confere privilégio a esses cursos para o exercício do magistério". Já que não se atribui vantagens, "não seria o caso de invocar o art. 70 da LDB para submeter os cursos pós-graduados à regulamentação". Entretanto, compreendemos "que a competência atribuída ao Conselho para definir esses cursos e determinar-lhes as características, outorga-lhe, ao mesmo tempo, certo poder para regulamentá-los" (SUCUPIRA, 2005, p. 170).

"Definição e Características do Mestrado e Doutorado": Compete-nos imediatamente, atender "à solicitação do Sr. ministro e, ao que determina o Estatuto do Magistério, definir e fixar as características dos cursos de mestrado e doutorado". Percebe-se que se trata de "caracterizar estes cursos em seus aspectos fundamentais, evitando-se estabelecer padrões rígidos que" venham a trazer prejuízos "a flexibilidade essencial à toda pós-graduação". Ofereceríamos somente "as balizas mestras dentro das quais a estruturação dos cursos pode sofrer variações em função" das suas especificidades, ou de acordo com o "setor de conhecimento e da margem de iniciativa que se deve atribuir à instituição e ao próprio aluno na organização de seus estudos" (SUCUPIRA, 2005, p. 171).

As principais definições do Parecer Sucupira de 1965 permanecem vigentes até a atualidade, havendo apenas uma breve descontinuidade, em 15 de março de 1990, quando no governo de Collor a Capes foi extinta, pela Medida Provisória nº 150. Com a intensa mobilização das pró-reitorias de pesquisa e pós-graduação das universidades e com o apoio do Ministério da Educação, é revertida a medida. E em 12 de abril de 1990, a Capes é restituída pela Lei nº 8.028.

O poder público institui a Capes como Fundação Pública, em 09 de janeiro de 1992, pela Lei nº 8.405, dando "novo vigor à instituição" (CAPES, 2014, s/p). Em 1995, com a mudança do governo, "a Capes passa por uma reestruturação, fortalecida como instituição responsável pelo acompanhamento e avaliação dos cursos de pós-graduação *strictu sensu* brasileiros". Desta forma "o sistema de pós-graduação ultrapassa a marca dos mil cursos de mestrado e dos 600 de doutorado, envolvendo mais de 60 mil alunos" (CAPES, 2014, s/p).

A CAPES visa ampliar e solidificar a pós-graduação *stricto sensu* no Brasil. Dentre as atividades de responsabilidade da Capes está a avaliação da pós-graduação *stricto sensu* (CAPES, 2014). Este sistema de avaliação está em contínuo aperfeiçoamento e "serve de instrumento para a comunidade universitária na busca de um padrão de excelência acadêmica para os mestrados e doutorados nacionais" e os resultados desta avaliação são utilizados para formulação e reformulação das "políticas para a área de pós-graduação" (CAPES, 2014, s/p).

Quando o curso "é recomendado pela CAPES e reconhecido pelo Conselho Nacional de Educação/Ministério da Educação, ele passa a fazer parte do Sistema Nacional de Pós-Graduação (SNPG)". Por consequência, o curso "passa a ter a obrigatoriedade de prestação de informações a CAPES, a respeito de toda a sua atividade acadêmica e de pesquisa" (CAPES, 2014, s/p).

Os cursos novos de mestrado Acadêmico e profissional se aprovados pela Capes iniciam, no mínimo, com conceito 3; o Doutorado com conceito 4. A avaliação era realizada a cada três anos (trienal), gerando uma nota com base em conceitos, que vão de 1 a 7. As notas 1 e 2 implicam no descredenciamento do curso. As notas 3, 4 e 5 significam respectivamente, cursos com qualidade regular, boa e muito boa, porém para mestrado Profissional o conceito 5 significa a excelência. A nota 6 demonstra um curso conceituado pela excelência em nível nacional e o conceito 7 demonstra a excelência do curso em nível internacional.

Desde a implantação pela CAPES do Sistema de Avaliação da Pós-graduação, o sistema vem contribuindo "para o desenvolvimento da pós-graduação e da pesquisa científica e tecnológica no Brasil". O processo abrange a Avaliação das Propostas de Cursos Novos e a Avaliação dos Programas, que são "conduzidos por comissões de consultores do mais alto nível, vinculados a instituições de ensino das diferentes regiões do país" (CAPES, 2014, s/p.).

Conforme Soares e Pauly (2015) as coordenações dos PPGs são "passageiras" pois são exercidas por docentes do Colegiado indicados por seus pares para mandatos, geralmente, de dois anos. Os secretários, por sua vez, são mais "permanentes" e adquirem expertise na gestão das informações para o preenchimento do Coleta. Para a CAPES a responsabilidade pelo preenchimento do relatório é da Coordenação do curso, no entanto, a própria Revista Brasileira de Pós-graduação, publicada pela CAPES, registra a informação de que os Secretários também preenchem informações na Sucupira porque

> o modus operandi dos PPGs é o de que o(a) secretário(a) insira na plataforma as informações relacionadas ao cadastro do PPG, aos financiadores de projetos de pesquisa, aos discentes (matrícula nas disciplinas, bolsistas, registro de defesas, cadastro dos avaliadores externos, turmas e divulgação dos textos de teses e dissertações) e às vinculações entre linhas de pesquisa, projetos de pesquisa e produções. Em contrapartida, a coordenação articula com o colegiado os textos analíticos e político-pedagógicos da proposta do programa, tendo como base empírica a produção intelectual vinculada às linhas e à inserção acadêmica e social que o coletivo do PPG viabiliza (SOARES; PAULY, 2015, p. 393-394).

Assim, na prática, o coordenador elabora os textos para os itens referentes à proposta do programa, com base nas informações da secretaria. Nessa perspectiva prática, a Secretaria é estratégica na operação do aplicativo Coleta de Dados Capes, através do qual são inseridas as informações referentes à "infraestrutura física, formação e atividades de docentes, matrícula e titulação de alunos, [...] produção bibliográfica em termos de artigos científicos, livros, dissertações e teses defendidas, produção técnica e tecnológica, etc." (GUTERRES, 2002, s/p).

5 Programas de Pós-graduação em Educação

Conforme o Documento de Área da Educação (2017, p. 2) no mês de setembro de 2016 a área da educação contava com 246 cursos de Pós-graduação, "sendo 128 de Mestrado Acadêmico, 74 de Doutorado e 44 de Mestrado Profissional. Tais cursos se organizam em 172 Programas, 74 deles com Mestrado e Doutorado Acadêmicos, 54 com Mestrado Acadêmico e 44 com Mestrado Profissional". Foi feito uma comparação da evolução dos Programas da área nos últimos três triênios, conforme quadro a seguir:

Quadro 1: Evolução no número de cursos de pós-graduação em Educação

2004 a 2006	2007 a 2009	2010 a 2012	Setembro de 2016
Relatório de avaliação 2007	Relatório de avaliação 2010	Relatório de avaliação 2013	
78	94	121	172

Fonte: Documento de área, 2017, p. 2.

Como se vê a evolução do triênio 2004-06 para o 2007-09 foi de 20,5%, já a evolução do triênio 2007-09 para 2010-12 foi de 22,3% e a evolução do triênio 2010-12 para o quadriênio 2013-16, quase dobrou os dois aumentos anteriores, chegando a 41,5%. Das "trienais 2007, 2010 e 2013", até o mês de setembro de 2016 ocorreu uma evolução de 120,5% (DOCUMENTO DE ÁREA, p. 2, 2017).

De acordo com o Documento de Área (2017, p. 3) os programas evoluíram de "111 na Trienal de 2007 para 246 em setembro de 2016, um aumento de 121,6%". Os mestrados acadêmico aumentaram "de 78 na Trienal de 2007 para 128 em setembro de 2016, um aumento de 64,1% e nesse mesmo período, o número de Doutorados passou de 33 para 74, um aumento de 124,2%". Ocorreu, portanto, uma ascensão "bem maior no número de Doutorados em relação àquela dos Mestrados Acadêmicos". Somente a partir da trienal 2010-12 que os surgem os Mestrados Profissionais. Essa evolução pode ser observada no quadro 2:

Quadro 2: Evolução do número de programas de pós-graduação em Educação

2004 a 2006	2007 a 2009	2010 a 2012	Setembro de 2016
Relatório de avaliação 2007	Relatório de avaliação 2010	Relatório de avaliação 2013	
78(ME) – 34(DO)	94(ME) – 45(DO)	112(ME) – 61(ME) – 9(MP)	128(ME) – 74(DO) – 44(MP)
111	139	182	246

Fonte: Documento de área, 2017, p. 3.

Destaca-se a "análise dos dados regionais sobre a distribuição dos cursos, segundo as dependências administrativas", na maioria das regiões se sobressaíram as instituições públicas, mas na região sul as instituições privadas se sobressaíram, conforme podemos conferir a seguir (DOCUMENTO DE ÁREA, 2017, p.5-6):

> Na Região Norte os cursos se instalaram em instituições públicas – federais e estaduais – com predominância das federais, com 12 cursos em setembro de 2016, enquanto nas estaduais eram apenas 2;
> A Região Nordeste possui quase o mesmo perfil da Região Norte, com dois cursos em IES privadas. Nessa mesma ocasião a Capes registrou que se instalaram 26 cursos nas IES federais e 15 cursos nas estaduais;
> Na Região Sudeste observa-se uma inversão desse perfil, com forte presença de IES privadas, com 43 cursos. Entretanto, o número de IES públicas também é superior nessa região: com 36 cursos nas IES federais e 23 nas estaduais;
> Na Região Sul há um número maior de cursos em IES privadas (32), enquanto as IES públicas eram 31 cursos: 19 em IES federais, 11 em estaduais e 1 numa instituição municipal;
> Na Região Centro-Oeste, mais uma vez, nota-se a predominância das IES públicas com 18 cursos: 15 nas federais e 3 nas estaduais. As IES privadas possuem 6 cursos.

Segundo o Documento de Área (2017, p. 6) nas trienais de 2007, 2010, 2013 tem-se os perfis das notas dos programas no Brasil por região:

> a) a Região Norte possui apenas programas 3 e 4;
> b) a Região Nordeste possui programas 3, 4 e 5;
> c) a Região Sudeste, a partir da Trienal de 2010 passou a ter todo o espectro de notas, de 3 a 7;

> d) a Região Sul não possuía programas com Nota 7 na Trienal de 2007 e não possuía programas com Nota 6 na Trienal de 2010 e passou a possuir todo o espectro de notas nas duas avaliações seguintes;
> e) a abertura de novos cursos alterou o perfil inicial da Região Centro-Oeste de 4 e 5 na Trienal de 2007 para 3, 4 e 5 nos outros momentos de avaliação (Documento de área, 2017, p. 6).

A seguir, no quadro 3 apresentamos um levantamento dos Programas de Pós-graduação *stricto sensu* na Área da Educação, na Região Sul, por instituição, estado e resultados da avaliação (conceito) nas trienais 2004-2006, 2007-2009 e 2010-2012. Esta relação foi feita, porque os secretários dos programas de pós-graduação em Educação da Região Sul fizeram parte desta pesquisa.

Quadro 3: Programas de Pós-graduação na Área da Educação – Região Sul

IES		CONCEITO		
	UF	2004 2006	2007 2009	2010 2012
1. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI	RS	_	_	3
2. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS	RS	6	5	6
3. Universidade Federal de Santa Maria – UFSM	RS	4	4	5
4. Universidade Federal Pelotas – UFPel	RS	4	5	5
5. Universidade Federal do Rio Grande – FURG	RS	_	_	3
6. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS	RS	5	6	6
7. Universidade Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS	RS	6	6	7
8. Universidade de Caxias do Sul – UCS	RS	_	3	4
9. Universidade de Passo Fundo – UPF	RS	4	4	4
10. Universidade Luterana do Brasil – ULBRA	RS	4	3	4
11. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC	RS	_	3	3
12. Centro Universitario La Salle	RS	3	3	4
13. Universidade Regional do Noroeste do Estado do RGS – UNIJUÍ	RS	4	4	4
14. Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ	SC	_	_	3
15. Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS	SC	_	_	3
16. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC	SC	5	4	5
17. Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC	SC	_	4	4
18. Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE	SC	_	_	3
19. Universidade do Vale de Itajaí – UNIVALI	SC	4	4	4
20. Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB	SC	3	3	4
21. Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC	SC	_	3	3
22. Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL	SC	_	3	3
23. Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC	SC	4	3	3
24. Universidade do Planalto Catarinense - UNIPLAC/SC	SC	_	3	2
25. Universidade Federal do Paraná – UFPR	PR	4	5	5
26. Universidade Estadual de Londrina – UEL	PR	3	3	4
27. Universidade Estadual do Centro-Oeste - UNICENTRO	PR	_	_	3
28. Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR	PR	4	4	5
29. Universidade Estadual de Maringá – UEM	PR	4	4	5
30. Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG	PR	4	4	4
31. Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE	PR	_	_	3
32. Universidade Tuiuti do Paraná – UTP	PR	4	4	4

Fonte: CAPES. Mestrados/Doutorados Reconhecidos, 2014.

Verifica-se no quadro 3 que na avaliação trienal 2004-2006 existiam 19 instituições de ensino superior na região Sul que mantinham programas de pós-graduação em Educação. Na trienal 2007-2009, existiam 25 instituições de ensino superior na região Sul, e na última trienal 2010-2012, temos 32 instituições de ensino superior na região Sul. Dos 19 programas existentes na trienal 2004-2006, um baixou o conceito de 6 para 5, os demais mantiveram o conceito ou subiram de conceito na avaliação seguinte. Dos 25 programas existentes na trienal 2007-2009, um baixou o conceito de 3 para 2, os demais mantiveram o conceito ou subiram de conceito na avaliação seguinte.

No triênio 2004-2006 existiam 19 Programas em Educação, sendo três deles com conceito 3 (em fase de abertura); 12 Programas com conceito 4, dois Programas com conceito 5 e outros dois Programas com conceito 6.

No triênio 2007-2009 existiam 25 Programas em Educação, sendo 10 com conceito 3 (cinco em fase de abertura); 10 Programas com conceito 4, três Programas com conceito 5 e dois Programas com conceito 6.

No triênio 2010-2012 existiam 32 Programas de Pós-graduação em Educação, sendo um que iniciou no triênio passado com nota 3 e que neste último baixou para 2. Em seguida, temos 11 Programas com conceito 3 (sete em fase de abertura); 11 Programas com conceito 4, seis Programas com conceito 5; dois Programas com conceito 6 e um Programa com conceito 7.

Apesar de ter ocorrido um crescimento bastante relevante no número de Programas durante os triênios passados, o Conceito 4 foi o que se manteve sempre em alta. No ultimo triênio pode se observar um crescimento relevante do Conceito 5 e apenas um Programa recebeu o conceito mais alto (7), mas conforme se espera do desempenho dos Programas, a tendência é que melhorem em suas avaliações e, assim, mantenham ou aumentem seus conceitos.

6 Considerações Finais

Dos 32 Programas de Pós-graduação *stricto sensu* na Área da Educação, na Região Sul, somente 17 estavam representados por seus secretários no VII Fórum de Secretários de Programa de Pós-graduação em Educação da região sul, e ao analisar os dados obtidos através do questionário respondido pelos Secretários pode-se perceber que os secretários na sua maioria são do sexo feminino, mas tínhamos no grupo um secretário do sexo masculino. Quanto à idade temos secretários em todas as faixas etárias delimitadas na pesquisa, onde temos 3 secretários com até 24 anos de idade; 3 secretários com 25 a 29 anos de idade; temos 5 secretários com idade de 30 a 39 anos; 5 secretários com a idade de 40 a 49 também e 1 secretário com mais de 50 anos. Podemos ainda fazer outra relação, os 3 secretários com até 24 anos de idade, são aqueles 3 secretários que atuam na pós-graduação a menos de um ano. Porém o restante não tem essa relação, pois 7 secretários atuam nesta função entre 1 a 3 anos; entre 7 a 10 anos temos 4 secretários atuando na função; de 11 a 15 anos temos 1 secretário em atuação e há mais de 20 anos temos 2 secretários em atuação.

Quanto à formação acadêmica dos secretários não existe uma formação única, ou graduação específica para ser secretário de Programa de Pós-graduação, mas predomina-se a área Administrativa, considerando as especializações, chamou-me a atenção que apenas um secretário possui Mestrado em educação, e conforme palestra ministrada pelo Prof. Dr. Pedro Antônio de Melo, da UFSC, em 2012, durante a IX ANPED Sul, sobre “Qualificações, competências, desafios e perspectivas dos profissionais que atuam nas secretarias de programas de pós-graduação em

educação", todos os secretários deveriam fazer mestrado nos Programas em que atuam. Porque segundo ele, seria de fundamental importância que todos pudessem fazer um mestrado e melhor seria se fizéssemos o mestrado no local onde trabalhamos, pois conhecemos tudo sobre o Programa de Pós-Graduação aonde trabalhamos.

Já como referido anteriormente pelo Prof. Dr. Pedro Antônio de Melo sobre as competências necessárias para ser um bom secretário de Programa de Pós-graduação, então chega-se à conclusão que as competências necessárias para atuação de um bom secretário, vai muito além da sua formação acadêmica, vai muito além de um curso de Graduação. Temos que buscar de alguma forma nos qualificar para termos todas estas competências e assim podermos ser empreendedores de Instituição de Ensino Superior.

Dos 17 secretários respondentes 7 tiveram seu ingresso na Instituição de Ensino onde trabalham direto na Pós-graduação e 10 secretários tiveram seu ingresso na Instituição através de outros setores. Mas isto demostra que estes 10 secretários atuaram bem nos outros setores onde trabalharam e tiveram a oportunidade de crescer profissionalmente.

Ao listar os conhecimentos necessários para desenvolver nossas atividades, em nosso dia-a-dia, foram relacionados 18 itens. E ao relacionarem estas atividades com o grau de importância para o nosso desempenho profissional definiu-se a relevância de importância atribuindo-se uma nota de 1 a 5, sendo 1 nenhuma relevância e 5 de extrema relevância às atividades desenvolvidas. Após para análise das respostas desta questão realizou-se um tratamento quantitativo para constituir o *Ranking* Médio (RM) empregando a escala de Likert de 5 pontos (Barbosa & Campanhol, 2006). "Para o cálculo do RM utilizou-se o método de análise de escala do tipo Likert apresentado por Malhotra (2001) e utilizado por Tresca e de Rose Jr (2004) e por Cassiano (2005)" (Barbosa & Campanhol, 2006, p. 12).

A partir disso obtivemos uma média para as respostas dadas, sendo de extrema relevância os seguintes conhecimentos: o Domínio da Língua Portuguesa e o Conhecimento da Plataforma Sucupira, com média de 4,8. E ainda podemos dizer que os seguintes conhecimentos: Domínio de Língua Estrangeira (2,8); Conhecimento de Design (2,7); Noções de Contabilidade (2,7) e Conhecimento a partir de intercâmbio nacional e internacional com outras instituições (2,9) não tem relevância para nossas atividades do dia-a-dia. Isso ainda nós demonstra a preocupação dos secretários com a escrita, quando temos que redigir documentos e a preocupação em conhecer a Plataforma Sucupira porque em muitos Programas são os secretários que fazem o preenchimento desta e sendo este o item mais importante para a avaliação do stricto sensu perante a CAPES.

Doravante relacionou-se uma lista de 27 atividades realizadas na secretaria do PPG onde a autora atua, destas 7 atividades foram indicadas ser feito por todos igualmente, depois destas 27 atividades 10 são feitas igualmente por 16 secretários, com 15 respostas temos 6 atividades realizadas, com 14 respostas temos 2 atividades realizadas e com 13 respostas temos 2 atividades realizadas. A questão ainda permitia que fossem acrescentadas mais atividades, se por acaso, o questionário não relacionasse todas. Sendo assim, foram acrescentadas mais nove atividades que não tinham sido contempladas. De tal modo compreende-se que, 36 atividades diferentes são desempenhadas pelos secretários de PPG's.

Os secretários, quando foram questionados sobre a existência de um Regimento exclusivo para o Programa de Pós-Graduação em Educação e se consideravam as atividades descritas no seu Regimento, em que percentuais contemplados? Obtivemos os seguintes dados: 10 Programa não dispõe desse serviço de forma exclusiva e somente 7 PPG's preveem em seu Regulamento a designação de uma secretaria exclusiva e os Regimentos dos PPG's, em geral, não regulamentam

estas atividades, ou não deixam bem definidas estas atividades. O Plano de Carreira específico existe apenas em 4 destas Instituições.

A opinião dos secretários ficou dividida em relação aos salários estarem de acordo com o mercado, pois 9 acham que sim e 8 acham que não está de acordo. Um dos secretários que pensa que seu salário está de acordo com o mercado de trabalho mencionou o valor de seu salário e o comparou com o salário dos secretários que responderam que seu salário não está de acordo com o mercado de trabalho, a diferença entre ambos os salários é quase o dobro.

Dos 17 Secretários respondentes somente 1 não respondeu à questão descritiva. E através das 16 respostas obtidas pode-se perceber que todos gostam muito do que fazem, caso não gostassem tanto, já teriam desistido, pois todos se queixam da quantidade de tarefas, excesso de trabalho, de fazer coisas além do que deveriam, até mesmo de fazer tarefas que seriam da Coordenação e não suas. O problema, no entanto, não parece estar no fato de fazer além do que deveria, o problema maior é a falta de incentivo e reconhecimento por parte das Instituições.

Segundo Silva e Oliveira, (2009, p. 215), quando "o colaborador é reconhecido sente-se importante e estimulado para executar seu trabalho com eficácia" e dedicação, porque consegue vislumbrar que tem valor dentro da sua empresa e que faz parte do processo que a conduz ao sucesso. Se o colaborador não estiver motivado para o trabalho, ele fará somente o necessário para manter-se no emprego, até conseguir uma oportunidade melhor. Conforme o autor, é o que tem acontecido na atualidade com as empresas que não valorizam o seu capital humano e não procuram reter os bons colaboradores.

Também, conforme o professor Pedro Antônio de Melo (2012) ponderou mais de uma vez, os secretários de pós-graduação são muito importantes, pois têm os conhecimentos, as habilidades, as atitudes e a responsabilidade de cuidar bem de sua secretaria. "Os secretários são empreendedores de Instituições Escolares, devem conhecer bem aquilo que fazem; devem se comportar como se fossem donos da própria Instituição onde trabalham; devem manter o foco naquilo que pode ser o melhor; devem ir para o trabalho" como se fossem fazer algo que lhes dessem prazer, "levantar-se todos os dias para vencer; a autoconfiança deve ser a sua marca e devem estar sempre de bem com a vida".

Ocorreram também relatos de secretários que dizem cuidar até do preenchimento do currículo Lattes dos docentes, fato que não é juridicamente correto, porque o Lattes é um documento público sob responsabilidade penal do seu autor, o que evidentemente não é tarefa ou função de um secretário. Para esta demanda, parece mais adequado que as IES proporcionem cursos e oficinas para que os docentes aprendam a preencher o seu currículo Lattes de acordo com a sua produção e vinculação com a linha de pesquisa em que atuam de acordo com a orientação do Documento de Área. Estas oficinas devem ser estendidas aos discentes, pois eles também demonstram ter dificuldades no preenchimento dos seus Currículos Lattes. Esta orientação das IES é uma necessidade considerando que os dados lançados por discentes e docentes na Plataforma Lattes são a fonte básica para o preenchimento coerente da Plataforma Sucupira.

Pensamos que os secretários têm a obrigação de fazer parte do processo de preenchimento da Plataforma Sucupira através de um portal de acesso exclusivo, evitando o uso indevido da senha pessoal do Portal dos Coordenadores. Pois são os secretários que cuidam, produzem e acumulam os dados referentes a parte administrativa-acadêmica do PPG necessários para o preenchimento técnico adequado da Plataforma Sucupira. Os demais dados, especialmente aqueles relativos à Proposta do Programa, devem ser preenchidos pelo Coordenador, a partir dos Lattes dos docentes e discentes do PPG que devem ser atualizados e averiguados pelo Colegiado do Programa. Ainda salientamos ser de extrema importância a participação dos secretários neste processo, pois como

vimos em dados anteriores, temos secretários que atuam a mais de 20 anos na função e os Coordenadores de Programas são substituídos com frequência e os secretários costumam ser mais permanentes. A avaliação do Programa pela Diretoria de Avaliação da CAPES é feita a partir dos dados inseridos na Plataforma Sucupira, portanto, é de extrema relevância que este preenchimento não fique somente sob responsabilidade dos secretários.

O Fórum dos Secretários de Pós-graduação em Educação é de derradeira importância para seus PPGs. Todas as Instituições deveriam estimular a participação dos seus secretários no segundo Fórum Nacional de Secretários que contará com apoio da ANPED e se realizará concomitantemente com a 38ª Reunião Nacional da ANPEd, de 01 a 05 de outubro no Campus da UFMA - São Luís, Maranhão. As palestras ministradas e os trabalhos apresentados neste Fórum estão sendo pensados para o aprimoramento das atividades realizadas no dia a dia destes profissionais. Desta forma aprendemos por meio das trocas de experiências entre os secretários. Os secretários realizam atividades semelhantes, os processos são parecidos em todas as Instituições e através da troca de experiências poderemos melhorar esses processos. Com base na experiência acumulada pelos Secretários da região sul iniciamos as articulações políticas com a diretoria da ANPEd para a realização do Fórum Nacional de Secretários de Programa de Pós-graduação em Educação, ultrapassando os limites da região sul. Os secretários das outras regiões do Brasil, aos poucos, estão reconhecendo a experiência do Fórum Sul de Secretários, percebendo que somos organizados, que aprendemos uns com os outros, que trocamos informações visando à melhoria dos processos de gestão e o nosso desempenho profissional em nossas Instituições.

Referências

ANPEDSUL - *Fórum de Secretários(as) de Programas de Pós-graduação em Educação da Região Sul.* 2015. Disponível em: <http://www.portalanpedsul.com.br/home.php?link=secretarios&sublink=secretarios> Acesso em: 06 mai. 2015.

AVALIAÇÃO TRIENAL. *Relatório de Avaliação 2010-2012***.** Trienal 2013. 2015. Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid= Y2FwZXMuZ292LmJyfHRyaWVuY WwtMjAxM3xneDo0ZmE1Njg0MDc4MjUwZjc3>. Acesso em: 10 mai. 2015.

BARBOSA, J. P. P.; CAMPANHOL, E. M. A indústria de confecção de Passos/MG e a capacitação de sua mão-de-obra. *REA - Revista eletrônica de administração.* 2006. Disponível em: <http://periodicos.unifacef.com.br/index. php/rea/article/view/193>. Acesso em: 21 mai. 2015.

CAPES - Coordenação de aperfeiçoamento de nível superior. *Mestrados/Doutorados Reconhecidos.* 2014. Disponível em: <http://conteudoweb.capes.gov.br/conteudoweb/ProjetoRelacaoCursosServlet?acao=pesquisarRegiaoIes&codigoRegiao=4&descricaoRegiao=Sul#>. Acesso em: 09 abr. 2014.

CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *História e Missão.* 2014. Disponível em: http://www.capes.gov.br/sobre-a-capes/historia-e-missao. Acesso em: 18 abr. 2014.

CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Educação Documento de Área e Comissão.* 2014. Disponível em:

<http://www.avaliacaotrienal2013.capes.gov.br/documento-de-area-e-comissao>. Acesso em: 04 mai. 2014.

CAPES. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. *Caracterização do Sistema de avaliação da Pós-Graduação.* 2014. Disponível em:<http://www.capes.gov.br/cursos-recomendados/91-conteudo-estatico/avaliacao-capes/6871-caracterizacao-do-sistema-de-avaliacao-da-pos-graduacao>. Acesso em: 07 set. 2014.

CARAVANTES, G. R. (2002). *O ser total*: talentos humanos para o novo milênio. 2. ed.. Porto Alegre: AGE.

CHIAVENATO, I. (2006). *Recursos Humanos:* O Capital Humano das Organizações. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A.
CURY, C. R. J.. Quadragésimo ano do parecer CFE nº 977/65. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, (30), 7-20, Set /Out /Nov /Dez 2005.

DOCUMENTO DE ÁREA. Ministério da Educação. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior Diretoria de Avaliação. *Educação*. 2016. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/documentos/Documentos _de_ area_2017/Educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2017.

GUTERRES, C. R. J. A Faculdade Interamericana de Educação. *Cadernos de Educação Especial*, (1)19 Santa Maria, 2002. Disponível em: <http://coralx.ufsm.br/ revce/ceesp/2002/01/a11.htm>. Acesso em: 18 de abril de 2014.

MELO, P. A. Qualificações, competências, desafios e perspectivas dos profissionais que atuam nas secretarias de programas de Pós-graduação em Educação. Evento: *VII Fórum de Secretários de Programas de Pós-Graduação em Educação*. (Apresentação de Trabalho/Conferência ou palestra). Caxias do Sul/RS, Brasil, 2012.

PDI. *Plano de Desenvolvimento Institucional, 2014-2018.* 2015. Disponível em: <http://unilasalle.edu.br/public/media/4/files/pdi_livreto_web.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2015

SOARES, S. A. da S.; PAULY, E. L. Profissionais em Gestão da Pós-Graduação: perfil, competências e atividades na percepção dos secretários dos programas de pós-graduação em Educação. *RBPG*, Brasília, v. 12, n. 28, p.387-410, agosto de 2015.

SUCUPIRA, N.. (Relator). Parecer CFE nº 977/65, aprovado em 3 dez. 1965. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, (30) 162-173, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n30/a14n30.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

UNILASALLE. *O Unilasalle - Histórico*. 2015. Disponível em: <http://unilasalle.edu.br/canoas/o-unilasalle/>. Acesso em: 31 jan. 2015.

O PROCESSO DE BOLONHA EM PORTUGAL: UM ENSINO SUPERIOR DE QUALIDADE?

Cora Hisae Hagino, doutoranda pela Universidade de Coimbra; corahisae@hotmail.com

Resumo:

O Processo de Bolonha fundou o Espaço Europeu de Ensino Superior com as seguintes premissas: a transnacionalização do ensino superior, a mobilidade, a utilização do sistema de créditos (ECTS) e o ensino em ciclos. O Processo de Bolonha rompeu com o paradigma curricular do ensino superior e sua noção espacial e nacional. Em Portugal, a implementação do Processo de Bolonha se deu com a publicação do Decreto-lei nº 74/2006. No entanto, a maioria das universidades já estavam adaptadas à Bolonha. No estudo de caso realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra foram observadas poucas alterações pedagógicas e de avaliação. As alterações curriculares consistiram na retirada de cadeiras propedêuticas e na redução da carga horária das disciplinas de direitos sociais.

Palavras-chave: Processo de Bolonha. faculdades de direito. ensino.

1 Introdução

Este artigo tem por objetivo demonstrar o impacto da Reforma de Bolonha nas faculdades de direito portuguesas, em especial a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Outro objetivo deste trabalho é compreender as contradições existentes entre as premissas do Processo de Bolonha e a realidade do ensino do Direito em Portugal.

Metodologicamente, foi efetuada observação participante em sala de aula em oito disciplinas e entrevistas a 18 docentes e ao presidente do NED/AAC (Núcleo de Estudante de Direito da Associação Académica de Coimbra) da Faculdade de Direito de Coimbra a fim de perceber quais os impactos que a Reforma de Bolonha teve nestas categorias. Observou-se, ainda, as alterações curriculares e pedagógicas pós Bolonha na referida instituição.

Em um primeiro momento, foi realizada uma análise do Processo de Bolonha, buscando verificar os preceitos básicos desta Reforma. A seguir foi feito um breve estudo sobre a implantação do Processo de Bolonha em Portugal. Por fim, foi desenvolvido um estudo sobre o currículo, a pedagogia e a avaliação no contexto pós-Bolonha da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

2 O Processo de Bolonha e suas premissas

O Processo de Bolonha teve início em 1998 com a Declaração de Sorbonne (França), porém ficou mais conhecido após a Declaração de Bolonha (Itália) em 1999. Posteriormente, este processo teve continuidade com as reuniões dos ministros da educação da União Europeia (UE) em Praga (República Checa) no ano de 2001, em Berlim (Alemanha) em 2003, em Bergen (Noruega) em

2005, em Londres (Reino Unido) em 2007, em Lovaina (Bélgica) em 2009, em Budapeste-Viena (Hungria e Áustria) em 2010 e em Bucareste (Roménia) em 2012. Em 2015, o encontro ocorreu na cidade de Yerevan (Arménia). Com o Processo de Bolonha, fundou-se o Espaço Europeu de Ensino Superior (EEES), através de uma concepção territorial da "Europa do saber".

O Processo de Bolonha rompeu com o paradigma curricular do ensino superior e sua noção espacial e nacional. Com a Declaração de Bolonha, buscou-se transformar o ensino superior europeu em um produto competitivo no mercado global. Neste sentido, iniciou-se um processo de redução da autonomia dos Estados nacionais no âmbito educativo e passou a existir uma política supranacional de ensino superior.

A Reforma de Bolonha e o conjunto de declarações que a compõem não constitui um tratado ou acordo, nem sequer um ato jurídico realizado pela Comunidade Europeia ou pela União Europeia, mas um ato de natureza política entre Estados, uma *soft law* (FERREIRA, 2007).

A criação de uma área europeia de ensino superior não é parte de uma agenda de desenvolvimento científico e tecnológico, mas uma consequência da pressão da globalização no campo educativo. Todavia, as palavras "globalização" ou o termo "global", só surgem a partir do comunicado de Londres de 2007, cujo título foi "Rumo ao Espaço Europeu do Ensino Superior: resposta aos desafios de um mundo globalizado" (CHRISTOU, 2010).

As políticas europeias de ensino superior possuem diversas características dos processos de globalização da educação, como a transnacionalização do ensino superior, a mobilidade e preconização de investimentos privados nas universidades. A União Europeia tinha a intenção de se tornar mais competitiva em um mercado económico global e por outro lado, não dispunha de recursos financeiros para manter o Estado-Providência. O Processo de Bolonha foi elaborado neste contexto.

A Reforma de Bolonha apresenta os objetivos a serem realizados pelas universidades europeias a fim de garantir uma maior competitividade no cenário internacional, como a utilização do sistema de créditos (ECTS) para garantir a equivalência entre as universidades e permitir maior mobilidade estudantil. Inicialmente, o prazo final para a aplicação dos objetivos de Bolonha foi o ano de 2010, todavia este prazo foi alterado para 2020 na Declaração de Lovaina. Apesar do prazo ter sido estendido, a maior parte das universidades europeias se adequou à Bolonha até 2010.

3 O Processo de Bolonha e as faculdades de direito em Portugal

Em Portugal, a implementação do Processo de Bolonha se deu com a publicação do Decreto-lei nº 74/2006[2], de 24 de março. A transformação para o Processo de Bolonha foi coordenada pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (MCTES) e foi coadjuvado pela Direção Geral do Ensino Superior (DGES), pela Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT) e pelo Gabinete de Relações Internacionais para a Ciência e o Ensino Superior (GRICES).

O Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior (CNAES) emitiu em 2002 um parecer em que sugeria três ciclos: licenciatura, mestrado e doutoramento. O mestrado duraria um ano caso a licenciatura perdurasse por quatro anos e dois anos se a licenciatura durasse três anos,

[2] Havia legislações anteriores também relacionadas ao Processo de Bolonha, entre elas: Lei nº 1/2003, de 6 de janeiro, que trata da qualidade do ensino; Lei nº 37/2003, de 22 de agosto sobre financiamento; o Decreto-Lei nº 42/2005, de 22 de fevereiro que regulamenta os princípios reguladores de instrumentos para a criação do Espaço Europeu do Ensino Superior (EEES) e a Lei nº 49/2005, de 30 de agosto, que altera a Lei de Bases do Sistema Educativo.

totalizando sempre cinco anos no total dos dois ciclos. Além disso, o CNAES estabelecia que seria utilizado o sistema ECTS de créditos de modo que 60 créditos significassem o volume de trabalho de um ano e 30 créditos correspondessem a um semestre.

O Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior em 2003 elaborou um relatório denominado "Um ensino superior de qualidade", em que afirmava ter como objetivo garantir aos estudantes uma educação de qualidade e adaptar o sistema de ensino à Declaração de Bolonha. Assim, pretendia-se licenciaturas de quatro anos, excecionalmente podendo durar até mais dois anos, mestrados com vocação científica ou profissional com dois semestres e, por fim doutoramentos com a duração máxima de dois anos ou quatro semestres.

Os pontos mais destacados pelas normas jurídicas portuguesas sobre o Processo de Bolonha são a definição de conceitos para a organização curricular; a utilização de créditos; a demarcação dos limites mínimos e máximos do trabalho de um ano curricular; a delimitação de uma escala de classificação de créditos no país e uma metodologia de conversão para a escala europeia e a criação de instrumentos de mobilidade estudantil no EEES (FERREIRA, 2007).

Assim que foi promulgado o Decreto-Lei 74/2006, de 24 de março, alguns cursos de ensino superior já estavam adaptados à Reforma de Bolonha. No entanto, em 2008, 98% das licenciaturas já se encontravam nos moldes de Bolonha, servindo o Decreto apenas para uma adequação formal e não uma transformação dos cursos, que em muitos casos já havia acontecido (DIREÇÃO GERAL DO ENSINO SUPERIOR *apud* SINDICATO NACIONAL DO ENSINO SUPERIOR, 2008).

3.1 Os sistemas de crédito no ensino superior

Em Portugal já havia um sistema de créditos vigorando desde os anos de 1980, através do Decreto-Lei nº 173/80, de 29 de maio. Neste sistema, uma unidade de crédito é atribuída a 15 horas de aulas teóricas ou 22 horas de aulas teórico-práticas ou ainda 30 horas de seminários ou 40 horas de aulas práticas. Ou seja, é um sistema baseado na presença dos estudantes em sala e sem qualquer relação com a carga total de trabalho do estudante ou com competências a serem adquiridas. A aplicação deste Decreto-Lei se deu no ensino universitário, mas sem obrigatoriedade.

Com a Reforma de Bolonha, diversas universidades organizaram tabelas de conversão dos antigos créditos para o sistema ECTS, porém em muitos casos foi uma transformação matemática, sem grandes alterações pedagógicas.

A unidade de crédito na Reforma de Bolonha não conta apenas a carga letiva, mas o trabalho do aluno dentro e fora de aula. Cada semestre equivale a 30 créditos, sendo que cada crédito corresponde de 25 a 30 horas de estudos, que inclui as aulas, preparação de trabalhos, visitas de estudo, estágios, participação em colóquios, etc. (NUNES, 2004).

No ensino superior português, mesmo após o Processo de Bolonha, continuou-se a centrar o processo pedagógico em unidades disciplinares rígidas, em que a aquisição de competências decorreria do simples fato do estudante aprender determinado conteúdo da disciplina e ser aprovado na mesma, ou seja, do mesmo modo que era no período pré-Bolonha.

3.2 O Ensino e a Formação ao Longo da Vida

Em Portugal, os esforços do Ensino e Formação ao Longo da Vida (EFLV) vem ocorrendo através de cursos de graduação aos estudantes com mais de 25 anos, por meio de exames especiais, para o ingresso no ensino superior, e também cursos em horário pós-laboral para trabalhadores-estudantes e com exames especiais; cursos com frequência livre e com exames ao longo do período escolar. Simão *et al* (2005) destacam que em Portugal há dois desafios no âmbito do EFLV: um de natureza operacional relacionado com o modelo de financiamento, pois exceto as ações contempladas por programas comunitários, não há grande financiamento para este tipo de ação; outro de natureza técnica, pois a formação de adultos exige métodos de educação diferenciados.

De acordo com o painel de inovação da UE, Portugal em 2005 estava com 2,9% na participação de aprendizagem ao longo da vida na faixa etária 25-64 anos, uma percentagem abaixo da média dos países da UE (8,4%). Portugal encontrava-se à frente apenas da França (2,7%), Bulgária (1,3%), Eslovénia (1,2%) e Roménia (1,1%). Em 2010, a média portuguesa de ensino e formação ao longo da vida subiu para 5,7% e em 2013 chegou-se à 9,7%[3] (INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA, 2014 e 2010).

3.3 A Mobilidade no ensino superior

Em relação à mobilidade, a taxa média de estudantes portugueses que vai para o estrangeiro ainda é baixa, com somente 8% de estudantes do ensino superior realizando mobilidade. Os estudantes das universidades públicas são os que mais cursam parte do ensino em outra universidade, em torno de 10% contra 8% dos estudantes das universidades privadas. Já os estudantes que menos efetuam mobilidade são os estudantes dos politécnicos, apenas 3% (MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR, 2005).

A maior fonte de financiamento dos estudantes que realizam mobilidade são os financiamentos privados (35%) ou ainda os pais e a família disponibilizam o financiamento (21,2%). Alguns estudantes encontram trabalho no estrangeiro a fim de financiar sua estadia (10,6%). Os apoios públicos portugueses atingem apenas 10% dos estudantes que fazem a mobilidade, e destes, 8% são uma bolsa. Os países acolhedores financiaram quase o dobro do que foi financiado por Portugal (18,7%) (Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, 2005). O pouco incentivo de financiamento público para a mobilidade pode ser uma das causas da pouca aderência da mobilidade de estudantes portugueses a programas de intercâmbio. Corroboram para esta tese a informação de que somente em 2012 mais de 700 estudantes desistiram do Programa Erasmus, em sua grande maioria alegando motivos financeiros (O PÚBLICO, 2012).

No âmbito da mobilidade, em 2010 Portugal se configurou como um país que recebe mais estudantes do que envia para o estrangeiro. Entre 2003 e 2007 a conta era mais equilibrada com números equivalente de estudantes que saíam do país para fazer mobilidade e que entravam em Portugal (EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION 2003, 2007, 2010). Neste contexto, a crise económica pode estar por trás da queda do número de estudantes portugueses a efetivarem a mobilidade.

[3] Importante observar que a estatística do INE não inclui um corte de idade como na UE, que avalia a aprendizagem ao longo da vida dos 25-64 anos. Assim, no caso português poderão estar incluídas idades inferiores a 25 anos e superiores a 64 anos, fator que pode ter refletido no aumento da taxa de aprendizagem ao longo da vida.

Jorge Miranda (2004) traça algumas considerações sobre a mobilidade de estudantes de direito. O autor afirma que a mobilidade deve ser ancorada na confiança entre as universidades e que pode ser efetivada através de melhorias no Erasmus e nos sistemas de equivalência entre disciplinas. Para a mobilidade é irrelevante se a licenciatura durará três, quatro ou cinco anos, mas a mobilidade exige coerência na aprendizagem para que não haja estudos compartimentados por distintas faculdades. E, ainda, há que se ressaltar que o campo jurídico possui particularidades distintas de outras áreas, pois apesar do direito português receber influência de direitos estrangeiros, o direito nacional é o que os juristas portugueses mais utilizarão em suas vidas profissionais. Por fim, se a mobilidade fosse levada ao extremo poderia gerar uma homogeneização das licenciaturas em direito no EEES, retirando a diversidade de conteúdos e das pedagogias das universidades. A pretexto da harmonização dos sistemas de ensino europeus, se corre o risco de gerar uma uniformização destes, ignorando-se as particularidades nacionais e retirando-se a autonomia às universidades portuguesas.

3.4 O financiamento do ensino superior

Quanto ao financiamento do ensino superior em Portugal, sua redução é um fator preocupante pois a Reforma de Bolonha exige uma reestruturação pedagógica que implica em um investimento significativo em termos de recursos financeiros e qualificação de pessoas.

Com a consolidação de Bolonha, com a transformação de quatro anos em três em muitos cursos, o governo português pôs em causa o orçamento das universidades, com cortes em assinaturas de revistas das bibliotecas, a não renovação de contratos de jovens professores e ao estimular os docentes a optarem pela reforma antecipada (OLIVEIRA e HOLLAND, 2008).

Somente no ano letivo 2006-2007 foram implementados cortes orçamentais por volta de 15% no ensino superior português. Teme-se que com Bolonha haja desculpas para mais cortes financeiros - já que os alunos passarão menos tempo nas licenciaturas - como já tem ocorrido com a política de austeridade. Neste momento de recente implantação de Bolonha (primeira década), o orçamento das universidades deveria ser reforçado a fim de garantir a qualidade e as alterações necessárias ao currículo e à pedagogia do ensino superior.

3.5 A participação de estudantes no Processo de Bolonha

Quanto à participação de estudantes, de um modo geral, em Portugal os estudantes não participaram diretamente do Processo de Bolonha ou participaram em apenas um nível, como nas agências nacionais para assegurar a qualidade, como observadores externos ou na preparação de relatórios de autoavaliação (EUROPEAN HIGHER EDUCATION AREA, 2012). O sindicato de docentes do ensino superior também reclamou da falta de participação de professores na implementação do Processo de Bolonha (FERNANDES, 2001).

Na Universidade de Coimbra, a Associação Académica de Coimbra (AAC), fez parte das reuniões que trabalharam as transformações necessárias ao Processo de Bolonha. Porém, se posicionou contrariamente ao Processo de Bolonha por considerar que a Reforma abriria espaço à

privatização do ensino superior, com aumento de propinas no mestrado e pouca formação na licenciatura.

3.6 O ensino superior em ciclos

A Reforma de Bolonha propõe a divisão do ensino em ciclos. O primeiro ciclo estaria destinado a um nível superior de conhecimento em determinada área científica e geraria habilidades para o exercício de profissões qualificadas. Já o segundo ciclo proporcionaria um nível mais aprofundado em determinada área e teria como função criar capacidade para a investigação (mestrado científico) ou para o exercício de uma atividade profissional especialmente qualificada (mestrado profissionalizante).

A estrutura da licenciatura em direito em Portugal se aproxima mais às características do primeiro ciclo do que do segundo, já que para os que pretendem ser juristas basta um nível superior de conhecimento e capacidade para exercer uma profissão qualificada (MIRANDA, 2004). Como as faculdades de direito não são escolas profissionalizantes, outras entidades (CEJ e OA) poderiam comprovar a existência dos conhecimentos e competências para ingresso na profissão. Além disso, conquanto um segundo ciclo profissionalizante ofereceria vantagens para o exercício da atividade profissional este não é necessário para o exercício das profissões jurídicas e a capacidade de investigação não é essencial a todo os juristas. Deste modo, os dois ciclos em direito não se justificariam, pois um segundo ciclo se tornaria quase obrigatório já que após um primeiro ciclo os diplomados não teriam acesso a quase nenhuma profissão jurídica. De acordo com Gomes Canotilho (2006) corre-se o risco de se massificar os mestrados e doutoramentos, com turmas de duas ou três centenas de alunos, o que não tornaria os cursos qualificados.

Neste contexto, o primeiro ciclo tornou-se apenas um requisito para o segundo ciclo, já que sem o mestrado é difícil os estudantes ingressarem nas principais profissões jurídicas, em que pese a resistência da Ordem dos Advogados e CEJ para as licenciaturas pós-Reforma de Bolonha. Em países como Portugal a licenciatura deveria ser valorizada, pois boa parte dos estudantes portugueses somente terá condições de aceder ao grau de licenciado. É fundamental, para que isso ocorra que os licenciados possam aceder possam acessar as profissões jurídicas, incluindo as tradicionais, como advocacia e a magistratura (NUNES, 2004).

No acompanhamento da implementação do Processo de Bolonha, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, nomeou grupos de trabalho com um coordenador para cada área científica. No curso de direito, o coordenador foi o Professor Jorge Miranda que sugeriu um primeiro ciclo com a duração de quatro anos e meio ou cinco, um segundo ciclo com a duração de dois anos e um terceiro com a duração de três anos. Para as formações de natureza politécnica, tais como solicitadoria e técnicos superiores de justiça, Miranda recomendou um primeiro ciclo de três anos (SINDICATO NACIONAL DE ENSINO SUPERIOR, 2005). Todavia, prevaleceu a proposta 4+1+3, quatro anos de licenciatura, 1 de mestrado e 3 de doutoramento.

Santos Justo criticou o pouco tempo destinado ao mestrado e doutoramento na Reforma de Bolonha:

> […] Parece-nos muito duvidoso que a qualidade sucessivamente reafirmada possa ser atingida com Mestrados e Doutoramentos […] há que frequentar uma parte escolar e elaborar uma dissertação e não vemos como poderá ser possível em tempo tão acanhado (JUSTO, 2003: 623).

Neste contexto, Santos Justo (2003) propôs dois tipos de mestrados diferenciados: um profissionalizante mais curto, que daria acesso às carreiras jurídicas tradicionais e a que todos tivessem acesso e um mestrado científico com acesso através de uma nota mínima e com uma duração maior de tempo por ser mais exigente, além de ser uma condição para a admissão ao doutoramento.

A orientação tecnocrática e economicista do Processo de Bolonha reduz desnecessariamente a duração dos cursos, sendo que os cursos mais longos não impedem a mobilidade, nem prejudicam o mercado de trabalho, já que o maior tempo de formação fará surgir profissionais mais preparados. E, ainda, a redução do tempo das licenciaturas ocasiona um acréscimo de disciplinas em cada ano letivo, com a exigência de mais estudo em menos tempo (JUSTO, 2003).

No mesmo sentido, Jorge Miranda (2004) critica a curta duração das licenciaturas em direito após o Processo de Bolonha. Para ele haveria uma necessidade de maior formação em razão de alguns fatores: a crescente juridificação fez o direito abranger seus domínios para diversas áreas, surgindo novas disciplinas[4]. Além de novos direitos houve uma maior complexificação de áreas tradicionais do direito e a internacionalização e europeização dos direitos, porque não se pode conhecer o direito nacional sem perceber sua integração no contexto internacional.

Segundo Miranda (2004) um primeiro ciclo de quatro anos seria melhor do que o de três anos, porquanto permitiria um segundo ciclo, com relação com outras áreas do conhecimento, diversificando a formação dos estudantes que teriam acesso a um leque maior de profissões. Um ano a mais de estudo poderia possibilitar mais de uma experiência de mobilidade, seja no país ou no estrangeiro. Todavia, com a transformação da licenciatura em direito em quatro anos haveria alguns inconvenientes, entre os quais: o estudo em quatro anos seria fechado a disciplinas não tradicionais, sem disciplinas optativas e pouca interdisciplinaridade e um curso de direito reduzido requereria maior tempo de formação por instituições como a Ordem dos Advogados e o Centro de Estudos Judiciários. Tendo o curso maior ou menor duração não há grande impacto na mobilidade e a licenciatura em direito em dez semestres seria uma tradição nos outros países de língua portuguesa.

Em três anos não é possível ter enquadramento cultural no currículo das faculdades de Direito com matérias indispensáveis para formar juristas plenos como História do Direito, Economia Política, Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica, Metodologia, etc. Por outro lado, Nunes (2004) entende que os oito semestres para a Licenciatura em Direito é tempo suficiente para amadurecimento dos estudantes, o seu desenvolvimento cívico e sua adaptação curricular. Com 4 anos, o curso jurídico possuiria tempo suficiente para ter um conteúdo forte, densidade na teoria e com enquadramento cultural.

Uma licenciatura de oito semestres teria uma viabilidade prática, mas segundo Miranda (2004) não seria mais satisfatória do que uma licenciatura de cinco anos ou dez semestres. Para o constitucionalista, primeiramente, em quatro ou três anos seria difícil lecionar as disciplinas culturais de base, as disciplinas jurídicas tradicionais[5], as novas disciplinas do direito[6] vigentes desde a década de 70 e as novíssimas disciplinas[7] consideradas atualmente essenciais a uma formação jurídica completa. Em segundo lugar, mesmo as disciplinas tradicionais do currículo

[4] Entre as novas disciplinas podemos citar a Bioética, Direito e Informática, Direito do Consumidor, Direito do Ambiente, Direito Urbanístico, entre outros novíssimos direitos.

[5] As disciplinas tradicionais do Direito são: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Penal, Direito Processual, Direito Internacional Privado, entre outras.

[6] Algumas das novas disciplinas jurídicas são Direito do Trabalho e Direito Comunitário.

[7] As novíssimas disciplinas do campo jurídico são: Direito Fundamentais, Contencioso Administrativo e Fiscal, Sociedades Comerciais, Contencioso Comunitário, Direto do Ambiente, além de outras.

jurídico necessitam de uma lenta e progressiva assimilação do conteúdo. Em terceiro, a maior inter-relação entre as matérias, como na articulação entre direito substantivo e processual, exigiria maior tempo de estudo. Em quarto lugar, haveria uma necessidade dos currículos das faculdades de direito conterem pré-especializações e disciplinas optativas para abarcar os novos e os novíssimos direitos. Por fim, o jurista necessitaria de estudos sobre interpretação e aplicação das normas, de uma formação de ampla cultura geral e de uma educação ética e social. Além disso, Portugal possui uma particularidade. O primeiro ano de licenciatura em direito funcionaria frequentemente como um primeiro ano propedêutico em que se tenta suprimir as lacunas de um ensino secundário deficitário, principalmente em Português, História, Filosofia, além da ausência de uma reflexão crítica.

Argumenta-se que cursos mais curtos oriundos do Processo de Bolonha poderiam contribuir para um maior acesso às classes menos favorecidas. O aluno que estudasse por três ou quatro anos entraria mais cedo no mercado de trabalho, mas nada obsta que um estudante que estude por mais tempo o alcance e o ultrapasse, principalmente se tiver uma formação mais sólida. E, ainda, o principal instrumento para se democratizar o ensino é a ação social. Esta deve-se dar não somente através do não pagamento das propinas, mas incluir outros custos do ensino como taxas, residência, transporte, alimentação e até mesmo um salário escolar para compensar os estudantes que tenham que deixar de trabalhar para prosseguir com os estudos.

Uma grande redução da duração das licenciaturas em direito poderia ter consequências graves na formação de estudantes, que requer não só o tempo de estudo das matérias, mas também um tempo de maturação do conteúdo aprendido. E ainda a universidade implica em conhecimentos multidisciplinares e uma fundamentação cultural, que demandam tempo.

Parecem ser verdadeiras as afirmações de que o Processo de Bolonha teria razão em motivos económicos, pois ao reduzir a licenciatura, reduziria a responsabilidade do Estado e seu financiamento (FERREIRA, 2007). Contudo, apenas com o primeiro ciclo os estudantes de direito não alcançarão uma boa posição no mercado de trabalho e como somente quem tiver o mestrado o conseguirá os melhores cargos, o curso jurídico afastará os estudantes que queiram seguir as profissões jurídicas, mas não têm condições financeiras de pagar os dois ciclos. Uma possível solução seria o mestrado integrado, em que os dois ciclos durassem entre 10 e 12 semestres e sendo integrado as propinas seriam fixadas nos termos previstos para o ciclo de estudos conducente ao grau de licenciado.

De fato, tornou-se quase indispensável o segundo ciclo, de modo que 50 a 75% de estudantes portugueses que fizeram o primeiro ciclo, em todas as áreas científicas, continuaram o estudo em um segundo ciclo (EUROPEAN HIGHER EDUCATION AREA, 2012).

O ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Santos Justo (2003) esclarece que a redução do tempo dos ciclos de estudo seria *contra naturam*, pois enquanto surgem cada vez mais novos saberes jurídicos que exigem mais tempo de estudo devido a sua complexidade, este tempo de estudo é reduzido, havendo um verdadeiro paradoxo: mais conhecimentos a serem estudados em menos tempo.

> As Faculdades de Direito existem para formar juristas e a sua formação não se faz sem tempo; por isso, não cumprirão a sua função se abdicarem da excelência dos seus docentes e da qualidade do seu ensino. O jurista não pode ser um simples técnico-servidor de qualquer poder legislativo: é muito mais, porque lhe cabe a nobre função de servir a justiça sem a qual a sociedade será impossível (JUSTO, 2003: 625).

Com Bolonha as Faculdades de Direito precisam de mais salas, mais professores e com mais dedicação à universidade, de preferência integral. Mesmo com Bolonha as Escolas de Direito devem se manter humanistas, ou seja, um curso não profissionalizante, preparado para conferir uma preparação teórica sustentada culturalmente. O ensino deve ser alimentado pela investigação realizada por docentes, discentes e investigadores (NUNES, 2004).

4 O currículo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no pós-Bolonha

Inicialmente, analisarei as transformações curriculares ocorridas com o Processo de Bolonha. Para tal, dividi esta análise em três períodos: pré-Bolonha (ano letivo 2004/2005), transição (ano letivo 2007/2008) e pós-Bolonha (ano letivo 2014/2015).

Do ano letivo 2004/2005 até o ano em que houve a grande alteração curricular do Processo de Bolonha (2007/2008), ocorreram duas pequenas mudanças no plano de disciplinas. No período letivo 2006/2007 a Criminologia era uma disciplina anual facultativa, assim como a Economia, contudo a Economia acaba por ser englobada em 2007/2008 como Economia Política, ao contrário de Criminologia, que deixa de ser lecionada.

As alterações ocorridas no período de transição e posterior ao Processo de Bolonha foram em primeiro lugar a alteração de disciplinas anuais para semestrais. As principais alterações foram o desdobramento de uma disciplina anual do período pré-Bolonha em duas semestrais no período de transição e pós-Bolonha.

No primeiro ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), em seu currículo de transição, ocorreu a retirada da disciplina Ciência Política do currículo, que antes do Processo de Bolonha era ensinada junto com Direito Constitucional com a nomenclatura de "Direito Constitucional e Ciência Política". Esta disciplina no currículo de transição passou a ser denominada "Direito Constitucional I" e "Direito Constitucional II". Esta alteração foi mantida até a presente grade curricular.

Outras alterações podem ser mencionadas como a inclusão de disciplinas optativas, tais como: Direito Financeiro (no currículo de Transição), Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo (no currículo de Transição e se manteve no pós-Bolonha), Direito Internacional Público II (no currículo pós- Bolonha desde 2011/2012) e Inglês Jurídico (no currículo pós-Bolonha desde 2011/2012).

Em relação ao segundo ano da Faculdade de Direito de Coimbra, a matéria Direito do Trabalho I passou a ser lecionada antecipadamente neste segundo ano de Faculdade de Direito após o Processo de Bolonha (antes de Bolonha era lecionada no terceiro ano). Este fato não agradou um dos professores da disciplina. Este mesmo docente também discorda de Direito do Trabalho II ter se tornado uma disciplina optativa após a Reforma de Bolonha. Sendo assim, antes de Bolonha se tinha um ano de Direito do Trabalho e no pós-Bolonha apenas seis meses obrigatórios e seis meses de estudos opcionais.

> Um semestre é pouco para Direito do Trabalho e deveria ser mais tarde, que aparecesse depois da Teoria Geral do Direito Civil. Antes era no terceiro ano, mas vocês terão as duas matérias juntas […] Com a necessidade de passar cinco anos em quatro, o Direito do Trabalho é lecionado no mesmo ano que Teoria Geral do Direito Civil (Docente de Direito de Trabalho, na aula de Direito do Trabalho I).

As disciplinas optativas são as consideradas menos essenciais no currículo em relação ao conteúdo das cadeiras obrigatórias. Deste modo, a matéria de Direito do Trabalho perdeu importância no currículo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra com a Reforma de Bolonha. E dentro de Direito do Trabalho o conteúdo de Direito do Trabalho I parece ser considerado mais fundamental do que Direito do Trabalho II. Assim, dentro do Direito do Trabalho privilegia-se o conteúdo do contrato individual do que as negociações coletivas, que estão presentes no plano de estudos de Direito do Trabalho II.

Além da divisão de disciplinas anuais em semestrais, como Direito Administrativo e Teoria Geral do Direito Civil, outras alterações podem ser observadas, através da mudança do nome da disciplina de Direito Internacional Público e Europeu para Direito Comunitário e a seguir para Direito da União Europeia.

A cadeira de Economia e Finanças Públicas foi dividida em Finanças Públicas I e Finanças Públicas II, sendo a segunda optativa criada no ano 2014/2015. A matéria Direito Fiscal I, que aparece no segundo ano letivo dos currículos de transição e pós-Bolonha, é um desdobramento da disciplina pré-Bolonha Direito Administrativo e Fiscal, que era lecionada no terceiro ano.

Outro diferencial foi a inclusão da disciplina Alemão Jurídico como optativa a partir do ano letivo 2008/2009. Já a disciplina Inglês Jurídico II é incluída somente no ano letivo 2012/2013, não havendo esta disciplina no ano letivo anterior.

As mudanças ocorridas ao terceiro ano da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra incluem a inserção das disciplinas Contratos Públicos e Contratos Civis, inicialmente enquanto disciplinas obrigatórias e, posteriormente, enquanto disciplinas optativas.

A disciplina Direito Administrativo e Fiscal foi dividida em Direito Administrativo III e Direito Fiscal I, que passou a ser lecionada no segundo ano da Faculdade de Direito.

Direito Penal, Direito das Obrigações, Direito Processual Civil foram repartidas em duas disciplinas semestrais e houve a inclusão da disciplina semestral Direitos das Coisas após o Processo de Bolonha, sendo que antes era uma cadeira anual lecionada no quarto ano.

A matéria Direito da Família e dos Menores foi antecipada para o terceiro ano no ano letivo 2014/2015, pois no período pré-Bolonha (com a nomenclatura Direito da Família e Sucessões) e transição era lecionada no quarto ano.

No quarto ano da Faculdade de Direito de Coimbra observou-se que a disciplina pré-Bolonha Direito da Família e Sucessões foi dividida em dois semestres: Direito da Família e Menores e Direito Patrimonial da Família e Sucessões.

A disciplina Direito Processual Civil III, que antes de 2007, pertencia ao quinto e último ano do curso de Direito, passou a integrar o quarto ano no pós- Bolonha. O mesmo ocorreu com Metodologia do Direito, todavia, esta disciplina perdeu a antiga denominação Metodologia do Direito e Filosofia do Direito, além de perder metade da carga horária, já que era disciplina anual e passou a ser semestral. Contudo, antes de Bolonha, a cadeira de Metodologia do Direito era optativa e no pós-Bolonha se tornou obrigatória. Assim, a Filosofia do Direito foi retirada do novo currículo e manteve-se a Metodologia do Direito, obrigatória em um semestre.

A cadeira Organização Judiciária surge no currículo de 2007/2008 e permanece até hoje. Direito dos Registos e Notariados também aparece no programa de 2007/2008 e permanece na atualidade, todavia sempre como optativa no último ano do curso de direito pós-Bolonha.

A disciplina de Medicinal Legal, que antes da Reforma de Bolonha na FDUC, era anual passou a ser semestral, perdendo a metade do tempo de ensino. Direito Internacional Privado passo a ser uma disciplina semestral autônoma e Direito Internacional Privado se tornou optativa.

Outras disciplinas anuais apenas foram divididas em duas como Direito Comercial e Direito Processual Penal III. Esta última se tornou duas disciplinas semestrais: Direito Penal III e Direito Processual Penal.

No novo currículo (2014/2015) surgiram duas novas optativas: Direitos Reais II e Direito Internacional Privado II.

O quinto ano só existe no período pré-Bolonha, sendo que no-pós Bolonha algumas matérias do último ano como Metodologia e Direito Processual Civil foram distribuídas pelos anos anteriores. As restantes disciplinas foram excluídas do currículo da FDUC. Neste sentido, não houve mudança substanciais entre o currículo pós-Bolonha e o currículo pré-Bolonha.

A disciplina Teoria do Direito, uma optativa, não existe mais no contexto de Bolonha. E a disciplina de Direito Constitucional que era lecionada em dois anos (um dos anos junto com Ciência Política) passou a ser ensinada em apenas um ano. Interessante observar que disciplinas sociais como Direito Constitucional e Direito do Trabalho perderam espaço no currículo pós-Bolonha. Disciplinas propedêuticas como Ciência Política e Filosofia do Direito foram retiradas do currículo. De um modo geral, as outras permaneceram com a mesma carga horária.

Os estudos pluridisciplinares que Bolonha tentou instituir na Faculdade de Direito de Coimbra não resultou, porque o curso jurídico continua permeado de uma visão clássica jurídica, dando pouco espaço a outras ciências, nomeadamente às Ciências Sociais. "Bolonha vem falar do reconhecimento às atividades complementares. Não acontece a lado nenhum" (presidente do NED).

O modelo de aulas com inúmera optativas, que possibilita aos estudantes grande liberdade na organização de seus estudos não é viável em Portugal, por faltarem salas e professores. Além disso, a formação complementar com créditos para atividades extra sala como colóquios, congressos científicos, cursos de línguas e cadeiras de outros cursos; deveria ser mais incentivada (NUNES, 2004).

5 A pedagogia da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no pós- Bolonha

Na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a investigação tem apontado para uma sobrecarga de trabalho dos docentes e de estudantes, pois o currículo de cinco anos sofreu uma pequena redução de carga horária e o número de exames aumentaram. Logo, os cinco anos de graduação foram distribuídos em quatro anos, o que significa maior conteúdo para estudo em menos tempo.

> Não tenho o hábito de começar na primeira semana… mas com Bolonha tudo é muito rápido, não posso dispensar esta aula […] Temos três meses de aula. De meados de Setembro a meados de Dezembro para dar a cadeira [Janeiro é exame] (Docente de Direito do Trabalho, durante a aula).

Segundo o presidente do NED, a adaptação à Bolonha trouxe muitos problemas, como a falta de tempo para estudar. Segundo ele, antes de Bolonha, havia um período maior de tempo para se raciocinar. "Depois de Bolonha só há a segunda fase que é enfiar tudo na cabeça para decorar. Depois dos exames, os alunos esquecem tudo o que foi decorado." Ele afirma que há pouco tempo para estudo e para as aulas, pois antes eram cinco anos e agora são quatro, sendo que não houve redução da carga horária, mas uma distribuição do quinto ano pelos quatro anos do curso. Por exemplo, antes de Bolonha existiam 6 cadeiras no quarto ano e agora existem dez, não

contabilizando as cadeiras optativas. “Consequência: em menos tempo tem que se fazer o que se fazia antes. […] Não consigo acompanhar o ritmo de Bolonha” (presidente do NED).

6 A avaliação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no pós-Bolonha

Com o Processo de Bolonha, passou-se a ter o dobro de exames, pois antes o curso era anual e passou a ser semestral. A avaliação contínua, que está prevista na Reforma de Bolonha, praticamente não ocorre, salvo raras exceções, pois as turmas encontram-se superlotadas. Vale ressaltar que mesmo antes de Bolonha já havia superlotação das turmas.

> Há turmas com 800 alunos. Não vão todos às aulas! […] é um dever sem sanção. Não há hábito de ir às aulas. Por ano temos 350 novos alunos. […] Quer se por menos dinheiro formar o mesmo. As faculdades recebem por cabeça. A FDUC não pode reduzir vagas (presidente do NED).

Alguns docentes gostariam de oferecer a avaliação continuada, mas não o fazem em razão do excesso de alunos. Assim, para não favorecer somente alguns, optaram por não realizar este tipo de avaliação.

De todas as disciplinas em que efetuei observação participante (Direitos Reais, Introdução ao Pensamento Jurídico Contemporâneo, Introdução ao Estudo do Direito I, Direito Constitucional I, Direito do Trabalho I, Direito de Família I, Direito Penal I e Metodologia do Direito) somente Direito Constitucional I possuía avaliação contínua que consistia na presença obrigatória nas aulas e dois exames, um no meio do semestre e outro ao fim. Mesmo nesta cadeira, a avaliação se aproximava mais de uma avaliação repartida do que contínua.

7 Considerações finais

O processo de Bolonha ao invés de gerar mais coesão social e reduzir as desigualdades sociais, como afirmam suas premissas, tem, na realidade, servido para aumentar a hierarquização social entre os estudantes. No caso do curso de Direito, um curso tradicionalmente elitizado, a reforma de Bolonha aumentou ainda mais a distinção entre os estudantes, pois como a mobilidade passa a ser valorizada, mas não há bolsas para a maioria e o mestrado é incentivado, mas muito alunos não tem como pagar as propinas, que já são mais elevadas que a licenciatura, criamos dois tipos de alunos: um com currículo básico e outro com maior formação e experiência internacional. A escolha do mercado privilegiará o segundo modelo de estudante, reproduzindo-se a lógica de distribuição da riqueza. Quem tiver capital para investir em sua educação pública, terá melhores condições de integração no mercado de trabalho, cada vez mais competitivo.

Com Bolonha, temos uma penalização do aluno menos favorecido economicamente e uma sobrevalorização dos que já teriam condições de obter um currículo melhor, com a diferença de que Bolonha e o mercado cobram de todos da mesma forma, ainda que sejam desiguais na origem e na classe social.

Os estudos pluridisciplinares que Bolonha tentou instituir na Faculdade de Direito de Coimbra não resultou, pois o curso jurídico teve suas cadeiras propedêuticas reduzidas, com a

retirada de Ciência Política e Filosofia do Direito. Disciplinas de cunho social como Direito Constitucional e Direito do Trabalho tiveram sua carga horária reduzidas.

A aquisição de competências linguísticas foi estimulada no currículo pós Bolonha com a inclusão das disciplinas optativas como o inglês jurídico e o alemão jurídico. Todavia estas disciplinas são básicas e não fornecem a fluência exigida pelo mercado de trabalho.

O sistema de créditos ECTS foi adotado na FDUC desde o ano letivo de 2007/2208 como forma de incentivar a mobilidade dos estudantes europeus. O incentivo à mobilidade, todavia, não foi acompanhado suficientemente do número de bolsas para viagem Erasmus.

A promoção da dimensão europeia no ensino superior foi abarcada superficialmente em determinadas disciplinas específicas do currículo da Faculdade de Direito de Coimbra, mas não está presente no currículo pós Bolonha de uma forma mais ampla, mas nomeadamente nas disciplinas de Direito Internacional e Direito da União Europeia.

A visão economicista de Bolonha, veio trazer ainda mais problemas à educação superior, que também sofre com a redução de investimentos por parte do Estado em razão da crise econômica. Acentua-se assim a desigualdade social entre os estudantes e dificulta-se o acesso a todos a um ensino superior de qualidade.

Referências

CHRISTOU, Miranda (2010) "Education in Real time: the globalization of synchronized learning" *in* Ball, Stephen; Dworkin, Anthony G.; Vryonildes, Marios (eds.) *Current Sociology:* Journal of International Sociological Association (ISA) 58(4), 570-596.

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (2003) *Trends 2003*: Progress towards the European Higher Education Area. Brussels: European University Association. http://www.eua.be/eua/jsp/en/upload/Trends2003final. 1065011164859.pdf, [17 de junho de 2014].

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (2005) *Trends IV:* European Universities Implementing Bologna. Brussels: European University Association. http://www.eua.be/eua/jsp/en/upload/TrendsIV_FINAL.1117012084971.pdf [19 de junho de 2014].
EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (2007) *Trends V:* Universities shaping the European Higher Education Area. Brussels: European University Association. http://www.eua.be/Libraries/Publications_homepage_list/EUA_Trends_V_for_web.sflb.ashx [20 de junho de 2014].

EUROPEAN UNIVERSITY ASSOCIATION (2010) *Trends 2010*: A decade of change in European Higher Education. Brussels: European University Association. http://www.eua.be/Libraries/Publications_homepage_list/Trends2010.sflb.ashx [20 de junho de 2014].

EUROPEAN HIGHER EDUCATION AREA - EHEA (2012) "Making the Most of Our Potential: Consolidating the European Higher Education Area Bucharest Communiqué". Bucareste, Roménia 26-27 de abril de 2012. Bucareste: EHEA

http://www.ehea.info/Uploads/%281%29/Bucharest%20Communique%202012%281%29.pdf [18 de agosto de 2013].

FERNANDES, Preciosa (2001) "O Processo de Bolonha no seu terceiro ano de existência: Olhares diversos para um debate útil" Magalhães, António; Leite, Carlinda (orgs.) *Educação, Sociedade &* Culturas *28 Políticas e desenvolvimento curricular no ensino superior,* 161-173.

FERREIRA, José B. (2007) "Bolonha: reconfiguração do ensino superior e desafios curriculares?" *in* Pacheco, José A.; Morgado, José C.; Moreira, António F. (eds.). *Globalização e (des)igualdades*: desafios contemporâneos. Porto: Porto Editora, 73-82.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA (2014) "Aprendizagem ao longo da vida por residência e sexo" http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_ indicadores&indOcorrCod=0006412&contexto=pti&selTab=tab10 [30 de junho de 2014].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICA (2010) "Aprendizagem ao longo da vida por residência" http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores& indOcorrCod=0001761&contexto=pti&selTab=tab10 [30 de junho de 2014].

JUSTO, Antonio S. (2003) "A declaração de Bolonha e a reforma do ensino de direito" Separa*ta do Boletim da Faculdade de Direito.* 79. 615-626.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR (2005) *Condições socioeconómicas dos estudantes do ensino superior em Portugal.* Lisboa: Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior.

MIRANDA, Jorge (2004) "Problemas actuais das universidades portuguesas" *Revista da Faculdade de Direito da Lisboa*, XLV (1-2), 523-536.

NUNES, José António A (2004) "A Universidade de Coimbra ontem e hoje" *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* (1-7), 13-25.

OLIVEIRA, Teresa C.; Holland, Stuart (2008) "Retórica e realidades nas Reformas do Ensino Superior e no Processo de Bolonha" *Revista do SNESup* 29, 1-16.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar (2008). *A universidade no século XXI:* para uma nova universidade. Coimbra: Almedina.

SIMÃO, José V.; Santos, Sérgio M.; Costa, António de A. (2005) *Ambição para a excelência*: *A oportunidade de Bolonha*. Lisboa: Gradiva.

CULTURA ORGANIZACIONAL NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: IMPACTOS NO BEM-ESTAR DOCENTE

Louise de Quadros da Silva, Graduada em Recursos Humanos, louise.quadrosdasila@gmail.com

Paulo Fossatti, Doutor em educação, paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo analisar teoricamente o que é cultura organizacional e seus impactos na vida docente. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que busca comparar e descrever conceitos e elementos importantes deste tema levando em consideração os impactos em docentes da educação superior. Os resultados apontam para o fato de que as universidades precisam reconhecer a importância da sua cultura organizacional e ter consciência das mudanças ao entorno da instituição, sendo flexíveis para reter tanto colaboradores quando alunos, pois o bem-estar dos docentes incide diretamente no bem-estar de toda a comunidade educativa.

Palavras-chave: Cultura Organizacional. Educação Superior. Bem-estar docente.

1 Introdução

Antes de falarmos sobre cultura organizacional, torna-se importante conceituarmos o que é organização. Portanto, organização é um sistema de atividades que indivíduos realizam cooperando para o alcance de certos objetivos, sendo coordenados por duas ou mais pessoas. Por isto são constituídas de interações, o que as torna dinâmicas e complexas, ou seja, um organismo vivo, que por este motivo possui tal nome, onde a definição etimológica do termo é *organom* = órgão (LIMA e ALBANO, 2002, p. 33).

Organizações compreendem as mesmas propriedades das interações sociais (sociedade em geral), pois possuem sistemas culturais, com valores e normas que orientam o comportamento de seus membros, porém, na organização estes elementos são a cultura organizacional (CO). E por esta ser influenciada pela cultural da sociedade em que a instituição está inserida, faz-se necessária a compreensão da cultura do país (VEGRO et al., 2016).

A sociedade em geral tem passado por diversas transformações, que são tecnológicas, sociais, culturais, científicas e político-institucionais. As universidades, por sua vez, precisam entender este contexto e compreendê-lo para sobreviverem (RIZZATTI, 2002).

Este trabalho teve como orientação metodológica autores que possibilitaram um embasamento teórico sobre o tema. A primeira fase da pesquisa foi o planejamento que, conforme Gil (2002, p. 19), "envolve a formulação do problema, a especificação de seus objetivos, a construção de hipóteses, a operacionalização dos conceitos, etc.". Nesta mesma etapa estabelecemos um cronograma a ser seguido, o qual foi dividido em: elaboração dos objetivos da pesquisa; escolha da metodologia; organização dos prazos e metas; busca por conteúdos teóricos adequados; análise dos dados encontrados; construção de reflexões entre autores; descrição da

metodologia; e, por fim, considerações finais que pudessem colaborar com o conhecimento sobre a cultura organizacional na educação superior.

Conforme Bardin (2011) é necessário criar um *corpus*, ou seja, a aglomeração de documentos que deverão passar pela análise e para isso devemos fazer escolhas, seleções e seguir metas para poder elencar os documentos que serão considerados para o trabalho. Segundo ela, as principais regras para isso são a exaustividade, representatividade, homogeneidade e pertinência. Nas palavras da autora:

> Regra da exaustividade: uma vez definido o campo do corpus (entrevistas de um inquérito, respostas a um questionário, editoriais de um quotidiano de Paris entre tal e tal data, emissões de televisão sobre determinado assunto, etc.), é preciso ter em e em conta todos os elementos desse corpus. Por outras palavras, não se pode deixar de fora qualquer um dos elementos por esta ou por aquela razão (dificuldade de acesso, impressão de não-interesse), que não possa ser justificável no plano do rigor. Esta regra é completada pela de não seletividade; [...] Regra da representatividade: A análise pode efetuar-se numa amostra desde que o material a isso se preste. A amostragem diz-se rigorosa se a amostra for uma parte representativa do universo inicial. Neste caso os resultados obtidos para a amostra serão generalizados ao todo; [...] Regra da homogeneidade: os documentos retidos devem ser homogéneos, quer dizer, devem obedecer a critérios precisos de escolha e não apresentar demasiada singularidade fora destes critérios de escolha; [...] Regra de pertinência: os documentos retidos devem ser adequados, enquanto fonte de informação, de modo a corresponderem ao objetivo que suscita a análise (BARDIN, 2011, p. 126 a 128).

Condizente com os achados acima, esta pesquisa utilizou as principais regras de Bardin (2011) para sua elaboração, como apresenta a tabela 01.

Tabela 01: Comparativo das regras de Bardin (2011) com a elaboração da pesquisa

Bardin	**Elaboração desta pesquisa**
Regra da exaustividade	Foram utilizados livros e artigos, preferencialmente publicados nos últimos cinco anos. Alguns sites mais utilizados foram: BDTD, Google Acadêmico, Scielo, Domínio Público e biblioteca Unilasalle Canoas.
Regra da representatividade	Para esta analise teórica foi estipulada a busca por conteúdos de grande maioria atuais e alguns teóricos mais clássicos para que se tivesse base para tais discussões. Por ser uma pesquisa teórica não se necessitou de uma amostra que envolvesse recursos humanos, mas sim material, que compreendesse plenamente o objetivo da pesquisa.
Regra da homogeneidade	Os achados foram escolhidos conforme critérios de compatibilidade com o tema proposto, ideias diferentes que pudessem se complementar ou discutir, e por serem atuais.
Regra de pertinência	Documentos achados que por seu conteúdo não condiziam com a proposta do trabalho foram descartados, assim também como documentos que não traziam mais do que outros documentos, permanecendo-se com os achados mais atuais que trouxessem novas informações.

Fonte: Elaboração própria a partir Bardin, 2011.

No desenvolver desta pesquisa discutimos a importância da cultura organizacional na educação. Para isso, primeiramente fazemos um recorrido teórico por livros e artigos de plataformas digitais como Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD), Google Acadêmico, Scielo, Domínio Público e biblioteca Unilasalle Canoas. Na sequência, apresentamos, no segundo tópico, os achados referentes à cultura organizacional por seus eixos, que foram divididos em:

influenciadores, elementos, o bem-estar profissional na universidade causado por ela, e os fatores impactantes da cultura organizacional na docência universitária.

2 Desenvolvimento do artigo

Nesta seção apresentamos decisões referentes ao conceito da cultura organizacional com referenciais teóricos que atendam aos nossos objetivos. Desta forma, traçamos características e impactos da cultura organizacional na vida docente considerando os fatores internos e externos protagonistas dos elementos desta cultura.

2.1 Cultura Organizacional

Culturas são os costumes de vida de cada um, palavra que surgiu na antropologia social, em meio às pesquisas primitivas onde foram constatadas as diferenças de vida. Sendo assim, a palavra "cultura" surgiu para descrever, num sentido amplo, as diversidades dos grupos humanos que são passadas de geração para geração (CÂMARA, 2004, p.26).

Desde nossas origens, antes mesmo de se falar em organizações, a cultura tem sido passada de geração para geração. Inicialmente, ela era entendida apenas como a maneira como as atividades eram feitas ou conhecimentos que se possuía, transmitidas de pai para filho, cultivando as tradições dos povos, onde cada um cultivou de sua maneira, suas tradições. É importante ressaltar também que a cultura é mutável e se transforma com o passar dos anos pelas influências que sofre das gerações.

> Desde os primórdios da civilização, quando o homem passou a viver em sociedade, podemos observar que os costumes começaram a ser transmitidos dentro do grupo. O homem exercia o papel de provedor do lar, indo à caça para o sustento e a segurança da família e a mulher, por sua vez, era a responsável pelo cuidado dos filhos, educação e organização. Tais funções foram transmitidas através dos tempos, de acordo com as nações e os povos, porém, cada um a sua maneira, fazendo da cultura algo autêntico, pois na verdade somos produtos do meio e produtos voltados para a sociedade, assim pertencemos a um processo coletivo e não individual onde nossas experiências entram em confronto com as novas, fazendo com que agregamos valor, mudanças e evoluções (CORRÊA, DANDARO, MORAES, 2013, p.76).

Anteriormente, as teorias organizacionais focavam nos aspectos físicos da organização como, por exemplo, estratégias e estrutura, mas hoje se fala sobre a importância dos fatores humanos e sociais na condução do sucesso institucional. Tal mudança fez com que a cultura organizacional passasse a ser vista como uma área importante das organizações nas suas mais variadas formas, inclusive nas instituições educacionais (NORBERTO, 2010).

Cultura organizacional são hábitos e crenças estabelecidos por normas, valores, atitudes e expectativas compartilhadas entre os membros de uma organização. A cultura de uma empresa define sua missão e estabelece objetivos, sendo expressa pela maneira como faz seus negócios e como trata seus clientes e funcionários. Complementando esta informação, Câmara (2004, p. 27)

esclarece: “A cultura é um conjunto de crenças, valores e normas que são partilhados de uma organização e que afetam os seus comportamentos e atitudes. O papel da cultura é essencial para o sucesso da organização”.

Reafirmando estas definições, Chiavenato (2003, p. 372 e 273) traz um conceito semelhante onde descreve sucinta e claramente o que é cultura organizacional:

> Cultura organizacional é o conjunto de hábitos, crenças, valores e tradições, interações e relacionamentos sociais típicos de cada organização. Representa a maneira tradicional e costumeira de pensar e fazer as coisas e que são compartilhadas por todos os membros da organização. Em outras palavras, a cultura organizacional representa as normas informais e não escritas que orientam o comportamento dos membros da organização no dia-a-dia e que direcionam suas ações para a realização dos objetivos organizacionais.

A cultura tem o papel de partilhar crenças e valores, criando uma identidade para a organização e um comprometimento maior por parte dos colaboradores desta (SCHOENINGER, 2014, p. 23). Ela precisa estar alinhada juntamente com outros aspectos das decisões e ações como planejamento, organização, direção e controle para que se possa melhor conhecer a instituição.

Quem forma a cultura são os colaboradores, pois as ações e efeitos trazem diferentes resultados que, por sua vez, criam valores, hábitos, crenças, rituais e demais elementos da cultura. No mesmo sentido, Rizzatti (2002, p.108) acrescenta: “Pode-se dizer, ainda, que cultura organizacional é o conjunto de fenômenos resultantes da ação humana, visualizada dentro das fronteiras de um sistema, e compõe-se de três elementos: os preceitos, a tecnologia e o caráter”. Mas não somente os funcionários são formadores da cultura organizacional, pois conforme Shein (1984, apud SCHOENINGER, 2014, p. 22), é possível que a cultura de uma instituição “esteja enraizada nas crenças dos gestores que a fundaram”.

Supomos ser fundamental que a gestão das Instituições de Ensino Superior (IES) possua uma metodologia capaz de analisar os processos de mudança da cultura organizacional, pois conforme Norberto (2010, p. 50) “somente a celeridade de reação do grupo organizacional constituirá diferencial entre a eficiência e a sobrevivência”. Para isso, deve haver adequação desta gestão à realidade organizacional (NORBERTO, 2010).

É possível notar no cotidiano de uma instituição seus processos de organização, seus hábitos e rituais que formam a sua cultura, tornando-a única perante outras. Estas diferenças podem representar vantagens ou desvantagens em relação a aspectos como criatividade, competitividade, etc. Tais características formam as particularidades da organização, gerando hábitos e norteando comportamentos, sendo repassadas de colaborador para colaborador, mantendo vivas as culturas por gerações (SOUSA e RANGEL JR., 2014).

Condizendo com o parágrafo acima, Câmara (2004) afirma que, em geral, cultura consiste nos elementos compartilhados que formam os pressupostos para perceber, pensar, agir e comunicar. Tais prioridades expressam a estrutura básica da cultura. Conforme Corrêa, Dandaro e Moraes (2013, p. 77 e 78) a cultura encontrada nas organizações modernas é chamada de cultura organizacional, a qual pode ser compreendida como as regras, modo de pensar e agir (explícitas ou implícitas), sendo transmitida através de ritos e crenças. Estes autores salientam que: “Toda a cultura inerente a uma organização está diretamente ligada aos interesses de seus proprietários e gestores, cabendo aos colaboradores consumirem e integralizá-la em seu dia a dia” Corrêa, Dandaro e Moraes (2013, p.78).

Edgard Schein (1992, p.12 apud CÂMARA, 2004, p.28) descreve como conceito da cultura organizacional:

> A Cultura Organizacional é o modelo de pressupostos básicos, que determinado grupo tem inventado, descoberto ou desenvolvido no processo de aprendizagem para lidar com problemas de adaptação externa e integração interna. Uma vez que os pressupostos tenham funcionado bem o suficiente, para serem considerados validos, são ensinados aos demais membros como a maneira correta para se perceber, se pensar e sentir-se em relação àqueles problemas.

Cada organização possui sua cultura própria e única, pois mesmo que as organizações estejam inseridas em um mesmo contexto em relação à sociedade, a cultura social e a economia irão apresentar diferentes características. E acontece por uma diversidade de fatores, como: "o modelo de gestão que recebem, o tipo de liderança predominante, o comprometimento de seus colaboradores, a subcultura local com suas respectivas crenças e tabus" (LIMA e ALBANO, 2002, p. 34).

A cultura organizacional é de extrema importância, pois traduz o que a organização é, como ela é vista, quais seus modelos de tomada de decisão, entre outras questões relevantes. Assim sendo, cada instituição tem sua cultura e, dependendo da força que ela possui, torna-se influência significativa nas atitudes e comportamentos dos colaboradores (CÂMARA, 2004). Esta cultura, na instituição educacional, é determinante do comportamento de seus membros, orientando suas ações ao encontro das metas e objetivos da instituição, ou seja, a cultura organizacional norteia o alcance dos objetivos traçados (LÜCK, 2009).

Compreender uma cultura organizacional não é tão simples, é necessário identificarmos cada nível, entender as histórias e seus rituais para somente então conseguirmos compreender a cultura imposta pelos gestores ou proprietários. A partir daí podemos ter uma melhor compreensão da instituição e de sua essência (CORRÊA, DANDARO, MORAES, 2013).

Organizações universitárias costumam sofrer alterações para se atualizarem conforme o meio em que estão localizadas, na busca incessante pela excelência. Entretanto, essas instituições podem ter dificuldades com tais mudanças, as quais dependerão da aceitação ou resistência dos docentes que, por sua vez, serão menos resistentes caso seus valores, crenças ou interesses sejam compatíveis com os da instituição (NORBERTO, 2010).

2.1.1 Influenciadores da Cultura Organizacional

Não podemos deixar de salientar que a cultura organizacional não é imutável, ela se altera com o passar dos anos conforme os impactos e retornos que recebe. Sendo assim, ela sofre alterações conforme as condições internas ou externas. Chiavenato (2003, p. 273) diz: "A única maneira de mudar uma organização é mudar a sua cultura, isto é, os sistemas de relacionamentos dentro dos quais as pessoas vivem e trabalham". Portanto, para que uma organização permaneça se desenvolvendo ela precisa ter conhecimento pleno de sua cultura e saber atualizá-la e desenvolvê-la.

A cada inovação ou descoberta há uma reforma no conceito da cultura, e por este motivo, Corrêa, Dandaro e Morais (2013) afirmam que esta é mutável, sofrendo manutenções que afetam o comportamento organizacional. Ou seja, o tempo, os acontecimentos, as inovações e transformações alteram a cultura de uma instituição. A cultura organizacional transforma-se constantemente com influência das mudanças externas – questões econômicas, tributos, juros, mudanças governamentais, entre outras – assim como também se altera por acontecimentos internos – saúde, clientes ou alunos, fornecedores, conflitos, etc. (FIORESE, MARTINE, 2016). Outro fator

muito importante e influenciador são os colaboradores que, por sua vez, ao se relacionarem entre si provocam uma mudança na cultura.

> As organizações são formadas por pessoas que, por sua vez, relacionam-se entre si, traduzindo sentimentos, tendo crenças, difundindo valores, cada uma a seu modo. O emaranhado desse relacionamento define a maneira de ser, de atender, de envolver e de trabalhar de uma organização. Essa equipe de pessoas influencia na convivência em grupo, na cultura da organização (FIORESE, MARTINE, 2016, p. 103).

Concordando com os autores citados acima, Vegro et al. (2016) consideram como influências das alterações na cultura organizacional, as tendências do mercado e até mesmo as concepções de seus membros, os quais possuem diferentes subjetividades. Então, consideram-se fator modificador da cultura tanto acontecimentos externos, quanto alterações internas, nos recursos humanos.

É impossível adotar um modelo padrão de gestão, sem considerar a complexidade e individualidade da organização, levando em consideração o contexto sócio-político-econômico e a cultura em que ela está inserida. Portanto, não podemos negar a importância da investigação da cultura organizacional que, por sua vez, não é tarefa fácil para evitar erros e descrédito das novas propostas (LIMA e ALBANO, 2002).

Pessoni (2008) relata que para entender os elementos da cultura organizacional nas escolas é necessário compreender as manifestações que permitem a interpretação de cada organização. O autor define tal relato em quatro itens principais, que são: manifestações verbais e conceituais; manifestações visuais e simbólicas; manifestações comportamentais; e atividades normais da escola.

> Manifestações verbais e conceituais integram fins e objetivos, currículo, linguagem, metáforas, histórias, heróis e estrutura que marcaram a vida da escola. Manifestações visuais e simbólicas referem-se a todos os elementos que têm forma material e que possam ser identificados visualmente como a arquitetura do edifício escolar, os equipamentos, artefatos e logotipos, lemas e divisas, uniformes e imagens da escola apresentada exteriormente. Compõem as manifestações comportamentais todos os elementos capazes de influenciar o comportamento dos atores da organização. Referem-se às atividades normais da escola e a forma como são desempenhadas no que diz respeito à prática pedagógica, avaliações, exames, reuniões de professores, provimento do cargo de diretores etc. Constitui, também, essa categoria o conjunto de normas, procedimentos e regulamentos que orientam as atividades, os rituais e cerimônias que remetem para o nível de participação da comunidade interna e externa na vida da unidade escolar (PESSONI, 2008, p. 53).

Após entendermos quais são os influenciadores da cultura organizacional, podemos compreender porque ela é mutável e transforma-se conforme seus elementos. A partir de então podemos descrever quais são tais elementos, como fazemos na sequência.

2.1.2 Elementos da Cultura Organizacional

Podemos dizer que cada organização possui seu universo simbólico e nele há elementos culturais da organização, sendo estes implícitos e explícitos (SILVA, 2013). Conforme Souza e Rangel Jr. (2014, p. 78 e 79) existem seis elementos integrantes da cultura organizacional, que são:

> Mitos: histórias sobre os fundadores da organização que circulam dentre os colaboradores sem determinar a origem; Tabus: assuntos que não devem ser abordados devem ser observados, pois revelam traços da cultura organizacional; Ritos coletivos: a forma de tratamento, recepção de novos colaboradores, hábitos coletivos em geral, diferenciação entre chefes e funcionários com relação a grupos e formas de se portar; Valores: tanto os valores repassados pelos gestores, quanto os valores propagados pelos colaboradores; Normas: quais são as normas e como elas influenciam o comportamento dos colaboradores formam aspectos importantes para a cultura da organização; Linguagem: a existência de dialetos em comum, formas de se expressar que são típicas de determinado ambiente organizacional.

Complementando, Freitas (2007) descreve a cultura organizacional através de alguns elementos: valores, guias para o sucesso, crenças e pressupostos, que são as verdades indiscutíveis; ritos, rituais e cerimônias, atividades planejadas para comunicar, sinalizar ou guiar os funcionários; sagas e heróis, narrativas de obstáculos vencidos; histórias, narrativas de fatos reais; tabus, despertando a atenção para certos comportamentos, com ênfase no não permitido; e normas, procedimentos padrões. A tabela a seguir esclarece de forma sucinta os elementos culturais conforme Freitas (2007) e Rizzatti (2002), fazendo um comparativo entre os dois autores.

Tabela 02: Comparativo de elementos da cultura educativa conforme Freitas (2007) e Rizzatti (2002)

	Freitas (2007)	**Rizzatti (2002)**
Valores	Podem ser vistos como aquilo que é importante para o sucesso da organização e devem ser considerados guias para o comportamento organizacional no dia-a-dia	É o motivo da existência da organização, é o que ela acredita e faz diariamente em busca do sucesso. Normalmente, valores estabelecem preferências ou escolhas
Crenças e pressupostos	Expressam aquilo que é tido como verdade na organização, que não é questionado nem discutido, uma verdade natural	Baseados em ações reais e são inquestionáveis, refletem aquilo que é considerado verdade, sendo sempre seguidos
Ritos, rituais e cerimônias	São atividades planejadas que manifestam o lado concreto da cultura organizacional, detendo diversas funções: comunicar a maneira como as pessoas devem se comportar na organização, sinalizar procedimentos executados, guiar o comportamento sobre valores básicos da organização	Tendo como o objetivo educar, motivar, inspirar e divertir, estas são atividades coletivas internas
Sagas e heróis	Narrativas heróicas ou épicas que enaltecem o caminho percorrido pela organização enfatizando os grandes obstáculos encontrados que foram vencidos, tendo como função principal despertar a admiração dos membros da organização e suscitar o orgulho em fazer parte	São exemplos/modelos de vida, enfatizados pela organização fomentando a possibilidade dos objetivos e sonhos individuais e organizacionais;

	de algo tão especial;	
Histórias	Narrativas baseadas em eventos reais que informam sobre a organização e reforçam o comportamento existente, enfatizando como esse comportamento se ajusta ao ambiente organizacional desejado	Narrativas que dão ênfase aos valores da instituição, enfatizando historias e acontecimentos passados
Tabus	São aspectos que irrigam a vida grupal de forma mais silenciada, demarcam áreas de proibições, orientando o comportamento com ênfase no não permitido, temas que causam constrangimentos e erros que envergonham	Proibições ou comportamentos não aceitáveis, de forma subentendida dentro da organização
Normas	Diz respeito aos procedimentos ou comportamentos considerados o padrão, a regra, para a maior parte das situações e eventos organizacionais.	Método de trabalho e comportamentos aceitáveis, de conhecimento comum pelos colaboradores.

Fonte: Elaboração dos autores a partir Freitas, 2007 e Rizzatti, 2002.

Os elementos de uma cultura organizacional, conforme explicitado na Tabela 02 são influenciados pelos hábitos pessoais dos colaboradores, da região onde a instituição está instalada e a educação dos membros. Todos estes itens influenciam na formação da cultura da organização (SOUSA e RANGEL JR. 2014). A escola é uma organização social que se orienta através de seus valores, crenças, mitos e rituais, onde elementos mentais se fazem mais importantes do que, por exemplo, regras e formalidades. Portanto, escola corresponde à sua cultura organizacional e não a condições físicas, pois sua cultura determina seu modo de ser e de fazer (LÜCK, 2009).

Fazendo uma correlação com os elementos da cultura organizacional citados por Freitas (2007) e Rizzatti (2002), Noberto elenca elementos semelhantes como manifestações simbólicas da cultura organizacional em universidades públicas.

> Partindo da premissa que cada universidade pública possui uma especificidade que constitui sua cultura traduzida em diversas manifestações simbólicas tais como: linguagem, metáforas, mitos, rituais, valores e um conjunto de pressupostos tomados como verdadeiros, invisíveis e interiorizados nos indivíduos, entende-se que o fazer universitário se configura na relação dinâmica entre o gestor e as comunidades interna e externa (NOBERTO, 2010, p. 104).

A cultura organizacional possui as características da organização que, por sua vez, podem interferir no comportamento e/ou nas atividades dos colaboradores (SOUSA e RANGEL JR. 2014). Conforme Norberto (2010), o desempenho da instituição influencia-se por fatores internos e externos, e seus projetos transmitem valores, componentes da cultura organizacional:

> Considerando as IES produtoras, reprodutoras e multiplicadoras de cultura, ao tentar realizar projetos: PDI (Plano de Desenvolvimento Institucional), PPI (Projeto Político Pedagógico Institucional) e PPC (Projeto Pedagógico de Curso), imprimem e transmitem valore, componentes significativos de uma cultura organizacional (NORBERTO, 2010, p. 49).

Os elementos da cultura organizacional garantem que a mesma seja seguida pelos colaboradores e faz com que eles se sintam importantes. Complementando o que tem sido dito, Norberto (2010, p. 20) esclarece: “cada organização apresenta suas peculiaridades culturais, [...] a

fim de garantir que os indivíduos se submetam a ela, desempenhando suas funções com satisfação, sentindo-se parte indispensável do todo".

2.2 Cultura organizacional e bem-estar docente na universidade

Quando a instituição possui uma cultura em que há a valorização dos recursos humanos, é certo que haverá impactos positivos no bem-estar profissional, sendo que este impacto positivo também influencia financeiramente na perpetuação e no sucesso da organização (FIORESE, MARTINE, 2016). A cultura interna deve ser flexível e capaz de criar vínculo entre os funcionários e a instituição, ou seja, a cultura precisa ser forte para criar sinergia no ambiente de trabalho, precisa da flexibilidade para adaptar-se às mudanças do mundo, além de ser positiva suficientemente para inspirar confiança nos colaboradores (RIZZATTI, 2002).

Em grupos nos quais os colaboradores se identificam e criam vínculos, torna-se mais fácil a colaboração geral entre eles. Segundo Vegro et al. (2016), a CO (Cultura Organizacional) é determinante para diversos fatores da instituição, sendo influenciadora no comportamento dos colaboradores, gestores e da instituição como um todo, além de ser determinante também para estratégias, definições de objetivos, relações interpessoais, modelo de gestão adotado, entre outros. Conforme Barboza (2008, p. 57) os índices de rotatividade são menores quando os funcionários se ajustam e se integram à cultura da empresa. Este autor ainda complementa afirmando que existem correlações entre satisfação e cultura organizacional. O clima organizacional impacta em diversas questões, dentre elas: "[...] o prazer e sofrimento no trabalho; satisfação e motivação; estresse ocupacional; clima e eficácia organizacional; qualidade de vida no trabalho; qualidade do serviço; dentre outros" (VEGRO et al., 2016, p. 03).

Os colaboradores garantem o sucesso da organização e esta, por sua vez, deve garantir a qualidade de vida de seus membros em prol do crescimento instituição-funcionário como um só, pois quando o funcionário sente reciprocidade, há uma melhor produtividade. Segundo Santos, Vizzotto e Gonçalves, 2015: "Assim, é fulcral que haja uma clara união da qualidade de vida dos funcionários à sua produtividade, com a finalidade da organização alcançar os seus objetivos, implicando uma relação organização-colaborador mais atenta e estreita". Segundo Barboza (2008, p. 61), "Verificou-se que todas as dimensões da satisfação profissional estão correlacionadas com alguma dimensão da cultura organizacional, mesmo que de maneira fraca".

Conforme Fossatti (2013), em sua pesquisa, os docentes entrevistados relataram a importância da cultura organizacional quando descreveram questões consideradas importantes para o sucesso próprio e o sucesso da instituição. Algumas destas observações foram que a instituição proporciona o convívio com os alunos, o ambiente sadio, a simplicidade no trato, apoio entre colegas e gestores, e a identificação institucional.

2.3 Cultura Organizacional como fator impactante na docência universitária

Como vimos, o sucesso organizacional está diretamente ligado à forma de tratar seus colaboradores e aos conhecimentos da cultura organizacional proporcionando uma melhor compreensão das inter-relações, além da postura ética, consciência dos limites e regras de

convivência e dos valores institucionais (CÂMARA, 2004). Conforme pesquisa de Fiorese e Martine (2016), compreendemos que a cultura organizacional impacta no clima da instituição, tendo repercussão na qualidade de vida no trabalho podendo ser positiva ou negativa.

Tem-se tornado relevante a preocupação com o gerenciamento e a qualidade nas universidades, o que vem criando uma nova cultura com características de busca incessante da qualidade, que conforme Rizzatti (2002, p. 19) descreve como: "privilegiar a qualidade dos serviços; respeitar seus usuários; valorizar a participação do trabalho em equipe; estimular a criatividade e a inovação". O autor especifica a cultura na universidade: "A cultura do campus é formada pela maneira predominante de fazer as coisas, pelos valores comuns, expectativas, padrões, pressupostos, tradições, padrões de comportamento, e uma qualidade inefável que chamamos atmosfera" (RIZZATTI, 2002, p.111).

A gestão educacional está muito ligada à cultura e esta, por sua vez, deve tê-la como elemento importante para uma boa gestão estratégica. Confirmando Norberto (2010, p. 103) diz que "é possível afirmar que a relação entre a cultura organizacional e a gestão estratégica é intima e se constitui em uma via de mão dupla, uma vez que se influenciam mutuamente".

A cultura organizacional contém um emaranhado de características, podendo ter influência no comportamento dos colaboradores, onde os mesmos tomam para si, por exemplo, os valores, as crenças, os ritos, entre outros elementos transmitidos. "A cultura compreende um conjunto de propriedades do ambiente de trabalho percebido pelos empregados, constituindo-se numa das forças importantes que influenciam no comportamento" (RIZZATTI, 2002, p.19)

Tendo em vista a influência que esta cultura possui diante do comportamento dos colaboradores da organização, a partir dela criam-se normas de conduta. Essas normas por sua vez "compreendem também os valores, rituais, crenças, hábitos e outros condicionantes do comportamento dos indivíduos dentro das IES" (MACUCO, 2002, p.28). Complementando, Lück (2009, p. 115) afirma que a gestão da cultura organizacional "influencia positivamente o modo institucionalizado de pensar dos participantes da comunidade escolar, fazendo-o convergir em torno do ideário educacional formulado para orientar a ação educacional da escola".

É de extrema importância a cultura dentro de uma organização, pois ela pode motivar ou desmotivar, além de unir ou dividir os colaboradores, influenciando na visão dos outros e tornando o ambiente de trabalho melhor ou pior.

> Assim, a partir do instante em que os elementos da cultura organizacional têm poder de determinar como os membros de um grupo se comportam, percebem, sentem e pensam acerca deles mesmos, das suas relações e do que realizam, entende-se mister levá-los em consideração na análise do ambiente organizacional, principalmente o que tange à instituição de ensino superior, unidade de interesse deste trabalho (RIZZATTI, 2002, p.112).

Cada instituição de ensino possui sua forma própria de pensar e agir no que diz respeito a seus recursos humanos, o que produz diferentes formas de interações entre docentes e alunos. Um professor pode ministrar a mesma disciplina em várias instituições, mas o fará de uma forma diferente em cada uma delas, condizendo com a cultura de cada uma. Esta mesma cultura influencia em diversas áreas, impactando na relação entre professores e alunos, pais de alunos, funcionários e comunidade em geral:

> Tal comportamento se justifica pelo o fato da cultura organizacional se projetar em todas as instâncias da escola como nas reuniões, nas normas disciplinares, nas interações entre professores e alunos e demais funcionários,

> se manifesta também nos vários departamentos internos da escola e nas relações estabelecidas com os pais e a comunidade, e nas metodologias e planejamentos da aula. Dessa forma a escola será identificada pela sua cultura própria, a qual poderá ser analisada, avaliada e redimensionada de acordo com os objetivos que se pretende alcançar (PESSONI, 2008, p. 92).

Conforme Fossatti (2013), para um educador ser bem-sucedido pressupõe oito características principais: Alegria; Didática; Domínio do conteúdo; Responsabilidade; Atualização; Solicitude; Boa remuneração e Inteligência. E para que tal educador possa desenvolver e exteriorizar referidas características, estas, por sua vez, devem condizer com a cultura da instituição.

As instituições de Ensino Superior precisam estar adequadas às tecnologias e inovações do mundo e para isso é necessário entender a realidade organizacional, ou seja, a cultura organizacional. Para se manter no mercado competitivo, se faz necessário entender as variáveis humanas da organização, pois determinam a realidade da mesma e seus impactos (SANTOS, VIZZOTTO, GONÇALVES, 2015). "O principal desafio que se impõe hoje à gestão da escola é redefinir a cultura organizacional instaurada. Sem essa mudança, outras inovações correm o risco de se tornarem ineficazes" (PAZETO, 2000, p. 165)

3 Análise dos dados

A cultura organizacional é transmitida de geração a geração, levando para as próximas gerações valores, crenças, hábitos, tradições, entre outros, fazendo com que novas gerações mantenham costumes antepassados. Através dos dados coletados, analisamos que a cultura é mutável e inconstante, passando por adaptações ao longo dos anos, portanto, valores são passados, porém não são mantidos de forma totalmente idêntica.

Conforme análise realizada a partir de artigos e livros, denotamos a existência de sete principais e mais discutidos elementos da cultura organizacional. Freitas (2007) e Rizzatti (2002) descrevem estes elementos de forma bastante explicativa e através deles podemos entender melhor tais elementos. De forma sucinta podemos descrever a combinação das descrições de tais autores referentes a cada elemento: a) Valores: o que é importante, o motivo da existência da instituição, tornando-se norteador de atitudes organizacionais do dia-a-dia; b) Crenças e pressupostos: são inquestionáveis, é uma verdade que deve ser seguida, ações exemplo; c) Ritos, rituais e cerimônias: são atividades coletivas planejadas que ocorrem com intuito de informar, motivar, guiar, sinalizar, divertir; d) Sagas e heróis: narrativas de acontecimentos modelos, obstáculos vencidos por exemplo, causando admiração e orgulho pela organização; e) Histórias: são narrativas reais que informam sobre a instituição e seus acontecimentos passados, reforçando o comportamento existente; f) Tabus: comportamentos não permitidos e proibições que existem de forma subentendida, de forma silenciada no grupo; g) Normas: comportamentos aceitáveis, procedimentos corretos e regras, são explicitas. Na figura 01 apresentamos a representação desses elementos.

FIGURA 01: Elementos da cultura organizacional

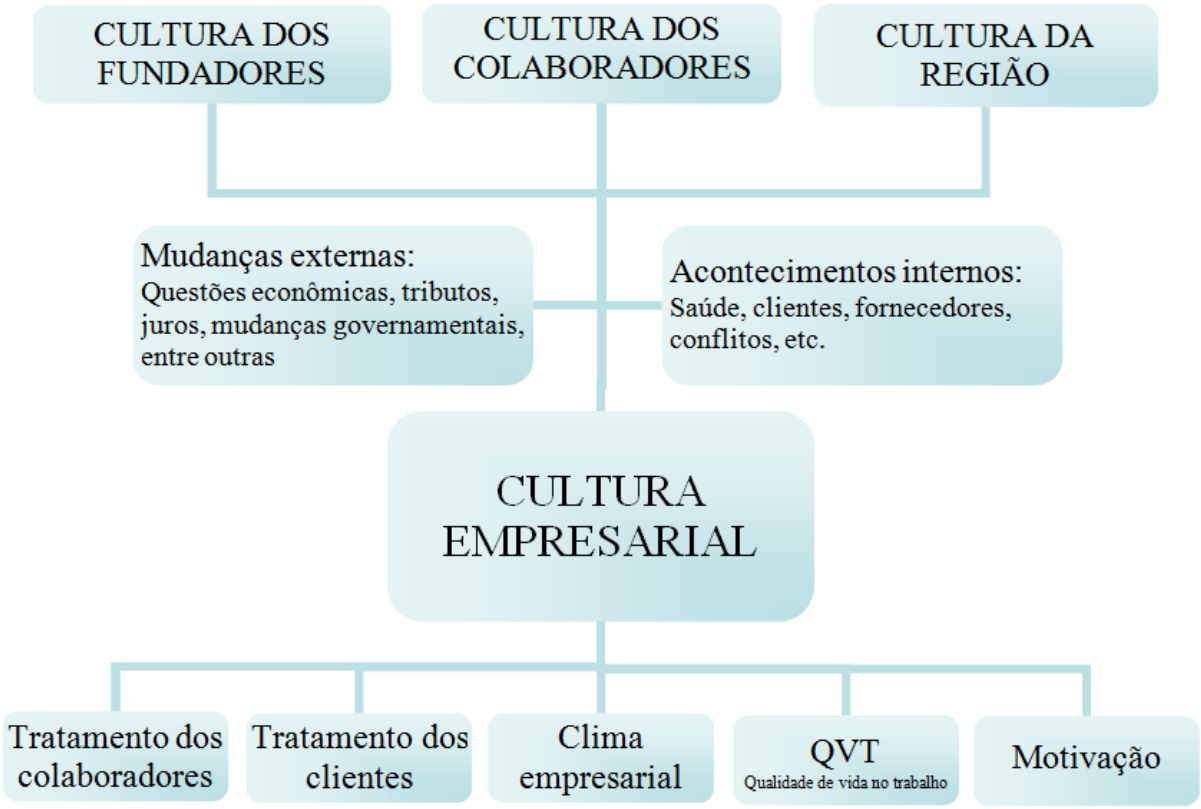


FONTE: Elaborado pelos autores a partir de Freitas (2007) e Rizzatti (2002)

Percebe-se na cultura de uma organização existem eixos de formação, eixos de transformação e de impacto. Ou seja, os eixos de formação são formados principalmente pela descendência cultural dos fundadores, a cultura trazida diariamente pelos colaboradores e a cultura regional em que a instituição está inserida. Já os eixos de transformação são formados pelas mudanças externas e os acontecimentos internos, que englobam mudanças gerais do governo, economia, entre outros, e até mesmo contextos particulares, fatos ocorridos internamente, achados ou descobertas, alterações, etc. Por último, existem os eixos impactantes, que são aqueles influenciados pela cultura, sendo eles, tratamento dos colaboradores e clientes, clima organizacional, qualidade de vida no trabalho e motivação.

A Figura 02 representa o desenvolvimento da cultura organizacional, desde seus influenciadores de formulação – cultura dos fundadores, cultura dos colaboradores e cultura regional – até seus posteriores impactos na organização – tratamento dos colaboradores e clientes, clima organizacional, qualidade de vida no trabalho e motivação – levando em consideração também os fatores que modificam a cultura no passar do tempo. Podemos assim perceber a estrutura do desenvolvimento da cultura de uma organização.

FIGURA 02: Processo de desenvolvimento da cultura organizacional



FONTE: Elaborado pelos autores, a partir de dados da pesquisa.

De acordo com dados obtidos na pesquisa, apresentamos os principais elementos e características descritos pelos autores neste tópico. A partir deste embasamento podemos perceber a importância da cultura dentro da organização e o poder de transformação que esta possui.

Conforme a cultura organizacional é compartilhada pelo grupo, esta determina os comportamentos adequados à instituição e compreende a missão, as finalidades e os objetivos da instituição escolar. Assim, percebe-se a importância de o gestor ser participativo no processo educacional da instituição, tornando-se "fundamental para a execução do projeto político pedagógico, fortalecendo o comprometimento do corpo docente, discente, técnico-administrativos e comunidade" Norberto (2010, p. 104).

A partir da cultura organizacional é que os funcionários formam suas concepções positivas ou negativas sobre a instituição, e essas percepções afetam o desempenho e o bem-estar dos mesmos (BARBOZA, 2008).

4 Considerações finais

O objetivo deste trabalho foi analisar os impactos da cultura organizacional na docência e o bem-estar causado por ela. Para tal análise focamos na busca por referenciais que dessem base ao conceito de cultura e seus elementos, possibilitando o entendimento sobre o assunto para posteriormente discutirmos o objetivo desta pesquisa.

Notamos que é de extrema necessidade para a instituição conhecer sua cultura, pois ela é norteadora dos colaboradores e de suas atitudes. Através dela pode-se unir ou separar equipes,

motivar ou desmotivar membros, qualificar ou não o ambiente de trabalho e o atendimento ao outro. Percebemos também que para o sucesso da instituição é recomendável que a mesma esteja aberta a mudanças culturais propostas pelo meio, pelos colaboradores ou mesmo pela situação governamental ou econômica.

A cultura organizacional de uma escola ou universidade expressa a maneira como ela faz a gestão do processo de ensino-aprendizagem, a maneira como trata seus colaboradores, alunos e demais envolvidos. Esta mesma cultura demonstra as percepções dos alunos, professores, gestores, colaboradores e sociedade em geral, possuem sobre a instituição. Observamos também que em IES que possuem uma cultura organizacional bem estabelecida e compreendida por todos, os colaboradores passam a absorvê-la e disseminá-la automaticamente. Portanto, instituições de ensino precisam estar atentas à sua cultura organizacional, pois esta, por sua vez, irá refletir em seus colaboradores, docentes e alunos, além de descrever a instituição para a sociedade.

A cultura organizacional é fator impactante no bem-estar docente e os professores, por sua vez, transmitem à sociedade em geral seus comportamentos e seu entendimento sobre a organização. Docentes que se identificam com a cultura da instituição têm maior rendimento profissional, sentem-se inseridos e consequentemente passam este bem-estar para seus alunos.

Apontamos resultados relevantes, porém, ressaltamos que esta é uma pesquisa inicial e sugerimos a aplicação desta exploração em uma instituição docente para que se possa cruzar os resultados teóricos com dados empíricos.

Referências

BARBOZA, Juliana R. *A satisfação profissional e a cultura organizacional: uma análise a partir do modelo ash no centro federal de educação tecnológica do rio grande do norte.* 2008. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/handle/123456789/12114. Acessado em: 03/04/2017

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo.* Ed. rev. e ampl. São Paulo: Edições 70, 2011

CÂMARA, Ana Rosa G. S. *Cultura organizacional e desempenho dos colaboradores: um estudo exploratório no setor hoteleiro.* 2004. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/123456789/14951/1/AnaRGSC.pdf. Acessado em: 22/03/2017

CORRÊA, Marcos. L.; DANDARO, Fernando; MORAES, Felipe. F. Gestão da cultura e do comportamento organizacional para o desenvolvimento regional. São Paulo. *Revista Eletrônica "Diálogos Acadêmicos"*, v. 05, nº 2, p. 74-94, JUL-DEZ, 2013. Acessado em: 16/03/2017

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações***.** 7.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

FIORESE, Lucimara; MARTINEZ, Mariangela. Influência da cultura e clima organizacional na qualidade de vida no trabalho: revisão da literatura. *Destaques acadêmicos*. Lajeado, v. 8, n. 1, p. 100-113, 2016. Acessado em: 04/04/2017

FOSSATTI, Paulo. *Perfil docente e produção de sentido*. Editora Unilasalle, Canoas. 2013

FREITAS, Maria. E. *Cultura organizacional: evolução e crítica.* São Paulo: Thomson earning, 2007.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa.* São Paulo: Atlas, 2002

LIMA, Súsi M. Barcelos e; ALBANO, Adriana Gaffrée Burn. Um estudo sobre clima organizacional na concepção de diferentes autores. *Revista CCEI* - URCAMP, v.6, n.10, p. 33-40, 2002. Acessado em: 13/03/2017

LÜCK, Heloísa. *Dimensões da gestão escolar e suas competências.* 2009. Editora Positivo, Curitiba

MACUCO, Maria Iliane B. *O corpo docente como agente de mudanças e liderança na cultura organizacional.* Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Santa Catarina, centro socioeconômico. Florianópolis, 2002. Disponível em: http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/84073. Acessado em: 06/04/2017

NORBERTO, Aurilena P. *Cultura Organizacional e gestão estratégica: o caso do centro de tecnologia da universidade Federal do Ceará***.** 2010. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Ceará. Disponível em: http://www.teses.ufc.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4930. Acessado em: 11/04/2017

PESSONI, Lucineide M. de L. *As relações das práticas de organização e gestão da escola com a atividade docente e a aprendizagem dos alunos***.** 2008. Dissertação de Mestrado – Universidade Católica de Goiás – UCG. Disponível em: http://tede2.pucgoias.edu.br:8080//handle/tede/1228. Acessado em: 01/04/2017

PAZETO, Antonio Elizio. Participação: exigências para a qualificação do gestor e processo permanente de atualização. *Em Aberto*, Brasília, v. 17, n. 72, p. 163-166, 2000. Disponível em http://emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewFile/2129/2098. Acessado em: 21/03/2017

RIZZATTI, Gerson. *Categorias de análise de clima organizacional em universidades federais Brasileiras.* Tese de Doutorado – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002.

SANTOS, Joana Conduto Vieira; VIZZOTTO, Marilia M.; GONÇALVES, Gabriela. Antecedentes do bem-estar no trabalho: o caso das universidades brasileiras. *Portal Metodista de Periódicos*. v. 19, n. 19, 2015. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/PINFOR/article/view/6870. Acessado em: 05/04/2017

SCHOENINGER, Andressa Kátia. *Influencia da cultura organizacional sobre o ambiente propício a inovação: Estudo empresa do setor moveleiro.* 2014. Dissertação de mestrado – Universidade Regional de Blumenau, Blumenau. Disponível em: www.bc.furb.br/docs/DS/2014/357684_1_1.pdf. Acessado em: 15/03/2017

SILVA, Patrícia Rodrigues. Cultura organizacional e seus elementos: proposições a partir das melhores empresas para se trabalhar de 2011. Maringá. *Management: Revista de Ciências Empresariais*, v. 10, n. 2, p.07-23, 2013. Disponível em: http://www.maringamanagement.com.br/novo/index.php/ojs/article/view/137/104. Acessado em: 28/03/2017

SOUSA, Andresa Paula de; RANGEL JR., João Francisco L. B. Cultura organizacional e ambiente criativo: elementos formadores da cultura como barreira ou estímulo à criatividade. *Veredas Favip*, v. 7, n. 1, p.76-91, 2014. Disponível em: http://veredas.favip.edu.br/ojs/index.php/veredas1/article/viewFile/194/277. Acessado em: 08/03/2017

VEGRO, Thamiris C.; ROCHA, Fernanda L. R.; CAMELO, Silvia H. H. C.; GARCIA, Alessandra B. G. Cultura organizacional de um hospital privado. *Revista Gaúcha Enfermagem*. v.37 n.2 Porto Alegre, 2016. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/1983-1447.2016.02.49776. Acessado em: 27/03/2017

AS ESCOLAS DE NEGÓCIOS, NA GERAÇÃO DE INOVAÇÃO E COMPETÊNCIAS GERENCIAIS COMPLEXAS EM TEMPOS DE INTERNACIONALIZAÇÃO

Tamára Cecilia Karawejczyk Telles, Doutora em Administração;
tamara.karawejczyk@unilasalle.edu.br.

Kamila Cristina Miranda Cruz, graduada em Processos Gerenciais;
kamila.cruz@unilasalle.edu.br

Resumo:

Este trabalho é um recorte de um projeto sobre "A aprendizagem de competências gerenciais complexas para a formação gerencial: um estudo Luso-Brasileiro com empreendedores da Indústria Criativa", em parceria com o Instituto Superior de Economia e Gestão (ISEG) de Lisboa/Portugal. Assim, o objetivo desse trabalho é o de avançar na compreensão de uma epistemologia gerencial adequada ao ensino da pós-graduação lato sensu, além de investigar como os discentes podem aprender mobilizar e utilizar competências gerenciais complexas no seu dia-a-dia. Assumiu-se como chave metodológica orientadora da pesquisa o método qualitativo. Justifica-se a escolha deste método, pois segundo Marshall e Rossman (1999), os métodos qualitativos são apropriados para gêneros de pesquisas que são remetidos ao seu ambiente natural e com aproximações exploratórias de dados. A coleta de dados se constituirá de (a) fontes documentais, compondo um corpus documental; (b) entrevistas individuais em profundidade com coordenadores da escola e docentes que ministram aulas relacionadas à formação gerencial Trata-se de uma contribuição, ainda em desenvolvimento, baseada em experiências de pesquisa e consultoria, o que a coloca, portanto, no contexto de uma construção em "pleno movimento", com todos os riscos, problemas e simplificações de um processo de tal tipo. Os resultados da pesquisa podem direcionar o desenvolvimento de novos produtos e serviços para a pós-graduação e extensão, já que este tem um público alvo (executivos e organizações) crescente ano após ano na busca de qualificação e educação qualificada. A articulação destes resultados com programas Strito Sensu, poderão inclusive fomentar o desenvolvimento de soluções transdisciplinares na formação gerencial e educação corporativa, com inclusão de educação a distância (EAD), na forma de espaços de convivência digital.

Palavras-chave: formação gerencial. Escolas de negócios. Indústria criativa.

Abstract:

This work is a cross-cutting of a project about "The learning of complex managerial skills for managerial training: a Luso-Brazilian study with Creative Industry entrepreneurs", in partnership with the Lisbon Higher Institute of Economics and Management (ISEG)/Portugal. Thus, the aim of this work is to advance the understanding of a managerial epistemology appropriate to the teaching of the Lato Sensu postgraduate course, besides investigating how students can learn to mobilize and use complex managerial skills in their day to day routine. The qualitative method was assumed as the methodological guiding key of the research. The choice of this method is justified according to Marshall and Rossman (1999), in which qualitative methods are appropriate for research genres that are referred to their natural environment and with exploratory approximations of data. The

collection of data will consist of (A) documentary sources, composing a documentary corpus; (B) in-depth individual interviews with school coordinators and teachers who teach classes related to managerial training. This contribution still under development, based on research and consultancy experiences, which therefore places it in the context of a construction "in full swing", with all risks, problems and simplifications of such process. Our results may direct the development of new products and services for postgraduate and extension programs, as this has a target audience (executives and organizations) growing year after year in the pursuit of qualification and qualified education. The articulation of these results with Strito Sensu programs may even foster the development of transdisciplinary solutions in managerial training and corporate education, including distance education (EAD), in the form of digital coexistence spaces.
Keywords: managerial training; Business school; Creative industry.

1 Introdução

Este artigo foi elaborado a partir do projeto de pesquisa “A aprendizagem de competências gerenciais complexas para a formação gerencial: um estudo Luso-Brasileiro com empreendedores da Indústria Criativa.”, financiado pelo CNPQ (MCTI/CNPq Nº 442984/2014-6). Tendo como objetivo geral identificar e analisar as contribuições ao desenvolvimento de competências gerenciais complexas, para empreendedores de organizações da indústria criativa, a partir de programas de formação gerencial desenvolvidos, por escolas de negócios de Instituições de Ensino Superior, localizados no Brasil e em Portugal.

O tema deste projeto, a aprendizagem de competências gerenciais complexas para a formação gerencial para empreendedores da indústria criativa, originou-se a partir do conhecimento relacionado com a trajetória acadêmica e profissional da pesquisadora.

Com relação à importância do projeto, alguns aspectos apoiam sua relevância. As escolas de negócios e os programas de Master in Business Administration (MBA) apresentam-se como um tema de pesquisa para várias disciplinas (BARUCH e PEIPERL, 2000; ASCHER, 2000; LUKER, 1989; MINTZBERG e LAMPEL, 2001; WOOD JR., 2001; FREZATTI e KASSAI, 2003; SCOTT, 2001).

As discussões sobre a necessidade de qualificação gerencial não são novas. Paiva (1993, 1994) acrescenta que no plano dos sistemas nacionais de educação, a qualificação formal aparece em estreita relação com o índice de desenvolvimento socioeconômico de uma região. Neste cenário, os cursos de pós-graduação assumiram um papel importante e estratégico, observado pelo crescimento e busca deste tipo de formação no mundo (BARUCH e PEIPERL, 2000; FREZATTI e KASSAI, 2003), no Brasil e em Portugal.

Esse projeto tinha quatro etapas distintas sendo a primeira (a) corresponde ao “desk research”, ou seja, será identificado e sistematizado o conhecimento existente sobre os constructos teóricos da pesquisa. A segunda e terceira etapa tem por objetivo realizar a pesquisa exploratória no Brasil e em Portugal. A segunda fase será um aprofundamento de dados sobre as escolas de negócio La Salle Canoas e ISEG Lisboa. Para a terceira etapa serão selecionados empreendedores da Indústria Criativa, relacionados a software interativo, design e propaganda, que participam dos programas oferecidos por estas escolas. Para a compreensão da problemática deste projeto, será aplicado um questionário adaptado e previamente validado (LIMA FILHO, BRUNI, 2012) com estes discentes para verificação da sua autoaprendizagem e também a abordagem biográfica

proposta por Josso (2004) que trabalha com a perspectiva de destacar as histórias de vida relacionadas à trajetória profissional (DUBAR, 1997). Na quarta e última etapa, serão analisados conjuntamente os dados, oferecendo subsídios para a compreensão de uma proposta de epistemologia de formação gerencial adequada a um ambiente complexo e sistêmico do mundo dos negócios.

Os resultados da pesquisa podem direcionar o desenvolvimento destes novos produtos e serviços para a pós-graduação e extensão, já que este tem um público alvo (executivos e organizações) cresce ano após ano na busca de qualificação e educação qualificada. A articulação destes resultados com programas Stricto Sensu, poderão inclusive fomentar o desenvolvimento de soluções transdisciplinares na formação gerencial e educação corporativa, com inclusão de educação à distância (EAD), na forma de espaços de convivência digital.

2 Desenvolvimento do Artigo

A economia criativa se destaca no cenário internacional e nacional como um dos segmentos mais dinâmicos do desenvolvimento econômico e social dos países. Apesar do impacto ainda relativamente pequeno do núcleo de suas atividades, que diretamente responderam por pouco mais de 1,7% do PIB Brasileiro em 2011, ao olhar para os setores que atuam como apoio e suporte a estas atividades, observa-se um amplo potencial para geração de emprego e renda, que somados geram anualmente mais de 11 bilhões de reais em produção e divisas somente no Brasil.

Uma das características marcantes do setor é sua orientação para o empreendedorismo e a criatividade, evoluindo de um modelo menos estruturado e mais vocacional, para um complexo arranjo de atores e setores profissionais interconectados, constituindo-se um novo campo de pesquisa.

Os investimentos em formação gerencial crescem todo ano (RAELIN, 2006, 2011), porém, pode-se dizer que tanto a literatura acadêmica, quanto a pesquisa, ainda carece de maior entendimento sobre a efetividade dos programas oferecidos, nos que diz respeito ao desenvolvimento de competências gerenciais, especialmente as competências gerenciais complexas.

Uma breve revisão da literatura aponta uma carência de trabalhos que avaliem a efetividade da formação gerencial (BOLT, 1993; LORANGE, 1994; MORAES, SILVA, CUNHA, 2004; RUAS, 2003; ANTONELLO, 2005), principalmente na investigação entre “para que”, “para quem” e “como” estes gestores aprendem. Além da falta de referencia norteadora e metodológica para avaliação e mensuração da efetividade deste tipo de formação (DIONNE, 1996; COLLINS, 2002).

O processo de formação gerencial geralmente é oferecido na modalidade in company pelas organizações, em programas intitulados “Programas de Desenvolvimento Gerencial” (PDG), ou por Instituições de Ensino Superior (IES), na forma de extensão universitária ou programas lato sensu, no formato de MBA’s. Para este projeto de pesquisa, o interesse da pesquisadora é compreender a dinâmica dos programas de pós-graduação lato sensu chamados de MBA’s, mais especificamente, nas chamadas escolas de negócios (business school), que procuram ser uma referência no ensino gerencial.

O principal objetivo dos programas destas escolas é formar lideres empreendedores e executivos, capazes de transpor os conhecimentos e capacitação adquiridos no ambiente acadêmico para a vida real, com o firme propósito de desenvolver novas competências gerenciais, para promover aprendizagem individual, adaptação organização e renovação (DOYLE, 1994).

Alguns questionamentos sobre a efetividade destes programas seriam: - o que é transmitido em sala de aula é efetivamente apreendido e utilizado na prática profissional? – qual o papel das escolas de negócio, na geração de inovação e no desenvolvimento de competências gerenciais complexas para o aprendizado gerencial em tempos de internacionalização? – qual a epistemologia da formação gerencial oferecida aos discentes?

Neste sentido, o quadro de referencias teórico e metodológico, deste projeto de pesquisa envolveria a análise de duas dimensões: (a) as escolas de negócios, através dos programas de pós-graduação lato sensu (MBA's) e, (b) os discentes que frequentam estes cursos, selecionados a partir do critério de serem, empreendedores da indústria criativa (vide figura 1).



Figura 1: Relacionamento IES e Sociedade
Fonte: elaborado pelas autoras

A primeira dimensão "escolas de negócios" tem sua origem como resposta à atual complexidade ambiental do mundo dos negócios. A crescente busca de qualificação da força de trabalho e sua reciclagem promoveram uma busca intensa pelos mais diversos tipos de programas de formação e educação. Neste cenário, os cursos de pós-graduação assumiram um papel importante e estratégico, observado pelo crescimento e busca deste tipo de formação no mundo (BARUCH e PEIPERL, 2000; FREZATTI e KASSAI, 2003).

Um dos questionamentos feitos pela pesquisadora seria como efetivamente mensurar a eficácia de um programa desta modalidade, seja para o corpo discente, seja para a sociedade em geral?

No Brasil, a pós-graduação lato sensu é regulamentada pela Lei nº 9394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), de 20 de dezembro de 1996, publicada no D.O.U. de 23 de dezembro de 1996 (inciso III do art. 44), e pela Resolução CNE/CES nº 1, de 8 de junho de 2007. No caso de Portugal, a regulamentação é Lei nº 46/86 que estabelece o quadro geral do sistema educativo, de 14 de Outubro de 1986. Com relação ao ensino superior, a Lei nº 108/88, estabelece a autonomia das universidades.

Um dos indicativos da qualidade do ensino de pós-graduação pode estar relacionado à relevância e aplicabilidade prática dos conteúdos ministrados, no formato de apropriação de competências gerenciais. Dados da Associação Nacional dos MBA (ANAMBA) indicam que a

procura pela oferta deste tipo especifico de produto educacional tem aumentado ao ano. Os indicadores utilizados por esta associação no Brasil são: formar um profissional com (a) capacidade de liderar; (b) capacidade de aplicar conhecimentos em circunstâncias novas e não familiares, por um entendimento conceitual de disciplinas relevantes; e, (c) capacidade de adaptar e inovar para lidar com eventos imprevistos e gerenciar ambientes em transformação. No caso europeu, a AMBA (Association of MBAs) realiza a acreditação internacional dos cursos no mundo todo.

Sabe-se que em tempos de complexidade, as IES's tem um papel importante na "formação de cidadãos capazes de transformar o ambiente em que vivem" (MOROSINI, 2008, p.84), sendo necessário considerar, não somente a infraestrutura e práticas pedagógicas da formação gerencial, mas também a mobilização de competências espelhadas no projeto politico pedagógico, como são realizados as práticas de inovação, no ensinar e no aprender e a constituição da inserção da internacionalização das escolas de negócios neste processo.

Assim, a qualidade de uma escola de negócios na visão da pesquisadora, englobaria três eixos de avaliação com relação à formação gerencial, ou seja, o seu projeto político pedagógico com a epistemologia esposada e a matriz de competências gerenciais a serem assimiladas e apropriadas pelos alunos (as); o processo de inovação neste tipo de formação, envolvendo o ensino e a aprendizagem; e, a proposta de internacionalização da escola, para o desenvolvimento de perspectiva global.

A segunda dimensão "os discentes", aqui representados por empreendedores da Indústria Criativa, compreende a sua percepção e avaliação sobre a real utilidade e aplicabilidade do que é ensinado nos programas nos quais participa e a aprendizagem das competências gerenciais complexas para sua atuação enquanto empreendedor e gestor.

É sabido que as constantes mudanças no cenário global e os avanços nos modelos de reorganização do trabalho, da gestão e dos novos empreendimentos, exigem um novo papel das lideranças, valorizando o que está além do prescrito para o cargo, mobilizando dimensões de saber-fazer, saber-agir e do saber-ser (LE BOTERF, 1999; ZARIFIAN, 2001), onde os "lideres passaram a lidar com dilemas de gestão, precisando tomar decisões complexas, em tempo real, o que os obrigava a encontrar novas e difíceis soluções" (VIEIRA e LUZ, 2003, p.6) para os dilemas da sua ação.

Desta forma, surgem os questionamentos da pesquisadora sobre esta dimensão, em dois eixos de avaliação com relação à formação gerencial recebida, sendo eles: a autoaprendizagem dos empreendedores com relação às competências gerenciais complexas; e, a mobilização e aprendizagem (formal e/ou informal) na prática das competências gerenciais complexas na função gerencial para o seu negócio. Dadas as demandas para o futuro do seu empreendimento, este aluno como um ser autônomo, pode ser forjado como um profissional competente, ético, global e inovador para a sociedade?

3 Metodologia:

Este estudo se caracteriza por um estudo exploratório, por proporcionar um aprimoramento de ideias, além de uma maior flexibilidade na busca de informações e na construção de novas hipóteses. Também se caracteriza por um estudo de caso que conforme Yin (2001) tem como objetivo explorar, descrever ou explicar como os fatos aconteceram, proporcionando conhecimento sobre fenômeno estudado. A coleta de dados desta fase aconteceu entre os anos de 2014 e 2016, no

qual consistiu na visita ao site da instituição e documentos cedidos pela mesma (projeto, folders e materiais de divulgação da La Salle Business School). Os documentos que fizeram parte da construção do corpus documental que foram considerados como fontes de pesquisa com predominância na análise documental.

Para a realização das entrevistas foi elaborado um roteiro que foi construído com base no referencial teórico e nos objetivos da pesquisa. As entrevistas foram agendadas e realizadas individualmente. Em média, cada entrevista teve a duração de 30 minutos, com questões padrão aberta a fim de um maior entendimento e/ou esclarecimentos sobre a percepção dos (ex) dirigentes quanto aos cursos oferecidos, e no que mercado espera destes gestores. Estas entrevistas foram transcritas, constituindo textos digitados, que foram objetos de análise.

Em relação à análise das entrevistas, considerou que as entrevistas representam um texto no qual, conforme Bauer e Aarts (2002) as falas se referem a sentimentos, memórias, pensamentos que nos dizem mais do que parece. Dessa forma, foi realizada uma análise de conteúdo no corpus documental, criando quadros síntese para análise geral das entrevistas.

Por fim, para a apresentação e análise dos dados foram descritas as entrevistas relatando os acontecimentos da história da criação da La Salle Business School e a percepção do (ex)dirigentes sobre os cursos oferecidos. Após foi comparado o que tem sido paraticado, analisando o diferencial competitivo dos cursos de Pós-graduação lato sensu e que tem sido oferecido pela Escola de Negócios, com o objetivo de relacionar o que existia, existe e poderá existir, buscando novos produtos e serviços que poderão ser explorados no futuro.

Apresentação e Análise dos Dados:

Segundo notícia de 2011 do site da instituição, a proposta de criação da escola de negócios surgiu após análise das propostas das Universidades Lassalistas de Madri e Barcelona, no qual têm mais de 30 anos de experiência no cenário internacional com relação à formação de gestores e executivos. De acordo com um dos trechos das entrevistas, um (ex)dirigente relata que “o início da escola de negócios foi uma viagem que o reitor fez a Barcelona e a Madri, então ele veio de lá com esta ideia, criou-se uma comissão para isso com pessoas externas e internas, visitamos algumas empresas, aulas, laboratórios, e aí a gente adaptou para a nossa realidade”. (Entrevista C2, 2014). A entrevista (C4, 2014) complementa que “a ideia base foi a nossa preocupação em formarmos líderes, e buscamos principalmente já experiência de Madri na Espanha, que já tinha uma concepção da Escola de Negócios e com uma tradição de vários anos”.

A entrevista (C5, 2014) relata que a Escola de Negócios surgiu para oferecer este portfólio de produtos, porém somente os cursos de MBA e especializações estão sendo desenvolvidos atualmente, “a Business nasceu para oferecer, os MBA’s, que são as especializações com este enfoque mais de gestor, com um programa de qualificação, voltado para o mercado de trabalho e com uma universidade corporativa, que nós poderíamos estar criando para as empresas, mas está tudo no papel, não se alavancou”.

De acordo com a entrevista (C2, 2014) o projeto da Escola de Negócios tem a preocupação em dois eixos de ensino, “o primeiro eixo é a formação técnica e o segundo eixo foi centrado na formação de competências gerenciais, fazer as coisas acontecerem, saber lidar com pessoas, saber planejar para que as coisas aconteçam, avaliar, acompanhar e assim por diante. A proposta inicial era 60% do currículo de competências técnicas e 40% do currículo de competências gerenciais”.

Considerando isso, afirma Karawejczyk (2012) que o mercado de trabalho está cada vez mais competitivo, e por isso os gestores não podem apenas depender de suas habilidades técnicas, pois é necessário ampliar a dimensão do conhecimento. O gestor deve viabilizar o alcance das

metas, mas principalmente motivar sua equipe a conquistar estes resultados, proporcionando o aprendizado da mesma.

A entrevista (C2, 2014) salienta que o perfil de gestor que as empresas procuram é "uma pessoa com as habilidades comportamentais, não somente técnicas, aquela pessoa que realmente tem poder de convencimento sobre as outras pessoas, poder de liderança, poder de motivação, que consiga unir as pessoas, criar um grupo coes, fazer as coisas acontecerem".

Nesta perceptiva, a entrevista (C5, 2014) salienta o que o mercado deseja de um gestor que cursam um MBA, "as empresas esperam que ele seja uma pessoa atualizada, um cara inovador, um gestor com visão sistêmica, flexível, um gestor que ponha a mão na massa. Não adianta só mandar, tem que saber fazer também".

Em relação às ferramentas e tecnologias utilizadas, observa-se o uso de videoconferências, estudo de caso, dinâmicas, visitas técnicas, determinados softwares específicos de determinadas áreas, seminários e ambientes virtuais de aprendizagem como o Moodle. Na visão de Antonello e Ruas (2005) esta metodologia de ensino facilita o compartilhamento de experiências, informações, conhecimento, além propiciar a socialização dos alunos.

Observa-se que há uma crescente preocupação com os investimentos realizados pelas empresas e pelos profissionais na área de formação gerencial, a fim de uma maior qualificação conceitual e comportamental para atingir os resultados esperados pelas organizações. Com relação ao estudo proposto, destaca-se que foi possível atender os objetivos, considerando a contextualização histórica da criação da La Salle Business School, os diferenciais da proposta metodológica e pedagógica, e ainda a percepção dos (ex)dirigentes quanto com relação a área de atuação.

O ensino gerencial tem duas categorias distintas: a formação e capacitação. Sendo que a formação é o desenvolvimento da pessoa através de um processo educativo, e a capacitação é uma aquisição de habilidades e conhecimentos para a pessoa agir em diversas situações (MATURANA, 2008).

4 Considerações finais

Neste sentido, este estudo revelou que a formação gerencial ainda tem um ensino tradicional e formal, considerando a estrutura das disciplinas e a metodologia com foco nas habilidades técnicas. Desta forma, ressalta-se que as Instituições de Ensino Superior têm um grande desafio acerca de um alinhamento dos programas de formação gerencial com as realidades de mercado.

Os resultados encontrados neste estudo, apesar de ter sido concluído, podem desencadear novos estudos, oportunizando novos questionamentos e reflexões sobre o tema. Assim, sugere-se que possam ser realizados: Uma segunda etapa de pesquisa com a coleta de dados com os discentes que recebem essa formação na La Salle Business School; e ainda, na abertura de um novo estudo sobre a concepção metodológica e pedagógica, de como tornar o ensino mais inovador e efetivo atendendo as demandas de mercado.

Referências

ASCHER, K. Master of business? In: BARUCH, Y.; PEIPERL, M. *The impact of an MBA on graduate carrers. Human Resource Management Journal*, v.10, n.2, 2000.

BAUER, M.; AARTS, B. A construção do corpus: um principio para a coleta de dados qualitativos. In: BAUER, Martin, GASKELL, George. *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*. Petrópolis: Vozes, 2000.

CHARLES VARGAS. *A emergência de liderança na indústria criativa: o caso do Tholl/RS*. Inicio: 2013. Dissertação (Mestrado Profissional em Memória Social e Bens Culturais) – Centro Universitário La Salle – Canoas. Orientadora: Dra. Tamára Cecilia Karawejczyk.

CLOSS, L.; ANTONELLO, C.S. Aprendizagem transformadora: a reflexão critica na formação gerencial. In: *Cadernos Ebape*,v.8,n.1, artigo 2, mar.2010.

COLLINS, D. Perfomance level evaluation methods used in management development studies from 1986-2000. In: *Human Resource Development Review*. v.1, n.1, p.91-110, march 2002. development. Management Learning, Mar. 37, 1; p.101-123, ABI/INFORM Global, 2006

DIONNE, P. The evolution of trainin activities. In: *Human Resource Development Quartely*, v.7, nº 3, 279-286, 1996.

DOYLE, M. *Managing development in na era of radical change*: envolving a relational

DOYLE, M. Organizational transformational and renewal: a case for reframing management development? In: *Personnel Review*, v24, nº 6, 6-18, 1994.

ELMIR, C. *As armadilhas do jornal: algumas considerações metodolóticas de seu uso para a pesquisa história*. Texto apresentado no Seminário Dinâmica da imprensa. 11-13 set. 1994.

FREZATTI, F.; KASSAI, S. Estudo do impacto de um curso MBA em controladoria na evolução dos seus egressos. In: *Revista Contabilidade e Finanças*, USP, São Paulo, Edição Comemorativa, p.54-65, out./2003.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo: Atlas, 1989.

KATHERINE MARIA MINELLA. *Trajetória de carreira de profissionais da chamada geração Y que atuam na Indústria Criativa*. Inicio: 2012. Dissertação (Mestrado Profissional em Memória Social e Bens Culturais) – Centro Universitário La Salle – Canoas. Orientadora: Dra. Tamára Cecilia Karawejczyk; Co-orientadora: Dra. Judite Sanson de Bem.

LAVE J.; WENGER, E. *Situated learning: legitimate peripheral participantion*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

LE BOTERF, Guy. *De La Compétence*. Paris: Les Editions d'Organisation, 1999.

LORANGE, P. Back to scholl: executive education in the US. In: *Chief Executive*, New York, p.36-39, mar.1994.

LUOMA, M. *A Play of Four Arenas: how complexity can serve management*

MARSHALL, Catherine, ROSSMAN, Gretchen. *Designing Qualitative Research.* Thousand Oaks: Sage, 1999.

MINTZBERG, H. GOSLING, J. R. *Reality programming for MBAs*. Strategy and Business,

MINTZBERG, H.; LAMPEL, J. Do MBAs make better CEOs? Sorry, Dubya it ain't necessarily so. In: *Fortune*, 19, fev. 2001.

NICOLINI, A. Qual será o futuro das fábricas de administradores? Revista de Administração de Empresas, v.43, n.2, p.44-54, April/May/June, 2003.

PERIN, M.; SAMPAIO, C.; BECKER, G.; FERNANDES,B.O impacto da formação gerencial no desempenho organizacional à luz da abordagem de competências, In: Brazilian Business Review, v.6,n.1, Vitoria (ES), p.104-120, jan-abr 2009.

RAELIN, J. "Developing Managers as Learners and Researchers: Using Action Learning and Action Research," In: Journal of Management Education, 30(5): 670-689, October 2006.

RAELIN, J. Updating the State-of-the-Practice of Emotions in Management Education: The Integrated Emotions Exercise. In: International Journal of Management Education, 9(4), 13-24.

RUAS, R. (a) Mestrado Modalidade Profissional: em busca da identidade. RAE – Revista de Administração de Empresas, v.43, n.2, p.55-63, April/May/June, 2003.

WENGER, E. Communities of practice: the social fabric of a learning organization. In: The healthcare forum journal. São Francisco. v.39, n.4, jul.-ago. 1996. p.20-27.

YIN, Robert. Estudo de Caso. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZARIFIAN, Philippe. Objetivo competência: por uma nova lógica. São Paulo: Atlas, 2001.

MODELO DE INDICADORES DE GESTÃO EM SEGURANÇA DO TRABALHO NA GESTÃO UNIVERSITÁRIA

Msc Nilson Valega Fernandes, Eng. Seg.do Trabalho da UFRGS,
voluntário no grupo de pesquisa Gestão Educacional; nvalega@gmail.com

Dr. Paulo Fossatti, Professor do PPG Educação da Universidade La Sallle
paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Resumo:

O artigo tem por foco o papel da Segurança do Trabalho na Gestão Universitária na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). O problema expressa-se na pergunta: Qual o papel que a Segurança do Trabalho desempenha na Gestão Universitária da UFRGS? O Objetivo Geral visa construir um Modelo de Indicadores de Gestão para a Segurança do Trabalho em Instituições de Ensino Superior. Uma Gestão Educacional que visa a um futuro de sucesso baseia-se em uma visão global e abrangente, através da adoção de ações dinâmicas, participativas e articuladas. Desta forma, será possível desenvolver o potencial individual de cada participante, alcançando resultados e comprometimento de toda a equipe envolvida em todas as etapas do processo de funcionamento, gerando qualidade de vida a todos os integrantes da comunidade acadêmica. Quanto à metodologia trata-se de uma pesquisa quali-quantitativa, do tipo exploratório, em andamento. A coleta de dados, até o presente momento, foi feita a partir do diário de campo de um dos pesquisadores, da revisão de literatura e da análise crítica das implementações feitas por um dos pesquisadores como Engenheiro Assessor em Segurança do Trabalho na UFRGS ao longo de 29 anos. Resultados preliminares são apontados: A UFRGS cumpre com as normativas legais e técnicas; os dados referentes à Segurança do Trabalho são disponibilizados para a alta gestão e demais lideranças; os colaboradores tem atividades esporádicas sobre segurança no trabalho; ainda não se instaurou uma cultura de gestão para a segurança no trabalho. Conclui-se que num futuro próximo será possível utilizar a base de dados da UFRGS visando a melhorar as condições inerentes de trabalho e saúde dos servidores. É possível também desenvolver um Modelo de Indicadores de Gestão em Segurança no Trabalho, a ser aplicado na UFRGS ou em outras Universidades, contendo um fluxo de rotinas necessárias a serem aplicadas para encaminhamentos de projetos futuros.

Palavras-chave: Gestão Universitária. Segurança do Trabalho. Modelo de Indicadores de Gestão.

Abstract

This article focuses on role of Occupational Safety in University Management at Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). The problem can be summarized in the following question: what is the role of Occupational Safety in the Management of UFRGS? The Main Objective is to build a Model of Management Indicators for Occupational Safety applicable to institutions of Higher Education. Education Management that aims at a

successful future is based on a global and comprehensive vision by adopting dynamic, participative and articulated actions. Thus, it will be possible to develop the individual potential of each participant, achieving results and compromises of the whole team involved in all stages of the operation process, generating health quality for all members of the academic community. Regarding Methodology, a qualitative-quantitative exploratory research was adapted and is still in progress. To the present moment data was collected from a field diary of one of the researcher, from bibliographical review and critical analysis of the implementations made by a researcher working as Advisory Engineer in Occupational Safety at UFRGS, during twenty-nine years. Same Preliminary Results can be pointed out: UFRGS complies with the legal and technical regulations; data regarding occupational safety is provided for the high administration and other leaders; collaborators have sporadic activities on Occupational Safety; a safety management culture at work has not been established yet. It is concluded that, in a near future, it will be possible to use the database provided by UFRGS in order to improve inherent conditions of work and health of the employees. It is also possible to develop a Management Indicators Model for Occupational Safety to be applied in UFRGS or other Universities, containing a stream of routines to be applied in future project decisions.

Key Words: University Management ; Occupational Safety ; Management Indicators Model;

1 Introdução

Este trabalho pretende mostrar uma realidade de Gestão Universitária, adotada em uma Universidade Pública, considerando a Segurança do Trabalho como tema principal. Trata-se de uma pesquisa voluntária vinculada ao Programa de Pós- Graduação em Gestão Educacional da Universidade La Salle, cujo grupo de pesquisa tem por foco a Gestão Educacional em diferentes contextos.

Como o trabalho envolve Gestão Universitária é importante citar algumas considerações de pesquisadores sobre o tema Gestão Universitárias e suas implicações. Por exemplo:

> o envolvimento com o trabalho, juntamente com a satisfação e o comprometimento, são exemplos de atitudes do trabalhador que precedem das avaliações positivas ou negativas que faz as condições ou aspectos do ambiente laboral(Kanan e Zanelli).

Aqui como vemos, os autores demonstram a preocupação do real envolvimento dos servidores no seu trabalho e o quanto isso pode refletir nos resultados obtidos.

> algumas definições são encontradas na literatura de maneira a possibilitar a compreensão do envolvimento com o trabalho, vínculo afetivo que integra o campo teórico do comportamento organizacional. Para Lodahl & Kejner (1965, p.25), envolvimento representa "o grau em que o desempenho de uma pessoa no trabalho afeta sua autoestima"; está relacionado ao significado que o trabalho ou as tarefas assumem na vida das pessoas. Aqui novamente se

> confirma o quanto o envolvimento pessoal do servidor no trabalho pode afetar sua autoestima**.**

Observa-se pela opinião dos autores citados a preocupação de referenciar o quanto o trabalho reflete o bem-estar do indivíduo, e que sua participação e opinião se aceita por gestores, terá resultados positivos ou não.

Em nossa opinião, a participação dos atores, no caso, servidores da Universidade, nas Gestões, podem resultar em metas e objetivos alcançados positivamente, desde que os mesmos possam opinar e atuar nas tomadas de decisões.

O tema Segurança do Trabalho é bem conhecido e utilizado no dia a dia nas indústrias e nos parques industriais há muitas décadas. No início da revolução industrial o importante era a produção maximizada, ou seja, o mais importante era produzir, sem considerar-se que o Homem era o principal agente desse processo.

Somente a partir da segunda metade do século é que se passou a considerar o quão importante o tema da Segurança do Trabalho influenciava e afetava a produção envolvida em todos os seguimentos e principalmente a saúde do trabalhador. Surgindo daí o aparecimento de novas ciências relevantes como Ergonomia, Biossegurança e outras.

Da mesma forma, a Universidade é influenciada por essa preocupação com o tema Segurança, pois apesar de ter um trabalho diferenciado dos polos industriais, também desenvolve um trabalho, de perfil de pesquisa e serviços, e preocupa-se com a saúde e o bem-estar de seu servidor (trabalhador).

A pesquisa tem caráter exploratório e descritivo. Para este artigo explora dados da análise documental e diário de campo. Posteriormente utilizar-se-á de entrevistas individuais a gestores participantes do processo e de entrevistas com o conjunto de servidores nas suas diferentes instancias laborais. Em um terceiro momento da pesquisa pretende-se utilizar os parâmetros detectados nas pesquisas/entrevistas e juntamente com os resultados obtidos do banco de dados da UFRGS objetivar a criação de um Modelo de Indicadores de Gestão em Segurança do Trabalho, específico para o ambiente universitário.

Esta investigação em andamento espera contribuir, de maneira significativa, no trabalho dos Gestores Universitários, através da criação de uma ferramenta modelo que possa auxiliá-los no desenvolvimento de seus projetos envolvendo o tema Segurança.

2 Desenvolvimento do Artigo

2.1 Segurança do Trabalho (histórico e evolução)

Podemos dizer que o mundo, hoje, encontra-se em pleno processo de produção máxima a um custo mínimo. Os países em desenvolvimento tentam cada vez mais independizar-se dos países detentores das tecnologias de ponta, tentando desenvolver novas ferramentas e dessa forma trilhar seus próprios passos sem tanta dependência tecno-econômica dos países mais adiantados e desenvolvidos. Esse interesse evidentemente está relacionado com o bem-estar do ser humano, pois o investimento em tecnologia envolve pensar no conjunto homem-máquina. Para atingir tais objetivos em geral se investe em

tecnologias de ponta, projetando-se máquinas e dispositivos que em última análise vão ter influência direta no trabalho.

Surge então algo necessário para proteger o trabalho humano, o conceito de Segurança. O trabalho existe desde o aparecimento do homem em seus primórdios, porém, o conceito de Segurança surgiu bem depois. Somente em 1956 com a obra de George Bauer (Bittencourt,1996), que mostra que o trabalho pode causar doenças ao homem, é que se passa a dar a devida importância ao assunto. Após 11 anos é que surge a obra de Aureolus Theophrastus (Bittencourt,1996) que relaciona os produtos manuseados no trabalho com as devidas doenças ocasionadas. Estes trabalhos apesar de suas importâncias não despertaram tanto interesse em relação a saúde do trabalhador.

Podemos considerar o trabalho do médico Bernardino Ramazzini (Mendes,1995), em 1700 na Itália, cuja obra relacionava cinquenta tipos de profissões e as doenças em função da ocupação desempenhada. Esta obra sim teve repercussão mundial.

No início do século XVIII, durante a revolução industrial, iniciou-se um movimento que iria mudar toda a concepção do trabalho. Como nessa época a grande preocupação era produzir e como a escassez de mão de obra era muito grande, passou-se a usar indiscriminadamente até crianças menores de idade em linhas de produção. Não havia diferença na mão- de- obra utilizada, entre homens, mulheres ou crianças. Surge então uma enorme massa operária de pessoas acidentadas, lesadas, e incapacitadas para o trabalho, devido às condições sub-humanas que eram submetidas diariamente durante a jornada de trabalho. Muitas delas perderam a vida na operação de máquinas enormes, extremamente perigosas, sem nenhum sistema de proteção, além de trabalharem em ambientes insalubres, poluídos e escuros.

Apenas em 1802 surge a primeira lei de proteção ao trabalhador (Lei de Peel), limitando sua jornada de trabalho em 12 horas e proibindo a jornada noturna (Figueiredo, 2007). Em 1831 instala-se uma comissão para analisar estes acidentes nas fabricas e publicam-se os resultados através de um relatório que mostra que homens, mulheres, meninos e meninas estavam doentes e deformados para o trabalho, o que chocou a todos, pois, apresentou o caso como sendo a mostra da crueldade do homem para com o homem. Em função deste relatório surge em 1833, um documento chamado ’’ factory act’’(Bitencourt,1996), que impunha uma série de regras envolvendo jornada de trabalho , idade mínima de 9 anos, obrigatoriedade de escola nas fabricas, proibição para menores de 18 anos em trabalho noturnos e a presença de um médico para exames médios periódicos. Surge daí a figura do médico de trabalho na fabricas. Logo a seguir devido ao grande desenvolvimento industrial, cria-se no Ministério do trabalho da Gra-Bretanha, o Factory Inspectorate”(Bitencourt,1996), que visava uma análise de agentes químicos que eram prejudiciais à saúde do trabalhador.

Em 1877, em Massachusets decreta-se a primeira lei de proteção ao trabalhador na indústria (Bitencourt,2008) a qual exigia a utilização de protetores sobre correias de transmissão, guardas sobre eixos e engrenagens expostos e que proibia a limpeza de máquinas em movimento; obrigava também, um número suficiente de saídas de emergência, para que, em caso de algum sinistro,ambientes de trabalho fossem evacuados rapidamente.

Obviamente, essas medidas não solucionaram, apenas amenizaram alguns

dos problemas a que os trabalhadores eram submetidos. Nos anos de 1967 e 1968, o norte americano Frank Bird (Bird e G.,1985) analisou 297 companhias nos Estados Unidos da América, sendo envolvidas nessa análise 170.000 pessoas de 21 grupos diferentes de

trabalho. Neste período, houve 1.753.498 acidentes comunicados. A partir desses dados foi criada a pirâmide de Frank Bird, onde chegou-se a conclusão que, para que aconteça um acidente que incapacite o trabalhador, anteriormente acontecerão 600 incidentes sem danos pessoais e/ou materiais. Vejamos a pirâmide abaixo:

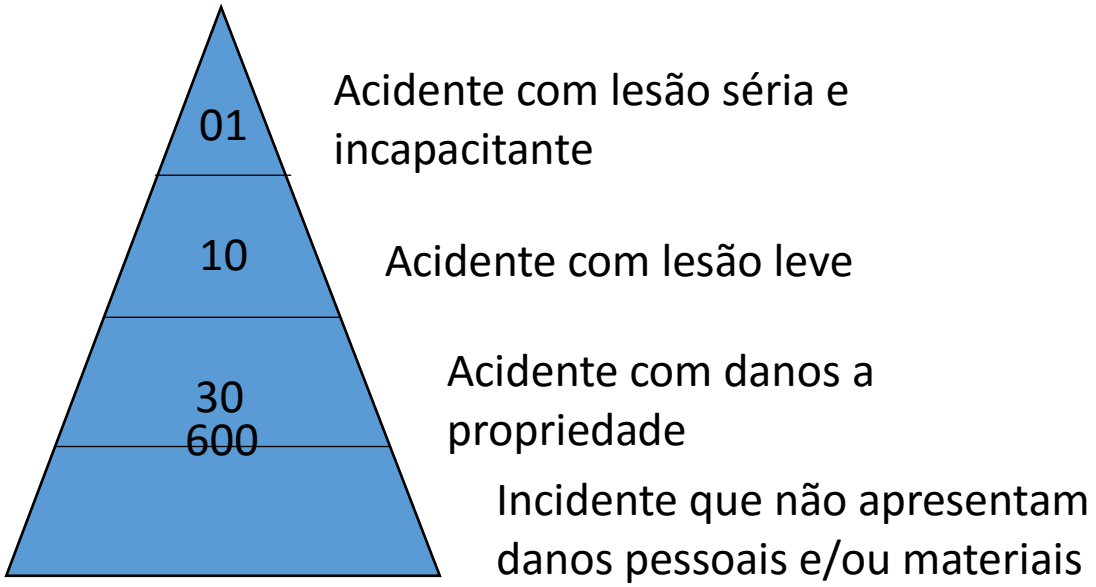


Fig1: Gráfico de Frank (BIRD, F.E. Jr & Germain, G.L., 1985)

Em termos de Brasil, infelizmente ainda fazemos parte dos países recordistas em acidentes do trabalho ,considerando-se uma escala a nível mundial . Como toda consequência existe uma causa, a Fig.1 ilustra muito bem a situação tanto brasileira como a nível mundial. Quando ocorrem acidentes graves é por que antes de ter ocorrido, vários eventos ocorreram anteriormente e acabaram gerando uma reação em cadeia provocando o acidente.

Apenas em 1970, por exigência de portaria governamental (Portaria n° 3.237, de 27 de julho de 1972)(Toledo, 2008), é que surge a figura do Engenheiro de Segurança do Trabalho nas empresas e em 1978 surgem as Normas Regulamentadoras(NRs) (Portaria 3214 de 8 de junho de 1978), cujo cumprimento é obrigatório para todas as empresas e abordam vários problemas em relação a saúde e aos ambientes de trabalho. Estas Normas são atualizadas anualmente e levam em conta também as doenças modernas como LER e DOR, causadoras de muitos afastamentos do trabalhador.

Hoje através da própria legislação em vigor é obrigatório os exames admissionais e demissionais do trabalhador, onde equipes multidisciplinares como Engenharia e Medicina do Trabalho trabalham em conjunto, o que na prática não é fácil devido as suas peculiaridades.

Na Universidade da mesma forma, almeja-se o funcionamento da área Segurança e Medicina do Trabalho em conjunto a fim de que os projetos tenham uma otimização em seus resultados. Apesar do regime seguido na UFRGS ser o Regime Jurídico Único, diferentemente das empresas em que vigora o regime de Celetistas (CLT), a Universidade tenta implantar algumas normas de Segurança, mesmo não tendo a obrigatoriedade em função de seu regime, caso do exame periódico na área da Medicina do trabalho.

3 A análise e dos resultados dão-se a partir dos achados da pesquisa

A UFRGS cumpre com as normativas legais e técnicas; os dados são disponibilizados para a alta gestão e demais lideranças; os colaboradores têm atividades esporádicas sobre segurança no trabalho; ainda não se instaurou uma cultura de gestão para a segurança no trabalho.

3.1 A UFRGS cumpre com as normativas legais e técnicas

Em 1988 é criada na UFRGS a Coordenadoria de Higiene e Segurança do Trabalho (CHST) através de uma iniciativa de uma nova gestão na Universidade. Até aquele momento os servidores e os ambientes de trabalho estavam dependentes de técnicos peritos externos a Universidade, que prestavam serviços periciais individuais ou para grupos de servidores, cujos serviços eram contratados pelos próprios servidores. Estes serviços muitas vezes tornavam-se onerosos e muitos servidores não conseguiam arcar com estes custos.

Somente com a criação da CHST é que foi possível a Universidade oferecer serviços técnicos periciais aos seus servidores, bem como, a possibilidade de avaliar seus ambientes de trabalho em toda sua dimensão, desde instalações administrativas até seus inúmeros laboratórios de ensino e pesquisa. Desta forma, estabelece-se uma política de Segurança do Trabalho e oferece serviços especializados a comunidade.

A Coordenadoria nasce com o objetivo de assessorar e atender a Universidade em todas as instancias, desde a montagem de projetos, passando por suas execuções e conclusões. Desde seu início a Coordenadoria estava vinculada a Pró-Reitoria de Administração da Universidade e desde sua criação já contava com 4 engenheiros de segurança, 3 técnicos de segurança do trabalho e 1 assistente administrativo.

Em 1997 foram criadas as Comissões de Saúde e Ambiente do Trabalho (Cosats), comissões estas que deveriam auxiliar as próprias administrações das unidades nos problemas envolvendo Segurança, Saúde e Higiene do Trabalho. Estas Comissões são escolhidas mediante a votação de seus membros e tem um trabalho fundamental na detecção de problemas e no auxílio aos gestores nas unidades. Podem participar alunos, funcionários (grande maioria) e professores.

Em 1999, é inaugurado o Núcleo de Saúde da UFRGS e a Coordenadoria é encampada pelo Dep. de Recursos Humanos da Universidade, passando a chamar-se Divisão de Segurança do Trabalho(DST). Em 2000 foi criado o Formulário de Acidente e Incidente em Serviço (FAIS), com o objetivo de catalogar os acidentes e incidentes ocorridos. Em 2002 foi criado o Sistema de perícias e laudos eletrônicos de Insalubridade e Periculosidade, juntamente com o CPD da Universidade, sistema este que permite a geração de gráficos e de dados para políticas de Gestão em Saúde e Segurança no Trabalho.

A partir de 2016 já contando com os serviços de três médicos do trabalho a DST passa a chamar-se Divisão de Segurança e Medicina do Trabalho (DSMT), atuando integralmente nas áreas de Engenharia e Medicina do Trabalho. Em dezembro de 1977, o Congresso Nacional decreta a Lei nº 6514, que altera o cap. V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a Segurança e Medicina do Trabalho.Em junho de 1978, através da Portaria 3214, são regulamentadas e aprovadas as Normas Regulamentadoras- NRs - do capitulo V, do Titulo II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho.

A Divisão de Segurança e Medicina do Trabalho da UFRGS em seu trabalho de perícias e avaliações dos ambientes de trabalho aplica as NRs da Portaria 3214/78 do Ministério do Trabalho.

As avaliações são realizadas de forma qualitativa e quantitativas. Nas avaliações qualitativas as conclusões de laudos periciais são baseadas na experiência e no feeling de seus técnicos, muitas vezes, estas avaliações são realizadas levando-se em conta o tipo de ambiente e as atividades devidamente desempenhadas pelo servidor, os produtos envolvidos e manuseados e suas implicações e riscos inerentes. Estes trabalhos diários muitas vezes são realizados por mais de um técnico em função das variáveis envolvidas nas atividades desempenhadas, conforme o caso, é importante que a formação dos técnicos esteja vinculada a estas ações para que se tenha um olhar mais apurado durante as avaliações.

A DSMT também trabalha baseada nas Orientações Normativas- ON- emitidas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, principalmente a ON nº15 e 16 de dezembro de 2013, referentes ao período que os servidores da Universidade eram regidos pela CLT (1990) e após este período passando a ser regidos pelo Regime Jurídico Único.

A rotina de todo o trabalho da Universidade sempre foi via processual, rotina esta muitas vezes extremamente dispendiosa e burocrática A partir de 04/04/2016 a Universidade implanta o Sistema Eletrônico de Informações (SEI), sistema este que visa extinguir todos os processos físicos, transformando os processos físicos em processos eletrônicos, através de um software interligado a todos as instancias da Universidade. Atualmente o sistema SEI continua sendo implantado ,mas ainda não em toda sua totalidade na Universidade, alguns processos mais específicos ainda transitam como físicos, mas pretende-se em um futuro próximo utilizar o sistema integralmente.

É possível em termos de Segurança no Trabalho melhorar a rotina dos projetos a serem desenvolvidos dentro da universidade, através da criação de mecanismos que facilitem esse desenvolvimento.

3.2 Os dados são disponibilizados para a alta gestão e demais lideranças

Os resultados de perícias, após a emissão dos laudos correspondentes, ficam armazenados em um banco de dados do Sistema RH da Universidade.Os levantamentos de riscos ambientais e de notificações de vistorias técnicas depois de enviados às Direções e Pró-Reitorias correspondentes, ficam armazenados eletronicamente nos arquivos da DSMT. Os resultados das pericias técnicas, bem como, os dados estatísticos estão disponíveis no mesmo Sistema RH.

A Fig.2 mostra um exemplo de dados estatísticos possíveis de se trabalhar na UFRGS, através da representação de um diagrama de pizzas, ou de outros tipos. É possível utilizar os dados obtidos nas pericias pelo grau de insalubridade (mínima, média ou máxima), bem como, a periculosidade por Unidades individualmente ou mesmo maximizar esses resultados para toda a Universidade, dependendo da variável a ser trabalhada.

Estes dados são repassados mediantes relatórios anuais para todas as Direções de Unidades, bem como para as devidas Pró-Reitorias.



Fig. 2: Exemplo de resultados obtidos do trabalho de pericias técnicas na UFRGS (Rocha,2003).

Na Fig. 3 abaixo é mostrado outro exemplo de trabalhos realizados pela DSMT na avaliação de critérios para concessão de Raios-X ou substâncias radioativas

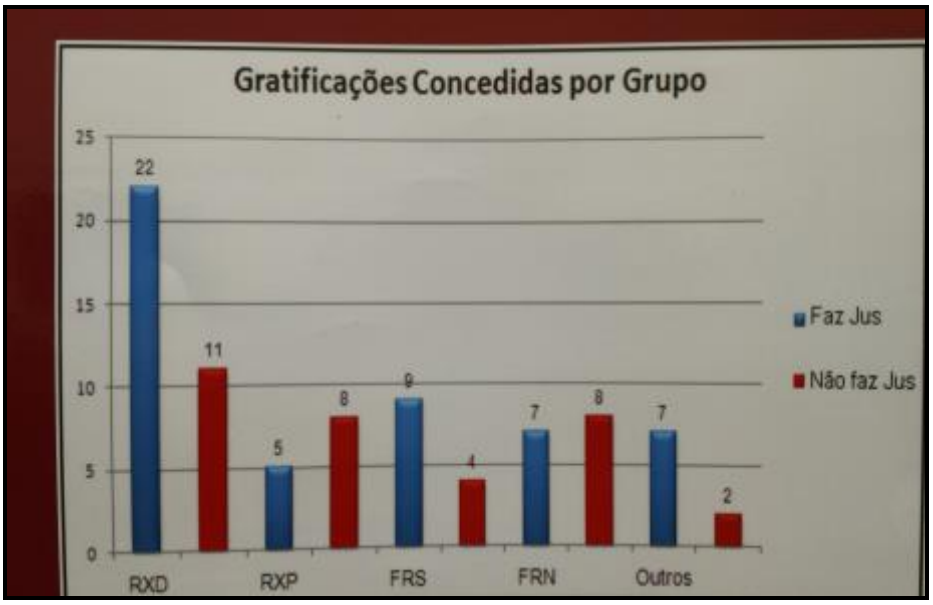


Fig.3: Levantamento de gratificações pelo uso de Raios-X ou substancias radioativas na UFRGS (Moro,2011)

3.3 Os colaboradores têm atividades esporádicas sobre segurança no trabalho

A Escola de Desenvolvimento da UFRGS é uma Escola que foi criada dentro da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGESP) com alguns objetivos bem específicos e claros, como:

-Promover o treinamento e capacitação dos servidores da Universidade;

-Desenvolver seu servidor na sua carreira ou em atividades gerenciais;

-Promover ações de capacitações voltadas ao aprimoramento de competências do servidor, tanto individualmente como a nível institucional;

-Promover o controle de ações envolvendo a carreira funcional;

-Emissões de portarias associadas a afastamentos e liberações do servidor que estejam relacionados ao aperfeiçoamento à qualificação (UFRGS/Edufrgs).

Apesar de a Universidade oferecer eventualmente treinamentos e cursos sobre ferramentas que podem ser utilizadas no dia-a-dia do trabalho para o servidor, verifica-se que ainda o interesse não atinge a grande maioria dos servidores.

Em relação ao tema Segurança do Trabalho são oferecidos cursos e palestras tipo: mapa de risco, treinamento contra incêndio, etc. Algumas Unidades se destacam quanto a Segurança do Trabalho e isso se observa através de um maior engajamento de seus Gestores e preocupação com o tema. Unidades que possuem as Cosat´s apresentam melhoramentos em suas instalações e seus servidores apresentam um grau de satisfação e autoestima elevados, confirmando o que Lodahl & Kejner (1965, p.25) publicaram.

3.4 Ainda não se instaurou uma cultura de gestão para a segurança no trabalho.

A coordenação política nas Instituições públicas levanta a questão de governação. Nas Universidades públicas por serem autarquias fazem uso da autonomia estatutária para definir sua missão, elaborar seus estatutos, gerir recursos e desenvolver atividades numa lógica de autorregulamentação. No entanto, esta forma de gestão pode ir a sentido contrário ao que o governo pretende, isso acaba referindo-se "como a problemática da relação entre o/a principal e o/a agente" (Lane,2005)

.

> Muitas vezes as Instituições de ensino superior competem entre si em termos financeiros, isso leva a pensar no próprio bem em vez do bem comum (Amaral & Magalhães ,2001), Massy,2004).

A modernização das Universidades Públicas foi objetivo central da Reforma Universitária de 1968, e até hoje debate-se entre a Reforma do Estado e a Reforma Universitária. Alguns autores desenvolvem como argumentos que a principal ameaça à Universidade não está fora dela, mas em seu próprio interior: as práticas obsoletas, a dificuldade em adaptar-se a um novo contexto de relações sociais em um mundo economicamente complexo. Também há a questão do individualismo e corporativismo exacerbado.

> Catani e colaboradores (2000) sugerem que o interesse em estudos que tratem da organização e gestão acadêmicas se paute na necessidade de modernização-modelação institucional requerida pelos gestores, no sentido de formular sistemas de informação (para um maior planejamento das atividades) associados a políticas que tornem mais ágeis e eficientes o trabalho. Além disso, indicam a importância de ações no âmbito de cada instituição, para tornar a gestão mais profissional e a estrutura acadêmica cada vez mais funcional.

Na UFRGS os problemas também são refletidos na necessidade de romper com o atual modelo que a engessa, mas os desafios são enormes como a rigidez funcional, mais do que conjuntural. Além disso, existe a questão financeira que é crucial para o bom funcionamento de toda a infraestrutura. Muitas vezes o próprio pesquisador acaba assumindo despesas de projetos com seus recursos com o intuito de não parar com sua pesquisa.

Existe uma lógica em fazer funcionar e chegar a algum resultado em toda pesquisa e projeto a ser desenvolvido, o que muitas vezes leva o pesquisador a correr contra relógio. Em geral existe

um hiato entre o que foi previsto no orçamento e o que foi realmente aprovado. Isso significa que em geral há cortes nos orçamentos e acaba afetando muitos itens primordiais para o perfeito desenvolvimento da pesquisa. Dentre esses os itens envolvendo a Segurança do Trabalho é com certeza um dos mais atingidos.

No momento que itens de Segurança do Trabalho não podem ser efetivamente incorporados aos projetos, cria-se automaticamente uma cultura de não prevenção e descaso, de itens que visam a proteção do trabalhador. Aqui nos parece que a questão Gestão Universitária surge fortemente para argumentar o que já foi definido como objetivo para uma Gestão Universitária moderna e funcional.

4 Considerações finais

Observa-se que a questão Gestão Universitária precisa ser alterada para obter resultados práticos mais eficientes. A Universidade possui uma enorme fonte de dados que podem ser utilizados e trabalhados a fim de detectar problemas relativos à Segurança do Trabalho.

Os avanços no conhecimento podem citar alguns como: diminuição dos acidentes de trabalho dos servidores, diminuição dos afastamentos de servidores, otimização do projeto a ser desenvolvida, criação de uma cultura prevencionista, diminuição de perdas de equipamentos, etc.

Conclui-se que num futuro próximo será possível utilizar a base de dados da UFRGS visando melhorar as condições inerentes de trabalho e saúde dos servidores da Universidade. Os dados disponíveis no Sistema RH da UFRGS servirão como base de teste para aplicação do Modelo a ser desenvolvido. É possível desenvolver um Modelo de Indicadores de Gestão em Segurança no Trabalho, a ser aplicado na UFRGS ou em outras Universidades, que contenha um fluxo de rotinas necessárias a serem aplicadas para encaminhamentos de projetos futuros.

As lacunas da pesquisa se apresentam em não ter havido um aprofundamento da discussão dos resultados com autores da atualidade, visto estarmos tratando de dados preliminares. Outra limitação foi a discussão dos resultados considerando autores clássicos e normativas atinentes ao foco do problema abordado. Fica como futura questão a ser aprofundada a aplicação do modelo criado a todas Unidades da Universidade e uma discussão dos resultados a partir de dados empíricos da UFRGS dos últimos tempos. A questão econômica não deve ser empecilho para a implantação de um Modelo Padrão que visa auxiliar os Gestores em suas rotinas e na otimização de seus recursos.

Referências

AMARAL**,** Alberto, & Magalhães, António M. *On markets, autonomy and regulation the Janus Head revisited*. Higher Education Policy, 14(1), 7-20. 2001.

Apostila sobre Segurança e Proteção do Patrimônio. *Curso de Pós-Graduação em Engenharia de Seg. do Trabalho da Universidade Federal Fluminense*, Rio de Janeiro. 1996.

Associação Brasileira de Normas Técnicas**.** *ABNT*.

BRUNSSON, Nils, & Sahlin-Andersen, Kerstin). *Constructing organizations: The example of public sector reform*. Organization Studies, 21, 721.746. 2000.

BITENCOURT, Celso Lima, *Histórico da Evolução dos Conceitos de Segurança* , Eng. Segurança, CTC – LATEC. Universidade Federal Fluminense – Rio de Janeiro,1996.

BITENCOURT, Celso Lima. Artigo publicado na *Universidade Federal Fluminense* em 22/03/2003.Disponível em http://www1.abepro.org.br/biblioteca/EMEGEP1998ART369.pdf,2008.

BIRD, F.E. Jr & Germain, G.L.,. *Practical Loss Control Leadership*. ISBN 0-88061- 054-9, International Loss Control Institute, Georgia, USA. 1985.

FIGUEIREDO,Guilherme José Purvin de *Direito e Saúde dos Trabalhadores*,2 ed.,São Paulo, LTr, 2007.

FUNDACENTRO **.** *Engenharia e Segurança do Trabalho* . Todos os volumes.

FUNDACION MAPFRE .*Manual de Seguridad En El Trabajo* .Madrid.1992.

KANAN,Zanetti-*Involvement of teachers-managers with the work in the university context*. Psicol. Soc. vol.23 no.1 Florianópolis Jan/Apr. 2011.

LÜCK,Heloisa. *Concepções e Processos Democráticos de Gestão Educacional* . Ed. Vozes-2016.

LODAHL, T.M. and Kejner, M. *The definition and measurement of job involvement*, *Journal of Applied Psychology*. Vol. 49. pp. 24-33. 1965.

LANOIE, P., Tavenas, S. *Costs and benefits of preventing workplace accidents: the case of participatory ergonomics*. Safety Science 24, 3, 181-196. 1996.

LANE, Jan-Erik Public administration and management: The principal-agent perspective. Abingdon: Routledge, 2005

MENDES, R. *Patologia do trabalho*. Rio de Janeiro: Atheneu, 1995.

MORO, J.Tullio e outros. *Critérios Para Concessão da Gratificação por Trabalhos com Raio X ou Sustâncias Radioativas em uma Universidade Federal***.**Conferência de Radioatividade.2011.

NORMA Regulamentadora nº 1 (NR –1). *Manual de Legislação sobre Segurança Medicina do Trabalho*. 25.ed.1994.

NORMA Regulamentadora nº 4 (NR - 4). *Manual de Legislação sobre Segurança Medicina do Trabalho*. 25.ed. 1994.

NORMA Regulamentadora nº 7 (NR –7). *Manual de Legislação sobre Segurança Medicina do Trabalho*. 25.ed.. 1994.

NORMA Regulamentadora nº 17 (NR –17). *Manual de Legislação sob sobre Segurança Medicina do Trabalho*. 25. Ed. 1994.

PORTARIA 3214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego. *Normas Regulamentadoras*. Manuais de Legislação Atlas.

PPGA;UFRGS **.** *Práticas de Gestão em Saúde*: Em Busca de Qualidade.1996.

ROCHA, Gerson. *A Produção da Comunidade da Ufrgs no Campo Saúde*.FA/UFRGS.2003.

SÉRIE OHSAS 18000 (Occupational Health and Safety Assesment Series).*Gestão da Saúde da Segurança no Trabalho.*

SAMPAIO, Laniado. *Uma experiência de mudança da gestão universitária: o percurso ambivalente entre proposições e realizações*. RAP — Rio de Janeiro 43(1):151-74, Jan/fev. 2009.

TOLEDO, Marcos Furtado de; MARQUES, Rita de Cássia. Medicina do Trabalho. *PROTEÇÃO: Revista Mensal de Saúde e Segurança do Trabalho*, Novo Hamburgo, RS, ano 21, p. 96-108, maio 2008.

RAZÕES E CONDIÇÕES PARA PERMANECER NA ENGENHARIA

Breno Arno Hoernig Jr, Mestre em Engenharia pela Universidade Luterana do Brasil. Professor de Engenharia da Universidade LaSalle (UNILASALLE), Brasil. breno.junior@unilasalle.edu.br

Paulo Fossatti, Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-graduação em Educação e Reitor da Universidade LaSalle (UNILASALLE), Brasil. paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Resumo:

O foco deste artigo é descrever a respeito de uma problemática instigante que se têm vivenciado no Ensino Superior relacionada à permanência de alunos, principalmente nos primeiros anos da graduação de Engenharia. Diversos estudos e encontros, tais como as Conferências Latino Americanas sobre o Abandono no Ensino Superior (CLABES), que ocorrem anualmente, propiciam que as mais diversas instituições de Ensino Superior, imersas em diferentes contextos, compartilhem suas experiências sobre esta temática. Este estudo tem por objetivo descrever alguns fatores que contribuem para a permanência dos alunos nos cursos de Engenharia. A metodologia adotada é de revisão de literatura sobre o assunto em questão. Procedeu-se a análise textual com contribuições das práticas dos pesquisadores. Os diversos autores apontam que uma pedagogia inovadora e metodologias ativas, relacionadas à aprendizagem, são elementos chaves para a permanência dos alunos nas Engenharias. Conclui-se por novas formas de ensinar e de aprender a fim de que os alunos se engajem verdadeiramente em seus processos de aprendizagem como dispositivo para sua permanência na escolha pelas engenharias.

Palavras-chave: Ensino Superior, Engenharia, permanência.

1 Introdução

A educação é peça chave para o desenvolvimento de uma nação, principalmente a educação superior, pois esta estimula as iniciativas à pesquisa, a qual fundamenta o conhecimento em diversas áreas para o bem estar de uma sociedade. Segundo Marcelo (2013, p. 26), "Un pilar fundamental para el éxito o el fracaso de una persona, de una región o de un país de la sociedad del conocimiento reside em la educación". Deste modo, torna-se essencial que nos diferentes sistemas educacionais a evasão de alunos deste nível educacional seja o menor possível e a retenção e sua posterior graduação seja ampliada e que venha ocorrer no menor tempo exequível.

Segundo Burkholdrs Jr. (2013, p.18), faz referência ao ex-presidente, Barack Obama, observou o seguinte:

> President Obama noted that the United States ranks 9th in the world in terms of those enrolled in college and that lifetime earnings for college graduates are twice that of those with a high school diploma only (The White House, 2013a, para. 2). In addition, he has made clear his goal of 5 million graduates from community colleges by 2020 (2013a, para. 10).

O ex-presidente americano também propôs que as taxas de graduação das diversas instituições de ensino fossem mais transparentes para os pais e os consumidores de modo que estas agreguem maior valor (The White House, 2012). Segundo ele o foco no contexto federal incidiria sobre a qualidade da educação e as taxas de retenção de graduação, favorecendo a acessibilidade ao ensino superior.

No Brasil têm-se um aumento significativo no ingresso ao ensino superior, principalmente pela implantação do Programa Universidade para Todos (PROUNI), que visa fornecer subsídios para as diversas instituições de ensino privadas ou comunitárias, permitido a vinculação dos alunos com as graduações oferecidas por estas instituições, em todo o território nacional. Também se possibilitou que o aluno venha a usufruir do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES). Tais medidas tendem a efetivar as metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação (PNE 2014-2024), em particular a meta 12, que estipula o seguinte:

> Elevar a taxa bruta de matrículas na educação superior para 50% e a taxa líquida para 33% da população de 18 a 24 anos, assegurando a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% das novas matrículas, no segmento público. (Constituição Federal Lei 13.005/2014)

Sabemos que a educação nacional tem suas diretrizes e bases estabelecidas pela lei 9.394 de 1996. O Art. 43 da referida lei trata da educação superior e suas finalidades.

Constatamos através dos incisos relacionados abaixo a preocupação com a inserção de jovens e adultos na educação superior.

> II. formar diplomados nas diferentes áreas do conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
> III. incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive.
> V. suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração.

Observando-se a proposição da meta 12 do PNE e objetivos da LBD, e verificando-se os dados fornecidos pelo Censo da Educação Superior/2015, elaborado pelo Instituto de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP,2015), nota-se um crescimento no número de matrículas no nesse nível de ensino, conforme gráfico 01.

Gráfico 01 – Matrícula na Educação Superior



Fonte: INEP/Censo da Educação Superior, 2015

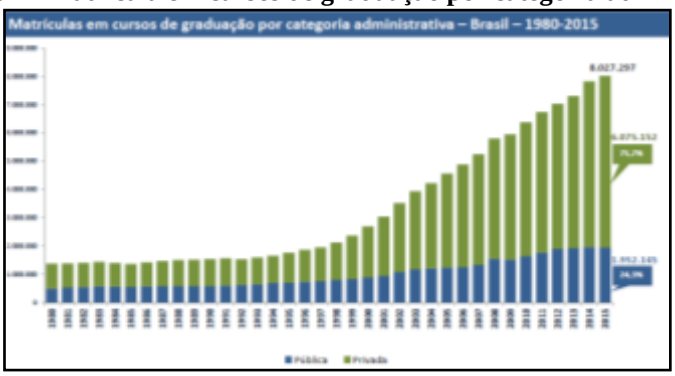
De acordo com os dados apresentados pelo Censo da Educação Superior de 2015, nos últimos anos a quantidade de matriculas efetivadas na Educação Superior cresceu 73,6% em relação a 2014.

O gráfico 02, ilustra a crescimento do número de matrículas no ensino superior nas diferentes estratificações das instituições de ensino.

Nota-se que a instituição pública apresenta um crescimento de forma linear, enquanto que na privada este se dá de forma exponencial. Isto acontece devido ao fato das múltiplas possibilidades ofertadas pelas instituições particulares comparativamente a rede pública de ensino.

No ano de 2015, registra que os cursos de graduação, superam a marca de 8 milhões de alunos matriculados, equivalendo ao tamanho do Ensino Médio. (BRASIL, Censo da Educação Superior, INEP/MEC, 2015).

Gráfico 02 – Matrícula em cursos de graduação por categoria administrativa.

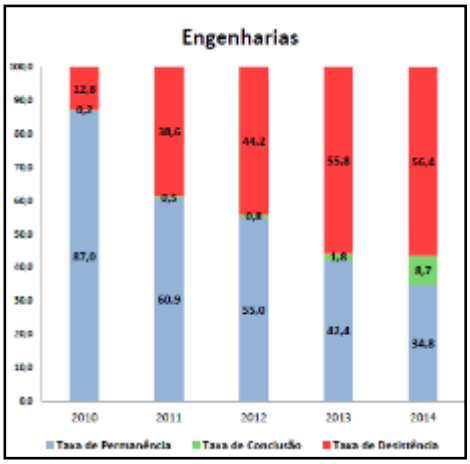


Fonte: INEP/Censo da Educação Superior, 2015.

Por outra lado, evidencia-se através do Censo Da Educação Superior de 2015 um aumento na taxa de desistência e uma redução na taxa de permanência dos cursos de Engenharia, conforme o gráfico 03.

Observando o Gráfico 03, nota-se um acréscimo na taxa de desistência deste curso e também uma redução acentuada da taxa de permanência no mesmo. Porém, no último ano (2014), uma maior taxa de conclusão comparadas as anteriores.

Gráfico 03 – Trajetória dos estudantes no curso de ingresso – Engenharias



Fonte: Censo da Educação Superior/ 2015. INEP

O gráfico 03 caracteriza um declínio no interesse pelas engenharias, devido ao crescimento da taxa de desistência e a diminuição dos alunos que permanecem nos cursos de Engenharia.

Nesta direção, este estudo visa identificar os fatores que concorrem para a permanência dos alunos nesta graduação.

2 Contextualização e Análise da Literatura

Sabe-se que o ingresso no Ensino Superior é um marco fundamental para o aluno em sua trajetória de vida. Dentre as diversas possibilidades de acesso a graduação na Engenharia, ele tem a oportunidade de realizar sua opção, numa Instituição de Ensino Superior de Comunitária, de natureza confessional e de caráter filantrópico. Este estudo ocorreu numa Instituição Comunitária de Educação Superior, reconhecida e devidamente identificada, conforme ditames normativos da Lei 12.881 de 12 de novembro de 2013, e conforme costa no Plano de Desenvolvimento institucional (PDI, 2016 – 2020, p.14) e no seu Regimento Interno (Regimento Interno p.7). Tal instituição é uma das participantes da Associação Brasileira das Universidades Comunitárias (ABRUC) e do Consórcio das Universidades Comunitárias Gaúchas (COMUNG).

Atualmente oferece 34 cursos de graduação em diferentes areas do conhecimento. No campo das Engenharias oferece sete cursos, a saber: Mecânica, Civil, Química, Ambiental, Computação, Elétrica e de Produção com o objetivo de atender a demanda da região metropolitana de Porto Alegre.

O ingresso nestes cursos, para alunos provenientes do Ensino Médio, é feito através de uma prova seletiva realizada pela própria instituição ou através de sua nota obtida no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM).

Ohland (2008, p.259, tradução nossa), menciona que os responsáveis pela elaboração, manutenção e transmissão da educação em Engenharia, estão fazendo perguntas para entender os resultados das faculdades de Engenharia e dos programas de graduação. Segundo ele, estas questões têm sido motivadas pela preocupação sobre o declínio do interesse em estudar Engenharia e a qualidade dos programas oferecidos a fim de atender a demanda do mercado.

De acordo com o Censo da Educação Superior de 2015 nota-se uma redução na taxa de permanência dos cursos de Engenharia no Brasil. No ano de 2014, constata-se que apenas 8,7% concluíram a sua formação como engenheiro, a taxa de permanência nos cursos de Engenharia foi de 34,8% e a de desistência atingiu a marca de 56,4% o que caracteriza uma elevada taxa de evasão destes cursos e que poderá acarretar uma defasagem deste profissional no mercado nacional.

Paoloni, Chiecher e Martín (2015), na quinta Conferência Latino-americana sobre o Abandono no Ensino Superior (V CLABES, 2015), mencionam que na Argentina as carreiras de Engenharia têm apresentado um declínio do número de inscritos, uma redução drástica no número de graduados, um aumento no tempo necessário para completar a graduação e principalmente um acentuado abandono que ocorre durante os primeiros meses desta graduação. Segundo estes autores, o ingresso e a permanência nas Engenharia é um fator de preocupação em nível internacional, porque a carência de engenheiros começa a ser um problema de ordem mundial. Neste mesmo evento, Matus *et al.* (2015), comenta o caso da Universidade de Santiago de Chile, apresenta o seguinte contexto:

> La tasa de titulación señala que sólo 4 de un grupo de 10 alumnos que ingresaban juntos se titulaban. Y el período de titulación refiere que sólo 1 de 10 alumnos ingresados juntos se titula en 6 años que es la duración original de la carrera. La mayoría de los alumnos tardan en promedio 7,5 años en titularse. (MATUS, Omar. *at al.*, 2015)

Salientamos que o declínio do interesse nas Engenharias já havia sido mencionada em 2005 por Felder e Brent (2005, p. 57).

Para Knight, Carlson e Sullivan (2007, p.2) a partida precoce dos alunos dos programas de Engenharia tornou-se uma grave preocupação devido ao declínio do interesse destes jovens nesta graduação e um decréscimo nas inscrições destes cursos nas instituições americanas, enquanto a demanda para os graduados da engenharia deverá aumentar.

Por sua vez, Ohland (2008, p.259) menciona que grande parte da pesquisa de engenharia especifica sobre os resultados dos alunos, e se concentra em encontrar maneiras de reter os alunos na graduação de engenharia. Tais estudos buscam identificar candidatos com a capacidade e motivação para praticar engenharia, bem como para melhorar as políticas institucionais e práticas de instrução que encorajam os estudantes de engenharia a completarem a graduação.

Para Santos e Giraffa (2016, p.230), que no VI CLABES, apresentaram uma pesquisa onde as autoras destacam cinco fatores preponderantes para a permanência dos alunos, a saber: 1º) Quando as expectativas do aluno são alcançadas; 2º) Quando ocorre em aconselhamento adequado, isto é, quanto mais claras forem as informações da instituição sobre os seus cursos, o aluno ficai mais seguro e confiante; 3º) Quando recebe apoio pessoal e social, principalmente para aqueles iniciantes; 4º) Quando sente-se participativo, ou seja, quando está envolvido efetivamente nas diferentes atividades. 5º) Quando se dá o processo de aprendizagem durante o transcorrer de sua graduação.

No mesmo evento, Cassiano, Cipagauta e Reyes (2016, p 343), apresentam uma definição para os termos persistência e retenção estudantil que de acordo com Sawecko (2008), que afirma o seguinte:

> Persistência refere-se à capacidade ou motivação de um aluno para alcançar seus próprios objetivos acadêmicos (Astin, 1975; Hagedorn, 2005). A retenção refere-se à capacidade da instituição de manter os alunos de um ano para o outro (Astin, 1975; Hagedorn, 2005). Persistência é uma medida que

> se concentra no aluno, enquanto retenção é uma medida que se concentra na instituição. Esta é uma distinção importante a fazer como as metas e motivações para um estudante pode ser muito diferente da de uma instituição. (tradução nossa)

Para tais autores, tomando-se Tinto (1993, 2012) como referência, o modelo de persistência estudantil baseia-se no compromisso do estudante universitário, e se relaciona com a motivação de conseguir alcançar as metas propostas pela instituição.

Cassiano, Cipagauta e Reyes (2016, p. 345) mencionam que Tinto (1975) afirma:

> Los individuos poseen unas características predeterminadas que influencian la delimitación de os objetivos individuales. La experiencia institucional y algunos factores externos interactúan con los objetivos del estudiante y determinan el éxito o fracaso en su proceso de integración académica y social.

Pela prática da docência universitária percebe-se que o comprometimento do aluno é um aspecto bastante relevante e decisivo na permanência do aluno para que o mesmo venha alcançar seus objetivos e atingir as metas propostas pela instituição.

Para Pereira Junior (2012), que cita Tinto (1975, 1983), o ingresso e a permanência dos alunos no ensino superior estão associados a dois compromissos assumidos pelo aluno, o de graduar-se e de integrar-se ao sistema educativo da instituição.

3 Envolvimento do aluno com a vida acadêmica

Um dos fatores de destaque para que o aluno permaneça na graduação está associado ao seu grau de envolvimento. Segundo Astin (1999, p.518) o envolvimento do aluno refere-se à quantidade de energia física e psicológica que ele dedica à atividade acadêmica. Assim, um aluno envolvido é aquele que dedica considerável energia aos estudos, gastando seu tempo no campus, participando ativamente das atividades estudantis e interagindo frequentemente com docentes e colegas. Ao passo que, um aluno tipicamente não envolvido negligencia os estudos, gasta pouco tempo no campus, não participa das atividades extracurriculares, e tem pouco contato com os professores, monitores e os outros estudantes.

Ele também afirma: "Não é tanto o que o indivíduo pensa ou sente, mas o que o indivíduo faz, como ele ou ela se comporta, é o que define e identifica o envolvimento". (ASTIN, 1999, p.519, tradução nossa)[8].

Este autor afirma que o envolvimento é um termo ativo que expressa uma forma comportamental caracterizada de diversas maneiras, tais como: comprometer-se, participar, engajar-se, mostrar entusiasmo, empreender entre outros. Segundo ele, o conceito de esforço, embora muito mais restrito, tem muito em comum com o conceito de envolvimento. E este atributo, é fundamental para que os alunos de Engenharia o apresentem em alto nível, visto que esta graduação requer a formação de competências[9] e habilidades especificas para o exercício da profissão.

---

[8]It is not so much what the individual thinks or feels, but what the individual does, how he or she behaves, that defines and identifies involvement.

[9] Na Enciclopédia de Pedagogia Universitária (Morosini, 2006, p.426) encontramos as seguinte definição de competência **conjunto de saberes e fazeres de boa qualidade** (...) A competência guarda o sentido de **saber fazer**

Ele, também enfatiza que o envolvimento tem características quantitativas e qualitativas que podem ser avaliadas, como por exemplo, quantas horas de estudo o aluno gasta e se revisa os conteúdos e compreende as tarefas. Neste sentido ele declara que: "O quanto o aluno aprende e o seu desenvolvimento pessoal associado a um programa de graduação, é diretamente proporcional à qualidade e à quantidade de envolvimento do aluno nesse programa". (ASTIN, 1999, p.510, tradução nossa)[10].

Para Astim (1999, p.523), o êxito de qualquer política ou prática institucional está diretamente relacionada à capacidade de aumentar o envolvimento do aluno no processo educativo. Por outro lado ele menciona que entre os fatores que contribuíram para o abandono do aluno implicava uma falta de envolvimento.

Tinto (2012, p.64-65) afirma que o envolvimento acadêmico e social influencia a retenção de várias maneiras. O impacto do envolvimento acadêmico decorre principalmente do envolvimento da sala de aula e do contato entre alunos e professores. O envolvimento acadêmico em sala de aula, por exemplo, por meio do trabalho em grupo cooperativo, tem demonstrado promover o envolvimento social que se estende além da classe.

Segundo este renomado autor, quanto mais os estudantes estiverem acadêmica e socialmente envolvidos com outras pessoas no campus, especialmente com professores e seus pares, provavelmente eles ficarão até o final de seus cursos e se formarão na faculdade que ingressou.

Assim sendo, Noel-Levitz (2008) afirmam que as boas práticas quando direcionadas ao envolvimento dos alunos proporcionam uma retenção dos mesmos na instituição. Tais autores propõem que as faculdades e universidades não devem apenas ser capazes de aplicar políticas e práticas para estimular o crescimento do corpo discente, mas deveriam fornecem evidências empíricas do seu sucesso de seus alunos. Eles afirmam que:

> "O sucesso de uma instituição no recrutamento depende, em última instância, das evidências de que seus alunos estão satisfeitos, persistindo na graduação e, assim, recebendo valor pelo investimento que eles e suas famílias estão fazendo no ensino superior" (NOEL-LEVITZ, 2008, p.2, tradução nossa).

Segundo estes autores é mais vantajoso reter os alunos do que procurar conquistar novos alunos para suprir aqueles que abandonam a instituição. E isto é obtido pela competência da instituição e de seus quadros e também por uma atitude de atenção e de consideração pela pessoa do aluno por parte dos professores e funcionários da instituição. (NOEL-LEVITZ, 2008, p.6).

Para este fim, Pereira Junior (2012), comenta que as instituição de ensino superior promovem grandes investimentos na captação de novo alunos e poucas iniciativas direcionadas a retenção dos alunos em suas graduações.

---

bem o dever. Na verdade, ela se refere sempre a um **fazer** que requer um conjunto de **saberes** e implica um posicionamento diante daquilo que se apresenta como desejável e necessário.

[10] The amount of student learning and personal development associated with any educational program is directly proportional to the quality and quantity of student involvement in that program.

4 Expectativas do aluno

Outro fator que atua de modo decisivo no permanência ou evasão do aluno é o fato de atender as expectativas do próprio aluno e da instituição. Segundo Tinto (2012, p. 10), as expectativas podem ter um poderoso efeito no desempenho do aluno. Para ele, as expectativas recaem sobre três áreas: a) sucesso na instituição como um todo b) sucesso no programa estudantil (plano de estudo) c) sucesso no curso universitário no qual o aluno está matriculado. Este autor afirma que:

> Expectativas estudantis são necessárias para o sucesso nas faculdades, pois elas são caracterizadas não somente pelo conhecimento apresentado pelo estudante anteriormente, conforme o ingresso, mas também pelo conteúdo acadêmico que eles tomam posse a partir da faculdade em especial do corpo docente. (Tinto, 2012, p.11, tradução nossa)[11]

Tinto (2012, p.11) menciona que muitos estudantes iniciam a educação superior sem conhecimento das expectativas que devem ser atingidas. Ele aponta que os alunos da primeira geração na faculdade e estudantes de baixa renda, por exemplo, carecem de ter o interesse pelo conhecimento ou de obterem capital cultural, enquanto que, estudantes mais abonados, provenientes de uma educação superior comum para famílias de posses, apresentam quase que uma natural experiência e o que é necessário para obter o sucesso. Conforme Tinto (2012,p.12) a retenção estudantil é também influenciada pelas expectativas que a instituição estabelece para a qualidade ou nível de empenho requerido para um desempenho de sucesso, deste modo, elevada expectativa é uma condição para o sucesso estudantil, baixa expectativa prescreve para o insucesso. Segundo este autor, é na sala de aula onde as onde se manifesta as expectativas dos alunos e o sucesso neste ambiente promove a base para a retenção até a sua graduação no Ensino Superior.

Herbas-Torrico e FranK (2015, np) apresentaram no V CLABES/Chile, uma investigação que sugere a existência de três etapas sequenciais relativas a atender as expectativas dos aluno e proporcionar a sua satisfação. Para estes autores, quando o aluno se encontra satisfeito com os serviços que a Universidade oferece se intensifica a permanência do aluno na instituição.

Para Porto e Soares (2017, p.15), as expectativas dos alunos podem estar associadas tanto a questões estritamente acadêmicas como o curso e as disciplinas, quanto às relações sociais e interpessoais, como também relacionadas ao ambiente e aos recursos disponibilizados pela instituição. Segundo as autoras, caso não se tenha uma conformidade entre as capacidades do aluno e o ambiente idealizado por ele, pode-se criar uma situação onde o aluno se apresente desmotivado e com dificuldades de se adaptar ao ensino superior.

[11] Student expectations as to what is needed to succeed in college are shaped not only by the prior knowledge students possess at entry but also by academic advice they receive from faculty or staff (Bahr, 2008; Elliott and Healy, 2001; Frost, 1991; Metzner, 1989; Ryan and Glenn, 2003; Young, Backer and Rogers, 1989).

5 Integração sócio-ambiental

Outro aspecto da permanência ou evasão do aluno está associado à integração sócio/ambiental do aluno. E neste sentido Tinto, adaptou a sua teoria ao fenômeno do suicídio (Durkhein, 1961) para explicar a evasão do aluno. Para Durkheim (1961) apud Tinto(1975), o suicídio é mais provável de ocorrer quando os indivíduos estão insuficientemente integrados no interior da estrutura da sociedade.

Pode-se razoavelmente esperar, então, que as condições sociais que afetam a desistência do sistema social de uma graduação, se assemelham às que resultam em suicídio na sociedade em geral. A saber, interações insuficientes com os outros no colégio e a inconformidade com os padrões prevalecentes da instituição. Presumivelmente, a falta de integração no sistema social da faculdade levará a um baixo comprometimento com esse sistema social, e aumentará a probabilidade de que os indivíduos decidam deixar a graduação e buscar atividades alternativas.

Por outro lado, considerando que na universidade são desenvolvidos fatores de ordem sociais e acadêmicos dentro do mesmo sistema, é importante salientar a necessidade de integração nos campos social e acadêmico da instituição. A distinção entre tais domínios pode sugerir que uma pessoa pode ser capaz de alcançar a integração em uma área sem fazê-lo no outro.

A aplicação da teoria do suicídio de Durkheim (1961) ao fenômeno do abandono não produz, por si só, uma teoria da desistência que ajude a explicar como diferentes tipos de indivíduos adotam várias formas de abandono escolar. Ao passo que para Levitz, Noel e Richter (1999, p. 31) a persistência é um indicador de desempenho individual, e é mensurável. Se a informação sobre os objetivos dos alunos é coletada, de preferência no início de cada termo, então se um aluno individual persiste até a conclusão, seus objetivos educacionais podem ser medidos.

Knight, Carlson e Sullivan (2007, p.2) baseados na teoria de Tinto (1987) propõem que a decisão de sair ou ficar é um resultado das características pessoais que os estudantes trazem com eles no ensino superior (por exemplo, competências e habilidades) e a interação destas características em toda uma gama de experiências presentes nas faculdades. Essas experiências levam a um nível de integração na instituição e moldam as atitudes dos alunos que, em última instância, afetam a decisão de permanecer ou ir.

Para Cassiano, Cipagauta e Reyes (2016, p 345), fundamentados pelas ideais de Tinto (1993), que caracterizou a integração acadêmica e social e como um dos fatores intervenientes para o abandono do ensino superior, apresentam uma nova posição de Tinto (2012), em que ele confirma o papel do indivíduo na gestão do estudo como parte fundamental e sustenta que os estudantes tem maior possibilidade de terem êxito quando: a) se geram altas expectativas em tornos deles; b) se eles são providos de apoio social e acadêmico para enfrentar as demandas; c) se avalia seu desempenho e promove f*eedback* frequentes d) se envolvem ativamente com os outros na Universidade e especialmente no ambiente de sala de aula.

Segundo Knight, Carlson e Sullivan (2007, p.2) os pesquisadores de retenção na educação superior, em especial os da Engenharia investigaram vários desses fatores. Algumas das pesquisas relacionadas à permanência nesta graduação, estão focadas nos aspectos pessoais do alunos, em seus atributos e suas características de personalidade, que determinam que tais alunos sejam mais propensos a permanecer em programas de engenharia. Os autores mencionam que outras pesquisas investigaram o impacto das experiências promovidas pelas faculdades na retenção de seus alunos. A pesquisa nesta área foi alimentada pela evidência crescente que somente uma parcela pequena dos

estudantes da engenharia deixa devido à dificuldade acadêmica. Esse dreno de talentos tem sido investigado em profundidade através do uso de entrevistas, grupos focais e pesquisas.

Conforme estes autores uma série de variáveis institucionais que parecem encorajar o atrito, incluindo classes grandes, instrutores inacessíveis, métodos de ensino pouco inspiradores, redes inadequadas de apoio aos alunos e currículos mal integrados (2007, p.2).

Eles mencionam Seymour (1997), que apresentou um estudo, onde concluiu que "contrariamente à suposição comum de que a maioria das mudanças é causada pela inadequação pessoal em face do desafio acadêmico, uma forte descoberta é a alta proporção de fatores citados como significantes nas decisões de mudança que surgem de fontes estruturais ou culturais dentro Instituições ... ".

Em contrapartida, Knight, Carlson e Sullivan referem-se que no início dos anos noventa um movimento nacional nos E.U.A, foi sendo desenvolvido para melhorar a educação em engenharia. As mudanças incluíram a integração vertical e horizontal dos currículos, a implementação de novas técnicas pedagógicas, incluindo a aprendizagem cooperativa, ativa e baseada em problemas, e grandes modificações do ambiente de aprendizagem, incluindo o desenvolvimento de comunidades aprendizagem e da construção de *state-of-the-art* e instalações educacionais para apoiar a aprendizagem dos alunos. (KNIGHT, CARLSON E SULLIVAN, 2007, p.2.- tradução nossa).

Nesta direção percebe-se que algumas instituições têm se voltado para uso das novas tecnologias emergentes, especialmente aquelas associadas ao uso dos recursos disponíveis pela informática através das aplicações de plataformas educacionais.

Segundo Herbas-Torrico e Frank (2015, np), mencionam, Roberts e Styron (2010) que afirmam:

> ... las buenas experiencias educacionales son esenciales para la retención del estudiante. En consecuencia, esto obliga a que las universidades innoven experiencias de aprendizaje que no solamente sean valiosas y enriquecedoras, sino que también busquen satisfacer al estudiante.

De acordo com Santos e Giraffa (2016, p.230), o fator primordial para a permanência do aluno na instituição é a aprendizagem, e esta influencia diretamente o posicionamento do aluno diante de suas demandas.

6 Considerações finais

Atualmente vemos que os cursos de Engenharia têm sido palco de preocupações e inquietações por parte de pesquisadores, professores, das diversas instituições educacionais, das organizações e também do mercado.

Considerando-se as referências estatísticas observa-se que a evasão neta graduação tem aumentado expressivamente, porém o número de alunos que obtiveram sua conclusão teve um aumento modesto, propiciando que a permanência dos alunos ocorra de forma significativa.

Este estudo visa a colaborar no entendimento deste fenômeno e que possa contribuir para que mais alunos desta graduação venham trilhar uma trajetória de êxito na Engenharia.

Pela imersão na literatura, voltada à problemática da evasão/retenção dos alunos, constatamos que o atendimento das expectativas dos alunos e das instituições, o seu nível de

envolvimento e sua integração socioambiental são fatores decisivos na permanência nesta graduação.

Aliada com as grandes inovações propostas em termos metodológicos, a adoção de pedagogias ativas, que estão sendo propostas por diversas instituição de ensino superior, busca resgatar e incentivar os alunos na obtenção de uma formação integral como Engenheiros, aptos a atuarem no mercado e atenderem de forma adequada e correta às demandas sociais em favor de uma sociedade melhor e mais humanizada.

Referências

ASTIN, Alexander W. Student involvement: A developmental theory for higher education. *Journal of college student personnel*, 1984, 25.4: 297-308. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Alexander_Astin/publication/220017441_Student_Involvement_A_Development_Theory_for_Higher_Education/links/00b7d52d094bf5957e000000.pdf>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. *Censo da Educação Superior*, INEP/MEC, 2015. Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/apresentacao/2015/Apresentacao_Censo_Superior_2015.pdf >.Acesso em: out. 2016.

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n.9394/96*. Brasília: MEC, 1996 Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/lei9394_ldbn1.pdf>. Acesso em: ago. 2016.

BURKHOLDER JR, Gary J. et al, An Institutional Approach to Developing a Culture of Student Persistence. In: *Higher Learning Research Communications – September 2013 Volume 3, Number 3* This article is available at Scholar Works: Disponível em: <http://scholarworks.waldenu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=oira_pubs>. Acesso em: mar. 2017.

CASSIANO, Ángela María; CIPAGAUTA, Patricia; REYES, Nicolás. *Identidad Profesional como Factor Explicativo de la Permanencia Estudiantil.* In Sexta Conferencia Latinoamericana sobre el Abandono en Educación superior. (CLABES). VI, Quito, Equador. Anais, 2016.Disponível em: < http://revistas.utp.ac.pa/index.php/clabes/article/view/1350>. Acesso em: jan. 2017.

FELDER R.M.; BRENT R., *"Understanding Student Differences." J. Engr. Education*, *94*(1), 57-72(2005). Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=6857758f-86ea-4e20-9b12-9978f2a29c17%40sessionmgr4008&hid=4106>. Acesso em: abr. 2015.

GOMES, Gil; SOARES, Adriana Benevides. Inteligência, habilidades sociais e expectativas acadêmicas no desempenho de estudantes universitários. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2013, 26.4:780-789. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722013000400019&lang=pt> Acesso em: dez. 2016.

HERBAS – TORRICO, B Christian; FRANK, Bjoern**.** La influência de la motivación y la satisfacción de los estudiantes en sus intenciones de graduación. In: Quinta Conferencia Latinoamericana sobre el Abandono en la Educación Superior (CLABES). V, Talca, Chile. Anais. 2015. Disponível em:<http://www.alfaguia.org/www-alfa/images/ponencias/clabesv/L1_Ponencias/5_CLABES_paper_50.pdf>. Acesso em: ago. 2016.

KNIGHT, Daniel W.; CARLSON, Lawrence E.; SULLIVAN, Jacquelyn F. Improving engineering student retention through hands-on, team based, first-year design projects. In: *Proceedings of the International Conference on Research in Engineering Education*. Honolulu, HI, 2007. Disponível em: <https://itll.colorado.edu/images/uploads/about_us/publications/Papers/ICREEpaperfinalin07octJEE.pdf>.Acesso em: jun. 2016.

LEVITZ, Randi S.; NOEL, Lee; RICHTER, Beth J. Strategic moves for retention success. *New directions for higher educatio**n***, 1999, 1999.108: 31-49. Disponível em: <http://web.a.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=2&sid=c8793572-f072-4eec-8c51-ed19f79da10e%40sessionmgr4010&hid=4106>. Acessado em: abr. 2015.

MARCELO, Carlos. *Las tecnologías para la innovación y la práctica docente*. Universidad de Sevilla. Revista Brasileira de Educação v.18 n.52 jan.- mar. 2013. Disponível em: <http://repositorio.minedu.gob.pe/bitstream/handle/123456789/1392/2013_Marcelo_Las%20tecnolog%C3%ADas%20para%20la%20innovaci%C3%B3n%20y%20la%20pr%C3%A1ctica%20docente.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: nov. 2016.

MATUS, Omar, et al. *Fracaso académico en estudiantes de ingeniería desde la mirada del desarrollo personal: estudio longitudinal***.** In: Quinta Conferencia Latinoamericana sobre el Abandono en la Educación Superior (CLABES). V, Talca, Chile. Anais. 2015. Disponível em: < http://www.alfaguia.org/www-alfa/images/ponencias/clabesv/L1_Ponencias/5_CLABES_paper_100.pdf>. Acesso em: jul. 2016.

MOROSINI, M.C. (Org.); *Enciclopédia de Pedagogia Universitária*. Glossário Vol. 2. Porto Alegre: FAPERGS/RIES, 2006, 610 p.

NOEL-LEVITZ. *Retention. Student success, retention, and graduation: definitions, theories, practices, patterns, and trends*." *Retrieved April* 12 (2008): 2015.

OHLAND, Matthew W., et al. *Persistence, engagement, and migration in engineering programs. Journal of Engineering Education*, 2008, 97.3: 259-278. Disponível em: <https://eric.ed.gov/?q=Persistence%2c+engagement%2c+and+migration+in+engineering+programs.+Journal+of+Engineering+Education&id=ED542119>. Acesso em: ago. 2016.

PAOLONI, Paola Verônica; CHIECHER, Anália Claudia; MARTÍN, Rocio Belén. *Percepciones Autorreferenciales y Expectativas por Contextos de Aprendizaje. Un estudio orientado a prevenir el abandono de ingresantes en carreras de Ingeniería.* In: Quinta Conferencia Latinoamericana sobre

el Abandono en la Educación Superior (CLABES). V, Talca, Chile. Anais. 2015. Disponível em: < http://www.alfaguia.org/www-alfa/images/ponencias/clabesv/L1_Ponencias/5_CLABES_paper_188.pdf>. Acesso em: maio. 2016.

PEREIRA JUNIOR, Edgar. *Compromisso com o Graduar-se, com a Instituição e com o Curso: Estrutura Fatorial e Relação com a Evasão. 2012. 89 f.* Diss. Dissertação (Mestrado em Educação) Faculdade de Educação. Universidade Estadual de Campinas. Campinas/SP, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/250963/1/Pereira%20Junior,%20Edgar_M.pdf>. Acesso em: set. 2015.

PORTO, Ana Maria da Silva; SOARES, Adriana Benevides. *Diferenças entre expectativas e adaptação acadêmica de universitários de diversas áreas do conhecimento*. *Aná. Psicológica* [online]. 2017, vol.35, n.1, pp.13-24. ISSN 0870-8231. Disponível em: < http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312017000100002&lang=pt>. Acesso em: abril. 2017.

SANTOS, Pricila Kohls dos; GIRAFFA, Lucia Maria Martins. *Permanência da Graduação a Distância dos Estudantes: Um estudo a partir da experiência do projeto Alga-Guia.* In Sexta Conferencia Latinoamericana sobre el Abandono en Educación superior. (CLABES). VI, Quito, Equador. Anais, 2016. Disponível em: <http://clabes-alfaguia.org/images/docs/VI_CLABES_2016_LibrodeActas.pdf>. Acesso em: abr. 2017.

SEYMOUR, E., N. Hewitt, *Talking About Leaving: Why Undergraduates Leave the Sciences,* Boulder, CO: Westview Press,1997, pp. 1-430.

The White House. (2103a). Education: Knowledge and skills for the jobs of the future. Retrieved from http://www.whitehouse.gov/issues/education/higher-education

The White House. (2013b, February 12). *The President's plan for a strong middle class and a strong America*. Retrieved from http://www.whitehouse.gov/sites/defa ult/files/uploads/sotu_2013_blueprint_embargo.pd

TINTO, Vincent. *Completing College. Rethinking Institution Action*. Chicago, USA: Ed. UChicago Press, 2012.

_____. *Leaving college: rethinking the causes and cures of student attrition.* Chicago, USA: Ed. UChicago Press, 1993.

_____. *Dropout from higher education*: A theoretical synthesis of recent research. Review of educational research, v. 45, n. 1, p. 89-125, 1975.

TONTINI, Gérson; WALTER, Silvana Anita. *Pode-se identificar a propensão e reduzir a evasão de alunos?* Ações estratégicas e resultados táticos para instituições de ensino superior. *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior*, 2013. Disponível em:

< http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-40772014000100005&lang=pt>. Acesso em: out. 2016.

UMBRICHT, Mark Richard. *First in, Last out: Time-to-Degree of First-Generation Students.* University of Illinois, 2012. Disponível em: <https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/31046/Umbricht_Mark.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: mar. 2015.

UNILASALLE/Canoas. *Plano de Desenvolvimento Institucional – PDI;* Período 2016-2020.

UNILALALLE/Canoas. *Regimento Interno* - Estatuto do Centro Universitário La Salle - CONSUN Resolução nº 712/2016 de 23/09/2016.

O ENVOLVIMENTO DE ESTUDANTES DE DIREITO EM UMA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR E O EXERCÍCIO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL

Fabiola de Sampaio Rodrigues Grazinoli Garrido, Doutora em Agronomia, Ciência do Solo, Professora Associada do DCMA-ITR da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, PPGPDS - UFRRJ; *sampaio@ufrrj.br*

Resumo:

Trabalhos desenvolvidos em equipes multidisciplinares devem ser rotina para os futuros egressos do curso de Direito. Nessa perspectiva, proporcionar o engajamento desses estudantes em projetos dentro do Programa de Educação Tutorial Conexões de Saberes tem contribuído como um campo experimental para o desenvolvimento das habilidades necessárias aos futuros bacharéis. Desde 2014, a equipe desenvolve projetos que discutem a função social da universidade, a atenção a comunidades negligenciadas, gênero e direitos fundamentais. O objetivo desse artigo é discutir algumas estratégias e planos de trabalho utilizados no programa que envolve estudantes do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro no campus de Três Rios, interior do Rio de Janeiro.

Palavras-chave: aprendizagem significativa. Formação integradora. Projetos na graduação

1 Introdução

É fato que a Constituição Brasileira garante a autonomia universitária e as prerrogativas para uma gestão responsável. No entanto, descumprimos a todo momento o que está descrito no artigo 207, que determina a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. O tripé necessário para se estabelecer um diálogo entre o conhecimento científico e saberes populares pressupõe dimensões que devem caminhar integradas, alinhavadas e com metas interdisciplinares e interprofissionais.

A interdisciplinaridade é discutida e experimentada tanto na vivência do papel social das profissões, quanto nas técnicas suficientes para se estimular a aprendizagem dentro da realidade do ensino em universidades (Thiesen, 2008). Principalmente nos cursos de direito, o profissional que se pretende formar deve ser capaz de se relacionar com equipes com formações distintas e com pessoas com desejos diversos. Por exemplo, quando um operador do direito precisa compreender as provas técnicas em um processo (GARRIDO e GIOVANELLI, 2015) ou quando tenta compor um conflito (FILPO, 2016).

Além disso, a vivência interdisciplinar e a oportunidade de desenvolver projetos que discutem a função social da universidade, a atenção a comunidades negligenciadas, gênero e direitos fundamentais, fortalece nos futuros bacharéis a visão do Direito como instrumento de emancipação social (SANTOS, 2003). Esse ambiente proporciona a concepção de planos de ensino cada vez mais abertos a dialogar com a sociedade e com as outras carreiras universitarias.

O Programa de Educação Tutorial (PET) foi instituído pela Lei 11.180 de 23 de setembro de 2005 e regulamentado pelas portarias n.º 3.385/2005, n.º1.632/2006, n.º 1.046/2007 e n.º 976 de 27 de julho de 2010, atualizada pela Portaria n° 343/2013.

Entre os objetivos do programa, orientado pelo princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, dois sinalizam a ressignificação do Ensino Superior:

> I – desenvolver atividades acadêmicas em padrões de qualidade de excelência, mediante grupos de aprendizagem tutorial de natureza coletiva e interdisciplinar;
> V – estimular o espírito crítico, bem como a atuação profissional pautada pela cidadania e pela função social da educação superior.

Frente às normativas e metas do programa, há que se considerar que a restrição a aulas expositivas limita o desenvolvimento de conteúdos em grupos interdisciplinares. Por outro lado, os trabalhos dentro do programa permitem a combinação de diferentes modalidades de projetos – pesquisa, ensino e extensão. É possível revisitar conteúdos em espaços de aprendizagem não formal. Isso pode significar desde propostas de visitas técnicas até a vivência com populações carentes e com ambientes que sofrem com ações antrópicas devastadoras, isto é, com a realidade de violações dos direitos fundamentais.

Há duas abrangências – interdisciplinar e curso específico. No contexto do Programa de Educação Tutorial Conexões de Saberes por uma Formação Integradora e Cidadã no *Campus* de Três Rios da UFRRJ, o que se propõe é que, já na universidade, futuros profissionais de diversos cursos, entre eles os bacharelandos em Direito, discutam temas em comum. Cada qual deve trazer sua experiência e conhecimento técnico para resolver questões amplas. Direitos fundamentais e populações negligenciadas são exemplos de temas sobre os quais se debruçam os estudantes. Discute-se gestão de resíduos, direitos trabalhistas dentro de cooperativas de produtores de alimentos orgânicos, até a participação feminina no mercado de trabalho. É assim que tem sido tratada a orientação desses estudantes dentro do PET.

2 Planos de Trabalho

A base acadêmica necessária para se trabalhar com a informação.

A oferta de atividades acompanha o desenvolvimento de habilidades necessárias à execução dos projetos. Na maioria das vezes, o estudante se propõe a fazer pesquisas de campo, entrevistas e obtém dados que serão interpretados nos projetos. A observação das declarações e diretrizes sobre pesquisas com seres humanos que constam na Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde, bem como na Resolução nº 510, de 07 de abril de 2016, suscita a observação da ética na pesquisa que se faz em ciências sociais aplicadas. Dessa forma, inicialmente, foram ofertados minicursos de bioética na pesquisa com seres humanos.

Outro momento importante na trajetória da educação científica desses estudantes é o exercício dos hábitos de leitura e da escrita. São amparados pela visão aperfeiçoada dos especialistas que se propõem a orientá-los na escrita e no processamento do conhecimento previamente publicado. O estímulo ao uso das ferramentas de comunicação apresenta a necessidade de aprimoramento para a comunicação de ideias. Dessa forma, foram oferecidos minicursos aos integrantes do programa, bem como à comunidade, que habilitaram os participantes para o uso de programas de textos e para a análise de dados.

Independentemente de se tratar de um curso de direito, a internacionalização, a análise de provas técnicas, jurisprudências, direito internacional e discursos de filósofos contemporâneos ou

não exigem o conhecimento de línguas. Muitos estudantes que fazem iniciação científica dentro do programa também anseiam pela pós-graduação e pela mobilidade internacional. Isso aponta o papel fundamental na orientação vocacional e no apoio aos programas de pós-graduação. Assim, foi inevitável oferecer cursos de inglês básico e de interpretação de textos para o apoio à compreensão de publicações técnicas e para a admissão à pós-graduação. Os cursos eram ministrados por voluntários e os participantes eram vinculados a um projeto de coleta de mantimentos não perecíveis destinados a instituições que abrigavam crianças, ou idosos, ou pacientes em situação de vulnerabilidade socioeconômica.

A decisão sobre a contrapartida em relação aos cursos foi uma decisão do grupo. A expectativa sobre o apoio de instituições com itens de higiene pessoal e alimentos não perecíveis foi estabelecer um olhar diferenciado em direção às obras sociais que estão estabelecidas na cidade.

A produção de textos acadêmicos foi retomada a cada submissão de trabalho. Na fase de planejamento eram estabelecidos dois encontros acadêmicos anualmente. A participação dos membros foi apoiada pelo programa e pela Pró-reitoria de Graduação, à qual se vinculava mais intimamente o programa na Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). A análise dos relatórios individuais e do rendimento escolar revelaram uma superação das expectativas em relação à qualificação dos estudantes. Isso corroborou uma das metas, que se propõe ao planejamento das atividades dos grupos em conformidade com o projeto pedagógico institucional e das formações em nível de graduação (Brasil, 2010)

As perspectivas dentro da carreira.

Algumas vezes a carreira acadêmica não acompanha a oferta profusa de estágios remunerados e de empregos após o curso. Mais do que nos outros cursos envolvidos no programa- Administração, Economia e Gestão Ambiental -, os egressos do direito na UFRRJ tem se colocado rapidamente no mercado de trabalho. Isso adia alguns planos relacionados à carreira acadêmica.

Mesmo assim, considerando-se o Projeto Pedagógico do Curso, aprovado pelo Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CEPE) da UFRRJ em 2013, percebe-se um anseio pela formação do graduando que deverá superar a formação dogmática (UFRRJ, 2013).

> O empenho em promover nos alunos uma atitude reflexiva e crítica sobre o pensar e fazer jurídico e seu papel na promoção de uma sociedade mais justa através da perspectiva interdisciplinar realiza-se por meio de grupos e projetos de pesquisa, projetos e programas de extensão, atividades complementares e programa de educação tutorial (PET/MEC) envolvendo todos os cursos do Instituto Três Rios e a editoração da primeira revista eletrônica do Curso de Direito da UFRRJ. É de se notar o investimento no aperfeiçoamento profissional e aprofundamento intelectual do corpo docente e o enfoque interdisciplinar de seus estudos, confirmando a proposta de construção de um curso de Direito reflexivo e articulado às questões e dinâmicas sociais (UFRRJ, 2013).

A formação integral oferecida pela educação tutorial também proporcionou a imersão em áreas especializadas, tais como a Medicina Legal. Embora a componente curricular seja optativa, não tem sido oferecida. Dessa forma, o PET organizou um curso de extensão em medicina legal anualmente. Embora os estudantes de direito fossem maioria do público participante, os demais cursos também apresentavam ouvintes que prestariam concurso público para o cargo de perito criminal e investigador em Minas Gerais. Foi uma oportunidade interessante para que todos pudessem pensar situações comuns aos currículos dos cursos de graduação do *campus*.

Outra proposta que contribuiu significativamente para a construção do egresso de direito foram as resenhas apresentadas no jornal do grupo - Jornal Conectar. As resenhas de livros acompanhavam o eixo temático assumido para o ano corrente. A ideia das resenhas surgiu livre em relação à obra. Cada membro do grupo apresentava trimestralmente a resenha de uma obra lida. Com o tempo, tem a pretensão de aumentar o discurso e de despertar novos projetos. Isso significa que inicialmente os estudantes escolheram as obras para a resenha. Em seguida, o eixo temático foi apresentado e as pessoas deveriam escolher livros que apresentassem de alguma forma o tema proposto. Em um momento, por exemplo, foi a bioética.

Todas as propostas pareceram fortalecer o grupo. Foi a forma mais simples para se alcançar o interesse dos estudantes frente às tecnologias e ofertas que são mais rápidas do que o espaço acadêmico. Envolver, cativar e despertar tem sido bons caminhos, necessários para se fazer pesquisa, quando eles pensam que fazem extensão. Não é o único caminho, mas foi importante para tocar na motivação pessoal dos envolvidos em projetos acadêmicos. Com o passar do tempo, a necessidade inicial de apenas cumprir atividades abonadas como atividades acadêmicas complementares nos projetos pedagógicos de curso transformou-se em vontade, esperança de construir novos laços com a sociedade.

Resultados dos projetos de extensão

O trabalho inicial da equipe foi mergulhar na elaboração de uma cartilha com instruções para a formação de cooperativas. Os grupos de pessoas dos cursos se reuniram em torno do resgate histórico de cooperativas; da legislação; dos tipos de cooperativas; da tributação; da sustentabilidade e responsabilidade social (Figura 1).

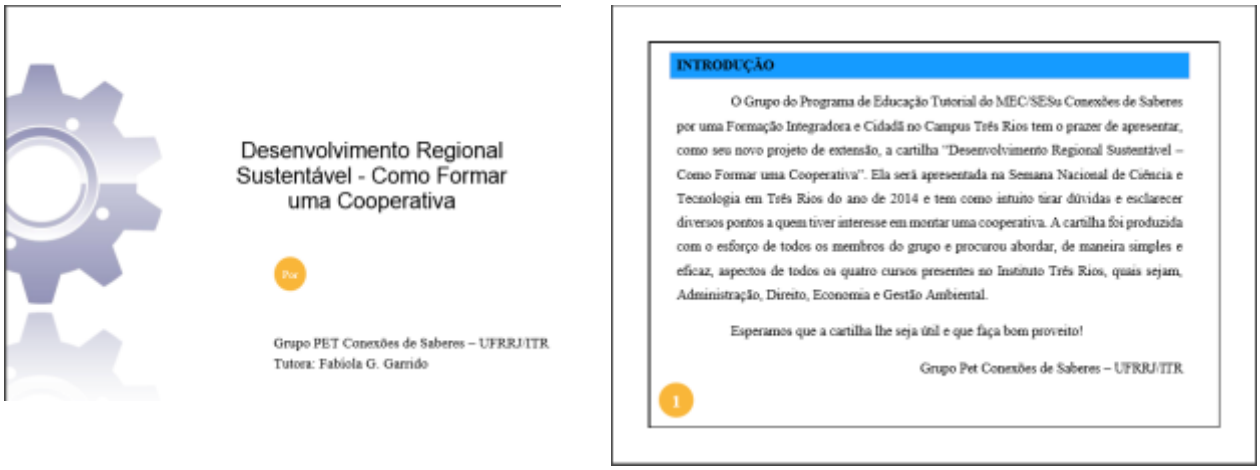


Figura 1 – Capa da cartilha e introdução. A confecção da cartilha contou com estudantes dos quatro cursos do *campus* de Três Rios.

Inicialmente, conduziu-se um estudo dentro das áreas e os materiais produzidos foram apresentados à equipe. A linguagem foi adaptada para o melhor entendimento por pessoas que não tivessem ensino médio completo. À época, emergia na região a organização de produtores de alimentos orgânicos que revendiam sua produção em feiras e através de redes sociais. O programa PAIS – Produção Agroecológica Integrada e Sustentável - foi levado ao município conurbado de Paraíba do Sul, cuja produção abastecera a microrregião de Três Rios.

Esse trabalho finalizado foi distribuído ao público em 2014. Foi o marco na união dos estudantes em torno da elaboração de um material instrucional. Eles puderam observar que o

conhecimento encerrado em uma linguagem mais simples colabora para a economia local. O mérito do projeto residiu no posicionamento do estudante como um sujeito ativo (Moreira e Masini, 2001). Eles processaram as informações e pensaram na apresentação do material, na linguagem, nos elementos gráficos. Além disso, interagiram com a comunidade local.

Outro ponto que cabe ser destacado foi o fato de se propor uma inversão nos papeis dos participantes do projeto. No lugar de receberem as informações sobre cooperativismo, os estudantes se sentiram responsáveis pela confiança que as pessoas depositariam nas informações ali apresentadas. Superou-se o esforço que docentes fazem em torno de chamar a atenção dos estudantes na graduação. Eles são jovens em contato com um meio acadêmico do qual já se sabe o que esperar entre as inúmeras aulas expositivas. O desconhecido, o processamento de informações, a contribuição para a sociedade edifica, responsabiliza e amadurece.

O memorial da Ditadura Militar no Brasil

Durante longos anos, especialmente no período da Ditadura Militar no Brasil, o diálogo entre a academia e a sociedade foi severamente repreendido. Os financiamentos de projetos de extensão foram ínfimos, quando se comparam aos valores destinados a pesquisa e pós-graduação. As questões relacionadas à produtividade acadêmica, associadas a novas tecnologias, tem aumentado nossa prioridade dada à pesquisa acadêmica que exclui a extensão. No entanto, como pesquisar questões que passam por problemas ambientais sem se estabelecer um diálogo com a sociedade? O que seria da educação permanente ou da educação continuada sem a extensão universitária? O que seria dos direitos humanos, sem a possibilidade de extensão? O que seria dos produtores agrícolas e dos criadores de animais sem a extensão? Como estariam as artes e nossas vidas sem o trabalho de qualidade que nos propomos a desenvolver? De onde viriam novas tecnologias tão baratas e de fácil domínio sem a extensão? O que seria dos professores que não têm condições de aulas em escolas públicas sem extensão? O que seria da promoção à saúde sem a extensão? Estas e outras perguntas vem ao encontro do que valorizamos no Programa de Educação Tutorial.

Dessa forma, outra proposta de extensão resultou em um livro. O Memorial da Ditadura Militar nasceu da sensibilização do grupo acerca do apoio de populares ao retorno do regime militar. Os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, a ascensão de militantes ao primeiro governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2002 – 2006) que engrossavam as frentes de luta armada nas décadas de 1960 e 1970 e a esquerda na América Latina foram alguns dos fatos históricos que reacenderam os debates em torno do regime militar (Sales, 2015). Após os 50 anos do regime ditatorial no Brasil, o programa apresentou uma mesa redonda e uma exposição de manifestações culturais e artísticas no *campus*. A concepção do evento, passando pela seleção dos temas a serem abordados foi uma construção que envolveu os estudantes. Em 2017, o projeto foi aprovado para o financiamento da FAPERJ, através do Edital de Editoração APQ3 de 2016, segundo semestre.

O livro tem como autores os palestrantes da mesa redonda, colaboradores especialistas e alguns dos estudantes à época, os quais atualmente estão vinculados a programas de pós-graduação. Através desse projeto, a proposta veio à tona com um significado especial. A pesquisa que foi feita para se compor o memorial selou a união dos participantes na obra que será publicada.

O contato com escolares

A convivência com estudantes de graduação no Programa de Educação Tutorial revelou bastante as angústias em relação à vida acadêmica. Muitos perceberam os impactos das deficiências da Educação Básica que os acompanhava. Esse fato ora repercutiu em desistências, ora foi um dos componentes que agravou a retenção na graduação. Ao concluir isso, os estudantes se dedicaram a apoiar escolares do ensino médio através de projetos com as escolas.

O projeto Encontros entre a Universidade e a Escola emerge do anseio pelo retorno da universidade como um espaço crítico e aberto à comunidade, especificamente, aos escolares. Na última edição, as escolas trouxeram seus estudantes ao Instituto Três Rios e receberam informações coletivamente em um primeiro momento (Figura 2). Em seguida, foram apresentados à vida universitária, às carreiras, ao movimento estudantil. A proposta foi deixar que o estudante se inscrevesse livremente no grupo de trabalho que o interessasse.



Figura 2 –Escolares inscreveram-se nos grupos de trabalho. À direita, o Grupos de Trabalho de redução da maioridade penal.

Os temas dos grupos de trabalho abordaram bioética, direitos civis, distribuição de renda, economia social e sustentabilidade. No ano anterior, os temas haviam sido: Redução da Maioridade Penal, Programa Bolsa Família, Crimes Ambientais, Bancos de Perfis de DNA, Corrupção na

Petrobrás. Cada subgrupo, sob a presidência de um de nossos membros, utilizou um método diferente, que foi da encenação à exibição de documentários curtos.

A equipe foi responsável pela concepção da abordagem e análise dos dados colhidos. A análise das expressões dos escolares, de forma escrita ou através dos depoimentos, foi feita sob a ótica do estudante de graduação. O modelo da aprendizagem baseada em problemas oportunizou a participação dos escolares como sujeitos ativos (Tavares, 2004 e Fernandes, 2012). Além disso, possibilitou que os estudantes de graduação se posicionassem como futuros profissionais, comprometidos com educação e com a sociedade.

O recurso aos espaços não formais de aprendizagem

A ampliação do conceito de educação é proposta por Gohn (2001 e 2004) na aplicação do conceito comunidade educativa. Ela envolveria o entorno da unidade escolar, incluindo-se os movimentos sociais, sindicatos, associações religiosas, Organizações Não-governamentais (ONGs), organizações de empresários e a população do entorno propriamente dita. Nessa interface emergem situações que configuram a educação não formal.

Esse conceito pode ser aplicado na execução de projetos que envolvem as comunidades no entorno da universidade. Ao se depararem com as demandas da população, que necessita de instruções para conseguirem desfrutar da dignidade de uma vida civil, foi possível sensibilizá-los para novas propostas.

Ao ampliar a visão sobre o funcionamento e as estruturas da sociedade, é possível encontrar novos paradigmas e propostas para a garantia da cidadania. Para um estudante do direito, por exemplo, uma visita ao Jardim Botânico do Rio de Janeiro se supera ao apresentar discussões em torno da propriedade de patentes de biodiversidade, ou dos direitos de residência aos quais fazem jus as comunidades tradicionais instaladas anteriormente à criação de unidades de conservação. Tratou-se dos jardins botânicos como centros de pesquisa, portadores do patrimônio genético e cultural.

Outra interface com a comunidade tem sido o preparatório para estudantes que prestarão o ENEM[12]. Semanalmente, os estudantes vinculados ao programa oferecem aulas aos estudantes de Ensino Médio selecionados entre os escolares da rede pública da cidade de Três Rios. Uma das estudantes de Direito ensina produção textual. O que pode ser observado em projetos como esse é que, normalmente, os voluntários haviam sido beneficiados por algum projeto desses anteriormente. Além do conteúdo programático, é oferecida orientação em relação aos cursos oferecidos no *campus* de Três Rios.

Tendo em vista as ações propostas, é comum que o grupo seja procurado por pessoas da comunidade para o enfrentamento e discussão de questões relacionadas à carência de políticas públicas eficazes e para as ausências do poder público. Os componentes já se propuseram a participar de seminários para discutir a destinação final de resíduos sólidos. Aqueles foram propostos pelo Rotary. Em outro momento, os membros participaram de propostas destinadas à melhoria da qualidade da Educação Básica. Tudo pode ser uma interface com a sociedade e uma fonte viva para o processo de aprendizagem.

[12]ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio, uma das formas de acesso aos cursos de graduação do Ensino Superior

Colóquio de prevenção da violência contra a mulher

Atualmente, a UFRRJ em Três Rios conta com o Coletivo de Mulheres para discutir e apoiar as estudantes e servidoras do campus. Ainda em 2016, o programa propôs o I Colóquio de Prevenção da Violência contra a Mulher. Entre mulheres, policiais militares da divisão Guardiões da Vida e o Coletivo Feminino da Rural estabeleceu-se o diálogo sobre a Lei 11.340 de 2006, a Lei Maria da Penha. Foi trazida à tona a realidade de humanos que ainda precisam ser protegidos.

O colóquio contou com apresentações dos convidados, relatos de casos atendidos pelos participantes, bem como abriu um momento de debate com a comunidade. Nesse momento, além das nuances legais, discutiram-se o cumprimento das medidas protetivas, os sucessos e fracassos das instituições pela garantia do direito de existir e de se exercer a cidadania. Através desses momentos como esse foi especialmente possível se concretizar a aprendizagem e o caminho sociológico por trás da lei.

Observação do Plano Plurianual da Educação

O Plano Plurianual da Educação (PNE) preconiza em seu quadriênio que as Instituições de Ensino Superior disponibilizem 10% da carga horária dos cursos de graduação como extensão universitária. Persiste a discussão sobre a obrigatoriedade em se criar disciplinas de extensão. Isso tem sido feito por várias Ifes, que atravessaram um longo período de sensibilização do corpo social da universidade, associado a reformas curriculares em todos os cursos. É a creditação da extensão universitária. Nesse sentido, a demanda por envolvimento dos estudantes em projetos socialmente responsáveis se confirma com força de lei.

A legislação vem impelir estudantes a se comprometerem com uma atuação socialmente responsável ao longo de suas carreiras. Por outro lado, mais do que motivar, ela limita. Através de projetos de extensão desenvolvidos em diferentes áreas e oferecidos por distintos professores, há que se ampliar a oportunidade de contato com a sociedade. Há que se criar laços importantes com o outro, ou olhares carregados de intencionalidade, de retorno para aquela sociedade que nos abriga e mantém.

No decorrer do período 2014-2016, procurou-se envolver estudantes nas principais discussões sobre educação, cooperativismo, democracia e inclusão. Com isso, os efeitos foram percebidos na transformação do discurso e na forma com que percebem suas carreiras atualmente.

3 Considerações finais

Sensibilizar para a aprendizagem é algo que pode ser apresentado através de projetos impregnados por responsabilidade social. O impacto sobre a vida dos egressos que experimentaram esses projetos é como uma marca. É a diferença com a qual nos deparamos em repartições públicas, nas organizações e nos movimentos sociais. Esse trabalho apresentou algumas iniciativas que colocaram nossos estudantes em contato com demandas locais e com os conteúdos estudados no exercício da cidadania.

O melhor resultado não poderá ser quantificado, uma vez que são transformações nas vidas daqueles que receberam os projetos e na carreira de nossos egressos.

Referências

Fernandes, S.; F., Maria, A.; Lima, R. M. Aprendizagem baseada em projetos interdisciplinares no ensino superior: implicações ao nível do trabalho docente. Fourth International Symposium on Project Approaches in Engineering Education (PAEE'2012), São Paulo, p. 227-236, 2012.

FILPO, K. P. L.. Mediação Judicial Discursos e Práticas. 1. ed. Rio de Janeiro: Mauad Editora Ltda, 2016. v. 01. 207p

Garrido, R.G.; GIOVANELLI, A. . Ciência Forense Uma Introdução à Criminalística. 2. ed. Rio de Janeiro: Projeto Cultural, 2015. v. 1. 214p .

GOHN, Maria da Glória. Educação não-formal e cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2001

GOHN, Maria da Glória. A educação não-formal e a relação escola-comunidade ECCOS – Rev. Cient., UNINOVE, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 39-65, 2004

Moreira, Marco Antônio; MASINI, Elcie. Aprendizagem Significativa: a teoria de David Ausubel. 2 ed. São Paulo: Centauro. 2001.

Lei nº 11.180, de 23 de setembro de 2005 - Institui o Programa de Educação Tutorial – PET

Portaria n° 343, de 24 de abril de 2013 - Altera dispositivos da Portaria MEC nº 976, de 27 de julho de 2010, que dispõe sobre o Programa de Educação Tutorial – PET

Portaria nº 976, de 27 de julho de 2010 - Atualizada pela Portaria n° 343/2013 – dispõe sobre o Programa de Educação Tutorial - PET

Sales, J. R. Guerrilha e revolução: um balanço dos estudos e debates sobre a luta armada contra a ditadura militar no Brasil. TALLER (Segunda Época). Revista de Sociedad, Cultura y Política en América Latina Vol. 4, N° 5 (2015) ISSN: 0328-7726

Souza Santos, B. Poderá o Direito ser Emancipatório? Revista Crítica de Ciências Sociais, 65, p. 3-76, 2003.

UFRRJ. Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão. Deliberação 57 de 13 de maio de 2013. Aprova a reestruturação do Projeto Pedagógico do Curso (PPC) de Bacharelado em Direito do Instituto Três Rios, campus Três Rios

Tavares, Romero. Aprendizagem significativa. Revista Conceitos, v. 55, n. 10, 2004.

Thiesen, J da S. A interdisciplinaridade como um movimento articulador no processo ensino-aprendizagem. Revista Brasileira de Educação v. 13 n. 39 set./dez. 2008.

UM ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO ACADÊMICA EM TOMADA DE DECISÃO - UMA META-ANÁLISE COMPARANDO AS ÁREAS DE GESTÃO E NEGÓCIOS E GESTÃO EDUCACIONAL

Eduardo Bugallo de Araujo, Mestre em Contabilidade e Controladoria;
Universidade LaSalle, eduardo.araujo@unilasalle.edu.br
Paulo Fossatti, Doutor em Educação;
Universidade LaSalle, paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Resumo:

O contexto empresarial reserva aos gestores a exigência de decisões com prazos e recursos mais escassos, contrapondo a uma maior complexidade das variáveis ambientais que orientam este processo. Neste contexto, o presente estudo tem como objetivo: Identificar os estudos acadêmicos sobre tomada de decisão, com vistas a evidenciar a origem teórica, bem como sua evolução comparativa entre as áreas de Gestão e Negócios e o contexto da Gestão Educacional. Buscou-se apurar, através de uma meta-análise, as informações relacionadas à publicação de artigos na plataforma ISI Web of Science Knowledge, para a expressão "decision making". Em um segundo momento, buscou-se apurar a evolução dos estudos em artigos classificados como área de pesquisa: "Economia e Negócios" e "Gestão Educacional". Os resultados apontaram diferenças significativas na quantidade de artigos publicados. Existe um volume de produção maior de artigos na área de gestão empresarial, no entanto, é perceptível o crescimento quantitativo de artigos aplicados na área Educacional. Teorias foram criadas com o objetivo de descrever o processo de tomada de decisão. No entanto, todas elas têm inspiração: ou na economia, ou na psicologia, ou em ambas. Tais teorias de tomada de decisão foram apresentadas no referencial teórico deste estudo, com vistas a evidenciar sua origem. Pode-se perceber um crescimento dos estudos com vistas a aplicação educacional.

Palavras-chave: Tomada de Decisão. Produção Acadêmica em Tomada de Decisão. Gestão Educacional.

1 Introdução

A escassez de recursos, combinado com o aumento da complexidade das variáveis ambientais, tem desafiado os tomadores de decisão empresarial. Quanto mais complexo for o ambiente da decisão, maior também será a dificuldade deste tomador obter êxito.

Diariamente somos convidados a tomar decisões, desde as mais simples, até mesmo as mais complexas. No contexto empresarial não é diferente, e em todos os níveis das organizações.

No contexto das organizações, essas decisões consomem grande parte dos esforços dos gestores, e quanto mais qualificado for esse processo, mais assertivo e rápido será o resultado. A natureza do papel de gerenciar, faz com que os administradores dediquem grande parte do tempo ao processo decisório (MINTZBERG, 1973).

Para Simon (1979, p. 1) “[...] uma teoria geral de administração deve incluir tanto os princípios de organização, que asseguram decisões corretas, como os princípios que asseguram uma ação efetiva”, por esse pensamento, pode-se dimensionar, dentro da estrutura de gestão, a importância da assertividade da decisão em todos os níveis, desde o nível estratégico até o operacional.

A maioria dos estudos sobre o processo de decisão estratégica produziu um tanto "focado" conjunto de observações sobre uma questão do processo, ou uma descrição muito rica, mas "solto" de todo o processo de decisão (FREDRICKSON, 1986).

2 Desenvolvimento do Artigo

A organização do presente artigo se dará da seguinte forma: a) O Referencial Teórico trará a evolução dos estudos em Tomada de Decisão até o contexto educacional. b) Em seguida, será apresentado o método norteador da coleta e tratamento dos dados da pesquisa. c) A partir do método empregado, os dados serão apresentados e analisados, à luz das teorias apresentadas no referencial teórico. d) Por fim, as principais reflexões sobre o estudo, bem como a sugestão para estudos futuros.

2.1 Referencial Teórico

Com vistas a compreender o processo de tomada de decisão, muitos estudos foram propostos. Estudos estes que iniciaram no início do século passado.

2.1.1 Evolução nos Estudos sobre Tomada de Decisão nas Organizações

O primeiro estudo que se dedicou a descrever o processo de tomada de decisão nas organizações foi o proposto por Taylor (1978). O autor defende que o processo de tomada de decisão nas empresas seria absolutamente racional. O decisor sempre utiliza a racionalidade total em seus processos decisórios, onde todas as informações necessárias para tomada de decisão, bem como todo o conhecimento estaria disponível para escolha da melhor alternativa. Nesse modelo, *one best way*, somente uma alternativa era considerada ótima.

Segundo Laudon e Laudon (2011), tal modelo racional de decisão tem por base o empenho pessoal dos tomadores em construir o conhecimento necessário para a decisão ótima. Desta forma, o tomador tem por finalidade identificar o objetivo, elencar as ações possíveis que possam contribuir para alcançar o objetivo e escolhe a que mais contribui.

A fragilidade dessa proposta, segundo March e Simon (1975), é evidenciada nos pressupostos de que o modelo requer um mecanismo de escolha, onde todas as alternativas são listadas, as consequências destas escolhas são conhecidas e classificadas de acordo com sua utilidade. Ainda assim, não são contempladas as possíveis pressões sociais e organizacionais do ambiente (MOTTA; VASCONCELOS, 2002).

Contrapondo essa visão, Simon (1979), em Administrative Behavior (1945) e Organizations (1958, em co-autoria com J. March), apresenta a Teoria da Racionalidade Limitada, que pressupõe que o decisor não possui todas as informações, assim como também não haveria condições de processá-las, devido principalmente às limitações de tempo e recursos. Por este modelo, a decisão "ótima" seria a mais aceitável, dadas as condições disponíveis para decidir.

A capacidade humana de absorver informações e tomar decisões é limitada, que, na visão Weick (1973, p. 9):

> os indivíduos têm limites perceptivos assim como de processamento de informação, e embora possam pretender agir racionalmente, só podem fazê-lo de maneira limitada. Esta consiste em ações a partir de conhecimento suficiente e não a partir de conhecimento completo (o conceito de satisfatório), a partir do uso de regras simples, e não trabalhosas, para procurar uma solução no momento em que o problema surge.

Ainda sobre essa percepção, Simon (1979, p. 84): destaca que a racionalidade requer um conhecimento completo, e inalcançável, das consequências exatas de cada escolha. Na realidade, o ser humano possui apenas um conhecimento fragmentado das condições que cercam sua ação, e ligeira percepção das regularidades dos fenômenos e das leis que lhe permitam gerar futuras consequências com base no conhecimento das circunstâncias atuais.

A limitação humana em sintetizar um número cada vez maior de informação é entendida como remediável, mediante aplicação de processos para solução de problemas, conforme proposto por March e Simon (1975, p. 212), onde

> cada indivíduo só pode atender a um número limitado de assuntos a um só tempo. A razão básica por que a definição que o agente dá à situação difere tanto da situação objetiva é que esta última se apresenta excessivamente complexa para poder ser tratada nos menores detalhes. O comportamento racional compreende a substituição da realidade complexa por um modelo de realidade suficientemente simples para poder ser tratado mediante processos de solução de problemas.

A ruptura entre a racionalidade e o comportamento no processo de tomada de decisão nas organizações ocorreu através dos modelos de Racionalidade Limitada, contra o então modelo racional. Desde então, as áreas econômicas e psicológicas têm desenvolvido estudos voltado à qualificação deste processo, sob orientação destes dois modelos.

2.1.2 Pressupostos Econômicos e Psicológicos do Processo de Tomada de Decisão Organizacional.

O processo de tomada de decisão, para Taylor (1986), é tratado sob duas abordagens: racional e comportamental. A primeira, com subsídio da teoria econômico, ao passo que a segunda respaldada pela psicologia. A abordagem racional visa a busca de uma decisão ótima, onde o tomador é constituído de todas as condições para eleger a decisão mais adequada. Já o Comportamental, procura entender como o indivíduo se comporta na resolução de problemas e como utiliza a informação nesse processo.

Kahneman (2012, p. 43) entende o processo de tomada de decisão como comportamental, atribuído duas formas de processar a informação e tomar a decisão:

a) Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário; e

b) Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração.

Simon (1979) enfatiza que o comportamento do tomador gera relatividade ao processo de tomada de decisão, onde a decisão só pode ser considerada correta se for selecionado os meios adequados para atingir as finalidades pré-estabelecidas.

Para Zavadskas e Turskis (2011) afirmam que a filosofia da tomada de decisão em economia é avaliar e selecionar a solução preferível, implementá-lo e ganhar o maior lucro.

2.1.3 Processo decisório no contexto da Gestão Educacional.

No âmbito da gestão educacional, os estudos que tratam do processo decisório podem ser mais percebidos enquanto consequência do Planejamento Estratégico. Neste sentido, Luck (2009, p. 35) define que o processo de planejamento "constitui um processo mental, dinâmico, contínuo e complexo, de modo a acompanhar os estágios de tomada de decisão que antecedem, acompanham e sucedem a realização de intervenções sistematizadas e orientadas para a consecução de resultados".

Fossatti e Souza (2014) ressaltam que "Para garantir que as decisões sejam as mais assertivas possíveis, temos que ter em mente a relação existente entre a gestão e a tomada de decisões".

Sobre a importância dos indicadores enquanto ferramenta de controle deste processo, Lück (2009) destaca que "Os indicadores de desempenho da escola servem para apontar sucessos, como também expor dificuldades, limitações e indicar situações que necessitam de mais cuidado e atenção, de modo a orientar a tomada de decisão e a determinação de ações de melhoria e a necessária correção de rumos".

2.2 Método de Pesquisa

O presente estudo é classificado segundo sua abordagem como quantitativo-qualitativo, com viés descritivo. A coleta de dados ocorreu com uso da técnica de meta-análise, através de pesquisa documental.

Os dados foram coletados em maio de 2017 da plataforma ISI Web of Science Knowledge, com busca inicial pelas palavras: "decision making", no campo "tópico". Inicialmente não se restringiu o tempo, nem o tipo de documento, levando em consideração toda a base histórica da plataforma de dados (a partir de 1946). A busca resultou em 370.168 documentos.

Ato contínuo, foi realizado o primeiro refinamento dos resultados, pelo "tipo de documento" como "artigo", restando 256.105 artigos.

Neste resultado apurado estão contemplados todos os estudos realizados em diversas áreas de pesquisa, como: gestão e negócios, medicina, engenharia, educação, dentre outras. Por isso, será destacado duas áreas específicas para fins de comparação com o total pesquisado: "Economia e Negócios" e "Educação ". Importando em 33.518 e 6.958 artigos respectivamente.

Com base nos dados apurados, das áreas de pesquisa denominadas “Economia e Negócios” e “Educação”, serão propostas as análises conforme tabela 1:

Tabela 1: Critérios Metodológicos.

Etapa	Critérios
1ª Etapa: Análise dos artigos publicados por área do conhecimento.	● Na base de dados estão contempladas todas as áreas de conhecimento, que publicaram artigos com o termo “*Decision Making*” (tomada de decisão); e ● Não foram contemplados os artigos publicados em 2017.
2ª Etapa: Evolução dos Estudos de Tomada de Decisão.	● Os percentuais apurados nos períodos de 5 em 5 anos fazem referência a produção total de artigos, bem como das áreas específicas, desde 1946; ● Na base de dados estão contempladas todas as áreas de conhecimento, que publicaram artigos com o termo “*Decision Making*” (tomada de decisão); e ● Não foram contemplados os artigos publicados em 2017.
3ª Etapa: Principais países que promovem estudos sobre tomada de decisão.	● Na base de dados estão contempladas todas as áreas de conhecimento, que publicaram artigos com o termo “*Decision Making*” (tomada de decisão); e ● Não foram contemplados os artigos publicados em 2017.

Fonte: autoria própria (2017).

Diante a apresentação dos métodos de coleta e tratamento dos dados, a seguir serão apresentados os dados, bem como a análise dos seus desdobramentos.

2.3 Análise dos Dados

2.3.1 Análise dos artigos publicados por área do conhecimento.

Na tabela 2, é possível verificar as vinte áreas de pesquisa que mais dedicam esforços no objetivo de entender a tomada de decisão.

Tabela 2: Tomada de Decisão por área do conhecimento
Fonte: autoria própria (2017).

	Area	Quantidade de Artigos	%
1	Negócios e Economia	33.518	12,99%
2	Engenharia	31.688	12,28%
3	Ciências da Computação	27.004	10,46%
4	Psicologia	24.565	9,52%
5	Ecologia	18.330	7,10%
6	Gestão de Operações	13.215	5,12%
7	Neorologia	11.798	4,57%
8	Saúde Ocupacional	11.540	4,47%
9	Saúde	11.016	4,27%
10	Direito Governamental	9.509	3,68%
11	Outras Ciências Sociais	9.502	3,68%
12	Medicina Geral	9.131	3,54%
13	Educação	6.958	2,70%
14	Tecnologia Científica	6.812	2,64%
15	Cirurgia	6.611	2,56%
16	Matemática	6.560	2,54%
17	Oncologia	5.303	2,05%
18	Psiquiatria	5.194	2,01%
19	Enfermagem	5.130	1,99%
20	Agricultura	4.728	1,83%
	Total das 20 maiores áreas	**258.112**	**100,00%**

Dentre as áreas que estudam o processo de tomada de decisão, a de Economia e Negócios é a que apresenta maior volume de artigos publicados, seguido pela Engenharia, Ciência da Computação e Psicologia, respectivamente. A área da Educação surge em 13º lugar.

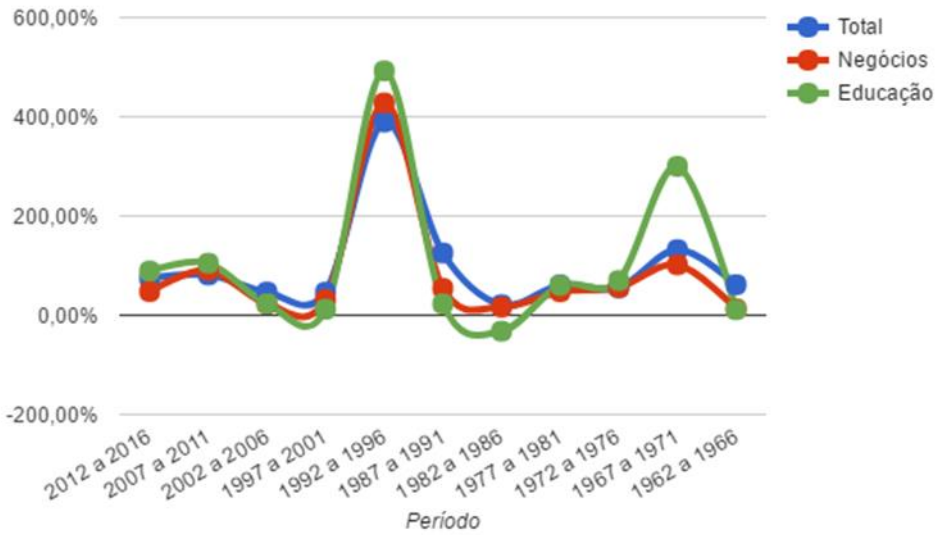
Curiosamente o somatório dos artigos apresentados na tabela 2 é superior ao total dos artigos apurados, visto que normalmente cada artigo pode ser atrelado a mais de uma área do conhecimento.

2.3.2 Evolução dos Estudos de Tomada de Decisão

Diante disso, se faz necessário apresentar a quantidade de artigos publicados por ano, Ao todo, desde 1946 até 2016 foram publicados 246.842 artigos, destes 167.235 foram publicados nos últimos 10 anos, o que corresponde a 67,75%. Para o mesmo período, os artigos publicados nas áreas de "Economia e Negócios" e "Educação" importaram em 62,83% e 65,82%, respectivamente.

Ao se comparar períodos de 5 anos, em quase todas as amostragens pode-se perceber crescimento em todos os períodos, conforme se observa na figura 1:

Figura 1: Evolução dos Estudos de Tomada de Decisão em relação aos 5 anos anteriores



Fonte: autoria própria (2017).

Como demonstrado na figura 1, é percebido um aumento significativo do interesse pelo tema na década de 1990, onde as áreas tratadas registraram acréscimo de aproximadamente 400%.

Um dos fatores que podem contribuir para explicar esse aumento no interesse na década de 1990, é o surgimento das teorias sobre a TDN - Tomada de Decisão Naturalista. Tais estudos iniciaram na década de 1980.

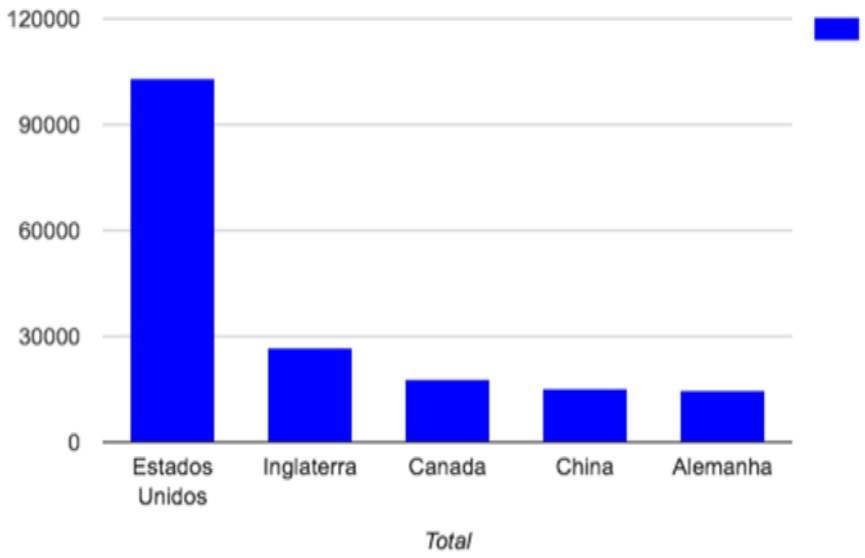
Esta tendência contribui com o estudo de Zavadskas e Turskis (2011) que concluem que as principais atividades de pesquisa em economia durante os últimos anos têm aumentado.

2.3.3 Principais países que promovem estudos sobre tomada de decisão

Neste momento é apresentado os principais países que norteiam os estudos sobre o tema proposto por este artigo. Inicialmente é apresentado o *ranking* que contempla todas as áreas, seguido pelos específicos das áreas de "Economia e Negócios" e "Educação".

Pode-se observar na Figura 2 que o maior número de trabalhos é promovido por pesquisadores vinculados a instituições norte-americanas. Em número de artigos, o total de trabalhos supera a produção dos demais países desde a segunda posição ocupada pela Inglaterra, até a Holanda, que ocupa a 6a. colocação, somadas.

Figura 2: Principais países nas pesquisas sobre Tomada de Decisão.

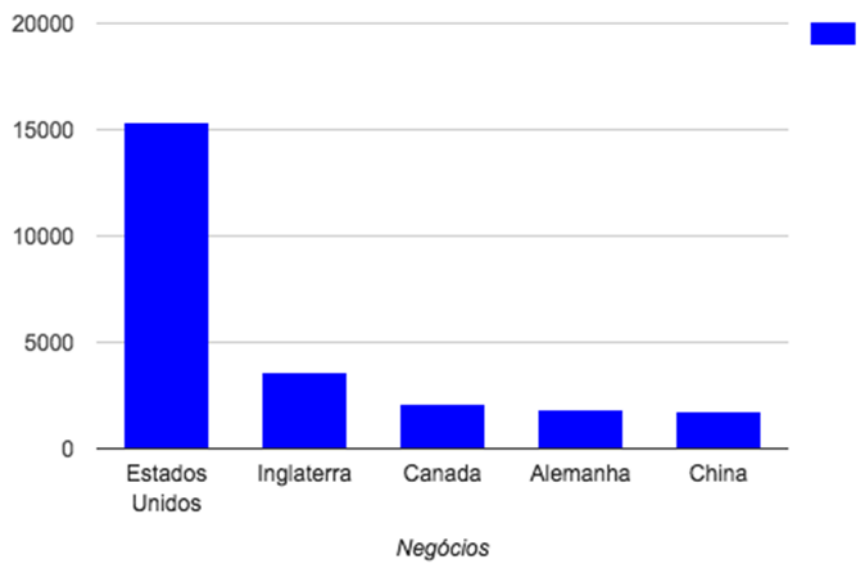


Fonte: autoria própria (2017).

O Brasil ocupa a vigésima colocação, com 3.467 artigos publicados. Cabe destacar que os Estados Unidos publicou quase 30 vezes mais artigos que o Brasil.

Na Figura 3 pode-se observar as publicações sobre Tomada de Decisão na área de Economia e Negócios. Assim como na Figura 2, é verificado um protagonismo das pesquisas norte-americanas, as quais importam em mais de 4 vezes a produção do segundo colocado, a Inglaterra.

Figura 3: Principais países em pesquisas sobre Tomada de Decisão na área de Economia e Negócios



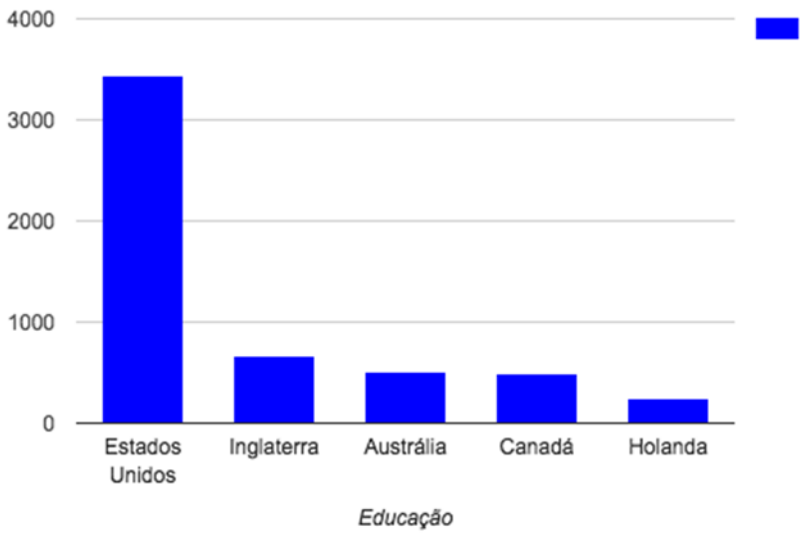
Fonte: autoria própria (2017).

O Brasil está na vigésima quarta posição, com 251 artigos publicados.

A Figura 4 representa os trabalhos publicados na área de pesquisa: Educação. Os norte-americanos continuam liderando estas pesquisas. No entanto, o que destoa das anteriores é a terceira colocação ocupada pela Austrália, que não estava entre os 5 primeiros nas figuras anteriores.

Os estudos brasileiros são quantificados em 37 documentos. Levando em consideração o período da coleta, que iniciou na década de 1960, é baixo se comparado com outros países. O Brasil ocupa a vigésima quinta colocação.

Figura 4: Principais países nas pesquisas sobre Tomada de Decisão na área de Educação.



Fonte: autoria própria (2017).

O baixo número de artigos publicados por pesquisadores brasileiros no contexto da educação reforça a necessidade de promover mais estudos sobre tomada de decisão no contexto da gestão educacional brasileira.

3 Considerações finais

O tema "Tomada de Decisão" tem uma amplitude que transcende uma única área de conhecimento. Neste estudo, pode-se verificar que perpassa áreas como: Economia, Medicina, Psicologia, Engenharia, Gestão, Ciências da Computação, Ecologia, Educação, Sociologia, Telecomunicações, dentre outras.

No entanto, os esforços do presente estudo estavam centrados na tomada de decisão empresarial no contexto da gestão educacional. Neste sentido, convém compreender as diferenças entre as pesquisas destas áreas, para possibilitar a convergência e conveniências destes estudos no contexto da Gestão.

Também convém destacar que o Brasil tem colocação intermediária de produção acadêmica tanto no total dos trabalhos de tomada de decisão, como nas áreas recortadas pelo presente artigo.

Educação tem pequena participação no contexto das áreas do conhecimento, o que deve justificar a necessidade de estudos sobre tomada de decisão no contexto da gestão educacional.

Como contribuição para estudos futuros, convém elencar os principais *Journals* dedicados ao tema, ordenados pela quantidade de citações. Também se sugere que o estudo seja comparativo entre as áreas de pesquisa em gestão, contemplando as áreas correlatas, e da mesma forma consolidando todos os estudos na área da educação.

Referências

FOSSATTI, Paulo; SOUZA, Renaldo Vieira de. A contribuição do programa gaúcho da qualidade e produtividade para a profissionalização da gestão do UNILASALLE Canoas. In *X Anped Sul* (pp. 1–22). Florianópolis. 2014.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar; tradução Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LAUDON, J.; LAUDON, K. *Sistemas de Informação Gerenciais*. 9ª. ed. São Paulo: Pearson, 2011.

LÜCK, H.. *Dimensões de gestão escolar e suas competências*. Curitiba: Positivo. 2009. Retrieved from http://www.fundacaolemann.org.br/uploads/estudos/ gestao_escolar/dimensoes_livro.pdf

MARCH, J. G.; SIMON, H. A. *Teoria das Organizações*. Rio de Janeiro: FGV, 1975.

MOTTA, F. C. P.; VASCONCELOS, I. G. *Teoria Geral da Administração* (3 ed.). São Paulo: Thomson, 2006.

MINTZBERG, H. *The Nature of Managerial Work*. Nova York: Harper e Row, 1973.

SIMON, Herbert. *Comportamento administrativo*: Estudo dos Processos Decisórios nas Organizações Administrativas. Rio de Janeiro: FGV, 1979.

TAYLOR, Frederick W. *Princípios de Administração Científica*. 7.tiragem. Rio de Janeiro: Atlas, 1978.

TAYLOR, Robert S. *Value-added processes in Information Systems*. New Jersey: Ablex, 1986.

WEICK, Karl. *A Psicologia Social da Organização*. São Paulo: Edgar Blücher, 1973.

ZAVADSKAS, E. K.; TURSKIS, Z. (2011). *Multiple criteria decision making (MCDM) methods in economics*: an overview. Technological and Economic Development of Economy, 17(2), 397–427.

O DIREITO A UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: RELATO SOBRE UMA EXPERIÊNCIA EDUCATIVA COM CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL

Marilse Bittencourt .
Graduada em Pedagogia – PUCRS- Porto Alegre –RS.
Professora dos anos iniciais da Escola Fundamental La Salle Esmeralda.
E-mail: marilsejeff@gmail.com

Roberto Carlos Ramos.
Doutorando em Educação – Universidade La Salle Canoas – RS. Mestre em Gestão Educacional pela Universidade do Vale do Rio do Sinos – UNISINOS – São Leopoldo – RS e Mestre em Ciência Política: Governação e Relações Internacionais pela Universidade Católica Portuguesa – UCP, Lisboa – Portugal. Diretor da Escola La Salle Esmeralda, em Porto Alegre-RS em Porto Alegre – RS. E-mail: roberto.ramos@lasalle.org.br

Resumo:

O ensaio tem como foco o direito à educação de qualidade e a aprendizagem, preconizado por vários dispositivos legais nos âmbitos internacional e nacional, especialmente a partir da década de noventa. Apresenta reflexões oriundas de uma experiência educativa, realizada com crianças estudantes do terceiro ano do Ensino Fundamental da Escola Fundamental La Salle Esmeralda, mantida pela Província La Salle Brasil-Chile. A Escola está situada numa vila de "carência máxima", onde a maioria das famílias vive do trabalho informal. Acolhe crianças em situação de vulnerabilidade social, principalmente associadas às pressões do tráfico de drogas, do desemprego e dos problemas socioeconômicos. Os desafios postos pelo ambiente externo interferem no desenvolvimento e na aprendizagem das crianças, requerendo por parte dos educadores um olhar diferenciado para esta realidade e o desenvolvimento de estratégias de intervenção pedagógica que contribuam para a potencialização da autoestima, da resiliência e da vontade de aprender.

Palavras-chave: Direito à educação. Ensino e aprendizagem. Vulnerabilidade social.

1 Introdução

A educação é fundamental para o desenvolvimento integral do ser humano e, desse ponto de vista, constitui-se um direito a ser assegurado a todos, preconizados por dispositivos legais, tanto no âmbito mundial, tais como: Educação para todos (EPT): satisfazendo as necessidades básicas de aprendizagem (UNESCO, 1990); Marco de Ação de Dakar: assumindo nossos compromissos coletivos (UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001); A Educação que queremos para a geração dos bicentenários: as metas educativas 2021, (OEI, 2008) e a Declaração de Incheon (2015); quanto no Brasil: Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988); Lei Nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências

(Brasil, 1990); a Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (Brasil, 1996); o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (Brasil, 2007a); o Plano de Desenvolvimento da Educação (Brasil, 2007b); o Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação (Brasil, 2007c); as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica (Brasil, 2013); o Plano Nacional de Educação (Brasil, 2014); e o documento Planejando a Próxima Década: Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014), dentre outros.

O Brasil tem estado, nos últimos tempos, em mudanças profundas motivadas por fatores políticos, econômicos e socioculturais. Estas têm afetado diretamente a vida das crianças, em função da posição social e econômica das famílias, principalmente nas periferias das grandes cidades, surgindo então, diversos desafios de aprendizagem que chegam até a escola, na qual, é desafiada a dar respostas concretas face a demandas dessa sociedade. Essas "convulsões sociais", mobilizam as escolas e os professores a assumirem posturas pedagógicas que viabilizem fomentar e potencializar a formação integral das crianças, principalmente no processo de aprendizagem.

Nesse sentido, a educação é fonte de desenvolvimento humano, cultural e sócio econômico, e a Escola Fundamental La Salle Esmeralda com seus professores, é desafiada a desempenhar um papel fundamental na educação das crianças e traduzir aspirações da sociedade e da missão institucional que é formar cidadãos integrais mediante ações educativas de excelência. (PLANO PROVINCIAL, 2015), e que os mesmos sejam responsáveis, ativos, participativos e empreendedores no contexto social onde vivem.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo analisar experiências no processo de aprendizagem do ano de 2016, com alunos que vivem em situação de vulnerabilidade social do 3º ano do Ensino Fundamental, numa escola particular gratuita, da periferia de Porto Alegre-RS. A pesquisa procura observar a importância e a caminhada para a aprendizagem, principalmente crianças que não foram alfabetizadas nesse nível de ensino, provenientes de escolas pública do mesmo contexto social, seguindo as orientações dos Marcos Regulatórios da educação em âmbito internacional e nacional e teóricos da aprendizagem, que se volta ao direito acesso à educação e à aprendizagem, promovendo a experiência e criação de espaço de troca e de construções significativas, baseadas em metodologias diferenciadas e lúdicas, trabalhando com as crianças as diversas áreas do conhecimento e valorizando os processos de aprendizagem de cada aluno, a disciplina e as suas vivências e enriquecendo através das ações e descobertas.

2 Relato de Uma Experiência

Nesta seção, temos como centralidade relatar a experiência da autora principal deste texto como docente de uma turma de terceiro ano do Ensino Fundamental, no decorrer do ano de 2016, buscando evidenciar as consideradas derrotas, as dores, os prazeres, as conquistas e as alegrias na caminhada. Diante disso, a interlocução passa a ser feita na primeira pessoa.

2.1 O contexto da Escola Fundamental La Salle Esmeralda

Escrever sobre minhas experiências educacionais, se expressa no desafio de produzir um texto tendo como contexto o espaço de construção do conhecimento, contemplando as vivências no processo de ensino-aprendizagem com educandos em situação de vulnerabilidade social. Inspiro-me em Alarcão quando a autora refere que

> É preciso escrever, refletir e compartilhar sobre o que se vive dentro da escola, em uma atitude de diálogo com os desafios, problemas, frustrações, sucessos, fracassos, mas também, como um diálogo reflexivo e crítico da prática docente, que tem como objetivo final avaliar os projetos educativos na escola, tendo presento com quem nela estuda e o que nela se ensina. (ALARCÃO, 2001, p.15).

Sou professora na Escola Fundamental La Salle Esmeralda há 8 anos, fazendo disso a minha grande missão. Como Lassalistas, herdamos a missão de São João Batista de La Salle. Por meio da fé e do zelo, a Escola mantém a tradição de uma educação voltada para o serviço educativo aos pobres. (RAMOS; FRAGA, 2016).

A escola localiza-se na Vila Esmeralda, geograficamente, entre os Bairros Lomba do Pinheiro e Agronomia, na periferia de Porto Alegre. A Vila é originária

> [...] de uma ocupação de caráter rural em terras que aos poucos foi se subdividindo em lotes de menores dimensões. O mais antigo dos assentamentos da área é a Vila Esmeralda, que já em 1954 estava instalada no local. Entretanto, é no início da década de 70 que se consolidou um processo irreversível de ocupação mais intensiva do solo neste local através da implantação de vários núcleos habitacionais. Esta região constitui atualmente o maior aglomerado de vilas populares e loteamentos clandestinos e irregulares do município abrigando, já em 1989, quase 20 000 habitantes, somente nas imediações das estradas João de Oliveira Remião, Afonso Lourenço Mariante e Dolores Duran. Sua população está distribuída principalmente nos núcleos conhecidos como Jardim Franciscano, Nova São Carlos, Viçosa, Herdeiros, Esmeralda, Triângulo, São Francisco, São Francisco do Boqueirão, Chácara das Peras, Jardim Lomba do Pinheiro, vilas MAPA I e II, Vila Pinhal e Panorama. (PORTO ALEGRE, 2017).

Uma análise rápida da evolução urbana da Lomba do Pinheiro e Agronomia, permite afirmar que os diversos espaços foram sendo ocupados, a partir das linhas de cumeada dos conjuntos de morros, cujas declividades não impunham restrições à urbanização, sendo que ao redor a presença de um significativo patrimônio natural caracterizando a paisagem local.

Na perspectiva social, é considerada no cenário municipal como uma vila de "carência máxima", onde maioria das famílias vive do trabalho informal, sem contrato de trabalho ou de Carteira de Trabalho assinada. A mulher é o arrimo familiar sustentando os filhos com o trabalho doméstico e a renda recebida do Governo (Bolsa Família). Há muitos casos no qual a avó é a responsável pelo sustento valendo-se da aposentadoria vitalícia paga pelo Sistema Único de Saúde - SUS. (PORTO ALEGRE, 2017).

A Escola Fundamental La Salle Esmeralda, está presente na Vila Esmeralda, desde 1981, sendo a única escola da comunidade. Acolhe crianças em situação de vulnerabilidade social, principalmente associadas às pressões do tráfico de drogas, do desemprego e dos problemas socioeconômicos. Conta com 49 colaboradores, entre professores e funcionários, com o desafio de

oferecer educação integral a 641 estudantes gratuitamente, distribuídos desde a Educação infantil até o 9º ano do ensino fundamental e demais serviços voltados a promoção social da comunidade mais carente, minimizando, parcialmente, a situação de vulnerabilidade social em que se encontram. (RAMOS; FRAGA, 2016).

Desde a sua fundação, a Escola vem crescendo nos aspectos cognitivo, espiritual e social. Por causa de sua inserção na comunidade, a Escola tornou-se uma referência para crianças, jovens e adultos, que buscam aprimorar-se por meio de uma educação de qualidade. (RAMOS; FRAGA, 2016). Possui uma proposta pedagógica diferenciada, atendendo crianças e jovens em situação de vulnerabilidade e/ou risco social. Para tanto, a busca permanente de caminhos educacionais diferenciados de acordo com o contexto, são desenvolvidos tendo como referência os dispositivos legais e a Proposta Educativa da Rede La Salle Brasil-Chile.

O tempo que leciono na Escola me permite conhecer a comunidade local em relação aos seus aspectos socioeconômicos e culturais, no qual é possível perceber as poucas possibilidades de leitura e escrita dos que circulam na comunidade, ou a maneira como elas são utilizadas. Inclusive, a baixa escolaridade da maioria das famílias e os envolvimentos deles com o alcoolismo, consumo e tráfico de drogas, etc.

Muitas pessoas da comunidade local têm inúmeras dificuldades em encontrar emprego, pois a baixa escolaridade é um dos principais fatores de exclusão socioculturais, e o grande desafio é justamente introduzir os alunos no processo de ensino-aprendizagem e de criar consciência da importância de estudar.

As defasagens da aprendizagem em muitos dos alunos em anos avançados do Ensino Fundamental são em virtude do abandono escolar, falta de professores das escolas públicas mas, principalmente, pela falta de acesso a jornais, leituras, incentivo dos pais para o estudo e até mesmo problemas emocionais e saúde física em função do ambiente local "tenso" na qual é criado entre as facções criminosas em luta pelo espaço territorial de tráfico de drogas e de poder.

Portanto, diante desse contexto, acreditamos na importância dos estudos e na aprendizagem desses alunos, e que os mesmos devem ir além dos muros escolares. Muitas vezes os próprios alunos citam que para trabalhar ou ajudar os traficantes não é preciso estudar muito. A realidade vivenciada por eles é de que não é necessário saber muitas coisas sobre o ensino formal para realizar o trabalho que está no seu alcance.

2.2 Fragmentos de um olhar sobre o passado...

No decorrer de minha atuação como professora sempre senti que poderia ser muito mais que uma boa professora. Estava no ano de 2016 e iniciava o 8º ano na Escola. Salteando angústias, ansiedades, desafios e incertezas no novo ano escolar e com várias expectativas em relação aos alunos que iriam ficar sob minha responsabilidade. Muitos dos alunos daquele terceiro ano eram novos na Escola, e além de tantos outros desafios, necessitava se familiarizar e entrarem em sintonia com esse novo contexto escolar e suas características.

As aulas começaram no dia 19 de fevereiro com a acolhida dos alunos. Sentia-me como os alunos, entrando pela primeira vez em sala de aula. Após os preparativos para o início das aulas, descobri o véu que estava sobre a realidade posta. Tive o primeiro contato com eles. A turma 33 era formada por 28 alunos, 14 meninas e 14 meninos. Estava em minhas em mãos o processo educacional, de aprendizagem e a formação dessas crianças.

Experimentei várias emoções ao internalizar sentimentos e assumir a missão de educa-los. Compreendia-me como uma professora, formada na academia, com alguns anos de experiência em sala de aula, que poderia teoricamente tomar conta de toda a turma, dar conta de sua aprendizagem e conteúdo desse nível escolar. Porém, uma inquietação... Conteúdos o que? Processo de aprendizagem homogênea? E para a minha surpresa, na primeira sondagem realizada com os alunos, constatei que 11 alunos estavam, de acordo com o a psicogênese da língua escrita (Ferreiro; Teberosky, 1999) no nível pré-silábico, 13 silábicos e, somente 4 alfabetizados. Isso tudo numa turma do terceiro ano do Ensino Fundamental, onde no mínimo todos deveriam estar pelo menos no nível alfabético.

Diante da constatação da primeira sondagem, realizei a segunda focalizando a configuração familiar das crianças. Do coletivo da turma, 9 moravam somente com a mãe; 1 somente com o pai, 2 são adotados e 16 vivem em uma família com ambos os pais. Na maioria, os avós são os cuidadores, pois é significativo o número de pais desempregados, usuários de drogas, ex-presidiários e presidiários, alcoólatras, e alguns com doenças como HIV positivo, câncer, etc. Desses, 5 alunos viviam em situação de extrema pobreza, na qual passavam fome e viviam em habitações precaríssimas. Nesta situação a Escola tem encaminhado à Assistência Social que intercede junto à Paróquia local que os auxilia com a entrega de cestas básicas.

A partir da primeira reunião com as famílias, observações dos comportamentos e dificuldades na aprendizagem, em sala de aula, atendimentos dos serviços pedagógicos e orientação educacional, foi diagnosticado que os estudantes necessitavam de ajuda com vários profissionais: treze deles precisaria de um acompanhamento com psicopedagogas, quatro de neurologistas, quatro de fonoaudiólogos, seis de psicólogos e um de oftalmologista.

Na convivência diária em sala de aula, pude observar que as crianças trazem consigo fantasias, ou seriam realidades, de agressão que talvez sejam produto do contexto familiar e da tensão vivida na Vila Esmeralda. Esta experiência escolar concreta confirmou que esses comportamentos foram se acentuando muito ao longo do ano.

Outro aspecto que marca a experiência desse ano escolar desses estudantes é a forma como são assimilados e construído os saberes. Não conseguem efetuar as operações matemáticas propostas, mas ficam muito atentos à disposição com que estas devem ser copiadas; não sabem responder à questão anterior nem à posterior, mas é grande a preocupação com o número exato de linhas do caderno que precisam "pular"... Sabem muito bem que não obedecer a esses detalhes (que não são enfatizados na leitura que a professora faz da tarefa) significa apagar tudo o que, com dificuldade, já copiaram e precisariam refazer todo o trabalho.

Foi fundamental exercer total domínio sobre o comportamento disciplinar dos alunos, não abrindo mão de mantê-los concentrados, fomentando permanente postura física, gestos e diálogos. Muitas vezes esbarrava nas expressões: "não têm comportamento", "são muito inquietos", "precisam de muito controle" eram muito mais presentes do que comentários sobre a aprendizagem.

Mesmo com toda essa carga de demanda no processo de aprendizagem da turma, meu desafio permanente foi desenvolver um trabalho de inclusão social a essas crianças em situação de vulnerabilidade social, por meio da recuperação da autoestima, aprendizagem, disciplina e o fomento da vivência dos valores humanos e cristãos.

Diante dessas constatações, com o apoio dos serviços pedagógicos da Escola, procuramos via Posto de Saúde da comunidade, realizar os encaminhamentos das prováveis necessidades detectadas com o conhecimento e a autorização das famílias dos educandos. Após demora prolongada, conseguimos via atendimento público, a ajuda de profissionais conforme as necessidades da turma. Alguns só seriam atendidos no final do ano letivo ou início do ano seguinte.

Como educadora tenho consciência e fala-se bastante da importância de conhecer os níveis de aprendizagem, para melhor compreender também as crianças e "não queimar etapas" ou considerar que todos aprendem do mesmo jeito e no mesmo tempo. Por isso, minha meta foi acompanhar de modo simples e objetivo os níveis de alfabetização que cada estudante se encontrava e suas hipóteses da escrita e construções, com a finalidade de ajudá-los a desempenhar seu processo educativo dentro do seu ritmo.

Porquanto, com as tarefas desenvolvidas, atividades, exercícios, metodologia diversificada com grupos de educandos em níveis silábicos diferentes, ficou mais claro que o conhecimento e a aprendizagem são possíveis de construir juntos, tanto o educador quanto o educando. Recordo uma das frases de Freire: "Não há docência sem discência." (FREIRE; 1996, p. 23).

Quem muito contribui, em termos de fundamentos teóricos no que diz respeito aos níveis de aprendizagem e no desenvolvimento da escrita e da leitura das crianças, diagnosticando as fases de cada aluno, os níveis que a criança vai progredindo dentro do seu tempo foram Ferreiro e Teberosky (1999). Estas estudiosas afirmam que uma criança que espera passivamente o reforço externo, produz pouco. Enquanto que uma criança que procura ativamente compreender a natureza da linguagem falada à sua volta, formula hipóteses, busca regularidade, coloca a prova as suas antecipações e cria sua própria gramática. Portanto, a criança constrói por si mesma a linguagem a partir das informações que o meio oferece.

Na prática de ensino diário, os 11 alunos em nível pré-silábico foi muito desafiante, pois não compreendiam que a escrita representa a fala e o som das palavras. Em vista disso, a ênfase começo com a consciência fonológica, a associação palavra, som, objeto, uso também a imagem, traços, desenho para escrever. Uma característica importante de salientar nas experiências com esses alunos é que acham que os nomes das pessoas e dos objetos têm relação com o tamanho e idade, ou seja, uma pessoa grande tem que ter nome enorme. (FERREIRO; TEBEROSKY,1999).

Já com as 13 crianças em nível silábico observei que, progressivamente, foram percebendo que não é com símbolos que se escreve, mas com signos gráficos escritos. Foi quando começaram a entender que a escrita representa partes sonoras das palavras, atingindo esse nível silábico. O mais interessante das novas descobertas foi o escrever a quantidade de letras de acordo com o número de sílabas da palavra e naturalmente começaram a escrever os seus nomes ou dos familiares, e amigos mais próximos. (FERREIRO; TEBEROSKY,1999).

Destaco nesse processo as atividades em grupo conforme o nível do processo de aprendizagem e exercícios extras a serem realizados junto com os pais; leitura oral da escrita. Os alunos que estavam em um estágio mais avançado na aprendizagem, por meio de atividades em duplas ou trios, realizavam partilhas de conhecimentos, auxiliando-se mutuamente.

Nesse processo de aprendizagem, como professora, sempre tive a atitude e abertura em buscar novas situações de aprendizagem e jeitos de ensinar e aprender com os alunos, bem como contar com o apoio pedagógico, da orientação educacional para atingir os objetivos com cada criança. Além da auto reflexão e auto avaliação de minha prática no processo de construção do conhecimento, as dificuldades enfrentadas por cada aluno oriundas do meio social onde as crianças estão inseridas, foram questões importantes nesse trabalho.

Nas questões sociais, culturais e econômicas, procurei resgatar a importância das famílias na aprendizagem dos filhos. Tive o apoio permanente na realização das atividades de casa, o envolvimento da família no processo de aprendizagem (tripé: aluno, escola e família); e o uso de esquemas de trabalho, organizados por mim, para serem realizado em casa.

Por fim, destaco outras estratégias que favoreceram o processo de aprendizagem dos educandos. Dentre elas destaco o resgate da disciplina, as relações interpessoais e o cumprimento de

normas de convivência e regras da sala de aula. Quando ocorriam incidentes em sala de aula, eram retomadas as atitudes e os compromissos disciplinares assumidos pela turma.

Os momentos de formação humana, contemplando dinâmicas de grupos, momentos de espiritualidade, hora do conto, musicalidade, dramatização, reforçando os valores humanos, relacionais e atitudinais, contribuíram sobremaneira para formação das crianças.

Portanto, no decorrer da caminhada escolar do ano de 2016, da turma em questão, diversas constatações, encaminhamentos junto aos órgãos públicos de saúde e principalmente a ação docente e dos serviços pedagógicos e orientação educacional estiveram unidos. Ao final do ano, na avaliação feita, percebi que o maior desafio foi alfabetizá-los. A demora dos atendimentos dos profissionais da saúde SUS, a falta de atendimento especializado de uma psicopedagoga e de um laboratório de aprendizagem foram pontos negativos no processo do conhecimento destes estudantes.

3 Reflexões Sobre a Experiência Vivida e Partilhada: Retomando o Diálogo

Com base nos fragmentos da experiência relatada pela autora, retomamos o diálogo, buscando estabelecer algumas relações entre o vivido e a Proposta Educativa da Rede La Salle e demais dispositivos legais, orientadores da ação na Escola Esmeralda. A seguir, pontuamos alguns pressupostos centrais.

3.1 A educação como direito de todos

O artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), afirma que "A educação é um direito de todos." A acolhida de crianças em sala de aula em contexto de vulnerabilidade social, tem presente os diferentes processos de ensino aprendizagem, a opção da escola e do trabalho efetivo da professora com a turma por uma educação inclusiva para todas as crianças.

Neste contexto, as ações desenvolvidas, a metodologia utilizada em sala de aula, conduz a uma educação de qualidade, a promoção da equidade de gênero e a integração dos alunos com dificuldades de aprendizagem, emocionais e saúde física. (DECLARAÇÃO DE INCHEON, 2015).

No que concerne a equidade destacam-se as ações que promovam a permanência dos alunos na escola, a valorização da história de cada indivíduo, o ambiente seguro, o exercício docente na realização de atividades variadas que atraiam os alunos para o processo de ensino aprendizagem.

A formação humana proporciona as crianças ambiente educativo para que se sintam livres de qualquer discriminação, insegurança, através da promoção de atitudes e valores como a solidariedade, o amor pelo próximo, entre outros. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014).

Quanto aos alunos com dificuldade de aprendizagem, uma educação inclusiva, por meio de respeito aos ritmos de cada aluno no sentido de desenvolvimento de metodologias e técnicas para o desenvolvimento dos níveis silábicos, tendo em conta o nível de cada um. Dessa forma, a educação contribui e ajuda a combater a estigmação vividas no passado pelos pais e responsáveis e as

crianças que a alfabetização no processo de ensino aprendizagem. (UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001).

A educação inclusiva dos alunos da turma 33, tornou-se efetiva por estar enraizada nos princípios educacionais da rede La Salle, na vida da Escola e o envolvimento das famílias, pais e responsáveis nesse processo. Com efeito, a escola, para além de desenvolver competências relevantes para a vida, tem a missão tem de fomentar os exercícios dos direitos humanos, que se dá na forma como a escola se organiza, na maneira como interagem, a partir do docente em sala de aula, na pratica pedagógica e na comunidade local.

3.2 Ensino-aprendizagem centrado no aluno

A Proposta Educativa Lassalista (2014), coloca o aluno no centro do processo de ensino aprendizagem, atuando como sujeito ativo na busca de conhecimento e na construção de sua aprendizagem e visão de mundo. Na experiência com a turma 33, a professora assumiu seu papel como mediadora diante do diagnóstico do processo de aprendizagem dos alunos. Direcionou seu fazer pedagógico, criando práticas e oportunidades educativas diversificadas que permitiram progressivamente os alunos em diferentes níveis de alfabetização desenvolver as suas potencialidades. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE 2014).

3.3 Ensino-aprendizagem orientado para o desenvolvimento de competências

O contexto de vulnerabilidade social, na qual as crianças estão inseridas, necessita uma preparação desde o ambiente escolar para esse mundo atual de. que eles sejam capazes de discernir melhor as opções de vida no futuro, resolver problemas complexos, adaptar-se as mudanças rápidas e saber viver e conviver com os outros. (DECLARAÇÃO DE INCHEON, 2015).

Nesta perspectiva, o processo de ensino aprendizagem tem a intensão de preparar as crianças para a vida, no qual o saber ler e escrever, a resolução de problemas nas relações interpessoais, tem fomentado a continuar a aprender ao longo da vida.

O desenvolvimento das competências consideradas relevantes para essa fase da vida das crianças, tem um caráter que ultrapassa os limites da escola, se entendendo as famílias e comunidade local. Neste sentido, todos os momentos de vida, dentro e fora da escola, são constituídos por oportunidades de aprendizagem efetiva, através da prática docente diária. (BRASIL, 2007).

Portanto, o foco na aprendizagem, traz presente situação própria da vida das crianças e que as mesmas sejam úteis para a vida. Dessa forma, as experiências de aprendizagem propostas pela professora, e a evolução dos alunos nesse caminhar, obteve sucesso graças a abordagem da solução de problemas dos contextos onde vivem, através da ligação com a alfabetização tardia das crianças e sua aplicação a questões concretas da vida, na família e comunidade local.

A experiência vivenciada com a turma 33 reforça a ideia que para favorecer a aprendizagem de alunos com dificuldade, é importante avaliar, contextualizar, diversificar. Cada aluno tem sua própria forma de aprender, ainda que possa ser beneficiado pelo trabalho em grupo.

A aprendizagem, por sua vez, é um processo dialógico. É através do diálogo que o professor conhece o aluno, identifica como ele pensa e, somente assim, pode refletir sobre as modificações necessárias no processo para favorecer seu desenvolvimento cognitivo, social, educacional e interpessoal. É preciso ajudar o aluno a estabelecer relações entre o conhecimento novo e o que já domina.

É importante, também, valorizar o que ele sabe fazer bem, para que desenvolva o sentimento de autovalorização e sinta-se encorajado a enfrentar os desafios. O apoio e a formação permanente dentro da área especifica e o comprometimento do educador, são condições essenciais par o sucesso de um projeto deste nível. O professor tem que "fazer milagres" em sala de aula.

Diante da grande defasagem na alfabetização no terceiro ano, não consegui obter sucesso com a totalidade da turma. Dentre as conquistas, no final do ano dezenove alunos aprovaram para o quarto ano, escrevendo pequenos textos, com uma leitura dinâmica. Talvez a maior conquista, minhas e dos alunos, tenha sido a potencialização da motivação em aprender, a autoestima, as relações interpessoais fortalecidas, a organização, o comprometimento com os estudos a importância das regras de convivência. Vale citar também o vínculo afetivo e de confiança, estabelecido com a professora e a turma.

Um dos encaminhamentos pontuais para o ano seguinte, foi o dar continuidade do trabalho com os alunos retidos nesse ano escolar, tendo presente a importância do currículo escolar adaptado, principalmente os alunos com transtornos na aprendizagem.

Aprendi apostar no aprender mais solidário contando com a ajuda de colegas de profissão. É conquistando, no ambiente escolar, espaços que propiciem partilhas de experiências, trabalho pedagógico coletivo e respeito pela singularidade humana. Administrar melhor os tempos de aprendizagem para amenizar o descompasso entre o tempo da escola é contribuir para que sejam interrompidos possíveis processos de exclusão escolar.

O aprender e ensinar, neste contexto, implicou olhar para as próprias limitações, acreditando serem elas superáveis. Implicou explorar e compreender o "ainda não sei" como uma possibilidade de vir a saber, incorporando ao cotidiano da sala de aula e da escola um aprender e um ensinar mais solidário, em que uns eram ajudados por outros a realizar o que nem sempre eram capazes de fazer sozinhos.

A seguir, passamos as considerações finais.

4 Considerações Finais

Concebemos um modelo de ensino aprendizagem que implica pensar um processo. Processo esse que respeita as particularidades de cada estudante, levando em consideração as situações de vulnerabilidade por ele vivido, não exigindo respostas imediatas de quem está realizando o processo.

Constitui-se numa metodologia não-excludente, isto é, que está aberta a todos, isto é, com direito a aprendizagem e a educação. Além de enfatizar o trabalho com os alunos, independentemente do nível de aprendizagem que se encontram, procuramos estabelecer fortes vínculos com as famílias e a comunidade local onde está inserida.

Essa forma de pensar educação, tem bem definida uma concepção de pessoa humana. Concebe-se o ser humano como ser integral, que é constituído pelas dimensões física, psíquica e

espiritual. (PROPOSTA EDUCATIVA LASSALISTA, 2014). Essa visão holística do indivíduo quebra com o esquema de uma concepção fragmentada de pessoa e dos processos de aprendizagem.

A importância da interdisciplinaridade, como meio de integração dos conteúdos e conceitos que são trabalhados de acordo com cada nível de aprendizagem dos alunos e que possam passar pela vida dos estudantes e os mesmos contribuir para transformação do contexto sociocultural onde estão inseridos.

Por meio da disciplina e formação humana, cada criança constrói a sua história, com seus desafios, dificuldades e capacidades, e como professores e como escola, somos desafiados permanentemente propiciar oportunidades para que os alunos possam construir o conhecimento e atingir os objetivos e sonhos desejados.

Referências

ALARCÃO, Isabel. *Por uma Escola Reflexiva e Nova Racionalidade*. Porto Alegre: Artmed, 2001.

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

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

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

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

___. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais:* apresentação dos temas transversais. Brasília, DF: MEC/SEF, 1997.

___. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*/ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

___. *Plano de Desenvolvimento da Educação*. Brasília: Ministério da Educação, 2007.

___. *Decreto nº. 6.094, de 24 de abril de 2007*. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação, pela União Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 abr. 2007.

___. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos:* Diretrizes Nacionais – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

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

___. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei nº 13005, de 25 de junho de 2014.* Aprova o Plano Nacional de Educação- PNE e dá outras providências, 2014.

___. Ministério da Educação. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE). *Planejando a Próxima Década:* Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação, Brasília, 2014.

FERREIRO, Emilia; TEBEROSKY, Ana. *Psicogênese da língua escrita*. Porto Alegre: Artmed, 1999.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*: saberes necessários à prática docente. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA -UNESCO. *Declaração Mundial sobre Educação para Todos*: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). CONSED, Ação Educativa. *Educação para Todos*: o Compromisso de Dakar. Brasília: Unesco, Consed, Ação Educativa., 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS IBERO-AMERICANOS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. A Educação que queremos para a geração dos bicentenários: Metas Educativas 2021, 2008.

PORTO ALEGRE. *As Caras da Cidade.* Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/default.php?reg=7&p_secao=193. Acesso em 30 mar 2017.

PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE. *Proposta Educativa Lassalista.* Porto Alegre, 2014.

RAMOS, Roberto Carlos; FRAGA, Sonia Maria. *La Salle Esmeralda:* ensinamentos com sua história. Revista Integração. Rede La Salle. Ano XLV. n.118, dez.2016.

O SERVIÇO EDUCATIVO A POBRES NOS DISPOSITIVOS LEGAIS DO INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS: PERSPECTIVAS PARA UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

Roberto Carlos Ramos. Doutorando em Educação pelo Universidade La Salle – Canoas – RS. Mestre em Gestão Educacional pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos – São Leopoldo – RS e Mestre em Ciência Política: Governação e Relações Internacionais pela Universidade Católica Portuguesa – UCP, em Lisboa – Portugal. *E-mail*: roberto.ramos@lasalle.org.br.

Jardelino Menegat. Doutor em Educação pelo Centro Universitário La Salle – Canoas – RS. Mestre em Gestão do Conhecimento e Tecnologia da Informação pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Reitor do Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro – UNILASALLE – RJ e Professor do curso de Direito. Chanceler da Universidade Católica de Brasília – UCB. *E-mail*: jardelino.menegat@lasalle.org.br.

Resumo:

O artigo, decorrente de uma análise documental, focaliza o serviço educativo a pobres no contexto do Ideário Educativo Lassalista, tendo como referência analítico-discursiva os dispositivos legais que orientam a ação educativa do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs. Constituíram o *corpus investigativo:* a) no âmbito do Instituto: Assembleia Internacional da Missão Educativa Lassalista – AIMEL (2013); 45º Capítulo Geral dos Irmãos das Escolas Cristãs (2014) e Rumo ao ano 2021: vivendo juntos a alegria da nossa missão (2015); b) no âmbito da América Latina e Caribe: Proposta Educativa Lassalista para a América Latina e Caribe - PERLA (2011); c) no âmbito da Província La Salle Brasil-Chile: Primeiro Capítulo Provincial (2014); Proposta Educativa Lassalista (2014), Projeto Provincial (2015). A análise dos documentos, por meio da Técnica de Análise de Conteúdo, sinaliza para: a) a centralidade da ação educativa, especialmente às crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, desde a gênese do Instituto; b) o desafio relativo à manutenção e à sustentabilidade financeira das obras educativas destinadas a essas crianças e adolescentes, em contextos formais e não formais de educação; c) a revitalização constante do Ideário Educativo Lassalista para atender às urgências educativas que emergem na contemporaneidade, tendo em vista a oferta de educação de qualidade.

Palavras-chave: Educação de qualidade. Serviço Educativo a Pobres. Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs.

1 Introdução

Este artigo, decorrente de uma análise documental, focaliza o serviço educativo a pobres no contexto do Ideário Educativo Lassalista, tendo como referência analítico-discursiva os dispositivos legais que orientam a ação educativa do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs.

Na gênese da tradição lassalista, entre 1680 a 1694, o fundador dos Irmãos das Escolas Cristãs, São João Batista de La Salle, juntamente com os primeiros Irmãos que se associaram à sua proposta educativa, gradativamente foram dando forma à constituição das Escolas Cristãs e à formação de educadores com o objetivo de proporcionar educação a crianças e jovens mais pobres, o que pode ser confirmado nos escritos pedagógicos e na criação da Escola Normal. A preocupação com a educação aos mais pobres fomentou a formação de educadores, bem como a elaboração conjunta dos programas educativos e a partilha das descobertas pedagógicas (CORBELLINI, 2006).

Nesse contexto histórico, La Salle abordou diversas vezes em seus escritos[13] a questão da pobreza e seus irreparáveis efeitos para os filhos dos operários e dos pobres, e de como atuar para remediar esta terrível situação[14]. Como os pais desses alunos, além de não terem maior instrução, passavam o dia buscando formas de ganhar o pão para si e para seus filhos, deixavam essas crianças entregues à própria sorte. Como resultado desse abandono, ou seja, dessa falta de instrução e educação, as crianças eram afetadas nas dimensões física, psíquica e humana para o resto de suas vidas.

Cabe pensar no lassalianismo desde seus inícios e sua razão de ser: a educação humana e cristã era o propósito do fundador São João Batista de La Salle, no contexto francês do século XVII. A partir do seu olhar espiritual, La Salle percebeu que a educação era uma necessidade e ao mesmo tempo uma exigência de preparação para a vida daquelas crianças, principalmente como um meio de prepará-las para o exercício de uma profissão (HENGEMÜLE, 2009, p. 44).

É nessa situação que o Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs foi e é "de grandíssima necessidade" [15]. Por meio dele, "coloca em lugar dos pais e mães pessoas instruídas e zelosas" [16], os Irmãos, para instruírem e educarem seus filhos. Este é "o ideal que motivou o fundador do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs[17], São João Batista de La Salle".

Para Sauvage (1963), a escolarização, na França, no século XVII, enfrentava o movimento da população que valorizava muito o aspecto oral e pouco o saber ler e escrever. Mas, a crescente consciência da necessidade do ensino popular levou a muitas iniciativas, como a abertura de escolas e a escolarização. Isso favoreceu para São João Batista de La Salle iniciar a abertura de escolas populares. Embora alguns julgassem o ensino aos pobres desnecessário, porque "não convém instruir o povo", a Igreja Católica conferia ao ensino elementar uma crescente importância, e o encarava como uma transformação sociológica. De outra parte, o desenvolvimento da cultura e a difusão da imprensa exerciam influência importante nesse movimento de escolarização.

Para La Salle, os desafios da educação humana e cristã das crianças e jovens mais pobres consistiam em formar melhor os educadores e assegurar a formação humana e cristã, pois a competência pedagógica e o conhecimento dos conteúdos a serem ensinados eram indispensáveis para assegurar a qualidade educativa a essas crianças e jovens. No tempo de La Salle, as oportunidades de estudos pessoais e de preparação das aulas eram consideradas uma espécie de formação permanente para os professores. La Salle, junto com os seus professores, tinha como objetivo manter e garantir a qualidade das escolas gratuitas a serviço dos pobres (CORBELLINI, 2006).

---

[13] Irmãos das Escolas Cristãs. *Regras Comuns* (1705), Cap. 1, art. 4, 5 e 6 – CL 25, p. 16; João Batista de La Salle (La Salle). Meditações para o Tempo do Retiro (MR), 193,2; 194,1, p. 440.

[14] Um desses escritos de La Salle são as Meditações. Elas se dividem em três blocos: "Meditações para os Domingos do Ano" (MD), de nº 1 a nº 77; "Meditações sobre as principais festas do Ano" (MF), de nº 78 a nº 192; "Meditações para os dias de Retiro" (MR), de nº 193 a nº 208.

[15] Irmãos das Escolas Cristãs. *Regras Comuns* (RC) (1705), Cap. 1, art. 4 – CL 25, p. 16; La Salle. MR, 193,2, p. 440.

[16] La Salle. MR 193, 2. p. 440.

[17] Irmãos das Escolas Cristãs. *RC 1705*, Cap. 1,5

O compromisso assumido ao longo dos tempos pelo Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs foi e continua sendo o de ser fiel à história das origens e ao contexto onde se situam as escolas hoje. Diante desse contexto social, atualmente o Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs mantém a missão educativa tendo presente os princípios fundacionais, isto é, atender às necessidades educacionais daqueles que não têm sua dignidade respeitada, nem os seus direitos fundamentais reconhecidos (45º Capítulo Geral, 2014).

A educação de crianças e jovens em situação de vulnerabilidade social, voltada aos direitos humanos e ao direito à educação de qualidade, é algo que está na essência da missão educativa lassalista, e expressa nos documentos do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs. Portanto, desde as origens do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs o ministério da educação cristã a serviço dos pobres está presente nos dispositivos legais que orientam a ação educativa do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs.

A expressão que caracteriza a missão específica do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs é "serviço educativo aos e com os pobres". A mesma nos remete às crianças e aos jovens em situação de vulnerabilidade social. São eles que nos levam a questionar sobre as diversas e variadas causas que nos levaram a esta situação de pobreza e de vulnerabilidade em que vivemos ainda hoje. Essa situação nos motiva a pesquisar, estudar, refletir e agir individual e coletivamente, juntamente com os educadores das escolas de serviço educativo aos e com os pobres, para encontrarmos soluções em vista de mais igualdade social.

Desde a fundação do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, o humanismo cristão inspirou São João Batista de La Salle. Hoje, os continuadores da obra lassalista procuram atender às demandas sociais que se apresentam com novos contornos e expressões em comparação à época do Fundador. No entanto, continuamos com a exclusão social, resultante do modelo neoliberal, a revolução tecnológica, a globalização econômica, da informática e cultural. Todas essas transições foram potencializadas pelo modelo neoliberal que tem modificado drasticamente a forma de viver de milhões de pessoas em todo o mundo, aumentando o índice de pessoas mais pobres em comparação aos mais ricos.

Esses fatos quase simultâneos produziram uma mudança de época, causando impactos à sociedade global, dentre eles, o acesso e o direito à educação de qualidade, principalmente às crianças em situação de vulnerabilidade social. Surgem, então, nas últimas décadas, alguns documentos lassalistas que visam garantir o ideário fundacional, com o objetivo de proporcionar educação de qualidade para todos, em nível nacional e internacional. Tais direitos pressupõem a igualdade de condições de acesso, permanência e sucesso na escola. O princípio vale em geral, mas é imperativo quando se trata da escolarização obrigatória, o coração do direito à educação.

Assegurando o pleno direito fundamental à educação promovida pelos lassalistas, principalmente para crianças e jovens menos favorecidos social e economicamente, tendo presente que este é um processo permanente e que depende da atuação de muitos atores, entre eles, instituições públicas e privadas, educadores, a criança, o jovem e sua família, entre outros. Quanto maior for o compromisso de cada um e a percepção da importância de educar – até para prevenir a vitimização dos atingidos –, mais rápido e efetivamente o direito à educação de qualidade será incorporado no mundo real e à instituição lassalista.

A educação de crianças e jovens em situação de vulnerabilidade social baseia-se na concepção dos seres humanos como energia ativa, e uma maneira criativa que as educou integralmente pode tornar-se consciente da realidade e intervir em sua transformação para criar uma sociedade mais justa. Para fazer isso, as pessoas educadas em direitos humanos devem promover o conhecimento, habilidades, atitudes e valores universais, articulados pelas dimensões políticas,

sociais e éticas, a fim de fortalecerem uma base cidadã preocupada com o bem comum; capaz de influenciar o público e fazer dos direitos humanos uma realidade nas instituições lassalistas; com uma forte moral democrática para transformar as relações de dominação, e promover formas amigáveis de interações e convivência democrática justa; e para definir novas práticas sociais e educativas.

2 Abordagem Metodológica

O estudo, de cunho teórico e do tipo documental, focaliza o serviço educativo aos pobres no contexto do Ideário Educativo Lassalista, tendo como referência analítico-discursiva os dispositivos legais que orientam a ação educativa do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs. Constituíram o *corpus investigativo:* a) no âmbito do Instituto: Assembleia Internacional da Missão Educativa Lassalista – AIMEL (2013); 45º Capítulo Geral dos Irmãos das Escolas Cristãs (2014), e Rumo ao ano 2021: vivendo juntos a alegria da nossa missão (2015); b) no âmbito da América Latina e Caribe: Proposta Educativa Lassalista para a América Latina e Caribe - PERLA (2011); c) no âmbito da Província La Salle Brasil-Chile: Primeiro Capítulo Provincial (2014); Proposta Educativa Lassalista (2014); e Projeto Provincial (2015).

No que se refere à análise documental serão analisados os documentos orientadores da ação educativa na Rede La Salle, tanto em nível de Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, quanto em nível de América Latina e Província La Salle Brasil-Chile.

Essas inferências, no entanto, devem ser tratadas somente como indícios de que vale a pena serem investigadas mais a fundo, em vez de serem tratadas como descobertas definitivas, já que podem se revelar mais tarde como falsas indicações. (YIN, 2001).

E continua:

> Devido ao seu valor global, os documentos desempenham um papel óbvio em qualquer coleta de dados, ao realizar estudos de caso. Buscas sistemáticas por documentos relevantes são importantes em qualquer planejamento para a coleta. Por exemplo, durante as visitas de campo, você deve dividir o tempo para fazer visitas às bibliotecas locais e a outros centros de referência. Você deve, também, obter permissão para examinar os arquivos de qualquer organização que está sendo estudada, incluindo a revisão de documentos que talvez já tenham sido postos no depósito. (YIN, 2001, p.107).

"O agendamento dessas atividades de recuperação é uma questão geralmente flexível, independente de outras atividades de coleta de dados, e a busca, em geral, pode ser feita da maneira e na hora que você achar melhor." (YIN, 2001, p.107). Portanto, por essa razão há pouca desculpa para omitir uma revisão completa das evidências documentais existentes.

Yin (2001) apresenta fontes de evidências dos estudos de caso que variam de acordo com a natureza do caso investigado. Neste caso específico, o presente artigo refere-se à análise documental, isto é, a pesquisa documental deve constar do plano de coleta de dados. O material coletado e analisado é utilizado para corroborar evidências de outras fontes e/ou acrescentar informações. É preciso considerar que nem sempre os documentos retratam a realidade. Por isso, é importantíssimo tentar extrair das situações as razões pelas quais os documentos foram criados. Os documentos podem fornecer "pistas" sobre outros elementos. Como mencionado anteriormente, o estudo de caso possibilita a triangulação de dados como estratégia de validação.

Portanto, o autor recomenda que se empreguem múltiplas fontes de evidência em relação ao mesmo fenômeno; a construção de uma base de dados, através de notas, documentos, tabulações e narrativas (interpretações e descrições dos eventos observados, registrados etc.); estabelecimento de uma cadeia de evidências que possibilite ao leitor a capacidade de legitimar o estudo, desde as questões de pesquisa até as conclusões finais.

3 A análise dos documentos foi realizada por meio da Técnica de Análise de Conteúdo

Para a análise das temáticas extraídas do material selecionado utilizamos a Técnica de Análise de Conteúdo proposta por Bardin (2009), que apresenta análise de conteúdo numa perspectiva de pesquisa científica, concreta e operacional do método de investigação.

Segundo Bardin (2009), a primeira parte da análise parte de uma exposição histórica.

> Descrever a história da "análise de conteúdo" é essencialmente (...) seguir passo a passo o crescimento quantitativo e a diversificação qualitativa dos estudos empíricos apoiados na utilização de uma das técnicas classificadas sob a designação genérica de análise de conteúdo; é observar *a posteriori* os aperfeiçoamentos materiais e as aplicações abusivas de uma prática que funciona há mais de meio século. (BARDIN, 2009, p.15).

Deste modo, historicamente, alguns fenômenos são primordiais e acabam por afetar a investigação e a prática da análise de conteúdo.

Para Bardin (2009), a análise de conteúdo, enquanto método, torna-se um conjunto de técnicas de análise das comunicações que utiliza procedimentos sistemáticos e objetivos de descrição do conteúdo das mensagens. Dessa forma, situa a análise de conteúdo no plano cronológico e epistemológico, e remete o pesquisador a pôr em prática alguns exemplos elucidados na pesquisa, levando o investigador a iniciar a tarefa no seguinte: o jogo entre as hipóteses, entre a ou as técnicas e a interpretação. "Isto porque a análise de conteúdo se faz pela prática." (BARDIN, 2009, p.51).

A análise de resultados é decorrente de testes de associação de palavras (estereótipos e conotações). A administração do teste tem por objetivo estudar os estereótipos sociais espontaneamente partilhados pelos membros de um grupo relativo a certas profissões, países ou nomes próprios. Para tal, aplica-se um teste de associação de palavras a uma amostra de indivíduos. Em suma, a aplicação do teste, segundo Bardin (2009), é simples. Recomenda-se que os sujeitos associem, livre e rapidamente, a partir da audição das palavras indutoras (estímulos), outras palavras (respostas) ou palavras induzidas.

A terceira e quarta partes aprofundam-se na questão do método e das técnicas, respectivamente: a organização da análise; a codificação de resultados; as categorizações; as inferências; e, por fim, a informatização da análise das comunicações. Para a aplicabilidade coerente do método, de acordo com os pressupostos para a interpretação das mensagens e dos enunciados, a Análise de Conteúdo deve ter como ponto de partida a organização. As diferentes fases da análise de conteúdo organizam-se em torno de três polos, conforme Bardin (2009, p.121): 1. A pré-análise; 2. A exploração do material; e, por fim, 3. O tratamento dos resultados: a inferência e a interpretação.

A pré-análise, primeira fase desta organização de análise de conteúdo, objetiva a sistematização para que o analista conduza as operações sucessivas de análise. Assim, num plano

inicial, a missão desta primeira fase é, além da escolha dos documentos a serem submetidos à análise, também a formulação de hipóteses para a elaboração de indicadores necessários à interpretação final. Nesse aspecto, constitui-se uma problemática referente à pré-análise e, principalmente à escolha dos documentos.

Trata-se, portanto, de reconhecer que para um trabalho mais profícuo de análise de conteúdo é necessário restringir as amostragens. "A análise pode efetuar-se numa amostra desde que o material a isso se preste. A amostragem diz-se rigorosa se a amostra for uma parte representativa do universo inicial." (Bardin, 2009, p.123).

Nesse sentido, o autor afirma que

> Nem todo o material de análise é susceptível de dar lugar a uma amostragem e, nesse caso, mais vale abstermo-nos e reduzir o próprio universo (e, portanto, o alcance da análise) se este for demasiado importante. (BARDIN, 2009, p.123).

A análise de conteúdo, enquanto conjunto de técnicas de análise de comunicações, ao longo dos anos, sofreu reformulações desde os primeiros preceitos da Análise de Conteúdo Clássica, de acordo com estudos propostos por Krippendorff (1980), até os dias atuais, com uma análise mais contemporânea, já de acordo com preceitos metodológicos influenciados pelo uso do computador (Bardin, 2009).

Para Bardin (2009), a análise de conteúdo possui ancoragem consistente no rigor metodológico, com organização propícia à compreensão aprofundada do método e, ao mesmo tempo, traz aos pesquisadores um caminho multifacetado que caracteriza a análise de conteúdo como o método que, historicamente e cotidianamente, produz sentidos e significados na diversidade de amostragem presentes no mundo acadêmico.

4 O Serviço Educativo a Pobres nos dispositivos do Instituto

O artigo, decorrente de uma análise documental, focaliza o serviço educativo a pobres no contexto do Ideário Educativo Lassalista, tendo como referência analítico-discursiva os dispositivos legais que orientam a ação educativa do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs. Constituíram o *corpus investigativo:* a) no âmbito do Instituto: Assembleia Internacional da Missão Educativa Lassalista – AIMEL (2013); 45º Capítulo Geral dos Irmãos das Escolas Cristãs (2014) e Rumo ao ano 2021: vivendo juntos a alegria da nossa missão (2015); b) no âmbito da América Latina e Caribe: Proposta Educativa Lassalista para a América Latina e Caribe - PERLA (2011); c) no âmbito da Província La Salle Brasil-Chile: Primeiro Capítulo Provincial (2014); Proposta Educativa Lassalista (2014); Projeto Provincial (2015).

Os documentos institucionais dos Irmãos das Escolas Cristãs fornecem informações valiosas no sentido de compreender como a instituição lassalista em nível mundial, América Latina e Caribe e Brasil – que possuem na sua gênese constitutiva o princípio de uma educação humana e cristã de qualidade aos e com os pobres, uma congregação religiosa, estruturada sobre estes princípios –, elabora os seus projetos educacionais diante de contextos históricos, sociais e econômicos, direcionados principalmente a crianças e jovens em situações de vulnerabilidade social. Ao mesmo tempo, situações de vulnerabilidade social a que muitas crianças e adolescentes estão sujeitas trazem a necessidade de se considerar o impacto das condições de vida no processo educativo.

As escolas de serviço educativo aos pobres são uma fonte de suporte social, gerando a necessidade de ações de formação humana e cristã a partir da formação continuada para os professores, e voltadas para a compreensão e o enfrentamento dessa realidade.

A necessidade de promover educação humana e cristã para os pobres tem sido o elo responsável por vincular a história lassalista à educação, portanto, o serviço educativo a pobres é um elemento constitutivo da missão lassalista e está expresso nos documentos que seguem: em âmbito Internacional, a Assembleia Internacional da Missão Educativa Lassalista – AIMEL (2013), e que remete à constatação de que a missão lassalista da educação humana e cristã dos jovens, especialmente aos pobres, se torna vulnerável devido à inadequação dos programas, recursos e estruturas. Para tal, "nosso desafio é preservar a continuidade, o desenvolvimento e a sustentabilidade da Missão Lassalista em espírito de solidariedade e interdependência" (AIMEL, 2013, p. 07).

Dentre as respostas desse desafio, destacam-se:

> A priorização de iniciativas sustentáveis para o serviço educativo a pobres; da exploração do uso de tecnologias para promover a inclusão, acessibilidade e a excelência educativa; e a da pesquisa e promoção de iniciativas educacionais inovadoras que melhor respondam às necessidades de todos, especialmente da juventude vulnerável. (AIMEL, 2013, p. 07- 08).

O 45º Capítulo Geral resgata a importância das obras lassalistas de serviço educativo a pobres, animadas por Irmãos e Colaboradores, seguindo os passos de São João Batista de La Salle como sinais de esperança, responderem de maneira efetiva às necessidades e aos desafios educativos do nosso tempo no serviço educativo a pobres, por meio dos seguintes objetivos:

> 1. Articular as estruturas provinciais e regionais da missão educativa lassalista que já existem, e promover a formação dessas estruturas, onde ainda não haja; 2. Acompanhar e desenvolver as características da identidade lassalista nas obras educativas; 3. Promover a formação integral dos lassalistas; 4. Apoiar e consolidar a boa gestão das obras existentes; 5. Facilitar, no âmbito internacional, projetos educativos em favor dos mais vulneráveis; 6. Vincular as Universidades e Centros de Ensino superior. (45º CAPÍTULO GERAL, 2014, p. 20-21).

O 45º Capítulo Geral dos Irmãos das Escolas Cristãs, cujo desafio nos chama para salvaguardar os direitos das crianças e jovens, se compromete a

> reforçar o compromisso dos lassalistas para continuar assumindo os desafios com os quais as crianças e os jovens se defrontam e a prosseguir na defesa de seus direitos, em coordenação com as propostas e a reflexão do Bureau Internacional Católico da Infância (BICE). (45º Capítulo Geral, proposição 14, p. 23).

O Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, como membro e cofundador do BICE, colaborará apoiando

> O respeito pelo direito à vida; a luta contra a pobreza infantil; a luta contra todas as formas de violência, seja física, emocional ou sexual, com as crianças; as famílias das crianças e jovens; a atenção à situação das crianças trabalhadoras; a garantia de uma educação de qualidade para cada criança; o direito das crianças de receber atenção sanitária adequada; a atenção devida às crianças com necessidades especiais; a humanização dos sistemas judiciais para as crianças e jovens; o estímulo das novas tecnologias a serviço das crianças e dos jovens. (45º CAPÍTULO GERAL, 2014, p. 23).

A Circular 470 - Rumo ao ano 2021: vivendo juntos a alegria da nossa missão, cujo lema "uma família, uma missão: lassalistas apaixonados pelo serviço educativo a pobres", apresenta o objetivo geral dos lassalistas para o ano 2021:

> Abertos aos desafios educativos e pastorais do século XXI, afirmamos nosso compromisso educativo com um sinal de esperança para os pobres. Associados entre nós e com aqueles que compartilham nossa missão, desejamos responder criativa e corajosamente às urgentes necessidades dos vulneráveis da sociedade. Para isso, queremos garantir a vitalidade de uma educação transformadora, que seja capaz de romper fronteiras e propor novos desafios. (CIRCULAR 470, 2015, p. 46-47).

Com esse objetivo, os lassalistas desejam continuar promovendo a defesa dos direitos das crianças e dos jovens, pois eles são a razão de ser da instituição, e se comprometem em reforçar a missão educativa de serviço educativo aos pobres por meio das seguintes estratégias:

a) Direitos da Criança e Adolescentes: "Oferecer novas perspectivas sobre o papel dos lassalistas como promotores e defensores dos direitos das crianças e jovens". (CIRCULAR 470, 2015, p. 48).
b) Além-fronteiras:

> Encorajar novas experiências educativas que desafiem Irmãos e colaboradores a se engajarem em face das urgentes necessidades contemporâneas dos mais vulneráveis, oferecendo aos membros da comunidade um ambiente fraterno, de discernimento vocacional. (CIRCULAR 470, 2015, p. 48).

Os lassalistas latino-americanos e caribenhos estimulados pelo anseio, construíram o Projeto Educativo Regional Lassalista Latino-Americano – PERLA (2011), e se comprometeram a construir uma Região Lassalista Latino-americana voltada ao serviço educativo aos pobres. A partir de então, muitos lassalistas têm contribuído para concretizar esse sonho. (PERLA, 2011, p.05).

Na realidade educativa da América Latina e Caribe enfrenta-se grandes desafios. Por causa deles, o PERLA (2011, p. 09) tem como objetivos: "desenvolver todas as dimensões do ser humano; incentivar a busca de sentido e resgatar o valor da vida". Desta forma, colabora ativamente na construção de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

Em uma região caracterizada pela escassa estima aos direitos de seus habitantes e pelo crescente número e variedade da violação desses direitos, especialmente nos setores mais vulneráveis de sua população, torna-se urgente trabalhar em vista de uma educação que priorize o respeito aos direitos humanos, especialmente da infância e da juventude. (PERLA, 2011, p. 23). Diante desse contexto, os lassalistas, por meio do respeito aos direitos humanos, tomaram para si o seguinte objetivo e as seguintes metas:

> Produzir processos que permitam a consciência sobre as situações das vítimas das injustiças, da violência, do abuso e da exploração, especialmente da infância e da juventude, com o objetivo de favorecer a cultura dos direitos humanos. (PERLA, 2011, p. 23).

Estes objetivos e metas poderão ser alcançados por meio das seguintes ações:

> a)Realização de estudos acerca da legislação pertinente aos direitos das crianças e adolescentes; b) Estímulo ao exercício dos direitos da criança e do jovem, mediante realização de seminários, colóquios, palestras, oficinas,

> conferências e publicações de professores, pais de família e comunidade circundante; c) Elaboração de planos de formação, em todos os níveis, que ajudem a articular o enfoque dos direitos; d) Participação de organismos promotores e defensores de Direitos Humanos, especialmente da infância e da juventude; e) Desenvolvimento, nas obras lassalistas, de ações de denúncias das injustiças, em todos os níveis da vida social; f) Revisão de nossos ideários, regulamentos, formas de organização, manuais de convivência, à luz dos direitos humanos, especialmente da juventude. (PERLA, 2011, p. 23).

Além do objetivo e metas elencados, a Região Lassalista Latino- Americana reforça e estimula as iniciativas que atendem mais e melhor as crianças e jovens em situações de risco, bem como o discernimento e as decisões de ações e experiências de serviços educativos a pobres em favor de crianças e adolescentes. (PERLA, 2011).

Em âmbito da Província La Salle Brasil-Chile, a Proposta Educativa Lassalista (2014) orienta para a importância do serviço educativo aos e com os pobres na missão educativa.

> Optamos por pautar nossas ações na solidariedade, na interdependência, na partilha de experiências e de conhecimentos, na busca conjunta pela melhoria da educação, na prioridade à evangelização e na opção preferencial aos pobres. (2014, p. 12-13).

"Percebemos a existência de um conjunto de desafios que necessitam dar respostas criativas para garantir os direitos universais básicos do ser humano." (PROPOSTA EDUCATIVA LASSALISTA, 2014, p. 14). E, observando a realidade educacional do Brasil, Chile e Moçambique, constatamos que esse documento traçou como desafios concretos da educação:

> A universalização do acesso à educação, como direito fundamental ao ser humano e a melhoria da qualidade educativa e pedagógica; a formação continuada dos professores e colaboradores, para responder às necessidades dos estudantes de hoje; o progresso dos níveis de aprendizagem dos alunos e qualificação das infraestruturas das instituições educativas. (PROPOSTA EDUCATIVA LASSALISTA, 2014, p. 16).

O primeiro Capítulo Provincial (2014, proposição 12, p. 20) insiste na necessidade de "qualificar o serviço 'aos' e 'com' pobres, mediante provisão de recursos humanos, pedagógicos, pastorais, financeiros, técnicos e de infraestrutura".

O Projeto Provincial (2015, p. 09), tendo presente a proposição 12 do primeiro Capítulo Provincial, aponta para a necessidade de ir "às fronteiras, periferias e desertos, onde estão as crianças e os jovens em situação de vulnerabilidade social", reforçando a importância de qualificar os projetos já existentes e desenvolver novas iniciativas.

Dentre os objetivos institucionais, destacam-se:

> Participação em órgãos de defesa da criança e adolescente em nível local, regional e internacional, com a finalidade de incidir nas políticas públicas que afetam as crianças e os jovens em situação de vulnerabilidade social; Elevar a qualidade das escolas preponderantemente de bolsistas em investimentos de infraestrutura e material didático-pedagógico; Desenvolver parcerias com entidades públicas ou privadas tendo em vista a inclusão de crianças, jovens, adultos e idosos em situação de vulnerabilidade social; Promover a abertura de uma nova obra, onde Irmãos e colaboradores respondam com criatividade e audácia às urgências dos mais vulneráveis. (PROJETO PROVINCIAL, 2015, p. 09-10).

Seguindo o exemplo do Santo Fundador, a reflexão lassalista nos diversos documentos mencionados reforça a necessária ressignificação da presença e da participação do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs no desenvolvimento histórico e na superação das situações da injustiça por meio do serviço educativo aos pobres. O Instituto acolhe, por meio das obras educativas, crianças e jovens, para proporcionar a estabilidade do possível futuro na vida de cada um desses educandos.

Portanto, os documentos estão voltados às necessidades das crianças e jovens em nível de Instituto, América Latina e Caribe, e na Província La Salle Brasil-Chile. Impressionados por essa realidade, os lassalistas assumem o desafio de dar respostas criativas e corajosas – partindo do carisma que lhes é próprio –, às necessidades dos empobrecidos e dos excluídos, e ao que denominam de urgências educativas lassalistas no mundo de hoje.

O estudo de uma educação de qualidade para crianças e adolescentes em contextos de vulnerabilidade social, desde as origens do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs até os documentos norteadores da educação lassalista na contemporaneidade, está expresso na missão fundamentada no serviço educativo aos mais necessitados, sendo fonte de inspiração para a ação educativa lassalista.

Os documentos se concentraram em pensar e apresentar caminhos para a educação centrada na infância e adolescência, com temas prioritários da educação e particular ênfase nas crianças e jovens mais pobres da sociedade francesa. Isso permite identificar o espírito fundacional que antecipa seu tempo com a educação de qualidade nas suas escolas, com elementos que são atualmente compreendidos e intermediados pelos dispositivos legais da educação lassalista, a partir da perspectiva do direito à educação de qualidade a crianças e jovens em situação de vulnerabilidade social.

Além disso, preocupam-se esses documentos em fortalecer a associação entre Irmãos e leigos para manter vivos o carisma e a missão, buscando meios e parcerias para manter o serviço educativo a pobres, a defesa e a preocupação com as crianças e jovens em situação de vulnerabilidade social, a formação humana e cristã (formação integral, por meio da educação, dos estudos e da pesquisa), a formação docente e de colaboradores, e o uso de ferramentas tecnológicas.

Estes aspectos que perpassam todos os documentos lassalistas são elementos que consideram as origens fundacionais da instituição lassalista expressas na vida dedicada à educação.

Atualmente, o Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, a Região Lassalista Latino-Americana e a Província La Salle Brasil-Chile, através das escolas de serviço educativo aos e com os pobres, representam o imperativo ético e político global pela ênfase que imprimem aos direitos humanos, ao direito à vida e aos direitos das crianças, exigindo do Estado, das instituições de ensino e da sociedade em geral uma atuação coerente para consolidar no mundo globalizado a atuação voltada para os mais necessitados, mesmo onde entram em tensão os direitos humanos e as políticas educativas que têm enfoque e abordagens neoliberais, com a principal preocupação no desenvolvimento cognitivo voltado essencialmente para a ciência, a produtividade e a competitividade, aparentemente esquecendo-se do tema da educação de qualidade inclusiva e do impacto que o contexto em que vivemos está ocasionando nos processos educacionais. (ARIAS; SUÁREZ, 2012).

5 Considerações finais

A análise dos documentos, por meio da Técnica de Análise de Conteúdo, sinaliza para: a) a centralidade da ação educativa, especialmente às crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, desde a gênese do Instituto; b) o desafio relativo à manutenção e à sustentabilidade financeira das obras educativas, em contextos formais e não formais de educação, destinadas a essa parcela da sociedade; c) a revitalização constante do Ideário Educativo Lassalista para atender as urgências educativas que emergem na contemporaneidade, tendo em vista a oferta de educação de qualidade; d) a formação permanente de professores e educadores lassalistas envolvidos diretamente com a missão educativa.

Referências

ARIAS, Rosa Ludy; SUÁREZ Niky Murcia. El enfoque de derechos en los retos lasallistas para la educación del siglo XXI. Revista Digital de Investigación Lasaliana. 2012. p. 01-10. Disponível em: http://revista_roma.delasalle.edu.mx/numero_5/rosa_ludy_arias_5.pdf. Acesso em 16 JUL 2016.

BARDIN, L. *Análise de Conteúdo.* Lisboa, Portugal; Edições 70, LDA, 2009.

CORBELLINI, Marcos Antonio. *Obra de Deus. E se não fosse?* Canoas: Salles, Centro Universitário La Salle, 2006.

HENGEMÜLE. Edgard. *La Salle, uma leitura de leituras*. Centro Universitário La Salle. Canoas: Editora La Salle, 2006.

INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS. *Documentos do 45º Capítulo Geral.* Circular 469. Conselho Geral. Roma, 30 NOV 2014.

INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS. *Regra dos Irmãos das Escolas Cristãs.* Roma, 2015.

INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS. *Rumo ao ano 2021: vivendo juntos e com alegria.* Circular 470. Conselho Geral. Roma, 24 MAR 2015.

INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS. *Assembleia Internacional da Missão Educativa Lassalista – AIMEL*. ROMA, 6 a 16 MAI 2013.

JOÃO BATISTA DE LA SALLE. Obras Completas. Vol. I, II A-B, III, IV A-B.Trad. Edgard Hemgemüle. Canoas: Unilasalle Editora, 2012.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Pesquisa Social:* teoria, método e criatividade. 26. Ed. Petrópolis, RJ. Vozes, 2007.

PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE. *Primeiro Capítulo Provincial.* Porto Alegre, 2014.

PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE. *Projeto Provincial.* Porto Alegre, 2015.

PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE. *Proposta Educativa Lassalista.* Porto Alegre, 2014.

REGIÃO LATINO-AMERICANA LASSALISTA (RELAL). *PERLA:* Projeto Educativo Regional Lassallista Latino-Americano. Bogotá, Colômbia: RELAL, 2011.

SAUVAGE, Michel. *Catequesis y Laicado* – Participación de los laicos en el ministério de la Palabra divina y misión en la Iglesia del religioso laical educador. Tomo I – Investigación histórica. Colección Sínite 6. Madrid: Tejares – Salamanca: Instituto Pontifício S. Pio X, 1963.

YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e método. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

PROJETO EDUCATIVO REGIONAL LASSALISTA LATINO AMERICANO (PERLA): OS DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DAS URGÊNCIAS EDUCATIVAS

Roberto Carlos Ramos.
Doutorando em Educação – Universidade La Salle –RS. Mestre em Gestão Educacional pela Universidade do Vale do Rio do Sinos e Mestre em Ciência Política: Governação e Relações Internacionais pela Universidade Católica Portuguesa. Diretor da Escola La Salle Esmeralda (Porto Alegre-RS) e Vice-Diretor do Colégio La Salle Dores, em Porto Alegre – RS.
E-mail: roberto.ramos@lasalle.org.br

Dirléia Fanfa Sarmento..
Phd em Ciências da Educação pela Universidade do Algarve (Portugal).
Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Pedagogia e do Programa de Pós-graduação em Educação Universidade La Salle –RS.
E-mail: dirleia.sarmento@unilasalle.edu.br
.

Resumo:

O texto, oriundo de um estudo de cunho documental, analisa o documento relativo ao Projeto Educativo Regional Lassalista Latino Americano (PERLA), evidenciando a ênfase dada nesse projeto aos direitos humanos, como uma das urgências educativas na contemporaneidade. Tal documento faz parte do conjunto de dispositivos que orientam a ação educativa no Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, mundialmente conhecidos como Irmãos Lassalistas, direcionando-se, especialmente as Comunidades Educativas e demais Obras Lassalistas situadas na América Latina e Caribe. A centralidade dos direitos das crianças e adolescentes é evidenciada na urgência educativa denominada educação a partir do respeito aos direitos humanos, especialmente da infância e da juventude.

Palavras-chave: PERLA. Direitos Humanos. Rede La Salle.

1 Introdução

As reflexões ora apresentadas são oriundas do estudo e análise do documento denominado Projeto Educativo Regional Lassalista Latino Americano (PERLA), evidenciando a ênfase dada nesse projeto aos direitos humanos, como uma das urgências educativas na contemporaneidade.

A sigla do documento é sugestiva, tendo-se presente que no idioma espanhol a palavra *perla* significa pérola, joia, gema, termos estes associados a pedras preciosas. Desse ponto de vista, o PERLA é considerado uma preciosidade enquanto um projeto direcionado a realidade latino-americana e caribenha, sinalizando orientações para a efetivação da Missão Educativa Lassalista neste contexto. De acordo com o PERLA (2011, p. 9):

> Em um contexto social de mudanças vertiginosas, identificamos nos rostos das crianças, dos jovens e dos adultos demandas educativas que interpelam nossa ação cotidiana. Por isso, reconhecemos que o fim do Instituto continua sendo tão desafiante como no tempo do Fundador. Todos os lassalistas, na

> qualidade de comunidade educativa, somos chamados a ser coração, memória e garantia do carisma que nos confere identidade como cristãos, e nos compromete a dar respostas educativas concretas para lutar contra as pobrezas que, no contexto do século XXI, não permitem que um grande número de crianças, jovens e adultos atinjam seu desenvolvimento humano integral. (PERLA, 2011, p.9).

O documento faz parte do conjunto de dispositivos que orientam a ação educativa no Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, mundialmente conhecidos como Irmãos Lassalistas, direcionando-se, especialmente as Comunidades Educativas e demais Obras Lassalistas situadas na América Latina e Caribe. Os Lassallistas estão presentes no México, na Guatemala, em Costa Rica, em Honduras, na República Dominicana, na Jamaica, na Guiana Francesa, no Haiti, em Porto Rico, Cuba, na Nicarágua, no Panamá, na Venezuela, no Equador, na Colômbia, no Peru, no Chile, na Bolívia, no Paraguai, na Argentina e em nosso país, Brasil (C.f Guia Estatístico de 2015, do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs).

Valle destacar que a Rede La Salle está presente no Brasil desde 1907, ano da chegada dos primeiros Irmãos das Escolas Cristãs ao sul do Brasil, especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, nas cidades de Porto Alegre, Canoas, Caxias do Sul e Vacaria.

O PERLA tem sua gênese nas discussões realizadas por ocasião da VIII Assembleia Regional os lassalistas latinos-americanos e caribenhos (Fusagasugá, Colômbia, em fevereiro de 2001), tendo como centralidade a reflexão sobre o serviço educativo à pobres. Em decorrência, iniciou-se um processo de construção coletiva com o intuito de elaborar um projeto educativo que pudesse ser referência para a Missão Educativa na América Latina e no Caribe.

Em 2002, no Encontro *Associados para o Serviço Educativo aos Pobres*, realizado em Conocoto (Equador), o documento contendo o PERLA foi entregue e, em 2004, na IX Assembleia da Região Latino-Americana Lassalista (RELAL)[18], ocorrida em Fusagasugá (Colômbia), tal proposta é revitalizada com o objetivo de ser um "referencial para a Missão Educativa Lassalista e, como elemento motivador e inspirador, produzir respostas criativas, inovadoras e audazes para as urgências educativas dos países da nossa Região". (PERLA, 2011, p.7).

A ideia e a necessidade de contínua revitalização do PERLA foi enfatizada pelos participantes da Assembleia, considerando que

> Mais que um documento, ele é um movimento
> Que tenta recuperar e manter a chama coletiva acesa;
> Que articula múltiplas reflexões e ações hoje exercidas;
> Que tenciona manter-se como o eixo referencial das ações que ainda estão pendentes. (PERLA, 2011, p.7).

Diante disso, o PERLA "não deve ser um documento concluído; pelo contrário, deve ser considerado como um processo sempre suscetível de ser melhorado, capaz de se ir consolidando por meio da reflexão permanente dos lassalistas da Região".

[18] A RELAL – Região Lassalista Latino Americana e Caribenha. Região administrativa do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, sediado em Roma-Itália. Compreende oito Províncias Lassalistas da América Latinha e Caribe, que formam, a saber: Antilhas-México Sul, Argentina-Paraguai, Bogotá, Bolívia-Peru, Brasil-Chile, Centro américa-Panamá, México Norte, Norandino. Atingindo os seguintes países: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, Guatemala, Guiana Francesa, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Posto rico, República Dominicana e Venezuela (INSTITUO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS, 2017).

No ano de 2007, na X Assembleia da RELAL, realizada em Rionegro (Colômbia), foi retomada a importância do PERLA, sendo necessário

> Garantir que o PERLA seja uma referência e um eixo articulador da Região, configurando-se como um movimento que inspire nossas vidas, gere processos e nos permita identidade como Região, e dinamize a missão em todas as obras educativas para o serviço aos pobres (Prioridade 3, LA 1). [...] Confiamos que o PERLA, como Projeto Regional, irá constituir o referencial para a Missão Educativa Lassalista e que, como elemento motivador e inspirador, produzirá respostas criativas, inovadoras e audazes para as urgências educativas dos países de nossa Região. (PERLA, 2011, p.7, grifo do documento).

O PERLA enfatiza cinco urgências educativas presentes na realidade dos países da América Latina e Caribe em que os Lassalistas possuem Obras Educativas, as quais ganham centralidade no projeto educativo: a) democratização do conhecimento; b) novas tecnologias; c) educação de qualidade; d) uma educação a partir da promoção do desenvolvimento humano sustentável; e, e) uma educação a partir do respeito aos direitos humanos, especialmente da infância e da juventude.

Neste texto, conforme exposto, direcionamos nosso olhar para a urgência que se refere aos direitos humanos. Dessa forma, inicialmente apresentamos a temática discursiva. Na sequência, apresentamos a abordagem metodológica seguida da análise e interpretação dos dados coletados. Por fim, finalizamos com algumas considerações finais.

2 Abordagem Metodológica

O estudo, de cunho documental, tem como centralidade analítica o Projeto Educativo Regional Lassalista Latino Americano (PERLA), evidenciando a ênfase dada nesse projeto aos direitos humanos, como uma das urgências educativas na contemporaneidade. Godoy (1995, p. 21-22), ao se referir aos documentos, salienta que tal expressão ao ser compreendida de forma ampla, inclui:

> [...] os materiais escritos (como, por exemplo, jornais, revistas, diários, obras literárias, científicas e técnicas, cartas, memorandos, relatórios), as estatísticas (que produzem um registro ordenado e regular de vários aspectos da vida de determinada sociedade) e os elementos iconográficos (como, por exemplo, sinais, grafismos, imagens, fotografias, filmes). Tais documentos são considerados primários "quando produzidos por pessoas que vivenciaram diretamente o evento que está sendo estudado", ou secundários, "quando coletados por pessoas que não estavam presentes por ocasião da sua ocorrência" (grifo da autora).

Continua a autora explicando que:

> [...] os documentos constituem uma fonte não reativa, as informações neles contidas permanecem as mesmas após longos períodos de tempo. Podem ser considerados uma fonte natural de informações à medida que, por terem origem num determinado contexto histórico, econômico e social, retratam e fornecem dados sobre esse mesmo contexto. Não há, portanto, o perigo de alteração no comportamento dos sujeitos sob investigação. (GODOY, 1995, p. 22).

Para Pádua (2011, p. 69), o documento " [...] é toda base de conhecimento fixado materialmente e suscetível de ser utilizado para *consulta, estudo ou prova*." (grifo do autor). Tendo presente o exposto, na próxima seção dedicamo-nos a abordagem do PERLA, foco desse texto.

3 O Projeto Educativo Regional Lassalista Latino Americano (Perla): Contexto, Desafios e Perspectivas

Em consonância com as bases fundacionais do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, o PERLA reafirma a convicção dos Lassalistas e seu ideário educativo, tendo como foco prioritário às pessoas em situação de vulnerabilidade social. Conforme exposto no documento:

> [...] encarnamos o estilo educativo próprio, mediante a prática da fé, da fraternidade e do serviço. Pela fé, reconhecemo-nos filhos de Deus. Em Jesus Cristo, o enviado do Pai, somos chamados a participar na construção de seu Reino. Assumir a fé como itinerário devida e esperança significa abertura de espirito para reconhecer, nos acontecimentos, o Deus que caminha conosco. A dimensão comunitária é constitutiva do ser humano porque Deus é comunidade. Portanto, como filhos de Deus, todos somos irmãos e irmãs, chamados a construir relações fraternas que reconheçam o valor e a dignidade de cada pessoa. Neste sentido, a fraternidade é um dos elementos característicos do estilo educativo lassalista. A fé em Deus e nas pessoas, vivenciada em comunidade, se expressa em serviço. O serviço, em termos evangélicos e lassalistas, implica em promover a paz, a justiça, a fraternidade, a tolerância e a solidariedade. A compreensão e a prática destes valores são enriquecidas por outras visões culturais e religiosas. Por isso, acolher a pluralidade étnica, cultural e religiosa, mediante um autêntico diálogo interreligioso e ecumênico, permite integrar e expressar melhor esses valores em nossa realidade cultural. (PERLA, 2011, p.12).

A luta pelos direitos fundamentais a dignidade humana faz parte dos discursos e práticas dos Irmãos desde os primórdios da fundação dessa Congregação. La Salle criou diversas instituições de ensino para atender às necessidades de sua época, como as escolas primárias para os filhos dos artesãos e dos pobres, a escola dominical para jovens que durante a semana estavam ocupados com o trabalho para a subsistência pessoal e familiar, e os internatos para as famílias que tinham condições de pagar os estudos.

Assim, a preocupação com os mais necessitados sempre esteve presente na trajetória do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, sendo o serviço educativo a pobres sua prioridade. Para tanto, a Rede La Salle, tanto por meio de suas Comunidades Educativas, Centros de Assistência Social e Fundações quanto por intermédio de parcerias em causas sociais, busca contribuir com aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social.

A análise geral do documento possibilita-nos constatar a importância da Rede La Salle possuir Comunidades Educativas em vários países do mundo, sendo este um fator que contribui para que o seu ideário educativo seja revitalizado e atualizado constantemente, tendo presente as discussões e dispositivos veiculados no âmbito mundial.

Dito de outra forma, reflexões, políticas, programas e projetos bem sucedidos, que por vezes são implementados em outros países, nem sempre chegam ao conhecimento imediato em nosso contexto nacional. Contudo, essa Rede de Comunidades Educativas e a presença dos Irmãos em vários países, alavanca a socialização e difusão de ideias, reflexões, conhecimentos, etc.

No que se refere à ênfase dada pelo PERLA aos direitos humanos, expresso na quinta urgência educativa salientada pelo documento "Uma educação a partir do respeito aos direitos

humanos, especialmente da infância e da juventude", percebemos a vanguarda dos Lassalista em termos de proposições atinentes a esta dimensão. A seguinte constatação é apresentada no documento:

> Em uma Região caracterizada pela escassa estima aos direitos de seus habitantes e pelo crescente número e variedade da violação desses direitos, especialmente nos setores mais vulneráveis de sua população, necessitamos: Fomentar processos e projetos que sejam como eixo da defesa dos direitos da infância e da juventude, como nossa contribuição para a defesa dos direitos humanos e o fortalecimento das famílias. (PERLA, 2011, p.23).

O PERLA apresenta dois objetivos gerais, propondo para cada um deles um conjunto de linhas de ação que podem servir de fonte de inspiração para cada Comunidade Educativa delinear seu plano de trabalho. O primeiro objetivo é "Produzir processos que permitam a consciência sobre as situações das vítimas da injustiça, da violência, do abuso e da exploração, especialmente da infância e da juventude, com o objetivo de favorecer uma cultura dos direitos humanos". (PERLA, 2011, p.23). Para este objetivo, são propostas como linhas de ação:

> a) Realização de estudos acerca da legislação pertinente aos direitos da criança e do jovem;
> b) Estímulo ao exercício dos direitos da criança e do jovem, mediante realização de seminários, colóquios, palestras, oficinas, conferências e publicações a professores, pais de família e comunidade circundante;
> c) Participação e influência nos organismos promotores e defensores de Direitos Humanos, especialmente da infância e da juventude;
> d) Elaboração de planos de formação, em todos os níveis que ajudem a articular o enfoque dos direitos;
> e) Desenvolvimento, nas obras lassalistas, de ações de denúncia das injustiças, em todos os níveis da vida social;
> f) Revisão de nossos ideários, regulamentos, formas de organização, manuais de convivência, à luz dos direitos humanos, especialmente da infância e da juventude. (PERLA, 2011, p.23).

Com relação ao segundo objetivo, o mesmo está assim proposto: "Estimular iniciativas que atendam mais e melhor as crianças e os jovens em situações de risco em nossa Região" (PERLA, 2011, p.24). As linhas de ação sugeridas para este objetivo são as que seguem:

> a) Diagnóstico da situação das crianças e dos jovens em cada país e na Região, com o apoio de nossas instituições de educação superior;
> b) Discernimento e definição de ações e experiências de serviços educativos em favor de crianças e de jovens em situação de risco;
> c) Busca de aproximação e de alianças com outras instituições e organizações que se puseram a serviço dessas crianças e jovens em situações de risco;
> d) Promoção em nível regional e distrital, de observatórios educativos para os direitos da infância e da juventude na América Latina e no Caribe, como uma estratégia de análise, gestão, intervenção, formação e pesquisa em torno de tais direitos. (PERLA, 2011, p.24).

O PERLA emerge num cenário em que as discussões relativas aos direitos humanos estão em seu auge na década de noventa e início do século XXI, tanto em nível mundial como em vários países, mobilizadas por movimentos e dispositivos legais que remetem ao compromisso dos países signatários com a defesa dos direitos universais, já firmados pela *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (ONU, 1948), tendo o direito à educação como um desses direitos.

Quatro décadas após a Declaração Universal, a *Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança*, em seus 54 artigos preconiza a centralidade da criança, compreendendo-a como um sujeito de direitos humanos e buscando por meio da efetivação dos seus direitos, minimizar sua vulnerabilidade.

Outro marco significativo, em âmbito mundial, é *a Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem*, a qual no conjunto de seus 10 artigos, direciona-se para o direito à educação e o compromisso com a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem dos estudantes.

O *Marco de Ação de Dakar*, decorrente do Fórum Mundial de Educação realizado no ano de 2000, em Dakar (Senegal), estabelece seis objetivos a serem perseguidos pelos países signatários, a saber:

> Expansão e aprimoramento da assistência e educação da primeira infância, especialmente para as crianças mais vulneráveis e desfavorecidas.
>
> Garantir que em 2015 todas as crianças, especialmente meninas, crianças em situações difíceis e crianças pertencentes a minorias étnicas, tenham acesso a uma educação primária de boa qualidade, gratuita e obrigatória, e possibilidade de completá-la.
>
> Assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam satisfeitas mediante o acesso equitativo à aprendizagem apropriada e a programas de capacitação para a vida.
>
> Atingir, em 2015, 50% de melhoria nos níveis de alfabetização de adultos, especialmente para as mulheres, e igualdade de acesso à educação fundamental e permanente para todos os adultos.
>
> Eliminar disparidades de gênero na educação primária e secundária até 2005 e alcançar a igualdade de gênero na educação até 2015, com enfoque na garantia ao acesso e ao desempenho pleno e equitativo de meninas na educação básica de boa qualidade.
>
> Melhorar todos os aspectos da qualidade da educação e assegurar a excelência de todos, de modo que resultados de aprendizagem reconhecidos e mensuráveis sejam alcançados por todos, especialmente em alfabetização, cálculo e habilidades essenciais para a vida (UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001, p. 8-9).

Os desempenhos de cada país em relação a cada um dos objetivos propostos foram avaliados no ano de 2015. Do conjunto dos seis objetivos, o Brasil logrou êxito em somente em dois deles, a saber: o segundo e o quinto objetivos.

O documento ibero-americano, denominado *A Educação que queremos para a geração dos bicentenários: as metas educativas 2021* (OEI, 2008), retomando os dispositivos supracitados, estabelecem 28 metas a serem alcançadas pelos países até o ano citado. Tais metas resultaram do acordo obtido na XVIII Conferência Ibero-americana de Educação, celebrada em El Salvador, em 2008, com os Ministros da educação dos países ibero-americanos sobre a educação que se quer na celebração dos bicentenários.

Por fim, ainda no âmbito mundial, a *Declaração de Incheon* decorrente do Fórum Mundial em Educação, realizado em 2015 em Incheon (Coréia do Sul), sob a égide da inclusão e equidade, da igualdade de gênero, da educação de qualidade, das oportunidades de educação ao longo da vida, estabelece uma agenda conjunta, vislumbrando metas educacionais até 2030.

O continente latino-americano se defronta com o grande desafio de incorporar-se subordinadamente e nas piores condições na globalização ou elaborar um projeto próprio, projeto

em que o desenvolvimento seja concebido como o resultado da expansão das capacidades e das liberdades do povo para ter acesso às diversas oportunidades e poder exercer plenamente seus direitos humanos. (AZMITIA, 20..?,p. 12).

A pobreza na América Latina e no Caribe, com muita frequência apresenta rostos de crianças: meninos e meninas de rua, trabalho infantil, meninos e meninas soldados ou vítimas de guerra, desalojadas, sequestradas, sexualmente abusadas, desnutridas.

Conforme o documento PERLA (2011), na América Latina, os direitos humanos das populações continuam a ser violados, especialmente os direitos das crianças, dos jovens, das mulheres, das pessoas com deficiências, e também os direitos dos povos indígenas.

Em quase todos os países latino-americanos, subscritores da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNESCO, 1948), esses direitos, por mais que constem na letra da Declaração e dos compromissos assumidos, e das leis, continuam a ser desrespeitados. São realidades: torturas impostas a presos, censura da imprensa, invasões da privacidade das pessoas, discriminação racial e social, problemas de segurança, violências, tudo isto acontecendo em escala maior ou menor na vida do dia-a-dia. Essas situações não garantem o direito de levar uma vida melhor, e mesmo descartam de todo o direito de sonhar com uma sociedade melhor.

> A maior parte da educação latino-americana é educação pobre para pobres. Se quisermos atingir um desenvolvimento humano sustentável não podemos aceitar que haja uma educação para grupos privilegiados que podem pagar centros educativos com tecnologia, e outra educação, geralmente a pública, onde a renovação e a tecnologia estão muito longe do aluno e da aluna. (AZMITIA, 20..?,p. 21).

Na realidade educativa da América Latina e Caribe enfrenta-se grandes desafios. Por causa deles, o PERLA (2011, p. 9) tem como objetivos: “desenvolver todas as dimensões do ser humano; incentivar a busca de sentido e resgatar o valor da vida”. Desta forma, colabora ativamente na defesa dos direitos humanas por meio da construção de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

No cenário brasileiro, mobilizados pelo proposto na Constituição Federal (Brasil, 1998), os direitos humanos são enfatizados na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Brasil, 1996), na Lei Nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (Brasil, 2007) e nas Diretrizes Nacionais de Educação em Direitos Humanos (Brasil, 2013), dentre outros.

Nesta breve contextualização, podemos perceber o quanto se evoluiu nas últimas décadas em termos de dispositivos, nos âmbitos internacional e nacional, que preconizam a defesa aos direitos humanos. Contudo, o maior desafio que nos deparamos é a consolidação do que tais dispositivos preconizam no cotidiano das pessoas.

Outro aspecto apontado pelo PERLA (2011), é o favorecimento de uma cultura dos direitos humanos, na qual reforça o compromisso na qual,

> Este horizonte nos convoca como lassalistas da América Latina e do Caribe a participar, partindo de nossa vocação particular e em associação, na transformação da sociedade, mediante o serviço educativo, inspirados nos valores do Evangelho, e dirigindo especialmente àqueles a quem os mecanismos sociais de exclusão limitam seus direitos e os afastam das oportunidades para atingir sua plena realização e salvação. (PERLA, 2011, p. 13).

Para a consolidação dessa cultura dos direitos humanos, as Comunidades Educativas Lassalistas possuem um papel fundamental. Em relação à Comunidade Educativa, o PERLA expõe que:

> concebe-se como espaço de reflexão e diálogo, que reconhece a diversidade e estimula a observação e o estudo crítico da realidade. Também se percebe como espaço de encontro com Deus, mediante a integração do diálogo entre fé e cultura no processo formativo;
> contribui para formar pessoas comprometidas em trabalhar pela superação das necessidades reais na América Latina e no Caribe: a superação da pobreza, o respeito e o cuidado da natureza e do meio ambiente, a incorporação dos povos indígenas, dos migrantes e dos retirantes, a promoção da justiça e da paz, e a convivência democrática, entre outras;
> sente-se companheira de caminhada da grande comunidade de educadores do continente, diversa em opções e horizontes, mas unida na construção de uma nova cidadania democrática;
> entende-se como uma organização na qual se partilham responsabilidades, desenvolvem e avaliam processos administrativos, econômico-financeiros e de gestão, para atender às demandas atuais da Missão Educativa Lassalista, em termos de associação. (PERLA, 2011, p.11).

Além do objetivo e metas, a Região Lassalista Latino-Americana reforça e estimula as iniciativas que atendem mais e melhor as crianças e jovens em situações de risco, bem como o discernimento e as decisões de ações e experiências de serviços educativos a pobres em favor de crianças e adolescentes. (PERLA, 2011).

Com base no exposto, a seguir apresentamos algumas considerações finais.

4 Considerações Finais

A pobreza na América Latina e no Caribe, com muita frequência apresenta rostos de crianças: meninos e meninas de rua, trabalho infantil, meninos e meninas soldados ou vítimas de guerra, desalojadas, sequestradas, sexualmente abusadas, desnutridas.

Na América Latina, os direitos humanos das populações continuam a ser violados, especialmente os direitos das crianças, dos jovens, das mulheres, das pessoas com deficiências, e também os direitos dos povos indígenas.

> Em quase todos os países latino-americanos, subscritores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU, esses direitos, por mais que constem na letra da Declaração e dos compromissos assumidos, e das leis, continuam a ser desrespeitados. São realidades: torturas impostas a presos, censura da imprensa, invasões da privacidade das pessoas, discriminação racial e social, problemas de segurança, violências... tudo isto acontecendo em escala maior ou menor na vida do dia-a-dia. Essas situações não garantem o direito de levar uma vida melhor, e mesmo descartam de todo o direito de sonhar com uma sociedade melhor. (p. 26)

Educar no e a partir do desenvolvimento sustentável, coloca a educação ao serviço das pessoas e da sociedade, e a situa como defensora dos empobrecidos e como voz de alerta para a consciência social. A dimensão ética do Evangelho presente nos ideários lassalistas, deve traduzir-se num compromisso em favor da vida em todas as suas manifestações.

Por isso, a educação lassalista tem a magnitude de um projeto social, pois procura reverter a injustiça social, oportunizando a superação pessoal àqueles que não podem frequentar a escola, e

aqueles que trabalham para poder frequentá-la. Propõe o desenvolvimento das capacidades necessárias para chegar ao desenvolvimento.

Neste campo os lassalistas do continente latino americano, concretamente somos convocados para:

> Superar a exclusão e a pobreza das maiorias populares e comprometer-nos com a mudança rumo a uma sociedade mais inclusiva;
> Revisar nosso estilo de vida comunitária e profissional, nossa gestão da economia e as opções reais do discurso que mantemos. É um imperativo que La Salle da América Latina e do Caribe possa ser signo de uma verdadeira economia de comunhão a serviço direto de pobres;
> Apoiar a refundação da escola lassalista mediante projetos proféticos, transformadores e inovadores;
> Organizar um voluntariado solidário;
> Criar consciência dos efeitos provocados pela globalização através de processos e projetos que tenham como eixo o desenvolvimento humanizador para uma sociedade sustentável, e que permitam enfrentar os efeitos negativos da globalização e gerar alternativas para responder à globalização.
> Formar no e para um desenvolvimento sustentável;
> Contribuir para a formulação de uma estratégia de democracia e de desenvolvimento sustentável que reconheça e aproveite as concepções indígenas do continente. (ECHEVERRÍA,2006, p. 25).

Educar no e a partir do respeito aos direitos humanos faz com que a educação se concentre nos problemas fundamentais das pessoas e da sociedade. E que nós, os educadores, deixemos

> A neutralidade política que nos converte em instrumentos facilmente manejados pelos detentores do poder político. A preservação do status, a transmissão dos valores burgueses é levado a bom termo mercê da atitude acrítica e conformista de muitos educadores". (ECHEVERRÍA,2006, p. 26 - 27).

A escola lassalista promove o conhecimento e o respeito dos direitos humanos, porque o aspecto objetivo de uma legislação que os garante, deve ser complementado com uma educação nos e a partir dos direitos humanos, de maneira a convertê-los num consenso cultural enraizado no sentir, no pensar e no atuar das pessoas. (ECHEVERRÍA,20..?, p. 27).

Alguns desafios pedagógicos para educar *nos e a partir dos direitos humanos* são acentuados por

> Falar de direitos humanos e de direitos dos povos vem a ser um pressuposto básico de uma educação que vise a modificar os relacionamentos entre as pessoas e os grupos, dentro de uma ética de tolerância e de respeito ao diferente;
> Os direitos grupais, étnicos e coletivos devem estar em harmonia com os direitos individuais, de tal maneira que a defesa destes represente uma consolidação daqueles;
> Direitos não podem ser confundidos com privilégios: "Acaso seríamos capazes de admitir que os sereneiros têm o direito de molestar, de madrugada, o sono de todos os moradores de uma rua; ou que o fazendeiro tem o direito de ampliar suas terras adentrando uma reserva indígena; ou que uma nação tenha o direito de impor seu modelo econômico a todo um continente? (ECHEVERRÍA,2006, p. 27).

Neste domínio, os lassalistas latino-americanos são chamados a:

> Originar processos que permitam conscientizar sobre situações das vítimas da injustiça, da violência, do abuso sexual e da exploração, especialmente das crianças e dos jovens; Incentivar processos e projetos que tenham como objetivo a defesa dos direitos das crianças e dos jovens;
> Incrementar planos de formação, em todos os níveis; Desenvolver atividades e programas de denúncia e de participação na defesa contra injustiças;
> Revisar nossas práticas, ideários, regulamentos, formas de organização, manuais de convivência... à luz dos direitos humanos;
> Educar pessoas e grupos numa atitude que os faça sentir, pensar e atuar de acordo com o pleno respeito aos direitos humanos e aos direitos dos povos. (ECHEVERRÍA,2006, p. 27).

Os Lassalistas compreendem a educação como **"**um direito e um processo intencionado, sistemático, permanente e integral que requer a participação corresponsável dos atores que fazem parte da comunidade educativa" (PERLA, 2011, p.11). São considerados atores do processo educativo: "as crianças, jovens e adultos, de acordo com seu nível de maturidade; o professor, como mediador do processo de aprendizagem; a família, como primeira educadora; outros integrantes, que contribuem de diversas formas" (ibidem).

Finalmente, o PERLA, (2011) nos convoca a educar *nos e a partir dos direitos humanos,* faz com que tomemos partido em face da realidade social, exige que não fiquemos indiferentes ante a justiça atropelada, a liberdade consultada, os direitos humanos violados, o trabalhador explorado. Faz que tomemos partido em prol da justiça, da liberdade, da democracia, da ética, do bem comum.

Por fim, fazemos eco a esperança creditada neste Projeto e nos unimos a todos Lassalistas, Irmãos e demais colaboradoras, na crença de que "o PERLA, como Projeto Regional, irá constituir o referencial para a Missão Educativa Lassalista e que, como elemento motivador e inspirador, produzirá respostas criativas, inovadoras e audazes para as urgências educativas dos países de nossa Região". (PERLA, 2011, p. 7)

Referências

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

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Diário Oficial da União, Brasília, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em out. 2014.

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

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

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

___. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*: Brasília, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

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

___.Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos*: Diretrizes Nacionais – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

EDUCAÇÃO PARA TODOS: O COMPROMISSO DE DAKAR. Brasília: UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001.

ECHEVERRÍA, Álvaro Rodríguez. O compromisso educativo internacional dos Lassalistas. *Caderno MEL*, n. 31, p. 15-28, out 2006.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais. *Revista Administração de Empresas.* 1995, v.35, n.3, p. 20-29.

INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS. *Regiones y Distritos*. Disponível em: <http://www.lasalle.org/donde-estamos/regiones/. Acesso em: 25 abr 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS IBERO-AMERICANOS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (OEI). *A educação que queremos para a geração dos bicentenários*: as metas educativas 2021. Madrid, 2008.

PÁDUA, Elisabete Matallo M. *Metodologia de pesquisa:* Abordagem teórico-prática. Campinas: Papirus, 2004.

REGIÃO LATINO-AMERICANA LASSALISTA (RELAL). PERLA: Projeto Educativo Regional Lassallista Latino-Americano. Bogotá, Colômbia: RELAL, 2011.

UNESCO. Declaração dos Direitos Humanos – 1948. Disponível em > http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em 13 JUL 2016.

DO ACESSO UNIVERSAL À EDUCAÇÃO: AVANÇOS E DESAFIOS

Clóvis Trezzi[19]
Evaldo Luís Pauly[20]

Resumo:

O direito ao acesso universal à educação é uma das bandeiras da Unesco e dos governos de diversos países. O Brasil avançou muito, nos últimos anos, no que se refere ao acesso universal à educação básica. Comparando dados entre 2010 e 2016, presentes no Relatório Educação para todos no Brasil 2000-2015 (versão preliminar), do MEC, e no Censo Escolar 2016, conseguimos perceber essa diferenciação. No ano de 2016, o Brasil contava com 186,1 mil escolas de Educação Básica, totalizando 48.817.479 alunos matriculados. Dados do INEP, contudo, indicam que, no Brasil, no ano de 2010, cerca de 3.800.000 crianças e adolescentes de 5 a 17 anos estavam fora da escola, número que caiu para 2.500.000 em 2016, segundo dados do Censo Escolar. Contudo, o direito ao acesso universal à educação é defendido desde o século XVII. Trabalharemos na perspectiva de demonstrar como isso se dava naquele período e quais avanços ainda são necessários para que o direito público subjetivo de acesso universal à educação básica obrigatória e gratuita seja, de fato, garantido. Concluímos que, embora defenda-se esse direito desde o começo da idade moderna, o estado brasileiro tem dificuldades para efetivar a educação universal como parte do seu projeto de nação.

Palavras-Chave: Direito à educação. Universalização da educação. Acesso à educação.

1 Introdução

O acesso universal à educação é percebido como uma necessidade desde a invenção da pedagogia moderna, no século XVII. É, contudo, na passagem para o século XXI, que ele ganha contornos de exigência legal. No Brasil, a Constituição de 1988 apresenta, no artigo 205: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade". Reforçando a ideia de direito, a Constituição afirma no Art. 208, I: "A educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria"[21]. Também tem presente, no Art. 206, IV, a "gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais" e a "garantia de padrão de qualidade" (Art. 206, VII).

A gratuidade da educação já era prevista na Constituição de 1824, a primeira do Brasil, (Art. 179, XXXII): "A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos". A Constituição de 1891, porém, contrariando os ideais republicanos, é omissa quanto ao direito à educação, limitando-se a

[19] Doutorando em Educação pela Universidade La Salle Canoas. Mestre em Educação pela Universidade Cidade de São Paulo (UNICID). E-mail: clovis.trezzi@unilasalle.edu.br
[20] Doutor em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor no Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade La Salle – Canoas – RS. E-mail: evaldo.pauly@unilasalle.edu.br
[21] Redação dada pela Emenda Constitucional 59, de 2009.

dizer que o governo incentivará as letras e a cultura. O tema voltou na Carta de 1934, que afirma no Art. 149: "A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos". De lá para cá, o tema se manteve em todas as Constituições.

Essas premissas constitucionais são, por seu próprio enunciado, suficientes para levar à universalização da educação básica, tendo em vista que o acesso à mesma é obrigatório e gratuito, além de ter um padrão de qualidade garantido. Portanto, uma vez existente a lei, não deveria ser mais necessário qualquer outro programa para levar os adolescentes e crianças à escola pelo período estabelecido. Veremos, neste trabalho, que a relação entre lei e realidade não é uma relação necessária. Bobbio (2004, p. 24-25) justifica:

> Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres. Esclareço dizendo que chamo de 'liberdades' os direitos que são garantidos quando o Estado não intervém; e de 'poderes' os direitos que exigem uma intervenção do Estado para sua efetivação. Pois bem: liberdades e poderes, com frequência, não são — como se crê — complementares, mas incompatíveis.

Portanto, o direito individual – ou liberdade – de ir ou não à escola é suprimido quando o Estado intervém para obrigar todos, na mesma faixa etária, a frequentarem a escola. Este é um direito social, previsto por lei para uma sociedade ideal, que entra em conflito com a sociedade real. E é esse conflito que faz com que muitos direitos sociais não sejam garantidos, ainda que estejam previstos na lei. As diversas variáveis que afetam o ser humano e a sociedade também contribuem para a disparidade no atendimento aos direitos legais.

Recorremos, assim, a essa premissa de Bobbio para corroborar a afirmação anterior de que a simples presença na lei não é motivo suficiente para que um direito esteja efetivamente garantido para o seu portador; e comprovaremos isso a partir de dados recentes sobre a educação no Brasil. Buscaremos compreender como esse processo se dá no Brasil, focando de maneira especial nos dados dos últimos 4 anos, buscando elencar os avanços e desafios para que essa meta, presente no Plano Nacional de Educação, seja cumprida.

2 Abordagem Metodológica

As reflexões apresentadas neste trabalho situam-se no âmbito do acesso igualitário e universal à educação, de acordo com o previsto na lei. Realizamos uma pesquisa documental, com pequeno aporte bibliográfico, que analisa o direito à educação a partir do que diz a legislação e do que é, de fato, realizado no Brasil.

Partindo do que afirmam algumas das Cartas Magnas brasileiras, buscamos em documentos da Organização das Nações Unidas elementos que fortaleçam a luta pelo direito universal e igualitário à educação. Como nossa pesquisa tem como foco principal o Brasil nos últimos 4 anos – não deixando de citar dados anteriores -, buscamos os dados presentes no documento Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos, resultado do Fórum Mundial de Educação de Incheon, na Coreia do Sul, realizado em 2015.

A partir deste documento, buscamos na realidade brasileira, primeiro nos dois últimos Planos Nacionais de Educação e depois nos quatro últimos Censos Escolares, dados que nos permitam verificar a atual situação do Brasil no que se refere ao direito subjetivo à educação universal de qualidade. Finalmente, nos remeteremos a um recorte histórico sobre a educação no século XVII, quando já se preconizava o direito de todos à educação, e já se tomavam medidas, embora não como política de Estado, para que o acesso fosse democrático.

Marconi e Lakatos (2003, p. 174) definem a "característica da pesquisa documental é que a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias. Estas podem ser feitas no momento em que o fato ou fenômeno ocorre, ou depois". Fica, portanto, caracterizada nossa pesquisa como documental, tendo em vista que a fonte maior de coleta de dados são documentos, mas também nos remeteremos a uma breve leitura da história. Já Appolinário (2009, p. 67) afirma que documento é "qualquer suporte que contenha informação registrada, formando uma unidade, que possa servir para consulta, estudo ou prova. Incluem-se nesse universo os impressos, os manuscritos, os registros audiovisuais e sonoros, as imagens, entre outros".

Nos tópicos seguintes, apresentaremos os documentos que foram escolhidos para a coleta de dados.

3 A Unesco e a Preocupação com a Educação Universal

A Organização das Nações Unidas tem-se preocupado, desde sua fundação em 1945, com os direitos humanos. Publicou em 1948 a Declaração Universal (DUDH), assinada por 48 países, entre eles o Brasil, na qual se afirma: "Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória". (DUDH Art 26 §1).[22]

Reafirmando esse direito fundamental, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – UNESCO - vem se destacando pela luta para que ele seja atendido. Nos últimos anos a partir da década de 1990, esse movimento ganha força, e fóruns mundiais de educação foram realizados, dos quais destacamos: 1) Conferência de Jomtien, na Tailandia (1990); 2) Fórum Mundial de Educação, realizado em Dakar, no Senegal (2000); 3) Fórum Mundial de Educação, realizado em Incheon, na Coreia do Sul (2015).

Destes eventos resultaram documentos que servem como base para os países membros das Nações Unidas definirem metas para a educação. A Conferência de Jomtien teve como resultado o documento Declaração Mundial sobre Educação para Todos; o Fórum Mundial de Educação de Dakar retomou os objetivos da Conferência e publicou o documento chamado Marco de Ação de Dakar intitulado Educação para todos: o compromisso de Dakar. O Brasil, signatário do documento, adotou e vem acompanhando as metas do mesmo. O terceiro documento, chamado Declaração de Incheom, intitula-se: Educação 2030: rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos. Neste documento é retomado o Marco de Ação de Dakar e recebe destaque a educação inclusiva. É afirmado neste documento:

[22] A tradução oficial da DUDH para o estado brasileiro foi realizada sob a presidência de Getúlio Vargas que optou por reduzir o termo inglês "*education*" e francês "*éducation*" das línguas oficiais da Declaração pelo termo português "instrução" bem mais restritivo.

> Motivados por nossas conquistas significativas na expansão do acesso à educação nos últimos 15 anos, vamos garantir o fornecimento de educação primária e secundária gratuita, equitativa, de qualidade e com financiamento público por 12 anos, dos quais ao menos nove anos de educação obrigatória, obtendo, assim, resultados relevantes de aprendizagem. Também encorajamos o fornecimento de pelo menos um ano de educação pré-primária de qualidade, gratuita e obrigatória, bem como que todas as crianças tenham acesso a educação, cuidado e desenvolvimento de qualidade na primeira infância. Além disso, comprometemo-nos a proporcionar oportunidades de educação e formação significativas para o grande número de crianças e adolescentes fora da escola que necessitam de medidas imediatas, orientadas e duradouras, de modo a garantir que todas as crianças estejam na escola e aprendendo. (UNESCO, 2015, p. 2).

Escrito na forma de declaração, este documento não traz metas como o Marco de Dakar, mas compromissos, como uma forma de garantir que as metas de Dakar sejam cumpridas. O documento reconhece que

> a responsabilidade fundamental para a implementação bem-sucedida desta agenda cabe aos governos. Estamos determinados a estabelecer marcos legais e políticos que promovam a prestação de contas e a transparência, bem como a governança participativa e parcerias coordenadas em todos os níveis e setores, além de apoiar a luta pelo direito à participação de todas as partes interessadas. (UNESCO, 2015, p. 3).

Com isso, a Unesco demonstra interesse em fiscalizar mais de perto os países que não cumprem o acordo. Das metas de Dakar, por exemplo, o Brasil, até 2015, havia alcançado apenas duas (TREZZI et al, 2016, p. 138), e isso reflete-se nos dados do Censo Escolar do Ministério da Educação que apresentaremos posteriormente.

4 Brasil: Plano Nacional de Educação

No Brasil, os Planos Nacionais de Educação de 2001 e de 2014 trazem elementos que reforçam a ideia de interesse, por parte dos poderes públicos, em investir pesado na fixação de metas generosas no que se refere à educação em geral, e ao acesso universal à mesma, em particular. Tomando como ponto de partida o Plano Nacional de Educação de 2001, que é um espelho da Declaração de Jomtien e do Fórum de Dacar, tem-se os seguintes objetivos:

> . a elevação global do nível de escolaridade da população;
> . a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis;
> . a redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência, com sucesso, na educação pública e
> . democratização da gestão do ensino público, nos estabelecimentos oficiais, obedecendo aos princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes. (BRASIL, 2001, p. 27).

Ainda não aparece claro o interesse em universalizar o acesso à educação, apenas em elevar o nível de escolaridade da população. Apesar de o interesse não constar nos objetivos, o Plano traz as seguintes prioridades:

> 1. Garantia de ensino fundamental obrigatório de oito anos a todas as crianças de 7 a 14 anos, assegurando o seu ingresso e permanência na escola e a conclusão desse ensino.
> 2. Garantia de ensino fundamental a todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria ou que não o concluíram.
> 3. Ampliação do atendimento nos demais níveis de ensino.
> 4. Valorização dos profissionais da educação.
> 5. Desenvolvimento de sistemas de informação e de avaliação em todos os níveis e modalidades de ensino. (BRASIL, 2001, p. 27-29).

O plano divide-se por níveis de ensino, apresentando diagnóstico, diretrizes, objetivos e metas para cada um deles, num trabalho bem completo que deixa claro, como afirma a prioridade 1, que o ingresso e permanência na escola deverá ser universalizado no ensino fundamental e ampliado nos demais níveis. É realista, no sentido de reconhecer as dificuldades encontradas pelo país para colocar todas as crianças e adolescentes na escola. No diagnóstico do ensino médio, o plano mostra que entre 1991 e 1998 apenas 30,8% da população com idade entre 15 e 17 anos matriculou-se. A explicação dada para o fenômeno é essa:

> O número reduzido de matrículas no ensino médio – apenas cerca de 30,8% da população de 15 a 17 anos não se explica, entretanto, por desinteresse do Poder Público em atender à demanda, pois a oferta de vagas na 1ª série do ensino médio tem sido consistentemente superior ao número de egressos da 8ª série do ensino fundamental. A exclusão ao ensino médio deve-se às baixas taxas de conclusão do ensino fundamental, que, por sua vez, estão associadas à baixa qualidade daquele nível de ensino, da qual resultam elevados índices de repetência e evasão. (BRASIL, 2001, p. 66).

Demonstra, assim, o Plano, que a fragilidade era mais ampla do que simplesmente a falta de acesso à escola. Para sanar este problema, foi estabelecida, entre outras, a seguinte meta: "o oferecimento de vagas que, no prazo de cinco anos, correspondam a 50% e, em dez anos, a 100% da demanda de ensino médio, em decorrência da universalização e regularização do fluxo de alunos no ensino fundamental". (BRASIL, 2001, p. 74). Esta tentativa de universalização foi retomada no Plano Nacional de Educação de 2014.

O Plano de 2014, elaborado na forma de 20 metas, retoma as prioridades do Plano anterior, associando-as, da mesma forma, com as metas do Marco de Dakar. É um Plano mais generoso, com metas ousadas, no qual a universalização do acesso à educação aparece em todos os níveis de ensino:

> Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.
> Meta 2: universalizar o ensino fundamental de 9 (nove) anos para toda a população de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos e garantir que pelo menos 95% (noventa e cinco por cento) dos alunos concluam essa etapa na idade recomendada, até o último ano de vigência deste PNE.
> Meta 3: universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 (quinze) a 17 (dezessete) anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85% (oitenta e cinco por cento).
> Meta 4: universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes,

> escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados. (BRASIL, 2014).

As demais metas referem-se a outros temas da educação, não menos importantes, mas não tão pertinentes à nossa pesquisa, portanto nos atemos a estas quatro primeiras. Percebemos que parte delas referem-se a metas não atingidas no Plano anterior, e são incrementadas pelas decisões de Jomtien e Dakar. Esta última afirma:

> A visão de Jomtien continua pertinente e poderosa. Fornece uma perspectiva ampla e abrangente da educação e de seu papel crítico na outorga de poder aos indivíduos e na transformação das sociedades. Entre seus princípios essenciais encontram-se o acesso universal à aprendizagem; a atenção especial sobre equidade; a ênfase sobre os resultados da aprendizagem; a ampliação dos recursos e da esfera de ação da educação fundamental; a maior importância ao ambiente para o ensino; e o fortalecimento das parcerias. Lamentavelmente, a realidade tem focado aquém dessa visão: a milhões de pessoas ainda é negado o direito à educação e às oportunidades que ela dá para que se viva uma vida mais segura, mais saudável, mais produtiva e mais satisfatória. Essa eficiência tem múltiplas causas: débil vontade política, recursos financeiros insuficientes e utilização ineficiente dos disponíveis, encargos da dúvida, atenção inadequada às necessidades de ensino dos pobres e excluídos, falta de atenção à qualidade do ensino e ausência do compromisso de superar as disparidades de gênero. Não resta dúvida de que são tremendos os obstáculos para alcançar a Educação para Todos. Contudo, eles podem e devem ser superados. (UNESCO, CONSED, 2001, p. 15).

No PNE 2014-2024 encontramos um esforço considerável do Brasil em superar essa dificuldade. Percebe-se que, diferentemente do diagnóstico dado pelo Brasil para o reduzido número de matrículas no ensino médio, o Fórum de Dakar destaca como uma das causas a "débil vontade política" e a "atenção inadequada aos pobres e excluídos", colocando, assim, no governo, a maior parte da responsabilidade. O PNE 2001-2010 tirou-a do governo e definiu as diversas contingências sociais como responsáveis pela evasão dos adolescentes em idade escolar.

5 Das Leis à Realidade: Censos Escolares Brasileiros 2012-2016

Os censos escolares fazem o levantamento de dados sobre a situação da educação no Brasil, para além do que a legislação prevê. Para fazer a relação entre o previsto na lei e o realizado, é necessário o cruzamento de dados que permite atestar ou não o cumprimento da lei.

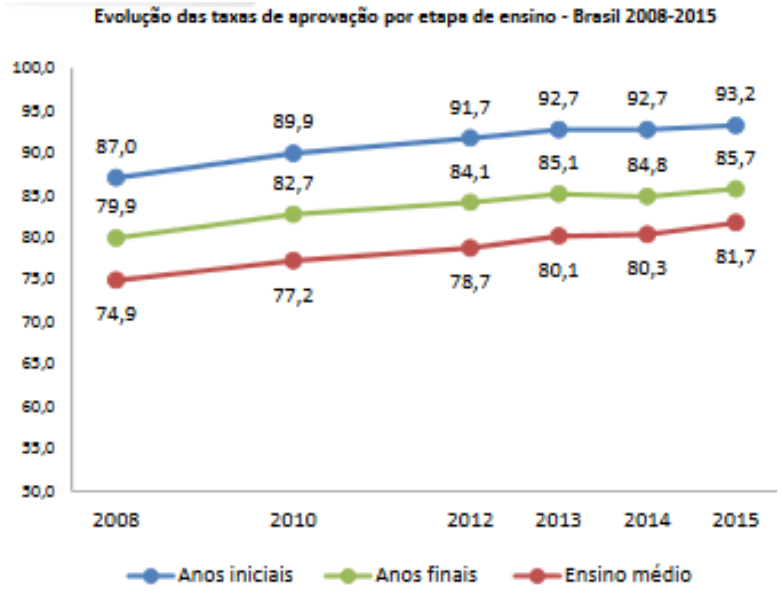
De acordo com o Censo Escolar 2016, o Brasil conta com 186,1 mil escolas de educação básica, sendo 21,5% delas da rede privada. Nessas escolas matricularam-se 48,8 milhões de estudantes, numa média aproximada de 262,2 estudantes por escola. Já nas creches, o número de matrículas é de aproximadamente 3 milhões de crianças.

Os dados do Censo Escolar 2016 demonstram que 2,8 milhões de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos estão fora da escola, sendo a maior parte ainda no ensino médio. Tomando-se por base que boa parcela dessas escolas têm mais do que 262 vagas, 47,1% dos matriculados no ensino médio estudavam em escolas com mais de 500 matrículas e nas escolas de ensino fundamental, 7,3% possuem mais de 500 matrículas e 20% possuem até 50 matrículas. Assim, pode-se concluir que, de maneira geral, o problema não é falta de vagas. Ficamos, então, com a ideia já apresentada no Plano Nacional de Educação de 2001, de que o problema é conjuntural.

Retrocedendo um pouco, chegamos ao Censo Escolar de 2012, que revela um total de matrículas na educação básica de 50.545.050 alunos, quase 2 milhões a mais do que em 2016, mas cerca de 3 milhões a menos do que em 2007, quando foram contabilizadas 53.028.928 matrículas. Por estes dados, percebemos que de 2007 a 2016 houve um decréscimo de quase 5 milhões de matrículas na educação básica. A explicação para este fenômeno, de acordo com o Censo Escolar de 2012, são as distorções que ocorrem a cada ano, bem como à dinamicidade do próprio sistema:

> O decréscimo observado no quantitativo de matrículas da educação básica [...] decorre, principalmente, da acomodação do sistema educacional, em especial na modalidade regular do ensino fundamental, com histórico de retenção e, consequentemente, altos índices de distorção idade-série. Além disso, as matrículas na educação de jovens e adultos (EJA) mantiveram a tendência dos últimos anos e apresentaram queda de 3,4%, representando menos 139 mil matrículas no período 2011-2012.

O decréscimo no número de matrículas na educação básica diminuiu gradativamente. Em 2015 foram 49.192.121 alunos matriculados, contra 48.817.479 em 2016. Os dados do INEP apontam essa mudança como resultado de uma melhoria no fluxo escolar: diminuição no número de reprovações, redução da evasão escolar. O fato é que o número de crianças e adolescentes em idade escolar fora da escola tem diminuído também na mesma proporção. Em 2012 o número apontado pelo Censo Escolar era de 3,8 milhões. Em 2015 eram apontados 2,8 milhões, redução de cerca de 30%. Em 2016, manteve-se o número de 2,8 milhões, ou seja, não houve avanço. O gráfico a seguir mostra como aconteceu esse crescimento:



Fonte:INEP
http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/apresentacao/2017/apresentacao_censo_escolar_da_educacao_basica_%202016.pdf

À parte isso, o Censo Escolar 2016 aponta ainda a questão da qualidade das escolas. Dentre as escolas de ensino médio, 33% não dispõem de quadra de esportes, número que sobe para 39,6% nas escolas de ensino fundamental. Nestas, 8,5% não possuem banheiro, ao passo que nas escolas de ensino médio são 4,6%. Estes e os demais dados mostram que acesso à escola não está necessariamente atrelado à questão da escola de qualidade. Mas não é este o objetivo do presente

estudo. Um cruzamento de dados entre universalização da educação e qualidade das escolas pode ser tema para outro estudo.

6 Análise e Discussão dos Dados

Uma análise dos dados acima apresentados leva a perceber que há um conflito entre o pretendido e o alcançado, conflito esse que passa, muitas vezes, pelas políticas públicas de educação. O fato de o Brasil não ter atingido, ainda, as metas a que se propôs, demonstra uma fragilidade do país no que se refere às políticas públicas de educação. A maioria das metas do Plano Nacional de Educação não foram alcançadas, especialmente no que se refere à universalização da educação básica.

O gráfico a seguir mostra como aparecia, em 2015, a porcentagem da população de 4 a 17 anos que não frequentava a escola. Como veremos, com algumas variações, o número se manteve até 2017. É um número expressivo tendo em vista que a política de universalização do acesso à educação básica já possuía, em 2015, tempo significativo de implantação.



Fonte: INEP
http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/apresentacao/2017/apresentacao_censo_escolar_da_educacao_basica_%202016.pdf

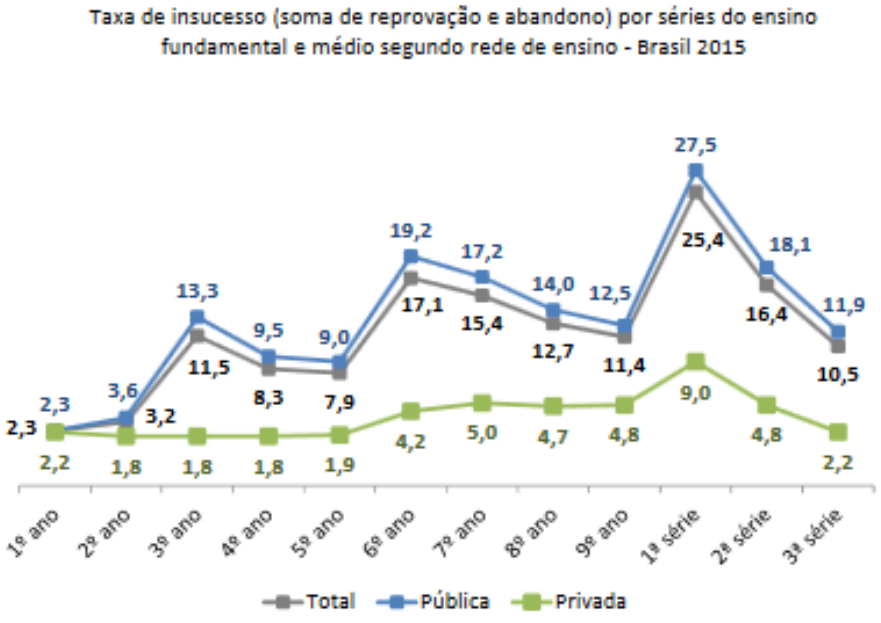
O fato de existirem, no Brasil, ainda, quase 3 milhões de crianças e adolescentes em idade escolar fora da escola não significa necessariamente um fracasso nas políticas públicas. Ele pode ser encarado como uma ineficácia dos métodos adotados até então. Segundo o INEP,

> O Censo Escolar 2016 [...] revela desafios para a universalização do acesso a todos os níveis de ensino no Brasil. Os anos de investimento ainda não provocaram mudanças significativas nos dados coletados pelo Instituto

> Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), autarquia do Ministério da Educação responsável também pela sistematização e consolidação das estatísticas nacionais de educação. As tendências dos anos anteriores permanecem inalteradas e ainda distantes das metas do Plano Nacional de Educação (PNE).

O Observatório do PNE, plataforma online coordenada pelo movimento Todos pela Educação, monitora as metas do Plano, e conta com informações disponíveis até 2015. Nela constata-se que, no tocante à educação básica, o problema maior está com o ensino médio, que tinha, em 2015, 62,7% da população de 15 a 17 anos matriculada no ensino médio, e a meta para 2024 é chegar a 85%. No ensino fundamental, a situação é um pouco mais tranquila: em 2015 haviam 97,7% das crianças em idade escolar matriculadas, e a meta até 2024 é 100%. Contudo, desse número, apenas 76% concluem o ensino fundamental. É aí que está o grande problema do ensino médio: os evadidos do ensino fundamental, e é neles que o MEC precisa concentrar a atenção. A meta para 2024, modesta, é de ter 95% dos alunos matriculados concluindo o ensino fundamental. O Observatório explica:

> No Brasil, cerca de 2,5 milhões de crianças e jovens de 4 a 17 anos estão fora da escola. Desses, aproximadamente 1,5 milhão são jovens de 15 a 17 anos que deveriam estar cursando o Ensino Médio. O desafio da universalização até 2016, imposto pela Emenda Constitucional nº 59, é monumental. A recente melhora das taxas de fluxo escolar no Ensino Fundamental faz aumentar o número de matrículas do Ensino Médio, mas o País ainda está longe de alcançar patamares ideais. Altas taxas de evasão persistem no Ensino Médio. O modelo curricular ultrapassado, baseado em um número excessivo de disciplinas torna a etapa desinteressante para o jovem do século 21.



Fonte: INEP
http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/apresentacao/2017/apresentacao_censo_escolar_da_educacao_basica_%202016.pdf

O fato é que, em 2017, o desafio da universalização até 2016 não foi cumprido. Os 2,8 milhões de estudantes continuam fora da escola e não houve avanços nesse sentido. Percebe-se que, por um lado, as metas foram elevadas, pois o que não se conseguiu em muitos anos buscou-se fazer

em pouco tempo. Por outro lado, as estratégias também foram ousadas. Vejamos, por exemplo, o ensino médio, que tinha como meta "universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 a 17 anos e elevar, até o final do período de vigência deste PNE, a taxa líquida de matrículas no Ensino Médio para 85%". Meta elevada, tendo em vista que, até 2013, mais de 2.000.000 de jovens estavam fora da escola nesse período.

Dar acesso à educação para todos não é uma ideia exclusiva da atualidade e do moderno estado democrático de direito. No segundo século da nossa era, o Rabino Hudah Nesiah, em torno de 210 DC, escrevia que o mundo "se sustenta apenas sobre o murmúrio das crianças na escola [...]. Não deixem pois que as crianças sejam mantidas afastadas da escola, mesmo que seja para a construção do Templo" (apud WEBER, 1986, p. 42). Para este rabino e a tradição judaica, a educação é uma necessidade tão premente que é prioritária, inclusive, em relação ao culto no Templo – destruído em 70 DC. Na cosmovisão judaica desta época, o Templo de Jerusalém representava a soberania do estado de Israel. Em 1524, Lutero divulgava uma carta aberta aos prefeitos e Câmaras municipais do Sacro Império Romano Germânico, reivindicando que os governos dos burgos alemães financiassem a educação pública: "se alguém der um ducado para a guerra contra os turcos (ainda que nos assediassem), seria justo que se doassem cem ducados, embora com eles se pudesse educar apenas um garoto de modo a tornar-se um varão verdadeiramente cristão" (LUTERO, 1995, p. 305).

Um grande pedagogo do século XVII já afirmava ser "necessário que toda a juventude receba uma formação conjunta, nas escolas" (COMENIUS, 2016, p. 83) e que "devem ser confiados à escola não só os filhos dos ricos ou das pessoas mais importantes, mas todos em igualdade, de estirpe nobre ou comum, ricos e pobres, meninos e meninas, em todas as cidades, aldeias, povoados, vilarejos". (op. cit. p. 89). Comenius afirmou isso num período em que muitos defendiam que a educação não deveria ser oferecida a todos, para que não acabasse a desigualdade social.

Outro grande defensor da universalidade da educação foi La Salle, que, alguns anos depois de Comenius, desenvolveu um projeto educativo que pretendia atender o máximo possível de crianças em situação de vulnerabilidade social. Como sacerdote seguidor da doutrina do Concílio de Trento, na qual se defendia que a salvação da alma se dava pelo conhecimento da verdade, La Salle defendia que a educação "deve beneficiar a todas as crianças, independente de seu nascimento e da sua condição econômica, social, religiosa, ou do lugar geográfico onde se encontrem" (HENGEMÜLE, 2007, p. 24).

O fato de encontrarmos, há tantos séculos passados, defensores da universalização da educação, leva a refletir sobre a ineficácia dos métodos utilizados pelo Brasil para lograr êxito nessa empreitada. Uma possível explicação é a de Saviani que aponta para uma contradição peculiar do Brasil, pois se tratássemos "a educação com a devida seriedade e de acordo com a prioridade que é proclamada nos discursos, mas nunca efetivamente considerada" (2007, p. 1254) a universalização já teria sido alcançada ao longo dos 80 anos da primeira proclamação deste direito republicano na Constituição de 1934.

Paro (2011, p. 15) faz uma distinção entre democratização e universalização. Segundo o autor, no Brasil tem ocorrido, desde o início dos anos 1980, uma "saudável tendência de democratização da escola pública básica". Ressalta, porém: "o termo democratização não é empregado aqui no sentido de universalização da escola básica [...]. O que se trata aqui é da democratização das relações" na escola. Essa democratização ajuda na aproximação entre escola e comunidade, facilitando o acesso e a permanência do estudante. Contudo, o autor tece uma crítica à estrutura da escola, especialmente naquela que busca aproximar a escola da comunidade. Segundo

ele, tentativas de programas para efetivar essa aproximação fracassaram, tornando-se, muitas vezes, a escola um elemento estranho dentro da comunidade.

Este pode ser um ponto de vista a ser analisado quando se percebe que a evasão escolar no ensino fundamental é a principal causa da ausência de estudantes em idade de cursarem ensino médio das escolas. De qualquer forma, percebemos claramente que, apesar de investimentos humanos e econômicos, o Brasil não está conseguindo avançar muito nas metas garantistas do direito de todos à educação.

7 Considerações Finais

Dentre outros países, o Brasil destaca-se por estar entre os piores colocados nas avaliações internacionais da educação básica. Das metas do Compromisso de Dakar, apenas duas foram alcançadas até 2016. Isso significa que os esforços feitos no sentido de alcançá-las não surtiram efeito.

O Brasil tem extensa legislação educacional. Pelo menos no que tange a isso, a educação é levada a sério. São elaborados a cada dez anos (com algum atraso, como ocorreu com o último que demorou quatro anos para ser aprovado), um Plano Nacional de Educação, e criaram-se estruturas de fiscalização para o cumprimento do plano. Possui também um plano de investimentos significativo[23]: nada menos que 18% da receita líquida da União deve ser destinada pela Constituição Federal para a educação, além do que devem destinar estados e municípios, sendo que normalmente esse valor é ultrapassado pelos dois últimos mencionados entes federados. O Plano Nacional de Educação prevê a destinação, até 2024, de 10% do PIB para a educação.

Apesar deste volume de investimentos e da grande estrutura colocada a serviço da educação, concluímos que o Brasil tem dificuldades para transformar seu projeto educativo em projeto de nação. A percepção de que diferentes governos tratam o assunto de forma diferente é uma das formas de justificar essa conclusão, a educação parece mais política de governo do que política de estado.

Quando um assunto deixa de ser plano de governo e passa a ser projeto de nação, ele ganha contornos mais definidos e é assegurada a continuidade dos projetos que estavam sendo organizados. Diversas mudanças foram propostas por diferentes governos nos últimos anos: alteração de currículos, mudança de idade para matrícula obrigatória, Lei de Diretrizes e Bases, entre outros. Nenhuma dessas mudanças produziu resultado significativo no sentido de garantir a universalização do direito igualitário à educação, pois de maneira geral mostraram-se como projetos superficiais que não atingiram o cerne da questão.

Há que se reconhecer os avanços que ocorreram nos últimos anos, como a redução nos índices de reprovação e de evasão escolar, ou no número de jovens fora da escola, bem como a fixação de metas concretas, com prazos a serem cumpridos. Há 11 anos tramita na Câmara dos Deputados o PL 7420/06 - Lei de Responsabilidade Educacional. Resta compreender: como pensam o governo e o eleitorado brasileiro na concretização das metas fixadas pelo PNE, transformando-as em projeto de nação?

[23] Não consideramos a recente aprovação da **Emenda** *C*onstitucional **95/2016** que limita por 20 anos os gastos públicos, entre os quais a educação.

Referências

APPOLINÁRIO, F. *Dicionário de metodologia científica*: um guia para a produção do conhecimento científico. São Paulo, Atlas, 2009.

BOBBIO, N. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 29 de abril de 2017

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em : 29 de abril de 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 de abril de 2017.

BRASIL. *Constituição do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824).* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 29 de abril de 2017.

BRASIL. MEC/INEP. Censo Escolar 2016 reforça desafios para universalização da educação no Brasil. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/ content/censo-escolar-2016-reforca-desafios-para-universalizacao-da-educacao-no-brasil/ 21206. Acesso em 01 de maio de 2017.

BRASIL. MEC/INEP. *Censo Escolar da Educação Básica 2012 – Resumo técnico.* Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2013

BRASIL. MEC/INEP. *Censo Escolar da Educação Básica 2015 – Notas estatísticas.* Brasília: MEC, INEP, 2016.

BRASIL. MEC/INEP. *Censo Escolar da Educação Básica 2016 – Notas estatísticas.* Brasília: MEC, INEP, 2017.

BRASIL. *Plano Nacional de Educação 2014-2024.* Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

BRASIL. *Plano Nacional de Educação*. Brasília: Senado Federal, Unesco, 2001.

COMENIUS. *Didática Magna*. 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2016.
Declaração Universal dos Direitos Humanos.

HENGEMÜLE, E. *Educação Lassaliana: que educação*? Canoas: Salles, 2007.

LUTERO, M. Aos conselhos de todas as cidades da Alemanha para que criem e mantenham escolas cristãs. In: ___. *Martinho Lutero: Obras selecionadas*. Ética: Fundamentos – Oração – Sexualidade – Educação - Economia. V. 5. São Leopoldo; Porto Alegre: Sinodal; Concórdia, 1995. p. 302-325.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. *Fundamentos da Metodologia Científica.* 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html. Acesso em 30 de abril de 2017

PARO, V. H. *Crítica à estrutura da escola*. São Paulo: Cortez, 2011.

SAVIANI, D. O Plano de Desenvolvimento da Educação: análise do projeto do MEC. *Educação & Sociedade*, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 1231-1255, out. 2007

TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Observatório do PNE*. Disponível em: www.observatoriodopne.org.br. Acesso em 01 de maio de 2017.

TREZZI, C. et. al. O direito à educação de qualidade e o Marco de Ação de Dakar: metas, avanços e desafios. *Anais do Congresso Sociology of Law.* Canoas: Unilasalle, 2016. P. 132-141

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Declaraçãode incheon.* UNESCO, 2015. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002331/233137POR.pdf. Acesso em 30 de abril de 2017

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Educação 2030:* rumo a uma educação de qualidade inclusiva e equitativa e à educação ao longo da vida para todos. Declaração de Incheon. Unesco, 2015. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002432/243278POR.pdf. Acesso em 30 de abril de 2017

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura; CONSED. Conselho Nacional de Secretários da Educação. *Educação para todos* – O Compromisso de Dakar. Brasília: UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127509porb.pdf. Acesso em 30 de abril de 2017.

WEBER, H-R. *Jesus e as crianças.* São Leopoldo: Sinodal, 1986.

A EDUCAÇÃO SUPERIOR LASSALISTA EM CONSONÂNCIA COM A LDB 9394/96

Ana Marli Hoernig, Mestre em Ensino de Ciências e Matemática pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); E-mail: anamarlih7@gmail.com.

Paulo Fossatti, Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Pós-Doutor em Ciências da Educação pela Universidade do Algarve. Professor do PPG em Educação e reitor da Universidade La Salle de Canoas, RS; E-mail: paulo.fossatti@unilasalle.edu.br.

Resumo:

O presente texto trata das finalidades da Educação Superior conforme o Artigo 43 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) nº 9394 de 1996. O objetivo deste artigo é evidenciar a relação estabelecida entre a Educação Superior Lassalista e as finalidades da educação superior previstas nos Incisos do artigo 43 da LDB. A abordagem metodológica é qualitativa, abordando aspectos legais, análise documental, revisão de literatura e diário de campo dos pesquisadores. Os resultados comprovam a aproximação existente entre teoria e prática das finalidades da Educação Superior constantes na LDB e a Educação Lassalista. Constata-se, até o momento, que as finalidades estão evidenciadas em nível teórico. Conclui-se que se deve buscar o aprimoramento das práticas.

Palavras-chave: Finalidades da Educação Superior. Lei de Diretrizes e Bases. Educação Lassalista.

1 Introdução

A educação brasileira é regida pela lei 9394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Esta lei tem grande amplitude, atingindo todos os níveis e modalidades da educação em nosso país. Consoante Santos (2016, p.140), "a LDB é o documento norteador de toda a estruturação das instituições e, por isso, determina as características fundantes das instituições educacionais dentro do país". A LDB organiza e direciona a educação nacional: os fins da educação são estabelecidos na lei, rumos a serem seguidos e meios adequados para atingi-los são por ela referenciados.

É consenso no meio educacional que a legislação determinada pela lei de diretrizes e bases é ampla, complexa e apresenta grande flexibilidade em sua redação. Conforme Demo (1999, p.19) "parece inegável o esforço dos legisladores de garantir, no espírito da lei, mas igualmente em muitos detalhes concretos, uma proposta muito flexível de organização dos sistemas". A prática educativa deve atender o texto base, entretanto a flexibilidade da lei permite que se extrapole as determinações da mesma.

O presente texto pretende evidenciar a relação estabelecida entre a Educação Superior Lassalista e as finalidades da educação superior previstas nos Incisos do artigo 43 da LDB. O

caráter filantrópico da educação lassalista justifica a escolha por estas instituições que trabalham exclusivamente com educação tendo 76 Universidades Lassalistas ao redor do mundo. Tais instituições se dedicam exclusivamente à educação. No Brasil e no mundo constituem-se em referencial de credibilidade, pois exercem uma práxis educacional clássica e de longa tradição.

Encontramos na atualidade 82 países contemplados com Instituições Lassalistas, onde atuam mais de 100.000 Educadores e 1.055 Comunidades Educativas que atendem em torno de um milhão de crianças, jovens e adultos (UNILASALLE, 2016). A educação lassalista acontece na realidade atual tendo em vista que educadores e educandos são atores de um processo de crescimento contínuo e progressivo na comunidade onde estão inseridos. (PROVÍNCIA LASSALISTA DE PORTO ALEGRE, 2009, p.20).

Para os lassalistas a prática pedagógica coloca o educando como protagonista no processo de construção do conhecimento, considerando que "o ensino e a aprendizagem são processos sistemáticos, integrados, flexíveis, contextualizados e intencionados, nos quais a construção e a reconstrução dos saberes estão centradas na pessoa do educando" (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, P.18).

As instituições lassalistas em suas comunidades desenvolvem projetos sociais que são aceitos e procurados pelas comunidades do entorno das instituições, que deles participam e se beneficiam. Tais projetos são desenvolvidos nas comunidades e proporcionam diversos benefícios aos atendidos tais como: atividades socioeducativas, de educação para a cidadania, participação comunitária e familiar, além de seu desenvolvimento biopsicossocial, de forma participativa, solidária e autônoma (REDE LA SALLE, 2017b).

Os educadores que assumem a identidade lassalista trabalham em prol de "serem pessoas que integram em si os distintos níveis e potencialidades que as constituem, e que, vivendo em comunidade zelam pela educação humana e cristã dos que lhes são confiados" (PROVÍNCIA LASSALISTA DE PORTO ALEGRE, 2009, p.37). Tal educador deve contemplar a confiança depositada na proposta educativa das instituições.

Demandas e legais e demandas sociais pedem renovação da prática educativa; isto é imprescindível para uma atuação eficaz e eficiente que atende aos princípios legais e aos princípios lassalistas. Na educação lassalista valoriza-se a tradição, que deve andar lado a lado com as inovações, para que isto ocorra Hengemüle (2012, p. 14) aponta-nos uma direção, ele afirma:

> Inspirar-se num passado visto como modelo em seu tempo não significa repetir a literalidade das formulações, nem a materialidade das realizações deste passado. Trata-se de ser fiel criativamente. De realizar uma atualização discernida das intuições fontais e formulá-las teoricamente com base nas ciências hodiernas, e expressá-las praticamente com o auxílio dos recursos tecnológicos não disponíveis neste passado inspirador.

O que registramos até aqui nos ajuda a tematizar as aproximações entre a LDB em seu Artigo 43 e os discursos e práticas da educação superior lassalista como veremos a seguir. Demo (1999, p.31) afirma "a análise que aqui buscamos fazer orienta-se pela convicção de que é fundamental valorizar o que é bom", sendo esta postura adotada pelos autores deste trabalho.

O artigo 43 da referida lei trata, em seus oito incisos, da educação superior e suas finalidades, objeto deste texto. O referido artigo permite às instituições de ensino ampla flexibilidade, o que se observa nos verbos utilizados em sua redação, como se pode constatar:

> Artigo 43 da Lei nº 9.394 de 20 de Dezembro de 1996
> Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

> I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
> II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;
> III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;
> IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;
> V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;
> VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;
> VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.
> VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares. (Incluído pela Lei nº 13.174, de 2015).

2 Metodologia

A metodologia comporta pesquisa qualitativa, aspectos legais, acolhe análise documental, revisão de literatura, e diário de campo dos pesquisadores. Acreditamos como Stake (2011, p.80) que "a descrição de como as coisas funcionam se baseia muito na experiência pessoal" dos pesquisadores. A pesquisa qualitativa é "mais atenta com sua dimensão sociocultural que se expressa por meio de crenças, valores e práticas" (MYNAIO, 2017, p.2).

A escolha pela análise documental baseia-se no fato de que os documentos são "fruto de um esforço coletivo, do sonho e dos ideais de todos os educadores lassalistas da Província La Salle Brasil-Chile" pois, mais do que um documento "ela é um marco que sinaliza uma jornada, um farol a apontar caminhos para as ações pedagógicas, administrativas e pastorais" (PROVÍNCIA BRASIL-CHILE, 2014, p,31).

Segundo Stake (2011, p.80) "A pesquisa qualitativa é uma tarefa disciplinada", sendo assim, neste trabalho, a partir do levantamento bibliográfico e documental, procede-se a uma análise descritiva e análise crítica das informações obtidas. Optou-se pela análise das tendências discursivas evidenciadas na literatura revisada, com as devidas contribuições do diário de campo.

3 Dissonâncias entre as finalidades da educação superior e a prática educacional

A lei de diretrizes e bases da educação nacional, como já foi referida, é flexível. De acordo com Demo (1999, p. 24) "uma lei flexível é a que cabe no espaço educacional, para que tenha por coerência, compromisso educativo". Tal flexibilidade permite diferentes interpretações e, por

conseguinte, diferentes formas de aplicá-la. Para efetivar a legislação as instituições encontram limitações e dificuldades reais, não sendo objetivo deste trabalho aprofundar-se nestas questões. À guisa de reflexão, lançaremos um breve olhar sobre o que poderia ser entrave para um andar consonante às finalidades da legislação.

Mudanças de paradigmas, concretização de projetos, efetivação da legislação pede a participação de toda a comunidade acadêmica. O processo educativo é participativo. Para Chalita (2004, p.173) "a mudança dos paradigmas ocorre quando cada um dá sua parcela de contribuição e é capaz de permitir que o outro também opine, também participe". Logo, deduz-se, o quão difícil é efetivar práticas educacionais em instituições que não possibilitam esta participação de todos os atores educacionais.

A sociedade como um todo vive atrelada ao cronos, as instituições educativas são limitadas pelo fator tempo para desenvolverem sua práxis. Tardif (2010, p.282), nos diz que:

> As universidades e as escolas possuem um calendário de trabalho sobrecarregado e não dispõem de tempo nem de recursos para realizarem os objetivos, por vezes ambiciosos, das reformas e para permanecerem concentradas na visão da mudança desejada. Resulta daí uma dispersão nos esforços e a ausência de uma visão ao mesmo tempo comum e coerente entre os parceiros da mudança.

No dia a dia do atuar pedagógico e administrativo das instituições, as limitações impostas pelo tempo em muito contribuem para dificultar a efetivação de projetos educacionais, bem como executar as finalidades da lei. A corrida contra o tempo na rotina docente é sufocante. Melhores planejamentos, redução da sobrecarga de toda ordem seria benéfico para uma educação de melhor qualidade, no que é pertinente à efetivação das finalidades da lei, e na educação em sua totalidade.

O autor supracitado (2010, p.283) volta a referir-se ao tempo e menciona que "os currículos universitários ainda são demasiado fragmentados, baseados em conteúdos demasiados especializados, oferecidos em unidades de ensino de curta duração e sem relação entre elas, com pouco impacto nos alunos". A fragmentação do conhecimento e unidades de ensino desconexas em muito dificulta uma prática educativa reflexiva.

A passagem dos educandos do ensino médio para o ensino superior é prevista na legislação com uma maior proximidade, entretanto, na prática, isto parece estar longe de ocorrer. Sobre esta questão Moehlecke (2012, p.56) diz que a "educação intermediária, situada até então entre a educação obrigatória e a superior, à última etapa da educação básica obrigatória, parece ser um dos grandes desafios atuais na formulação de políticas públicas educacionais". Esta lacuna existente entre os dois níveis de ensino insere no nível superior educandos sem o conhecimento necessário do que irão enfrentar e despreparados para uma formação continuada.

Considerando as dificuldades anteriores como causas reais, e o são, perguntaríamos: que tipo de aluno ingressa no nível superior? Como caracterizamos o acadêmico em sua jornada universitária? E, ainda, que perfil terá o egresso universitário? Certamente não se tem respostas prontas e definitivas. Procuramos trazer, a seguir, alguma luz sobre estas questões.

Marcelo (2013, p.36) menciona que "en muchas ocasiones las innovaciones fracasan precisamente porque los alumnos se vuelven resistentes a ellas". De acordo com este autor há requisitos a cumprir para termos alunos colaboradores que se envolvam com as práticas inovadoras, ele afirma que "bien por falta de explicación de los objetivos y prácticas innovadoras, bien por las consecuencias que estas innovaciones tienen para su carga de trabajo, los alumnos pueden ser resistentes al cambio" (2013, p.36).

Concordamos com essas afirmações do autor anteriormente citado. Pelo tempo de prática docente constatamos que alunos jovens pedem total transparência para o que lhes é proposto. A clareza das propostas apresentadas contribuirão para maior êxito com o que se quer efetivar junto aos educandos.

Entendemos que, visando melhoras e atualizações, conteúdos educacionais devem ser questionados pela comunidade acadêmica. Entendemos também que textos legislativos podem ser questionados objetivando uma melhor efetivação dos mesmos. Sobre isto refere Tardif (2010, p. 189):

> Todo construto teórico referente a práticas deve ser questionado num dado momento, de maneira crítica, quanto à natureza das idealidades, das abstrações por ele pressupostas ou elaboradas para fixar os limites de seu objeto; suas ações, seus atores e seus saberes.

Demandas sociais, exigências legais, solicitudes contemporâneas são questões que ocupam e preocupam a comunidade docente. Esta dinamicidade do fazer educativo mantém o pulsar da educação e move educadores procurando dar respostas para os questionamentos trazidos anteriormente, bem como a tantos outros que surgem no cotidiano educacional. Para um educar mais exitoso, bem como para efetivar as finalidades da educação superior, encontramos em Libâneo (2004, p.71) mais algumas ponderações que a seguir registramos:

> Atender as necessidades dos alunos em consonância com as exigências sociais e educacionais contemporâneas significa prestar atenção a aspectos cognitivos, isto é, nos conteúdos que estão sendo ensinados, no modo como estão sendo ensinados, na formação das competências de pensamento, na capacidade de aplicação dos conceitos aprendidos na vida prática e nos aspectos operativos, isto é, no desenvolvimento de habilidades e procedimentos, de valores, atitudes e hábitos morais. Isto implica inovações nos currículos, nas práticas metodológicas e nas práticas de organizações de gestão nas escolas.

O que trazemos até aqui nos possibilita acreditar que é possível a transição entre paradigmas educacionais no que tange ao cumprimento da lei. Vislumbramos a efetivação das finalidades da educação superior formando acadêmicos reflexivos, que se preocupam com o meio onde estão inseridos, egressos acadêmicos aptos para a inserção no mercado de trabalho e que continuam a investir na formação continuada, entre outras finalidades da lei que podem e devem ser atendidas pelas instituições de ensino superior.

4 A educação lassalista em consonância com as finalidades do artigo 43 da LDB

Temos como questão norteadora desta abordagem: atuam as instituições lassalistas de modo a atender ao que está disposto nas finalidades do referido artigo? A partir dos resultados da pesquisa passamos à discussão dos resultados estabelecendo um contraponto entre o disposto no artigo 43 da LDB e a educação lassalista, no tocante ao que foi encontrado em documentos e na literatura, e, desta forma, procura-se responder ao questionamento.

Uma educação que perpassa trezentos anos de história certamente remete à grande credibilidade e requer um olhar mais atento por parte da sociedade. Este é um diferencial significativo na educação lassalista, com o qual concordam Hoernig e Fossatti (2017, p.12) ao

afirmarem que “as instituições lassalistas atuam na vanguarda da educação, renovando práticas com séculos de tradição que atendem situações da pós-modernidade”.

Consoante à proposta educativa lassalista (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.29) a atuação das instituições em rede “consiste em um modo eficiente e eficaz de organização, com o objetivo de dar respostas às necessidades da sociedade atual e contribuir com a construção de processos educativos inovadores”. Este modo de atuação das instituições lassalistas seguramente fortalece o agir educacional e possibilita responder de forma propositiva às demandas da legislação.

O primeiro inciso do artigo 43 determina que “se deve estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo” (BRASIL, 1996). Concernente a esta disposição da lei, encontramos em Libâneo (2004, p.35) que “a internalização de saberes e competências profissionais supõe conhecimentos científicos e uma valorização de elementos criativos voltados para a arte do ensino, dentro de uma perspectiva crítico-reflexiva”. É compromisso da educação lassalista que os educandos sejam formados conforme o viés deste autor, o que é reforçado por Hengemüle (2007, p.215) ao afirmar que aos educandos “é necessário que tirem proveito dos estudos, progridam e tenham êxito”.

Encontramos nos autores lassalistas tradicionais, como o acima citado, um viés pedagógico fortemente comprometido com a formação do educando. Neste sentido a proposta educativa lassalista, concorda com o referido autor e com a finalidade da educação em questão, encontra-se neste documento que “o ensino e a aprendizagem são processos sistemáticos, integrados, flexíveis, contextualizados e intencionados [...] cabendo a cada educando a tarefa de produzir sentidos e de realizar aprendizagens significativas” (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE. 2014, p.18).

Determina o segundo inciso do artigo 43 que “se deve formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua” (BRASIL, 1996). Silva (2015, p.42) menciona que “mais do que ser livre e dotado de razão, é necessário ter a aptidão de utilizar-se de tais capacidades”. Para este autor a dimensão educativa possibilitará ao educando formar-se um ser emancipado (p.42).

Atuar nas conjunturas da lei é consequência natural do pensar e viver lassaliano, conforme Hengemüle (2007, p.197) “ensinar a bem viver importava em ajudar a pensar no futuro, o que significava, sobretudo, auxiliá-los a se prepararem para o acesso ao emprego”.

Para além do aspecto pragmático previsto pelo referido inciso em questão, os lassalistas prospectam uma formação alinhada com todas as dimensões do ser humano, quanto ao projeto de vida dos indivíduos, temos que: “Se cada um é responsável pela construção de seu projeto de vida e pela efetivação dele, entende-se que o sucesso, a (re)construção do sentido existencial e a realização também dependerão das escolhas pessoais” (FOSSATTI, 2010, p.48).

Pode-se acreditar que os egressos saem com formação adequada, pois enquanto acadêmicos “são convidados a serem protagonistas do próprio desenvolvimento, aprendendo a ser, conhecer, conviver, fazer, colaborar e inovar” (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.21).

O terceiro inciso do artigo 43 determina que “se deve incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive” (BRASIL, 1996). Um educar hoje que vê o amanhã e que também vê o todo é feito de modo que “a prática educativa remete a atividades guiadas e estruturadas por representações, principalmente por essa representação que chamamos de objetivo ou de fim” (TARDIF, 2010, p. 151).

O cumprimento das finalidades da educação superior pelas instituições lassalistas pode tornar-se muito claro quando nos deparamos com o que afirma o lassaliano Hengemüle (2011, p.25), referindo-se ao seu Mestre fundador:

> Seria necessário, nós, como ele, não perdermos o trem da história: sabermos abandonar, ou relativizar o que já não é resposta a necessidades atuais, e estar atentos as coisas e às formas novas, que estão fazendo a educação avançar, e, inclusive, tentar contribuir para a criação de tais coisas e formas.

Na proposta educativa lassalista consta que o educando "é criativo e empreendedor na resolução dos problemas quotidianos; é cidadão de direitos e de deveres" (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.24). Este registro encontrado no documento consultado reforça a certeza de um acadêmico comprometido com o meio onde vive.

É finalidade da lei, prevista no quarto inciso do artigo 43 "promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação" (BRASIL, 1996). Certamente o conhecimento só se torna útil quando conhecido, repartido, socializado. Para Tardif (2010, p.219) "A aquisição dos saberes é acompanhada de uma certa socialização profissional".

A educação lassalista, desde as suas origens tem a preocupação com a socialização do conhecimento de suas práticas. Na contemporaneidade, as práticas pedagógicas são socializadas e o conhecimento produzido em suas instituições é sobejamente incentivado a ser divulgado pelas diferentes mídias a que os acadêmicos têm acesso.

Sobre esta finalidade da educação superior encontramos, como sempre, a certeza de ancorá-la em reconhecidos autores lassalistas conforme citamos: "La Salle e seus mestres religiosos adquiriram na prática pedagógica de cada dia, uma experiência cada vez mais eficaz e eficiente, a qual, depois de analisada em grupo, veio a dar em normas de atuação redigidas e publicadas" (MENEGAT, GANDIN E CORBELINI, 2011, p.140).

A finalidade da lei é considerada atendida também quando nos voltamos para o que se encontra registrado nos documentos institucionais, quando diz que "Facilitamos o acesso existencial e intelectual à cultura: o saber acumulado pela humanidade e as descobertas atuais." (PROVÍNCIA LASSALISTA DE PORTO ALEGRE, 2009, p.39).

O quinto inciso do artigo 43 "determina que se deve suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração" (BRASIL, 1996). Encontramos na revisão da literatura autores em perfeita harmonia com a legislação, como se a redação de seu texto fosse direcionada especificamente para uma situação, o que se encontra em Tardif (2010, p.159): "O processo de formação visa aqui o desenvolvimento de uma forma humana de vida que tem em si mesma sua própria finalidade, noção que engloba, a um só tempo, os fins naturais, sociais e individuais do ser humano".

Autores reconhecidamente comprometidos com a educação demonstram na literatura não apresentarem dificuldades em andar em conformidade com o previsto na legislação. Em sua louvável prática docente e em seus escritos encontramos tal respaldo conforme registramos a seguir:

> Certamente as instituições de Educação Superior têm uma série de responsabilidades, tais como administrar recursos, programas,

> procedimentos, normas e incentivos que venham intervir na aprendizagem e desenvolvimento do estudante, mas esses também são responsáveis pelos resultados que obtêm, devido à qualidade de esforços que investem na sua aprendizagem, bem como à utilização que fazem dos recursos disponibilizados pelas universidades para esse fim (FELICETTI e MOROSINI, 2010, p.12).

No decorrer da revisão da documentação lassalista encontramos respaldo para efetivação da lei. A proposta lassalista concorda com a finalidade da educação superior constante na legislação quando afirma que "Concebemos a educação como direito fundamental da pessoa humana, um itinerário intencionado e sistemático de humanização, aprendizagem e crescimento" (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p. 21).

O sexto inciso do artigo 43 tem por finalidade "estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade" (BRASIL, 1996). Esta finalidade da educação prevista na legislação remete à ideia de humanização a partir do conhecimento das questões do meio adjacente a comunidade acadêmica e da interação com a mesma. A relevância desta postura é salientada por Meurer e Scheid (2011, p.133) quando afirmam que "o desenvolvimento de atitudes e valores é tão essencial quanto a aprendizagem de conceitos e procedimentos". Os autores Díaz e Amurrio também enfatizam a importância da humanização do ensino quando afirmam:

> educación no sólo es fruto de una inusitada inspiración educativa, sino también de una sensibilidad notable que humaniza, es asumir el reto de trabajar por un derecho que permita la humanización y mejoramiento de la condición integral de quienes disfrutan plenamente de él (2011, p. 31).

O cumprimento, pelas instituições lassalistas, do que encontra-se disposto na legislção torna-se possível quando se estriba nas orientações que constam em seus documentos. A proposta educativa frisa a importância de contextualizar o conhecimento. É uma constante a preocupação em torná-lo útil, conforme denota-se no texto a seguir:

> O ensino e a aprendizagem estão pautados no atendimento às necessidades do acadêmico e na compreensão da sociedade, dos ambientes de trabalho e das dimensões éticas e inovadoras e da visão do homem no mundo, por meio da concepção plena de relações multidisciplinares (UNILASALLE, 2016, p.28).

O sétimo inciso do artigo 43 determina que "se deve promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição" (BRASIL, 1996). Esta finalidade da lei quando efetivada aproxima a instituição da comunidade beneficiando-a com suas conquistas científicas. Neste caso a educação se torna fraterna e solidária e manifesta-se "como uma resposta prática e necessária às urgências do mundo de hoje" (NERY e PETRY, 2011, p. 158).

Todos os autores lassalianos endossam este atuar educativo fraterno, solidário, comprometido com o educando e com a comunidade do entorno. Hengemüle (2007, p.167) menciona que a pedagogia e a prática lassalista devem ser pensadas "para os meios populares, adaptados ao que estes necessitam e não impostos a partir de princípios de autoridade estranhos a eles".

Em todo o analisar da documentação lassalista e no contraponto com os autores lassalianos denota-se uma sintonia entre o que é proposto e o que a legislação determina, como pode-se

constatar na seguinte assertiva: “a melhoria da capacidade de bem viver e de conviver com o outro; ao desenvolvimento de valores, de normas e atitudes em sintonia com os princípios lassalistas” (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.23).

Determina o oitavo inciso do artigo 43 que “as instituições devem atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares” (BRASIL, 1996). Neste sentido, quanto a cumprir o disposto na legislação, as instituições devem, no entender de Chalita, proporcionar o educando do “equilíbrio necessário para não temer novos rumos e situações, caminhos desconhecidos que precisarão ser trilhados com determinação” (2004, p.199).

Em concordância com esta visão, enfatizando o quanto a educação pode contribuir para cumprir esta disposição da lei, citamos Hengemüle (2007, p.199) o qual afirma que as atividades educacionais deverão ocupar os educandos “e mesmo de retirá-los de seu desinteresse e atraso, e dar-lhes condições de progredir e de estabelecer-se no mundo”.

Quando encontramos na proposta educativa lassalista uma declaração, podemos ter certeza de que haverá empenho dos educadores para que ocorra efetivação da mesma. Encontramos registrado na documentação que rege o fazer educativo lassalista que: “Queremos que a construção do conhecimento se dê de forma participativa, interativa e dialógica, valorizando o aprender contínuo.” (PROVÍNCIA LASSALISTA DE PORTO ALEGRE, 2009, p. 60). Esta asserção remete a finalidade da lei em questão, procurando estabelecer o diálogo entre os dois níveis escolares mencionados no oitavo inciso.

Pretendemos acentuar o agir comprometido da educação lassalista com as exigências contemporâneas da sociedade atual, na qual vigora o artigo 43 da LDB com suas finalidades bem definidas. Endossa este entendimento o que refere à proposta educativa lassalista (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.14), onde consta que: “Temos presente em nosso modo de educar, a globalização, a pluralidade e a diversidade da nossa sociedade, que são fonte de reflexão e possibilidades de mudança, de inovação e de unidade”.

Ao repassarmos esta breve abordagem sobre o que está disposto no artigo 43 da lei da LDB, pretende-se animar aos nossos pares para que busquem efetivá-la no seu fazer educativo nas instituições onde atuam, citando Fossatti, Sarmento e Ramirez (2007, p.176) os quais mencionam que “a passagem de iniciativas por vezes isolada para uma inovação coletiva geralmente transcorre num palco de negociações em que o interpelamento do outro desestabiliza e incita a revisão de paradigmas e posturas”.

Ao atentarmos para Demo (1999,p.12), o qual escreve que “a lei, por si só, merece toda a atenção, por tratar de assunto decisivo para as novas gerações”, constatamos que é herança lassalista andar consonante a legislação; legado que perpassa gerações e que permite antever um futuro educacional consistente em suas instituições. Neste sentido, é perfeitamente perceptível, quando se assume a filosofia lassalista, o cuidado em passar adiante este compromisso com normas e princípios em todos os setores e instâncias das instituições, com isto concordam Hoernig e Fossatti (2017, p.17) ao afirmarem que “as pessoas conhecem seus direitos e deveres, com clareza e compromisso nas instituições lassalistas, ante o disposto na LDB”.

Encontramos na literatura pesquisada e nos autores lassalistas um fio condutor que nos aponta para uma direção, para um cumprir, sim, a legislação, e cumpri-la de uma forma humanizada, conforme afirmam Orth e Dalla Rosa (2011, p.104):

> Diante de um cenário de mundo como o nosso, em que os laços de humanidade parecem estar em processo de desintegração, torna-se ainda mais evidente o desafio de apostarmos em caminhos que tragam alento e esperança para um outro mundo possível.

5 Considerações finais

O presente estudo teve como foco a educação lassalista atuando em consonância com Lei de diretrizes e Bases da Educação nas suas diversas instituições, com o objetivo de evidenciar a relação que se estabelece entre a Educação Superior Lassalista e as finalidades da educação superior constantes no artigo 43 da LDB.

Entende-se que o objetivo do estudo foi alcançado, pois encontramos respaldo tanto na literatura revisada quanto na análise documental. As instituições lassalistas atuam consonante a legislação no que se refere ao artigo 43 da referida lei. O diário de campo dos pesquisadores mostrou grande aproximação e aderência entre a filosofia lassalista e o artigo estudado.

O educador lassalista faz acontecer em boa medida as finalidades da lei ao estimular o desenvolvimento do pensamento reflexivo, ao incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, ao procurar formar profissionais aptos para inserção profissional. Nas instituições lassalistas existem incontáveis possibilidades de aprimoramento cultural, facilita-se o acesso à cultura e a divulgação de conhecimentos. Estimula-se o conhecimento dos problemas do mundo, há incentivo a atividades de extensão e busca-se aproximar a educação superior da educação básica. Busca-se intensa e permanentemente atender as finalidades da educação superior, conforme o artigo 43 da LDB.

O presente texto utilizou como metodologia a revisão da literatura pertinente ao estudo proposto, a análise documental e o diário de campo dos pesquisadores. Sugere-se para abordagem do tema em trabalhos posteriores que se aprofunde o estudo por meio de entrevistas junto a educadores e educandos das instituições, o que pode ser feito nos diferentes níveis e modalidades da atuação educacional lassalista. Tais estudos permitiriam complementar e reforçar com mais dados empíricos o que se constatou no presente artigo.

Este artigo nos permite afirmar que houve uma maior explicitação de que ocorre de fato uma grande aproximação entre as finalidades da educação superior previstas na LDB e a educação lassalista, tanto em nível local como nacional, pois as instituições lassalistas, detentoras de um singular saber-fazer educacional, atuam em rede respondendo exemplarmente à legislação, buscando sempre pelo aprimoramento das práticas.

Referências

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional* n.9394/96. Brasília: MEC, 1996.

CHALITA, Gabriel. *Educação:* a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 2004.

DEMO, Pedro. *A nova LDB:* Ranços e avanços. São Paulo: Papirus, 8. ed., 1999.

DÍAZ M., Cristhian J.; AMURRIO, Santiago. Pensar hoy la educación universal: de la apuesta por una escuela abierta a todos, a la lucha por la garantía del derecho a la educación. FOSSATTI, Paulo;

HENGEMÜLE, Edgard; CASAGRANDE, Cledes Antonio. (Org.). *Ensinar a bem viver.* Canoas: UnilaSalle, 2011, p. 29-41.

FELICETTI, Vera Lucia; MOROSINI, Marilia Costa. *Comprometimento e Pedagogia Universitária.* SANTOS, Bettina Steren dos; CARREÑO, Ángel Boza (Org.). *A motivação em diferentes cenários.* Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010, p. 11-20.

FOSSATTI, Paulo. A Motivação como Elemento Substancial para a Produção de Sentido na Docência. SANTOS, Bettina Steren dos; CARREÑO, Ángel Boza (Org.). *A motivação em diferentes cenários.* Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010, p. 11-20.

FOSSATTI, Paulo; SARMENTO, Dirléia Fanfa. RAMIREZ, Vera Lúcia. Processos e práticas de formação: revisitando experiências inovadoras na Rede La Salle. *Diálogo.* Canoas, n.11, p. 173-188, Jul-Dez 2007.

HENGEMÜLE, Edgard. *Educação Lassalista:* que educação. Canoas: Salles, 2007.

_____. Na fidelidade criativa**.** FOSSATTI, Paulo; HENGEMÜLE, Edgard; CASAGRANDE, Cledes Antonio. (Org.). *Ensinar a bem viver.* Canoas: UnilaSalle, 2011, p. 177-196.

_____. Introdução. In: LA SALLE, João Batista de. *Guia das Escolas Cristãs.* Canoas: UniLasalle, 2012, p. 5-16.

HOERNIG, Ana Marli; FOSSATTI, Paulo. A Educação Superior Lassalista e as finalidades da Educação Superior. *Revista Gestão Universitária*. Vol. 7. ed. 2017, p. 1-19.

LIBÂNEO, José Carlos. *Organização e gestão da escola:* teoria e prática. 5ª ed. Goiânia: Alternativa, 2004.

MARCELO, Carlos. Las tecnologías para la innovación y la práctica docente Universidad de Sevilla. *Revista Brasileira de Educação,* Rio de Janeiro, v. 18, n. 52, p. 25-47, jan.-mar. 2013.

MEURER, César Fernando; SCHEID, Neusa Maria John. Educação ligada à vida: conhecimento e aprendizagem à luz de uma visão analítica da intersubjetividade. FOSSATTI, Paulo; HENGEMÜLE, Edgard; CASAGRANDE, Cledes Antonio. (Org.). *Ensinar a bem viver.* Canoas: UnilaSalle, 2011, p. 177-196.

MENEGAT, Jardelino; GANDIN, Adriana Beatriz; CORBELINI, Marcos Antonio. Educação eficaz e eficiente. FOSSATTI, Paulo; HENGEMÜLE, Edgard; CASAGRANDE, Cledes Antonio. (Org.), *Ensinar a bem viver.* Canoas: UnilaSalle, 2011. p. 139-150.

MOEHLECKE, Sabrina. O ensino médio e as novas diretrizes curriculares nacionais: entre recorrências e novas inquietações. *Revista Brasileira de educação.* Rio de Janeiro, v.17, n.49, jan-abr. 2012.

MYNAIO, Maria Cecilia de Souza. Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias. *Revista Pesquisa Qualitativa.* São Paulo, v.5, n.7, p01-12, abril 2017.

NERY, Israel José; PETRY, Paulo. Educação lassalista: educação fraterna. FOSSATTI, Paulo; HENGEMÜLE, Edgard; CASAGRANDE, Cledes Antonio. (Org.). *Ensinar a bem viver*. Canoas: UnilaSalle, 2011, p. 177-196.

ORTH, Moacir Paulo; DALLA ROSA, Luíz Carlos. Educação Lassalista: a escola em pastoral. FOSSATTI, Paulo; HENGEMÜLE, Edgard; CASAGRANDE, Cledes Antonio. (Org.). *Ensinar a bem viver*. Canoas: UnilaSalle, 2011. p. 85-106.

PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE. *Proposta Educativa Lassalista.* Porto Alegre, 2014. Impresso.

PROVÍNCIA LASSALISTA DE PORTO ALEGRE. *Proposta Educativa Lassalista.* Porto Alegre, 2009. Impresso.

REDE LA SALLE. *Sobre as obras assistenciais.* Porto Alegre; São Paulo: Província La Salle Brasil-Chile, 2017b. Disponível em: <http://www.lasalle.edu.br/obras-assistenciais/sobre-as-obras-assistenciais/areas-de-atuacao>Acesso em 17/03/2017

STAKE, Robert E. *Pesquisa Qualitativa***:** estudando como as coisas funcionam, Porto Alegre: Penso, 2011.

SANTOS, Maria Clara Pereira. *A fragmentação do conhecimento na LDB: um olhar sobre uma educação em retalhos.* 173 p. Dissertação (Mestrado em Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2016.

SILVA, Rafael Bianchi. Autonomia e educação: reflexões e tensões nos caminhos para a formação humana. *Conjectura: Filos. Educ*., Caxias do Sul, v. 20, n. 1, p. 38-50, jan./abr. 2015.

TARDIF, Maurice. *Saberes Docentes e Formação Profissional***.** 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

UNILASALLE. *Plano de Desenvolvimento Institucional para o período 2016-2020.* Canoas, 2016. Impresso.

QUALIDADE EDUCACIONAL E A CONSTIUIÇÃO DA IDENTIDADE DO EDUCADOR LASSALISTA NO CONTEXTO DA COMUNIDADE EDUCATIVA

Marcelo Cesar Salami
Doutorando em Educação pela Universidade La Salle. Mestre em Educação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Diretor de Formação da Província La Salle Brasil-Chile. E-mail: marcelo.salami@lasalle.org.br

Dirléia Fanfa Sarmento
Phd em Ciências da Educação pela Universidade do Algarve (Portugal). Doutora em Educação pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora do Curso de Pedagogia e do Programa de Pós-graduação em Educação da Universidade La Salle.
E-mail: dirleia.sarmento@unilasalle.edu.br

Resumo:

Um dos fatores que contribui para a qualidade educacional é a formação e a atuação do docente, sendo que este vai se constituindo tanto ao longo de seu processo formativo (inicial e ao longo de sua trajetória) quanto no exercício cotidiano da docência. Partimos do pressuposto de que a constituição da identidade docente é resultante da articulação entre a identidade pessoal do educador; a identidade profissional (a qual remete para os traços característicos de um determinado ofício); e a identidade institucional, do (s) contexto (s) educativo (s) em que exerce a docência. Dessa forma, podemos sinalizar para a existência de "identidades docentes", pois são múltiplos os contextos e os modos de fazer educação. Nesse sentido, o texto em tela é oriundo de uma pesquisa teórica em andamento, com estratégias de coleta de dados de cunho documental e bibliográfico, que focaliza a constituição da identidade docente do educador lassalista. Faz um recorte analítico-discursivo no lugar da Comunidade Educativa no processo de constituição docente. Ao associar-se ao projeto educacional da Rede La Salle, o educador compartilha de seus valores, princípios, crenças e práticas. Assume não apenas um discurso, mas um conjunto de atitudes e práticas próprias.

Palavras-chave: Qualidade educacional. identidade do Educador Lassalista. Comunidade Educativa.

1 Introdução

Um dos fatores que contribui para a qualidade educacional é a formação e a atuação do docente, sendo que este vai se constituindo tanto ao longo de seu processo formativo (inicial e ao longo de sua trajetória) quanto no exercício cotidiano da docência. Partimos do pressuposto de que a constituição da identidade docente é resultante da articulação entre a identidade pessoal do educador; a identidade profissional (a qual remete para os traços característicos de um determinado ofício); e a identidade institucional, do (s) contexto (s) educativo (s) em que exerce a docência.

Dessa forma, podemos sinalizar para a existência de "identidades docentes", pois são múltiplos os contextos e os modos de fazer educação.

O filósofo Ortega y Gasset, escreveu "*eu sou eu e minha circunstância...*", que sintetiza sua maneira de compreender a singularidade humana. Essa célebre frase, que perpassou os continentes, recorda que o sujeito não é um ser isolado, independente e autossuficiente. Essa concepção nos diz que, em termos de identidade, o sujeito é a soma de suas singularidades e das condições objetivas e subjetivas do meio no qual está inserido.

Dessa forma, retomamos Freire (1996), quando o autor assevera que os sujeitos não ocupam uma posição de neutralidade em relação às construções sociais, históricas e culturais, porque a neutralidade não existe na prática, apenas pode existir em alguns discursos pouco fundamentados. Reconhecer-se sujeito histórico e cultural é um dos primeiros passos para assumir a vocação ontológica do ser mais. Os homens, enquanto sujeitos sociais, históricos e culturais colaboram para a construção do seu próprio contexto.

Acerca do conceito de identidade é preciso, inicialmente, considerar diferentes aspectos desse fenômeno tão complexo: a) a constituição da identidade envolve um processo subjetivo e ao mesmo tempo intersubjetivo. Refere-se à maneira como o sujeito se vê, mas também como é reconhecido pelos outros; b) a identidade encerra em si a ideia de permanência e, ao mesmo tempo, de transformação; c) as narrativas que o sujeito faz de sua história possibilita a integração dos aspectos de permanência e diversidade da sua identidade na continuidade do tempo; d) em termos psicanalíticos o processo de construção da identidade focaliza a capacidade do sujeito de conciliar os aspectos pulsionais do *id* com as exigências advindas das normas e valores sociais internalizados; e) o núcleo da formação da identidade está na capacidade do sujeito de interagir com outros e o meio, adquirindo uma competência interativa que o capacita a alcançar soluções adequadas para problemas de interação social, conciliando seus desejos com os valores e as normas do grupo; f) a identidade pessoal se constrói em permanente tensão com a identidade cultural, pois a cultura fornece ao sujeito os padrões de interpretação do mundo, valores, crenças e maneiras de agir, produzidas por meio de processos socializados das instituições sociais; g) as mudanças socioculturais atuais trazem transformações profundas nos cenários culturais, produzindo processos de identificação múltiplos e, às vezes, contraditórios (GONÇALVES, 2015).

Tendo presente tais considerações, o texto está organizado de forma que, inicialmente, introduzimos a temática analítico-discursiva. A seguir, descrevemos a abordagem metodológica adotada. Na sequência, analisamos e discutimos o tema a partir das referências e, por fim, encerramos como algumas considerações finais.

2 Abordagem metodológica

O texto em tela é oriundo de uma pesquisa teórica em andamento, com estratégias de coleta de dados de cunho documental e bibliográfico, que focaliza a constituição da identidade docente do educador lassalista. Faz um recorte analítico-discursivo no lugar da Comunidade Educativa nesse processo constitutivo.

Gil (2009, p.51) indica que a diferença entre a pesquisa bibliográfica e a documental reside na "natureza das fontes", sendo que:

> A pesquisa documental assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A única diferença entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

Godoy (1995, p. 21-22), ao se referir aos documentos, salienta que tal expressão ao ser compreendida de forma ampla, inclui:

> [...] os materiais escritos (como, por exemplo, jornais, revistas, diários, obras literárias, científicas e técnicas, cartas, memorandos, relatórios), as estatísticas (que produzem um registro ordenado e regular de vários aspectos da vida de determinada sociedade) e os elementos iconográficos (como, por exemplo, sinais, grafismos, imagens, fotografias, filmes). Tais documentos são considerados primários "quando produzidos por pessoas que vivenciaram diretamente o evento que está sendo estudado", ou secundários, "quando coletados por pessoas que não estavam presentes por ocasião da sua ocorrência" (grifo da autora).

Neste estudo, o documento utilizado foi a Proposta da Província La Salle Brasil-Chile o qual explicita os fundamentos e princípios que orientam a ação educativa nas Comunidades Educativas.

Para a análise dos dados, utilizamos a Técnica de Análise de Conteúdo, proposta por Bardin. A análise de conteúdo configura-se num conjunto de técnicas que possibilita, por meio de procedimentos sistemáticos de descrição do conteúdo, a realização de inferências acerca da produção e/ou recepção de determinada mensagem (BARDIN, 2011).

No estudo, categorizamos os dados em três eixos temáticos, os quais foram estabelecidos a priori: identidades docentes; profissionalização e profissionalidade docente; e Identidade Institucional e as Comunidades Educativas da Rede La Salle. A discussão sobre os conteúdos que compõem cada um desses eixos são foco da próxima seção.

3 Olhares sobre a constituição das identidades docentes e o papel da Comunidade Educativa nesse processo constitutivo

Nesta seção, temos como centralidade discursiva a reflexão acerca da constituição das identidades docentes, tendo como referência um diálogo com autores que discutem o tema em tela. Direcionamo-nos, também, para a reflexão sobre a identidade do Educador Lassalista e o papel da Comunidade Educativa para a constituição dessa identidade. Dessa forma, passamos na sequencia, aos eixos temáticos resultantes da análise realizada.

Eixo temático 1: Identidades docentes

A constituição da identidade docente é resultante da articulação entre a identidade pessoal do educador; a identidade profissional, a qual remete para os traços característicos de um determinado ofício; e a identidade institucional, do (s) contexto (s) educativo (s) em que exerce a docência. De acordo com Machado (2003, p. 52):

> Tanto do ponto de vista pessoal, quanto social, a identidade é importante para melhor compreensão de práticas singulares ou coletivas, desencadeadas na atualidade. Em nível pessoal, a identidade, ou o conceito de si mesmo, orienta a ação individual. No plano social, as identidades das pessoas configuram-se como a percepção de si mesmas dentro de um ou vários grupos, e, neste sentido, direcionam os movimentos, refletindo a ação grupal [...]. Assim, no contexto organizacional, sobrepõem-se constantemente interações do indivíduo com diferentes grupos, com o seu trabalho e com a organização [...].

Dessa forma, podemos sinalizar para a existência de "identidades docentes", pois são múltiplos os olhares, os contextos e os modos de fazer educação, mesmo havendo nessas identidades algo que as perpassa que é o significado do exercício da profissão docente. Ao explicitar essas identidades teremos presente que o docente é uma unidade que se expressa por e de múltiplas formas, portanto, "a abordagem das três dimensões" é apenas didática e visa identificar melhor os elementos que as constituem.

A identidade pessoal do educador pode ser compreendida desde o conceito de si mesmo, ou seja, de sua singularidade enquanto pessoa humana. Nunner-Winkler (2011) corrobora com discussão afirmando que a identidade não é mais fundada e estabilizada através de arranjos socioculturais, como nas sociedades tradicionais em que a identidade se associava a assunção de determinados papéis sociais (família, profissão), determinados, a partir de critérios exteriores ao sujeito.

Segundo a autora supracitada, com o desmantelamento das estruturas corporativas, os papéis não mais são distribuídos pelo nascimento como fora nas sociedades tradicionais, mas escolhidos num momento determinado de forma relativamente livre pelo sujeito. Com a passagem às sociedades pós-modernas os espaços de opção aumentam e, com isso, a flexibilidade e a negação da consistência e continuidade tornam-se critérios relevantes para a constituição da identidade. Nesse novo cenário se reforça a ideia de que a identidade é um produto da multiplicidade de escolhas e decisões de vida que por sua vez são passíveis de revisão a qualquer tempo.

De acordo com Bauman (2003) a facilidade de desfazer-se de uma identidade no momento que ela deixa de ser satisfatória pela competição com outras identidades mais sedutoras é muito mais importante do que o "realismo" da identidade buscada ou momentaneamente apropriada. Segundo o sociólogo, a unidade e a continuidade é assegurada apenas pela autonarrativa retrabalhada continuamente de forma reflexiva.

O desenvolvimento pessoal, visto a partir de uma perspectiva da integralidade da pessoa do docente, resgata e rompe, de certo modo, com a dicotomia entre as dimensões pessoal e profissional (NÓVOA, 2000). No entender de Cunha (1998, p. 53), "o conjunto de valores e crenças que dão escopo à performance dos docentes são fruto de sua história, e suas experiências de vida dão contornos ao seu desempenho.". Holly (2000, p. 82) enfatiza que na formação pessoal existem elementos que não podem ser desconsiderados, tais como "o modo de pensar, de sentir e de atuar dos professores [...] o que são como pessoas, os seus diferentes contextos biológicos e experienciais, isto é, as suas histórias de vida e os contextos sociais em que crescem, aprendem e ensinam".

A dimensão pessoal da identidade não está 'desconectada' das demais dimensões já referidas. Apenas, sinaliza que há um eu pessoal que se percebe como único e irrepetível, num contexto de relações intersubjetivas cada vez mais complexas. Obviamente muitas das escolhas pedagógicas e muito da performance do docente no ato educativo estão relacionadas com sua história de vida, seus valores familiares e pessoais e porque não dizer por sua própria religiosidade.

A constituição da identidade[24] docente situa-se numa perspectiva dialética, pois nesse processo estão envolvidas, além da singularidade, condições objetivas e subjetivas do exercício da docência[25]. É preciso considerar que o ser docente, para além de ser uma escolha pessoal, inclui uma profissão que, por sua vez, é uma construção social, ou seja, uma realidade dinâmica calcada num coletivo mais amplo. Por estar situado num tempo e espaço o ato educativo é condicionado por inúmeras variáveis de ordem política, econômica, social, cultural.[26] Além disso, o exercício da docência implica numa formação profissional que inclui conhecimentos específicos e a aquisição de habilidades e saberes vinculados à atividade própria do docente.

Em outras palavras, podemos dizer que a identidade docente é uma construção que se dá num tempo e espaço marcado por conflitos em torno do ser e estar na profissão (NÓVOA, 1997). No que se refere à categoria de tempo é preciso considerar que o passado, presente e futuro estão integrados no ato educativo, porém, é "no aqui e agora" da escola (Comunidade Educativa)[27], da sala de aula que o docente vai se constituindo permanentemente, num processo de afirmações, contradições e reafirmações.

De outra maneira, podemos dizer que é no exercício de sua função que o docente experimenta a dialética da profissão em forma de sínteses, antíteses e novas sínteses. Desde essa perspectiva somente podemos compreender a constituição docente como um itinerário permanente, impregnado das vivências do cotidiano. No dizer de Cunha (1989, p. 31), "a vida cotidiana é a objetivação dos valores e conhecimentos do sujeito dentro de uma circunstância. É através dela que se faz concreta a prática pedagógica, no caso do professor". Hoje faz-se necessária uma maior valorização do cotidiano da Comunidade Educativa como o locus ou dispositivo da formação da identidade docente.

Num contexto de rápidas mudanças socioculturais precisamos considerar a constituição da identidade docente como um processo contínuo e para sempre incompleto[28]. Hoje, temos a compreensão de que uma identidade não é determinada por decisões tomadas de uma vez por todas ou pela formação inicial acadêmica, mas que resulta de múltiplos processos e escolhas, particularmente, num ambiente de "pluralidade normativa". Essa perspectiva encontra ressonância no pensamento de Bauman (2005), quando afirma que a identidade só pode ser compreendida como algo a ser inventado, e não se ser descoberto; como uma coisa que ainda se precisa construir, escolher entre as alternativas e então lutar para proteger as escolhas feitas. Segundo o sociólogo a fragilidade e a condição eternamente provisória da identidade não podem mais ser ignoradas.

Em outras palavras, podemos dizer que a identidade docente é tributária de toda uma teia de interdependências ou pertenças, trama essa que exige um alto grau de alteridade, cooperação e diálogo. Nesse processo destaca-se a importância e o papel do "outro" na formação do "eu", sem demérito para os processos individuais e subjetivos. Em qualquer situação do desenvolvimento

---

[24] O conceito de identidade faz parte de diferentes teorias das ciências humanas, principalmente daquelas que se situam no âmbito da psicologia, da sociologia e da antropologia. As diferentes teorias dão ênfase específica a determinados aspectos desse fenômeno humano, conforme o olhar que cada uma dessas ciência dirige ao seu objeto (GONÇALVES, 2015, p. 47). No presente texto utilizaremos o conceito mais na perspectiva sociológica.

[25] No sentido formal, docência é o trabalho dos professores; na realidade, estes desempenham um conjunto de funções que ultrapassam a tarefa de ministrar aulas. As funções formativas convencionais, como ter um bom conhecimento sobre a disciplina e sobre como explicá-la, foram tornando-se complexas com o tempo e com o surgimento das novas condições de trabalho (VEIGA, 2008, p. 13).

[26] "A consciência do condicionamento de modo algum cancela o condicionamento" (GADAMER, 2011, p. 579).

[27] Cf. PROPOSTA EDUCATIVA LASSALISTA, 2014.

[28] "Ensinar exige consciência do inacabamento". Essa consciência é privilégio de homens e mulheres, pois somente eles dão-se conta de que onde há vida, há o inacabado, há a inconclusão (FREIRE, 1996, p.50).

humano e, de modo particular, no cotidiano da Comunidade Educativa, as relações humanas colocam o educador diante do estranho, num confronto com outras perspectivas, sensibilizando-nos para aquilo que ultrapassa sua visão das coisas, da realidade, numa constante aprendizagem e ampliação de horizontes. As relações interpessoais cotidianas desestabilizam suas certezas e questionam seus valores, possibilitando reorganizar e ampliar a leitura que faz de si mesmo (CASAGRANDE; HERMANN, s/d).

Conforme exposto, um dos fatores que influenciam na qualidade educacional é a qualidade da formação docente, tanto a inicial quanto a continuada, pois por meio dos processos formativos e da ação pedagógica cotidiana, os educadores (re) constituem sua identidade profissional. Portanto, "as estruturas identitárias encontram-se constantemente renovadas pelo seu caráter dinâmico e múltiplo, construídas e reconstruídas a todo o momento". (MACHADO, 2003, p. 54). É preciso atentar para o caráter dinâmico da profissão docente como prática social; para os contornos das políticas educacionais; às exigências das demandas sociais e para as condições objetivas e subjetivas do exercício da docência.

Como afirma Pimenta (2008, p. 19), "uma identidade profissional se constrói, pois, a partir da significação social da profissão; da revisão constante dos significados da profissão e da revisão das tradições [...]". Nessa perspectiva, compreende-se que um grupo social é fruto da relação intersubjetiva em que os sujeitos agem e interagem com base em normas e valores sempre suscetíveis à revisão e transformação (GONÇALVES, 2015).

Pode-se afirmar que a identidade docente é uma construção permanente em que estão em cena um contexto sociopolítico; os significados sociais da profissão e seu estatuto legal; a escolha da profissão; a formação inicial, as experiências de aprendizagem nos diferentes espaços da profissão; os saberes profissionais (teóricos e práticos); a cultura do grupo de pertença profissional e, não menos importante, o significado que cada docente confere ao seu trabalho (VEIGA, 2008).

Eixo temático 2: Profissionalização e profissionalidade docente

A identidade profissional docente se desenvolve a partir das representações sociais da profissão e da realidade objetiva em que a mesma se desenvolve. Essa identidade se constitui também pelos significados que cada educador confere às práticas pedagógicas que desenvolve em seu cotidiano, pelas relações de aprendizagens que estabelece com seus educandos e colegas de profissão. Além disso, pela participação em organismos de classe (PIMENTA; ANASTASIOU, 2002).

A identidade docente é fortemente influenciada pela cultura do grupo de pertença profissional e pelo contexto sociopolítico e educacional mais amplo. A identidade profissional pode ser compreendida também como uma construção em que que estão em jogo as visões e representações sociais que configuram o ser e fazer da profissão docente. Não deixa de ser um campo de lutas e conflitos em que a identidade docente vai se forjando num constante processo de revisão dos significados sociais da profissão (NÓVOA, 1997; VEIGA, 2008).

Assim, na perspectiva da identidade profissional é preciso considerar os conceitos de profissionalização e de profissionalidade docente. A explicitação dos autores permitem compreender que são conceitos diferentes e que, em determinadas situações de senso comum são utilizados como sinônimo de ofício ou ocupação. Quanto a sua formulação, a profissionalização docente é uma elaboração sociocultural forjada a partir das necessidades educacionais de cada época.

Segundo Nóvoa (1991), os docentes não apenas respondem a esta necessidade, mas ajudam a construí-la. Ou seja, os docentes são empreendedores da própria profissão, contribuindo para a

criação de uma matriz de princípios e práticas, de um estatuto próprio que orientada da ação educativa.

A profissionalização refere-se ao processo de aquisição das habilidades específicas da profissão, no entanto, essa aquisição não inclui somente a formação acadêmica, mas também outros elementos como aptidões particulares, atitudes, valores e jeitos próprios que vão surgindo no exercício e no ambiente da profissão. Pode-se afirmar que a profissionalização docente se constitui apoiada em saberes plurais dos conteúdos da disciplina, em aspectos didáticos-pedagógicos, além disso, dos saberes afetivos – que dizem respeito ao relacionamento com os colegas de trabalho, com os estudantes, enfim com todos os segmentos da escola (ÁVILA; SONNEVILLE, 2008).

A profissionalização docente "é, portanto, um projeto sociológico voltado para a dignidade e para o status social da profissão, em que se incluem também as condições de trabalho, a remuneração e a consideração social de seus membros". (VEIGA ALENCASTRO, 2008, p. 31). Em outros termos "é um processo histórico e evolutivo que acontece na teia das relações sociais e refere-se ao conjunto de procedimentos que são validados como próprios de um grupo profissional, no interior de uma estrutura de poder". (CUNHA, 1999, 132).

Por fim, e não menos importante, o conceito de profissionalidade docente que segundo Cunha (2006) tem sido empregado para traduzir a ideia da profissão em ação, em processo, em movimento. Para Sacristán (1991) a profissionalidade é a afirmação daquilo que é específico na ação docente, ou seja, o conjunto próprio de comportamentos, conhecimentos, atitudes, valores e destrezas.

A profissionalidade docente, compreendida desde essa perspectiva leva a considerar que o exercício da docência como movimento, como um itinerário permanente e dinâmico e que o docente experimenta em seu cotidiano novas caras, novos contextos, novos sentimentos, novas interações.

Eixo temático 3: Identidade Institucional e as Comunidades Educativas da Rede La Salle

Segundo Cunha (1989) a escola é uma instituição que se configura segundo as condições sociohistóricas que a envolvem e, que, portanto o professor é ao mesmo tempo, quem influencia e quem é influenciado por esse mesmo ambiente. Em síntese, não podemos perder de vista que todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidades de linguagem que compreendem uma multipliciplicidade de visões de mundo (GADAMER, 2011)[29].

Dessa forma, a identidade institucional somente pode ser abordada na perspectiva da articulação da identidade pessoal, da identidade profissional com uma determinada cultura institucional, a qual pode ser compreendida como:

> [...] o conjunto de hábitos e crenças estabelecidos por valores, atitudes e expectativas compartilhados por todos os membros da organização, ela se refere ao sistema de significados compartilhados por todos os membros e que distingue uma organização das demais. Constitui o modo institucionalizado de pensar e agir que existe em uma organização. [...] O conceito de cultura organizacional se refere, pois, às práticas regulares e habituais da escola, à sua personalidade coletivamente construída e amalgamada, a partir do modo como as pessoas, em conjunto, pensam sobre a escola como um todo; sobre o papel que a escola representa em sua comunidade e na sociedade em geral; sobre o papel individual e coletivo das atuações de seus participantes.

[29] [...] quando conseguimos superar os preconceitos e barreiras da nossa experiência atual do mundo e penetrar em universos de línguas estranhas, isso não significa, de modo algum, que abandonamos ou negamos nosso próprio mundo. Como viajantes, sempre voltamos para casa com novas experiências [...] (GADAMER, 2011, p. 578-579).

> Também se refere aos valores que expressam e traduzem em seus discursos comuns, em suas ações cotidianas e em sua comunicação e relacionamento interpessoal regularmente estabelecidos. (LUCK, 2009, p. 116).

Diante disso, no interior da instituição sempre estarão em jogo o instituído e o instituinte. Dias (2008, p. 203), destaca que a cultura organizacional possui as seguintes características:

> cada organização gem sua cultura própria que a distingue de outras organizações. Portanto, ela é única e distinta;
> é uma forma de desenvolvimento dos membros de uma organização e é aprendida através da experiência do grupo;
> ela está implícita na estrutura formal da organização. É explicitada pelos membros da organização;
> as modificações e mudanças que ocorrem na cultura organizacional são, de modo geral, lentas. Isso é consequência de certa estabilidade qaue a cultura dá a organização. No entanto, a cultura organizacional varia constamente, de um forma gradativa e imperceptível para seus integrantes;
> a cultura organizacional tem uma tendência a se perguntar, pois atrai e aceita pessoas que têm sistemas de valores e crenças semelhantes;
> é intangível no seu todo. Mas se manifesta em todas as partes e elementos da organização, a qual afeta e a constitui;
> ela se expressa através de sinais que podem ser desde o fluxo de informações, a moda, a linguagem, as emoções, a ordem, a disciplina, até o ambiente físico nos locais de trabalho;
> é aceita pela maior parte dos membros de uma organização;
> desenvolve a identidade de seus membros;
> é um sistema aberto e, portanto, em permante e estreita integração com o seu entorno;
> é transmissível aos novos membros.

Assim, conforme salienta Teixeira (1998, p. 175):

> [...] os valores associados à cultura duma organização não se esgotam nos valores incutidos pelos seus fundadores. A acrescentar a estes, outros se desenvolvem como resposta ao ambiente específico [...] em relação com as necessidades de seus membros. De modo geral, pode identificar-se quatro fontes ou origens da cultura duma organização: a história, o ambiente, a política de pessoal e a socialização.

É nessa perspectiva que inserimos as Comunidades Educativas da Rede La Salle como instituições que possuem uma cultura que interfere na constituição das identidades. A Proposta Educativa Lassalista (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p. 13) afirma:

> Na missão educativa, nos organizamos de acordo com os moldes de uma "Comunidade Educativa", na qual as ações pedagógico-acadêmicas, administrativas e pastorais são realizadas a partir da dinâmica do diálogo, da subsidiariedade, da interdependência e da colaboração entre os diversos serviços e níveis organizacionais, com o efetivo envolvimento de todos os integrantes no planejamento, no desenvolvimento e na avaliação da vida institucional. (grifo do documento)

Da citação acima podemos destacar inúmeros elementos da identidade institucional lassalista. Porém, nos interessa nessa análise focar no termo *comunidade educativa.* Não é comum utilizar esse termo para denominar uma escola de educação formal. No contexto lassalista, entretanto, ele adquire um sentido particular na constituição da identidade do educador.

Desde a origem do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs, a associação ou os fortes laços de pertencimento a uma comunidade são um elemento central da identidade do Educador Lassalista. Retomamos Martínez Posada e Neira Sanchéz (2015, p. 37-38) quando os autores referem que:

> La identidade a la que nos referimos y que está a la base de nuestras raíces es de corte moral, la cual está dada em la práxis de un conjunto de valores por parte de un grupo de personas que se adhieren fielmente a ellos, y son los responsables de transmitir, acturalizar y mantener a través del tiempo el propósito que los há convocado.

Essa identidade vai se constituindo pelo aprofundamento cada vez maior do vínculo do educador com os princípios e práticas institucionais, ou seja, de uma Comunidade Educativa Lassalista. De acordo com a Proposta Educativa:

> Os educadores, os educandos e as famílias, integrados em uma Comunidade Educativa com contexto próprio, entendida como um espaço-tempo privilegiado de aprendizagens significativas, são os principais agentes da Educação Lassalista. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p. 23).

Continua o documento explicitando que "a Comunidade Educativa Lassalista é o espaço de convivência, de ensino e de aprendizagem, e de vivência da fé, da fraternidade e do serviço" (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p. 29). Ainda, de acordo com o documento:

> O Educador Lassalista, ou todo aquele que possui participação ativa no desenvolvimento da práxis pedagógica, vive a missão educativa de forma profissional e proativa, com ética e zelo, como um sinal de fé, de esperança e de caridade. Na sua práxis educativa, seguindo o exemplo de Jesus, alia a ternura e a firmeza, amorosidade, humildade e cooperação, sensibilidade e responsabilidade. PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p. 23).

Nessa perspectiva, se educador na Rede La Salle requer ser competente profissionalmente, mas também ser comunitário e primar pela comunidade escolar enquanto espaço de respeito aos diferentes e diversos saberes, valores, ideias, competências e habilidades.

Podemos dizer que o Educador Lassalista é um promotor da fraternidade, pois além de promover a escola, também integra e promove a comunidade educativa. Por isso, sua principal missão é auxiliar os educandos a atingirem aprendizagens significativas e se desenvolverem de maneira integral. No ambiente da Comunidade Educativa fomentam a comunhão, as relações dialógicas, a cooperação entre os educandos e demais educadores. Mobiliza a si mesmo e aos educandos para a vivência dos valores lassalistas da fé, da fraternidade e do serviço:

> A fé nos torna abertos à ação do Espírito e nos move a reconhecer nos acontecimentos e na história a ação de Deus que caminha conosco. Ela se expressa no zelo que perpassa toda a vida da escola e nos compromete a contribuir com o crescimento das pessoas e a transformação da sociedade, na perspectiva do Reino de Deus. A fraternidade, enquanto objetivo, conteúdo e caminho, enfatiza a dimensão comunitária de nossas vidas. Como irmãos e irmãs em Cristo, construímos relações fraternas e solidárias, reconhecendo o valor, a dignidade e os direitos de cada pessoa, superando atitudes de egoísmo e de competição, mediante o diálogo, a escuta e a acolhida. Vivenciamos a dimensão evangélica do serviço através de atitudes de caridade e de acolhida a todas as pessoas, especialmente aos mais pobres, excluídos e marginalizados, mediante a promoção de ações de voluntariado,

> de assistência social e de solidariedade cristã. PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p. 19).

No entender de Martínez Posada e Neira Sánchez (2015, p. 38):

> La práxis del conjunto de valores que conforman la identidad moral lasallista son los valores cristianos volcados hacia la población más desefavorecida. Las personas comprometidas com estos valores son las que asumen la educación por vocación y como ministério. En este sentido, como lasallistas nos dedicamos a hacer de la educaión superior un catalizador de prácticas profesionales encaminhadas hacia a justa transformación social en favor de los más pobres. [...] hacemos de nuestra actividad educativa una actividad espiritual, esto es, hacemos de nuestro ministério educativo un itinerário con los passos dados por el Fundador de las Escuelas Cristianas.

Na sua *práxis* educativa, alia a ternura e a firmeza, amorosidade, humildade e cooperação, sensibilidade e responsabilidade em relação a construção dos saberes. Ele se caracteriza por sua competência na disciplina especializada do saber, mas também por sua cultura geral que favorece a construção de conhecimentos multi-inter-transdisciplinares. Busca atualização constante para acompanhar as mudanças socioculturais e tecnológicas. PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014).

4 Considerações finais

A qualidade educacional também é resultado de uma boa e saudável integração e articulação das identidades pessoal, profissional e institucional. A Comunidade Educativa Lassalista é, por princípio, e deveria ser na prática um instrumento de fomento dessas dimensões da identidade do educador.

Ao associar-se ao projeto educacional da Rede La Salle, o educador compartilha de seus valores, princípios, crenças e práticas. Assume não apenas um discurso, mas um conjunto de atitudes e práticas próprias. O Educador Lassalista tem participação ativa no desenvolvimento da práxis educativa, vive a missão educativa de forma profissional e proativa, com ética e zelo.

Ao afirmar que os centros educativos se configuram em Comunidades Educativas, a Rede La Salle, explicita um elemento central de sua identidade. A identidade do educador lassalista se expressa claramente no seu pertencimento à uma Comunidade Educativa, particularmente, pela associação com outros Lassalistas e pela forma de assumirem, juntos e comunitariamente, o compromisso de um projeto educativo inclusivo e transformador. Vale lembrar que é a comunidade que educa pela sua proposta, pela sua forma de organização e, principalmente, pela qualidade de seus educadores.

Referências

ÁVILA C.; SONNEVILLE J. Trilhas percorridas na formação dos professores. In: *Profissão docente:* Novos sentidos, Novas perspectivas. VEIGA, I.; AVILA, C. Campinas: Papirus, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade:* a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
_____ . *Identidade.* Rio de Janeiro, Zahar, 2005.

CUNHA, Maria Isabel. *O bom professor e sua prática.* Campinas: Papirus, 1989.

_____ . *O professor universitário na transição de paradigmas*. Araraquara: JM, 1998.

_____ . Profissionalização docente: contradições e perspectivas. In: VEIGA, Ilma Passos Alencastro; CUNHA, Maria Isabel (Orgs.). *Desmistificando a profissionalização do magistério.* Campinas: Papirus, 1999.

CASAGRANDE, Cledes Antonio; HERMANN, Nadja. *Identidade do eu em contextos plurais:* desafios da formação, s/d.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia das organizações*. São Paulo: Atlas, 2008. 273p.
FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia***:** saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I:* traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**.** 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GIL, Antonio C. *Métodos e técnicas de pesquisa social.* 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
GODOY, Arilda S. **"**Pesquisa qualitativa: tipos fundamentais". *Revista Administração de Empresas*, São Paulo, V.35, Nº 3, 1995, p. 20-29.
GONÇALVES, Maria Augusta Salin. *Construção da identidade moral e práticas educativas.* Campinas: Papirus, 2015.

HOLLY, Mary Louise. Investigando a vida profissional dos professores: diários biográficos. In: NÓVOA, António. (Org.). *Vidas de professores*. 2. ed. Porto: Porto, 2000.

LÜCK, Heloísa. *Dimensões de gestão escolar e suas competências*. Curitiba: Editora Positivo, 2009.
MACHADO, Hilka Vier. A identidade e o contexto organizacional: perspectivas de análise. *Revista de administração contemporânea,* v. 7, n. spe, p. 51-53, 2003.

MARTÍNEZ POSADA, Jorge E.; NEIRA SÁNCHEZ, Fábio O. La educación superior y el lasallismo. In: SANCHÉZ NEIRA, Orlando; RIVERA VENEGAS, Juan Carlos. (ed.). *La educación superior em perspectiva lasallista*. Bogotá: Universidad de La Salle, 2015, p. 33-46.
NÓVOA, Antonio. Diz-me como ensinas, dir-te-ei quem és e vice-versa. In: FAZENDA. I. (Org). *A pesquisa em educação e as transformações do conhecimento*. 2. ed. Campinas: Papirus, 1997.

_____ . *Formação contínua de professores***:** realidade e perspectivas. Portugal: Universidade de Aveiro, 1991.

_____ . Os professores e as histórias da sua vida. In: NÓVOA, António. (Org.). *Vidas de professores.* 2. ed. Porto: Porto, 2000.

ORTEGA Y GASSET, José. *Meditações do Quixote***.** Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1967.

PIMENTA, Selma Garrido (org.). *Saberes pedagógicos e atividade docente***.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

PIMENTA, Selma. Garrido; ANASTASIOU, L. Formação de professores e os programas especiais de complementação pedagógica. In: CUNHA, M.I da (Org.). *Desmistificando a profissionalização do magistério.* Campinas: Papirus, 1999.

SACRISTÁN, José Gimeno. Consciência e ação sobre a prática como libertação profissional dos professores. In: NÓVOA, Antonio. (Org.). *Profissão professor***.** Portugal: Porto, 1991.

TEIXEIRA, Sebastião. *Gestão das Organizações*. Lisboa: Editora McGraw-Hill, 1998.
VEIGA, Ilma Passos Alencastro. Docência como atividade profissional. In: *Profissão docente:* novos sentidos, novas perspectivas. Campinas: Papirus, 2008.

WINKLER, Gertrud Nunner. Formação da identidade em tempos de mudanças velozes e multiplicidade normativa. *Educação*, Porto Alegre, v. 34, n.1, p. 56-64, jan./abr.2011

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: INDICADORES E PRÁTICAS II
Coordenador: Jardelino Menegat (Centro Universitário Lasalle – Niterói/RJ).

Canoas, 2017.

EDUCAÇÃO DE QUALIDADE EGESTÃO ESCOLAR: UM OLHAR SOBRE O PROCESSO DE REVITALIZAÇÃO DA IDENTIDADE INSTITUCIONAL

Ana Beatriz Gorgen Popper
Especialista em Orientação Educacional, Psicopedagogia Clínica e em Supervisão Escolar. Diretora do Colégio La Salle São João – Porto Alegre
E-mail: ana.poppe@lasalle.edu.br

Fabiana Schumacher D'Ávila
Especialista em Psicopedagia Clínica e em Supervisão Educacional na Educação Básica
Supervisora Educativa do Colégio La Salle São João – Porto Alegre
E-mail: Fabiana.schumacher @lasalle.edu.br

Resumo:

O texto, oriundo de um Estudo de Caso em andamento, focaliza a revitalização da Identidade Institucional do Colégio La Salle São João, considerando tal dimensão essencial para o posicionamento estratégico e a Proposta Educativa dessa comunidade educativa. Faz um recorte analítico no processo de revitalização da Identidade Institucional do Colégio La Salle São João, unidade de análise do estudo em tela, o qual está sendo gestado coletivamente, trazendo à tona os resultados obtidos por meio do Grupo Focal com a equipe diretiva e da aplicação de um questionário aos educadores. Com base nos estudos e aprofundamento realizados dos documentos citados e com base no perfil do contexto educacional do Colégio La Salle São João, o grupo elaborou um conjunto de princípios, a saber: a) ensino e aprendizagem por competências; b) ênfase na interdisciplinaridade e na pesquisa; c) Interação com as Tecnologias da Informação e da Comunicação; d) Avaliação diagnóstica e formativa; e) Educação em Direitos Humanos; f) Educação para a Paz e mediação de conflitos; g) Responsabilidade Social; h) Escola em Pastoral; i) Formação Continuada; j) Protagonismo da Comunidade Educativa; e k) Gestão eficiente e eficaz, os quais passarão por um processo de validação por todos os integrantes da Comunidade Educativa.

1 Introdução

As reflexões ora apresentadas são oriundas de um Estudo de Caso em andamento, cuja temática investigativa se direciona para a gestão escolar. Faz um recorte analítico no processo de revitalização da Identidade Institucional do Colégio La Salle São João. De acordo com Luck (2009, p. 23):

> A gestão escolar constitui uma das áreas de atuação profissional na educação destinada a realizar o planejamento, a organização, a liderança, a orientação, a mediação, a coordenação, o monitoramento e a avaliação dos processos necessários à efetividade das ações educacionais orientadas para a promoção da aprendizagem e formação dos alunos. (LUCK, 2009, p.23).

A abordagem reflexiva acerca da gestão da escola pressupõe a consideração de múltiplas dimensões que interferem nos processos e práticas gestoras cotidianas. Tais dimensões ora denotam

mais o enfoque administrativo ora o pedagógico, considerando-se que ambos enfoques se encontram de forma inter-relacionada, sendo que o primeiro (administrativo) tem como finalidade viabilizar o alcance das finalidades e objetivos do segundo (o pedagógico). Conforme Lück (2009, p. 25), a gestão escolar

> [...] é o ato de gerir a dinâmica cultural da escola, afinado com as diretrizes e políticas educacionais públicas para a implementação de seu projeto político-pedagógico e compromissado com os princípios da democracia e com os métodos que organizem e criem condições para um ambiente educacional autônomo (soluções próprias, no âmbito de suas competências), de participação e compartilhamento (tomada de decisões conjunta e efetivação de resultados) e auto-controle (acompanhamento e avaliação com retorno de informações). A gestão escolar constitui uma dimensão e um enfoque de atuação em educação, que objetiva promover a organização, a mobilização e a articulação de todas as condições materiais e humanas necessárias para garantir o avanço dos processos socioeducacionais dos estabelecimentos de ensino, orientados para a promoção efetiva da aprendizagem dos alunos, de modo a torná-los capazes de enfrentar adequadamente os desafios da sociedade complexa, globalizada e da economia centrada no conhecimento. Por efetividade entende-se, pois, a realização de objetivos avançados, em acordo com as novas necessidades de transformação socioeconômico-cultural, mediante a dinamização do talento humano, sinergicamente organizado.

A ação gestora pressupõe a observação de vários tipos de documentos que requerem serem planejados e construídos coletivamente, sendo que a equipe diretiva compete a coordenação da elaboração (ou revitalização) desses documentos. Ao falarmos em equipe diretiva temos presente que ela é constituída pelos profissionais responsáveis pela direção, vice-direção, supervisão escolar e orientação educacional de uma determinada instituição.

Dentre os documentos que orientam a ação educativa no contexto escolar, destacamos o Regimento Escolar, a Proposta Pedagógica (ou Projeto Político-Pedagógico) e os Planos de Estudos. Tais documentos precisam estar em consonância com o que estabelecem os dispositivos legais vigentes, articulados a Identidade Institucional. Conforme salientam Libâneo, Oliveira e Toschi (2003, p. 31-32):

> De um lado, as políticas educacionais e as diretrizes organizacionais e curriculares são portadoras de intencionalidades, ideias, valores, atitudes e práticas que vão influenciar as escolas e seus profissionais na configuração das práticas formativas dos alunos, determinando um tipo de sujeito a ser educado. De outro, os profissionais das escolas podem aderir ou resistir a tais políticas e diretrizes do sistema escolar, ou então dialogar com elas e formular, coletivamente, práticas formativas e inovadoras em razão de outro tipo de sujeito a ser educado. Em um caso e em outro, devem-se conhecer e analisar as formas pelas quais se inter-relacionam as políticas educacionais, a organização e gestão das escolas e as práticas pedagógicas na sala de aula

Corroboramos a visão de Lück (2009, p. 19) quando a autora faz a seguinte reflexão: "Como um processo social de formação humana, a educação se assenta sobre fundamentos, princípios e diretrizes para norteá-lo e dar unidade e consistência às ações educacionais promovidas pelas escolas". Tais fundamentos, princípios e diretrizes conferem uma Identidade a determinada comunidade educativa, sendo tais elementos centrais para o planejamento e a tomada de decisões.

Um dos fatores cruciais na tomada de decisões é a busca por um consenso político, o qual no entender de Boufleur (2001, p. 92-93), "equivale a um acordo em que se busca um certo grau de concordância acerca do sentido ou dos objetivos do fazer escolar". Continua o autor explicando que:

> Não se trata da negação das singularidades e das diferenças, nem da exigência de os indivíduos abrirem mão de concepções ideológicas e valorativas, pois é exatamente o pressuposto da sociedade plural, da existência de indivíduos com propósitos distintos, que coloca a construção de um consenso como condição necessária para a viabilidade de uma ação coletiva como a educação. (Ibidem).

O alcance desse consenso nem sempre ocorre facilmente, pois assim como em qualquer organização, no contexto escolar também atuam forças e se consolidam relações de poder que, por vezes, podem se tornar entraves ou dificultar as tomadas de decisões coletivas. Quando isso ocorre, a liderança dos gestores assume papel central, no sentido de poder articular as forças, por vezes contraditórias, visando o alcance de objetivos comuns. Segundo Chiavenato (1983, p. 9),

> As organizações são unidades sociais (e, portanto, constituídas de pessoas que trabalham juntas) que existem para alcançar determinados objetivos. Os objetivos podem ser o lucro, as transações comerciais, o ensino, a prestação de serviços públicos, a caridade, o lazer etc. Nossas vidas estão intimamente ligadas às organizações porque tudo o que fazemos é feito dentro de organizações.

Os documentos que orientam o planejamento da ação educativa no contexto escolar devem estar relacionados e traduzir a Identidade Institucional. Assim, a Identidade Institucional forma uma cultura organizacional, isto é, a missão, a visão e os princípios criam uma cultura própria da organização, que faz diferente uma da outra. Schein (2009, p. 27) explica a cultura organizacional como:

> O conjunto de pressupostos básicos, que um grupo inventou, descobriu ou desenvolveu ao aprender como lidar com os problemas de adaptação externa e integração interna e que funciona bem o suficiente para serem considerados válidos e ensinados a novos membros como a forma correta de perceber, pensar e sentir em relação a esses problemas.

Na cultura organizacional estão presentes alguns elementos tais como os valores; as crenças e os pressupostos; os ritos, rituais e as cerimônias; as estórias e mitos; os tabus; os heróis; as normas e o processo de comunicação. (FREITAS, 1991). De acordo com Lück (2009, p. 116):

> Como a cultura organizacional é o conjunto de hábitos e crenças estabelecidos por valores, atitudes e expectativas compartilhados por todos os membros da organização, ela se refere ao sistema de significados compartilhados por todos os membros e que distingue uma organização das demais. Constitui o modo institucionalizado de pensar e agir que existe em uma organização. [...] O conceito de cultura organizacional se refere, pois, às práticas regulares e habituais da escola, à sua personalidade coletivamente construída e amalgamada, a partir do modo como as pessoas, em conjunto, pensam sobre a escola como um todo; sobre o papel que a escola representa em sua comunidade e na sociedade em geral; sobre o papel individual e coletivo das atuações de seus participantes. Também se refere aos valores que expressam e traduzem em seus discursos comuns, em suas ações cotidianas e em sua comunicação e relacionamento interpessoal regularmente estabelecidos.

Mesmo que duas ou mais organizações se ocupem dos mesmos fins, no entanto, sua identidade própria e sua cultura a diferencia das demais. Para Dias (2008, p. 26):

> [...] o conjunto de pessoas que conformam a organização segue regras pré-determinadas, e atua como um todo organizado e com características próprias da sociedade em que se situa. Assim, as organizações, e as pessoas que as representam ou nelas atuam, na sua relação com outras organizações e indivíduos apresentam determinadas tendências de ação que somadas constituem sua identidade [...] Essa identidade [...] faz com que as organizações constituam juntamente com as pessoas as sociedades atuais, o que nos permite afirmar que as sociedades são formadas por organizações e indivíduos, no sentido de que ambos (organizações e indivíduos) apresentam características identitárias próprias.

Vale destacarmos que a identidade das instituições, formadas por um coletivo de pessoas, é influenciada pelas identidades pessoais que, por sua vez, também sofrem influências. Entretanto, cada instituição, independentemente de sua caracterização (escola, universidade, obras assistenciais etc), além dessa identidade fundacional, constrói uma identidade institucional que lhe é peculiar, oriunda das relações interpessoais que se estabelecem em determinado contexto educativo que, por sua vez, está situado num contexto sócio-histórico, político e econômico.

A Identidade Institucional compreende a definição da Missão (finalidade ou a razão de existir); da Visão (ideal ou propósito a ser alcançado) e dos Princípios (Valores) que são considerados as bases de sua atuação (CHIAVENATO, 1983; MARTINS, 2008).

Com base nesses elementos, são propostos os objetivos estratégicos a serem perseguidos bem como são delineados planos de ação a serem desenvolvidos, os quais serão monitorados e avaliados periodicamente. Nesse sentido, "Quanto mais clara for a identidade [...] ou seja, como ela é, qual sua razão de ser, suas crenças, valores – mais coerentes serão seus objetivos, comportamentos e ações" (PONCHIROLLI, 2009, p. 59). Um dos desafios que se coloca às organizações está em conseguir que seus colaboradores se identifiquem e se engajem na Missão Institucional, pois

> Não só o sentimento de pertencer, mas também a sua autopercepção como membro do grupo são as bases requeridas para a identificação social, propiciando assim uma orientação para a ação, compatível com a sua participação no grupo. A adesão ao grupo requer, portanto, pensar, agir e sentir-se como integrante, a fim de que todos tenham em comum uma mesma lógica [...]. (MACHADO, 2003, p. 56).

Vale destacar que, sendo o Colégio La Salle São João uma Comunidade Educativa[1] pertencente a uma rede de ensino a sua Identidade Institucional está inter-relacionada com a Identidade Institucional da Província da Rede La Salle Brasil-Chile, sua mantenedora. De acordo com a Proposta Educativa Lassalista:

> A tradição educacional da Rede La Salle remete ao final do século XVII francês, a São João Batista de La Salle e aos primeiros Irmãos das Escolas Cristãs que, impressionados pela situação de abandono dos filhos dos artesãos e dos pobres, consagraram-se a Deus e se associaram para manter, juntos e por associação, as escolas cristãs e gratuitas. Com fidelidade criativa ao carisma e à história do Instituto, os Educadores Lassalistas de todas as épocas souberam dialogar com o seu tempo, incorporar elementos teóricos, científicos, metodológicos, históricos e sociais que os auxiliaram a manter a capacidade de reinventar criativamente a forma de fazer educação e o modo de responder proativamente às necessidades que se apresentavam.Com fidelidade criativa

[1]As Comunidades Educativas são os espaços institucionais nos quais a Missão Educativa Lassalista é desempenhada. Na Província La Salle Brasil-Chile existem Comunidades Educativas de Educação Básica, de Educação Superior, de Assistência Social e Fundações. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.8).

> ao carisma e à história do Instituto, os Educadores Lassalistas de todas as épocas souberam dialogar com o seu tempo, incorporar elementos teóricos, científicos, metodológicos, históricos e sociais que os auxiliaram a manter a capacidade de reinventar. ". (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.8-9).

Feitas tais considerações, o texto está estruturado de forma que, inicialmente, introduzimos a temática abordada. A seguir, descrevemos a abordagem metodológica do estudo. Na sequência, apresentamos e discutimos os dados coletados. Por fim, apresentamos algumas considerações gerais sobre as reflexões apresentadas.

2 Abordagem Metodológica

O Estudo de Caso em andamento, investiga os desafios da gestão escolar, concebendo o processo de gestão numa perspectiva estratégica e democrática. Faz um recorte analítico no processo de revitalização da Identidade Institucional do Colégio La Salle São João, unidade de análise do estudo em tela, o qual está sendo gestado coletivamente contemplando o conjunto de atores da Comunidade Educativa (equipe diretiva, corpo técnico-administrativo, educadores, pais ou responsáveis pelos estudantes e os estudantes), com o auxílio de uma assessoria acadêmico-científica.

Atualmente, o Colégio La Salle possui um corpo docente composto por 65 educadores e um corpo discente de 1047 estudantes, contemplando desde a Educação Infantil até o Ensino Médio. Trazemos à tona, neste texto, resultados atinentes aos dados coletados no decorrer do processo realizado com a equipe diretiva e os educadores.

O Estudo de Caso é uma tipologia de pesquisa de cunho qualitativo (Yin, 2001; Gil, 2012) utilizada, especialmente nas Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Caracteriza-se pelo estudo aprofundado de determinado fenômeno, contemplando uma ou mais unidades de análise (estudo de casos múltiplos). Dessa forma, o Estudo de Caso não visa generalizações, mas objetiva compreender o fenômeno educativo num ou mais contextos específicos.

Conforme sugere Yin (2001), na realização de um Estudo de Caso é fundamental a utilização de diversos instrumentos de coleta de dados, com vistas a triangulação das informações obtidas por meio de diversas fontes. Assim, na pesquisa em andamento, os principais instrumentos de coleta de dados são a análise documental, o Grupo Focal (com a equipe diretiva) e aplicação de um questionário com questões abertas (corpo técnico-administrativo, educadores, pais ou responsáveis pelos estudantes e estudantes).

Para a análise dos dados utilizamos a Técnica de Análise de Conteúdo (BARDIN, 1988). A análise de conteúdo possibilita, por meio de procedimentos sistemáticos de descrição do conteúdo, a realização de inferências acerca da produção e/ou recepção de determinada mensagem. Na próxima seção apresentamos e discutimos os dados coletados.

3 Análise e Interpretação dos Resultados

Nesta seção dedicamo-nos a reflexão acerca dos dados coletados no processo de Revitalização da Identidade do Colégio La Salle São João, fazendo um recorte naqueles oriundos do Grupo Focal

com a equipe diretiva e do questionário aplicado aos educadores. Optamos, como unidade de análise, pela adoção de dois eixos temáticos, os quais são descritos e problematizados na sequência.

3.1 O itinerário com a equipe diretiva

Conforme destacado, na seção anterior, o processo de revitalização da Identidade Institucional, como um dos elementos essenciais no contexto da revitalização da Proposta Educativa do Colégio, está sendo realizado com o auxílio de uma assessoria.

A busca por uma assessoria foi motivada pela necessidade de um olhar externo que mobilizasse o grupo a reflexão e a reorganização da Proposta Educativa do Colégio, em relação a questão do currículo (passando a organização do mesmo a ser com base no desenvolvimento de competências) e o planejamento de seu desmembramento nos Planos de Estudos, de Trabalho e de Aula.

Importante destacar que tal movimento está sendo realizado em consonância com as orientações e a ação formativa coordenada pela Mantenedora, tendo em vista que todas as mantidas estão em processo de readequação curricular. No que se refere ao planejamento, a Proposta Educativa Lassalista evidencia

> [...] o planejamento institucional como um processo intencional, contínuo e sistêmico de reflexão, de identificação das necessidades, de racionalização de recursos e de tomada de decisão. Para que ele seja efetivo em nossas Comunidades Educativas, pressupomos o desenvolvimento de uma cultura de planejamento, que implica estabelecer objetivos, indicadores, metas, estratégias e recursos, que são fundamentais para a sustentabilidade da instituição, a continuidade da missão educativa, a vitalidade institucional e a efetividade dos processos de ensino e de aprendizagem. À luz da legislação vigente em cada local ou país, e das orientações institucionais, a Província e cada Comunidade Educativa elaboram seu planejamento, explicitando seus objetivos, suas metas estratégicas e opções curriculares por meio de documentos próprios: plano estratégico, projeto pedagógico, plano global, plano de desenvolvimento institucional, planos de estudos, entre outros. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.26-27).

Diante do exposto, foram realizados encontros com os integrantes da equipe diretiva, tendo como referência a técnica do Grupo Focal. A potencialidade dessa técnica está no fato de viabilizar, por meio das interações e reflexões suscitadas pelo diálogo entre os integrantes, a partilha de concepções individuais e a realização de uma síntese coletiva sobre o assunto em pauta. Como os integrantes são mobilizados ao alcance de um objetivo comum, buscam coletivamente modos de interferir e transformar o fenômeno em questão. (BORGES; SANTOS, 2005; BACKES *et al*. 2011). Para Borges e Santos (2005, p.75):

> Nos últimos anos nota-se um crescente emprego da técnica do grupo focal, tanto por parte de pesquisadores como por profissionais da área de saúde e educação. A técnica do "grupo focal" constitui uma dentre as várias modalidades disponíveis de entrevistas grupais e/ou grupos de discussão. Há uma ampla diversidade técnica de condução e configuração grupal e, a bem da verdade, as entrevistas grupais possuem diferentes enfoques, com referenciais históricos e sócio-culturais que tanto apresentam divergências como convergências nas publicações acadêmicas de diversos países (grifo dos autores).

Backes *et al* (2011, p. 439) asseveram que:

> O grupo focal representa uma fonte que intensifica o acesso às informações acerca de um fenômeno, seja pela possibilidade de gerar novas concepções ou pela análise e problematização de uma ideia em profundidade. Desenvolve-se a partir de uma perspectiva dialética, na qual o grupo possui objetivos comuns e seus participantes procuram abordá-los trabalhando como uma equipe.

No caso do nosso estudo, para a revitalização da Identidade Institucional, os encontros tiveram como foco a análise e a reflexão sobre os principais Marcos Regulatórios de Educação e dos dispositivos específicos do Instituto dos Irmãos das Escolas Cristãs. Em relação aos Marcos Regulatórios da Educação, destacamos:

a) no âmbito internacional: Educação para todos (EPT): satisfazendo as necessidades básicas de aprendizagem (UNESCO, 1990); Marco de Ação de Dakar: assumindo nossos compromissos coletivos (UNESCO, CONSED, Ação Educativa, 2001); A Educação que queremos para a geração dos bicentenários: as metas educativas 2021, (OEI, 2008) e a Declaração de Incheon (2015).

b) no âmbito nacional: Constituição da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988); Lei Nº. 8.069, de 13 de julho de 1990, a qual dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências (Brasil, 1990); a Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (Brasil, 1996); o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (Brasil, 2007a); o Plano de Desenvolvimento da Educação (Brasil, 2007b); o Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação (Brasil, 2007c); as Diretrizes Curriculares Nacionais Gerais da Educação Básica (Brasil, 2013); o Plano Nacional de Educação (Brasil, 2014); e o documento Planejando a Próxima Década: Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014), dentre outros.

No que se refere aos dispositivos do Instituto, salientamos os seguintes documentos: Assembleia Internacional da Missão Educativa Lassalista – AIMEL (2013); 45º Capítulo Geral dos Irmãos das Escolas Cristãs (Circular 469, 2014) e Rumo ao ano 2021: vivendo juntos a alegria da nossa missão (2015); Projeto Educativo Regional Lassallista Latino-Americano (PERLA) (RELAL, 2011); e a Proposta Educativa Lassalista (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014).

Importante retomarmos a Proposta Educativa Lassalista quando a mesma faz o seguinte destaque:

> Nossa identidade, construída ao longo de três séculos, edificou-se a partir do carisma lassalista, dos valores institucionais, da organização em rede e em comunidades educativas, da comunhão eclesial e da opção preferencial pelos pobres. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.10).

Nesse sentido, é de competência da

> [...] Equipe Diretiva de cada Comunidade Educativa, em diálogo com a direção da Rede La Salle e em consonância com os estatutos e regimentos institucionais, é responsável por: assegurar a efetiva vivência da Proposta Educativa Lassalista; garantir o cumprimento da missão, da visão, dos objetivos e dos valores institucionais; dirigir a instituição de acordo com suas atribuições e competências; zelar pelo bom andamento dos processos de ensino e de aprendizagem; elaborar, implantar e executar o planejamento institucional; gerenciar os recursos disponíveis, de acordo com as indicações legais e institucionais; zelar pela observância aos dispositivos legais próprios de cada local. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.30-31).

Também foi revisitada a Identidade Institucional da Mantenedora, em termos de Missão, Visão e Princípios/Valores. Em decorrência, tendo presente as especificidades contextuais do Colégio La Salle São João, foi elaborada a Missão e a Visão do Colégio, cuja redação foi elaborada da seguinte forma: a) Missão: Formar cristã e integralmente as crianças e os jovens, mediante ações educativas de excelência; b) Visão: Ser um Colégio reconhecido pelas ações educativas de excelência. Importante retomar a Proposta Educativa Lassalista, quando o documento refere que:

> Na Rede La Salle, colocamos em prática um modelo corporativo de gestão que tem por finalidade assegurar o cumprimento da missão, da visão, dos princípios e dos valores institucionais. Para tanto, optamos pelo trabalho em rede, que utiliza instrumentos e modelos atualizados de gestão, que contribuem com o atingimento dos objetivos, indicadores e metas, bem como com a viabilidade pedagógica, econômica e pastoral da missão educativa desenvolvida. O planejamento estratégico constitui-se em uma das possíveis ferramentas de gestão, permitindo explicitar os componentes e as dimensões centrais do modelo de gestão em rede, tanto nas comunidades locais quanto no conjunto da Província, bem como o acompanhamento e a avaliação sistemática dos resultados obtidos. Assumimos como princípios da gestão das Comunidades Educativas: a sustentabilidade econômico-financeira; a subsidiariedade, a participação e a descentralização de iniciativas; a autonomia, a responsabilidade e a transparência na gestão dos recursos destinados; o diálogo e a articulação com as famílias e a comunidade; a equidade e a justiça social; a padronização de processos e procedimentos; a profissionalização da gestão; a formação continuada, como meio de aprimoramento da gestão; o zelo pelo cumprimento do planejamento e dos dispositivos legais; a diversificação e a qualificação dos produtos educacionais; o foco no atendimento ao aluno. (PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p.29-30).

Na sequência, foram delineados um conjunto de princípios/valores, a saber: a) ensino e aprendizagem por competências; b) ênfase na interdisciplinaridade e na pesquisa; c) Interação com as Tecnologias da Informação e da Comunicação; d) Avaliação diagnóstica e formativa; e) Educação em Direitos Humanos; f) Educação para a Paz e mediação de conflitos; g) Responsabilidade Social; h) Escola em Pastoral; i) Formação Continuada; j) Protagonismo da Comunidade Educativa; e k) Gestão eficiente e eficaz.

Com base no trabalho realizado com a equipe diretiva, foi redigido um documento, contendo o conjunto de princípios elencados os quais forma submetido à apreciação e validação do corpo docente, por meio de um questionário, sendo este assunto tema da próxima seção.

3.2 Olhares dos educadores sobre os princípios/valores

O questionário, contendo questões fechadas (para identificação dos educadores) e abertas, (relativas a Missão, a Visão e os princípios) foi aplicado por ocasião da Jornada Pedagógica do Colégio, onde foram retomados os pressupostos documentais trabalhados anteriormente com a equipe diretiva. Tal Jornada, (realizada no início e no meio de cada ano) se constitui num espaço de formação continuada e de reflexões acerca de aspectos pertinentes ao planejamento da ação educativa. Responderam o instrumento 39 educadores (do conjunto total de 65, sendo que aqueles que não responderam terão nova oportunidade de fazê-lo) que exercem à docência na Educação Infantil,

Fundamental e ou Médio. A tabela 1 apresenta a pontuação obtida em cada um dos princípios analisados.

Tabela 1: Validação dos princípios

Princípios/Valores	**1**	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**	**9**	**10**
Ensino e Aprendizagem por Competências	0	0	0	0	0	0	0	2	10	27
Ênfase na Interdisciplinaridade e na Pesquisa	0	0	0	0	0	0	1	6	3	29
Interação com as Tecnologias da Informação e da Comunicação	0	0	0	0	0	0	2	8	4	25
Avaliação Diagnóstica e Formativa	0	0	0	0	0	0	1	2	6	30
Educação em Direitos Humanos	0	0	0	0	0	0	0	8	7	24
Educação para Paz e Mediação de Conflitos	0	0	0	0	0	0	1	1	5	32
Responsabilidade Social	0	0	0	0	0	0	0	5	5	29
Escola em Pastoral	1	0	0	0	1	0	2	4	9	22
Formação Continuada	0	0	0	0	0	0	0	1	5	33
Protagonismo da Comunidade Educativa	0	0	0	0	0	1	1	5	10	22
Gestão Eficiente e Eficaz	0	0	0	0	0	0	0	1	3	35

Fonte: Respostas dos questionários/2016

A análise dos dados constantes na tabela 1 possibilitam inferir que o conjunto total de princípios foram validados pelos professores que responderam ao questionário, considerando-se que eles foram pontuados, pela maioria, entre 7 e 10, sendo que somente os princípios *Protagonismo da Comunidade Educativa* e o da *Escola em Pastoral*, foram pontuados por um dos respondentes com o valor 6 e 1 respectivamente.

Chama a atenção o fato do princípio *Escola em Pastoral* ter sido pontuado com o valor 1, tendo em vista que a educação e a evangelização são dimensões fundantes da gênese do Instituto dos Irmão das Escolas Cristãs. Um aspecto importante que caracteriza a missão lassalista é a presença de uma espiritualidade própria que perpassa os ambientes, espaços e as pessoas. A espiritualidade é uma forma de vivenciar os princípios e valores cristãos, de conviver e realizar a missão educativa como um lugar privilegiado da relação do educador e do educando com Deus. O núcleo central da espiritualidade lassalista se fundamenta na fé, na fraternidade e no serviço:

> A fé nos torna abertos à ação do Espírito e nos move a reconhecer nos acontecimentos e na história a ação de Deus que caminha conosco. Ela se expressa no zelo que perpassa toda a vida da escola e nos compromete a contribuir com o crescimento das pessoas e a transformação da sociedade, na perspectiva do Reino de Deus. A fraternidade, enquanto objetivo, conteúdo e caminho, enfatiza a dimensão comunitária de nossas vidas. Como irmãos e irmãs em Cristo, construímos relações fraternas e solidárias, reconhecendo o valor, a dignidade e os direitos de cada pessoa, superando atitudes de egoísmo e de competição, mediante o diálogo, a escuta e a acolhida. Vivenciamos a dimensão evangélica do serviço através de atitudes de caridade e de acolhida a todas as pessoas, especialmente aos mais pobres, excluídos e marginalizados, mediante a promoção de ações de voluntariado, de assistência social e de solidariedade cristã. PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE, 2014, p. 19).

Na sequência, tais princípios também passarão por um processo de validação junto aos demais integrantes da comunidade educativa do Colégio La Salle São João, de forma a serem contemplados os diversos olhares. Corroboramos a posição de Santos (2005, p. 152) quando o autor assevera que:

> A complexidade da organização escolar decorre do corpo que a constitui, formado por docentes, alunos, gestores, avaliadores, os quais possuem diferentes formas de pensar e conceber o processo educativo. Considerando-se a escola como um todo, formada por recursos humanos, físicos e financeiros, torna-se complexo harmonizar opiniões sobre a forma de gerir essas muitas pessoas nessas diferentes esferas. Contudo, é somente por intermédio da gestão que se torna viável estabelecer estruturas horizontais onde todos esses atores possam constituir um grupo autêntico.

Após a validação dos princípios pela comunidade educativa, os mesmos irão servir como eixo condutor para a construção da parte diversificada do currículo escolar, no que se refere aos temas ou eixos que irão transversallizar os campos de experiência (Educação Infantil) e nas áreas de conhecimento e respectivos componentes curriculares (Ensino Fundamental e Médio).

4 Considerações Finais

O texto, oriundo de um Estudo de Caso em andamento, apresentou reflexões atinentes ao processo de revitalização da Identidade Institucional do Colégio La Salle São João. Tal processo está articulado a reorganização curricular que está sendo realizada, com a coordenação da Mantenedora, em todas as unidades mantidas, tendo-se por base o desenvolvimento de competências. Conforme assevera Luck (2009, p. 25):

> Não se pode esperar mais que os dirigentes enfrentem suas responsabilidades baseados em "ensaio e erro" sobre como planejar e promover a implementação do projeto político-pedagógico da escola, monitorar processos e avaliar resultados, desenvolver trabalho em equipe, promover a integração escola-comunidade, criar novas alternativas de gestão, realizar negociações, mobilizar e manter mobilizados atores na realização das ações educacionais, manter um processo de comunicação e diálogo aberto, planejar e coordenar reuniões eficazes, atuar de modo a articular interesses diferentes, estabelecer unidade na diversidade, resolver conflitos e atuar convenientemente em situações de tensão. (grifo do autor).

Na perspectiva da gestão escolar democrática, a participação e o engajamento dos diversos atores que atuam na escola com o projeto educativo é condição essencial para a organização, a administração e a utilização racional dos recursos.

> Frisa-se aqui a necessidade da participação de todos, pais e estudantes, não só da direção que é dada pelos funcionários públicos, evitando-se assim a supremacia dos interesses corporativos aos interesses educacionais coletivos [...] (MEDEIROS, LUCE, 2006, p.20).

Tal participação e engajamento podem se constituir num "instrumento indutor de consensos, de comunhão e convergência de objetivos e interesses, enfim, de garantia de um clima e de uma cultura propícios à concretização eficaz dos objetivos educacionais". (TORRES, PALHARES, 2009, p.94). Assim, a escola democrática, no entender de Lück (2009, p. 69-70):

> [...] é aquela em que os seus participantes estão coletivamente organizados e compromissados com a promoção de educação de qualidade para todos. A democracia constitui-se em característica fundamental de sociedades e grupos centrados na prática dos direitos humanos, por reconhecerem não apenas o

> direito de as pessoas usufruírem dos bens e dos serviços produzidos em seu contexto, mas também, e sobretudo, seu direito e seu dever de assumirem responsabilidade pela produção e melhoria desses bens e serviços. Com essa perspectiva, direitos e deveres são dois conceitos indissociáveis, de modo que, falando-se de um, remete-se ao outro necessariamente. E é nessa junção que se estabelece a verdadeira democracia, construída mediante participação qualificada pela cidadania e construção do bem comum.

Por fim, nas Comunidades Educativas Lassalistas, independentemente do nível de ensino que ofertam, a perpetuação da Missão e da Identidade Lassalistas depende sobremaneira dos colaboradores que nelas atuam, desde o pessoal técnico-administrativo até aqueles que atuam na dimensão pedagógica.

Referências

BARDIN, L. *Análise de conteúdo.* Lisboa: Edições 70. 2011.

BACKES, Dirce S. Grupo focal como técnica de coleta e análise de dados em pesquisas qualitativas. *O mundo da saúde,* n. 35, v. 4, p. 438-442. 2011.

BORGES, Camila D.; SANTOS, Manoel A. dos. Aplicações da técnica do grupo focal: fundamentos metodológicos, potencialidades e limites. *Revista da SPAGESP* - Sociedade de Psicoterapias *Analíticas Grupais do Estado de São Paulo,* jan./jun., v.6, n. 1, p. 74-80.2005.

BOUFLEUER, J. P. *Pedagogia da ação comunicativa:* uma leitura de Habermas. 3.ed. Ijuí: Ed. Unijuí. 2001.

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

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

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

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

___. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais:* apresentação dos temas transversais. Brasília, DF: MEC/SEF, 1997.

___. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*/ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. – Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2007.

___. *Plano de Desenvolvimento da Educação*. Brasília: Ministério da Educação, 2007.

___. *Decreto nº. 6.094, de 24 de abril de 2007*. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação, pela União Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 abr. 2007.

___. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em Direitos Humanos:* Diretrizes Nacionais – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

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

___. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei nº 13005, de 25 de junho de 2014.* Aprova o Plano Nacional de Educação- PNE e dá outras providências, 2014.

___. Ministério da Educação. Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/SASE). *Planejando a Próxima Década:* Conhecendo as 20 Metas do Plano Nacional de Educação, Brasília, 2014.

CHIAVENAT0, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 3. ed. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.

CIRCULAR 469. *Documentos do 45° Capítulo Geral "Esta obra de Deus é também nossa obra".* Conselho geral: Roma, 2014.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia das organizações*. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Maria Ester de. Cultura organizacional grandes temas em debate. *Revista adm. empres.* v.31, n.3, pp. 73-82,1991.

GIL, Antonio Carlos. C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

INSTITUTO DOS IRMÃOS DAS ESCOLAS CRISTÃS. Rumo ao ano 2021: vivendo juntos e com alegria. Circular 470. Conselho Geral. Roma, 2015.

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

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

MACHADO, Hilka Vier. A identidade e o contexto organizacional: perspectivas de análise. *Revista de Administração Contemporânea,* vol.7, n.spe, p. 51-53, 2003.

MEDEIROS, Isabel L. P. de; LUCE, Maria Beatriz. Gestão Democrática na e da educação: concepções e vivências. IN: LUCE, Maria Beatriz; MEDEIROS, Isabel Letícia Pedroso de (Org.). *Gestão escolar democrática:* concepções e vivências. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2006, p. 15- 25.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS-ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA -UNESCO. Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. Jomtien, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança adotada pela Resolução 44/25 da Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989.

Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). CONSED, Ação Educativa. *Educação para Todos*: o Compromisso de Dakar. Brasília: Unesco, Consed, Ação Educativa., 2001.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS IBERO-AMERICANOS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. A Educação que queremos para a geração dos bicentenários: Metas Educativas 2021, 2008.

PROVÍNCIA LA SALLE BRASIL-CHILE. *Proposta Educativa Lassalista.* Porto Alegre, 2014.

REGIÃO LATINO-AMERICANA LASSALISTA (RELAL). PERLA: *Projeto Educativo Regional Lassallista Latino-Americano.* Bogotá, Colômbia: RELAL, 2011.

SANTOS, Adelcio Machado dos. *Gestão educacional:* especificidades e compartilhamentos na teoria geral da administração. Florianópolis: Ed. do Autor, 2005.

SCHEIN, Edgar. *Cultura Organizacional e Liderança.* São Paulo: Atlas, 2009.

TORRES, Leonor Lima; PALHARES, José A. Estilos de liderança e escola democrática. *Revista Lusófona de Educação*. n.14, p. 77-99, 2009.

YIN, Robert K. *Estudo de caso*: planejamento e método. 2.ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

GESTÃO EDUCACIONAL POR COMPETÊNCIAS

Marcelo A. dos Santos, Centro Universitário Cenecista de Osório – UNICNEC
marcelo7906@gmail.com
Paulo Fossatti, Universidade La Salle
paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Resumo:

Os modelos de gestão, seja na indústria ou na educação, têm ocupado os dirigentes nos últimos tempos. Uma perspectiva que ganha escala na atualidade é a gestão por competências. O artigo tem por foco a gestão por competências; desafios e perspectivas na formação dos gestores educacionais. Objetiva identificar as competências trabalhadas no processo de formação dos gestores educacionais em uma instituição de ensino superior privada, considerando demandas relativas à atuação destes profissionais no contexto da educação superior. A metodologia contempla a pesquisa qualitativa que resulta da busca do aprofundamento da compreensão acerca das competências trabalhadas nos processos de formação de gestores educacionais, em especial, de profissionais que atuam no âmbito da gestão acadêmica. A partir da revisão da literatura, diário de campo e da análise documental, constituiu-se um conjunto de informações. Estas versam sobre a dinâmica dos processos de formação, suas contribuições e resultados destes processos no desenvolvimento de competências essenciais à atuação dos gestores de uma instituição de ensino superior privada, o que também confere ao estudo um caráter descritivo. A pesquisa contou com análises resultantes de experiências dos autores na condução de processos de formação de gestores, em especial, no contexto das coordenações de cursos de graduação, cujas demandas permeiam aspectos legais e competências específicas relacionadas a sistemas de gestão. Os resultados confirmam as seguintes competências gestoras: Uso de novas tecnologias, em especial, de sistemas de informações; Desenvolvimento do pensamento estratégico e Instalação de uma cultura de formação continuada. Conclui-se pela relevância da formação por competências na solução de problemas e estudos de caso; pela revisão curricular da formação acadêmica inicial com foco no desenvolvimento de competências além dos tradicionais conteúdos e pela instauração de uma cultura educacional que forme para as competências sem esquecimento dos conteúdos e conhecimentos técnicos pré-determinados.

Palavras-chave: Gestão educacional. Formação por competências. Gestores educacionais.

1 Introdução

Os cenários atuais em nível de gestão de pessoas levam à quebra de muitos paradigmas. Em um mercado marcado pela alta competitividade, as organizações são constantemente desafiadas a encontrar pessoas que se adaptem às essas exigências, que demonstrem afinidade com os valores, objetivos e estratégias da organização e que estejam envolvidas em um processo contínuo de conhecimento e aprendizado.

Em uma instituição de ensino superior, a dinâmica dos modelos educacionais, o atual marco regulatório e a elevada concorrência desafiam à formação de gestores que atuem em diferentes dimensões, com visão sistêmica, aliando questões pedagógicas e administrativas.

Nesse contexto, não se encontra no modelo tradicional suporte para fazer frente aos desafios, o que exige um modelo de gestão de pessoas relacionado a uma perspectiva estratégica, o que podemos chamar de gestão estratégica de recursos humanos.

De acordo com KRACIK (2016), a Gestão de Pessoas é considerada como o diferencial para o sucesso de uma organização, pois o capital humano é visto hoje como o seu ativo mais valioso. Ainda de acordo com o autor, a área de recursos humanos detém grande parte da responsabilidade pelo processo de agregar valor e obter resultados, quando vai além da simples locação de mão de obra, quando harmoniza a pessoa certa no lugar certo, potencializando a sua capacidade e, consequentemente, obtendo melhores resultados para a organização.

Considerando este cenário, o processo de gestão de pessoas deve ter seu foco voltado para a administração das competências e dos talentos da organização, aumentando suas responsabilidades e fazendo com que seja reconhecido como fundamental para o desenvolvimento da organização. Assim, as atenções devem estar voltadas para o mapeamento das competências individuais dos colaboradores, buscando na gestão de competências o seu diferencial competitivo.

De acordo com WEYMER e DA SILVA (2015), nos dias atuais, especialmente a partir da necessidade de alinhar pessoas e estratégias para ocupação de um posicionamento competitivo sustentável por parte das empresas, o modelo de gestão por competências surge como alternativa para solução de problemas gerenciais, particularmente no que tange à articulação entre objetivos e entrega de resultados, ocupando um espaço cada vez mais significativo nos campos gerencial e científico.

Nessa direção, o processo de gestão por competências pode apresentar significativos resultados para uma organização, sugerindo uma nova forma de administrar os recursos humanos num formato que possa entender a qualidade das diversas competências disponíveis nas pessoas, equipes e organização (JUNIOR, 2013).

A efetiva implantação de um modelo de gestão por competências apresenta diversos desafios no contexto de uma instituição de ensino superior, especialmente considerando os processos de formação dos gestores educacionais, cuja atuação assume caráter estratégico, em que a busca pela qualidade na oferta dos serviços educacionais deve estar aliada a modelos eficientes e sustentáveis.

A pesquisa foi motivada pela necessidade de refletir sobre as competências trabalhadas nos processos de formação dos gestores educacionais em uma instituição de ensino superior privada, marcada por um ambiente cada vez mais dinâmico e desafiador.

2 Passos Metodológicos

O presente trabalho consiste em uma pesquisa qualitativa, que busca o aprofundamento da compreensão acerca das competências trabalhadas nos processos de formação de gestores educacionais, em especial, profissionais que atual no âmbito da gestão acadêmica.

A partir do tema de interesse, a escolha pela pesquisa qualitativa decorre dos objetivos do estudo e das especificidades do espaço amostral selecionado, considerando que o estudo foi desenvolvido em uma instituição de ensino superior privada.

Inicialmente realizou-se levantamento bibliográfico teórico a respeito do tema proposto, revisando, analisando, e discutindo conceitos existentes na literatura e pesquisas já publicadas.

Além do contato direto com gestores educacionais, incluindo-se coordenadores de cursos e de setores acadêmicos diversos, o estudo contemplou visitas e observações relacionadas a práticas,

processos e metodologias empregadas pelos gestores no atendimento das demandas relacionadas às suas áreas de atuação. Para registro das observações, foi utilizado o diário de campo.

A análise documental também gerou dados relevantes. Neste processo, foram utilizados documentos institucionais disponíveis publicamente, citando-se como exemplos o Projeto Pedagógico Institucional - PPI, Plano de Desenvolvimento Institucional e Projetos Pedagógicos de Cursos. Foram analisados aspectos como políticas institucionais, ações previstas e ações efetivamente implantadas.

As informações coletadas versam sobre a dinâmica dos processos de formação, suas contribuições e resultados destes processos no desenvolvimento de competências essenciais à atuação dos gestores da instituição de ensino superior, o que também confere ao estudo um caráter descritivo.

3 Gestão por competências

No desenvolvimento da temática, a partir da literatura, refletimos sobre o conceito de competência, considerando as demandas dos gestores educacionais nos dias atuais.

A gestão por competência tem como objetivo que as competências humanas possam gerar e sustentar competências organizacionais necessárias à consecução de objetivos estratégicos (KRACIK, 2016).

De acordo com Vilas Boas e Andrade (2009, p. 190), a gestão de pessoas por competências deve buscar "a identificação, a avaliação, o desenvolvimento e o reconhecimento de conhecimentos, atitudes e habilidades que os profissionais devem ter para desempenhar atribuições inerentes às funções de forma mais eficaz". Para Barbalho (2005, p. 2), a competência é como saber ou fazer qualquer coisa bem, sendo que a grandeza do conhecimento é a face da competência que busca colocar o indivíduo em contato com o saber para entender como e o que deve ser feito.

O termo competência se refere a um conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes (o famoso CHA), que afetam a maior parte do trabalho de uma pessoa, e que se relacionam com seu desempenho no trabalho. Para Leme (2005), podemos definir as competências através dos chamados "Pilares das Competências", que compõem a sigla CHA:

a) Conhecimento – o termo conhecimento engloba tudo aquilo que sabemos, é o "saber" adquirido e muitas vezes não utilizado em sua totalidade. São conhecimentos adquiridos no decorrer da vida, nas escolas, universidades, cursos etc.
b) Habilidade – ao contrário do conhecimento, se resume por tudo aquilo que o sujeito "sabe fazer", ou seja, tudo que utilizamos do nosso conhecimento no dia a dia. É todo o conhecimento que praticamos aperfeiçoado à habilidade.
c) Atitude – é tudo aquilo que nos leva a exercer nossa habilidade de um determinado conhecimento, pois ela é o "querer fazer". O comportamento que temos diante de situações do nosso cotidiano e das tarefas que desenvolvemos no nosso dia-a-dia.

A tríade formada por conhecimentos, habilidades e atitudes abrange o profissional em todos os aspectos de sua atuação. Para MARIO (2017), quando a empresa consegue entender quais elementos dessa tríade necessita para atingir suas metas, ela tem em mãos um poderoso ferramental para promover a melhoria de seus colaboradores, em função destas competências.

Em relação às contribuições do processo de gestão por competências, JUNIOR (2013) afirma que desenvolver a competência organizacional tem propiciado o aprimorado de processos gerencias que envolvam o atendimento do plano estratégico, por conta do refinamento profissional de seus

integrantes e sua relação com novas tecnologias, haja vista que estes fatores (processos, pessoas e tecnologias) são reconhecidos como os pilares da organização.

O desenvolvimento de competências não ocorre de forma isolada, pela simples constituição de grupos de pessoas. De acordo com Zarifian (2008), o plano coletivo da competência constitui mais do que o agrupamento dos conhecimentos individuais, pois surge da sinergia entre os membros do grupo. Nesse sentido, o processo de gestão por competências exige também um novo conceito de liderança.

A partir dos achados, aprofundamos a análise em três pontos relevantes neste estudo, os quais permeiam o processo de gestão por competências dos gestores educacionais na instituição pesquisada: uso de novas tecnologias, em especial, de sistemas de informações; desenvolvimento do pensamento estratégico e a instalação de uma cultura de formação continuada.

As reflexões apresentadas resultam das análises documentais e do acompanhamento dos processos de formação continuada em instituições de ensino superior.

4 Uso de novas tecnologias, em especial, de sistemas de informações

Na instituição educativa investigada no presente estudo, a utilização de novas tecnologias, em especial, de sistemas de sistemas de informação, foi uma das competências detectadas nos processos de formação dos gestores.

Destaca-se a implantação de sistemas de informação cujos objetivos, segundo as análises, estão ligados à maximização dos indicadores com menor custo possível, atendendo às demandas e exigências dos diversos processos de avaliação que fazem parte do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, sem deixar de priorizar a qualidade dos serviços prestados pela IES no cumprimento de sua missão. Para que esses objetivos sejam atingidos, os dados que fazem parte dos sistemas de informação são organizados de forma significativa, adquirindo um valor adicional, gerando-se assim as informações necessárias à tomada de decisões.

A partir dos dados, das informações e do conhecimento gerado através das análises, reúnem-se subsídios de extrema relevância nas tomadas de decisão, além dos processos de comunicação entre os colaboradores, visto que este trabalho deve contemplar as especificidades de cada curso com visão sistêmica, trabalho articulado através de diretrizes institucionais.

Cunha et. al. (2011) afirma que, historicamente, os serviços de informação serviam a uma estrutura centralizadora de administração, e que, ao longo do tempo, "evoluíram de uma função de suporte, voltada principalmente para a automação de processos repetitivos e pré-definidos, para uma função estratégica, planejada para a melhoria do desempenho e da produtividade organizacional".

Não há discussão que não passe pelo poder da informação cada vez mais precisa, veloz e interligada. Nessa perspectiva, as Instituições de ensino superior também têm desenvolvido sistemas organizacionais com elevada complexidade. O conceito de valor da informação, segundo PADOVEZE (2000, p. 44) está relacionado com a redução da incerteza no processo de tomada de decisão, a relação do benefício gerado pela informação versus custo de produzi-la e o aumento da qualidade da decisão.

Ainda em se tratando da importância do gerenciamento eficaz dos sistemas de informações em uma instituição de ensino, destacamos outras referências teóricas. FOINA (2001) refere-se às tecnologias de informações como sendo estas, quando aplicadas com qualidade e apresentadas em tempo hábil à tomada de decisão, decisivas para as empresas modernas. O uso adequado dos recursos

da tecnologia de informação garante a qualidade e pontualidade das informações. FOINA (2001, p. 31), conceitua Tecnologia da Informação como: "... um conjunto de métodos e ferramentas, mecanizadas ou não, que se propõe a garantir a qualidade e pontualidade das informações dentro da malha empresarial".

Neste contexto, dados, informações e conhecimento são elementos que dão suporte à tomada de decisão (Angeloni, 2003). De acordo com Laudon e Laudon (2007, p. 09), dados representam eventos que estão ocorrendo nas organizações ou no ambiente físico, antes de terem sido organizados e arranjados de uma forma que as pessoas possam entendê-los e usá-los. Ainda sobre o conceito de dados, podemos considerar que são elementos não interpretados, observações, fatos ou características.

Oliveira (2002, p.51), escreve que "dado é qualquer elemento identificado em sua forma bruta que, por si só, não conduz a uma compreensão de determinado fato ou situação". Considerando esta definição, para viabilizar a sua utilização no processo de tomada de decisões, os dados devem ser organizados de modo que se transformem em informação.

Dados, segundo a literatura, são puramente objetivos, enquanto informação envolve objetividade e subjetividade, pois sua significação advém da experiência do ser humano, é ele quem lê o dado e a ele atribui sentido. No conhecimento estaria implicada a experiência ou vivência humana. Em geral, o que se transmite são dados, que podem eventualmente ser incorporados como informações, e não necessariamente como conhecimentos.

O uso de novas tecnologias, em especial, de sistemas de informações eficientes, destaca-se como fator de relevância nesse contexto. Salienta-se aqui a importância da informação na atualidade, vislumbrando uma perspectiva contemporânea, em especial do mercado educacional. Neste sentido, gerenciar os diferentes processos de informação, para tomadas de decisões cada vez mais eficientes e ágeis, constitui um importante requisito para a sobrevivência neste mercado em expansão.

Um dos grandes desafios de um gestor educacional é conseguir gerenciar os dados recebidos (ou gerados), de forma a transformá-los em informação, tendo, com isso, uma ferramenta de fato útil para o crescimento das instituições. Gerar documentos não é o grande desafio das empresas, o que se precisa é capacitar pessoal que saiba atribuir sentido ao que são, em geral, simplesmente número, ou seja, obter informação, e informação estratégica, aquela que de fato irá nortear as ações gerenciais.

5 Desenvolvimento do pensamento estratégico

O conhecimento da instituição, do contexto em que está inserida, a visão em relação à captação de oportunidades, a leitura em relação ao comportamento e dinâmica do mercado estão relacionados ao pensamento estratégico. Nesse contexto da gestão, um olhar estratégico sobre os processos possibilita qualificá-los, redimensionando-os diante da volatilidade dos cenários. Isso é fundamental para manter as instituições saudáveis no contexto contemporâneo.

A partir da implantação de um novo conceito de liderança, constatou-se durante o estudo que os colaboradores da instituição não se envolvem apenas em questões operacionais. Com a clara definição do organograma institucional, as coordenações de setores e de cursos participam ativamente do processo de gestão, envolvendo-se diretamente na construção e avaliação do planejamento estratégico.

Na literatura encontramos fundamentos que ilustram o quanto é importante para uma organização a implantação deste modelo denominado planejamento estratégico. O planejamento

estratégico é compreendido como um processo metodológico gerencial responsável pela direção da organização, tendendo para uma maior interação com o ambiente (KOTLER, 1992).

Chiavenato e Sapiro (2003), afirmam que para a organização atingir com sucesso seus objetivos, precisa desenvolver boas estratégias que lhe permitam deslocar, realocar, ajustar e conciliar sistematicamente os seus recursos, aproveitando as oportunidades emergentes e neutralizando as ameaças do ambiente, fazendo com que consiga manobrar em meio a cenários complexos e dinâmicos.

Com a clareza da trajetória a ser percorrida, constata-se que o coletivo da instituição atinge as metas com mais qualidade, eficiência, motivação, com custo menor e em menor tempo, fatores fundamentais nas instituições nos dias atuais, na medida em que, através do planejamento estratégico, a instituição volta-se para as medidas positivas que poderá tomar para enfrentar ameaças e aproveitar as oportunidades encontradas em seu ambiente (Alday, 2017).

No Ensino Superior, de acordo com GODOY e MACHADO (2011), "os gestores educacionais devem tratar o planejamento estratégico, como uma ferramenta determinante para os resultados positivos da instituição de ensino superior, no qual, pensando e agindo estrategicamente, poderá tomar decisões cada vez mais eficientes e eficazes, obtendo assim, melhores opções para conduzir os interesses da instituição".

No presente estudo, detectou-se que para que a instituição desenvolva-se de forma sólida, o sucesso na implantação deste processo está associado a outro conceito não menos relevante, aqui considerado uma das competências dos gestores educacionais no cenário atual: o pensamento estratégico.

Caracterizado por um processo criativo e dinâmico, o propósito do pensamento estratégico é descobrir novas estratégias, de modo que possa tornar a organização mais competitiva e prepará-la para um futuro em potencial a partir do presente. Zabriskie e Huellmantel (1991, p. 26) elucidam que o pensamento estratégico ocorre quando os indivíduos traçam claramente a visão sobre a organização e reflitam de "forma lógica e sistemática sobre as etapas de planejamento e sobre o modelo que irão utilizar para implementar o seu pensamento estratégico na operação da empresa".

Nos dias atuais, nenhuma organização desenvolve-se em sua área de atuação sem ter claros sua missão, visão, valores, seus objetivos estratégicos. Em toda organização, seja ela educacional ou não, é fundamental que se conheça o ambiente interno, suas fragilidades e potencialidades, para ter condições de captar as oportunidades do cenário externo e definir ações estratégicas que lhe permitam combater possíveis ameaças.

Em todas as dimensões e níveis de atuação da instituição, uma vez conhecidas as diretrizes de gestão do ponto de vista pedagógico e administrativo, o processo de gestão de pessoas depende da composição de equipes capazes de levar o planejado à prática, fazendo com que cada colaborador sinta-se valorizado e motivado frente aos desafios, e acredite em suas potencialidades e na importância de sua contribuição no processo de gestão, sob o ponto de vista estratégico.

A utilização de novas tecnologias e o pensamento estratégico constituem competências essenciais à formação dos gestores educacionais. Essas competências estão relacionadas à instalação de uma cultura de formação continuada.

6 Instalação de uma cultura de formação continuada.

Observa-se a partir dos achados que muitos gestores se sentem desafiados a desenvolver suas ações, muitas vezes através de conhecimentos empíricos. Aprende-se a partir das experiências, o que possibilita a reprodução de práticas muitas vezes ineficientes de gestão.

A partir da literatura, da análise documental e do estudo de casos, constata-se que este cenário pode ser revertido a partir da instalação de uma cultura de formação continuada, com ênfase no desenvolvimento de competências essenciais à atuação dos gestores. A implantação de uma cultura de formação continuada possibilita que os gestores repensem suas práticas, através do estudo de novos referenciais e de um processo de pesquisa sobre sua própria prática, problematizando-a.

Constatou-se no decorrer do estudo que a análise contínua da contribuição dos colaboradores da instituição na maximização dos resultados da instituição resulta na identificação e valorização de novos talentos, fato comprovado pelo expressivo número de colaboradores que emergem para cargos e funções com maior grau de complexidade. Relaciona-se a esse fato a ênfase no desenvolvimento das pessoas e no processo de aprendizagem e gestão do conhecimento, promovido através de uma política de formação continuada dos colaboradores e de encontros periódicos entre colaboradores dos diversos setores da instituição pesquisada.

Assim como é importante a análise e o contato com cases de sucesso e de aprofundamentos teóricos, consideramos ser essencial no perfil do gestor nos dias atuais a reflexão constante e um repensar sobre suas práticas.

Constatou-se na análise documental que a política de formação continuada dos colaboradores está contemplada no planejamento estratégico, prevendo cursos de formação semestrais do corpo técnico-administrativo e do corpo docente. Considerando o processo de gestão do conhecimento, é contínua a participação de colaboradores dos diversos setores em eventos e cursos de formação externos, cujo conteúdo é socializado aos demais integrantes das equipes quando do retorno à instituição.

Observam-se resultados exitosos no processo de formação continuada dos gestores, a partir das seguintes ações:

- Realização de eventos semestrais de formação, envolvendo todos os colaboradores;
- Sólida política de gestão de pessoas, com foco no desenvolvimento de competências e incentivo à participação nas instâncias de decisão;
- Realização de eventos de socialização dos resultados do Planejamento Estratégico, envolvendo todos os colaboradores e incentivando-os em relação ao desenvolvimento do pensamento estratégico;
- Incentivo à participação dos gestores educacionais em programas e eventos externos de formação, em temas relacionados às suas áreas de atuação na IES;
- Implementação de programas de capacitação, buscando detectar talentos a partir de processos de avaliação de desempenho.

Destaca-se ainda a realização de reuniões periódicas entre os gestores de setores administrativos, de cursos de graduação e reuniões entre os próprios colaboradores, onde questões estratégicas são discutidas e ações são encaminhadas, fazendo com que os colaboradores participem do processo de gestão, buscando o autodesenvolvimento através de uma postura proativa.

Além das ações acima listadas, destaca-se a formação de uma visão interdisciplinar, valorizando os conhecimentos técnicos essenciais à atuação nos setores e incentivando os

colaboradores em relação à construção de uma postura crítica e reflexiva em relação aos processos institucionais, ressignificando-os constantemente.

A implantação de uma cultura de formação continuada, além de aprimorar as competências individuais, promove um processo de aprendizagem organizacional, potencializando as competências organizacionais. De acordo com JUNIOR (2013), aprimorar competências individuais tem promovido aprendizagem organizacional, isso ocorre nas relações de trabalhos e acaba atingindo toda a organização, o desenvolvimento do individuo potencializa as competências organizacionais.

Em uma instituição educativa, assim como em uma empresa, a implantação de uma cultura de formação continuada resulta de políticas de gestão de pessoas focadas no desenvolvimento de competências, promovendo uma atuação coletiva organizada. Dessa forma, o processo de gestão de pessoas "se assenta sobre a mobilização dinâmica do elemento humano, sua energia e talento, coletivamente organizado, voltados para a constituição de ambiente escolar efetivo na promoção de aprendizagem e formação dos alunos" (Lück, 2009).

Ainda de acordo com Lück, 2009, "o processo socioeducacional e as experiências a ele relacionadas se constituem em elemento de aprendizagem e formação das pessoas que atuam nesse ambiente. Essa aprendizagem não ocorre espontaneamente e deve ser orientada segundo o sentido de desenvolvimento pretendido pela escola, em relação ao seu processo educacional. Essa orientação se dá em um processo de capacitação continuada e em serviço".

Para responder a esses cenários, o corpo social de uma instituição necessita estar em constante formação continuada, seja em projetos de formação no interior das instituições ou fora delas. Já não nos encontramos mais na era do formado. Outro desafio é implantar a cultura do planejamento, no qual há metas a serem atingidas. Assim, o planejamento torna-se um orientador da ação.

7 Considerações finais

A gestão por competências assume papel de destaque nas organizações, com significativa relevância da solução de problemas e no desenvolvimento de novas práticas de gestão. No entanto, é preciso refletir sobre os processos de formação nas diversas áreas, nas quais ainda predomina uma visão disciplinar, focada nos tradicionais conteúdos.

A instauração de uma cultura educacional que forme para as competências, sem esquecimento dos conteúdos e conhecimentos técnicos pré-determinados, surge como caminho para a formação de gestores com perfil coerente com as demandas da contemporaneidade, os quais, através de suas inquietações, motivada pela necessidade de resolver os problemas do seu contexto, questiona, se posiciona de forma crítica e busca a solução para esses problemas, com postura investigativa.

A pesquisa aponta ainda para a importância do desenvolvimento do pensamento estratégico, considerando que no contexto atual muitos gestores pautam suas ações no campo tático ou até mesmo no campo operacional, preocupados apenas em atender as demandas do dia a dia. Essa postura impossibilita que os gestores revisem processos, implantem novas ferramentas de gestão e desenvolvam estratégias para captar as oportunidades que o mercado proporciona.

Em uma instituição de ensino superior, assim como em qualquer organização, todos os colaboradores precisam estar imbuídos, coletivamente, no desenvolvimento e na concretização de metas comuns. Por isso, as novas competências exigem muito mais do que a simples repetição de tarefas. Os profissionais contemporâneos confrontam-se, cotidianamente, com desafios sempre novos que precisam ser refletidos e que exigem atitude para a concretização.

A formação por competências expressa, em sua prática, além de uma formação teórica que possibilite analisar as situações impostas pelo cotidiano profissional, elementos que indique caminhos para a tomada de decisões coerentes e éticas. Essas decisões precisam estar fundamentadas em informações gerenciais, geradas a partir de tecnologias de informação e comunicação. O uso dessas tecnologias, em especial de sistemas de informação, é uma das questões suscitadas neste estudo, consistindo em uma das competências identificadas nos processos de formação continuada.

No âmbito educacional, em especial no Ensino Superior, a partir da implantação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), a cada ano são gerados inúmeros dados que resultam da avaliação de instituições e cursos, em diversos indicadores. A partir da utilização de sistemas de informação, esses dados podem ser fontes de informações decisivas as quais, aliadas a ações estratégicas, podem consistir em diferenciais competitivos para as instituições, especialmente as instituições privadas, que buscam eficiência e sustentabilidade na oferta dos serviços.

Outro ponto de relevância neste estudo está relacionado à aprendizagem organizacional como resultado de um processo de gestão por competências. A implantação de uma dinâmica focada na aprendizagem organizacional resulta da implementação de programas de formação continuada dos gestores, como foco no desenvolvimento de competências essenciais à sua atuação. A busca pela formação de uma cultura de formação continuada deve ser priorizada.

Além dos resultados obtidos, podem ser destacados temas para a continuidade dos estudos, citando-se o desenvolvimento de competências organizacionais e o processo de formação básica dos gestores, em nível de graduação, considerando que nos cursos de graduação ainda predomina uma formação "conteudista" e disciplinar. Não desconsiderando uma formação técnica essencial à atuação dos gestores, é preciso promover processos de formação voltados para o desenvolvimento de competências e habilidades.

A partir deste estudo, novas discussões deverão ser promovidas, no sentido de que as instituições educativas possam atender às demandas atuais, com foco na qualidade dos serviços oferecidos à comunidade. Cada vez mais, considerando os novos paradigmas, é preciso refletir sobre a prática e buscar novos referenciais. Nesse novo paradigma, em que não existem mais verdades definitivas e sim questionamentos e incertezas, é preciso que os profissionais sejam pesquisadores de sua prática, ressignificando o processo de gestão em todas as suas dimensões.

Referências

ALDAY, Hernan E. Contreras. *O planejamento estratégico dentro do conceito de administração estratégica.* Revista da FAE 3.2 (2017).

ANGELONI, Maria Terezinha. *Elementos Intervenientes na Tomada de Decisão.* Ci. Inf., Brasília, v. 32, n. 1, abr. 2003

BARBALHO, Célia Regina Simonetti. *Gestão baseada em competências*. Rio de Janeiro 2005.

BENNIS, Warren. *Becoming a Leader Hutchingson*/USA: Business Books, 1989

CARBONE, P. P.; BRANDÃO, H. P.; LEITE, J. B. D. ; VILHENA, R. M. de P.; *Gestão por competências e Gestão do conhecimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CHIAVENATO, I; SAPIRO, A. *Planejamento estratégico.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 3. ed. Revisa e Atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 492p

CUNHA, Mônica Carneiro Ximenes da et al. *Análise da implantação dos sistemas de informação em uma instituição federal de ensino de Alagoas à luz da teoria institucional.* Revista *Racef.* Ribeirão Preto, 2011.

FOINA, Paulo Sérgio. *Tecnologia de Informação: planejamento e gestão*. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANÇA, Ana Cristina; FISCHER, Andre Luiz et al. *As pessoas na organização*. São Paulo: Gente, 2002. 306p

GODOY, Valdir Alves de, and Marcos MACHADO. *Planejamento estratégico na gestão educacional: uma ferramenta importante no processo decisório da instituição de ensino superior*. *Revista Científica Intr@ciência, Ano* 3: 32-85.

HEIFETZ, Ronald. *Revista Management* , HSM. São Paulo 1999.

JUNIOR, WALDOIR VALENTIM GOMES. *Gestão do Conhecimento e Mapeamento de Competências.* 27/02/2013 307 f. Mestrado em engenharia e gestão do conhecimento Instituição de Ensino: Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis Biblioteca Depositária: http://portalbu.ufsc.br/

KOTLER, Philip. *Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

KRACIK, MARINA SOUZA, et al. *Gestão de Pessoas: Um modelo de banco de talentos para instituições de Ensino.* (2016).

LAUDON, K. C.; LAUDON J. P. *Sistemas de informação gerenciais: administrando a empresa digital.* 7. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2007.

LEME, Rogério. *Aplicação prática de gestão de pessoas por Competências*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

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

MARIO, Fábio Aurélio de, et al. *Gestão Estratégica de Competências Organizacionais: Conceitos, Critérios e Recursos. REA-Revista Eletrônica de Administração* 15.1 (2017): 4-a.

MARRAS, Jean Pierre. *Administração de recursos humanos*. 3. ed. São Paulo: Futura, 2000.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Sistemas, organizações e métodos: uma abordagem gerencial*. 13. ed. São Paulo, 2002.

PADOVEZE, Clovis Luis. *Sistemas de Informações Contábeis: fundamentos e análise.* 2. ed.,São Paulo: Atlas, 2000

VILAS BOAS, A. A.; ANDRADE, R. O. B. *Gestão estratégica de pessoas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WEYMER, Alex Sandro Quadros; DA SILVA, Eduardo Damião. *A contribuição do conceito de competências nos campos científico e gerencial: um tour sobre pesquisas empíricas e suas relações epistemológicas*. SINERGIA-Revista do Instituto de Ciências Econômicas, Administrativas e Contábeis, v. 18, n. 2, p. 9-18, 2015.

ZARIFIAN, P. *Objetivo competência: por uma nova lógica*. São Paulo: Atlas. 2008.

ESCOLA E PROTAGONISMO JUVENIL NA PERSPECTIVA DA EDUCAÇÃO INTERCULTURAL DESCOLONIZADORA

João Alberto Steffen Munsberg; Doutorando em Educação da Universidade La Salle; prof.jasm@gmail.com.

Gilberto Ferreira da Silva; Professor do Mestrado e Doutorado em Educação da Universidade La Salle; gilberto.silva@unilasalle.edu.

Resumo:

Este artigo tem como objetivo apresentar a reflexão sobre conceitos que se articulam na investigação sobre a escola como espaço de entremeio, entre-lugar e ação do protagonismo juvenil, na perspectiva da educação intercultural descolonizadora. Em termos metodológicos, este texto constitui-se num estudo de cunho bibliográfico exploratório, como recorte da pesquisa em andamento, lançando-se mão da vasta literatura disponível para a construção da reflexão. Como resultados das análises até aqui realizadas, constatou-se que a escola é o espaço privilegiado para o protagonismo juvenil. Entretanto, entraves dos mais diversos tipos limitam as ações dos estudantes. Conclui-se, preliminarmente, que a educação intercultural descolonizadora se constitui em estratégia propulsora para a transformação da realidade educacional em prol do protagonismo dos jovens.

Palavras-chave: Espaço escolar. Entremeio. entre-lugar. protagonismo juvenil. educação intercultural descolonizadora.

1 Introdução

A pesquisa em desenvolvimento tem por tema a escola como espaço de entremeio, entre-lugar e ação do protagonismo juvenil, na perspectiva da educação descolonizadora. O estudante constitui-se na centralidade da educação escolar. Assim sendo, precisa ser compreendido como sujeito no processo de ensino e aprendizagem, ainda mais que aprender é um ato individual, pessoal. A escola precisa reconhecer a necessidade de participação dos estudantes no processo de aprendizagem, promovendo a atuação estudantil no espaço escolar. A investigação enquadra-se na linha de pesquisa Formação de professores, teorias e práticas educativas, do PPGEdu do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE.

Metodologicamente, trata-se de pesquisa de campo do tipo interdisciplinar, transversal, descritivo-exploratória e analítica, com abordagem qualiquantitativa (mista), documental e de levantamento de dados. A abordagem qualiquantitativa (mista), entendida como uma técnica de métodos mistos, que envolve a coleta de dados simultânea, obtendo-se informações numéricas e textuais a partir de questões fechadas e abertas. Essa abordagem, portanto, utiliza dados quantificáveis, interpretação de fenômeno e atribuição de significados.

O campo empírico abarcou 30 escolas públicas estaduais do Rio Grande do Sul, localizadas em áreas urbanas, das 30 cidades-sede de Coordenadorias Regionais de Educação – CREs. Foram aplicados questionários com questões fechadas e uma abeta a 658 estudantes – concluintes do ensino médio em 2014 – e a 30 professores orientadores de Seminário Integrado.

A problemática relativa ao protagonismo juvenil emergiu da pesquisa sobre demandas e perspectivas de estudantes de escolas públicas estaduais do Rio Grande do Sul (MUNSBERG, 2015). Buscando compreender que espaço representa a escola para a participação do estudante, definiu-se o objetivo geral da pesquisa: Identificar e analisar o protagonismo juvenil no espaço escolar.

Este artigo, por sua vez, tem como objetivo apresentar a reflexão sobre conceitos que se articulam na referida investigação. Em termos metodológicos, este texto se constitui num estudo de cunho bibliográfico exploratório, trazendo os principais conceitos estruturantes da pesquisa até aqui realizada.

A escola é entendida como espaço de entremeio e entre-lugar de protagonismo juvenil. Entremeio implica movimentos de entrecruzamento, deslocamentos, deslizamentos entre. Entre-lugar diz respeito a espaços imprecisos, espaços vazios, e, ao mesmo tempo, movimento intervalar, abertura ao vir a ser, por se constituir, ultrapassamento, transgressões. Entremeio e entre-lugar representam ponto de contato, entrelaçamento. Conforme Guatelli (2012), "Delimitar e, ao mesmo tempo, deslimitar [...] passaria a ser a estratégia para a construção do entre, de uma situação indefinida e potente o suficiente para o devir, para práticas sociais não delimitadas." (p.134).

Compreender as juventudes – seus interesses e expectativas, seus espaços de atuação na escola como sujeitos – é fundamental para a formulação de políticas educacionais e para a melhoria das práticas educativas. Eis, pois, a justificativa para a pesquisa.

Este texto está estruturado em três tópicos. O primeiro, esta Introdução. O segundo - Conceitos estruturantes e articuladores da investigação -, apresenta conceitos e pressupostos que servem de ancoragem para a pesquisa. Por fim, o tópico Considerações finais traz as expectativas em relação aos resultados da investigação.

2 Conceitos estruturantes e articuladores da investigação

A centralidade da pesquisa é o estudante e o seu papel no espaço escolar, tendo em vista a formação pessoal e profissional. Qual é a participação do estudante nas decisões pedagógicas? Que espaço de atuação na escola tem o estudante? Em outras palavras: Que espaço representa a escola para o protagonismo juvenil?

Para responder a esses questionamentos, buscaram-se como ancoragem teórica os pressupostos de Edgar Morin (pensamento complexo), Zygmunt Bauman (modernidade líquida), Georges Balandier (contorno antropológico), Estes na parte já realizada da pesquisa, mais Michel Pêcheux (entremeio), Homi Bhabha (entre-lugares), Massino Canevacci (multivíduo, ubiquidade e cidadania transitiva), Alberto Melucci (juventude e tempo presente), Mary Louise Pratt (zona de contato), Juarez Tarcísio Dayrell (condição juvenil), Marilia Pontes Sposito (juventude e educação), Ezpeleta e Rockwell (espaço escolar), Pais (juventude e cultura juvenil), Quijano (descolonização do poder, do ser e do saber) e Walsh (interculturalidade).

Para Morin (2001), o paradigma da complexidade funda-se na razão aberta, a qual se caracteriza por ser evolutiva (progride por mutações e reorganizações), residual (inclui o a-racional e o sobre-racional), complexa (reconhece a complexidade das relações sujeito-objeto e ordem-desordem) e dialógica (opera com macroconceitos recursivos). Complexidade é a tessitura inter-relacional da realidade, encaminhando o pensamento complexo, o qual nunca é completo.

O pensamento complexo (paradigma de complexidade) contrapõe-se ao pensamento

simplificador (paradigma de simplificação), conforme Morin (2013a). O primeiro integra todos os modos de pensar do segundo, mas sem abrir espaços para simplificações (ações redutoras e disjuntoras). O pensamento complexo busca um saber não reduzido e não fragmentado, reconhecendo o conhecimento como multidimensional, incompleto e inacabado, e possibilitando o questionamento e a reformulação. O pesquisador propõe uma reforma do pensamento, cuja missão seja "[...] formar cidadãos capazes de enfrentar os problemas de seu tempo." (MORIN, 2013b, p. 27). E essa é a função da escola. A reforma preconizada por Morin (2013b) tem por objetivo articular as disciplinas, constituindo "[...] um objeto simultaneamente interdisciplinar, polidisciplinar e transdisciplinar [...]." (MORIN, 2013 b, p. 46) que possibilite desenvolver a cooperação e a policompetência.

Espaço e tempo são dimensões indissociáveis e constantes presentes no cotidiano das pessoas. Assim, pensar a escola como espaço de protagonismo juvenil implica compreender a relação espaço-tempo no âmbito escolar.

O espaço escolar é múltiplo, constituído de uma diversidade de espaços interligados e complementares. Nesse espaço interagem, cotidianamente, os sujeitos protagonistas de sua construção. Para Ezpeleta e Rockwell (1989), a escola é entendida como um espaço histórica e socialmente em processo inacabado de construção. Como construção social, a escola é um espaço de contrastes, de diversidades e de heterogeneidade. A escola é, também, um espaço de encontro entre o Estado e as classes subalternas, isto é, um espaço de relações de poder. O espaço escolar é histórica e socialmente construído para atender às necessidades da sociedade.

Nessa perspectiva, a escola é um espaço de devir, de vir a ser, de tornar-se, de transformar-se, sendo construída num movimento ininterrupto por seus atores, especialmente os estudantes. Conforme Paz, o espaço

> Nos rodeia e nos sustenta e o sustentamos e o rodeamos. Somos a sustentação do que nos sustenta e o limite do que nos limita. Somos o espaço em que estamos [...]. A fronteira de onde eu termino e começa o outro, o alheio, está em perpétuo movimento, em contínua erosão (PAZ, 1983, p. 218).

O contexto escolar é um lugar de vivências, cujos limites espaciais oferecem resistências e concomitantemente sofrem transgressões de parte dos sujeitos. São esses atores que constroem, em sua historicidade, o espaço escolar.

Em termos espaciais, propriamente, os estudantes atuam em entremeios e entre-lugares. Busca-se em Michel Pêcheux a compreensão do conceito de entremeio.

> O que se pode depreender do percurso de Michel Pêcheux na elaboração da Análise de Discurso, é que ele propôs uma forma de reflexão sobre a linguagem que aceita o desconforto de não se ajeitar nas evidências e no lugar já-feito. Ele exerceu com sofisticação e esmero a arte de refletir nos entremeios (PÊCHEUX, 1997, p.7).

Pêcheux (1997) explica: "[...] a questão teórica que coloco é, pois, a do estatuto das discursividades que trabalham um acontecimento, entrecruzando proposições de aparência logicamente estável, suscetíveis de resposta unívoca (é sim ou não, é x ou y, etc.) e formulações irremediavelmente equívocas." (p. 28). Entremeio implica movimentos de entrecruzamentos, deslizamento entre, deslocamentos num ambiente fronteiriço.

Já entre-lugar é tomado no sentido de descentrar, deslocar, mudar de lugar. Bhabha (2013) pensa os entre-lugares como um "[...] terreno para a elaboração de estratégias de subjetivação – singular ou coletiva – que dão início a novos signos de identidade e postos inovadores de colaboração

e contestação, no ato de definir a própria ideia de sociedade." (p. 20). Isso implica focalizar os processos produzidos na articulação de diferenças culturais. Entre-lugar compreende abertura ao porvir (vir a ser), por se constituir. Trata-se de espaço de articulação, de transgressão e de ultrapassamento, o que remete a processos de desconstrução/reconstrução no contexto escolar.

Outro conceito pensado na pesquisa é zona de contato, entendido por Pratt (1999) como espaço intermediário de negociação entre duas culturas.

> Sob uma perspectiva do contato, um fenômeno como a segregação, por exemplo, consistiria não simplesmente na separação ou isolação mútua, como vem sendo definido pela própria segregação, mas como uma forma de ajuntamento que assume a copresença social e historicamente estruturada de grupos dentro de um espaço – uma **zona de contato** (PRATT, 1999, p. 12, grifo nosso).

Nessa perspectiva, as fronteiras assumem centralidade, enquanto que os centros homogêneos são marginalizados. Para a autora,

> Uma perspectiva da fronteira, ou "de contato", garante a práticas culturais étnicas e à produção intelectual étnica um tipo específico de autoridade na zona de contato. Obviamente deve ser possível a intelectuais étnicos, sem renunciar a sua etnia, fazer reivindicações enquanto intelectuais e líderes de todos; [...] (PRATT, 1999. p. 14).

No que se refere a tempo, traz-se o conceito de modernidade a partir de pressupostos de Bauman e Balandier. De Bauman (2001) buscou-se a compreensão do conceito de modernidade líquida, caracterizada por liquidez e fluidez. Tempo e espaço se expandem, se dilatam, se esticam, e, paradoxalmente, aproximam lugares e pessoas, encurtando distâncias geográficas em função da rapidez das comunicações num tempo que se torna escasso, instantâneo e/ou imediato. Nesse contexto, os estudantes vivem o local conectados ao global. Virtualidade, instantaneidade e velocidade implicam fragilidade nas relações. Estariam em relação sem interação? De Balandier (1997) utilizou-se o conceito de contorno antropológico. Para o sociólogo,

> A paisagem está confusa, remexida, desajustada, incerta. As aparências mascaram o que seria preciso ver de perto. Nessas circunstâncias, só existe uma regra: tomar distância colocar-se fora da confusão, que é o estado de fato e de discurso. O contorno antropológico oferece os meios; leva a considerar, na enorme diversidade de formas que o realizam, o que constitui a política, *indissociável* de toda existência social, da mais simples à mais complexa; se o Estado é apenas uma das formas institucionais do poder, se, em alguns casos, a sociedade parece agir contra o Estado, em permanente desafio, resta à política manifestar-se em todos os espaços (BALANDIER, 1997, p. 14).

A imagem da modernidade – incluindo a sociedade – é como, poder-se-ia dizer, uma miragem. Para compreendê-la, Balandier se afasta, olha de fora. E é de fora que ele mergulha nas profundezas do poder e da política e traça o perfil da sociedade pós-moderna. Mas, afinal, o que é modernidade para Balandier? "[...] a modernidade atual é a dos abandonos, das passagens, das transições [...]." (1999, p. 13), com uma sociedade marcada pelo "signo da incerteza" (1976). Essa modernidade se insere no período de transição identificado como pós-modernidade, caracterizando-se como uma racionalidade complexa, múltipla, fluida, movediça e imprecisa.

O protagonismo juvenil no espaço escolar é explicado a partir de pressupostos de Canevacci, Melucci, Dayrell, Sposito e Pais. Canevacci contribuiu com os conceitos de ubiquidade, multivíduo,

autorrepresentação e sujeito transitivo. Para o antropólogo, ubiquidade consiste na possibilidade do sujeito se comunicar com outros em contextos totalmente diferentes. “O multivíduo é um sujeito divisível, plural, fluido. Ubíquo.” (CANEVACCI, 2013). Autorrepresentação refere-se ao “[...] direito que cada pessoa tem de representar a si mesma politicamente e esteticamente [...].” (CANEVACCI, 2013). O sujeito transitivo, por sua vez, é o sujeito conectado, caracterizado por flutuantes eus multividuais.

Melucci (1997), por sua vez, aborda a articulação juventude e tempo presente.

> Hoje o tempo se torna uma questão-chave nos conflitos sociais e na mudança social. A juventude que se situa, biológica e culturalmente, em uma íntima relação com o tempo, representa um ator crucial, interpretando e traduzindo para o resto da sociedade um dos seus dilemas conflituais básicos (MELUCCI, 1997, p. 7).

A adolescência é a fase de transição entre a infância e a fase adulta. Por isso, é a idade em que o jovem passa “[...] a enfrentar o tempo como uma dimensão significativa e contraditória da identidade.” (MELUCCI, 1997, p. 8).Para o autor, o tempo é considerado “[...] como um horizonte no qual o indivíduo ordena suas escolhas e comportamento, construindo um complexo de pontos de referência para suas ações.” (MELUCCI, 1997, p. 8).

O conceito de juventude ocupa centralidade na investigação. Para Dayrell (2003), pensar juventude na perspectiva da diversidade implica considerá-la como parte de um processo social de constituição dos sujeitos, marcada por especificidades, mas não como passagem de fase. Daí que o autor utiliza a noção de juventudes, enfatizando a diversidade de maneiras de “ser jovem” como sujeito social.

Já Sposito (2000) refere que os jovens podem “[...] transformar o sentido da escola no projeto de vida, ao dar um novo significado para o conhecimento, para a informação e para a cultura.” (p. 90). Para a pesquisadora, é necessário dialogar com esses atores. “Trata-se de pensar a escola como mais um dentre os espaços propícios à constituição de sujeitos que tentam compreender sua presença no mundo e buscam construir projetos em condições desafiadoras e adversas impostas pela sociedade atual.” (SPOSITO, 2000, p. 90). É preciso buscar uma aproximação entre a “cultura escolar” e o “mundo dos jovens”, defende a autora.

Outro conceito central na pesquisa, relacionado ao conceito de juventude, é cultura juvenil. Pais (1990) entende por cultura juvenil “[...] o sistema de valores socialmente dominantes atribuídos à juventude (tomada como conjunto referido a uma fase da vida), isto é, valores a que aderirão jovens de diferentes meios e condições sociais.” (p.163). Para o autor, “[...] é necessário que os jovens sejam estudados a partir dos seus contextos vivenciais, quotidianos [...].” (PAIS, 1990, p. 164). Em síntese, Pais considera juventude como uma construção sociológica.

A escola como

> construção social implica compreendê-la no seu fazer cotidiano, os sujeitos não são apenas agentes passivos diante da estrutura, trata-se de uma relação em contínua construção de conflitos e negociações em função de circunstancias determinadas (DAYRELL, 2001. p. 137).

Percebe-se, pois, que a escola é um espaço sociocultural em que os sujeitos constroem-na continuamente em seu cotidiano. O protagonismo desses sujeitos ocorre por meio de apropriações e/ou transformações dos ambientes que compõem o espaço escolar.

Para Meinerz (2009), “[...] a escola não se resume à sala de aula. O pátio se configura como

espaço de sociabilidade." (p.167). A pesquisadora defende a tese

> [...] de que os processos de escolarização dos adolescentes de periferia urbana, cuja característica central é a circulação pelos espaços escolares, evidenciam a escola como um espaço em que se pratica preferencialmente a sociabilidade e apontam para um rearranjo nas relações de poder presentes na mesma (MEINERZ, 2009, p. 168).

Ao circularem pela escola, esses atores estão demonstrando uma maneira diferente de sociabilidade, distinta do que, fundamentalmente, se entende que deva ocorrer no espaço escolar. Percebe-se a ideia de autonomia, o que expressa o protagonismo juvenil. Os estudantes participam ativamente na construção – ou transformação – da realidade escolar. Não obstante, a escola mantém sua função socializadora, porém de forma interativa.

Pesquisa como princípio pedagógico articula-se com outras medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico, como o reconhecimento dos saberes advindos de práticas sociais, a relação parte-totalidade e relação teórica-prática. Pesquisar, no âmbito escolar, constitui-se na prática investigativa que implica repensar, refletir sobre os conhecimentos e os saberes, entendendo o processo do fazer científico. Nesse sentido,

> Conhecimento é dinâmica disruptiva, rebelde, em permanente desconstrução e reconstrução. Educação científica não significa exumar informação existente, mas reconstruir conhecimento, principalmente reconstruir continuadamente a capacidade de reconstruir (aprender a aprender) (DEMO, 2010, p. 9).

Assim, mais importante do que aprender conteúdos é aprender habilidades (aprender a aprender), especialmente "[...] habilidades de autoria e autonomia que servem para a vida toda [...]." (DEMO, 2012, p. 59). Faz-se necessário, todavia, possibilitar o desenvolvimento da capacidade de autoria.

"Educar pela pesquisa" é um processo de ensino-aprendizagem no qual a ciência instrumentaliza a educação, possibilitando a produção de conhecimento, ou melhor, a reconstrução do conhecimento. Trata-se, portanto, de um paradigma construtivista, valorizando a participação dos sujeitos (professor e aluno) como protagonistas do processo (ação ativa e reflexiva). Nesse processo, "[...] é fundamental tomar a educação científica como parte da formação do aluno." (DEMO, 2010, p. 19, grifo do autor). Educar pela pesquisa é um processo formativo, "[...] motivando a construção da autoria e autonomia." (DEMO, 2010, p. 20) de ambos os sujeitos, mas fundamentalmente os discentes.

Cabe, neste momento, reavivar o questionamento: educar para quê? Ou, formar para quê?

> Pesquisa como modo de produzir conhecimento é referencia substancial. Não se trata de colocar reparos nisso. Trata-se de vincular esta atividade àquela da formação discente, de tal forma que o processo formativo se gere no próprio processo de construção do conhecimento. Quando o aluno aprende a lidar com método, a planejar e a executar pesquisa, a argumentar e a contra-argumentar, a fundamentar com a autoridade do argumento, não está só "fazendo ciência", está igualmente construindo a cidadania que sabe pensar (DEM0, 2010, p. 20).

A educação científica implica, pois, adequar a "[...] proposta de educação básica, não só para realçar os desafios da preparação científica para a vida e para o mercado [...]." (DEMO, 2010, p 21), mas também para aprimorar a qualidade de vida dos estudantes, tudo isso como resultado de um processo de ensino-aprendizagem orientado por autoria e autonomia dos sujeitos.

A proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico entende conhecimento como um processo histórico permanente de transformação da realidade. Assim, pretende um currículo organizado de tal maneira que os conteúdos estejam articulados com a realidade vivida pelos estudantes. Em outras palavras, os conteúdos curriculares precisam ser organizados a partir do contexto vivido pelos estudantes e da necessidade de compreensão da realidade. E aí entra a pesquisa como "[...] o processo que, integrado ao cotidiano da escola, garante a apropriação adequada da realidade, assim como projeta possibilidades de intervenção. Alia o caráter social ao protagonismo dos sujeitos pesquisadores." (SEDUC-RS, 2011, p. 23). A pesquisa, assim concebida, possibilita o protagonismo dos estudantes na redescoberta de conhecimentos, na construção de novos conhecimentos e na resolução de situações-problema.

Para o sociólogo educacional Pedro Demo, o século XXI é marcado pela "sociedade intensiva de conhecimento" (DEMO, 2010), contexto em que a pesquisa como princípio científico e educativo assume um papel fundamental na educação. A escola do século XXI precisa mudar, atraindo os estudantes e despertando neles a curiosidade, o desafio da (re)descoberta, a reconstrução do conhecimento. A escola precisa "educar pela pesquisa", como defende Demo (2010). Para o pesquisador, educação e pesquisa trilham um percurso coincidente, sendo que ambas combatem a ignorância, valorizam o questionamento, reconstroem o conhecimento, unem teoria e prática, opõem-se à condição de objeto e à manipulação e condenam a cópia.

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

A propósito da referência a vigiar e punir na citação de Azevedo e Reis (2013), traz-se o pensador Michel Foucault. O filósofo traça uma "história do pensamento" configurada como uma história dos "lugares de experiência", dentre os quais se destaca a escola. Em todos os "lugares de experiência" se articulavam o saber (como discursos constitutivos de matrizes de conhecimento), o poder (como conjunto de técnicas e procedimentos de conduta dos indivíduos) e a subjetivação (como formas de constituição do sujeito). Na obra Vigiar e punir Foucault (2013) assinala que o objetivo de qualquer espaço institucional – como a escola – é o enquadramento dos indivíduos. Nesse sentido, descreve o modelo de vigilância do Panóptico de Bentham, dispositivo baseado no "princípio de que o poder devia ser visível e inverificável" (FOUCAULT, 2013, p. 191). O Panóptico produz efeitos homogêneos de poder, constituindo-se num poderoso mecanismo de normalização. Possibilita a modificação do comportamento e o treinamento dos indivíduos segundo as normas do poder dominante. Em resumo, o Panóptico é uma máquina de produzir, de testar e de obter poder. Ordem, disciplina, controle e vigilância são atributos de instâncias do poder. Foucault (2013) lança pergunta intrigante que tem resposta óbvia: "Devemos ainda nos admirar que a prisão se pareça com as fábricas, com as escolas, com os quartéis, com os hospitais, e todos se pareçam com as prisões?" (p. 214). Os estudantes querem uma escola diferente, uma escola para além dos muros, para além dos panópticos, para além do vigiar e punir. Essa pretensão, por si só, já demonstra o protagonismo juvenil, uma das prioridades do Ensino Médio Politécnico.

Nessa perspectiva, como se situa o Ensino Médio Politécnico? A base epistemológica da proposta centra-se na compreensão do modo de produção do conhecimento, o qual decorre da relação sujeito-objeto em determinado contexto, implicando protagonismo do estudante no processo de aprendizagem. No que se refere à base filosófica, é assegurada à escola o respeito às suas

especificidades tempo-espaciais, mediante a flexibilização do trabalho pedagógico. A base socioantropológica disponibiliza os sistemas simbólicos empregados na articulação sujeito aprendente–objeto de aprendizagem. Já a base sociopedagógica considera a escola como espaço de trabalho coletivo e cooperativo, possibilitando a compreensão do mundo.

A proposta pedagógica, na dimensão curricular, enfatiza a articulação entre saber popular e conhecimento científico. Assim, a contextualização manifesta-se na relação dos conteúdos vivenciais dos estudantes com os conteúdos curriculares. Entretanto, "[...] a compreensão mais complexa da realidade supõe a superação do senso comum mediante a democratização do acesso ao conhecimento sistematizado" (SEDUC-RS, 2011, p. 19-20). Considerando o diálogo como mediador dos saberes, evidencia-se o papel representado pela escola no processo de formação de sujeitos aptos a atuarem na transformação da realidade.

> A escola é o espaço por excelência da promoção do diálogo dos diferentes saberes reconhecendo seu poder de transformar a realidade, mas também os seus limites, oriundos de seu modo de produção, que reflete as desigualdades de acesso ao conhecimento e à cultura (SEDUC-RS, 2011, p. 20).

Para cumprir com o seu papel, a escola precisa adotar uma prática pedagógica comprometida com o enfrentamento das desigualdades, preparando os sujeitos para a intervenção na realidade. Já na introdução do documento-base da proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico consta a ênfase no protagonismo juvenil:

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

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

Aqui se inscrevem outros conceitos, como descolonização epistemológica, interculturalidade crítica e educação intercultural. Para Quijano (1992), a crítica do paradigma eurocêntrico da racionalidade/modernidade é necessária e urgente, porém sem negar tal racionalidade. É preciso desprendimento das vinculações da racionalidade/modernidade com a colonialidade. E arremata:

> La alternativa, en consecuencia, es clara: la destrucción de la colonialidad del poder mundial. En primer término, la descolonización epistemológica para dar paso a una nueva comunicación intercultural, a un intercambio de experiencias y de significaciones, como la base de una otra racionalidad que pueda pretender, con legitimidade, alguna universalidade (QUIJANO, 1992, p. 19-20).

Pretender alguma universalidade pressupõe reconhecimento e aceitação como uma racionalidade "outra", com a consequente libertação das relações interculturais das amarras da colonialidade. Assim, no campo educacional, é preciso descolonizar a instituição escolar e o

currículo.

No debate da interculturalidade faz-se necessário estabelecer distinções entre termos e/ou enfoques. Conforme Silva (2006), utiliza-se o termo "[...] multiculturalidade para designar a realidade de grupos culturais distintos convivendo em uma mesma sociedade." (p. 145). Mas, convivência não é garantia de respeito aos diferentes ou de aceitação do "outro". Já "[...] a interculturalidade se revela potencialmente como um projeto de intervenção a ser construído de forma intencional." (SILVA, 2006, p. 145). Há, portanto, proposta de intervenção na realidade multicultural, buscando um intercâmbio mutuamente enriquecedor.

O tema interculturalidade, inscrito no "projeto decolonial", ganha importância com os estudos de Catherine Walsh. A pesquisadora entende interculturalidade como a possibilidade de diálogo entre as culturas, pensada na perspectiva crítica "[...] como proyecto político-social-epistémico-ético y como pedagogia decolonial [...]" (WALSH, 2010, p. 76). Assim, a interculturalidade deve ser entendida como projeto voltado à transformação estrutural e sócio-histórica para todos: "[...] la interculturalidad es práctica política y contrarrespuesta a la geopolítica hegemónica del conocimiento; es herramienta, estrategia y manifestación de una manera 'otra' de pensar y actuar" (WALSH, 2005, p. 47).

Entende-se que a interculturalidade crítica, mais especificamente a educação intercultural, seja o caminho para a descolonização e a efetiva integração da América Latina. A interculturalidade crítica constitui-se num projeto de transformação das relações em todas as instâncias, enfrentando processos discriminatórios e promovendo o diálogo intercultural.

A educação intercultural descolonizadora, notadamente, compreende três aspectos a serem trabalhados: a descolonização dos conhecimentos (o saber), a descolonização das subjetividades (o ser) e a descolonização da história (o poder). Evidentemente que estas três dimensões estão interligadas num tecido único – a colonização do pensamento, do imaginário. Daí a importância da educação intercultural como estratégia para a descolonização.

3 Considerações finais

Mais além de resultados, neste tópico busca-se apresentar expectativas em relação ao que pode resultar da investigação em curso isso porque o processo investigativo ainda esta repleto de interrogações.

Em que pese a intenção da proposta pedagógica do Ensino Médio Politécnico em valorizar o protagonismo juvenil, constatou-se que os espaços escolares disponíveis para a atuação dos estudantes ainda são inexpressivos, restritos. Ainda prepondera, na prática, uma escola cerceadora da autonomia dos sujeitos. Percebe-se um distanciamento entre a proposta oficial e sua implementação na realidade escolar, entre teoria e prática. As medidas propositivas do Ensino Médio Politécnico não estão atendendo satisfatoriamente às demandas dos estudantes. Ao que parece, é preciso ouvir mais a voz dos principais sujeitos da educação: estudantes e professores. É preciso analisar suas perspectivas, seus pontos de vista, em busca da articulação consensual dos interesses e das demandas em termos de formação humana.

De outra parte, a educação intercultural pressupõe superar o individualismo, os velhos discursos, as estruturas excludentes e as posturas discriminatórias em prol de um trabalho cooperativo, colaborativo, reflexivo e dialógico. Sob essa ótica, interculturalidade possibilita a convivência de realidades plurais, o questionamento de discursos hegemônicos, padronizações e

binarismos, bem como a desconstrução, problematização e relativização de estruturas e práticas sociais.

Cabe destacar o papel da escola e do currículo no que se refere à implementação de um processo educacional verdadeiramente intercultural. A escola é a instituição social em cujo espaço se processa tanto a produção quanto a reprodução da cultura, podendo ocorrer tanto a desconstrução de práticas discriminatórias em relação aos diferentes quanto a naturalização das desigualdades. Daí que o currículo escolar precisa ser construído de forma a possibilitar "olhares outros" e "abordagens outras", tendo em vista a representação da realidade e os tipos de subjetividades e identidades que pretende produzir. Um currículo intercultural requer conteúdos, procedimentos, atitudes e relações que privilegiem o protagonismo do estudante no contexto e/ou espaço escolar. Pensar a educação nessa perspectiva não é idealismo; é possível.

Referências

AZEVEDO, Jose Clovis; REIS, Jonas Tarcísio (Orgs.). *Reestruturação do ensino médio:* pressupostos teóricos e desafios da prática. São Paulo: Fundação Santillana, 2013.

BALANDIER, Georges. *As dinâmicas sociais:* sentido e poder. São Paulo: Difel, 1976.

_____. *O contorno:* poder e modernidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

_____. *O dédalo:* para finalizar o século XX. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. ed. rev. amp. Lisboa: Edições 70, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Proj. graf. 2014. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BHABHA, Homi. *O local da cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2013.

CANEVACCI, Massimo. Um novo pensamento científico para o contexto da cultura digital. Entrevista a Flávia Dourado. IEA/USP, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/massimo-canevacci>. Acesso em: 12 ago. 2014.

DAYRELL, Juarez Tarcisio (Org.). *Múltiplos olhares sobre educação e cultura*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

_____. O jovem como sujeito social. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n. 24, p. 40-52, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n24a04.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

DEMO, Pedro. *Educar pela pesquisa*. Campinas: Autores Associados, 2000.

_____. Educação Científica. *B. Téc. Senac*: a R. Educ. Prof., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 15-25, jan./abr. 2010.

_____. *O mais importante da educação importante*. São Paulo: Atlas, 2012.

EZPELETA, Justa; ROCKWELL, Elsie. *Pesquisa participante*. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1989.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

GIBBS, Graham. *Análise de dados qualitativos*. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GUATELLI, Igor. *Arquitetura dos entre-lugares*: sobre a importância do trabalho conceitual. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2012.

MEINERZ, Carla Beatriz. *Adolescentes no pátio*: outra maneira de viver a escola. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2009.

MELUCCI, Alberto. Juventude, tempo e movimentos sociais. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n.5/6, p. 5-14, 1997.

MORIN, Edgar. *O método*: as ideias. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2001.

_____. *Ciência com consciência.* 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013a.

_____. *Educação e complexidade:* os sete saberes. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2013b.

MUNSBERG, João Alberto Steffen. *O ensino médio politécnico frente às demandas e perspectivas discentes.* 2015. 193 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Centro Universitário La Salle, Canoas, 2015.

PAIS, José Machado. A construção sociológica da juventude: alguns atributos. *Análise Social*, Lisboa, v. XXV, n. 105-106, p. 139-165, 1990. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223033657F3sBS8rp1Yj72MI3.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2016.

PAZ, Octávio. *Sombras de obras*. Barcelona: Seix Barral, 1983.

PÊCHEUX, Michel. *O discurso*: estrutura ou acontecimento. 2. ed. Campinas, SP: Pontes, 1997.

PRATT, Mary Louise. A crítica na zona de contato: nação e comunidade fora de foco. *Travessia*, Florianópolis, n. 38, p. 7-29, 1999. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/travessia/article/view/14665/13434>. Acesso em: 17 jul. 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. *Perú Indígena*, Lima(?), n. 13(29), p. 11-20,1992. Disponível em: <https://problematicasculuales.files.wordpress.com/ 2015/04/quijano-colonialidad-y-modernidad-racionalidad.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2016.

REGIMENTO Padrão Ensino Médio Politécnico. Porto Alegre: SEDUC-RS, 2012.

SEDUC-RS. Secretaria de Estado da Educação do Rio Grande do Sul. Departamento Pedagógico – DP. *Proposta Pedagógica para o Ensino Médio Politécnico e Educação Profissional Integrada ao Ensino Médio – 2011-2014.* Porto Alegre: Seduc-RS, 2011.

SILVA, Gilberto Ferreira da. Cultura(s),currículo, diversidade: por uma proposição intercultural. *Contrapontos*, Itajaí – SC, v. 6, n. 1, p. 137-148, jan./abr. 2006.

SPOSITO, Marilia Pontes. Algumas hipóteses sobre as relações entre movimentos sociais, juventude e educação. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, n.13 p. 73-94, 2000. Disponível em:<https://ensinosociologia.milharal.org/files/2010 /09/Sposito2000.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2016.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, conocimientos y decolonialidad. *Signo y Pensamien-to*, Bogotá, v. XXIV, n. 46, p. 39-50, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/vievoFile/4663 /3641>. Acesso em:03 mar. 2016.

_____. Interculturalidad crítica y educacion intercultural. In: VIANA, Jorge; TAPIA, Luis; WALSH, Catherine. *Construyendo interculturalid crítica.* La Paz: III – CAB, 2010. p. 75-96.

O ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO POSSIBILITANDO A INCLUSÃO ESCOLAR

Ana Gabriela Hoernig; Psicopedagoga Clínica e Institucional pela Universidade La Salle de Canoas, RS; E- mail: anagabriela.hoernig@gmail.com.

Lúcia Belina Rech Godinho; Graduação em Psicologia (UCS). Especialização em Psicoterapia Psicanalítica (Unisinos) e Mestrado em Psicologia Clínica (Unisinos), Professora da Universidade La Salle; E-mail: luciarech@terra.com.br.

Resumo:

Este artigo tem como foco a inclusão escolar por meio do atendimento educacional especializado. O objetivo deste trabalho é evidenciar a importância da inclusão escolar de alunos portadores de necessidades educativas especiais. Busca conhecer como acontece o atendimento educacional especializado com os alunos que tem dificuldades de aprendizagem. Procura-se também mostrar que tais alunos devem frequentar a sala de recursos multifuncional para a efetivação da aprendizagem. A metodologia deste trabalho consistiu em fazer uma revisão bibliográfica existente sobre o assunto. A partir da bibliografia consultada fez-se uma análise textual. Após as leituras realizadas, e posteriormente à análise dos textos constatou-se que existe uma preocupação com relação à inclusão escolar de alunos portadores de necessidades educacionais especiais. Conclui-se que é importante socializar este conhecimento e, principalmente que os governos criem políticas públicas e promovam ações inclusivas nas escolas para efetivar a inclusão escolar dos alunos que apresentam necessidades educacionais especiais e deste modo disponibilizar para eles atendimento educacional especializado adequado.

Palavras-chave: alunos. necessidades educacionais especiais. inclusão escolar e atendimento educacional especializado.

1 Introdução

A inclusão é um tema bastante amplo, está inserida na educação. A lei de diretrizes e bases da educação (LDB 9394/96), no artigo 58, entende por educação especial a modalidade de educação que é oferecida na rede regular de ensino.

Casagrande (2014, p.42) diz que: "Ela faculta aos diversos grupos humanos formas de organização especificas e, aos seus integrantes, atitudes coerentes e aderentes às circunstâncias sociais e históricas nas quais estão inseridos e implicados". A inclusão no âmbito da educação deve ser feita para que os professores sejam capazes de perceber a maneira como o aluno com necessidades educacionais especiais aprende e ensiná-lo dessa maneira e não forçando o mesmo, para que venha a aprender como os colegas da turma aprendem.

Essa inclusão quando realizada no ambiente escolar deve ser valorizada e colocada em pratica a fim de que o aluno que possui tais necessidades seja incluído na escola. Na LDB (BRASIL, 1996) consta sobre a educação especial, no artigo 58:

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

O principal aspecto que se pretende discutir é a necessidade e urgência do atendimento educacional especializado para alunos com necessidades educacionais especiais e como os psicopedagogos, atuando tanto em clínicas como em instituições de ensino, podem trazer grandes e efetivas contribuições. Conforme Casagrande (2014, p.86): "Trata-se da possibilidade de uma sociedade específica ensinar aos seus novos membros uma forma de resolver os problemas concretos de seu mundo, tanto na esfera da culta e da ciência quanto da convivência e da participação democrática". Nesse artigo também enfatizamos o quanto é importante a atuação do psicopedagogo nesse tipo de atendimento para que aconteça a inclusão desse aluno na escola. O presente trabalho pretende analisar brevemente a evolução da psicopedagogia como ciência recente e em processo de formação, bem como sua indispensável efetivação. Para Filho et. al. (2013, p.5):

> Em aspectos gerais, pode-se concluir que a psicopedagogia é a área que cuida de uma reelaboração do processo de aprendizagem propiciando a construção do saber e desenvolvendo ao sujeito o prazer a aprender, resgatando sua autonomia por meio de um trabalho individual especifico e de acordo com suas dificuldades.

Através deste estudo busca-se trazer questionamentos sobre como tem ocorrido esta evolução. Conforme escreve Casagrande (2014, p.109-110): "É a geração adulta que, mediante os processos educativos, conta a historia do mundo, as próprias experiências existenciais e ajusta o mundo para as novas gerações". Pretende-se também trazer subsídios teóricos de estudiosos que tem se voltado para importância da referida ciência.

A psicopedagogia é um campo de atuação em educação e saúde que se ocupa do processo de aprendizagem como um todo, considerando a pessoa, que pode ser o aluno de uma instituição ou paciente em uma clínica, a família, a escola, a sociedade e o contexto onde tal pessoa está inserida, utilizando procedimentos próprios, fundamentados em diferentes referenciais teóricos. "O objeto de estudo da psicopedagogia é a aprendizagem humana" (PORTO, 2007, p.78).

O conhecimento é estudo e construído. A partir do momento que estudamos e construímos o conhecimento evolui, prova disso é o surgimento de novas ciências, como a própria psicopedagogia. De acordo com Bossa *apud* Neves (2000, p.19):

> A Psicopedagogia estuda o ato de aprender e ensinar, levando sempre em conta as realidades interna e externa da aprendizagem, tomadas em conjunto. E, mais, procurando estudar a construção do conhecimento em toda a sua complexidade, procurando colocar em pé de igualdade os aspectos cognitivos, afetivos e sociais que lhe estão implícitos.

2 Metodologia

A metodologia utilizada no trabalho foi revisão de literatura com análise textual, sendo uma pesquisa qualitativa e diário de campo dos autores. De acordo com o que afirma Minayo (2017, p.2): "A pesquisa qualitativa trabalha com sua dimensão sociocultural que se expressa por meio de crenças, valores, opiniões, representações, usos, costumes, comportamentos e práticas". O assunto escolhido para a elaboração do artigo foi o atendimento educacional especializado possibilitando a inclusão escolar. Em que foram realizadas buscas em artigos acadêmicos e em livros que abordassem sobre o tema do artigo.

3 A aprendizagem e o atendimento educacional especializado

O proposito deste trabalho é apresentar os resultados e discussões sobre a atuação do psicopedagogo no atendimento educacional especializado de alunos com necessidades educacionais especiais em que acontece através da inclusão no ambiente escolar. Além também de abordar esses tópicos separadamente com respeito à formação do profissional de psicopedagogia, assim como o atendimento que é prestado para os alunos que tem dificuldades de aprendizagem e como acontece a sua inclusão no ambiente escolar.

Para Casagrande (2014, p.102) "O progresso moral individual e social dá-se pelo combate dos interesses individuais frente aos interesses sociais". Cada pessoa tem a sua maneira de aprender e o professor deve estar preparado para ensinar cada tipo de aluno. De acordo com Bossa *apud* Fernández (2000, p.24): "Todo sujeito tem a sua modalidade de aprendizagem, ou seja, meios, condições e limites para conhecer."

A aprendizagem, afinal, é responsável pela inserção da pessoa no mundo da cultura, quem está aprendendo interage com este mundo, utilizando-se de recursos diversos. "Mediante a aprendizagem, o indivíduo se incorpora ao mundo cultural, com uma participação ativa, ao se apropriar de conhecimentos e técnicas, construindo um universo de representações simbólicas em sua mente" (BOSSA, 2000, p.28). Para Casagrande (2014, p.119): "É no campo da interação comunicativa, do dialogo e da participação que a relação entre responsabilidade e inovação efetiva-se no mundo prático, colaborando para a construção e a reconstrução de formas democráticas de existência".

Para muitas pessoas a psicopedagogia é uma área que surgiu de estudos entre o campo da psicologia e da pedagogia. Pois a psicologia estuda o comportamento das pessoas e a pedagogia por sua vez está preocupada com a relação do ensino e da aprendizagem, ou seja, como essas pessoas aprendem e como são ensinadas. Para Rubinstein (2001, p.127):

> A psicopedagogia tem por objetivo compreender, estudar e pesquisar a aprendizagem nos aspectos relacionados com o desenvolvimento e ou problemas de aprendizagem, sendo que a psicopedagogia surgiu a partir da inquietação e insatisfação dos profissionais que tratavam das dificuldades de aprendizagem.

A autora anteriormente citada se refere à atuação do psicopedagogo no processo de ensino e aprendizagem para o desenvolvimento dos alunos com necessidades educacionais especiais.

Atualmente considera-se que a psicopedagogia possui uma definição diferente do que era apresentada em tempos passados em que se dizia que ela era a junção da psicologia com a pedagogia.

Sabe-se que esse profissional atua na área da saúde e da educação a partir de um trabalho terapêutico. Conforme afirma Filho et. al. (2013, p.5): "A atuação do psicopedagogo clínico está no campo da Saúde e da Educação, que lidam com os problemas de aprendizagem atuando em um trabalho terapêutico preventivo e reparador". Este autor afirma que a atuação do psicopedagogo junto à pessoa atendida, seja na clínica ou na instituição, deve servir para promover a prevenção ou solução do problema, mas, no entanto devemos lembrar que o aluno ou paciente deverá estar disposto a colaborar para que isto ocorra.

Convém lembrar que para a prevenção acontecer é preciso que haja uma interação entre o professor e o aluno, assim como entre os pais e filhos e também entre o psicopedagogo e o seu paciente, para assim fazer com esse processo se desenvolva. Conforme destaca Casagrande (2014, p.107-108): "Isso implica afirmar que, do ponto de vista da educação, os estímulos pedagógicos, são sentidos pelos educandos, inicialmente, via dimensão afetiva".

Desse ponto de vista Bossa *apud* Weiss (2000, p.20) afirma que: "A Psicopedagogia busca a melhoria das relações com a aprendizagem, assim como a melhor qualidade de construção da própria aprendizagem de alunos e educadores." Esta autora refere-se ao que é a situação ideal buscada pelos educadores; observa-se nas escolas como que um pedido de socorro dos professores frente às dificuldades que encontram a cada dia. Conforme afirma Casagrande (2014, p.52-53):

> O discurso pressupõe, enquanto modo de apresentar um problema e de buscar coletivamente sua solução, a capacidade de pensar, de abstrair, de generalizar, de interpretar e de encontrar coletivamente, através da interação e da discussão, a melhor hipótese para a resolução do problema dado.

Que a psicopedagogia junto aos professores, pedagogos e outros profissionais da área atinjam estes objetivos é algo muito proveitoso. De acordo com Porto (2007, p.115): "Atualmente observa-se um grande crescimento da ação do psicopedagogo nas escolas, sobretudo em uma perspectiva preventiva e institucional." Através da citação da autora podemos perceber que o psicopedagogo é o profissional que presta atendimento para os alunos com dificuldades de aprendizagem de forma preventiva.

"Entenderemos a psicopedagogia como uma área interessada em investigar a relação da criança com o conhecimento" (SOUZA, 2001, p.113). Percebemos também que tais autores concordam afirmando que o profissional de psicopedagogia também atua fazendo intervenções e mediações para que esse aluno adquira conhecimento.

Conforme afirma Porto (2007, p.109): "O psicopedagogo atua intervindo como mediador entre a pessoa e sua historia traumática, ou seja, a historia que lhe casou a dificuldade de aprendizagem". De acordo com a autora podemos perceber que um dos papeis mais importantes e que são desenvolvidos pelos psicopedagogos deve ser a de mediação.

Partindo de outro ponto de vista, Porto (2007, p.111) considera que: "A psicopedagogia deve ser direcionada não só para os descompassos da aprendizagem, mas também para uma melhoria da qualidade de ensino nas escolas". A autora em ambas as citações afirma que o aluno com dificuldades de aprendizagem somente terá uma boa qualidade de ensino a partir do momento em que a etapa do desenvolvimento em que ele se encontra for respeitada. De acordo com Porto *apud* Scoz (2007, p.113):

> A partir do momento em que respeitar a etapa de desenvolvimento na qual os alunos se encontram, e souber trabalhar esse limite, introduzindo propostas de trabalhos ricas e desafiadoras, as escolas poderão transformar os erros dos alunos em algo construtivo.

Aqui pode-se salientar a grande importância do psicopedagogo que encontra outra oportunidade de atuar, desta vez junto aos professores, levando-lhes sugestões e incentivo para realizar estas propostas ricas e desafiadoras. De acordo com Casagrande (2014, p.84): "Por isso, podemos afirmar que o ser humano é um ser em contínuo processo de formação e de aprendizagem, que não possui uma identidade estanque, mas que a configura a partir da interação e da ação cooperativa no mundo social".

A escola especial e inclusiva foi criada para receber alunos com necessidades educacionais especiais. Estas encaminham seus alunos para a escola regular, esperando que essa apresente boas propostas de inclusão escolar e que esteja apta, ou seja adaptada para receber esses alunos. Segundo Bridi (2006, p.7):

> O conceito de necessidades educacionais especiais permite que se questionem as categorias de classificação da deficiência, deslocando a ênfase do aluno com deficiência para centrar-se na resposta educativa da escola, sem desrespeitar ou negar a circunstancia vivida pelo aluno.

Para esta autora é importante levar em consideração as necessidades educacionais especiais ou as dificuldades de aprendizagem do aluno, pois cada um tem a sua maneira de aprender. De acordo com Bridi (2006, p.7): "Um dos aspectos inovadores desse conceito evidencia-se na relação estabelecida entre alunos com deficiência que apresentam dificuldades e aqueles sem deficiência, mas com dificuldade de aprendizagem". Nessa parte do trabalho percebemos que é importante saber a diferença entre pessoa com deficiência e pessoa com dificuldade de aprendizagem, pois devemos saber como incluir tais indivíduos na sociedade. A utilização do termo necessidades educacionais especiais não define o universo de alunos da educação especial, mas caracteriza as necessidades educacionais especiais por eles apresentadas. Segundo Casagrande (2014, p.103): "Para que todos os indivíduos estejam aptos a participar conscientemente de um projeto comum de sociedade, faz-se necessário uma reconstrução continua dos hábitos e da organização social".

De acordo com Bridi (2006, p.10): "O atendimento educacional especializado se apresenta como uma politica publica na implementação e organização dos serviços em educação especial". O atendimento educacional especializado tem uma grande importância para os alunos que apresentam necessidades educacionais especiais. Pois esse atendimento é prestado aos alunos que se encontram na educação especial.

Nesse caso percebemos que as pessoas são diferentes uma das outras, mas tanto as pessoas ditas "normais" quanto as ditas deficientes tem os seus direitos e merecem lutar por eles. Casagrande (2014, p.38) considera que: "O processo de adoção da atitude do outro sugere a existência de um comportamento cooperativo para com os projetos do grupo e, ao, mesmo tempo, um alinhamento de anseios, desejos e discursos desse grupo determinado".

Podemos entender que as pessoas que tem dificuldade de aprendizagem ou apresentam necessidades educativas especiais vão precisar da ajuda de profissionais que trabalham nessa área. O termo de integração significa saber como integrar tanto aluno com necessidades educativas especiais quanto com alunos que tem dificuldades de aprendizagem na escola tanto especial e inclusiva quanto na escola regular. Conforme afirma Santos *apud* UNESCO (2002, p.110):

> As mudanças na terminologia são necessárias para refletir as mudanças politicas e praticas; um exemplo especifico é a mudança de especial para inclusiva. Pois se o financiamento for separado e dado à educação para necessidades especiais, então as escolas especiais irão querer receber mais alunos.

Existem diferentes tipos de necessidades educativas especiais e cada uma tem um significado diferente. Por isso também deve haver uma mudança com relação às escolas que esses alunos frequentam; os mesmos devem passar da escola especial para a escola inclusiva. Esse autor afirma que existem vários tipos de crianças, ou seja, crianças que são extremamente agitadas e crianças que são completamente tranquilas. Por isso devemos saber como trabalhar com as diferenças.

De acordo com Bertuol (2010, p.13): "A proposta de inclusão é a de enfrentar e superar as situações de exclusão, reconhecendo os direitos da diversidade do alunado e estimulando sua plena participação social". Devemos ter em vista que conforme afirma a autora em sua citação, a inclusão é considerada única e simplesmente como uma maneira de superar a exclusão. Para Souza *apud* Vygotsky (2007, p.4):

> A socialização da criança não só ativa e exercita suas funções psicológicas, como é a fonte do surgimento de uma conduta determinada historicamente. A relação social é a fonte do desenvolvimento dessas funções, particularmente na criança deficiente mental.

Por isso devemos perceber que para aprender algo que é ensinado, nossa memoria deve estar em boas condições para sermos bons alunos, também para nos tornamos bons profissionais, cidadãos atuantes, pessoas realizadas. Nesse caso é muito importante haver uma elaboração de politicas públicas para que as escolas de ensino regular venham a estar preparadas para receber os alunos tanto com necessidades educativas especiais quantos com dificuldades de aprendizagem. Segundo Bertuol (2010, p.18):

> O conceito de inclusão reflete, também, uma nova abordagem na elaboração das políticas públicas que reforçam a concepção de transversalidade da Educação Especial nos programas educacionais reforçando ainda, as relações dessa modalidade de educação com as demais áreas, assegurando assim, a acessibilidade dos alunos e a oportunidade de satisfação de suas necessidades educacionais especiais nos sistemas de ensino.

O papel do psicopedagogo no ambiente escolar é de auxiliar os professores na questão da educação de seus alunos que possuem dificuldades de aprendizagem. "Com essa atitude o psicopedagogo auxiliará o sujeito a reelaborar sua historia de vida, reconstruindo fatos que estavam fragmentados, e a retomar o percurso normal de sua aprendizagem" (PORTO, 2007, p.109).

Porém outros autores consideram importante que antes de realizar o atendimento educacional especializado com seu paciente o psicopedagogo faça uma análise dos materiais e atividades que possa utilizar afim de que o paciente seja bem atendido. De acordo com Souza (2007, p.125): "Cabe ao psicopedagogo pesquisar novos recursos que possa utilizar em sua prática, para melhorar a mesma e para proporcionar aos alunos ou pacientes um atendimento mais eficaz".

Assim com os professores podem ensinar de uma maneira o seu conteúdo para os alunos que tem necessidades educacionais especiais, esses irão aprender o que é passado cada um à sua maneira. "Nessa relação, todos ensinam e todos aprendem a partir de suas possibilidades individuais, de seus conhecimentos e, também, de sua dimensão afetiva." (PORTO, 2007, p.117).

O ponto principal do atendimento educacional especializado que busca atender alunos com necessidades educacionais especiais é chamado de inclusão. Para Souza (2008, p.61): "A inclusão

escolar, vista um processo social e dinâmico, constitui-se um permanente desafio na vida de todas essas pessoas, uma vez que permeia sua existência como sujeitos do mundo e de suas histórias".

Assim como no período escolar, quando as pessoas portadoras de necessidades educacionais especiais estão em uma escola, frequentando o atendimento educacional especializado e aprendendo o que é ensinado pelos professores, também devem ter esses direitos garantidos quando ingressarem no ensino superior. Conforme afirma Pires (2015, p.71):

> Ao chegarem a este novo patamar educativo, os estudantes ficam na expectativa de que lhes sejam reconhecidas as suas necessidades individuais e as suas capacidades e, consequentemente, garantidas as condições que proporcionem as mesmas oportunidades educativas.

Outra autora aponta que existem dificuldades apresentadas pelas crianças, mas que as mesma são encontradas na vivência dos pais com filhos portadores de necessidades educacionais especiais. Segundo afirma a autora Kortmann (2006, p.229): "O fato de uma criança ser especial torna usualmente necessário que os pais tomem mais decisões do que seria o caso com uma criança normal e, em muitos casos, é difícil de decidir o que será melhor para a criança".

Segundo Casagrande (2014, p.116): "O ser humano realiza-se na medida de sua participação comum e de sua cooperação no todo social". Os colaboradores partidários que elaboraram o estatuto da criança e do adolescente afirmam que tanto os alunos que são especiais quanto os que são normais têm direito à vida e à saúde. Para o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990, p.3) no artigo 7 consta que: "A criança e o adolescente tem direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de politicas sociais publicas, que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".

Porém percebemos que outros autores também consideram que a inclusão acontece através da interação. Do ponto de vista de Casagrande (2014, p.84): "A vida humana tem sua origem na interação e na participação ativa dos diversos sujeitos em projetos comuns".

Os alunos com necessidades educacionais que frequentam as escolas possuidoras de atendimento educacional especializado estão sujeitos a frequentar a sala de recursos multifuncional. Segundo Porto (2013, p.3437):

> As salas de recursos multifuncionais cumprem o papel da organização de espaços na escola comum, com equipamentos, recursos de acessibilidade e materiais pedagógicos, que auxiliem na promoção da escolarização dos alunos publico alvo da educação especial, eliminando barreiras que impedem a sua plena participação, com autonomia e independência, no ambiente educacional e social.

Para outros autores a educação especial prestada para esses alunos surgiu através desse atendimento. Do ponto de vista de Miranda (2002, p.3): "Assim, a Educação Especial se caracterizou por ações isoladas e o atendimento se referiu mais às deficiências visuais, auditivas e, em menor quantidade, às deficiências físicas".

Os alunos com necessidades educacionais especiais que são levados para a sala de recurso multifuncional recebem o atendimento considerado para os autores como educacional especializado. Segundo Casagrande (2014, p.108): "A escolha e a variedade de estímulos pedagógicos é central para despertar a atenção e motivar a aprendizagem". Observa-se que o aluno tem interesse em aprender com os materiais que se encontram na sala onde o atendimento é realizado. Constata-se que os alunos com dificuldades realmente precisam desse atendimento diferenciado, pois o atendimento acontecendo de forma individualizada favorece a aprendizagem do aluno.

Para atender estas demandas encontramos suporte nas diretrizes da Educação Especial na Educação Básica e Profissional para a Rede Estadual de Ensino (2011, p.16) que informam: "O atendimento educacional especializado deverá ser oferecido pelos sistemas públicos de ensino, por meio da ação de professor especializado na área especifica de atendimento, no turno inverso à escolarização, em sala de recursos".

Assim como percebemos que os alunos com necessidades educacionais especiais frequentam a escola de educação especial também deve ser assegurados para eles por o acesso a educação inclusiva. Os materiais que se encontram nessa sala devem estar em fácil acesso para esses alunos. Estes materiais também devem ser adaptados para que esses alunos tenham facilidade em sua utilização. A sala que esses alunos frequentam também deve estar adaptada e permitir o acesso de forma adequada a quem dela faz uso.

De acordo com a Secretaria de Educação de Venda Nova do Imigrante (2016, p.6): "A Educação Inclusiva é um direito assegurado pela Constituição Federal para todos os alunos, e, fazer com que esse direito seja cumprido é função das redes de ensino". Quando essas pessoas se deparam com as dificuldades podemos perceber que elas denominam as mesmas como barreiras que podem ser derrubadas. Para Roth (2006, p.104):

> As barreiras atitudinais foram as que mais sofreram desmoronamentos; aos poucos vão sendo derrubadas pela força do amor, da compreensão, da tomada de consciência, do valor e dos limites que é peculiar de cada ser, independente de ser ou não deficiente.

No entanto a inclusão escolar abrange todas as pessoas que tem necessidades educacionais especiais que frequentam o atendimento educacional especializado. Segundo Ceron (2012, p.11): "A inclusão escolar é uma proposta que representa valores importantes condizentes com a igualdade de direitos e de oportunidades educacionais para todos".

Na educação especial, ainda mais acentuadamente, sabemos o quanto é importante a interação e a afetividade por parte de quem trata com as pessoas que apresentam necessidades educacionais especiais. De acordo com Casagrande (2014, p.110) "É necessário considerar as dimensões estética e interativa da educação, uma vez que os conceitos não são produtos oriundos unicamente de um processo intelectual, mas propõem a interação e a ação do afeto e da sensibilidade".

Para que a criança frequente uma escola de ensino regular é preciso que os colegas que venham a frequentar a mesma sala de aula estejam preparados principalmente para ter uma boa relação com ela através da comunicação. De acordo com Souza (2008, p.74) "Na sala de aula, como em qualquer contexto relacional, a comunicação é um fator determinante para a inclusão do sujeito. Uma inclusão efetiva depende, então, da participação de cada um e das interações com o grupo".

Casagrande (2014, p.27) escreve sobre a importância do desenvolvimento do ser individual, de todas as pessoas, com as suas condições sendo precondição para a evolução da espécie humana. Este autor também escreve sobre o quanto precisamos considerar todas as pessoas e procurar inseri-las na sociedade, pois "quanto mais implicado na sociedade, mais se sociabiliza, mais se individualiza" (2014, p.116). Desse modo acontece a socialização dos indivíduos e promove-se a inclusão e o respeito a todas as pessoas.

4 Considerações finais

Como podemos perceber no decorrer desse trabalho apresentamos a importância do profissional de psicopedagogia no atendimento educacional especializado. O psicopedagogo que atua atendendo alunos com necessidades educacionais especiais deve estar preparado não somente para ajudá-lo na escola, mas também para prepara-lo para a vida.

Nesse artigo percebemos que é muito importante a atuação desse profissional para ajudar as pessoas que têm dificuldades. Pois através de sua ajuda no atendimento educacional especializado o aluno com necessidades educacionais especiais, frequentando a escola terá capacidade de ter uma aprendizagem melhor.

O profissional que atua no atendimento educacional especializado deve mostrar ao seu aluno que embora não aprenda da maneira com os professores estão lhe ensinando, tem a sua maneira própria de aprender o que é ensinando nas salas regulares de ensino, mas isso se dá de outra forma.

Através desse artigo percebemos que esse atendimento não surgiu única e simplesmente para que o aluno aprendesse, mas para que também fosse incluído no ambiente escolar. Esse atendimento é fornecido nas escolas sendo realizado pelo profissional de psicopedagogia, com intuito de promover a inclusão de alunos com necessidades educacionais especiais na escola. Mas essa inclusão quando promovida na escola deve também ser colocada em prática fora dela. para que quando curse outro nível de ensino essa pessoa esteja capacitada para frequentar o mercado de trabalho.

O tema que é tratado nesse artigo aborda como assunto principal a temática do atendimento educacional especializado que por sua vez possibilita a inclusão escolar. Mas nesse caso percebemos que muito ainda pode ser desenvolvido sobre o tema, como por exemplo, que ainda há necessidade de mais profissionais capacitados para atuar nesse atendimento com alunos que possuem necessidades educacionais especiais para que aconteça a inclusão.

Enfim, percebemos que a inclusão desse aluno no ambiente escolar possibilitará que o mesmo tenha acesso à educação. Por isso como profissionais de psicopedagogia que atuam nesse meio devemos perceber que esse acesso à boa educação fará esse aluno aprender o que é ensinado pelos professores na escola.

Referências

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional n.9394/96. Brasília: MEC, 1996.

BERTUOL, Claci de Lima. *Sala de Recursos e Salas de Recursos Multifuncionais: Apoios especializados à inclusão escolar de alunos com deficiência/necessidades educacionais especiais no município de Cascavel-PR*. Cascavel, 2010, 58 p. Monografia, Programa de Pós-Graduação "Lato Sensu" da UNIOESTE - Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

BRIDI, Fabiane Romano de Souza. *Um breve olhar sobre o inicio e a historia da educação especial*. Santa Maria, 2006. Disponível em: https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/viewFile/766/668 Acesso: 20/5/17.

BOSSA, Nádia A. *A Psicopedagogia no Brasil: Contribuições a partir da prática*. 2. Ed., Porto Alegre: Artmed, 2000.

CASAGRANDE, Cledes Antônio. *G. H. Mead e a Educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

CERON, Katia Regina. *O papel da sala de recursos multifuncional no auxilio a alunos com necessidades educacionais especiais inseridos no ensino fundamental*. Medianeira, 2012. 41p; Monografia: Diretoria de Pesquisa e Pós-Graduação Especialização em Educação: Métodos e Técnicas de Ensino. Universidade tecnológica federal do Paraná.

Espirito Santo: DIRETRIZES DA EDUCAÇAO ESPECIAL NA EDUCAÇAO BASICA E PROFISSIONAL PARA A REDE ESTADUAL DE ENSINO. *Educação Especial: inclusão e respeito à diferença*. Vitória, 2011.

FILHO, Carlos Alberto P. et.al. *Diagnóstico Psicopedagógico Clínico:* Hiperatividade e redução de idade cognitiva – um Estudo de Caso de J.V.C da Silva. Goiânia-Goiás, 2013.

KORTMANN, Gilca Maria Lucena. *A inclusão da criança especial começa na família*. Educação Especial: em direção à Educação Inclusiva. Organizadores: Claus Dieter Stobaüs e Juan José Mouriño Mosquera. 3 ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

MINAYO, Maria Cecilia de Souza. Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias. *Revista Pesquisa Qualitativa*. São Paulo, v. 5, n. 7, p. 01-12, abril. 2017.

MIRANDA, Arlete Aparecida Bertoldo. *História, deficiência e educação especial*. Uberlândia, 2002. Disponível em: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/revis/revis15/art1_15.pdf Acesso em: 29/5/2017.

SECRATARIA DE EDUCAÇAO DA VENDA NOVA DO IMIGRANTE. *Atendimento Educacional Especializado (AEE): garantias e orientações legais*. Venda Nova do Imigrante (ES), 2016: Prefeitura Municipal.

PIRES, Lília Aguardenteiro. *Estudantes com Necessidades Educativas Especiais de Ensino Superior: respostas institucionais*. Faculdade de Letras: Universidade de Lisboa; Lisboa, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/303834084_Como_aprendem_os_estudantes_do_ensino_superior_contributos_da_investigação_nacional_e_internacional?enrichId=rgreq274bff310e8df5e53423a5b0f86c3d39-XXX&enrichSource=Y292ZXJQYWdlOzMwMzgzNDA4NDtBUzozNzAzMzQwODA0ODc0MzFAMTQ2NTMwNTzkMzk0MQ%3D%3D&el=1_x_2&_esc=publicationCoverPdf Acesso em: 30/5/2017.

PORTO, Olívia. *Bases da psicopedagogia: Diagnóstico e intervenção nos problemas de aprendizagem*.3 ed., Rio de Janeiro: Wak, 2007.

PORTO, Patrícia Padilha et al. *A sala de recursos multifuncional na visão dos gestores municipais*. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO MULTIDISCIPLINAR DE EDUCAÇÃO ESPECIAL e ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQISADORES EM EDUCAÇÃO ESPECIAL; Terceiro Congresso e Oitavo Encontro, de 5 a 7 de novembro 2013: Londrina. *A sala*

de recursos multifuncional na visão dos gestores municipais. Londrina, 2013: p.3436-3447. Disponível em: http://www.uel.br/eventos/congressomultidisciplinar/pages/arquivos/anais/2013/AT14-2013/AT14-021.pdf Acesso em: 31/5/2017.

RIO GRANDE DO SUL: *ECA-Estatuto da Criança e do Adolescente*; 1990. Porto Alegre.

ROSA, Rejane Souza da. A inclusão escolar de alunos com necessidades educativas especiais em escola de ensino regular. *Contemporânea - Psicanálise e Transdisciplinaridade* Porto Alegre, n.6, Abr/Ma/Jun 2008, p. 214-221. Disponível em: http://www.revistacontemporanea.org.br/site/wp-content/artigos/artigo197.pdf Acesso em: 29/5/2017.

ROTH, Berenice Weissheimer. *Experiências educacionais inclusivas: Programa Educação Inclusiva: direito à diversidade*. Brasília: Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial, 2006.

SANTOS, Mônica Pereira dos. Educação inclusiva – Redefinindo a educação especial. *Ponto de Vista*, Florianópolis, n. ¾, p. 103-118, 2002. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/pontodevista/article/view/1402/1499 Acesso em: 29/5/2017.

SOUZA, Aline de Jesus. et al. *A inclusão de crianças portadoras de necessidades especiais*. Salvador/Bahia, 2007. Disponível em: www.cairu.br/revista/arquivos/artigos/INCLUSAO CRIANÇAS PORTADORAS NECESSIDADES ESPECIAIS.pdf Acesso em:24/11/2013.

SOUZA, Olga Solange Herval. *A (Con) vivência no Mundo da Sala de Aula: percepções e sentimentos de alunos com Deficiência Visual*. Itinerários da Inclusão Escolar: múltiplos olhares, saberes e práticas. Organizadora: Olga Solange Herval Souza, Canoas; Editora Ulbra: Porto Alegre, AGE; 2008.

PERFIL DO GESTOR EDUCACIONAL DO SÉCULO XXI

Ana Marli Hoernig, Mestre em Ensino de Ciências e Matemática pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); E-mail: anamarlih7@gmail.com.

Paulo Fossatti, Doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Pós-Doutor em Ciências da Educação pela Universidade do Algarve. Professor do PPG em Educação e reitor da Universidade La Salle de Canoas, RS; E-mail: paulo.fossatti@unilasalle.edu.br.

Resumo:

O foco do presente artigo direciona-se para o perfil do gestor de instituições educacionais do século XXI e as demandas a atender em sua atuação. Temos por objetivo identificar as principais competências gestoras na educação da atualidade, que acreditamos influenciar a gestão educacional de maneira intensa e positiva. A metodologia comporta pesquisa qualitativa, acolhe revisão de literatura e diário de campo dos pesquisadores. A partir do levantamento realizado na literatura consultada, constrói-se o referencial teórico que embasa este trabalho. Os resultados apontam para competências gestoras de ordem técnica, como a formação acadêmica, e de ordem de humanização, a exemplo da habilidade para liderar pessoas. Conclui-se que as referidas competências apresentadas ao longo do texto são indispensáveis para compor o perfil do gestor educacional do século XXI e devem ser cultivadas num processo de formação continuada ao longo da vida.

Palavras-chave: gestor educacional. perfil do gestor. competências.

1 Introdução

No palco da sociedade atual, encontra-se a educação, chamada a salvar esta sociedade que facilmente se conduz por descaminhos diversos. Em todos os níveis educacionais, a educação é convocada a dar diretrizes e apontar caminhos e soluções para tantos desencontros. Encontramos em Almeida e Pereira (2016, p.197) como a escola se relaciona com esta situação: "As contradições vivenciadas no contexto educacional brasileiro é o pano de fundo que determina os avanços e retrocessos no fazer cotidiano educacional".

Enquanto a educação acontece, seguramente vivenciando crises, enfrenta e supera impasses e reveses, para os autores acima referidos:

> A escola acabou perdendo sua base de cientificidade, de solidez fundamentada teoricamente e capaz de emancipar os sujeitos como interlocutores de um processo social efetivo para as necessárias e urgentes mudanças sociais (2016, p.197).

A literatura nos conduz a diferentes contextos, a outros lugares, a instituições de todos os níveis de ensino inseridas nas mais diversas comunidades. Em todas essas situações iremos encontrar uma tendência ao que poderíamos chamar de uma atualização em educação, no que se refere à gestão educacional, e um apelo para que aconteça:

> Nuevas formas de gobernanza, fijación de prioridades y metas, autoevaluación e función de indicadores de desempeño, foco en la eficiencia interna y externa, atención hacia las demandas y expectativas de partes interesadas ajenas a la comunidad universitaria, ganancias de productividad académica, generación de excedentes, contribución al desarrollo regional y local y internacionalización (BRUNNER, 2011, p.149).

A educação se desenrola em uma sociedade capitalista e globalizada com pressões e demandas nas instituições que chegam a todos os setores, administrativos e pedagógicos, pois essas instituições retratam a sociedade em que estamos inseridos. Nas universidades, segundo Bottoni, Sardano e Costa Filho (2013, p.35), os profissionais "atuam em ambientes dinâmicos, instáveis e turbulentos, lidam com suas próprias ambiguidades, com as incertezas e a rápida obsolescência dos serviços educacionais".

Em meio a essa turbulência a educação segue seu andar e o prazo de validade dos serviços educacionais se renova sempre, conforme afirma Chalita (2004, p.56): "Prepara-se a vida toda e atua-se durante a vida toda também".

Em se tratando de educação, não poderia ser de outra forma, seja qual for a questão; diferentes percepções, diferentes argumentos. Para Pinheiro (2011, p.37) as mudanças estão acontecendo continuamente nas instituições, entretanto "muitas das ações ainda são incipientes, caracterizando bem mais a exploração de alternativas do que a definição de estruturas sólidas".

Em tempos de globalização da economia e da comunicação, em um contexto de sociedade da informação, de sociedade do conhecimento, estão inseridas as instituições educacionais de todos os níveis e a escola, num contínuo atuar, "onde encontra cada vez mais desafios a serem superados, onde há necessidade de uma reconstrução do conhecimento, assim como uma postura renovada do gestor escolar" (GONÇALVES, 2015, p.22).

Neste panorama onde se alternam demandas, questionamentos, alternativas, mudanças e respostas em todos os níveis de ensino, segundo Machado (2000, p.100) acontece um movimento mundial na educação e por "autonomia das escolas surge no contexto das mudanças impostas às organizações pelo novo modelo produtivo e tecnológico contemporâneos, gerando consequências nas abordagens e padrões de gestão".

Constata-se que essas necessidades de mudanças nas instituições não são recentes. Essa mesma autora menciona que deve haver na organização escolar estruturas flexíveis e horizontalizadas, capacidade de inovação, de resolução de problemas, bem como métodos de aprendizagem em equipe (MACHADO, 2000, p. 100).

Considerando a efervescência, ambiguidades e a complexidade da educação, encontramos Lück (2013, p.23), que afirma: "Os problemas educacionais são complexos, em vista do que demandam visão global e abrangente, assim como ação articulada, dinâmica e participativa". Lück escreve sobre a dinamicidade do processo educacional, com desafios e dificuldades "demandando ação compreensiva, perspicaz e criativa, pelo empenho de pessoas organizadas em torno de um projeto conjunto" (p.25).

Em nossa reflexão, seguimos os autores que reconhecem a existência de problemas e vão delineando algumas alternativas, ações e estratégias desenvolvidas por pessoas em diferentes

contextos. De acordo com as demandas apresentadas, Bottoni, Sardano e Costa Filho (2013, p.35) afirmam: “Em um contexto mais competitivo, torna-se crítico o desenvolvimento de estratégias que permitam o uso das capacidades de adaptação e de sobrevivência e que ao mesmo tempo visem o crescimento da instituição”.

Consoante Lucchesi (2012, p.39), os profissionais da educação enfrentam um grande desafio que “é a competência técnica e política para equacionar as manifestações de poder no interior da escola, elaborando propostas educacionais que levem em conta essa realidade”. De acordo com a autora, esse alinhamento entre as duas competências denota a condição de equilíbrio que deve ter o gestor. É preciso que ele “tenha em mente a importância vital da formação histórica do sujeito social competente e competitivo no domínio do conhecimento e na esfera da política como construção da cidadania” (2012, p.39).

A educação, nas instituições de ensino, terá necessidade de resolver os problemas atuais da sociedade e prevenir os futuros. Tamanha a influência da educação na sociedade para Marcelo (2013, p.26,27), que esse autor afirma:

> Un pilar fundamental para el éxito o el fracaso de una persona, de una región o de un país de la sociedad del conocimiento reside en la educación. Si avanzamos hacia una sociedad de la información y el conocimiento, son las instituciones educativas las que, deberían actuar como faros, como modelos en el proceso de educar a los nuevos ciudadanos y de reeducar o desarrollar a las personas a lo largo de toda la vida. La institución escolar así como la universidad se han convertido en punto de mira, para lo bueno y para lo malo, de una sociedad que espera que sus sistemas educativos contribuyan a promover ciudadanos educados para el siglo.

Trazemos à discussão as específicas demandas relacionadas aos gestores das instituições. Para Guimarães (2013, p.45) “Não é imperceptível ao mundo acadêmico que o despreparo de alguns dirigentes contribui para a anomalia gerencial e a retórica operacional”. Para esse autor:

> As instituições precisam aprender a desaprender, pois é desaprendendo que se é permitido revelar-se e, nesta linha, é possível que a especialidade do dirigente, diversa daquela normalmente requerida para o papel de gestor de unidade, facilite esta revelação, não como forma de trazer à tona eventuais dilemas, mas como um exemplo promissor de inovação gerencial, estruturada e concebida na condição de alguém que detém a visão sistêmica e holística de um mundo cada vez mais imprevisível.

Para que a educação se torne uma realidade solicita-se ao gestor que se mobilize no sentido de por em ação sua experiência e formação teórica, desta forma irá visualizar o projeto educativo de forma ampla, conseguindo assim “perceber seu rumo e sustentá-lo, mantendo-se fiel ao essencial da tarefa educativa: garantir na escola a formação dos alunos e apoiar os professores na sua função de ensinar e formar” (LUCCHESI, 2012, p.29).

Muitos olhares sobre as demandas educacionais, mas que concordam com inovações marcadas “por uma forte tendência à adoção de práticas interativas, participativas e democráticas, caracterizadas por movimentos dinâmicos e globais” (LÜCK, 2013, p.30). Entre os muitos atores educacionais, poderão ser os gestores educacionais grandes protagonistas nas mudanças de paradigmas?

Diante desse cenário o foco deste artigo concentra-se sobre o perfil do gestor de instituições educacionais do século XXI, tendo em vista a acentuada abrangência entre as competências do século XXI e a gestão educacional (Sá, 2015, p.36) e ainda, constata-se pela observação no cotidiano

acadêmico a evolução de tais competências no perfil de algumas pessoas, o que evidencia que podem ser desenvolvidas naqueles que se determinam a buscá-las.

Temos por objetivo identificar algumas competências gestoras na educação da atualidade, considerando que pessoas detentoras de um perfil rico em competências dispõem de condições para atender satisfatoriamente as muitas demandas que se apresentam a um gestor e poderão desenvolver a gestão educacional em um nível de excelência.

2 Metodologia

Considerando os objetivos propostos, a metodologia comporta pesquisa qualitativa, acolhe revisão de literatura, e diário de campo dos pesquisadores. Para Flick (2009, p.25) "a pesquisa qualitativa é de particular relevância ao estudo das relações sociais devido à pluralização das esferas da vida que exige uma nova sensibilidade para o estudo empírico das questões". Para este autor a pesquisa qualitativa considera "a comunicação do pesquisador em campo como parte explícita de produção de conhecimento" (2009, p.25).

A partir do levantamento da literatura pertinente ao tema procede-se a uma análise descritiva e análise crítica das informações obtidas. Optou-se pela análise das tendências discursivas evidenciadas na literatura revisada, com as devidas contribuições do diário de campo, construindo assim o referencial teórico que embasa o presente trabalho.

3 Competências do gestor educacional

Ante a multiplicidade de demandas da educação e a necessidade de rever e mudar paradigmas passaremos a nos debruçar sobre o papel do gestor educacional, dada não apenas a relevância de sua atuação mas, principalmente, pela influência que exerce sobre os demais atores educacionais.

O momento educacional em que está inserida a sociedade apresenta muitas solicitações aos gestores educacionais. Para responder a tais solicitações, é lugar-comum na comunidade acadêmica a necessidade de o gestor ter um perfil com competências adequadas de modo a atender tais demandas. Mas quais seriam estas competências tão exigidas do líder educacional?

Segundo Hengemühle (2014, p.23), "Competência é a capacidade de realizar bem uma determinada tarefa, resolver um problema complexo e sempre novo, é o sujeito criativo e reflexivo diante dos problemas novos que, hoje, aparecem constantemente". Este autor nos traz a ideia de que ao líder se requer que seja capaz de realizar uma tarefa e, além disso, precisa fazê-la bem feita. Fica claro que existe uma diferença quanto à significação da palavra competência.

Para elucidar um pouco mais a questão, segundo nosso entendimento e conforme se salienta na literatura, distinguiremos aqui nesse texto, as competências em duas categorias, quais sejam: competências técnicas e competências de humanização.

4 Competências Técnicas

Passaremos a uma abordagem, na qual procuraremos evidenciar as competências técnicas que são referentes aos atos administrativos e organizacionais, aos aspectos cognitivos do perfil do líder educacional.

Sobre o gestor educacional pesa grande responsabilidade. Para Lück (2013, p.25) "a gestão educacional corresponde à área de atuação responsável por estabelecer o direcionamento e a mobilização capazes de sustentar e dinamizar o modo de ser e de fazer dos sistemas de ensino". Por conseguinte, pode-se afirmar que "Diante das mudanças sociais ocorridas, há a necessidade de atualização constante dos gestores escolares, com vistas a atender as demandas de cada época, exigindo novo foco no trabalho desenvolvido" (ALMEIDA e PEREIRA, 2016, p.203).

Para Guimarães (2013, p.36) é determinante para o êxito da gestão "a experiência adquirida através do aprendizado desenvolvido em áreas distintas" bem como "o poder político, a capacidade gerencial, a cultura organizacional vigente, o conjunto de competências individuais".

A atualização do gestor educacional se dá pela formação continuada que pode ser efetivada de maneira bastante diversificada, havendo incontáveis possibilidades para tal. Contudo as experiências vivenciadas a cada dia, a cada contato com os diferentes atores educacionais, colocando a gestão em ação, é que irão permitir desenvolver as competências necessárias para uma gestão eficiente.

Sobre as muitas demandas, sobre as muitas nuances do papel do gestor educacional, encontram-se muitos olhares. O gestor educacional passa a ir formando um novo perfil na contemporaneidade. Para compor este perfil Fleck e Pereira (2011, p.186) ressaltam que nas instituições tem havido uma busca maior por "profissionalização de seus cargos gerenciais a partir da necessidade do gestor na área educacional de conciliar a gestão administrativa, pedagógica, acadêmica e científica".

Procurando delinear o perfil do gestor, também encontramos Guimarães (2013, p.45), o qual considera que "Ao gestor cabe reunir um elevado número de qualidades e virtudes que o coloque em situação favorável, haja vista que a prontidão para as decisões de caráter administrativo-financeiro é ininterrupta". Afirma também que "neste contexto, estão também no âmbito da discussão o sentimento de dedicação, o comprometimento, a humildade e o incontido desejo de melhor conduzir as ações no âmbito da instituição" (2013, p.45). Assim sendo, podemos perceber o quão complexa é a tarefa de gerir pessoas.

Sá (2014) acredita que a gestão de pessoas precisa acontecer de forma democrática e participativa. Segundo esta autora, os gestores em educação enfrentam uma diversidade de desafios, quais seriam "a necessidade de planejamento para a execução de recursos; a tomada de decisão com base nos resultados de avaliações externas; o comprometimento com o rumo a ser tomado pela instituição" (p.42). As ações do gestor, portanto, transcendem a própria instituição, porquanto é necessário prestar contas também a instâncias superiores, como é o caso dos resultados nas avaliações externas. Além disso, a gestão dos recursos demanda tomada de decisões que dizem respeito não somente ao presente, mas ao futuro, posto que nele se refletem.

Desta maneira, Mariucci (2014) refere que a gestão escolar guarda especificidades que não permitem considerar a administração escolar como uma parte da administração em geral. Entretanto, atos administrativos permeiam a rotina do gestor e esse certamente será um administrador, ainda que tenha um profissional com formação específica para auxiliá-lo. Quanto às especificidades da gestão

escolar, são inumeráveis, pois envolve interação com pessoas. Para atender as demandas da atualidade, ao gestor do século XXI recomenda-se apresentar muitas competências, quais sejam:

> Devem estar aptos a participar da gestão das instituições contribuindo para elaboração, implantação, coordenação, acompanhamento e avaliação do projeto pedagógico; desenvolver investigações sobre processos educativos e gestoriais, em diferentes situações institucionais (SHIROMA, 2011, p.6).

Bottoni, Sardano e Costa Filho (2013) mencionam os grupos de interesse existentes dentro das instituições e nesse caso, os diferentes grupos demandam um gestor que harmonize os diferentes grupos existentes. Considerando tantos interesses e a autonomia que se requer dos diferentes profissionais não se pode conceber que a gestão educacional fique engessada, pois, para Silveira et al. (2013, p.7) tampouco "se consegue uma única regra que possa ser validada e tomada como verdade por todas as instituições".

A competência técnica pode ser adquirida em cursos, leituras e poderá ser validada com diplomas. Para Abdian, Hojas e Oliveira (2012, p.7) a competência interpessoal precisa de treinamento, pois "é a habilidade de lidar eficazmente com as relações interpessoais, de lidar com as outras pessoas de forma adequada às necessidades de cada uma e às exigências da situação". Sobre competências exigidas ao líder educacional também tratam Bottoni, Sardano e Costa Filho (2013, p.35), face às muitas necessidades, faz-se necessário buscar "novas formas de gestão, com estruturas mais flexíveis, processos decisórios mais ágeis, liderança efetiva e processos gerenciais mais eficientes e eficazes, compatíveis com a ambiguidade e imprevisibilidade".

Para Mariucci (2014, p.32) os líderes educacionais necessitarão "exercer uma liderança capaz de manter a qualidade tanto em nível acadêmico quanto, e, sobretudo, em nível humano de realização" lidando com conflitos que surgirem e procurando manter a integridade e valores da instituição. As competências técnicas são sustentadas pelas competências humanas e essas aparecem nas questões pedagógicas, nas relações intrapessoais e interpessoais. Passaremos a uma abordagem que contempla as competências humanas, que ficam evidentes nas tratativas pedagógicas e nas relações intrapessoais e interpessoais, as quais se fazem necessário salientar no perfil do gestor educacional.

O momento educacional atual pede muitas e novas competências ao gestor "além de atividades burocráticas, seu trabalho envolve, principalmente, atividades pedagógicas que demandam algumas habilidades, como autonomia, articulação, flexibilidade, respeito à diversidade, diálogo e dinamismo" (FERNANDES, 2016, p.144).

Neste breve olhar sobre as competências técnicas, temos a clareza da importância das mesmas na formação do gestor. Estamos na era do conhecimento, acessível a todos, logo, ao gestor educacional é imprescindível uma excelente formação acadêmica, necessitando ser conhecedor dos assuntos da atualidade e buscando ser, também, um referencial para incentivar seus liderados e as demais pessoas da comunidade educativa. Para Müller e Fossatti (2015, p147) "gestor educacional, muito mais que administrador, é aquele profissional que reconhece e valoriza as qualidades objetivas e subjetivas das pessoas". Segundo estes autores, o gestor garante condições para que a escola seja um lugar de criação do conhecimento e do desenvolvimento humano (p. 147).

Ainda que esta abordagem sobre competências técnicas seja sucinta, fica evidente sua indissociabilidade das competências humanísticas. Um líder educacional pode ter um currículo de excelência, mas esse passará a ser proveitoso e útil quando se der o desenvolvimento das competências de humanização que envolvem as relações interpessoais.

5 Competências de Humanização

Entre os diferentes teóricos estudados que tratam do tema em estudo, encontra-se unanimidade quanto à imperiosa necessidade de excelente formação acadêmica para o gestor educacional. Entretanto, seguramente não basta um currículo consistente. Cardoso, Souza e Fossatti (2015, p.8) observam que "o movimento da sociedade contemporânea manifesta a necessidade de formação humana". Inserido neste bojo, a mesma concordância também é encontrada no que se refere a habilidades e atitudes. Para Farias (2014, p.125) "um líder deve trazer consigo habilidades e características pessoais que o destaque, em meio a outros, como gestor de pessoas".

Chalita (2004, p.230) escreve que "O grande pilar da educação é a habilidade emocional. Não é possível desenvolver a habilidade cognitiva e a social sem que a emoção seja trabalhada" e, segundo Farias (2014, p.43), "Sentir-se bem consigo mesmo e estar emocionalmente equilibrado é condição básica para liderar pessoas". Sobre o equilíbrio nas relações interpessoais também falam outros autores, como Luchesi (2012, p.34), ao escrever que "O diretor deve ter o perfil de mediador, o que exige equilíbrio profissional, para lidar com as tensões" que surgem na comunidade educativa.

Em todas as instituições de ensino, a interação entre pessoas é constante. O líder educacional interage com toda a comunidade educativa, e essa é a grande especificidade da atuação do gestor -- a dinamicidade das relações – da qual pode surgir o imprevisível que requer encontrar um gestor equilibrado para que o grupo também mantenha sua estabilidade e equilíbrio. Essa interação é ressaltada por Silva (2015, p.88) quando refere que "a relação dialógica permite uma maior transparência nas relações assim como uma abertura para que os problemas sejam explicitados e, possivelmente, concluídos em sua totalidade ou parcialmente".

Tanto na literatura como na experiência educativa nas instituições, constata-se que o gestor educacional da atualidade ultrapassou um paradigma, ele não é mais aquele que detém o poder só para si, não é detentor de verdades absolutas, mas lidera com o grupo. Para Gonçalves (2015, p.102) "O gestor deve ter a responsabilidade de liderar, reunir esforços, motivar sua equipe para que todos encontrem no ambiente de trabalho a motivação necessária para a prática cotidiana". Com um atuar que harmoniza e agrega os integrantes da comunidade educativa também concordam Moreira e Souza (2015, p. 207) ao afirmarem que "dentre as inúmeras atribuições e especificidades do trabalho do gestor educacional, verificamos que ele é o mediador do vínculo entre os profissionais que trabalham na escola, pais, alunos e comunidade em geral".

No momento educacional atual, o gestor é um empreendedor que tem "habilidade para trabalhar em equipe, tem persistência, sabe planejar com visão longa de futuro e coragem de correr riscos, demonstra atitude de respeito humano e é autônomo" (HENGEMÜHLE, 2014, p.28). Para Marins, Martins e Pasqual (2016, p.202) "A construção de equipes autônomas, autogeridas, empoderadas e excelentes requer a presença de um novo executivo: aquele que em vez de gerenciar as pessoas, gerencia com as pessoas".

Nas instituições de ensino, um líder irá gerenciar pessoas que possuem interesses diversos. O líder educacional certamente irá se deparar com imprevistos, novos desafios, demandas urgentes a serem atendidas. Para superar essas situações e tantas outras adversidades que se lhe apresentar, o gestor deverá ter uma reação positiva, de superação. Souza (2010, p.161), entende que "Essa capacidade do ser humano em persistir por meio de adaptações constantes através da resistência e perseverança face às dificuldades ou obstáculos que encontra é, então entendida como resiliência".

A autora considera essa invulnerabilidade como "a capacidade de responder de forma mais consistente aos problemas, dificuldades com que os sujeitos se deparam frente aos diferentes contextos" (SOUZA, 2010. p.163). Compartilha com essa ideia, Farias (2014, p.69), ao afirmar que gestores resilientes "têm mais resistência para administrar o estresse sem repassá-lo a seus colaboradores e conseguem articular saídas alternativas em vez de serem absorvidos pelo clima de tensão".

Farias (2014, p.69) escreve que "líderes dotados de resiliência se antecipam às situações de tensão e têm capacidade de transformar a energia de um problema em solução criativa". Resiliente é o líder que, quando tensionado, apresenta flexibilidade, reverte a situação adversa em ganho para o grupo liderado.

Entendemos que resiliência é a habilidade dos indivíduos lidarem com situações difíceis, é a capacidade de adaptarem-se a novas situações, resistindo às diversas pressões do cotidiano, persistindo nos momentos difíceis, mantendo a esperança. Frequentemente mencionada na literatura revisada, com certeza essa é uma competência imprescindível para um gestor da atualidade que enfrenta todas estas solicitudes ao liderar pessoas que apresentam complexidades e riquezas peculiares do ser humano, as quais se manifestarão nas diferentes interações próprias da gestão e de todas as relações humanas.

Numa ampla visão de gestão, para todas as ponderações do presente texto, pode-se dizer que "boas experiências influenciam as ações humanas, havendo uma tendência de repeti-las sempre que o contexto assim o permitir, enquanto as más experiências apontam para aquilo que se deve evitar ou não repetir" (MEYER JR., 2014, p.22).

Ao líder educacional do século XXI recomenda-se desacomodar-se e incentivar seus liderados a terem essa mesma postura, pois "gosta de inovações, busca o novo, tem autonomia, gosta do que faz e sabe trabalhar em grupo" (HENGEMÜHLE, 2014, p.23). Menciona-se como um aspecto fundamental para compor o perfil do líder educacional, o aspecto humanista a relevar, conforme menciona Cardoso (2016) os gestores deveriam ver a integralidade da pessoa humana e adotar práticas de gestão que fomentem uma educação humanista. Segundo Mauricci (2014, p.115) isto poderá ser feito, pois "ensinar para a alteridade, a solidariedade e altruísmo são valores buscados e pretendidos pelas instituições de educação de modo especial as que se fundamentam em ideais de humanismo".

Os autores Marins, Martins e Pasqual (2016, p.206) arrematam muito bem o perfil do gestor educacional que se requer nas instituições na sociedade atual:

> O líder precisa estar comprometido a fazer um mundo melhor e a liderar não só com a mente, mas também com o coração. Isso vai ao encontro da qualidade essencial de um líder: ser ele mesmo, autêntico sob qualquer ponto de vista, jamais concordando com algo que não condiz com os seus verdadeiros valores – o que significa, muitas vezes, aprender a lidar com a solidão do comando e não ser influenciado pela pressão dos demais.

Liderar com o coração é uma questão de decisão, de estar envolvido com a comunidade educacional e, desta forma, o gestor poderá conduzir a comunidade escolar à consagração na execução de muitos projetos. Para atuar deste modo, Etges (2014, p. 190) ressalta a importância da atitude parceira e motivacional do gestor: "Reconhece-se que eles passam a ser os parceiros, o grande veio e os estimuladores da proposta educativa". Não será uma incumbência simples ser um gestor de excelência no século XXI, porém "Quando há o esforço real, a tentativa continuada de fazer o melhor, o melhor acaba acontecendo" (Chalita, 2004, p.90).

No comprometimento, no esforço real do líder educacional, ele torna-se um estimulador para àqueles com quem se relaciona. Um líder que possua e procure desenvolver as competências de humanização torna-se um referencial dentro da comunidade educativa. Detentor destas competências, ele passará, de forma notória, a liderar pelo exemplo.

6 Considerações finais

Chegamos a algumas breves considerações sobre o assunto em questão. Muitos teóricos nos trazem a problemática das demandas em educação. No presente estudo nos ativemos a analisar algumas demandas relacionadas à gestão educacional, especialmente na pessoa do gestor.

Parece-nos que há consenso entre os autores quanto à tendência a constatarem a necessidade de que o perfil deste profissional seja construído em cima de determinadas competências. Tais competências estariam adequadas, neste momento educacional, a contribuir para atender as demandas em educação que se apresentam a tais profissionais na atualidade.

As competências administrativas e de humanização, relativas ao perfil do gestor, levam-no a atuar de maneira a desincumbir-se de suas demandas em nível pessoal e na atuação do grupo onde está inserido. Isto se dá ao apresentar as competências técnicas adequadas a sua função, as competências de ordem intrapessoal, que dizem respeito à capacidade de relacionar-se com suas próprias emoções e, principalmente, as competências de ordem interpessoal.

As competências de ordem intrapessoal e interpessoal dão a tônica à gestão no momento educacional que vivemos, uma vez que as competências técnicas, no que tange a sua formação acadêmica já estão assimiladas há mais tempo e atendidas de maneira satisfatória. Há que considerar que competências técnicas são atendidas, pois exigem formação continuada para a atualização dos profissionais suprirem as novas demandas como as referentes às novas tecnologias.

Os estudos apontam para uma maior busca no sentido de construir e estabelecer as competências relativas aos relacionamentos. Os gestores educacionais, juntamente com o grupo onde atua, são responsáveis por construir estas competências, para além de relacionamentos, relacionamentos de qualidade, pois além do bem estar gerado no grupo, são as competências humanas que sustentam as competências técnicas.

Esta ênfase em construir um perfil do gestor educacional com equilíbrio com as competências humanas certamente o levará a articular a ação dos integrantes de sua esfera de atuação a construir uma competência grupal a partir das competências individuais. Isto posto, com uma equipe coesa, atuando em unanimidade, levará o grupo a atuar com mais êxito nas demandas que enfrentar.

O gestor educacional do século XXI provocará mudanças e criará um novo paradigma de atuação educacional ao estabelecer-se com as competências necessárias, com conhecimento, habilidades e atitudes. Além deste saber e saber fazer, requer-se do líder da atualidade que seja capaz de resgatar valores que a sociedade perdeu e que fazem falta para a completude do ser. Dir-se-á ainda que um líder em equilíbrio é aquele que é capaz de buscar a espiritualidade, harmonizando-se consigo mesmo e transmitindo esta harmonia àqueles com quem convive.

Entendemos que esta é uma visão holística e poderá ser compartilhada com o grupo liderado, animando a cada um para buscar desenvolver também este perfil, bem como encorajando o grupo a promover ações conjuntas que levarão a atender as demandas enfrentadas pelo gestor, pelo grupo e pela instituição onde atuam.

Referências

ALMEIDA, Maria de Lourdes, PEREIRA, Elson Bastos. Políticas públicas, estado e gestão escolar no Brasil: compassos e descompassos. *Revista Diálogo Educacional*, Curitiba, v. 16, n. 47, p.189-208, jan.-abr. 2016.

ABDIAN, Graziela; HOJAS, Viviani Fernanda; OLIVEIRA, Maria Eliza Nogueira. Formação, função e formas de provimento do cargo do gestor escolar: as diretrizes da política educacional e o desenvolvimento teórico da administração escolar. *ETD – Educação Temática Digital.* Campinas, v.14, n.1, p. 399-419, jan.-jun. 2012.

BOTTONI, Andrea; SARDANO, Edélcio de Jesus; COSTA FILHO, Galileu Bonifácio. Uma breve história da Universidade no Brasil: de Dom João a Lula e os desafios atuais. COLOMBO, Sonia Simões (Org.), *Gestão Universitária: os caminhos para a excelência.* Porto Alegre, Penso, p.19-42, 2013.

BRUNER, José Joaquín. Gobernanza universitaria: tipología, dinámicas y tendencias. *Revista de Educación*, Madrid, 355, p. 137-159, mai.-ago. 2011.

CARDOSO, Daniela dos Santos. *Formação humanista na educação superior:* o caso do Unilasalle Canoas. Canoas, 2016. 101 p. Dissertação (Mestrado em Educação). Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade La Salle.

CARDOSO, Daniela dos Santos; SOUZA, Renaldo Vieira de; FOSSATTI, Paulo. Formação humanista na Educação Superior: o modelo de uma instituição de educação comunitária do RS. *In: SEFIC Universidade La Salle*, Canoas, 2015.

CHALITA, Gabriel. *Educação:* a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 15. ed. 2004.
ETGES, Adelmo. *A pessoa do gestor e do educador leigo como estimuladores da proposta educativa marista no RS:* do empenho original do fundador, Marcelino Champagnat, aos desafios do século XXI. Porto Alegre, 2014. 198p. Dissertação (Mestrado em Educação). Programa de Pós-Gradução em Educação, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

FARIAS, Waleska. *O líder integral: porque o bom ser humano precede o bom líder.* São Paulo: Integrare, 2014.

FERNANDES, Maria Helena Lino. *A formação do gestor educacional:* limites e possibilidades após as diretrizes curriculares nacionais de 2006 – 2016. Ouro Preto, 2016. 169 p. Dissertação (Mestrado em Educação). Instituto de Ciências Humanas e Sociais Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal de Ouro Preto.

FLECK, Carolina Freddo; PEREIRA, Breno Augusto Diniz. *Professores e Gestores:* Análise do perfil das competências gerenciais dos coordenadores de Pós-graduação das Instituições Federais de Ensino Superior (IFES) do RS, Brasil. Salvador, v.18, n.57, p. 285-301, abr.-jun. 2011.

FLICK, Uwe. *Introdução à Pesquisa Qualitativa.* Porto Alegre: Artmed, 3. ed., 2009.

GONÇALVES, Ana Caroline. A gestão democrática no Brasil e o papel do gestor nas escolas. *Anuário de produções acadêmico - científicas dos discentes da faculdade Araguaia,* Goiânia, v.3, p.91-115, abr. 2015.

GUIMARÃES, Jairo Carvalho. Gestão em IFES: as razões que determinam o doutor como gestor – uma abordagem sob a perspectiva das competências individuais. *RAUnP - Revista Eletrônica do Mestrado Profissional em Administração da Universidade Potiguar*, Natal, v. 5, n. 2, p. 35-47, v.5, n.2, p.35-47, 2013.

HENGEMÜHLE, Adelar. *Desafios educacionais na formação de empreendedores.* Porto Alegre: Penso, 2014.

LUCCHESI, Martha Abrahão Saad. Gestão da escola pública; utopia e poder. *Atos de pesquisa em educação.* Blumenau, v. 7, n. 1, p. 27-40, jan.-abr. 2012.

LÜCK, Heloisa. *Concepções e processos democráticos de gestão educacional.* Petrópolis: Vozes, 9. ed. 2013.

MACHADO, Maria Aglaê de Medeiros. Desafios a Serem Enfrentados na Capacitação de Gestores Escolares. LÜCK, Heloísa (Org.) Gestão escolar e formação de gestores. *Revista Em Aberto,* Brasília, v. 17, n. 72, p. 1-195, fev.-jun. 2000.

MARCELO, Carlos. Las tecnologías para la innovación y la práctica docente Universidad de Sevilla. *Revista Brasileira de Educação,* Rio de Janeiro, v. 18, n. 52, p. 25-47, jan.-mar. 2013.

MARINS, Márcio; MARTINS, Paula Elisângela; PASQUAL, Cássia Aparecida. Os pilares da liderança e o modelo situacional: a influência do líder na formação de equipes de alta performance e nos resultados. *Teoria e Evidência Econômica,* Passo Fundo, Ano 22, n. 46, p. 199-224, jan.-jun. 2016.

MARIUCCI, Sérgio Eduardo. *A formação dos gestores e a qualidade da educação nas escolas da arquidiocese de Porto Alegre 2014.* Porto Alegre,2014. 246p. Tese (Doutorado em Educação). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Educação, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

MEYER JR., Vitor. A prática da administração universitária: contribuições para a teoria. *Revista Universidade em Debate,* Curitiba, p.12-26, 2014.

MOREIRA, Eveline da Silva Gontijo; SOUZA, Clésio Feliciano de. Participação da comunidade e democracia: a influência da legislação educacional nas atribuições do gestor democrático em organizações escolares. *In: Anais da XII Semana de Licenciatura*, p.199-208. Jataí, GO, 2015.

MÜLLER, Alcione; FOSSATTI. Paulo. Educação Básica: contribuição universitária nas boas práticas de gestão escolar. *Dialogia,* São Paulo, n. 22, p. 145-158, jul./dez. 2015, p. 145-158.

PINHEIRO, Helano Diógenes. *Redesenho das configurações estruturais na gestão universitária:* ações derivadas da inovação e flexibilidade na legislação pós-LDB 1996. Natal, 2011. 360 p. Tese (Doutorado em Administração). Programa de Pós-Graduação em Administração, Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

SÁ, Lucelia Cristina Brant Mariz. Competências para o século 21: o caso da Escola Estadual Julião Mendes. *Pesquisa e Debate em Educação*, Juiz de Fora, v.4, p.32-43, 2014.

SHIROMA, Eneida Oto. A formação do professor-gestor nas políticas de profissionalização. *Revista e-curriculum*, São Paulo, v.7, n.2, ago. 2011.

SILVA, Juliana Cristina da Silva. *A influência do gestor escolar na promoção do bem-estar docente.* Canoas, 2015, 112 p. Dissertação (Mestrado em Educação). Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade La Salle.

SILVEIRA, Evandro; PACHECO, Andressa Sazaki Vasques; SILVA, Flora Moritz; SILVA, Marcia Mafra. Resultados da formação dos egressos do Programa de Pós-graduação em Administração Universitária na Gestão da Universidade Federal de Santa Catarina. *In: Anais do XIII Coloquio de Gestión Universitaria en Américas, Rendimientos académicos y eficacia social de la Universidad*, p.1-20. Florianópolis, SC, 2013.

SOUZA, Carolina Silva. Motivação e resiliência em contextos educativos. SANTOS, Bettina Steren dos; CARREÑO, Ángel Boza (Org.). *A motivação em diferentes cenários.* Porto Alegre, EdiPUCRS, 2010.

QUAIS AS CAUSAS DO FRACASSO NA GESTÃO ESCOLAR?

Aureo Kerbes, Mestrando em Educação; aureo.kerbes@lasalle.org.br.
Paulo Fossatti , Professor do Programa de Pós-Graduação do Unilasalle Canoas – Paulo.fossatti@unilasalle.edu.br

Resumo:

O tema deste artigo é o fracasso pedagógico e administrativo de escolas particulares nos últimos anos, o que levou muitas delas ao encerramento de suas atividades. O objetivo é analisar os principais fatores intervenientes no processo do fracasso pedagógico e administrativo de escolas particulares. Quanto à metodologia trata-se de uma pesquisa qualitativa, com revisão de literatura e análise documental em sindicatos e diário de campo. Os resultados apontam para múltiplos fatores responsáveis pelo fracasso pedagógico e administrativo de escolas particulares, dentre eles: a carga tributária; a diminuição do número de filhos por família; o impacto da Lei do Calote sobre a escola; a incompetência pedagógica e administrativa; a concorrência cada vez mais acirrada, a inadimplência, a falta de política para concessão de bolsas e descontos financeiros. Conclui-se que estas escolas não acompanharam a profissionalização da gestão e não construíram estratégias competitivas, geradoras de valor, para manterem-se no mercado. Logo, um programa de qualificação de gestores e um planejamento estratégico educacional, com boas ferramentas de gestão, apresentam-se como fatores que podem estancar o fracasso pedagógico e administrativo de escolas particulares.

Palavras-chave: Gestão Escolar. qualidade pedagógica e administrativa. gestor escolar.

1 Introdução

Para quem trabalha no mundo da educação, é inevitável que obtenha e partilhe informações e ideias sobre o objeto de seu trabalho. E, neste contexto, a toda hora surgem informações sobre escolas particulares em dificuldade ou fechando as suas portas. Não raro essa informação vem acompanhada de comentários sobre como no passado esta era uma escola cheia de alunos. Muitas delas eram escolas tradicionais, e entre estas, muitas são confessionais. Estudos e pesquisas, já informavam, na década passada, sobre o número decrescente de alunos matriculados nas escolas particulares. O fenômeno, no caso, era o da involução da demanda, pela redução do número de filhos, e o da evolução da oferta de novas escolas particulares (ALVES, apud CECRI, 2006). Ou seja, menos filhos, menos alunos, e na contramão, maior oferta de vagas em função da abertura de novas escolas particulares.

Mas este é um dos motivos de fechamento. Quais seriam os outros? O que se observa é que, tradicionais escolas particulares, ao longo dos anos, vão perdendo alunos em virtude de um trabalho pedagógico de poucos resultados visíveis, e, associadas a esta causa fundante, uma série de outras conduzem estas escolas a um estrangulamento tal que o resultado previsível é o seu fechamento. Esta situação é a principal abordagem desse artigo.

Diante de tal contexto, o tema deste artigo é o fracasso pedagógico e administrativo de escolas particulares nos últimos anos, o que levou muitas delas ao encerramento de suas atividades.

O objetivo é analisar os principais fatores intervenientes no processo do fracasso pedagógico e administrativo. Quanto à metodologia, trata-se de uma pesquisa qualitativa, com revisão de literatura.

2 Histórico da Escola particular no Brasil

Antes de partir para a análise e discussão dos resultados apresentamos um breve histórico da escola particular no Brasil. Esta escolha justifica-se pela necessidade de entendimento do ciclo vivido pela escola particular.

Segundo Manoel Alves (2009, p.71) "a educação escolar no Brasil nasceu da iniciativa privada, quando, em 1533, os Franciscanos fundaram, na Bahia o primeiro estabelecimento de ensino em terras brasileiras". Segundo o mesmo autor não se pode falar do ensino privado na educação brasileira sem falar necessariamente da escola confessional, especialmente a católica, em função de longa tradição histórica e cultural. Segundo ele "a escola confessional foi berço de incontáveis iniciativas pedagógicas nas quais gerações de educadores se formaram (ALVES, 2009, p.71) ". Mas o mesmo autor ressalta também que "... diversos empresários foram haurir a motivação e o paradigma, e por vezes até as estruturas, para se lançarem na desafiadora missão de se empreender no campo do ensino privado...".

> Durante o período colonial (1500-1759) a maior parte da educação no Brasil ficará a cargo de congregações religiosas, principalmente dos Franciscanos, Jesuítas, Oratorianos, Dominicanos, Beneditinos, Carmelitas e Capuchinhos. A escola particular nasce no Brasil no momento em que, com o fracasso das capitanias hereditárias, seguindo novas diretrizes da política portuguesa, desembarcam no Brasil com Tomé de Souza, quatro padres e dois Irmãos Jesuítas. Segunda a autora Otaíza de Oliveira Romanelli "…o objetivo primeiro dos jesuítas, com o passar do tempo acabou mudando: a obra da catequese foi dando lugar em importância à educação da elite. Ou seja, a educação dos Jesuítas foi transformada em educação de classe. " (ROMANELLI, 1983 p.15).

Através de subsídios recebidos pelo governo português, os Jesuítas deveriam fundar colégios. Por causa desses subsídios ficavam juridicamente obrigados a formar gratuitamente sacerdotes para a catequese. Entre os alunos mais habilidosos, deveriam escolher indígenas vocacionados para a vida sacerdotal. Evidentemente esse intento fracassou diante da não adequação do índio à formação sacerdotal católica, o que fez com que se voltasse para um ensino profissional e agrícola. Mas esse ensino vai ser voltado para a elite colonial conforme Ribeiro (2000). Dessa forma os índios eram catequisados e os colégios foram educando a elite colonial da época. (RIBEIRO, 2000).

Procedendo desta forma, esta elite era preparada para o trabalho intelectual segundo um modelo religioso. Com o forte apoio real, a Companhia de Jesus se torna a ordem dominante no mundo da educação. Por isso, muitos procuram os jesuítas, não para se tornarem padres, mas porque eles eram os únicos que realmente davam o preparo para o mundo intelectual.

Quanto a essa primeira fase, poderíamos afirmar que os jesuítas, que normalmente se dedicaram às famílias mais pobres e necessitadas no início de sua missão, aos poucos, darão prioridade a filhos de funcionários públicos, proprietários de terras e donos de engenhos de cana, desconsiderando, embora não totalmente, os pobres, mestiços e negros, redefinindo assim sua forma de fazer educação. O que acontece então é que, custeados pelo erário público, uma minoria teve acesso à educação, e, a educação jesuítica ocupar-se-á da educação da elite. (ALVES, apud AZEVEDO, 1958).

Os jesuítas trouxeram a moral, os costumes e a religiosidade europeia por pelo menos 210 anos, de 1549 até 1759, até serem expulsos pelo Marquês de Pombal.

Após essa estruturação dos jesuítas, vem a expulsão dos mesmos, e, o que veio depois foi o caos e a desordem em termos de educação. Com a expulsão desmontou-se uma estrutura administrativa de ensino. Acabou "a uniformidade da ação pedagógica, a perfeita transição de um nível escolar para o outro, a graduação, foram substituídas pela diversificação das disciplinas isoladas" (ROMANELLI, 1983, p.18). E surge outro aspecto muito peculiar: os leigos passam a ser introduzidos no ensino, algo que persiste até os dias de hoje, e, mais importante ainda, o Estado assume pela primeira vez, a responsabilidade direta pela educação.

E o que acontece com a escola particular nesse meio tempo? A situação não foge muito do que acontecia com a escola pública marcada por idas e vindas, antagonismos e iniciativas que demoravam dezenas de anos até se afirmarem. Quem nos fala é mais uma vez Manoel Alves

> Desde a expulsão dos jesuítas, apenas alguns seminários, internatos para moças e pequenas escolas paroquiais foram fundadas. Foi o período de menor atividade da iniciativa privada na história educacional brasileira. A proclamação da independência, em 1822, não altera este quadro de marasmo educacional em que o país foi lançado. (ALVES, 2009, p.73).

Avançamos por pelo menos dois séculos e ainda se percebe nitidamente que o Estado não consegue dar à Educação o papel que ela merece. Quem consegue fazer os estudos mais elementares no Brasil e tiver posses, segue para a Europa para continuar seus estudos. Por aqui o que acontece, principalmente com o Ensino Superior, é que cada província, pelo Ato Adicional de 1834, pode regulamentar sua educação primária e secundária, mas com a falta de recursos a consequência foi um ensino primário relegado ao abandono, o que só acentuou o caráter classista do ensino. (ROMANELLI, 1983).

De qualquer forma, a escola particular foi se afirmando no mercado educacional brasileiro. A boa organização curricular, o cuidado pedagógico, o bom atendimento, vão fazendo diferença ao longo dos anos. Logo a elite percebe que, diante do fracasso do modelo público de educação, a busca de escolas particulares seria a solução mais do que evidente.

Contudo, no final dos anos 90 e início do ano 2000, apesar de sua reconhecida importância, temos uma escola particular em crise. Zaremba da Câmara, em artigo do jornal da Federação Nacional de Escolas Particulares (FENEP) onde era Diretor de Assuntos Econômicos, em 2006, nos coloca da importância da escola particular. Comentando pesquisa encomendada à Fundação Getúlio Vargas sobre "Números do Ensino Privado" destaca a importância da escola particular

> São mais de 10 milhões de matrículas em 36.800 estabelecimentos de ensino, gerando 660.000 empregos diretos com salários 75,64% superiores à média daqueles pagos pelo total da economia brasileira. Além dos impostos recolhidos, aos cofres públicos, municipais, estaduais e federais, o setor gera uma economia para os governos de 23 bilhões de reais, que seria, em estimativa modesta, o que teria que ser disponibilizado para dar educação aos brasileiros matriculados nas instituições privadas de ensino. (CÂMARA, 2006, p.02) ".

Diante de tais números, o próprio Estado deveria estar interessado em ajudar a escola particular, uma vez que não tem condições de absorver tantos alunos e manter a mesma qualidade das escolas particulares. Diante dos fechamentos de escolas particulares cabem sempre os seguintes questionamentos: como mensurar décadas e mais décadas de relevantes serviços prestados pela escola particular? Como medir a importância econômica de determinada escola, visto que paga impostos e

emprega um grande número de professores e funcionários durante anos seguidos? Como analisar a importância moral de uma escola particular que educou gerações e mais gerações de alunos?

3 Análise dos Resultados

No final dos anos 90 e início de 2000 até hoje, em todo o país têm-se casos de escolas falindo ou em vias de fechar as portas. O histórico da escola particular mostra que todos os anos há fechamento de inúmeras delas. No anos de 2013 a 2015, por exemplo, 208 escolas particulares fecharam no município do Rio de Janeiro (O Globo: 22/09/2016)[2]. De modo geral, os fechamentos de escolas particulares acontecem em todas as regiões do país, atingem tanto grandes redes de educação quanto pequenas escolas isoladas. Todas elas por uma ou mais razões. Entre as causas temos: a não profissionalização da Gestão; a Inadimplência; a diminuição da demanda; o aumento da concorrência; bairros envelhecidos; as leis trabalhistas; a falta de investimentos em recursos tecnológicos. Na sequência analisaremos estas causas uma a uma.

4 As escolas particulares não se prepararam para a crise

Segundo COLOMBO (2004) as escolas particulares conviveram durante anos num ambiente em que praticamente não havia competição entre as escolas. A procura era sempre maior do que o número de vagas e isso as levou a se acomodarem e a não se prepararem para o futuro. Portanto muitas delas não elaboraram estratégias para sobreviver em tempos mais hostis e difíceis. A autora afirma que isso mudou quando "novas empresas surgiram no segmento educacional, bem como as já existentes aumentaram consideravelmente a oferta de cursos tornando o mercado mais competitivo, diminuindo a lucratividade e causando o encerramento para algumas que não conseguiram sobreviver à crise com que se deparavam" (p. 18).

Sérgio Eduardo Mariucci desenvolveu a sua tese de Mestrado considerando o mercado da educação católica, abordando o viés das mudanças na política de gestão das escolas católicas do Brasil. Aprofundou ainda mais o assunto, quando na tese de doutorado abordou a formação dos gestores das escolas católicas da arquidiocese de Porto Alegre. Segundo ele:

> Enquanto os empresários da educação veem oportunidades de expansão, apesar da competitividade, o que não parece assustá-los, os dirigentes de escolas católicas ainda estão retraídos e confusos sem saber se permanecem ou não neste ramo e com que postura enfrentarão os desafios (p. 29.).

Para este autor a Mudança da Lei de Filantropia e a ameaça dos grupos empresariais de educação "favoreceu a profissionalização da gestão, substituindo modelos personalistas e amadores por modelos empresariais" (MARIUCCI, 2011, p.27). Ou seja, para ele, as escolas que aproveitaram para profissionalizar a gestão em função das exigências da Lei da Filantropia saíram na frente das demais. Ao aproveitar e contratarem profissionais de gestão para administrar seus novos sistemas

[2] Jornal O GLOBO em 22/09/2016 traz reportagem sobre o assunto com o título "Censo: 218 escolas particulares fecharam de 2013 a 2015 no Rio. Afirma ainda que o número de estudantes recuou de 81.157 para 65.261.

acadêmicos e profissionais deram um salto de qualidade do qual muitas escolas abriram mão. Escolas que não profissionalizaram a gestão e continuaram a utilizar modelos artesanais de administração pagaram o preço mais tarde. Congregações religiosas que contrataram profissionais utilizando critérios objetivos acertaram ao tomar esta decisão. Embora se saiba da importância da missão e do carisma de cada Congregação, é ainda mais importante para garantir esta, que se tenha um tipo de administração clara e eficiente. Para este autor as escolas "Possuem referenciais fundamentais e orientados para valores do Evangelho e de acordo com a categoria teológica do Reino de Deus. ... mas precisam sobreviver numa sociedade capitalista" (p.38). Segundo ele, isso ainda "... mostra o desafio complexo de portar-se em gestão de forma competitiva no mercado e ao mesmo tempo não abrir mão de valores e princípios presentes no marco referencial da escola (p. 38).

5 Não profissionalização da Gestão

Escolas que fracassam normalmente enfrentam sérios problemas de gestão. Escolas cuja administração tem base familiar, podem enfrentar desafios ainda maiores quanto à profissionalização. Nesse tipo de escolas, normalmente, existem resistência dos "mais antigos" e dos familiares do (s) fundador (es) quanto à tentativas de profissionalizar a gestão, trazendo, por exemplo, gestor externo para dirigir a instituição. Clóvis Rosa (2004) aborda o assunto falando sobre o gerenciamento familiar. É objetivo ao analisar o assunto:

> Ninguém garante que uma pessoa estranha à família é melhor funcionário para a escola do que um membro da família. Mas o inverso é verdadeiro, ou seja: o fato de ser membro não é suficiente para que ela seja considerada apta pra trabalhar na escola. Membros da família, como qualquer pessoa, terão que comprovar habilidades e competências: caso contrário, o melhor a fazer é o gestor-fundador pagar um salário para que eles fiquem em casa. É mais barato (2004, p.123).

Analisamos casos de fechamento de escolas no Brasil inteiro. Por vezes o relato do fechamento atribui o fracasso diretamente ao perfil do diretor ou da diretora da escola. Existem congregações religiosas que utilizam critérios muito subjetivos para a escolha da Irmão, da Irmã ou do Padre que vai dirigir a escola. Neste caso, há uma tendência em escolher pessoas boas e honestas, porém nem todas têm o perfil profissional necessário para esta gestão. Congregações religiosas, especialmente as femininas, tem sentido forte impacto em função da falta de vocações. Encontrar entre as poucas Irmãs ou Irmãos alguém para dirigir a escola nem sempre é fácil. Em recente entrevista ao Jornal O Globo (disponível em http://oglobo.globo.com/rio/censo-218-escolas-particulares-fecharam-de-2013-2015-no-rio-20155182#ixzz4a5xx1KiR, acesso em 03/03/2017). a Irmã Madalena dos Santos, da Congregação das Irmã Dominicanas da Província de Nossa Senhora de Guadalupe desabafa:

> Para a gente, a crise pesou bastante. Temos famílias que foram atingidas por ela, e cresceu o índice de inadimplência. Nos últimos anos, temos recorrido a aportes financeiros da congregação (que não vieram da renda da escola) para cumprir nossas obrigações (...). O principal motivo foi a dificuldade de renovação das irmãs. Nos últimos dez anos, só recebemos duas noviças — contou. — Somos um grupo pequeno de irmãs, a maioria está em idade avançada. Na última década, não tivemos uma renovação na vocação para a

> vida religiosa. Isso impossibilita manter um projeto educacional. (O Globo – 22/09/2016)

No desespero de conseguir um dirigente escolar entre os próprios quadros da Instituição corre-se o risco de escolher alguém que não tem o perfil mais adequado para a instituição. Teoricamente, devem ser pessoas comprometidas com os ideais das Mantenedoras ou com a forma de pensar educação dos donos das escolas, mas também pessoas que tenham uma visão e experiência no que diz respeito aos aspectos pedagógicos e administrativos das escolas. Não é exagero dizer que devem ter noção de sala de aula e um mínimo de conhecimentos de administração. Ser bem informado (a), atualizado (a) com as principais tendências do mercado, ter boa comunicação com pais, alunos e professores, capacidade para buscar relações de parceria, competência técnica, ser líder e motivador estão entre outras características importantes para os membros do corpo gestor de uma escola.

O gestor escolar deve estar preparado para lidar com diversas situações, delegar atribuições, coordenar funcionários na troca de experiências e na coletividade, tendo o papel fundamental na instituição de ensino. Para Aglae (2000, p. 104), o bom gestor escolar é aquele que se articula com o desenvolvimento de capacidades para o desempenho de determinados papeis profissionais, contextualizados no projeto institucional e na concepção de gestão e de profissionalização presentes na política educacional.

Entendemos que o gestor educacional deve ter um olhar crítico, uma visão de fora para dentro da instituição de ensino, vislumbrando as principais barreiras para o sucesso, o bom desenvolvimento e o avanço escolar. Deve ainda gerir um trabalho que dignifique e atenda os objetivos e a filosofia propostos por sua instituição, gerando assim, um trabalho produtivo e de sucesso.

Em isso não acontecendo, é importante que se propicie uma formação básica considerando as qualidades indispensáveis a um bom administrador escolar. Há redes de escolas e grupos educacionais que oferecem formação qualificada aos seus profissionais docentes, mas, às vezes, esquecem do gestor de todo o processo. Alguns docentes, coordenadores ou supervisores, às vezes, são alçados à condição de diretores e diretoras de escola. É um desafio para o qual, por vezes, não estão plenamente preparados. É hora então de buscar uma profissionalização que muitas vezes não existe de modo natural.

6 Inadimplência

No dia 23/11/1999 o Congresso Nacional aprovou o Projeto de Lei 9.870 estabelecendo regras para fixação e reajuste de valores dos serviços educacionais. Essa lei foi reeditada algumas vezes, mas continua em vigor. Desde então, a escola particular sofre as consequências desse imperativo legal, tendo compromissos financeiros assumidos como a folha de pagamento, água, luz, aluguel, telefone, etc. Pode tomar medidas paliativas como cartas de cobrança, inclusão no SPC, mas se o responsável não pagar, restará apenas a busca da justiça para recuperar exercícios findos.

Uma das consequências da Lei do Calote aliada à alta carga tributária fez com que milhares de postos de trabalho no ensino básico fossem fechados no Estado do Rio de Janeiro. Em entrevista ao Jornal O Globo no dia 14/08/2008, o presidente do Sindicato das Escolas Particulares do Rio-Sinepe, Edgar Flexa Ribeiro, alerta para esse fechamento. Segundo o SINPRO, o número de homologações de demissões de professores do Município do Rio de Janeiro aumentou de 4.041 em 2.005, para 4.700 em 2007.

Num artigo na Folha Dirigida em 2003, Henrique Zaremba da Câmara, critica duramente a inadimplência e a Lei do Calote. Segundo ele

> A lei acabou criando um caminho natural de as famílias desapertarem seu orçamento para cima das escolas: você sabe que se atrasar o pagamento da luz, do telefone ou da água irão lhe cortar o serviço. Mas se não pagar a escola, a lei garante que não irá acontecer nada. É por isso que, na minha opinião, essa lei é perversa, já que ela discrimina as instituições de ensino privadas. O pai pode ficar um ano sem pagar e no final do ano a escola ainda é obrigada a fornecer toda a documentação...(ZAREMBA, 2003.)[3]

Segundo Dourado (2004) a Lei do Calote é uma lei que, em síntese, afirma que o aluno que não paga tem que ser mantido na escola, recebendo toda a formação, porque não pode ser constrangido. Mas, apenas lembra que a obrigação de dar educação é do governo, que se utiliza da escola particular, para fugir de suas obrigações.

O que as escolas podem fazer é não aceitar mais a matrícula do aluno. Mas se as escolas particulares de comum acordo não exigirem quitação da escola anterior, esse pai pode migrar tranquilamente para outra escola e lá fazer exatamente a mesma coisa. Logo, é obrigatório que as escolas, para se protegerem, exijam quitação de escola anterior. Outra defesa das escolas é exigir cada vez mais na hora da matrícula. Por exemplo: escolas consultam o Serviço de Proteção ao Crédito SPC, a Centralização de Serviços Bancários S/A (SERASA), outras exigem mais um responsável financeiro, a declaração do Imposto de Renda, etc. Segundo Álvaro Luiz BAÚ e Luiz Antônio GRISARD (2010), "é necessário trabalhar com a prevenção, na hora da contratação e com a administração da carteira de créditos". Segundo ele a inadimplência é um conceito bem mais amplo:

> Inadimplência: soma de fatores, tais como: política de descontos, excesso de comprometimento da folha de pagamento, desorganização administrativa, prática de valores de mensalidade abaixo do custo, excesso de despesas operacionais, falta de políticas internas, baixo investimento. (GRISARD, p. 115).

Quanto à inadimplência na escola, não existe mais espaço para o amadorismo neste cenário; é preciso fazer gestão, domínio de conceitos, técnicas, métodos e tecnologias, que possam imprimir maior eficiência à gestão das cobranças. A atitude das escolas em relação a este assunto deverá ser menos passiva e mais ativa, tentando recuperar os valores a quem tem direito como prestadores de serviço. Existem aspectos que impactam diretamente na inadimplência: 1. Processo de matrícula mal feito, onde não se verifica sequer a inclusão do nome do responsável no SPC e Serasa; 2. Inexistência de profissional que se dedique somente à cobrança, ficando este importante serviço à encargo de quem já está na escola e que, certamente o fará quando sobrar tempo; 3. Não ter uma política clara de cobrança, onde inexistem inclusive os processos básicos; 4. Ser complacente com os atrasos, perdoando juros, multas e ainda dando desconto para quem fizer o pagamento com atraso, o que incentiva mais pais e responsáveis a ficarem devendo.

Para os inadimplentes corriqueiros, algumas ações mostram-se eficientes, entre elas: 1. Cobrança via telefone com agendamentos para negociação de débitos. 2. Envio de cartas de cobrança,

[3] http://www.folhadirigida.com.br/htmls/hotsites/professor_2003/cad_06/DephenriquezarembaFdg.htm, acesso em 14/06/11. Disponível na Folha Dirigida Online, artigo de 2003, com o título "Escola Particular e a Lei do Calote", autoria de Henrique Zaremba.

com espaçamento e teor diferenciado conforme o tempo de débito. 3. Comunicação aos inadimplentes que o não comparecimento até uma data específica acarretará no envio dos débitos para a empresa de cobrança. 4. Protestos de títulos em cartório. 5. Ações judiciais, mesmo que demoradas podem dar um retorno.6. Constância nas ações de cobrança, fazendo desta um serviço rotineiro e repetitivo até se alcançar o resultado.

7 Diminuição da Demanda

Segundo as últimas pesquisas do IBGE (2010), a população em idade escolar tem diminuído consideravelmente. Os números indicam que encolheram os números de jovens e crianças, especialmente entre 5 a 9 anos e 10 a 14 anos. O número de adultos e idosos está aumentando e o número de crianças e jovens está diminuindo. Logo, podemos concluir que, diminuindo o número de pessoas nessa faixa etária, automaticamente diminui a população que vai frequentar os bancos escolares nos próximos anos.

Em contrapartida, em muitos estados a oferta de escolas particulares cresceu vertiginosamente principalmente no início da década passada. Esse crescimento exacerbado de instituições privadas de pré-escola, educação fundamental e média, em São Paulo, por exemplo, é o maior responsável pelo fechamento de 1.500 das mais de 6.000 escolas pagas do Estado, ou seja, 25% do total, segundo artigo da Folha de São Paulo em 14/10/02, cujo tema era "Fusão de escolas é solução para evitar falência. " [4]

No mesmo artigo, considerando ainda o Estado de São Paulo, temos a informação de que "no Ensino Médio... o número de escolas ou cursos novos (ciclos) em São Paulo aumentou em 93% entre os anos de 1996 e 2001, enquanto o número de matrículas caiu 14,7%. No Ensino Fundamental, as taxas cresceram 93% e 0,3% respectivamente e na pré-escola, 126% e 50%. Daí a informação que deverá ser considerada com atenção: "Em seis anos, escolas paulistas de Ensino Médio perderam 47 mil alunos. " Diante disso, o diretor do Ipso Dados (instituto de pesquisa que presta assessoria na área da educação), João Paulo dos Santos Nogueira, conclui que esta perda não se dá por simples transferência para a escola pública, mas, para ele, isso se deve ao fato de que há uma queda de natalidade da classe média.

Manoel Alves já publicou alguns artigos demonstrando preocupação com os números da escola particular, especialmente das escolas católicas. Em reflexão produzida em 2006 com o título "Perspectivas da Escola católica no Brasil", nos alerta uma vez mais:

> Diante do número médio decrescente de alunos matriculados na escola particular e o número crescente de novas escolas particulares oferecendo seus serviços, fica patente um quadro de crescente competitividade. A elevação da oferta, conjugada com uma involução da demanda, ocasiona um refluxo na busca pelos estabelecimentos já existentes de ensino particular, reduzindo a média de alunos por estabelecimento de ensino particular no país. (ALVES, p.129?)

[4] Disponível em < http://wwww2uol.com.br/aprendiz/n_noticias/imprescindivel/id141002.htm#1. acesso em 28/04/16>

8 Aumento da Concorrência

Consequência natural do aumento exagerado do número de escolas numa mesma cidade: divisão do mesmo número de alunos já existentes. Em cidades muito pequenas esse pode ser o motivo do fechamento de escolas. Quanto maiores são as opções dos pais, pior para as escolas, especialmente para as consideradas mais fracas devido ao desempenho ou número de alunos.

Um exemplo vem do Espírito Santo em 2007. Empresários da educação, aproveitaram as péssimas condições das escolas públicas, com greves frequentes e falta de estrutura e qualidade, para investir em escolas particulares, passaram a enfrentar uma crise sem precedentes. De acordo com o texto "Uma realidade flagrante de descaso" de Renata de Oliveira (<http://www.seculodiario.com.br/arquivo/2007/dezembro/08_09/reportagens/reportagens/08_12_01.asp - Acesso em 09/05/15>) ao todo 24 estabelecimentos fecharam as portas em 2007. Segundo ela, as escolas foram surgindo por todos os lados, com mensalidades e preços convidativos, mas a falta de planejamento levou várias escolas, montadas sobre uma estrutura de pequena e média empresa, ao colapso. Nessa onda que varreu algumas escolas do Espírito Santo, entraram escolas tradicionais como a Escola B e C. Elas vinham concorrendo com gigantes do setor e não tiveram mais como se manter por não terem perspectiva de crescer e por serem deficitárias. Além do mais, esse tipo de escola tradicional, muitas vezes não oferece mais atrativos para os pais e alunos e acabam perdendo para uma concorrência com uma estrutura melhor, com poder de investimento e modernização. Segundo a mesma autora, a escola B passou de 600 alunos matriculados em 2006, para apenas 200. A consequência é o abandono pedagógico e material: ratos nas salas de aula, buracos no teto e nas paredes, salas sujas, entulhos, etc. Ou seja, um abandono somado a professores em greve e com medo de não receberem seus salários.

É certo também que muitas escolas particulares não se prepararam para tempos mais difíceis, de maior concorrência. No auge dessas escolas, com alunos sobrando que buscavam a escola naturalmente, muitas escolas se acomodaram e custaram a acordar quando a crise começou a castigar as escolas particulares:

> Nas escolas, a procura era maior do que a oferta, gerando alta rentabilidade... desta maneira não fortaleceram o processo de elaboração e implementação da estratégia, tão imprescindível, atualmente, para a sobrevivência e o crescimento. (COLOMBO, 2004).

Escolas particulares se veem hoje em dia às voltas com outro aspecto que deve merecer preocupação. Grandes grupos educacionais, ligados muitas vezes a grandes editoras, controladas por grupos fortíssimos sob o ponto de vista econômico, estão comprando escolas envolvendo valores altíssimos nestas transações comerciais. Recentemente observamos o Grupo Abril adquirindo o conglomerado conhecido no Rio de Janeiro como PH, fundado há alguns anos atrás e reconhecido pelo sucesso nos principais vestibulares e no ENEM Alguns colégios, principalmente os associados aos cursos de pré-vestibular vem crescendo e se expandindo de tal forma que acabam formando grandes redes, casos do Colégio Objetivo, o Pitágoras de Belo Horizonte, o Positivo do Paraná, os paulistas COC e Anglo, os cariocas MV1, GPI, Pentágono, etc. Ou seja, se as escolas tradicionais não acordarem verdadeiramente serão "engolidas" pelos grandes grupos educacionais. Essas redes franqueadas, como operam em escala industrial oferecem livros e apostilas mais baratas, pagam bons

professores e oferecem outros serviços associados e que beneficiam o aluno. Enquanto isso muitas escolas tradicionais tentam sobreviver fazendo o mesmo de sempre.

9 Bairros envelhecidos

Normalmente bairros novos são constituídos de casais também jovens com filhos em idade escolar. Com o passar dos anos o bairro vai envelhecendo. Uma escola situada neste local, por exemplo, terá dificuldades em manter o mesmo número de alunos, a não ser que a cidade ou bairros próximos tenham características diferentes e valha a pena o deslocamento, por ela ser de excelência, por exemplo.

Em algumas áreas centrais fenômeno semelhante pode acontecer. A diferença é que nestes locais as pessoas se mudam para bairros residenciais e as casas e prédios vão dando lugar a locais de comércio ou entretenimento. Devido ao movimento de carros e pessoas, associado ao tráfico de drogas ou de violência, as pessoas acabam se mudando para bairros residenciais mais tranquilos. Para que seus filhos e netos façam o caminho do regresso ao centro diariamente, a escola deve realmente superar a concorrência em qualidade e inovação pedagógica.

Chama a atenção a pesquisa da FENEP, sobre a situação da escola particular no Brasil, quando se abordava a questão dos valores tangíveis, onde 54% dos pais indicam como "Razão para a escolha da escola" o aspecto "Localização", seguido de "Valor da Mensalidade" (com 30%) e "Instalações e Sistema de Segurança", com 28%. Ou seja, a localização é aspecto de grande valia para uma escola. Por isso, se for distante terá que se garantir via projeto pedagógico de excelência, caso contrário a escola pode perder alunos, caso outras escolas abram em bairros residenciais. Não é à toa que, ao considerar os valores intangíveis, a "Qualidade de Ensino" é a escolha preferida de 82% dos entrevistados, seguido de "Projeto Pedagógico", escolha de 44% dos pais. Claro que o interessante seria aliarmos as duas coisas: boa localização e ótima qualidade de ensino.

Clóvis Rosa, em sua obra Gestão Estratégica Escolar fala da importância de considerar com seriedade um estudo sobre o lugar em que a escola está ou para onde pretende se mudar, em caso de novas fundações. Segundo ele, é necessário perguntar quantos outros oferecem os mesmos serviços na mesma região e qual o potencial lucrativo existente no local.

> Por isso, quem melhor conhece a região, sua potencialidade e as próprias possibilidades de conquista-la integralmente, alargando seu domínio (vide a estratégia militar), é que irá efetivamente sobreviver e progredir". (ROSA, 2004, p.25).

Logo, caso a escola esteja localizada em Bairro que está "envelhecendo" é urgente que se destaque pelo trabalho pedagógico de excelência e que busque alternativa estratégicas de sobrevivência, como facilitar o acesso de alunos de outros bairros por exemplo.

10 Leis trabalhistas

Lamentavelmente muitas escolas já em situação falimentar ainda são obrigadas a suportar o peso da mão forte da justiça. Professores e funcionários, insatisfeitos com o salário, com a forma

como foram tratados ou desligados da escola, procuram a justiça a fim de recuperar o que consideram como seu direito. Hoje em dia, orientados pelos sindicatos de cada categoria, é cada vez maior o número daqueles que buscam seus direitos que, no entender deles, foram desrespeitados pelas escolas, ou por desconhecimento, má fé ou por estarem em situação calamitosa em relação ao aspecto financeiro. Na verdade, o que acontece é que muitas escolas simplesmente não conseguem mais arcar com os custos do dia-a-dia, muito menos atender as demandas da justiça em relação ao descumprimento de leis trabalhistas.

A única escola particular de um pequeno município no noroeste do Estado do Rio Grande do Sul fechou as portas no final do exercício escolar de 2008. A escola foi fundada em 1920, por famílias de descendentes de alemães. Com a saída do diretor, aumentaram as mensalidades, o que ocasionou a saída da classe baixa e mais tarde da própria classe média. A notícia pode ser conferida no endereço eletrônico do Jornal Noroeste <http:/www.jornalnoroeste.com.br/index.php?pgID=6121, acesso 09/09/11>. Na reportagem o que chama atenção é que os funcionários estavam constantemente entrando na Justiça do Trabalho, o que determinou o fechamento da instituição de uma vez por todas. Esse é um exemplo esclarecedor. Ao invés de se estudar uma saída para a situação da escola, com participação do Ministério Público, Prefeitura e donos da escola, prefere-se simplesmente deixar a escola a mercê de tudo, forçando o seu fechamento, mesmo sendo uma escola tradicional e única naquele município.

Muitas escolas mantêm alguns professores por longos anos o que, com o tempo acaba onerando demais a escola. O funcionário não quer se desligar da instituição para não perder os muitos anos de trabalho e a escola acaba não tendo dinheiro para desligar o professor, e este, às vezes, acaba fazendo um trabalho apenas mediano. Isso acaba prejudicando a situação da escola que vê a qualidade pedagógica cair e o número de reclamações aumentar. Para demitir um professor nesta situação a escola que cumprir a lei, vai acabar comprometendo grandes somas de dinheiro, perdendo sua capacidade de investimento. Isso pode virar uma bola de neve e prejudicar enormemente a escola.

Se mudanças administrativas, tais como demissões forem feitas neste contexto, é muito importante também cuidar a forma como serão feitas. Em escolas com declínio material evidente, com demissões e boatos de possível fechamento, tudo precisa ser feito com muito cuidado e com muito profissionalismo. Pais e alunos ficam receosos com os boatos e podem começar um ciclo de transferência que, às vezes, não terá fim se não for atacado. Toda a prudência é importante neste caso.

11 Recursos tecnológicos[5]

Parece um contrassenso: os alunos com tecnologia de ponta em suas casas e a escola ainda no tempo do quadro verde. Algumas escolas contam apenas com um Laboratório de Informática com os recursos básicos necessários para um funcionamento razoável dos softwares. Outras já evoluíram e passaram a trabalhar com aulas interativas, com um computador por aluno, Datashow ou lousa eletrônica, Ipads e, evidentemente, um professor antenado com as últimas tecnologias.

[5] É estudo em andamento e até o momento não aprofundamos este item de recursos tecnológico no diálogo com os autores.

Enquanto escolas investem em lousas digitais e programas em 3D outras mais tradicionais, desconhecem as facilidades e benefícios do acesso à portais e outras ferramentas para livre comunicação com o aluno. Alguns professores com blogs para revisão e aprofundamento de conteúdos e outros ainda "apavorados" diante de um treinamento na escola sobre novas tecnologias. Numa mesma escola temos dois modelos diferentes: a dos professores que acompanham as mudanças e a dos que assistem as mudanças com uma perplexidade paralisadora.

Segundo o informe nº 096, de 24/08/2011, da Ricardo Furtado & Associados (assessoria empresarial e educacional), os alunos entendem mais de computador e internet do que os professores. O informativo diz que "em pesquisa divulgada no último dia 9 pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.Br) mostra que 64% dos docentes entrevistados acreditam que os alunos entendem mais de computador e internet do que eles próprios". Ou seja, os próprios professores reconhecem que perderam essa disputa para os alunos.

12 Considerações finais

O tema abordado nesta pesquisa foi as principais causas do fracasso pedagógico e administrativo de escolas particulares nos últimos anos, o que muitas delas ao encerramento de suas atividades. Procuramos identificar os fatores que interferem no processo até o efetivo fechamento das unidades escolares. A conclusão a que se chega é que, embora vários fatores interfiram no processo, o fechamento de uma escola é sempre o fruto do fracasso pedagógico e administrativo. É difícil, no entanto, estabelecer a primazia de um desses fatores sobre o outro. É certo que os dois são causa e consequência simultaneamente.

Para além da dicotomia administrativo/pedagógica, os resultados apontam que múltiplos fatores são responsáveis pelo fracasso de escolas particulares, dentre eles: a carga tributária; a diminuição da demanda em função da redução do número de filhos por família; o impacto da Lei do Calote e/ou da inadimplência sobre a escola; a incompetência pedagógica e administrativa; a concorrência cada vez mais acirrada, a falta de política para concessão de bolsas e descontos financeiros.

De maneira geral, conclui-se que estas escolas não acompanharam a profissionalização da gestão e não construíram estratégias competitivas, geradoras de valor, para manterem-se no mercado. Logo, programa de qualificação de gestores e planejamento estratégico educacional com boas ferramentas de gestão apresenta-se como fatores que podem estancar o fracasso pedagógico e administrativo de escolas particulares. Além disso, é preciso que a escola fique extremamente atenta aos seus resultados pedagógicos, à forma como se divulga e à imagem que as pessoas tem quanto à sua estrutura física e quanto à produção de resultados de aprendizagem.

Consideramos que um dos avanços da pesquisa é o fato de alertarmos para os fatores em curso até o efetivo fechamento de uma escola. Em síntese, caberá sempre ao administrador um olhar atento sobre a realidade de sua escola. Mas é importante que tenha o *timing* para saber a hora em que deve agir, sem fazer mais do mesmo, mas buscar efetivamente as soluções com certa dose de ousadia. É uma hora crucial para uma escola. Hora em que se decide, por exemplo, se vale ou não fazer mais um investimento e apostar num trabalho pedagógico diferenciado, cujo resultado pode demorar a chegar. De qualquer forma, a escola deverá atacar a onda de pessimismo que, às vezes, se espalha no próprio ambiente escolar e nos ambientes externos próximos. Em algum momento é necessário que os pais e alunos percebam que efetivamente alguma mudança está em curso, e, que esta será para melhor.

O grande limite da pesquisa foi a falta de aprofundamento uma vez que a pesquisa está em andamento e o fato de não existir uma referência de porte sobre o objeto específico do nosso estudo: a falência e o fechamento de escolas particulares. Embora tenhamos bons expoentes na área de gestão escolar como Libâneo, Lück, Paro e outros. Necessário se fez, então, recorrer a informações de sindicatos, bibliografia com abordagem em administração e, de modo especial, em administração escolar, sites especializados em educação e outros.

No contraponto deste artigo, num futuro próximo pode-se investir em pesquisas que mostrem boas práticas em gestão educacional como antídoto contra a descontinuidade de obras. Há escolas que conseguiram reverter este cenário e assim alcançaram o sucesso pedagógico e administrativo. Para isso levaram em conta boas práticas de gestão: o conhecimento sobre aspectos legais; a densidade demográfica da população; o impacto da Lei do Calote sobre a escola; a competência pedagógica e administrativa; a competitividade; estratégias para diminuir os índices de inadimplência e de financiamento estudantil e por fim a formação continuada dos gestores.

Referências

ALVES, Manoel. *Sistema Católico de Educação e Ensino no Brasil: uma nova perspectiva organizacional e de gestão educacional*. Revista Diálogo Educacional, Curitiba, v. 6, n.19, p.127-140, st/dez/2006.

BIANCARELLI, Aureliano. *Sem alunos, 25% das escolas podem quebrar*. http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u10996.shtml. 14/10/2002, acesso em 03/05/2015.

CASTRO, Bruno de. *Marista fecha sede no Mondubim*. Disponível em http://www.opovo.com.br/app/fortaleza/2010/09/30/notíciafortalezajornal, 2047599< acesso em 25/04/16.

DOURADO, Edmundo. *Lei do Calote virou rotina nas escolas particulares*< Disponível em http://www2.uol.com.br/aregião/entrev/e-dourado04.htm> acesso em 14/06/11.

FENEP. PESQUISA DE OPINIÃO SOBRE A REDE PARTICULAR DE ENSINO. Disponível em <http://www.fenep.org.br/wp-content/uploads/2012/09/Pesquisa-Ibope.pdf.> Acesso em 28/04/16.

FURTADO, Ricardo. *Alunos entendem mais de computador e Internet do que professores*, mostra pesquisa. VolXVIII – nº 096 – acesso em 24/08/11.

IBGE. CENSO DEMOGRÁFICO 2010. Características da população e dos domicílios: resultados do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/ acesso 25/04/16.

JORNAL NOROESTE. *Única escola particular de Tuparandi fecha as portas*< Disponível em http://www.jornalnoroeste.com.br/index.php?pgID=6121> acesso em 30/05/11

MACHADO, M. A. M de. Desafios a serem enfrentados na capacitação de gestores escolares. Em aberto, Brasília, v.17, p.97-112, fev/jun. 2000. Disponível em

http://www.rbep.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/viewFile/1095/996. Acesso em (Placeholder1)09/06/2016.

_____. *Mais uma escola particular fecha as portas no Estado*. Disponível em< http:/www.sinpro-rs.org.br/main.asp?link=noticia&id=360> acesso em 05/05/16.

NOGUEIRA, Daniela. *Quarenta escolas fecharão as portas. Disponível* em http:/www.opovo.com.br/www/opovo/fortaleza/533747.html, acessado em 30/05/11.

OLIVEIRA, Renata. *Uma realidade flagrante de descaso*<Disponível em http://www.seculodiario.com.br/arquivo/2007/dezembro/08_09/reportagens/08_12_01.asp> acesso em 13/07/11

PROTESTE.*Colégio fecha as portas*: *danos aos alunos* < Disponível em http://www.proteste.org..br/consumidor/colleacute-gio-fecha-as-portas-dano-aos-alunos-s459911.htm> acesso em 40/05/16.

RAMOS, Nilson. *Um olhar sobre o ensino privado* <Disponível em http://www.ubep.com.br/products/um-olhar-sobre-o-ensino-privado-nilson-ramos> acesso em 24/03/11.

RIBEIRO, Maria Luisa Santos Ribeiro. *História da Educação Brasileira – a organização escolar*, 16ª Ed., São Paulo: Autores Associados, 2000.

RIBEIRO, Edgar Flexa. *Escola fecha as portas na zona oeste sem avisar pais de alunos* <Disponível em http://oglobo.globo.com/sp/mat/2009/02/04/escola-fecha-as-portas-na-zona-oeste-sem-avisar-pais-de-alunos-754264316.asp> acesso em 30/04/16.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira, *História da Educação no Brasil*, 4ª Ed., Petrópolis: Vozes, 1983.

SINPRO ONLINE. *Problemas de gestão levam colégio a fechar as portas.* Disponível em < http:/www.sinpro-rs.org.br/extraclasse/set03/sindicato4.htm – acessado em 30/05/11>

TAKAHASHI, Fábio. *Sindicato prevê o fechamento de 30% das escolas particulares*<Disponível em < http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u15238.shtml>

UNIVERSA. *Escolas privadas e a lei do calote***.** Disponível em <http://noticias.universa.com.br/destaque/noticia/2005/10/21/459580/escolas-privadas-e-lei-do-calote.html, acesso em 17/04/16 >

ZAREMBA, Henrique. *Escola Particular e a Lei do Calote*. Disponível em http://www.folhadirigida.com.br/htmls/hotsites/professor_2003/cad_06/DephenriquezarembaFdg.htm, acesso em 14/06/11.

TRADUTOR E INTÉRPRETE DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS: DIFICULDADES E AVANÇOS

Ana Gabriela Hoernig; Psicopedagoga Clínica e
Institucional pela Universidade La Salle,
Canoas, RS;
E-mail: anagabriela.hoernig@gmail.com.

Zenilde Sganzerla; Mestre em Memória Social e
Bens Culturais pela Universidade La Salle,
Canoas, RS;
E-mail: zenilde@unilasalle.edu.br.

Resumo:

O tema deste artigo é direcionado para a atuação e formação do profissional Tradutor e Intérprete de Língua Brasileira de Sinais no mercado de trabalho. Esse artigo tem como objetivo identificar dificuldades e avanços na atuação do intérprete da Língua Brasileira de Sinais, que podem ser enfrentadas por esses profissionais assim como pelos alunos surdos e também os avanços que são alcançados e conquistados por eles ao longo de sua trajetória escolar e profissional. A metodologia utilizada no trabalho é baseada na revisão de literatura, com análise dos textos estudados. Os resultados informam que existem dificuldades, mas também existem avanços, os quais favorecem a inclusão de alunos surdos, sendo que os tradutores e intérpretes da Língua Brasileira de Sinais estão capacitados para atuarem nessa profissão, pois tem sua formação voltada para esta área. Conclui-se que é muito importante a adequada formação do tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais para sua atuação junto à formação da pessoa surda.

Palavras-chave: Língua Brasileira de Sinais. tradutor e intérprete e alunos surdos.

1 Introdução

O presente trabalho pretende abordar o serviço prestado pelo Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) para alunos surdos que se encontram em diferentes instituições de ensino. Esse trabalho deve ser realizado desde o momento que a pessoa surda passa a ser um aluno de uma determinada instituição. Para Casagrande uma preocupação que deve existir é com relação a comunicação pois: "A comunicação precede a emergência da mente, e a linguagem é o campo no qual a mente se estrutura e no qual habita" (2014, p.46).

Devemos lembrar que esse trabalho precisa ser continuado em casa pelos pais dos alunos a partir da convivência que eles têm com seus filhos. Os pais devem buscar compreender que seu filho é especial. Depois de terem obtido essa compreensão devem ser capazes de conseguir se comunicar com os seus filhos através da Língua Brasileira de Sinais. De acordo com Bassani, Chagas, Duarte et al (2015, p.182):

> O ser humano passa por inúmeras experiências em tempos diferentes, por meio das interações e das práticas de linguagem, e a qualidade dessas interações irá refletir no seu desenvolvimento. No caso do surdo, isso também não é diferente, para que o surdo adquira a linguagem esta precisa ser bastante estimulada desde a infância.

De acordo com Quadros (2004, p.10): "A surdez é uma consubstancia de experiências visuais do mundo. Do ponto de vista clínico comumente se caracteriza a surdez pela diminuição da acuidade e percepção auditivas que dificulta a aquisição da linguagem oral de forma natural". Na escola, assim que essa pessoa começa a ser ensinada por um professor ou mais, os mesmos devem buscar saber como dar atenção para seu aluno surdo, por esse motivo é importante que ele tenha a sua disposição a ajuda do Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais (TILS).

Para Bassani, Chagas, Duarte et al (2015, p.180) "Alguns até são incluídos do ponto de vista físico, em escolas regulares, mas como não são oferecidas condições necessárias para sua permanência, acabam por desistir de estudar". Se houver ajuda do tradutor e intérprete, bem como de seus pais, os alunos que frequentaram essas instituições podem se relacionar com outras pessoas com mais sucesso e poderão dar continuidade aos seus estudos e então estarão aptos para ingressar no mercado de trabalho.

2 Metodologia

A metodologia utilizada para o trabalho foi à revisão de literatura sobre o tema abordado com análise textual e contribuições do diário de campo dos pesquisadores, sendo, portanto uma pesquisa qualitativa. De acordo com Minayo (2017, p. 2) a pesquisa qualitativa "mais atenta com sua dimensão sociocultural que se expressa por meio de crenças, valores, opiniões, representações, formas de relação, simbologias, usos, costumes, comportamentos e práticas". O assunto escolhido para a elaboração do trabalho foi à formação e atuação do tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais no mercado de trabalho.

3 Dificuldades na atuação do tradutor e intérprete de Libras

O propósito dos resultados e das discussões desse trabalho é abordar os pontos positivos e negativos que existem no trabalho do tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais. Os pontos negativos foram denominados como dificuldades desse profissional e os pontos positivos são descritos como os avanços dessa língua.

As pessoas utilizam diversos tipos de linguagem para se comunicar. Para Casagrande (2014, p.23): "A linguagem e a capacidade de comunicação diferenciam os seres humanos dos outros animais". E ainda, conforme este autor "A diferenciação evolutiva da sociedade humana em relação às outras sociedades animais pauta-se no uso comunicativo da linguagem" (2014, p. 28). No caso de pessoas surdas, estas se diferenciam das outras através da sua linguagem em que elas usam os gestos para se comunicar com as outras pessoas. De acordo com Bassani, Chagas, Duarte et al (2015, p183) "A aprendizagem do surdo é diferente da do ouvinte e que este necessita de uma instrução baseada na visão e não na audição".

Em relação a Língua de Sinais, alguns autores constataram que existem vários mitos referentes ao assunto da Língua de Sinais Brasileira e o primeiro mito trata que a língua de sinais seria uma mistura de pantomima e gesticulação concreta, incapaz de expressar conceitos abstratos. De acordo com Quadros e Karnopp (2007, p.31): "Tal concepção declara que os sinais não são símbolos arbitrários como as palavras, mas carregam uma relação icônica ou representacional de seus referentes".

Nesse caso os autores estudados não somente apontam pontos positivos como pontos negativos para a comunicação e o relacionamento da pessoa surda como também do trabalho de tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais, assim como do convívio com familiares e amigos. Conforme afirma Groppo (2012, p.14): "O desconhecimento e dificuldades dos docentes em aprender a Língua de Sinais, podem sugerir atitudes discriminatórias de uma maioria linguística".

O segundo mito afirma que haveria uma única e universal Língua de Sinais usada por todas as pessoas surdas. Para Quadros e Karnopp (2007, p.33): "Essa concepção ainda faz parte do senso comum. As pessoas normalmente perguntam se as línguas de sinais não são universais".

Sabemos que outros autores também apontam que há muitos anos quando uma família tinha um filho surdo que a mesma devia se desfazer da criança, pois devia ter uma maldição. Segundo Araújo et.al. (2008, p.1): "Ao longo da história da humanidade encontramos registros de que durante muitos anos as pessoas que nasciam com algum tipo de deficiência eram afastadas do convívio social".

O terceiro mito aponta que haveria uma falha na organização gramatical da Língua de Sinais, que seria derivada das Línguas de Sinais Brasileira, sendo um pidgin sem estrutura própria, subordinado e inferior às línguas orais. De acordo com Quadros e Karnopp (2007, p.34): "Em relação a essa concepção, pode-se comprovar que a língua de sinais é completamente independente das línguas faladas nos países em que são produzidas".

Existem escolas em que os professores não se preocupam em atuar no foco do ensino e aprendizagem de maneira que o aluno aprenda, mas também possa ensinar outras pessoas, pois eles estão focados em prepará-los para o vestibular, realizando provas que tenham sido realizadas nos vestibulares de anos anteriores. Conforme destaca Chalita (2004, p.58): "A escola que tem por objetivo ser uma fábrica de mentes para o vestibular não terá preparado ninguém para a vida".

O quarto mito trata sobre o assunto de que a Língua de Sinais seria um sistema de comunicação superficial, com conteúdo restrito, sendo estética, expressiva e linguisticamente, inferior ao sistema de comunicação oral. Para Quadros e Karnopp (2007, p.35): "Esta concepção declara que faltam às línguas de sinais complexidade e poder expressivo, sendo consideradas empobrecidas lexical e gramaticalmente não expressando proposições abstratas".

Mas devemos perceber que a comunicação no caso das pessoas surdas não apresenta somente pontos negativos como também alguns positivos, sendo que através da comunicação se dá a interação social. Conforme afirma Casagrande (2014, p.25): "Através do uso da linguagem e de símbolos significantes, o individuo internaliza as atitudes do seu grupo social".

Algumas instituições de ensino afirmam que quando acontece uma substituição de professor em uma turma em que exista algum aluno surdo essa situação poderá acarretar problemas para a vida escolar do aluno. Segundo Chalita (2004, p.67): "O professor não será substituído, mas deverá mudar seu foco de atuação, passando de mero facilitador do processo de transmissão do conhecimento para um interventor, um problematizador".

O quinto mito aborda a questão de que as Línguas de Sinais derivariam da comunicação gestual espontânea dos ouvintes. De acordo com Quadros e Karnopp (2007, p.36):

> A ideia de que a língua de sinais não são línguas, mas sim apenas gestos que se originam na comunicação gestual espontânea, e, portanto, universal, inferior e limitada, advém de longa data, quando acreditava-se que a linguagem estava associada à capacidade do ser humano de falar.

Por sua vez percebemos uma grande dificuldade de relacionamento das pessoas surdas com seus familiares por que pode existir desentendimento entre seus pais e que essa situação pode levar a separação deles. Conforme cita Chalita (2004, p.17): "Não se experimentou para a educação informal nenhuma célula social melhor do que a família. É nela que se forma o caráter".

Nesse momento também é importante analisar o caso trazido por autores chamado de arbitrariedade em que é explicado como sendo o caso em que o sinal não tem nada a ver com a palavra que foi dita ou lida. Para Quadros e Karnopp (2007, p.26): "O caso mais obvio de arbitrariedade da língua diz respeito à relação entre forma e significado". Porém nesse sentido Casagrande (2014, p.31) também considera que a comunicação deve diferenciar os gestos: "Analisa e diferencia os gestos simples dos gestos significativos, aqueles gestos carregados de significado".

Muitas pessoas que convivem com os surdos afirmam que eles não têm condições de aprender coisas novas e acabam por considera-los como doentes. Segundo Chalita (2004, p.35): "O jovem é simples e tem uma fantástica disposição para a vida sem temer o novo; conserva uma mensagem de grandeza e de força que é peculiar ao ser humano".

Podemos entender a palavra arbitrariedade como sendo o sinal sem relação que foge de como encontramos a palavra escrita ou falada. De acordo com Quadros e Karnopp (2007, p.26): "A arbitrariedade, no que diz respeito à língua, não se restringe à ligação entre forma e significado". Ou seja, quando vemos uma palavra e fazemos um sinal que não está relacionado àquela palavra dizemos que usamos um sinal de arbitrariedade.

Na escola percebemos que os professores que não estão capacitados para ensinar os seus alunos, para que os mesmos venham a aprender, causará prejuízo aos alunos não apenas na aprendizagem, mas também quando esse mesmo aluno escolher um curso. Conforme afirma Hengemule (2011, p.112): "Os alertas feitos ao que possa haver, mesmo, de exacerbação nesse modelo educativo, não deixam, contudo, de validar o essencial que ele quer afirmar: A centralidade do aluno, e de cada aluno, no processo educativo".

Nesse caso podemos afirmar que a citação dos autores está relacionada com o sexto mito em que as Línguas de Sinais, por serem organizadas espacialmente, estariam representadas no hemisfério direito do cérebro, uma vez que esse hemisfério é responsável pelo processamento de informação espacial, enquanto que o esquerdo, pela linguagem. De acordo com Quadros e Karnopp (2007, p.36): "Em suma, tais concepções equivocadas em relação às Línguas de Sinais compartilham traços comuns, assinalando um estatuto linguístico inferior em relação ao plano de superfície".

Muitas pessoas por terem desconhecimento sobre o assunto de surdez acabam afirmando que esse problema que muitas pessoas enfrentam é uma associação de deficiências. Sobre isto vejamos o que diz a autora Souza (2015, p.171): "A surdez não está necessariamente associada a outras deficiências e é essencial que a pessoa surda seja considerada em sua individualidade, com características pessoais e únicas, assim como todas as demais pessoas".

Através de outras leituras podemos perceber outra dificuldade, provocada pelo tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais e a questão do abuso, quando ele julga que sabe demais. De acordo com Rosa (2005, p.99): "O abuso na interpretação é um fator complicador para a comunidade surda, justamente pela sua especificidade e sua historia de exclusão social".

Mas além dessa confirmação feita de que a Língua Brasileira de Sinais não é associada a outras deficiências percebemos que existem poucos profissionais com formação em tradutor e intérprete de LIBRAS. Conforme destaca Souza (2015, p.179):

> Ainda faltam profissionais capacitados, qualificados na área. Sua atuação pode ser considerada como a principal adaptação existente para que o surdo seja efetivamente incluído na escola e possa ter os seus direitos de aprendizagem assegurados.

Outra dificuldade encontrada é com relação à profissão que não era regulamentada e que nenhuma instituição de ensino poderia formar profissionais para serem tradutores e intérpretes da Língua Brasileira de Sinais. Houve épocas e situações em que não havia profissional formado. Conforme afirma Rosa (2015, p.99): "O fator complicador está ligado ao fato de ser uma profissão não regulamentada e por não haver qualquer instituição de ensino que se destine a formar intérpretes, estes são, geralmente pessoas do convívio e da confiança da comunidade surda".

Todas as dificuldades que foram apontadas no decorrer desse artigo nos mostram que precisam ser tomadas posições em beneficio da pessoa surda com relação a aprendizagem, estudo, trabalho, comunicação e relacionamento. Desse ponto de vista Quadros e Karnopp (2007, p.88) a dificuldade encontrada com relação a essa língua foi que "A estrutura dos sinais da língua de sinais brasileira é complexa, apresentando algumas propriedades nas línguas de sinais, que não são encontradas nas línguas orais".

4 Avanços na atuação do tradutor e intérprete de Libras

Os estudos apresentados a seguir foram realizados por autores da área que apresentam pontos positivos a respeito do tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais. Um dos pontos positivos destacados pelas autoras Quadros e Karnopp (2007, p.102) foram criar novas palavras: "Assim, criar novas palavras pelo processo de composição é muito comum nas línguas do mundo e este processo é bastante frequente também na língua de sinais brasileira". Outros autores, como Casagrande (2014, p.24) consideram que a linguagem, como a utilizada pelos surdos é a comunicação simbólica: "A linguagem, tomada sob o ponto de vista da comunicação simbólica, constitui-se na base distintiva entre a sociedade humana e as sociedades de outros animais".

A pessoa surda é capaz de olhar um sinal e tentar fazer, reproduzir o sinal, por isso essas pessoas também têm a sua própria comunicação e através disso são capazes de se comunicar somente com amigos surdos. Conforme afirma Silvestre (2007, p.75):

> Como se sabe, o modo como a pessoa surda integra a surdez na construção da própria identidade ocorre em grande parte em função de outros fatores, como a qualidade de sua comunicação com o entorno mais imediato e a representação social dominante da surdez desse meio mais próximo.

Mas para Casagrande (2014, p.26) além dessa pessoa ter capacidade de olhar um sinal e tentar fazer, reproduzindo-o através da comunicação simbólica, ela também consegue fazer os sinais e se comunicar graças ao desenvolvimento do sistema nervoso central: "Além da comunicação simbólica, o desenvolvimento do sistema nervoso central consiste numa base fisiológica imprescindível ao ser humano".

Assim sendo, vemos aqui a importância do tradutor e intérprete dessa língua. Como são profissionais ouvintes devem saber reconhecer o som das letras para fazer a palavra e mostrar para o aluno surdo se a mesma não tiver sinal. Segundo Quadros e Karnopp (2004, p.17): "A fonética é a ciência que estuda os sons como entidade físico-articulatórias isoladas".

A partir da fonética percebemos que a comunicação tem um significado para a comunidade e para cada uma das pessoas. Conforme afirma Casagrande (2014, p.41): "A comunicação consiste, por conseguinte, no principio básico de organização da comunidade humana e do processo de individuação".

Além de contarem com a ajuda desses profissionais e de seus pais as pessoas surdas também devem ter a seu favor as leis e convivência com outras pessoas. Para Groppo (2012, p.4): "No caso dos alunos surdos, as transformações têm ocorrido sobre as concepções de sujeitos surdos, de surdez, da língua dessa comunidade, de politicas educacionais e de análise das relações de poderes e saberes entre os surdos e os ouvintes".

A existência da sociedade também acaba ajudando no desenvolvimento de cada indivíduo o que acaba tornado a pessoa mais humana. Para Casagrande (2014, p.27):

> Se, por um lado, a existência da sociedade e, especialmente da comunicação simbólica, consiste na precondição do desenvolvimento da pessoa humana, por outro, são as pessoas que possibilitam a existência de uma sociedade distintivamente humana.

Como tradutor e intérprete, além de sabermos fazer os sinais, precisamos buscar saber o som das letras e palavras, pois primeiramente o aluno surdo deve ser ensinado com a sua primeira língua que é a Língua Brasileira de Sinais e depois com a língua materna ou segunda língua, que é o português. De acordo com Quadros e Karnopp (2007, p.17): "A fonologia estuda os sons do ponto de vista funcional como elementos que integram um sistema linguístico determinado".

Mais tarde eles conseguirão aprender a Língua Portuguesa, e assim se comunicar com as pessoas ouvintes, mas antes de conseguirem se expressar através da fala com os outros, primeiramente aprendem a sua língua e se comunicam com as pessoas surdas. Conforme destaca König (2000, p.4): "A historia, bem como as filosofias educacionais para os surdos, é o primeiro passo para iniciar um estudo com o objetivo de relacionar a linguagem, a exposição ao meio social e a qualidade de interações interpessoais". Também se considera que quando uma pessoa, sendo ela surda ou não, internaliza seus gestos ela também consegue se comunicar. De acordo com Casagrande (2014, p.46) "A internalização dos significados dos gestos possibilita o dialogo do individuo consigo mesmo e abre a possibilidade de uma relação de entendimento com os outros".

Além de estudar o som das letras que é chamado de fonologia, o tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais também precisa conhecer a forma como as palavras são escritas e faladas. Para Quadros e Karnopp (2007, p.19) a morfologia "é o estudo da estrutura interna das palavras, ou seja, da combinação entre os elementos que formam as palavras e o estudo das diversas formas que apresentam tais palavras quanto à categoria de numero, gênero, tempo e pessoa". No caso da Língua de Sinais, as pessoas se comunicam umas com as outras através de gestos, citamos, então, Casagrande (2014, p.32), o qual afirma: "O gesto, principio natural da comunicação e do ato social, converte-se em símbolo significante mediante a interação dos organismos, dando origem a significados e à possibilidade de entendimento entre dois ou mais indivíduos".

A pessoa que nasce sem poder ouvir e falar, que é considerada como uma pessoa surda deve ser respeitada tanto quanto uma pessoa ouvinte. Segundo Araújo et.al. (2008, p.4): "A preocupação dos educadores atualmente é respeitar a autonomia das línguas de sinais e estruturar um plano

educacional que não afete a experiência psicossocial e linguística da pessoa surda". Essa medida desde cedo ajudará o educador a amenizar as suas preocupações com relação ao ensino dos alunos surdos.

Nesse ponto também cabe lembrar que as pessoas surdas não aprendem primeiramente a Língua Portuguesa, mas sim a Língua de Sinais Brasileira, pois é através dessa que as pessoas surdas têm interação com aqueles que estão sujeitos as mesmas dificuldades. Para Quadros e Karnopp (2007, p.30): "As línguas de sinais são, portanto, consideradas pela linguística como línguas naturais ou como um sistema linguístico legitimo e não como um problema do surdo ou como uma patologia da linguagem".

Além de saber que existem mitos sobre a sua profissão o tradutor e intérprete de LIBRAS, como profissional precisa ter acesso ao código de ética. Esse código foi dividido em quatro capítulos contendo um artigo único, sendo que os temas dos capítulos foram: Princípios fundamentais, relações com o contratante do serviço, responsabilidade profissional e relações com os colegas. O primeiro capítulo aborda os princípios fundamentais que conforme cita Quadros (2007, p.31-32) são:

Capítulo 1 Princípios fundamentais

Artigo 1º. São deveres fundamentais do intérprete:

1°. O intérprete deve ser uma pessoa de alto caráter moral, honesto, consciente, confidente e de equilíbrio emocional. Ele guardará informações confidenciais e não poderá trair confidencias, as quais foram confiadas a ele;

2º. O intérprete deve manter uma atitude imparcial durante o transcurso da interpretação, evitando interferências e opiniões próprias, a menos que seja requerido pelo grupo a fazê-lo;

3º. O intérprete deve interpretar fielmente e com o melhor da sua habilidade, sempre transmitindo o pensamento, a intenção e o espírito do palestrante. Ele deve lembrar dos limites de sua função e não ir além de a responsabilidade;

4°. O intérprete deve reconhecer seu próprio nível de competência e ser prudente em aceitar tarefas, procurando assistência de outros intérpretes e/ou profissionais, quando necessário, especialmente em palestras técnicas;

5°. O intérprete deve adotar uma conduta adequada de se vestir, sem adereços, mantendo a dignidade da profissão e não chamando atenção indevida sobre si mesmo, durante o exercício da função.

Ser um profissional que atue na área de tradutor e intérprete da Língua Brasileira de Sinais tem vantagens e desvantagens, pois é dever desse profissional atuar corretamente em sua área. Para Cruz (2016, p.2):

> A profissão de Tradutor Intérprete surge a partir do momento em que dois grupos com línguas diferentes não se compreendem, necessitando então de alguém que faça parte dos dois mundos linguísticos para fazer a mediação, a tradução e interpretação para ambas as partes.

O segundo capítulo trata de um assunto referente a relação de contratação de serviços de profissional tanto por instituições de ensino quanto do mercado de trabalho. Segundo Quadros (2007, p.32):

Capitulo 2 Relações com o contratante do serviço

6°. O intérprete deve ser remunerado por serviços prestados e se dispor a providenciar serviços de interpretação, em situações onde fundos não são possíveis;

7°. Acordos em níveis profissionais devem ter remuneração de acordo com a tabela de cada estado, aprovada pela FENEIS.

Também podemos perceber que não somente os tradutores e intérpretes sofrem para aprender a Língua Brasileira de Sinais para ajudarem as pessoas surdas em sua aprendizagem como podemos afirmar que as próprias pessoas também sofrem. De acordo com Cruz (2016, p.4):

> Os surdos passaram por grandes lutas culturais, sociais e linguísticas, ao longo dos séculos. Do momento que eram considerados imbecis, incapazes, deficientes e loucos até o momento de serem chamados "estrangeiros linguísticos", foram anos de sofrimento e exclusão.

Por se tratar do código de ética percebemos que o assunto do terceiro capítulo será focado na responsabilidade profissional. Conforme afirma Quadros (2007, p.32-33):

Capítulo 3 Responsabilidade profissional

8°. O intérprete jamais deve encorajar pessoas surdas a buscarem decisões legais ou outras em seu favor;

9º. O intérprete deve considerar os diversos níveis da língua brasileira de sinais bem como da Língua Portuguesa;

10°. Em casos legais, o intérprete deve informar à autoridade qual o nível de comunicação da pessoa envolvida, informando quando a interpretação literal não é possível e o intérprete, então terá que parafrasear de modo claro o que está sendo dito à pessoa surda e o que ela está dizendo à autoridade;

11º. O intérprete deve procurar manter a dignidade, o respeito e a pureza das línguas envolvidas. Ele também deve estar pronto para aprender e aceitar novos sinais, se isso for necessário para o entendimento;

12°. O intérprete deve esforçar-se para reconhecer os vários tipos de assistência ao surdo e fazer o melhor para atender as suas necessidades particulares.

Mas os tradutores e intérpretes não atuam somente em instituições de ensino, eles também podem atuar em outros ambientes, no caso do ambiente religioso eles serão chamados de intérpretes religiosos. Para Cruz (2016, p.10):

> O intérprete que atua em igrejas é chamado de Intérprete Religioso. Esse deve ter um profundo conhecimento bíblico e de sinais relativos à religião para que sua atuação seja bem sucedida. Esse ambiente é considerado por muitos como o berço desse profissional, pois a maioria dos TILS começaram a atuar fazendo trabalhos em missões evangelísticas ou eram amigos de surdos e resolveram levá-los para a igreja.

Porém o enfoque do quarto capítulo é o relacionamento com os colegas e demais pessoas com quem eles convivem. Segundo Quadros (2007, p.33):

Capítulo 4 Relações com os colegas

13°. Reconhecendo a necessidade para o seu desenvolvimento profissional, o intérprete deve agrupar-se com colegas profissionais com o propósito de dividir novos conhecimentos de vida e desenvolver suas capacidades expressivas e receptivas em interpretação e tradução.

Através da citação das autoras percebemos que as pessoas com deficiência auditiva conseguem se relacionar com outras quando estão incluídas em uma comunidade surda. Porém, através de estudos realizados por pesquisadores voltados para a necessidade dos surdos pensa em se ofertar uma educação bilíngue para eles, para que possam se comunicar com todas as pessoas. De acordo com Lacerda, Albres e Drago (2013, p.67): "As comunidades surdas no Brasil, aliadas a pesquisadores atentos às necessidades de aquisição e desenvolvimento de linguagem das pessoas

surdas, passaram a debater a importância de se ofertar uma educação em uma perspectiva bilíngue para surdos".

Porém outra autora afirma que a palavra que é falada por um profissional da Língua Portuguesa deve ser interpretada e traduzida de forma que a tradução e a interpretação de um texto em português não deve ser diferenciado para um aluno surdo. Conforme afirma Lodi (2013, p.55): "Essa leitura é corroborada pelo fato de estar previsto o serviço de tradutores e intérpretes de Libras/Língua Portuguesa para todos os níveis educacionais, sem diferenciação dos processos específicos relacionados ao período de desenvolvimento de linguagem em Libras pelos alunos".

Com os avanços que já foram apontados até o momento nesse artigo podemos afirmar que muito já foi feito em relação as pessoas surdas, mas que ainda há muito a ser feito. Não devemos somente saber como conversar com essas pessoas, mas sim saber também como elas pensam. Para Casagrande (2014, p.51): "O pensar, processo social por excelência, tal qual o conversar, consiste numa resposta às palavras ou gestos de outro alguém".

5 Considerações finais

O objetivo do artigo foi de analisar a relação da pessoa surda com a instituição escolar e também observar como ela deve ser ensinada na escola. Por isso devemos novamente lembrar que os professores que trabalham com ela nesse ambiente devem ter a sua disposição a ajuda de um profissional capacitado que é o tradutor e interprete da Língua Brasileira de Sinais. Pois com essa ajuda e com um bom relacionamento com a família, essa pessoa está apta para entrar em uma faculdade e ter a sua disponibilidade a ajuda desse profissional e assim conseguir acessar o mercado de trabalho.

Os pontos negativos que são abordados nesse artigo mostram as dificuldades que as pessoas surdas enfrentam na instituição e na sociedade. Como tema principal dessas dificuldades, os autores que foram estudados no decorrer desse artigo nos apontam os mitos que surgiram ao longo da história de pessoas surdas. O mito por sua vez é considerado como uma narrativa de significado simbólico que é passado de geração para geração e que um determinado grupo considera como verdadeira.

Os pontos positivos por sua vez, que também são apontados nesse artigo, nos levam a ver a importância do código de ética do tradutor e interprete da Língua Brasileira de Sinais que foi pensada e elaborada em favor das pessoas surdas. Esse código com seus princípios fundamentais, relações com o contratante do serviço, responsabilidade profissional e relações com os colegas.

O assunto que trata este artigo apresentou um breve estudo sobre a importância da formação e atuação do tradutor e intérprete de Libras. Muito ainda pode ser desenvolvido sobre este tema, como por exemplo, a aprendizagem do aluno surdo com a ajuda destes profissionais.

Enfim, podemos apontar e confirmar que a atuação e a função do tradutor e interprete da Língua Brasileira de Sinais não é somente fazer bem o seu trabalho na instituição e sociedade, mas sim que consiga acabar com os mitos que foram estudados e apontados a seu respeito como também fazer bem o seu trabalho conforme é apontado no código de ética da sua profissão.

Referências

ARAUJO, Danielli Mirelli da Silva; SILVA, Marcelle de Castro; SOUZA, Wilma Pastor de Andrade. *A influência da Libras no processo educacional de estudantes surdos em escola regular*. Recife: Pernambuco, 2008.

BASASNI, Janaína Aparecida Silva; CHAGAS, Flomar Ambrosina Oliveira; FERREIRA, Kelly Cristine *et al.* Ensino-aprendizagem de ciências destinado ao aluno surdo: legislação, linguagem e sugestões metodológicas. *In: XII Semana de Licenciatura III Seminário de Pós-Graduação em Educação para Ciências e Matemática I Encontro de Egressos do Mestrado* Jataí, GO, 2015.

CASAGRANDE, Cledes Antonio. *G. H. MEAD e a Educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. *Educação:* a solução está no afeto. São Paulo: Gente, 15 ed., 2004.

CRUZ, Raquece Mota Honório. Conflitos Éticos na Atuação do Tradutor Intérprete de Libras. *Centro e revista virtual de cultura surda*. n. 17, fev. 2016, Petrópolis; Arara Azul.

GROPPO, Daniela Paladini. *Intérprete de Libras e alunos surdos: comunicação em sala de aula.* http://www.unifia.edu.br/revistaeletronica/revistas/educacao foco/artigos/ano2011/ libras.pdf. Acesso em 14/05/2017.

HENGEMULE, Edgard. *Educação centrada no aluno.* FOSSATTI, Paulo; CASAGRANDE, Cledes Antônio (Org.). *Ensinar a bem viver.* Canoas: Unilasalle, 2011.

KÖNIG, Roselene; LEMES, Adriana. Aquisição da linguagem das crianças surdas. VIII Salão de Iniciação Científica e Trabalhos Acadêmicos, 2007. http://guaiba.ulbra.br/seminario/eventos/2007/artigos/letras/298.pdf Acesso em 14/05/2017.

LODI, Ana Claudia Balieiro. Educação bilíngue para surdos e inclusão segundo a Política Nacional de Educação Especial e o Decreto n°5.626/05. *Educação e Pesquisa,* São Paulo, v.39, n.1, p.49-63; jan. – mar. de 2013.

LACERDA, Cristina Broglia Feitosa de; ALBRES, Neiva de Aquino; DRAGO, Silvana Lucena dos Santos. Política para uma educação bilíngue e inclusiva a alunos surdos no município de São Paulo. *Educação e Pesquisa,* São Paulo, v.39, n.1, p.65-80, jan. – mar. 2013.

MINAYO, Maria Cecilia de Souza. Amostragem e saturação em pesquisa qualitativa: consensos e controvérsias. *Revista Pesquisa Qualitativa*. São Paulo, v. 5, n. 7, p. 01-12, abril. 2017.

QUADROS, Ronice Muller de. *O tradutor e intérprete de língua brasileira de sinais e língua portuguesa.* Secretaria de Educação Especial; Programa Nacional de Apoio à Educação de Surdos-Brasília: MEC, SEESP/2004.

QUADROS, Ronice Muller de.; KARNOPP, Lodenir Becker. *Língua de Sinais Brasileira: Estudos Linguísticos.* QUADROS, Ronice Muller de.; KARNOPP, Lodenir Becker. Porto Alegre: Artmed, 2007.

ROSA, Andréa da Silva. *Entre a visibilidade da tradução da língua de sinais e a invisibilidade da tarefa do intérprete.* Campinas: UNICAMP, 2005.

SILVESTRE, Núria. Educação e aquisição da linguagem oral por parte de alunos surdos. SOUZA, Regina Maria de; SILVESTRE, Núria; ARANTES, Valeria Amorim. *Educação de surdos: Pontos e contrapontos.* São Paulo, 2007. https://www.gruposummus.com.br/indice/10400.pdf Acesso em: 14/05/2017.

O DIREITO FUNDAMENTAL A EDUCAÇÃO: ANÁLISE SOBRE A QUALIDADE DOCENTE

Maurinice Evaristo Wenceslau (PPGDH/UFMS/LEDD)
maurinice@uol.com.br

Ailene de Oliveira Figueiredo (Especialista em Direito)
aileneoliveira01@gmail.com

Resumo:

A educação tem sido instrumento relevante para o exercício da cidadania em nosso Estado Democrático de Direito, considerando essa premissa é que esse artigo, extraído da pesquisa em andamento, propõe a analisar os Direitos Humanos Fundamentais e a educação superior, por meio da análise dos oferecimentos do curso de Direito e a qualidade dos docentes desta área. Neste contexto objetivamos uma reflexão teórica acerca da formação pedagógica docente para a educação superior pelos cursos de pós-graduação *stricto sensu* da área de Direito no Brasil. Para tanto estabelecemos como problemática se a pós-graduação contribui para a formação pedagógica dos docentes do curso de Direito e se esta formação tem sido efetiva para o exercício da cidadania dos acadêmicos de Direito, considerando a qualidade de ensino oferecido. Para tanto, utilizou-se de mapeamento bibliográfico, com método descritivo e analítico, no período de 2006 a 2016.

Palavras-chave: Cidadania. Educação Superior. Qualidade de ensino

1 Notas Iniciais

Com o intuito de contribuir para a reflexão sobre a formação docente destinada ao ensino superior, o artigo tem por objetivo analisar a ausência de formação teórica na docência.

Educação, na abordagem pedagógica significa a ação de instruir ou direcionar, dar polidez (FREIRE, 2011, p. 71). Outrora, fora empregado na acepção de disciplinar, isto é, de capacitar uma pessoa para a vida em sociedade. O sentido moderno, "educação está ligada aos hábitos, aos valores e costumes estabelecidos em cada cultura" (CASPAR, 2014, p. 17).

René Hubert (1957, p. 47), conceitua educação como "[...] um conjunto de ações e de influências, exercidas voluntariamente entre os seres humanos, normalmente executadas de um ser humano adulto para um mais jovem". Nesta linha de raciocínio entendemos que as ações tem como finalidade atingir determinado objetivo no indivíduo que está sendo educado, para que possa exercer sua função nos contextos sociais, econômicos, culturais e políticos da sociedade em que está integrado.

Partindo da orientação formal, lido como parâmetros insculpidos em lei (FREIRE, 2011, p.32), educação é qualquer processo continuo de formação e ensino, ou seja, podendo ser público ou privado, tem por meta a transferência e o desenvolvimento do conhecimento humano, desenvolvendo o raciocínio em todas as áreas, promovendo uma formação capaz de semear transformações sociais (REIS, 2006, p. 200).

Na linha técnica do sentido, educação é o processo contínuo de desenvolvimento das faculdades, físicas, intelectuais e morais do ser humano, com objetivo de melhor conviver e se integrar na sociedade e ou no grupo. (SOUZA, VALDEMARIN, 2005, p. 59).

O sistema educacional brasileiro estabeleceu uma divisão: a educação básica e a superior, sendo, constitucionalmente atribuída a responsabilidade do ensino para os órgãos estatais a níveis municipal, estadual e federal, ressaltando o mapeamento bibliográfico, utiliza método descritivo e analítico no período de 2006 a 2016.

Neste raciocínio, o artigo intenta traçar as dimensões do direito fundamental a educação na Carta da República de 1988, e o ensino superior jurídico vigente no Brasil, história e exame crítico da formação superior na atualidade.

2 Antecedentes históricos do direito fundamental à educação

Na antiguidade, o homem não era considerado na sua individualidade. As organizações das cidades não abriam espaço ao desenvolvimento do humanismo, eram as normas da cidade que prevaleciam como "belle totalité", não sendo reconhecido direitos aos homens individualmente considerado. Para Bobbio (2004 p.15) "os fundamentos de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter. Os ideais de liberdade, igualdade, e fraternidade, segundo Comparato (1999, p.23), aparecem em

> [...]um primeiro momento, como o princípio da liberdade é assinalado como a formação do ser como um ser com direitos, o segundo momento, foi caracterizado pela igualdade como essência humana, e a terceira onde o ser humano detém a capacidade de agir nos termos da representação de leis e princípios, com vontade individualizada[...]

E segue nos seguintes termos:

> [...] A ideia de que o princípio do tratamento da pessoa como um fim em si mesmo implica não só o dever negativo de não prejudicar ninguém, mas também os deveres positivos de obrar no sentido de favorecer a felicidade alheia constitui a melhor justificativa do reconhecimento a par dos direitos e liberdades individuais, também dos direitos humanos à realização de políticas públicas de conteúdo social e econômico[...] (COMPARATO, 1999, p. 23)

Nesta ótica, o historicismo dos direitos humanos demonstra inquietação em relação ao direito a educação desde a declaração jacobina. Em seu proêmio, aflora a oposição no tocante ao obscurantismo do ser humano como parte da sociedade. Na Declaração sobre o direito ao Desenvolvimento, editada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1986, dispõe:

> [...]O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda a pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. [...] (TRINDADE, 1993, p. 166 e ss.)

> Se por um vértice trata-se de um direito individual, também o é, um direito dos povos. Ferreira Filho (2002, p.66) ensina: "Mais

> fácil sem dúvida, é equacionar o direito ao desenvolvimento individual, pois este na prática se reduz aos direitos sociais, particularmente no direito a educação e nos direitos culturais.", não remanescendo qualquer questionamento quanto a sua incorporação ao conjunto dos direitos humanos fundamentais.

Ranieri, (2009, p. 22) explica sobre a educação no Estado Democrático de direito:

> [...]É um direito fundamental porque, de uma banda, consubstancia-se em prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da exigência de dignidade, e, de outra, porque é reconhecido e consagrado por instrumentos internacionais e pelas Constituições que o garantem. O direito a educação, destarte, inserido no nicho dos direitos fundamentais, apresenta-se revestido das qualidades que são próprias. Estes caracteres, aliás, consagram a postura dos direitos fundamentais como elementos da essência de uma Constituição [...].

Neste sentido Pinsky (2015, p. 09) expõe que:

> [...] os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito a educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais. [...].

Trata-se de definição que firma o entendimento do welfarismo, instituído pelo artigo 6º da Carta da República de 1988 *(*www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm*, acesso em 02/-4/2017),* que constitui o cidadão como sujeito social os quais, poder e obrigação, estão articulados na forma de responsabilidade individual e de solidariedade coletiva, destina-se ao desenvolvimento integral da pessoa, e segue por toda a vida do indivíduo.

3 Da conjuntura acerca da implantação do ensino superior

O liberalismo desempenhou grande importância durante a estabilização do império brasileiro. Com o alcance da autonomia política de Portugal em 1822, de forma pacífica e distinta em relação aos vizinhos, que a alcançaram de forma violenta, formou-se novo contexto político formadas por dois grupos de pensamentos: de uma vertente liberal moderada e outra vertente conservadora, e de outra banda, ocorrendo similitude de princípios ideológicos (WOLKMER, 1998, p. 34). A divergência se situava na maneira como os princípios se estabilizariam e se manifestariam na coletividade.

Ambos, eram favoráveis a escravidão, estavam organizados para manter o afastamento entre o liberalismo e democracia, optando pelo princípio da liberdade ao da igualdade. Este e aquele se formaram no âmago da elite social que se caracterizava pela elite escravagista, pela exportação agrícola. A distinção se alicerçava na forma em que a monarquia deveria disseminar seu poder: centralizada e intervencionista, conservadores, ou descentralizada e limitada, liberais moderados. Souza (2006, p. 134) contextualiza:

> [...] Um argumento fundamental para os defensores da tese do personalismo e do culturalismo essencialista nas suas versões tradicionais e contemporâneas é o de que o Brasil seria uma continuação cultural de Portugal. Afinal de lá viriam o patrimonialismo transplantado, como em Raimundo Faoro, ou o

> homem cordial e familisticamente emotivo de Sérgio Buarque. Também em Gilberto Freyre temos a afirmação da continuidade essencial com Portugal como base do seu projeto ideológico da singularidade universal do legado luso-brasileiro. [...].

O liberalismo brasileiro teve como fonte o liberalismo europeu. A educação difundida à época se restringia à europeia, para onde a elite brasileira enviava seus filhos para estudar em Coimbra. Ao fim, retornavam ao Brasil e passavam a ocupar atividade de caráter público. Um liberalismo incoerente, que ao fazer parte de quase a totalidade dos cargos públicos, igualmente passaram também a fazer parte do contexto político e o qual exprimiam os interesses oligárquicos nacional. É certo que esta fusão causara uma crise de representatividade, vez que prevaleciam os interesses particulares aos interesses públicos.

A fundação do ensino superior no Brasil foi muito controvertida e polêmica, primeiramente, em razão das localizações escolhidas, São Paulo e Olinda, e pela ementa do curso a ser lecionada, em razão dos diversos interesses regionais. Discussão ocorrida na assembleia constituinte de 1823. A primeira carreira disponibilizada foi o curso de direito, seguido por medicina e engenharia (TOBIAS, 1972, p. 83).

Para ingresso a estas universidades, era necessário o conhecimento em português, alemão, italiano, latim, francês, e ainda, as instituições cobravam taxa de anualidade. Os estudantes originados de outras regiões necessitavam ainda, da manutenção pessoal durante o curso. Todos estes pré-requisitos efetivavam uma seleção prévia, e direcionando-os aos candidatos que detinham recursos financeiros para estudar e preparar-se para a prova de acesso.

Desde a fundação do ensino superior brasileiro, houve a imbricação de interesses oligárquicos e a formação acadêmica como forma de treinamento da elite, e de igualar a ideologia, com o objetivo de evitar embates entre classes. Para concretização desses objetivos, os debates críticos eram desestimulados, e os discentes limitavam-se a redizer determinado conhecimento. A formação jurídica se limitava a formação de mão de obra para o funcionamento das estatais. A academia servia de suporte, com aparato ideológico que firmava os interesses da elite dominante.

Desde a fundação dos cursos de ciências jurídicas, o corpo docente era formado em Coimbra, ou seja toda a instrução irradiada, era oriunda de Portugal. Como ainda hoje, naquele tempo, a profissão acadêmica não era vista como atividade principal de juristas e bacharéis, a atividade docente era passada para segundo plano. Em consequência dessa falta de interesse, se reverberou pela ausência de produção intelectual genuinamente nacional.

Aliado a este dado sociológico, temos o Decreto n. 43 de 19 de agosto de 1837 (VENANCIO FILHO, 1982, p. 84), o qual autorizava a aprovação de alunos que não alcançassem o número mínimo de presença.

A ingerência do Estado na educação tinha como meta garantir a capacitação da elite com vistas a homogeneidade de pensamento ideológicos afinados com a oligarquia. Nesse passo, todos os manuais e programas deveriam primeiramente ser aprovados pelo parlamento, Ferraz Júnior (2016, p.63) comenta:

> [...] Os cursos jurídicos no Brasil, em sua gênese, manifestavam uma mentalidade reativa, constituída pela pregação do individualismo, na organização política dos estados, e pelo liberalismo nas relações econômicas. Muitas dessas intervenções estatais em forma de decretos vinham com a justificativa de contenção da indisciplina dos estudantes, que como sabemos, era frequente. Porém, também poderiam servir para conter manifestações críticas quanto ao tipo de ensino e ideologia propagados na universidade. [...]

Neste contexto de elitismo reinante, não é possível deixar de anotar a questão da meritocracia, item que passava ao largo dos docentes, onde no esforço de abrandamento, surgiu a decisão n. 229 de 5 de agosto de 1.831(SANTOS, 2012, p. 51), em que o Imperador ordenava aos professores que, em respeito ao estatuto, atribuíssem notas de acordo com o sistema meritocrático. Outro exemplo, se dá com a edição da decisão n. 404 de 17 de dezembro de 1832, que refere-se a negligência dos docentes na correção das provas, o qual colocava em risco a qualidade e consequentemente, a desvalorização dos graduados originados no Brasil (SANTOS, 2012, p. 53).

É manifesta a inquietação na formação de bacharéis com orientação política, e não como juristas preparados e críticos que não se deixassem dominar. Paulatinamente, a academia vai se libertando da ideologia imposta para alcançar independência a serviço da sociedade.

4 A Educação Superior Contemporânea Brasileira no Direito

Contemporaneamente, a célere transformação da sociedade brasileira, sob o comando de tecnologias tem sido exigido o desenvolvimento de novos métodos para aprendizagem. Aliado a este dado notório, a partir das reflexões de Dewey (1970, p. 40), o qual afirmar que a organização democrática "[...]requer muito mais educação do que a da escola comum, a qual, sem a renovação das molas do propósito e do desejo, transforma-se em um novo modo de mecanização e formalismo".

A operacionalização política da educação fora gerada sob a ótica de Easton, (1957, p. 306) acerca de sistema político. Educação e cultura integralizadas como associação de técnicas comportamentais, isto é, serão entendidas como fito de saber "[...]como um jogo de dados de estímulos poderá, por mecanismos de incitamento, induzir respostas cuja a sistematicidade pode ser percebida, e a partir da qual poder-se-á introduzir outras variáveis de comportamento". (FOUCAULT, 2004, p. 274).

Uma ponderação acerca das relações entre educação, cultura e desenvolvimento se traduz na compreensão política de que é possível firmar que se tratam de tecnologias de cidadania, termo de utilizado por Cruikshank (1999, p. 212).

Uma das funções dos direitos fundamentais é a de prestação social que significa [...] em sentido estrito, direito do particular obter algo do Estado (saúde, educação, segurança social)." (CANOTILHO, 2003, p. 408), assim a Constituição vigente estabeleceu a autonomia universitária como marco estrutural guiado no princípio da indivisibilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação propõe como finalidade para educação superior, a:

> [...]participação no processo de desenvolvimento a partir da criação e difusão cultural, incentivo a pesquisa, colaboração na formação continua de profissionais e divulgação dos conhecimentos culturais, científicos e técnicos produzidos por meio do ensino e das publicações, mantendo uma relação de serviço e reciprocidade com a sociedade[...]. (http://www.dhnet.org.br/educar/pnedh/integral/educacao_superior.htm, acesso em 7/03/2017).

Diferentemente do histórico de sua implantação, as universidades brasileiras assumiram a responsabilidade com a formação crítica, o fomento de uma reflexão autônoma, a conquista do novo e mudança histórica.

As competências constitucionais da universidade nas áreas de ensino, pesquisa e extensão delineiam sua missão de ordem educacional, social e institucional.

O artigo 205 e seguintes da Constituição Federal (www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, *acesso em 05/03/2017)*, definiu a educação como dever do Estado e o seu engajamento para o desenvolvimento e edificação de uma sociedade justa e solidaria, singularizando como bem jurídico.

Especificamente no que tange ao ensino superior, o artigo 207 da Carta da República de 1988 *www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)*, acrescidas pela Emenda Constitucional 11/96(www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm *acesso em 05/03/2017)*, a qual acrescentou os §1º e §2º, cujos dispositivos dotaram as universidades de autonomia na gestão de pessoal e de patrimônio financeiro. O exercício desta autonomia não pode, no entanto, sobrepor-se ao quanto dispõe a Carta Constitucional e as leis. Sendo as universidades públicas federais, entidades da administração indireta, são constituídas sob forma de autarquias ou fundações públicas, e se submetem a controle externo via Tribunal de Contas da União (TCU) e interno pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), DL 200/67, artigos 19 e 25, I. Não obstante as universidades federais não se encontrem subordinadas ao MEC, determinada relação jurídica as relacionam ao Ministério da Educação.

No quesito autonomia universitária, a título exemplificativo, cumpre destacar os quesitos tais como a transferência- DL 9.394/069 (http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior-seres/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/13004-transferencia-de-alunos acesso em 07/03/2017), que se trata de um viabilizador da transferência de alunos, pressupondo a observância da natureza jurídica do estabelecimento educacional de origem, a congeneridade das instituições envolvidas, de privada para privada, de pública para pública, se revelando inconstitucional a mistura, de privada para pública.

Tal entendimento foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao assentar que a inconstitucionalidade no que lhe empreste o alcance de permitir a mudança, nele disciplinada, de instituição particular para pública, encerrando a cláusula "[...]entre instituições vinculadas a qualquer sistema de ensino" a observância da natureza pública ou privada daquela origem, viabilizada a matrícula na congênere.

Em resumo, se dará a matrícula nos termos do DL 9.394/069 (http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior-seres/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/13004-transferencia-de-alunos acesso em 05/03/2017), 1º em instituição privada se assim o for a de origem e em pública se o servidor ou dependente for egresso de instituição pública, STF, Pleno, Adin 3324-DF, rel. Min. Marco Aurélio.

Acerca de outro item que merece relevância é no que diz respeito às ações afirmativas, as quais foram reconhecidas em sede de repercussão geral em processos envolvendo cotas para o ingresso em universidades, com critério racial; "Tema 203: Sistema de reserva de vagas, como forma de ação afirmativa de inclusão social, estabelecido pela universidade" (STF, temas de repercussão geral, acesso 07/03/2017).

Todavia, a discussão sobre acesso, ações afirmativas, não é possível passar ao largo do quesito qualidade Arnensen (2009, p.159):

> [...] A educação constitui um direito subjetivo público. Significa que envolve uma relação em que um sujeito determinado possui um direito juridicamente protegido. Essa proteção jurídica, por sua vez, organiza-se por meio da existência oposta de um dever. Segundo Kelsen, "o direito do credor é protegido pelo dever jurídico do devedor (1984, p. 194). [...]

Qualidade do aluno que concretizou o acesso a universidade e qualidade de corpo docente. E qualidade exige qualificação docente adequada, e aliada estrutura física, material de ensino, recursos de aprendizados.

Uma problemática bastante comum na vida acadêmica é o docente profissional, isto é, o profissional com dedicação exclusiva no regime de quarenta horas, e o profissional docente, que trata-se daquele que desenvolve a atividade paralela, mas não é a sua atividade principal.

Neste aspecto, Adeodato (2010, p.162) cogita a viabilidade de se consignar uma política de capacitação de professores de Direito, trazendo a luz nos seguintes teor: "A preparação para o exercício do magistério superior se faz, em nível de pós graduação prioritariamente em programas de mestrado e doutorado".

Considerando que o ensino do Direito está focado na advocacia, na magistratura e demais carreiras públicas, a docência, sob a ótica de carreira com dedicação exclusiva, é uma trajetória recente, é desde sempre, consequência e reprodução do exercício profissional. Tal prática impinge uma restrição na pedagogia por parte do docente, que destituído de conhecimento instrumental e ferramentas básicas do ensino de pedagogia superior não atingem a finalidade do ensino em sala de aula. Destituído das ferramentas, passa, em razão de identificação pessoal com algum professor, se limitar a repetição. Tal afirmativa tem fundamento nas considerações de Fernandes (2011, p. 47):

> [...]ao resgatar a memória educativa, constitui-se o fio inicial para que uma teia de relações seja tecida por dentro de um conhecimento vivo-mediador das relações interpessoais e de trabalho com o conhecimento - e que ao travessar essas narrativas, chamando-se pelo nome, aluno e professores pensem seus saberes e comecem a se reconhecer sujeitos e não objetos da disciplina e do curso, fazendo uma ruptura inicial importante com um paradigma dominante de ensino – professor *dador(*Rios, 2001) de aulas, estudante *recebedor* de aulas.[...]

No entanto, a técnica pedagógica deve ir além disso, quando a qualidade é um dos referenciais da educação, com o aprimoramento e propagação dos saberes.

A aula possui um delineamento próprio e deve ser compreendida, segundo Araújo (2016, p. 46), como "[...]expressão primordial na construção da escola moderna, bem como da estruturação da escola contemporânea focalizando em três dimensões cruciais dela: os *sujeitos* (professores e alunos) e suas relações com a *tecnia* e com a *polis*[...]". Essencial para o aprendizado, não existe nada além dela em substituição, possuindo centralidade na escola, desde a educação infantil até a pós-graduação.

Este autor prossegue e define dar aula como:

> [...]em sentido estrito ou lato, dar aula, abrange conceitualmente o conteúdo, a sintonia com as expectativas e com a inserção concreta em termos teórico-práticos o que envolve a questão relativa aos objetivos e finalidades -, métodos, as técnicas e as tecnologias educativas utilizadas para o desenvolvimento da uma conferência, da aula, da exposição, da entrevista, etc. E que o desenvolvimento de tal aula deve corresponder ou não concretamente às necessidades e às intenções projetadas, e se a contribuição ajusta-se aos resultados esperados: a isso damos o nome de avaliação. [...] (ARAÚJO, 2016, p. 47)

Depreendendo-se assim que, embora pareça simplista, existe complexidade e toda uma estrutura ordenada, que precisa ser compreendida e desenvolvida através da teoria e não exclusivamente da prática.

Deve-se considerar de forma notória, a sedução que os concursos públicos exercem nos alunos, e a pressão que os alunos exercem para serem preparados neste viés. Este dado em nada

contribui para melhoria da qualidade. Os alunos se limitam a decorar e não a entender e internalizar o conhecimento. E, em razão da cobrança generalizada por parte dos alunos, os cursos de graduação e especialização tomaram como foco de ensino apenas os concursos, ou ainda, determinados concursos.

Entretanto, este tipo de aprendizagem se limita a preparar para chamada prova objetiva, passando ao largo do caráter preparatório científico. Com treino intensivo, com conhecimento superficial dos conteúdos, é possível obter aprovação. Tal prática, muitas vezes, não permite ao aluno ir além, pois, quando chega a alcançar a prova discursiva, quando exigida, o aluno se encontra, muitas vezes desprovido de conhecimento aprofundado, por haver apenas se limitado a memorização automática e nas técnicas de múltipla escolha e não a aprendizagem em si.

A profissionalização da docência superior por meio da educação continuada, que conjugue a construção de práticas sistematizadas, organizadas e adequadas, a qual inaugure uma metodologia em que se estabeleça uma dialeticidade, e cujo os instrumentos de concretização necessita de maior atenção por parte do poder público.

Segundo Moura (2011, p. 76):

> [...]a formação, - compreendida como a aprendizagem permanente – figura-se como um processo próprio dos seres vivos. Ocorre sempre, ainda que de diferentes formas, com diferentes intencionalidades e com diferentes qualidades. O sentido de formar é sempre um verbo conjugado no gerúndio e como afirma Barros(1997), no plural. [...]

Sendo certo, que a formação docente continuamente acolhe duas circunstâncias, a inicial e a continuada, esta no sentido de um movimento de sequência, e que constituem o desenvolvimento profissional permanente.

Como se depreende dos currículos de graduação, os professores não incorporam atividades extraclasse, não realizam atividades de pesquisa, não se envolvem em outras atividades acadêmicas fora da sala de aula. Exercem atividades sim, sempre uma atividade qualificada como principal, deixando de encarar a docência com a importância que lhe deva ser reservada.

A reflexão neste ponto diz respeito a qualificação do docente.

Em relação a pós-graduação *lato sensu*, na atualidade igualmente massificada, está focada apenas na profissionalização do desempenho, e descomprometida com o fomento da capacidade de desenvolvimento do conhecimento, com a produção de novas noções, conceitos, razão pela qual a didática está colocada a margem de todo o processo de formação. Perceptível que, com a graduação e especialização, considerando que os especialista é considerado apto para o ensino, sofre um processo de massificação, destituídos de um modelo de pensamento científico, com exceção da iniciação, dificilmente os alunos evoluem.

Invariavelmente, os programas de pós graduação *stricto sensu* não possuem em suas grades curriculares a formação docente teórica, se limitam apenas ao denominado estágio docente. O conhecimento é antes de tudo compartilhamento e o imperativo que impera no Brasil desde 1968, isto é, a partir da reforma universitária, e mais fortemente a partir 1990, os investimentos públicos convergem para a pesquisa, pelo que facilitou a implementação de cursos de pós-graduação.

Em razão do princípio da dissociabilidade entre ensino e pesquisa, vieram a transmudar os professores de ensino superior em pesquisadores. Tal paradigma relativos a pesquisa, segundo Pereira (2011, p. 11), "surgiu de um movimento social de caráter internacional como estratégia para a construção de modelos críticos e emancipatórios de formação docente."

De acordo com a visão de educação como ciência aplicada, não é recente. A atribuição da teoria segundo Pereira (2011, p .19):

> [...]seria de iluminar os pensamentos dos professores, isto é, "a teoria relacionaria-se com a prática fornecendo o exame crítico das experiências educacionais práticas" (p. 56). B. F. Skinner, juntamente com outros psicólogos comportamentalistas foi o mais influente defensor desse modelo. De acordo com essa visão, a prática educacional é baseada na aplicação do conhecimento científico. [...]

É cediço que em lato sensu não há qualquer formação docente, nem prática, nem teórica. E quanto ao *stricto senso*, se restringe apenas ao estágio no transcurso de apenas um semestre. O programas de pós-graduação tem priorizado a condução de pesquisas, mantendo a convicção de que para ser professor, basta o domínio do conteúdo, e para o ensino superior basta ser um pesquisador.

Ainda segundo Pereira (2001, p.20), a divisão hierarquizada entre pesquisa e prática igualmente deve ser estabelecida currículo normativo da escola profissional afirmando para tanto que:

> [...] A partir do ponto de vista do modelo de racionalidade técnica institucionalizado no currículo profissional, o conhecimento real baseia-se em teorias e técnicas da ciência básica e aplicada. Portanto, essas disciplinas devem vir primeiro. "Habilidades" no uso da teoria e da técnica para resolver problemas concretos devem vir mais tarde, quando os estudantes já tiverem aprendido a ciência relevante – primeiro, porque ele não pode aprender habilidades de aplicação sem antes aprender o conhecimento aplicável e segundo porque habilidades são um tipo ambíguo e secundário de conhecimento[...]

A questão que se impõe é saber qual é a razão do profissional se qualificar no mestrado, doutorado e pós doutorado, sem ter aproximação da técnica pedagógica que reverbere o conhecimento adquirido? O domínio não deve ser apenas do conteúdo mas também da pedagogia.

Pedagogia é definida, em caráter generalista de ciência, filosofia e arte da educação, sendo igualmente técnica. Dewey (1970, p. 63) define pedagogia enquanto ciência, tem foco sistemático no estudo dos problemas da educação observando o campo do objeto e os métodos de pesquisa. Durkheim (1978, p. 88.) argumenta que pedagogia é técnica da educação em razão de estipular práticas, métodos e receitas para êxito do ofício do educador.

O que se observa é a inexistência de exigência de uma política de capacitação pedagógica para a docência superior. Obviamente não está a se defender uma licenciatura para direito, mas a necessidade de criação de disciplinas específicas, talvez vindas dos cursos de licenciatura que respaldem a formação dos especialistas, mestres e doutores, que de forma técnica e científica, estão mais que preparados, porém por vezes, pecam na pedagogia em sala de aula.

É de fácil constatação também, os inúmeros cursos de pós-graduação *lato senso*, inclusive *via internet*, que formam especialistas, sem nenhum comprometimento por parte da escola, se esse profissional que está sendo diplomado, isto é, capacitado como especialista, terá ou não condições pedagógicas de transmitir efetivamente o conteúdo do programa, se não por meio da repetição.

Sintetizando, em conformidade com a racionalidade técnica, porquanto um professor é um especialista que põe em prática regras científicas-pedagógicas, se faz necessário dotá-lo na sua preparação do conteúdo não só científico, mas também pedagógico para sua aplicação. Este conteúdo serve de apoio para aplicação dos conhecimentos e habilidades científicas. É a técnica como instrumento de suporte para a prática o desenvolvimento do conhecimento científico.

Na atividade de ensino, se exige conhecimentos, habilidades, atitudes mentais e disponibilidades que, em parte divergem das exigidas a um pesquisador, lida como literal, e nos cursos (*stricto sensu*), o tema é praticamente colocado a margem de todo o processo.

> [...] enfatizando-se o conhecimento disciplinar, as investigações em determinado campo do saber, o que o torna insuficiente essa formação para enfrentar a articulação da docência com a pesquisa, levando a expressão tão repetida da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão a torna-se um refrão vazio sem o exercício da crítica. [...] (GATTI, 2004, p. 433).

Com o objetivo de melhor entender a atividade docente, o estudo de Tardif e Lessard (2005) concluíram:

> [...] Os saberes que servem de base para o ensino, tais como vistos pelos professores, não se limitam a conteúdos bem circunscritos que dependeriam de um conhecimento especializado. Eles abrangem uma diversidade de objetos, de questões de problemas que estão relacionados com o seu trabalho. Nesse sentido os saberes profissionais são plurais, compostos e heterogêneos. [...]

Como forma de instrumentalização da efetividade da educação, e partindo da premissa que o conhecimento deve ser compartilhado, a proposta é a instituição como matéria obrigatória nos cursos de pós graduação *stricto senso*, e na pós graduação *lato senso*, a docência em ensino superior como matéria obrigatória, dotando o docente em formação de princípios, conceitos e tempos docente.

5 Considerações finais

A teoria do desenvolvimento político constatou que "o aumento da educação de um indivíduo tem o poder de afetar variavelmente seus sentimentos políticos, sua competência, e seu comportamento" (MEYER; RUBINSON, 1975, p. 137). Nessa linha, é verossímil a compreensão que o "educando conhece mais sobre política, participa mais, percebe a si mesmo como mais efetivo e é mais capaz de interpretar e tolerar o comportamentos político dos outros" (MEYER; RUBINSON, 1975, p. 137).

Logo, prosseguindo nesse raciocínio, a Constituição Federal vigente conferiu a educação como uma das ferramentas de funcionalidade tecnológica da cidadania, que se dissemina em variados espaços da prática social, e com tal para que a educação superior de qualidade.

A pós-graduação orientada para pesquisa é imprescindível para formação pedagógica docente, entretanto é necessário dotar os pesquisadores de técnicas teóricas que viabilizem a transmissão de todo o valoroso conhecimento adquirido.

A formação de um pesquisador crítico, tem o potencial de transferir autoridade aos alunos e futuros professores, a capacidade de assumir um papel ativo na prática reflexiva, bem como criar novas abordagens democráticas e participativas junto à comunidade discente.

No discurso de Marx e Engels (1977, p. 37): "[...]Não é a consciência que determina a vida, mas a vida que determina a consciência[...]". Não somos apenas reprodução, somos todos relação e contradição. Moura (2008, p. 85) neste vértice complementa:

> [...] é que o processo de conhecimento do professor é uma atividade que traz em sí traços de complexidade e contradição, os quais não estão apenas nos

> objetos, mas antes nas relações que estabelecemos com eles, mediadas por uma realidade sociocultural impregnada de instrumentos e signos[...].

É importante argumentar que a formação de mestres e doutores como pesquisadores possui é contribuição imprescindível para instrumentalização e tecnologia da cidadania, a qual reveste variadas áreas da prática social.

Segundo Leão Rêgo (2010, p. 87):

> [...] Nesse campo é que entram preocupações muito antigas na história do pensamento político, explicitadas na compreensão de que a capacidade das pessoas de fruir direitos constitucionalmente garantidos se liga a capacitações das suas funções humanas para o gozo das conquistas libertárias. Marx gostava de lembrar que a liberdade de imprensa, fundamental conquista civilizatória para a emancipação humana, não fazia sentido para os analfabetos, pois estavam desprovidos de capacidade de ler, de debater e, portanto, de fruí-la. [...]

O hiato entre a formação teórica e prática presente na pós-graduação curso de Direito, mesmo num processo de massificação do ensino superior precisa ser revisto. A baixa aprovação nos exames da Ordem, é o maior espelho da necessidade de revisão na formação dos professores e práticas.

Nesta conjuntura aflora a profissionalização do docente frente à mudanças na atualidade. O reconhecimento do professor permanece sem articulação política, com condições de trabalho associada a profissionalização, compreendido como profissional sensibilizado e estimulado para seu autodesenvolvimento.

Longe de esgotar a proposta é de melhoria. Tais melhorias não são apenas em relação aos discentes, mas também aos docentes, proporcionando inclusive, um menor desgaste.

Referências

ADEODATO, João Mauricio (coord). *O Direito Dogmático e sua Retórica*. São Paulo, Quartier Latin, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo. Malheiros. 2008.

ARNENSEN, Eric Saddi, RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Direito à Educação. Aspectos Constitucionais*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed., 17ª reimp., Coimbra, Almendina, 2003.

CASPAR, Pierre. *Tratado das Ciências e Técnicas de Formação*. Portugal Ed. Instituto Piaget, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder, *Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo, Saraiva, 2015.

CRUIKSHANK, Bárbara. *The Will the Empower. Democratic Citizens and Others Subjects.* London Cornell University Press. 1999.

DEWEY, John. *Liberalismo, Liberdade E Cultura*. Tradução Anísio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional/USP, 1970.

DURKHEIM, Émile. *Educação e Sociologia*, São Paulo, Melhoramentos, 1978.

EASTON, David. *The Function of Formal Education In A Political System*. Londres, British Jornal of Political Science, 1957.

FERNANDES, Cleoni Maria Barbosa. *Aula: Gênese, Dimensões, Princípios e Práticas*. São Paulo, Papirus Editora, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução à Ciência do Direito*. 9ª Ed., São Paulo, Atlas, 2016.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. São Paulo, Terra e Paz, 2011.

_____. *Pedagogia da Autonomia*. São Paulo, Editora Terra e Paz, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*.5ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Dits et ecrits II*, Paris, Gallemard, 2001.

GATTI, Bernardo. *Trajetórias E Perspectivas De Formação De Professores*. São Paulo, UNESP, 2004.

HUBERT, René. *História da Pedagogia*. Tradução Damasco Pena. São Paulo, Companhia das Letras,1957.

_____. *Tratado da Pedagogia General*. Buenos Aires, El Ateneo, 1965.

MEYER, John W; RUBINSON, Richard. *Education and Political Development.* Chicago, Review of Research in Education, 1975.

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. *História da Educação: do antigo "direito de educação" ao "novo direito de educação"*, São Paulo, Cortez, 2006.

MOURA, Manoel Oriosvaldo. *Pesquisa em Educação*, São Paulo, Loyola.

PINSKY, Jaime. *História da Cidadania*, Campinas Editora Contexto, 2015.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Direito à Educação. Aspectos Constitucionais*. São Paulo, Universidade de São Paulo, 2009.

SOUZA, Jessé. *A Construção Social da Subcidadania*. *Para uma Sociologia Política da Modernidade Periférica.* Belo Horizonte, UFMG, 2006, 1ª reimpressão.

SOUZA, Rosa Fátima de, VALDEMARIN, Vera Teresa. *A Cultura Escolar em Debate. Questões conceituais, metodológicas e desafios para pesquisa*. Campinas, Editora Autores Associados, 2005.

TARDIF, M, & LESSARD, C. O trabalho docente. Petrópolis, Vozes, 2005.

TOBIAS, José Antônio, *História da Educação Brasileira*. São Paulo, Ed. Juriscreci, 1972, p.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo, Editora Saraiva, 1991.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro, Ed. Forense 1998.

VENÂNCIO FILHO, *Alberto. Das Arcadas do Bacharelismo*. São Paulo, Ed. Perspectiva, 1982.
Acessos:
Disponível em
Brasil, www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 07/03/2017.
Disponível em
_____, (http://www.dhnet.org.br/educar/pnedh/integral/educacao_superior.htm, acesso em 7/03/2017.
Disponível em
_____, DL 9.394/069 (http://portal.mec.gov.br/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior-seres/323-secretarias-112877938/orgaos-vinculados-82187207/13004-transferencia-de-alunos). Acesso em 05/03/2017
Disponível em
_____, 1988 *www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)*, acrescidas pela Emenda Constitucional
11/96(www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm*)*, acesso em 5/03/2017.
Disponível em
_____, Constituição Federal
(www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 05/03/2017.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: MIGRAÇÕES, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E O DIREITO
Coordenadores: Lucas Graeff e Tatiana Maia (Unilasalle)

Canoas, 2017.

A INSERÇÃO DO TRABALHADOR IMIGRANTE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Roberta Gabriela Sucolotti de Andrade,
Especialista; betasandrade@gmail.com

Cristiane Feldmann Dutra,
Doutoranda; cristiane.feldmann@hotmail.com

Resumo:

O deslocamento de grandes contingentes de indivíduos de um pais para o outro sempre existiu, embora, nos últimos anos, tenha se intensificado por motivos sociais e políticos. Este artigo demonstra, em uma perspectiva inicialmente geral, a motivação da migração com enfoque na busca por trabalho. A partir da compreensão da motivação, busca-se a análise das diversas normativas internacionais e nacionais que protegem os imigrantes na seara social e trabalhista. Nesse âmbito, o artigo pretende analisar o fenômeno das imigrações regulares e a preservação dos direitos, envolvendo uma metodologia de estudo de casos, com técnicas de pesquisa de revisões bibliográficas, jurisprudenciais, normas jurídicas e consulta em sítios eletrônicos.

Palavras-chave: Imigração. Direitos Humanos. Estatuto do Estrangeiro.

1 Introdução

A imigração é um acontecimento complexo de âmbito mundial que está em constante evolução devido aos motivos que a impulsionam nos mais diversos contextos históricos perpassados pelos países. Nas últimas décadas, houve um aumento significativo nas migrações o que gera uma necessidade de maior atenção para tal fenômeno no sentido de garantir direitos a essa parcela da população.

Mesmo sendo a imigração um assunto global, existem, até hoje, poucas normativas internacionais sobre o tema, e, sendo assim, as normativas nacionais possuem a responsabilidade de preencher as lacunas existentes.

O presente trabalho tem como objetivo analisar os instrumentos internacionais e, principalmente, os nacionais que versam sobre os direitos dos imigrantes, principalmente na seara trabalhista, uma vez que a busca por melhoria de vida e consequentemente trabalho ainda é a motivação predominante de migrar, com a pretensão de, ao final, possibilitar a avaliação das normativas existentes e sua eficácia, de fato, na garantia de direitos.

2 A Imigração como única opção para melhoria da qualidade de vida

A migração é um fenômeno altamente complexo que sempre existiu no mundo, o impulso migratório sempre foi influênciado por fatores que mudaram com o decorrer do tempo e da evolução

histórica.

As migrações, são os "deslocamento[s] de uma pessoa ou de um conjuntos de pessoas de seu lugar habitual de residência a outro, para lá permanecer por mais ou menos tempo, com a intenção de satisfazer alguma necessidade ou conseguir alguma melhora" (ROMERO, 2003 apud LÉON, 2005 : 61; tradução nossa[1]).Em suma, o imigrante é o individuo que sai de seu país de origem para residir momentaneamente ou não em outro.

Decidir migrar não é uma simples escolha, considerando a acepção da palavra "escolha", decidir migrar, por vezes, é uma necessidade fundada no contexto em que o pretenso imigrante se encontra. Mudar de vida, mudar de país, pode demonstrar a necessidade de fugir dos problemas sociais, culturais, religiosos e econômicos que o individuo se encontra, fatores externos esses que tornam a "escolha" a única solução que motiva a mobilidade de pessoas no mundo.

2.1 O fluxo migratório e o que impulsiona as imigrações

Quando tratamos de deslocamento de contingentes de pessoas de um país para outro, estamos nos referindo ao fenômeno da migração. Sendo assim, o impulso migratório humano não tem um único fator determinante, por vezes pode ter diversos fatores que em consonância justificarão a saída de seu país de origem. Fatores esses sociais, climáticos, culturais, econômicos, dentre outros.

Há duas categorias básicas de migração: *forçadas* ou *involuntárias.* Aquelas correspondem a situações que "forçam" o indivíduo a se deslocar por força de guerra, de política, de religião, de raça, de desastres ambientais provocados pelo homem ou não; e essas quando o individuo se desloca por vontade própria na busca de melhoria de vida, de estudo ou de trabalho, foge da idéia de estar sendo forçado por condições externas a sua vontade. (artigo Trabalho, Imigração e o Direito Internacional dos Direitos Humanos – Vanessa Oliveira Batista e Carolina Genovez Pereira)

A migração não é uma simples transferência de uma comunidade política para outra, há necessidade de uma aceitação no processo de inclusão do individuo em um território que lhe é estranho, e essa entrada em solo estrangeiro nem sempre é receptiva uma vez que a inclusão desse individuo na nova sociedade representa a aceitação de um novo membro em suas atividades econômicas, políticas, culturais, etc., que em grande escala justifica o estranhamento do país que irá receber. Então, por mais que existam pretensas promessas de igualdade dos povos e dos indivíduos na realidade tal entrada poderá resultar uma negação de direitos aos imigrantes de participar democraticamente no novo país com garantia de direitos (PREUSS, 2008 : 317-319).

Nesse contexto, alerta Abdelmalek Sayad que *de direito*, a situação do imigrante é eminentemente provisória; por outro lado, o Estado sempre procura desmentir esse fato, insistindo na possibilidade de instalação dos imigrantes de forma duradoura, como *imigrante!* Se levarmos em consideração tais palavras iremos concluir que para imigrar e se perpetuar o individuo deve negar a si e, ignorando ser provisório e não confessando ser definitivo. (SAYAD, 1998 : 45-46)

Essa dualidade encontra respaldo na necessidade de crescimento econômico e, portanto na quantidade de mão-de-obra. Essa mão-de-obra buscada é, em sua grande maioria, composta por imigrantes que além de proporcionarem o crescimento econômico almejado realizavam o viés de correção de dados demográficos. Com isso, os imigrantes, ainda que relegados aos níveis inferiores

[1] Desplazamiento[s] de una persona o conjunto de personas desde su lugar habitual de residencia a otro, para permanecer en él por más o menos tiempo, con la intención de satisfacer alguna necesidad o conseguir una determinada mejora.

da escala social, obtiveram, um estatuto "permanente, mas provisório", seja por sua utilidade econômica e social, no primeiro caso, seja por se estimar, no segundo caso, que trazem um "custo social" elevado ao impor sua presença à sociedade (SAYAD, 1998 : 47).

Os empregadores, o poder público e demais entes envolvidos, por anos, tinham a visão de que os instrumentos jurídicos existentes para cuidar da situação dos imigrantes, tanto no âmbito nacional quanto internacional, eram suficientes, uma vez que existia um grande interesse na mão-de-obra pura, sem totais garantias de direitos. Os imigrantes, por sua vez, se viam na situação da dualidade e se habituaram a reivindicar direitos no plano integral, não apenas direitos específicos como os trabalhistas, por exemplo. Nesse ponto, encontra-se a realidade da sociedade: a imigração é apenas aceita a partir do momento que na matemática final os imigrantes dêem mais lucros dos que custos, ou seja, a imigração deve apresentar vantagens econômicas com saldo superior as desvantagens de custo social e cultural (SAYAD, 1998 : 47).

Sabe-se que há normatização, que será aprofundada no decorrer do artigo, no sentido de garantir a igualdade de direitos entre os nacionais e os estrangeiros, mesmo assim é recorrente as condutas que desrespeitam tal preceito constitucional básico. Exemplo latente da dificuldade de afirmar a igualdade de tratamento é encontrado nas demandas trabalhistas existentes no judiciário. É o relatado na decisão nº 0000155-36.2011.5.02.0034 atinente ao Recurso Ordinário, julgado em 16.05.2013, pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, de relatoria do Dr. José Ruffolo:

> VINCULO EMPREGATÍCIO. ESTRANGEIRO NÃO REGISTRADO. IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. TRABALHO PROIBIDO. PROTEÇÃO TRABALHISTA DEVIDA. [..] Trata-se de típico trabalho proibido, circunstância que não pode obstar a inerente proteção dos Direitos Sociais Trabalhistas, aplicáveis independentemente da nacionalidade ou regularidade migratória do indivíduo (arts. 1º, III, 3º, IV, 6º e 7º da Carta da República), confrome assentado em diversas normas internacionais aderidas pelo Brasil, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica – 1969) [,,,][2]

Entende-se, portanto, que as definições jurídicas dos imigrantes mudam conforme o interesse de uma categoria econômica, sendo alterada conforme a necessidade da sociedade que irá recepcionar os que migram.

A condição de imigrante é uma condição social, enquanto a definição de estrangeiro é um termo jurídico (SAYAD, 1998 : 243). Para Sayad a idéia de "imigração" traz três ilusões: a da *provisoriedade*; a da *legitimação da presença por meio do trabalho;* e a *neutralidade política.* Essas ilusões alimentadas pelos imigrantes fazem com que ele viva como "estrangeiro", sustentado por ficção como a do *retorno,* que muitas vezes se torna impossível; e a da *neutralização,* que muitas vezes é embaraçada por questões políticas, sociais e culturais (SAYAD, 1998, p. 19-20).

A imigração torna-se mais latente em contextos de crise econômica, necessidade de emprego e de diversas outras dificuldades, pois lança nesses pretextos um sentido para imigrar. Mesmo sendo diversos os motivos, voluntário ou involuntários, que justificam a imigração, todos culminam em uma mesma vontade quando o imigrante alcança o solo almejado: trabalho.

[2] Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Boletim/turmas/2013/bol_39_13.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

3 Imigração para o trabalho

É de conhecimento que a imigração sofreu um crescimento vertiginoso em decorrência das facilidades do mundo moderno, quais sejam: barateamento e ampliação do transporte e comunicação. Mesmo assim, o que continua motivando o movimento migratório é o desequilíbrio da economia e do mercado de trabalho do mundo, pois de um lado estão os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento que possuem excesso de mão-de-obra de baixa qualificação e custo; e de outro lado estão os países desenvolvidos e ricos que têm interesse cada vez maior nessa parcela da população braçal para ocupações que não requerem grande instrução.

Nesse sentido, imigrante, para Abdelmalek Sayad, é uma "força de trabalho provisória, temporária, em trânsito", cuja condição é revogável a qualquer tempo (SAYAD, 1998 : 54-55). A estada do imigrante está ligada diretamente ao trabalho, ou seja, não há imigrante sem trabalho.

O impulso que é dado pela busca de melhores condições de vida e de trabalho é a conseqüência do desespero em face da pobreza, das doenças, da violência e da insegurança em vários paises, unido com uma grande necessidade de trabalho nos países de acolhida, geralmente correspondente ao mercado secundário de "emprego precários e socialmente indesejados" dispondo os imigrantes em atividades mais insalubres, perigosas e árduas (VIADEL, 2006 : 4-5).

Ademais, como veremos, os imigrantes não têm garantido diversos direitos fundamentais que por vezes irão expô-los a uma situação similar a escravidão, ou diferenciá-los, em muito, dos nacionais.

4 As leis que asseguram direitos aos imigrantes no âmbito nacional e internacional

Como já visto a relação do imigrante com o trabalho é estreita, no sentido de que não existe imigrante sem relação trabalhista, sendo assim a questão da integração do imigrante em sociedade diversa a sua é um dos fatores que cria a necessidade de levar a discussão sobre as relações trabalhistas para um âmbito internacional. A necessidade de regulamentação dessa situação é extremamente importante para que exista uma contraprestação e um estabelecimento de direitos.

4.1 A imigração e o direito dos imigrantes

É prerrogativa do cidadão nacional a liberdade de ir e vir livremente dentro de sua nação, bem como exercer qualquer forma de trabalho para o qual esteja habilitado, respeitando a legislação local. Por sua vez, o direito de circulação entre os paises demanda autorizações, tanto de entrada quanto de permanência do visitante ou imigrante em nação diversa a sua, devendo respeitar normas de direito internacional público e suas particularidades. Em relação ao exercício de um labor de forma remunerada, o estrangeiro apenas poderá trabalhar no país que irá recepcioná-lo caso esteja legalmente autorizado.

Até o início do século XX, existia muito arraigado no debate jurídico a limitação e conciliação entre o *individual*, liberdade de ir e vir, e o *coletivo*, representado pelo interesse público estabelecido na soberania do Estado (CAVARZERE, 2001 : 44). Sendo assim, Celso Lafer (1999 : 140) entende

que não existiam grandes restrições à livre circulação de pessoas, reconhecendo preponderância da liberdade individual frente ao interesse coletivo, sendo que alguns países, dentre eles o Brasil, chegaram a abolir o uso do passaporte.

Depois da Primeira Grande Guerra, os esforços foram voltados para o interesse público, a soberania nacional, no sentido de que os Estados podem regulamentar a admissão e expulsão dos imigrantes, conforme conveniência. Isso devido a crise econômica que se espalhava pelo mundo com inflação e desemprego, os Estados como forma de proteger seus nacionais dificultaram a livre circulação de pessoas, tolhendo a liberdade de escolha de ir e vir (LAIFER, 1999 : 140).

O pós guerra consolidou a utilização de certas ferramentas jurídicas como os vistos de entrada, permanência e saída para estrangeiros; as taxas alfandegárias; as restrições à imigração; e o passaporte. O passaporte em especial é o instrumento jurídico que permite o ir e vir entre as fronteiras e ao mesmo tempo com o papel social de "separar aqueles para cuja conveniência e facilidade de viagem foram abolidos os vistos daqueles que deveriam ter ficado no lugar de onde saíram, quer dizer, que não deveriam viajar" (BAUMAN, 1999 : 95-96).

Depois da Segunda Guerra Mundial, a movimentação de pessoas e da economia aflorou especificamente no setor do Turismo, em 1963, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre Turismo e Viagens Internacionais, cujo objetivo central era legalizar o deslocamento temporário de pessoas. Nessa época, já se viam as primeiras tratativas das nações para começar a legalizar, inicialmente, os visitantes e, posteriormente, os migrantes (CAVARZERE, 2001 : 58-59)

Para discussões de direitos humanos, paz entre os povos, reciprocidade entre os países, entre outros pontos existe a Organização das Nações Unidas (ONU) para dizimar possíveis controvérsias, ou seja, não existe exatamente uma regulamentação sobre o direito de imigrar[3].

Existe também no âmbito internacional a Organização Internacional do Trabalho (OIT) que é responsável pela elaboração de modelos que devem ser seguidos na elaboração de leis internas dos Estados, como "direitos básicos" que devem ser garantidos na ótica internacional, além de estabelecer procedimentos que devem ser seguidos na via administrativa e na via judicial[4].

Essas normas bases estabelecidas pela OIT são de extrema importância para o desenvolvimento econômica, proteção dos trabalhadores migrantes e prevenção de abusos no âmbito trabalhista, segundo Süssekind (2000 : 428):

> (...)a harmonização das leis relativas ao Direito do Trabalho e Seguridade Social numa área geográfica constitui fator de relevância na *integração econômica* da região, porque com isso se busca nivelar, tanto quanto possível, o custo dos encargos sociais de responsabilidade dos correspondentes Estados e empresas. Os *tratados bilaterais*, no campo do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, têm por fundamento a *migração de trabalhadores* e por finalidade a solução, na base da reciprocidade, de problemas social-trabalhistas dela resultantes. Geralmente são firmados por um país de emigração e um de imigração; mas, excepcionalmente, pode ter mais de dois signatários (tratado plurilateral). Seu objetivo pode variar: regulamentação das condições de trabalho do estrangeiro procedente do outro país, tanto no caso de migração dirigida, como no de migração espontânea; conservação do direito do imigrante em matéria de Seguridade Social e pagamento das respectivas prestações se retornar ao país de origem; disciplinação do trabalho de temporada executado no território de um Estado por trabalhador de outro; regulamentação do trabalho em empreendimentos fronteiriços; formas de cooperação social, abrangendo programas de formação profissional acelerada, etc.

[3] Disponível em : https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[4] Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

Percebe-se que a questão jurídica dos migrantes é estabelecida de forma interna nos Estados, justamente porque o acesso ao território depende do livre arbítrio do Estado soberano. Contudo, existem normas básicas que devem ser garantidas aos migrantes, direitos esses que são considerados internacionais e que devem ser respeitados.

4.1.1 A imigração pelas lentes do direito internacional

Há um grande número de acordos, tratado e convenções internacionais que tratam da situação do estrangeiro, do migrante e do trabalho. Tais tratativas estão ligadas ao Direito Internacional do Trabalho, parte do Direito Público Internacional, que tem como fundamento regulamentar de forma geral os direitos que devem ser respeitados pelas nações no que concerne a proteção do trabalhador imigrante. A proteção do trabalhador imigrante já apresenta referência no preâmbulo da Constituição da OIT[5], no seguinte sentido:

> Considerando que existem condições de trabalho que implicam, para grande número de indivíduos, miséria e privações, e que o descontentamento que daí decorre põe em perigo a paz e a harmonia universais, e considerando, pó exemplo, (...) à defesa dos interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro (...).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tornou-se a primeira agência da ONU, em 1946, mas foi criada pós Primeira Grande Guerra, na Conferência da Paz em 1919, originando o Tratado de Versalhes que trazia como direito de proteção internacional a garantia das condições de trabalho dignas e justas. A idéia base da OIT era de que a paz apenas seria alcançada por meio da justiça social, como estabelece os considerandos da Constituição da OIT[6].

A OIT se preocupa, principalmente, na questão dos imigrantes que buscam emprego, sendo que migração pelo labor é um dos temas de seus estudos. Esse assunto é de tal importância, porque, conforme visto, a busca de novas oportunidades de trabalho é o principal motivo causador da migração. Sabe-se que devido às crises econômicas e sociais no mundo a procura de trabalho é muito maior do que a quantidade de trabalho de fato oferecida, portanto as leis internacionais existem para garantir o bem-estar e direitos básicos da população imigrante[7].

A OIT inicialmente ocupou-se de questões migratórias, estabeleceu a Convenção Internacional n° 19, de 1925[8], que aborda a questão da igualdade entre os trabalhadores estrangeiros e nacionais em caso de acidentes de trabalho. Convenção adotada por 120 países, mas de difícil aplicação uma vez que depende dos serviços de saúde de cada país.

---

[5] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Constituição da OIT*. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[6] Ver terceira consideração do preâmbulo da Constituição da OIT. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[7] Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/temas/lang--pt/index.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[8] Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235017/lang--pt/index.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

A Convenção nº 97, de 1939[9], dirige-se ao trabalhador imigrante, definindo-o como aquele que "emigra de um país para outro com vistas a ocupar um emprego que não seja por conta própria" (art.11), tratando das imigrações legais, prevendo punição para as imigrações irregulares nos anexos I (art. 8) e II (art. 13).

Há, também nesse contexto, a Declaração da OIT Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998[10].

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no âmbito da ONU, também trata do assunto nos seguintes artigos: 13.1 estabelece o direito de circulação dentro de determinado estado, e o artigo 13.2 que tratada do direito de circulação do indivíduo no espaço internacional. É importante salientar que nessa normativa não há reconhecido o direito do indivíduo se estabelecer em país diverso ao da sua nacionalidade. Há a proteção clara do direito de sair do país, mas não o direito de entrar em outro país[11].

Quanto à nacionalidade, art. 15.2 da Declaração, a DUDH[12] deixa em aberto, cabendo a cada nação optar e declarar sobre. A DUDH não é o único instrumento normativo internacional, há outras normativas nesse sentido: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948; o art. 2º do Protocolo nº 4 da Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1963; o art. 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; a Carta Africana de Direitos Humanos e das Pessoas, art. 18, de 1981 (LOPES, 2009 : 238-240).

Uma das mais importantes convenções sobre direitos humanos da ONU é a Convenção da ONU para Proteção dos Trabalhadores Migrantes e seus Familiares, adotada em 18 de dezembro de 1990 pela Assembléia Geral (Res. 451/158), entrando em vigor apenas 13 anos depois em 1º de julho de 2003 (LOPES, 2009 : 240). A Convenção tem a pretensão de normatizar em nível universal os direitos dos trabalhadores migrantes e dessa forma dá uma nova roupagem aos preceitos estabelecidos pelas convenções da OIT.

Pode-se destacar a parte VI da Convenção que tem como título "promoção de condições legais dignas e equitativas em matéria de migração internacional dos trabalhadores e membros de sua família", como de grande importância. Tal Parte requisita aos Estados que se unam no sentido de colaborarem mutuamente em assuntos referentes a migração. Os Estados, nesse sentido, são chamados, dentre outras ações, a formular políticas públicas de migração; fornecer informações sobre assistência e trâmites migratórios; trocar e prover informações legislativas e administrativas incluindo acordos bilaterais sobre migração (Artigos 65 a 68)[13].

Certamente controvérsias surgirão entre os Estados e a correta aplicação da Convenção, sendo assim a própria Convenção prevê um "Comitê de Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares", para o qual os Estados Partes comprometem-se em apresentar relatórios sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas e de outra natureza que adotaram para aplicação da Convenção (Art. 73), conseqüentemente o Comitê irá avaliar e adotar as medidas necessárias para a correta aplicação da Convenção[14].

---

[9]Disponível em: http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235186/lang--pt/index.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[10] Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/content/declara%C3%A7%C3%A3o-da-oit-sobre-os-princ%C3%ADpios-e-direitos-fundamentais-no-trabalho-e-seu-seguimento. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[11] Disponível em: http://www.dudh.org.br/declaracao/. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[12] Ibidem, art. 15.2

[13] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias*. Disponível em: http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[14] Ibidem.

Além dos instrumentos gerais de direitos humanos e mais específicos no âmbito dos direitos dos trabalhadores migrantes, existem normativas dos Estados que se fundamentos nas normativas internacionais para interpretar e legislar sobre normas nacionais de aplicação aos imigrantes.

4.1.2 A imigração pelas lentes do direito nacional brasileiro

Os Estados continuam se baseando na máxima tradicional de soberania, no sentido de terem o poder de escolher quem irá ingressar ou não em seus territórios. O Brasil, conseqüentemente, não foge dessa máxima de controle do fluxo migratório. A abertura dos tempos de colonização para substituição do trabalho escravo e povoamento do território não mais se encaixa nos moldes atuais, sendo assim, no atual contexto, o Brasil passa a aplicar requisitos mais restritivos para a entrada de estrangeiros em seus territórios, ensejando opiniões que defendem que o Brasil "pode ser tido como um dos países mais restritivos quanto à imigração de estrangeiros" (PARARRA, 2005 : 23-33).

A Constituição de 1988[15] não trata especificamente dos imigrantes e da sua regulamentação, limitando-se apenas a apresentar princípios e preceitos sobre o estrangeiro de forma abrangente.

Aos imigrantes, têm-se como primeiros princípios aplicáveis os fundamentos da república no artigo 1º da Constituição Federal: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho; que por serem aplicáveis ao Estado brasileiro, não poderiam deixar de ser aplicados aos trabalhadores imigrante. Como preceito fundamental também podemos destacar o contido no artigo 3°, inciso IV da Constituição a promoção do bem de todos "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"[16].

Por vez, na vertente dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil podemos destacar os contidos no artigo 4°, inciso II: prevalência dos direitos humanos; e inciso IX: cooperação entre os povos para progresso da humanidade. No parágrafo único do mesmo artigo 4° da Constituição, estabelece que o Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, o que não ira compactuar com uma postura mais restritiva de imigração principalmente no âmbito dos povos latino-amecianos[17].

Especificamente aos direitos dos estrangeiros, e assim podemos entender dos trabalhadores imigrantes, o artigo 5° da Carta Magna garante aos estrangeiros residentes no país os mesmo direitos em igualdade aos nacionais, quais sejam, a "inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"[18].

De modo geral, é garantida a igualdade de tratamento entre os estrangeiros e os nacionais, e livremente incluímos nesse contexto os trabalhadores imigrantes. Dessa forma, segundo Nicoli (2011 : 91)

> [...]por não estabelecer expressa exceção ao princípio da igualdade, a Constituição Federal de 1988 claramente veda práticas discriminatórias que resultem em menos proteção ao trabalho prestado por imigrantes regularmente admitidos no território brasileiro, em consonância com as normas internacionais pertinentes.

---

[15] BRASIL. *Constituição.* Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[16] BRASIL. *Constituição.* Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[17] Ibidem, art. 4

[18] Ibidem, art. 5.

Como dito a garantia de igualdade tratada é de forma geral, há exceções que tornam os estrangeiros desiguais frente aos brasileiros, no sentido de que há proibição de alistamento eleitoral e proibição de ocupação de alguns cargos públicos por estrangeiros, respectivamente artigo 14, parágrafo 2° e artigo 12, parágrafo 3° ambos da Constituição[19]. A vedação do alistamento eleitoral dos estrangeiros implica na impossibilidade da candidatura a cargos eletivos e a votar. A Proposta de Emenda a Constituição n° 347, de 2013, pretende garantir o direito dos imigrantes ao voto, alterando a redação do artigo 4°, parágrafo 2°, para que "os estrangeiros residentes em território brasileiro por mais de quatro anos e legalmente regularizados alistem-se como eleitores", sem ter a obrigatoriedade de naturalização[20].

Além da Constituição, que na verdade não trata profundamente a situação do trabalhador imigrante legal, muito menos da situação do imigrante em situação ilegal, existe o Estatuto do Estrangeiro, Lei n° 6.815, de 19 de agosto de 1980, sendo a legislação infraconstitucional utilizada no Brasil para regulamentar a situação do migrante, sendo que os demais instrumentos são derivados dele como as resoluções do Conselho Nacional de Imigração (CNIg)[21].

O final da década de 1970 e o início da década de 1980 representa um período sem incentivos para a imigração, intensificando a preocupação com a imigração clandestina. O Brasil estava passando pelo autoritarismo da ditadura militar o que, obviamente, refletiu na legislação da migração.

Logo nos primeiros artigos do Estatuto do Estrangeiro percebe-se a preocupação com a segurança nacional, ordem e interesses nacionais, reflexo forte dos tempos difíceis vividos pelo Brasil. Nesse sentido[22]:

> Art. 1° em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais.
> Art. 2° Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional.
> Art. 3° A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais.

O migrante que não possui a nacionalidade brasileira só poderá ingressar no país com um visto, que é o "ato administrativo que franqueia ao estrangeiro a entrada em território nacional" (HENRIQUE, *apud* FRIETAS, 2006, pg. 3). Conforme artigo 4° do Estatuto existem sete tipos de vistos: de trânsito, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático. Os vistos temporários e permanentes estão ligados diretamente com situação do trabalho imigrante.

O visto temporário de trabalho é regulamentado pelo CNIg, que controla a entrada de imigrantes com a intenção de trabalhar no Brasil. A Resolução n° 74, de 2007, refere-se as autorizações de trabalho, exigindo a existência de uma empregador específico que requeira a autorização, que comprove a regularidade e que se responsabilize pelas despesas médicas do

---

[19] Ibidem, art. 14, parágrafo 2° e art. 12, parágrafo 3°.

[20] Informações sobre a tramitação da PEC nº 347 disponíveis em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599448.

[21] BRASIL. *Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980*. Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[22] Ibidem, art. 1º, 2º e 3º.

imigrante e que também informe o prazo do contrato[23].A Resolução n° 99, de 2012, trata dos requisitos de qualificação e experiência profissional para a concessão de autorização de trabalho para os imigrantes[24]. Tais resoluções estabelecem diversas formalidades para qualquer forma de alteração do contrato de trabalho.

Sobre o visto permanente, o artigo 16 do Estatuto, estabelece que a imigração tem como objetivo propiciar mão de obra especializada para os setores da economia nacional, objetivando aumentar a produtividade, assimilar tecnologia e captar recursos. Segundo o artigo 18, o visto permanente fica condicionado a atividade certa e à fixação em região determinada do território nacional, dentre outros requisitos estabelecidos pela CNIg[25].

Percebe-se que o Estatuto do Estrangeiro e as Resoluções do CNIg foram formuladas em contextos históricos diversos, e sofreram conseqüências diferentes dessa forma, porém o Estado não deixou de lado a postura restritiva frente aos trabalhadores imigrantes.

Até o presente momento a pesquisa apenas trouxe requisitos e cobranças feitas ao trabalhador imigrante, com a finalidade restritiva do Estado para a permissão da entrada da mão-de-obra, nada diretamente foi garantido no sentido de resguardar aos imigrantes a proteção dos direitos humanos. Existem grupos que lutam pelos direitos dos imigrantes com forte embasamento nos direitos humanos que criticam essa postura normativa tão rígida do Estado, tais grupos têm postulado uma nova regulamentação legal que privilegie os seguintes princípios básicos:

> (...) tutela e promoção dos Direitos Humanos; valorização da presença dos imigrantes no Brasil; superação de enfoques economicistas ou seletivos; criação de espaços de diálogo e de interlocução, no respeito às liberdades fundamentais; proteção em situações humanitárias; proteção ao trabalhador, inclusive quanto ao direito de sindicalização e, finalmente combate à xenofobia e a todo crime contra os imigrantes por sua condição (NICOLI, 2011 : 93).

Em função dessas reivindicações, foi sancionada a Lei n° 11.961, de 2009, que dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional. Essa norma alcançou os imigrantes irregulares no Brasil até 1° de fevereiro de 2009 e beneficiou um total de 42 mil pessoas, sendo 17 mil bolivianos[26]

Em virtude dessa lei de anistia, o presidente em exercício na época, Luís Inácio Lula da Silva, afirmou em seu discurso que considera "injustas as políticas migratórias adotadas recentemente em alguns países ricos, que têm como um dos pontos a repatriação dos imigrantes", no sentido de que não atacam a raiz do problema que é a falta de perspectiva de desenvolvimento dos países onde se origina a migração[27]. O Brasil com essa nova lei adotava um tratamento diferenciado para os

---

[23] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Resolução nº 74, de 2007*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF063E57D4A/rn_20070209_74_.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[24] BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Resolução nº 99, de 2012*. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A3BAA1B30013BBE67494508E1/RN%2099.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[25] Os requisitos específicos estabelecidos pelo CNIg referem-se a cada atividade específica a ser realizada pelo imigrante, previstos nas diversas resoluções do Conselho, todas estabelecendo um alto grau de qualificação profissional, conforme se pode observar no Guia de Procedimentos para Autorização de Trabalho do TEM, disponível em: http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3F9B201201403B60B0A25FB5/Novo%20Guia11%20-%20Julho%202013%20-%20atualizado%20RN%20104%20-%20Final.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[26] Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2010/01/anistia-a-estrangeiros-beneficia-mais-de-40-mil-pessoas/>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[27] Discurso disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/luiz-inacio-lula-da-silva/discursos/2o-mandato/2009/2o-semestre/02-07-2009-discurso-do-presidente-da-republica-luiz-inacio-lula-da-

imigrantes, os direitos humanos passaram a permear a relação, ademais existia a idéia de que as fronteiras deveriam ser permeáveis não apenas para o fluxo capitalista, de capital, mas também aos seres humanos.

Outra normativa que trata dos direitos trabalhistas dos imigrantes é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Os primeiros artigos que tratam desse assunto estão contidos no Capítulo II, "Da nacionalização do trabalho", do Título III da CLT, no que dispõe.

> Art. 352 – As empresas, individuais ou coletivas, que explorem serviços públicos dados em concessão, ou que exerçam atividades industriais ou comerciais, são obrigadas a manter, no quadro do seu pessoal, quando composto de 3(três) ou mais empregados, uma proporção de brasileiros não inferior à estabelecida no presente Capítulo.
> (...)
> Art. 354 – A proporcionalidade será de 2/3 (dois terços) de empregados brasileiros podendo, entretanto, ser fixada proporcionalidade inferior, em atenção às circunstâncias especiais de cada atividade mediante ato do Poder Executivo, e depois de devidamente apurada pelo Departamento Nacional do Trabalho e pelo Serviço de Estatística de Previdência do Trabalho a insuficiência do número de brasileiros na atividade de que se tratar.
> Parágrafo único – A proporcionalidade é obrigatória não só em relação à totalidade do quadro de empregados, com as exceções desta Lei, como ainda em relação à correspondente folha de salários 28.

A intenção da CLT, formulada com base em idéias nacionalistas do governo Getúlio Vargas no período do Estado Novo, era de proteger o mercado de trabalho e de resguardar a autoridade do Estado numa época que os imigrantes eram uma ameaça anarquista e socialista por conta dos ideais difundidos.

A CLT ainda prevê, no artigo 358 da CLT, a proibição do pagamento de salário inferior aos brasileiros em relação ao salário pagos aos imigrantes, com exceção aqueles que estejam em uma situação superior em questão de produtividade e antiguidade. Nesse mesmo contexto, o parágrafo único do artigo 358, exige que "a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à de trabalhador brasileiro que exerça função análoga"[29].

O artigo 204 do Código Penal demonstra a importância dada ao controle das imigrações pelo Estado, tipificando como crime a ação de "frustrar, mediante fraude ou violência, obrigação legal relativa à nacionalização do trabalho"[30].

Essa "nacionalização do trabalho" apresenta uma inconstitucionalidade aparente, não garantido o direito de igualdade estabelecido na Constituição Federal, ademais a Convenção da OIT nº 111, ratificada pelo Brasil em 1969, já tratada, veda a distinção, exclusão ou preferência por questões pátrias que possa desigualar os indivíduos frente a uma oportunidade de trabalho. Sendo assim, é evidente que tal Convenção teria revogado a CLT nesse artigo que deixa clara a desigualdade de tratamento existente[31].

---

silva-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-que-anistia-estrangeiros-em-situacao-irregular. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[28]Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[29] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[30] Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[31] Nesse sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a hierarquia entre tratados internacionais e normas internas, que determina que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem hierarquia supralegal, ou seja, podem derrogar as leis incompatíveis. Esses tratados podem ainda obter status de Emenda Constitucional se aprovados pelo Congresso Nacional por meio do regime específico previsto no art. 5º, § 3º da Constituição. Para mais informações ver: MENDONÇA, Laís Maranhão Santos. O Supremo Tribunal Federal entre

O Código Penal também se apresenta na questão dos imigrantes, assim como a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias, protege o trabalhador de um regime de escravidão. O artigo 149 do Código Penal tipifica o que segue:

> Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto32.

Os requisitos tratados nesse artigo não precisam ser cumulativos, bastando a existência de um para que esteja tipificado o crime, com condenação de reclusão de dois a oito anos, e multa. A jornada exaustiva se estabelece quando o tempo de descanso não é suficiente para a recuperação do trabalhador para a próxima jornada laborativa, sem o pagamento de horas extras. As condições degradantes se configuram a partir de diversos fatores como a indisponibilidade de água, comida, alojamentos precários, entre outros. As formas de restrição de liberdade como a própria expressão diz é o impossibilitar que as pessoas deixem o seu local de trabalho (BRASIL, 2013 : 24)

Além da tipificação do Código Penal, a proteção do trabalhador ganhou força com a aprovação da Emenda Constitucional nº 81, que deu nova redação ao art. 243 da Constituição Federal[33]:

> Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturais ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observando, no que couber, o disposto no art. 5º.
> Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Em suma, esta Emenda Constitucional estabelece e reafirma o já tratado na CLT e no Código Penal como sendo o trabalho escravo uma das condutas vedadas. É claro que tal conduta fortemente normatizada não é exclusiva aos imigrantes, mas se aplica fortemente a eles uma vez que são mais facilmente submetidos a essas condições até mesmo pelas condições que vêem para o Brasil e por suas necessidades latentes, se sujeitando a trabalhos em condições análogas a de escravos. A distância dos familiares e a estada em um local desconhecido também dificultam a reivindicação por direitos, ademais há o empecilho da língua que na maioria das vezes não é dominada pelo migrante que aqui chega[34].

É importante perceber que o controle nas fronteiras que não respeita os direitos humanos não impede a entrada deles no território. Os imigrantes, como já tratado no início do artigo são compelidos por diversos motivos que não vão se deixar influenciar por conta de um controle fronteiriço mais

---

direito interno e direito internacional. In: *Revista dos Estudantes de Direito da UnB*. Nº 9, 2010. Disponível em: http://seer.bce.unb.br/index.php/redunb/article/view/7057/5577. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[32]Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016

[33] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

[34] ONG Repórter Brasil. *Migração*: O Brasil em Movimento. 2012. Disponível em: http://www.escravonempensar.org.br/wp-content/uploads/2013/03/caderno_migracao_alta.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

rígido, buscam uma melhora de vida e por vezes não se importam em ingressar no território de maneira ilegal.

O imigrantes que enfrentam pobreza ou a falta de possibilidades de trabalho em seus países ou mesmo outras situações degradantes que motivam a saída de seu território de origem torna o indivíduo mais vulnerável a aceitar qualquer oferta de trabalho, mesmo que isso signifique migrar para outra região sem conhecimento prévio das condições que irá enfrentar (ONG Repórter Brasil, 2012 : 24). Por vezes, os imigrantes nessas condições sabem de seus direitos, mas a vulnerabilidade e a condição a que são submetidos dificulta qualquer reivindicação de direitos (BRASIL, 2013 : 16-17).

Sendo assim, é imperioso que não só sejam respeitadas as normativas existentes de proteção dos imigrantes tanto em âmbito internacional quanto nacional, mas também que seja de alguma forma proporcionada a revisão da Lei do Estrangeiro, com uma visão condizente com o contexto histórico existente, com olhares atentos para o Projeto de Lei nº 2.516/15[35].

5 Considerações Finais

As migrações têm o poder de contribuir positivamente para o desenvolvimento econômico e social dos países. Tal fenômeno afirma a necessidade de repensar as relações internacionais sem a visão da competitividade econômica e do fechamento das fronteiras, mas na solidariedade entre os povos.

Conforme exposto, o principal motivo que impulsiona a imigração é a busca por melhores condições de vida e conseqüentemente a busca pelo trabalho, e para garantir os direitos dos imigrantes como indivíduos e como trabalhadores há vários instrumentos internacionais e nacionais que trouxeram grandes avanços para efetivar a igualdade entre os indivíduos.

Percebe-se que o problema central baseia-se na questão de que o Estado vê a imigração de forma negativa, gerando encontros ou choques, acolhida ou exclusão, sem que se entenda que o fluxo migratório no Brasil é, e sempre foi, natural frente a miscigenação existente no país, e que a aceitação dessa população gera um natural desenvolvimento econômico.

É dever da comunidade internacional e da população no geral ver o imigrante como fonte de enriquecimento recíproco para então construir uma sociedade de paz e justiça, revendo a normatização existente que é falha tanto no âmbito internacional quanto no nacional. Na seara brasileira há uma necessidade latente de modernizar o Estatuto do Estrangeiro já ultrapassado pelo tempo, para tanto há necessidade do avanço da Lei nacional por meio do Projeto de Lei nº 2.516/15 que prevê mudanças significativamente positivas para os imigrantes.

Referências

BATISTA, Vanessa Oliveira. *O fluxo migratório mundial e o paradigma contemporâneo de segurança migratória*. Revista Versus Acadêmica - UFRJ, Rio de Janeiro, novembro de 2009.

[35] Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BIBLIOTECA. Presidência da República. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/ex-presidentes/luiz-inacio-lula-da-silva/discursos/2o-mandato/2009/2o-semestre/02-07-2009-discurso-do-presidente-da-republica-luiz-inacio-lula-da-silva-durante-cerimonia-de-sancao-da-lei-que-anistia-estrangeiros-em-situacao-irregular>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIAS. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Secretaria de Gestão da Informação Institucional*, Coordenadoria de Gestão Normativa e Jurisprudêncial, Seção de Divulgação. Número 39/2013. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/Boletim/turmas/2013/bol_39_13.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. Manual de Recomendações de Rotinas de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo de Imigrantes. Secretaria de Direitos Humanos: Brasília, 2013. Disponível em:<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2013/10/Manual-Trabalho-Escravo-Imigrantes.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. *Resolução nº 74, de 2007*. Disponível em:<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF063E57D4A/rn_20070209_74_.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Resolução nº 99, de 2012. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A3BAA1B30013BBE67494508E1/RN%2099.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Constituição. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1° de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2016

CAVARZERE, Thelma Thaís. *Direito Internacional da pessoa humana*: a circulação internacional de pessoas, 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/> . Acesso em: 12 de setembro de 2016.

HENRIQUE, Luciana da Costa Aguiar Alves. Título I – da aplicação. in: Freitas, Vladimir Passos (coord.). *Comentários do estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*. São Oaulo: Millennium, 2006.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LÉON, Amparo Micolta. *Teorias y conceptos asociados al estudio de las migraciones internacionales.* In: Trabajo Social, No. 7, 2005.

LOPES, C. M. S. *Direito de imigração:* o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

MIGRAÇÃO NO MUNDO. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3F9B201201403B60B0A25FB5/Novo%20Guia11%20-%20Julho%202013%20-%20atualizado%20RN%20104%20-%20Final.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

NAÇÕES UNIDAS. Como Funciona. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/como-funciona/>. Acesso em: 12 de setembro de 2016

NICOLI. Pedro Augusto Gravatá. *A condição jurídica do trabalhador imigrante no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias.* Disponível em: <HTTPS://WWW.OAS.ORG/DIL/PORT/1990%20CONVEN%C3%A7%C3%A3O%20INTERNACIONAL%20SOBRE%20A%20PROTEC%C3%A7%C3%A3O%20DOS%20DIREITOS%20DE%20TODOS%20OS%20TRABALHADORES%20MIGRANTES%20E%20SUAS%20FAM%C3%ADLIAS,%20A%20RESOLU%C3%A7%C3%A3O%2045-158%20DE%2018%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201990.PDF>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição da OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. História da OIT. Disponível em: < http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm> . Acesso em: 12 de setembro de 2016

_____. Convenção n. 19. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235017/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Convenção n. 97. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235186/lang--pt/index.htm> . Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Temas. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/temas/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

_____. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/declara%C3%A7%C3%A3o-da-oit-sobre-os-princ%C3%ADpios-e-direitos-fundamentais-no-trabalho-e-seu-seguimento>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

PATARRA, Neide Lopes. *Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo*: volumes, fluxos, significados e políticas. Revista São Paulo em Perspectiva. São Paulo, v. 19, nº 3.

PREUSS, Ulrich K. "*Migration – a Challange to Modern Citizenship*". Constellations, v. 4, Number 3, 2008.

PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO. *PEC n. 347/2014*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599448>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

REPORTER BRASIL. *Anistia a estrangeiros beneficia mais de 40 mil pessoas*. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2010/01/anistia-a-estrangeiros-beneficia-mais-de-40-mil-pessoas/>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB. N° 9, 2010. Disponível em: <http://seer.bce.unb.br/index.php/redunb/article/view/7057/5577>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.,

SAYAD, Abdelmalek. *A imigração ou os paradoxos da alteridade*. Prefácio Pierre Bordieu; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*, 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

VIADEL, *Antonio Colomer*. *Inmigrantes y emigrantes*. Valencia: Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia, 2006.

ONG Repórter Brasil. *Migração:* O Brasil em Movimento. 2012. Disponível em: <http://www.escravonempensar.org.br/wp-content/uploads/2013/03/caderno_migracao_alta.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2016.

CONTRIBUIÇÕES DAS REDES PARA A MANUTENÇÃO DA DIVERSIDADE ÉTNICA E DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS DOS MIGRANTES HAITIANOS NO BRASIL

Denise Silva Nunes[36]
Dra. Maria Catarina Chitolina Zanini[37]

Resumo:

A migração é um longo processo e as transformações sociais e culturais dela resultantes são bastante complexas. Desse modo, o objetivo do trabalho é compreender as dinâmicas da migração haitiana no Brasil, centralizando a reflexão para as condições de possibilidade para tal processo migratório. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica, com consulta a livros e fontes virtuais, e com consulta à legislação aplicada. Justifica-se a proposta devido à ocorrência dos fluxos migratórios, de modo que se faz necessário compreender as dinâmicas inseridas e seus desdobramentos. Destaca-se que, os haitianos decidem atravessar fronteiras internacionais, deslocando-se para países de América do Sul, sendo o Brasil um de seus destinos preferidos, onde eles depositam a esperança de arrumar trabalho e estabilidade financeira. Neste processo migratório o que tem se verificado é que a formação de redes representa um mecanismo para assegurar direitos e a preservação da diversidade étnica e cultural dos migrantes haitianos no Brasil.

Palavras-chave: estudos migratórios. migração haitiana. redes de solidariedade.

1 Introdução

O Haiti tem uma história marcada por lutas e desafios. O Haiti foi colônia francesa e é o primeiro país negro a declarar independência e então conquistar a abolição da escravidão no mundo. E, desde o terremoto de 2010, que acabou por agravar ainda mais as condições econômicas, políticas e sociais do país, os haitianos buscam ajuda migrando para outras localidades.

Estima-se que o terremoto deixou 316.000 mortos, 300.000 feridos, 1,3 milhão de deslocados, 97.294 casas destruídas e 188.383 danificadas na área de Porto Príncipe e em grande parte do sul do Haiti (FARIA, 2012).

A grande concentração de pessoas, em áreas de forte sismicidade, somada a falta de infraestrutura adequada, fazem do Haiti um país extremamente vulnerável aos abalos sísmicos. As condições de saneamento e saúde, que antes do tremor já eram precárias, entraram em colapso e no

[36] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, Brasil). Especialista em Direito Público pela UNIDERP/MT. Em andamento, Graduação em Ciências Sociais Bacharelado e Especialização em Ensino de Sociologia no Ensino Médio pela UFSM. Advogada. Endereço eletrônico: denise.silva.nunes@hotmail.com

[37] Doutora em Antropologia Social pela Universidade de São Paulo (USP, Brasil). Mestre em Antropologia pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora associada da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), vinculada aos Programas de Pós-Graduação em Ciências Sociais e Programa de Pós-Graduação em História. Coordenadora do NECON/UFSM (Núcleo de Estudos Contemporâneos). Membro do Comitê de Iniciação Científica e de Inovação Tecnológica da UFSM. Endereço eletrônico: zanini.ufsm@gmail.com

final de 2010, o país foi assolado por um surto de cólera que matou mais de 4.000 pessoas. O ambiente adverso favoreceu a contaminação de forma rápida e epidêmica (FARIA, 2012, p.78).

O quadro ambiental haitiano, por fatores naturais ou antrópicos, expõe a sua população a um perigo constante. O impacto exponencial de catástrofes neste país, institucionalmente frágil, revela um quadro desolador. A degradação ambiental, conectada aos fatores naturais, socioeconômicos, culturais e políticos, sem dúvida, são causas dos movimentos forçados da população haitiana, cuja sobrevivência depende diretamente dos recursos naturais (FARIA, 2012, p.78).

Feitas as considerações iniciais, destaca-se que o objetivo do trabalho é compreender as dinâmicas da migração haitiana no Brasil, centralizando a reflexão para as condições de possibilidade para tal processo migratório. Para tanto, pretende-se analisar as contribuições das redes para a manutenção da diversidade étnica e para a efetivação de direitos aos haitianos.

Para a realização do artigo, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, a fontes virtuais, periódicos, documentários, com consulta à legislação aplicada, dentre outros.

Justifica-se a pesquisa devido ao fenômeno dos fluxos migratórios, que em alguns momentos são mais intensos, e outras menos, de modo que se faz necessário compreender as dinâmicas do processo.

O artigo está estruturado em três seções. Primeiramente a abordagem consiste em apontamentos sobre as trajetórias dos migrantes haitianos no Brasil. No segundo momento pretende-se fazer a conexão entre fluxos migratórios e a diversidade étnica-cultural no Brasil. Posteriormente, busca-se verificar as possíveis contribuições das redes para a manutenção da diversidade étnica e para a efetivação de direitos aos (i)migrantes haitianos no Brasil. Por último, feitas considerações finais, contudo, sem pretender esgotar a discussão.

2 Apontamentos Sobre as Trajetórias dos Migrantes Haitianos no Brasil

A abordagem neste capítulo inicial consiste em trazer apontamentos sobre a imigração haitiana para o Brasil, destacando os aspectos principais do processo (i)migratório.

Conforme Sayad (1998), "a migração é um fato social total" que envolve questões de múltiplas dimensões. O fenômeno deve ser observado em seu aspecto transnacional, diante das dinâmicas de trânsitos (de ires e vires), o que implica redefinições identitárias complexas.

A migração tem características e dinâmicas, como por exemplo, um corpo que migra, que se movimenta, que sai de seu mundo e vai para outro desconhecido, que enfrenta desafios, que tem um corpo social/cultural/psicológico, que possui subjetividades e historicidades, e o deslocamento se dá no tempo e no espaço.

De modo geral, a experiência da migração revela "um antes" e "um depois" na vida dos migrantes. E para Sayad (1998) os imigrantes são, antes, emigrantes.

Destaca-se que, para Sayad (1998) os (i)migrantes são estrangeiros que aparentemente estão como provisórios em uma determinada sociedade receptora. Eles mantêm variados elos culturais e sentimentais com suas nações de origem, mas, geralmente, se tornam permanentes e se integram de diferentes formas a essa nova nação.

A imigração haitiana em massa para o Brasil iniciou logo após o terremoto de 2010, podendo ser caracterizada como uma migração transnacional e de caráter laboral. Eles estabeleceram-se, em várias regiões do Brasil, de norte a sul, em torno de 21.000 haitianos e eles almejam a legalização, a

elaboração de documentos, como CPF carteira e trabalho e visto provisório, além de buscarem a inserção em postos de trabalho (BARBOSA, 2015).

> A diáspora haitiana tem origens em décadas distantes da atual. O Haiti revela-se como um "microcosmo de todos os males da sociedade", uma vez que no ventre dessa nação parecem endêmicas a violência armada, o desemprego, o analfabetismo, a corrupção, a subnutrição, a mortalidade infantil, a privação dos serviços públicos, dentre outros. Corroborando com este cenário, um quadro físico que, aliado ao uso incorreto do solo, agrava a questão social pelo esgotamento da cobertura vegetal, erosão e exaustão pedológica, além de estar numa zona favorável a catástrofes naturais como os terremotos e tempestades tropicais (FARIA, 2012, p.120).

Estima-se que de quatro a cinco milhões de haitianos(as) vivem fora do país, dado que "representa a metade dos habitantes do Haiti, estimados em 10.413.211 em 2013 pelo Institut Haïtien de Statistique et d'Informatique (IHSI)" (HANDERSON, 2015, p. 52).

A grande maioria dos migrantes mantém ao mesmo tempo parte de sua família que está no Brasil e parte de sua família que permanece no Haiti, além da relação com familiares em outros países. Neste contexto, é possível compreender o local central que a diáspora ocupa na sociedade haitiana, a exemplo do seu papel "imprescindível" (THOMAZ, 2012, p. 34) como meio de ajuda à população nos dias seguintes ao terremoto.

A entrada de haitianos no território brasileiro se deu através dos países da Amazônia Legal, com ingresso principalmente nos municípios fronteiriços Brasiléia (AC) e Tabatinga (AM). Ao adentrar o território, os imigrantes dirigiam-se ao posto da
Polícia Federal e requeriam o refúgio. Como o Brasil não acata juridicamente o "refúgio motivado por catástrofes ambientais", os haitianos tiveram suas solicitações indeferidas. Entretanto, com vistas à observância dos direitos humanos, o governo brasileiro concedeu o visto humanitário a eles (FARIA, 2012, p.120).[38]

Segundo dados apresentados pelo ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) mais de 39.000 haitianos entraram no Brasil entre 2010 e setembro de 2014. O Brasil passou a ser um país de interesse para imigração haitiana a partir de 2010 por alguns motivos, dentre os quais é possível destacar a presença de tropas brasileiras na MINUSTAH, o que propiciou um contato direto com brasileiros; a atração pelo futebol brasileiro e o "convite" feito pelo presidente Lula em 2010, onde colocou o Brasil de forma receptiva à imigração haitiana (FERNANDES e CASTRO, 2014).

No final do ano de 2015 e ao longo do ano de 2016 o fluxo já começa a se modificar, principalmente pelas dificuldades econômicas enfrentadas com a alta do dólar e diminuição da oferta de empregos no Brasil.

Diante de tantas dificuldades no caminho, ao chegarem ao Brasil, os haitianos já esgotaram praticamente todo o recurso econômico que dispunham. Deste modo, necessitam com urgência de

[38] A trajetória mais comum que os haitianos percorrem para chegar ao Brasil é a seguinte: por via aérea, partem de Porto Príncipe e fazem escalas nas cidades de São Domingo (República Dominicana) e Cidade do Panamá (Panamá). Da Cidade do Panamá, alguns partem para Quito (Equador) e outros partem diretamente para Lima (Peru). Como estes países não exigem vistos para haitianos, estes não encontram dificuldades na entrada28. De Quito ou Lima, por trajeto terrestre ou fluvial, chegam à fronteira do Brasil em diferentes pontos. Tabatinga (AM), Assis Brasil (AC) e Brasiléia (AC) são os mais frequentes, como demonstra o Mapa 9. Em alguns casos, a chegada ao território brasileiro se dá através da fronteira com a Bolívia. A entrada, neste ínterim, ocorre principalmente pelos municípios de Epitaciolândia (AC) e Corumbá (MS). Acredita-se que a maioria dos haitianos que percorre esta rota provém do Chile (FARIA, 2012, p.79).

alimentação, abrigo e os documentos que lhes permitam trabalhar legalmente e deslocar-se no interior do país.[39]

A maior perspectiva é "conseguir trabalho", e assim, obter o meio para subsistência e logo começar a ajudar os familiares que estão no país de origem. Verifica-se que os que partem rumo ao Brasil são os que estão em condições um pouco melhor do que aqueles que permaneceram no país (FARIA, 2012, p.108).

Conforme pesquisas de Andressa Faria (2012), o perfil dos imigrantes haitianos mostra particularidades que os colocam, em termos de instrução e atividade laboral, acima da média da população do Haiti. Desse modo, a migração estaria contribuindo para reduzir o número de pessoas que, pelo tipo de habilitação e qualificação, seria de grande importância na reconstrução do dentro do Haiti. No entanto, sabe-se da importância que as remessas têm para os que ficaram no país de origem, visto que as condições de sobrevivência e emprego são precárias e que os recursos da cooperação internacional quase sempre não são alocados adequadamente, seja por corrupção ou trabalhos muito específicos das ONGs (FARIA, 2012, p.121).

As trajetórias dos migrantes vão além, uma vez que extrapolam o campo geográfico das fronteiras dos Estados nacionais. Na realidade tem-se o aspecto transnacional porque os pertencimentos se desterritorializam, e não apenas as fronteiras são atravessadas como também existe o multipertencimento (que também é simbólico). Portanto, as trocas materiais e simbólicas legitimam uma identidade que se estende além das fronteiras dos Estados nacionais.

Os migrantes haitianos, por exemplo, vivem num contexto transnacional, isso porque eles não deixam de pertencer às suas origens, e o vinculo de pertencimento é muito mais do que simbólico, e o "ser família" extrapola os limites do Estado-nacional, são, portanto, membros de dois mundos.

A perspectiva de um transnacionalismo corresponde ao estar aqui e lá (ao mesmo tempo), ou seja, corresponde a estar em dois mundos, de modo que a formação de redes e a *internet* permitem este processo. A sensação se revela como se a gente saísse da colônia, mas a colônia não sai da gente. E os familiares dos migrantes que ficam no local de origem dão sustentação ao projeto migratório, fomentando a continuidade das relações, e sempre com a expectativa de retorno do migrante ao seu ponto de partida.

3 Os Fluxos Migratórios e a Diversidade Étnica-Cultural no Brasil

Neste momento a abordagem consiste no dilema acerca das interações entre os grupos étnicos no Brasil, delimitando a abordagem para a correlação entre migração e diversidade étnica-cultural. Busca-se compreender a coexistência entre grupos diversos, o que pode iluminar caminhos e possibilidades para as políticas migratórias contemporâneas, como é o caso da (i)migração de haitianos para o Brasil.

[39] Não são considerados refugiados por não se incluírem nos requisitos da Convenção de Genebra de 1951 e também da Lei brasileira do Refúgio 9.474/97, muito embora o inciso III da lei brasileira considere que "devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país" dando interpretação ampla, na qual os haitianos poderiam ser reconhecidos como refugiados pelo governo brasileiro. Existiu inclusive, ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal sobre essa questão. Porém, o juiz federal confirmou a decisão do CONARE, e manteve a decisão numa interpretação restritiva de não considerá-los refugiados.

O Brasil é um país constituído por uma diversidade cultural resultante de processos históricos, dentre eles, a política (i)migratória que fora adotada e estruturada pelo governo, em diversos períodos da história. [40]

A autora Giralda Seyferth (2000) realizou estudos sobre imigração e cultura no Brasil, destacando as contribuições de diferentes grupos de imigrantes à cultura brasileira, tais como alemães, italianos, japoneses, poloneses, russos, belgas, holandeses, dentre outros. As contribuições dos imigrantes estão presentes na música, na culinária, na literatura, na arquitetura, nas artes, nos hábitos, valores culturais, nos traços na paisagem urbana, em técnicas agrícolas, no comércio, nas festividades, na religiosidade, em certos ofícios, nas associações culturais (recreativas e de assistência), etc.

Nos processos migratórios a diversidade étnico-cultural traz à tona o dilema da convivência entre várias etnias e culturas, e o direito à diferença passou a ser reivindicado pelas "minorias". [41]

Ocorre, muitas vezes, a apropriação subjetiva da identidade, e as interações geram identidades constrativas, o que resulta em conflitos, ou, então, na coexistência dos grupos.

As trajetórias de muitos migrantes são marcadas por desafios cotidianos para lidar com os imponderáveis no novo espaço social. E nesse sentido eles precisam encontrar formas para sobreviver no espaço social que, muitas vezes, possuem valores muito diferentes do que estavam afeiçoados.

A migração está inserida num campo de disputas, onde concorrem forças desiguais. E dentro da relação de poder o migrante é a parte mais vulnerável ("mais fraca") e acaba cedendo, no sentido de se sujeitar às normas de socialização do outro grupo, ou de outra sociedade[42], e passa a dominar certos códigos, hábitos, comportamentos, *etc*. Isso ocorre porque o migrante se sente na obrigação, como também, pode configurar uma condição à manutenção de sua vida.

Verifica-se o aspecto hierárquico de sociabilidade, ou seja, um "estatuto imposto" que estabelece uma hierarquia na conversação. As interações conflitantes revelam uma espécie de topografia do poder. As interações abrangem direitos e deveres equivalentes/relacionados à determinada situação social, e a interpretação da realidade é estreitamente dependente da situação na qual o indivíduo(s) está inserido(s), e no modo como ele(s) interage(m) com o(s) outro(s) .

Ainda hoje, muitas pessoas consideram os migrantes como indivíduos devedores, educáveis e consertáveis, e existem medidas para submeter os migrantes à moralização dos que o recebem.

---

[40] O ponto de partida para o estabelecimento de imigrantes europeus no Brasil foi o decreto de 25 de novembro de 1808, de Dom João VI, que permitiu aos estrangeiros o acesso à propriedade da terra. Esta providência foi tomada visando atrair para o país parte dos europeus que procuravam novas oportunidades na América. (SEYFERTH 2000, p.09). A intensificação da imigração só vai acontecer após 1850, quando a colonização passa para a responsabilidade dos governos provinciais e se abrem as oportunidades para a iniciativa privada. O grande fluxo de imigrantes para o Brasil ocorreu entre 1888 e 1910, coincidindo, portanto, com a abolição da escravatura e a implementação e consolidação do regime republicano. As medidas restritivas contidas na legislação de estrangeiros, após a revolução de 1930, e a criação do Departamento Nacional de Imigração, durante o Estado Novo, reduziram bastante o fluxo imigratório. (SEYFERTH, 2000, p.10).

[41] Uma situação de minoria implica a exclusão da participação completa de um grupo (ou grupos) na sociedade em que vive. Os brasileiros, especialmente a elite, assumiram em diversas ocasiões a posição de maioria (como grupo dominante), classificando os imigrantes de forma estereotipada, no sentido de desqualificá-los, ou para justificar-lhes uma posição subordinada (SEYFERTH, 2000, p.80).

[42] Nessa perspectiva podemos referir a Pierre Bourdieu (que explorou na sua Teoria conceitos como *agência, habitus, campo, estrutura, disposições*, dentre outros), no sentido de que o indivíduo se situa em um determinado universo social, onde ocorre a interiorização da exterioridade e a exteriorização da interioridade (conforme o exposto na obra de Bourdieu, "O camponês e seu corpo"). Também podemos pensar na forma como se interioriza a diferença e a 'autopercepção' de si mesmo. Ou seja, a incorporação de disposições, que adquiridas pela interiorização das estruturas sociais, como exemplo, a *hexis* corporal, que pode ser vislumbrada na observação das formas de agir e de pensar, ou então através de um comportamento marcado pela ausência de disposição.

Muitas vezes os migrantes são estigmatizados para lembrar a sua condição, o que remete à relação de poder existente na migração.[43]

Observa-se que o poder que mais oprime não vem (necessariamente) do Estado, pois, a sociedade civil também estabelece uma relação de poder opressora sobre a pessoa migrante (o poder circula, conforme a perspectiva Foucault).

Destacam-se as palavras de um haitiano sobre brasileiros: "Tinha um lugar do meu lado (no ônibus). Entrou gente, mas ninguém sentou do meu lado. Neste dia, eu fiquei muito triste, chateado. Daquele dia até hoje eu sinto a dor, fiquei envergonhado", desabafou o imigrante haitiano Joaquim Ansiote. [44]

Para o autor Sidney Antônio da Silva (2008, p.11) "todo (i)migrante enfrenta alguma forma de preconceito, entendido aqui, como uma linguagem difusa que contamina as relações sociais e que pode estimular atitudes discriminatórias, contra indivíduos ou grupos sociais".

Neste contexto, para compreender a condição do migrante também é importante analisar as interações cotidianas, e, para tanto, autores do campo da teoria situacional, como Erving Goffman, serve de referência, auxílio e aporte teórico. As contribuições do autor podem ser vislumbradas em interações das situações cotidianas que implicam em comunicação, "interação face a face", conversação. Goffman procedeu ao estudo da interação social no dia a dia; a construção social do eu; o sujeito como autor; a organização do comportamento cotidiano; o desempenho de papéis sociais, o modo como cada indivíduo concebe a sua imagem e a projeta (performances); sobre os elementos particulares da vida social, as instituições totais e os estigmas.

Ao recordarmos a história sociocultural brasileira constatamos que os imigrantes introduziram diversos valores culturais. E a sociedade brasileira, que é composta por diversos descendentes de (i)migrantes, busca preservar os símbolos e os valores étnicos, ou seja, persiste uma certa solidariedade étnica-cultural, o que permite a manutenção da diversidade cultural.

Giralda Seyferth (2000) explica que no Brasil ocorrem práticas que contribuem para a manutenção de valores e símbolos nacionais, os quais servem de elementos definidores dos grupos étnicos e que expressam uma heterogeneidade cultural. Os símbolos da etnicidade de cada grupo, as manifestações culturais e os sentimentos de pertencimento definem as identidades étnicas.

A própria heterogeneidade da (i)migração contribuiu para a formação de um pluralismo étnico e cultural no Brasil, e, conforme já mencionado acima, esse pluralismo se deu através das práticas continuadas pelos grupos étnicos.

Esse pluralismo étnico, ao qual podem ser acrescentados outros grupos não imigrantes, comumente referidos como "minorias raciais" (negros e índios), remete à coexistência de tradições diversas no Brasil (SEYFERTH 2000, p.79) .

O sentimento de pertencimento ao território de origem é comum entre os migrantes, e eles desenvolvem estratégias para estabelecer vínculos de pertencimento com o lugar de origem, o que pode ocorrer através da religiosidade, de reuniões, da música, costumes e hábitos, associações, festas, etc.

Os laços de sangue também são importantes para os migrantes, como o caso dos migrantes haitianos no Brasil que possuem compromisso moral de ajudar seus familiares que ficaram na terra natal.

---

[43] De fato, os migrantes ocupam, de modo geral, um lugar à margem da sociedade, no inferior da hierarquia social. Muitos deles vivem longe de sua família, são hostilizados, subordinados, estigmatizados, submetidos a trabalhos pesados e precários, com baixos salários. Ainda, a todo o momento estão submetidos à autoridade policial para averiguação de sua condição (análise de estadia, renda, *etc*) e também como forma de controle para o seu retorno.

[44] Canal *Caminhos da Reportagem*. http://bit.ly/1OosQT7

O uso de conceitos raciais de nação pelos migrantes como meio de lutar contra a sua crescente vulnerabilidade na economia global, na realidade constitui uma forma de resistência.

> Em termos históricos os conceitos raciais têm sido um meio de legitimar a discriminação, a exclusão e o genocídio, estando atualmente a ser invocados pelas sociedades capitalistas do centro para justificar a exclusão de imigrantes" (SCHILLER, 1997, p.58).

A autora Nina Glick Schiller (1997, p.33) menciona que em diversos países exportadores de emigração há politicas e dirigentes governamentais que estão a tentar revitalizar o nacionalismo e o conceito de estado-nação no contexto de uma economia global, definindo, então, os estados-nação como transnacionais.

A ligação entre nação e raça, que enraizada na teoria do estado-nação, está a tornar-se o traço distintivo necessário e suficiente da identidade nacional perante a migração transnacional (SCHILLER, 1997).

No Haiti subjacente ao conceito de identidade nacional está o conceito de raça. Ou seja, as identidades nacionais são identificadas raciais no sentido de que assentam em conceitos de descendência através de laços de sangue (SCHILLER, 1997). Os haitianos sempre definiram a sua nação através de uma retórica racial (SCHILLER, 1997, p.42). E a identidade haitiana prolonga-se por gerações ligando o passado ao futuro (SCHILLER, 1997, p.49).

Como dito, a identidade haitiana baseia-se na descendência, nos laços de sangue, e não no estatuto legal, o que vai configurar as suas ligações transnacionais à aura sagrada ou honra nacional (SCHILLER, 1997, p.97). Pressupõe-se que a identidade haitiana se baseia na linha de descendência, e que se constrói através de laços de sangue, portanto, sendo à base da concepção de nação (SCHILLER, 1997, p.34-35).

O uso de uma identidade haitiana racializada serve para legitimar as estratégias transnacionais de sobrevivência das redes de familiares de indivíduos migrantes e gera base de preservação individual e coletiva, diante da racialização e estigmatização dos migrantes haitianos (SCHILLER, 1997, p.58).

Fausto (1991) numa análise da historiografia sobre a imigração estrangeira para São Paulo, destaca que os estudos sobre a interação do imigrante com a sociedade nacional estão marcados pelos enfoques onde a assimilação e a aculturação são as premissas básicas para compreender os imigrantes. O autor analisa tendências recentes como o estudo de Giralda Seyferth que introduziu o conceito de etnicidade para analisar as relações entre os imigrantes e a sociedade local. O autor, neste ponto dialoga, com as modificações nos enfoques teóricos sobre migrações internacionais nos Estados Unidos onde saiu-se da noção de "Melting pot" para a de "pluralismo cultural", colocando este como perspectiva adequada para os estudos migratórios por não partirem a priori da noção de assimilação ou aculturação (ASSIS, 2002, p.140).

A sociedade brasileira, em função de sua diversidade étnica, e dentre outras questões, desenvolveu uma "estrutura pluralista", e, desse modo, parte dos descendentes de migrantes se constitui como grupos étnicos.

Todo o contexto de lutas, que marcado por inúmeros desafios, de modo geral contribuiu para a coexistência dos grupos de (i)migrantes no Brasil e para a diversidade cultural, muito embora exista a ocorrência de alguns conflitos entre os grupos, bem como situações de discriminação cometidas por parte da sociedade civil e segmentos/setores.

4 Contribuições das Redes Sociais para a Manutenção da Diversidade Étnica e da Efetivação de Direitos aos Haitianos

Neste momento, busca-se verificar as possíveis contribuições das redes sociais para a manutenção da diversidade étnica e da efetivação de direitos dos migrantes haitianos no Brasil.

Atualmente o fenômeno das migrações contemporâneas vem sendo estudado sob o enfoque transnacional, isso porque essa perspectiva engloba a emergência de um processo social que cruza fronteiras geográficas, culturais e políticas. O fenômeno revela-se como um singular campo social.

Muitas vezes os migrantes são motivados pela visibilidade daqueles que partiram e que foram bem sucedidos, pelo imaginário construído acerca do local de destino, como também pela circulação de informações sobre grandes possibilidades de ganhar dinheiro no lugar de destino.

O novo fluxo migratório, com origem no Haiti aqui se insere, principalmente ante o fato do Brasil estar no imaginário da população haitiana, devido a sua participação como coordenador da Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH), como também pelos resultados mais positivos de sua economia, quando comparado aos países do hemisfério norte, que serviriam como "rota de fuga" (FARIA, 2012, p.77).

O conceito de transnacionalização, conforme explica Glaúcia de Oliveira Assis (2002) considera os (e)migrantes como vivendo (e estabelecendo ligações) em duas temporalidades a do país de destino e a do país de origem.

Conforme as pesquisas de Gláucia de Oliveira Assis (2002)[45] um migrante traz o outro, o que consolida um fluxo contínuo, e está relacionado às construções de redes migratórias. Os migrantes tendem a se encaminhar para os serviços onde se concentram os parentes, amigos e conterrâneos.

A migração não ocorre por acaso, ou seja, muitas vezes a migração está ancorada em alguma materialidade, como por exemplo, na reciprocidade, na relação social, na informação, em/por algum evento, na formação de redes, nas relações afetivas e de parentesco, etc. Tratam-se, pois, de redes sociais que contribuem no projeto migratório, de modo a atenuar os riscos da migração e contribuir para a construção de laços transnacionais.

O projeto migratório se efetiva com o apoio das redes, as quais representam um conjunto de relações interpessoais, de formas colaborativas de produção cultural e negócios.

As redes fornecem ajuda material, logística, emocional, o que possibilita aos futuros migrantes partirem com referências mínimas de onde ir, qual o trabalho que irão fazer, com quem vão morar, etc**.**

Há redes de acolhida e de solidariedade dos próprios familiares que chegaram antes. As redes envolvem aqueles que partiram e aqueles que ficaram, ou melhor, elas conectam a sociedade de origem e o destino, e podem ser estabelecidas mediante interesses comuns, entre relações com os amigos, familiares, associações, igrejas, universidades, etc.

As redes sociais nos sistemas de migração, podemos evidenciar os aspectos estruturais que favorecem determinados atores (como é o caso especial dos retornados e dos grupos familiares) a ocuparem posições sociais específicas (FAZITO, 2010, p.97).

---

[45] Gláucia de Oliveira Assis (2002) realizou trabalho de campo, com pesquisa etnográfica, com *survey* para traçar o perfil da população migrante no fluxo migratório, observando a cidade de origem e o destino, comparando, para tanto, as experiências de valadarenses e criciumenses. A autora adotou a escolha das cartas como recorte metodológico e viagens a campo para analisar os fluxos internacionais de mão de obra, observando duas cidades do Brasil, quais sejam, de Governador Valadares (MG) e de Criciúma (SC), com destino à região de Boston nos Estados Unidos.

No Brasil o Conselho Nacional de Imigração – CNIg é órgão vinculado ao Ministério do Trabalho e tem nos termos do Decreto n. 840/93, dentre suas atribuições: "formular a política de imigração", "coordenar e orientar as atividades de imigração" e "solucionar casos omissos no que diz respeito a imigrantes".

Observa-se que é grande o número de haitianos que ingressou no mercado de trabalho das regiões Sudeste e Sul, além do fluxo "tradicional" na Norte. O saldo de contratações, de 2010 a julho de 2012, indica o Paraná (427), Amazonas (422), São Paulo (361), Rondônia (345) e Rio Grande do Sul (298), como estados que apresentaram maior contingente contratado. Quanto às regiões, o saldo das contratações indicam 39% na região Sul, 31% na Norte e 24% na Sudeste.[46]

De forma geral, estes imigrantes executam atividades que não exigem grande qualificação e que não demandam o domínio imediato do português. A atividade econômica que mais tem empregado é a construção, cujas ocupações principais são de servente de obras e pedreiro. Destacam-se ainda empregos em atividades como
o abate de aves, locação de mão de obra temporária, transporte rodoviário de carga
e comércio varejista (FARIA, 2012, p.118) .

Os dados do Ministério do Trabalho e Emprego (TEM, Brasil) indicam que os haitianos empregados no Brasil, de janeiro a maio de 2012, foram contratados para as seguintes ocupações: abatedor, ajudante de motorista, alimentador de linha de produção, almoxarife, auxiliar nos serviços de alimentação, carregador (armazém e veículos de transportes terrestres), coletor de lixo domiciliar, faxineiro, pedreiro, repositor de mercadorias, servente de obras, técnico em plástico, trabalhador na elaboração de concreto armado, zelador de edifícios, instalador de redes telefônicas, trabalhador da avicultura de postura (FARIA, 2012, p.118).

O caráter migratório transnacional com todas as suas características, envolvendo redes de solidariedade familiares, redes comerciais (agências de viagem e coiotes), redes de acolhida (Igrejas e sociedade civil), redes de inserção laboral (diferentes níveis do governo, do poder público e ramo empresarial). E apesar de acolher a nova cultura (brasileira), eles não deixam de lado a sua identidade (origem), conforme pesquisas de Lorena Salete Barbosa (2015).

As redes também implicam a constituição de novos vínculos com o país da migração, e elas configuram um nicho de trabalho étnico para os migrantes. Também ocorrem parcerias entre os diferentes níveis do governo, poder público e empresários. Os homens migrantes geralmente arrumam trabalho na construção civil, restaurantes, frigoríficos, enquanto que as mulheres mirantes arrumam serviços domésticos e de faxina.

No contexto das redes de acolhida, é importante ressaltar o desempenho que a sociedade civil teve no acolhimento e promoção de condições mínimas de sobrevivência dos haitianos no território brasileiro, especialmente a Rede Solidária para Migrantes e Refugiados, que apresentou uma articulação impressionante para evitar maiores sofrimentos a estes. Acredita-se que sem a atuação desta instituição, muitos haitianos poderiam submeter-se a atividades ilícitas para garantir a sobrevivência no país e assim alavancar o sentimento de xenofobia em relação a esta nacionalidade. De outra forma, muitos também estariam vulneráveis a situações laborais degradantes e/ou análogas à escravidão (FARIA, 2012, p.121).

[46] De janeiro de 2010 a 31 de maio de 2012, o MTE concedeu 5.398 Carteiras de Trabalho e Previdência Social (CTPS) a haitianos, sendo 5.176 somente nas Superintendências do Acre e Amazonas (MTE, 2012). A emissão deste documento é de fundamental importância para que se evite a exploração da mão de obra dos imigrantes e a submissão destes a trabalhos degradantes ou análogos a escravidão, visto que tem os mesmos direitos, deveres e benefícios trabalhistas que qualquer cidadão brasileiro e assim podem acionar a justiça, caso necessitem.

Muitos migrantes haitianos não têm contato com suas famílias e amigos, o que dificulta a preservação de laços familiares e afetivos. E é nesse aspecto que a formação de redes se apresenta como solução, de modo a colaborar para a permanência dos laços afetivos e familiares.

Atualmente as novas tecnologias de informação e comunicação, tais como a utilização da *internet*, dos aparelhos e dispositivos sem fio, de plataformas virtuais, das redes sociais como *Facebook, Youtube*, dentre outros, contribuem para as interações entre os próprios migrantes, e entre os migrantes e a origem, o que favorece a manutenção dos vínculos de pertencimento, familiares e afetivos com a origem.

Na obra "Redes de indignação e de esperança", Castells (2013, p. 174) explica que a cultura da liberdade no plano societal e da individuação e autonomia no plano dos atores sociais estimularam simultaneamente as redes, tanto na *internet*, como nos movimentos sociais.

Cabe fazer uma ressalva, isto é, ao mesmo tempo em que as redes são importantes como fonte de auxílio e ajuda mútua para os projetos migratórios, por outro lado, as redes podem restringir o campo de oportunidades de trabalho, e elas podem ser fonte de conflito entre coétnicos, como também um meio para o tráfico, meio de extorsão de exploração dos estabelecidos sobre os migrantes recém-chegados (nesse cenário de exploração, muitos migrantes acabam cedendo e aceitando as "regras do jogo").

O Estado é um elemento fundamental no processo migratório, isso porque o Estado possui o monopólio e cria as regras da mobilidade humana, acesso a bens públicos, dentre outros acessos como língua, saúde, educação, previdência, as restrições como o controle de fronteiras, etc.

Assim sendo, destaca-se a importância da formação de redes para a acolhida, proteção de direitos e da diversidade dos migrantes haitianos no Brasil, bem como para a coexistência entre grupos diversos, o que pode iluminar caminhos e possibilidades para as políticas migratórias contemporâneas.

5 Considerações Finais

O presente artigo discutiu a temática dos fluxos migratórios contemporâneos, concentrando-se na observação e compreensão da migração de haitianos ao Brasil.

A migração é um fenômeno muito interessante (e valioso) para a realização de pesquisas, especialmente, no campo das Ciências Sociais, uma vez que serve de instrumento para compreender a formação das sociedades, as identidades culturais (como também a convivência entre várias etnias e culturas), os projetos de partida e de retorno, as dinâmicas do capitalismo, as relações sociais, raciais, de gênero, étnicas, de gerações, etc.

Compreender a coexistência entre grupos diversos pode iluminar caminhos e possibilidades para as políticas migratórias contemporâneas.

Diante dos conflitos, das discriminações e dos estigmas sofridos, das barreiras e das restrições que acabam encontrando muitos migrantes, devemos salvaguardar que a mobilidade humana deve ser compreendida (reconhecida, respeitada e efetivada) como um direito humano de ir e vir de todos. Também devemos sempre refletir e questionar, no sentido de que se o mundo é um lugar de todos, então porque a gente pode ficar ou viver apenas em um lugar?).

Nos processos migratórios é importante repensar o significado de categorias como território, cidadania, nação, nacionalidade, identidade, fronteiras, tempo e espaço, bem como analisar as subjetividades, historicidades, a efetivação dos direitos e a relação entre migrantes e o Estado.

No contexto das migrações contemporâneas, a nova visão do Brasil faz com que muitos queiram retornar ou então migrar para cá, devido à receptividade do povo brasileiro e devido às possibilidades de investimento em determinados setores da economia, o que torna um fator de atração para os fluxos migratórios de entrada (ou de retorno) no país.

A identidade haitiana prolonga-se por gerações ligando o passado ao futuro. E no processo migratório o que tem se observado é que a formação de redes representa um mecanismo para assegurar direitos e a preservação da diversidade étnica e cultural dos migrantes haitianos no Brasil.

A migração haitiana no Brasil é sustentada pela formação de redes, as quais contribuem para o processo migratório, desde a acolhida inicial até o encaminhamento a empregos, moradia, acesso à saúde, educação, etc.

A solidariedade étnica teve como expressão maior um conjunto de instituições que permitiram a manutenção dos valores étnicos de cada grupo, destacando-se, entre eles, as escolas de base étnica, as associações culturais, recreativas e assistenciais, e também as igrejas.

Os estudos migratórios permitem compreender diversas questões. Dentre elas destaca-se que a continuidade das relações entre (i)migrantes com a cultura e as relações simbólicas do país origem caracteriza/demarca o fenômeno migratório contemporâneo, que é constituído pela formação de redes, em que as trocas materiais e simbólicas legitimam uma identidade, a qual se estende além das fronteiras nacionais (e/ou regionais).

No contexto dos fluxos migratórios, destaca-se que migrar é um direito humana e "devemos ver em cada um deles um valente. Alguém que subverteu a regra prevalecente no mundo. E o melhor que podemos fazer é nos colocar no lugar dele, estendendo-lhe a mão para que se torne um vitorioso" (VENTURA, 2016).

Ainda, é importante compreender os processos interacionais entre brasileiro e haitiano, de modo que esse migrante seja visto como potencial de transformação social, como tem agido ao longo da história haitiana: sujeitos capazes de fazer a única revolução negra no mundo (JAMES, 2010).

Também é possível afirmar que, diante das complexidades e subjetividades inerentes às migrações contemporâneas, a reflexão sobre o fenômeno não deve ficar restrita à sociedade hospedeira e a inserção do imigrante na mesma, mas sim, a reflexão deve contemplar toda a multidimensão do processo migratório.

Referências

ASSIS, Gláucia de Oliveira. *Estar Aqui, Estar Lá:* uma cartografia da vida entre o Brasil e os Estados Unidos. Setembro 2002. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/textos_nepo/textos_nepo_41.pdf>. Acesso em 05 abril.2017.

BARBOSA, Lorena Salete. *Imigrantes haitianos no Rio Grande do Sul:* uma etnografia de sua inserção no contexto sociocultural brasileiro. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), 2015.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* Rio de Janeiro: Bertran Brasil, 2003.

_____. *O camponês e seu corpo.* Revista de Sociologia Política, Curitiba, n. 26, (p. 83-92), jun. 2006.

BRASIL. *LEI Nº 9.474, de 22 de JULHO DE 1997.* Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em 05 abril.2017.

_____. *Conselho Nacional de Imigração.* Disponível em <http://trabalho.gov.br/trabalho-estrangeiro/conselho-nacional-de-imigracao-cnig>. Acesso em 05 abril.2017.

_____. *ACNUR.* Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>. Acesso em 05 abril.2017.

_____ *Canal Caminhos da Reportagem.* http://bit.ly/1OosQT7. Acesso em 05 abril.2017.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança:* Movimentos sociais na era da internet. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CAZAROTTO, Rosmari. GRANADA, Daniel. GAVIRIA MEJÍA, Margarita Rosa. Migração haitiana no Brasil: análises de um processo em construção a partir de um estudo de caso. IN. *Anais do VII Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional do RS* - Globalização em Tempos de Regionalização, 2015.

ELIAS, Norbert. Introdução. IN: ELIAS, Norbert. *Os Estabelecidos e os outsiders.* Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

FARIA, Andressa Virgínia de. *A diáspora haitiana para o Brasil:* o novo fluxo migratório (2010-2012)/ Andressa Virgínia de Faria. Belo Horizonte, 2013.

FAZITO. Dimitri. Análise de Redes Sociais e Migração: Dois aspectos fundamentais do "retorno". In. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 25 n° 72 fevereiro/2010. Disponível em < RBCS Vol. 25 n° 72 fevereiro/2010>: Acesso: 10 abril 2017.

FERNANDES, Duval. CASTRO, Maria da Consolação G.. *Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral.* Belo Horizonte. 2014. Disponível em: http://obs.org.br/index.php?option=com_k2&view=item&id=746:projeto-estudos-sobre-a-migracao-haitiana-ao-brasil-e-dialogo-bilateral&Itemid=130. Acesso em 05 abril.2017.

GOFFMAN, Erving. *Estigma.* Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

HANDERSON, Joseph. *Diáspora:* As dinâmicas da mobilidade haitiana no Brasil, no Suriname e na Guiana Francesa. Tese de Doutorado, Museu Nacional, UFRJ, 2015.

JAMES, C. L. R. *Os jacobinos negros.* Tradução Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Boitempo, 2010.

OLIVEIRA, Lúcia Lippi. Multiculturalismo e cultura política. Lições norte-americanas e dilemas brasileiros. IN: OLIVEIRA, Lúcia Lippi. *Americanos, representações da identidade nacional no Brasil e nos EUA.* Minas Gerais: ED.UFSM, 2000.

SASAKI, Elisa e ASSIS, Glaucia de Oliveira. *Teorias das migrações internacionais.* Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>. Acesso em 05 abril.2017.

SAYAD, Abdelmalek. O que é um imigrante? IN: SAYAD, Abdelmalek. *A imigração.* São Paulo: EDUSP, 1998.

_____ *O retorno constitutivo da condição do imigrante.* Travessia. Ano XII, janeiro 2000.

SCHILLER, Nina Glick. *Laços de sangue:* os fundamentos raciais no estado-nação transnacional. *In. Revista Crítica de Ciências Sociais.* Nº 48, jun. 1997.

SEYFERTH. Giralda. *Imigração e cultura no Brasil.* Brasília: Edunb, 1990.

SILVA, Sidney da. *Faces da latinidade:* hispano-americanos em São Paulo. Disponível em: <http://www.nepo.unicamp.br/textos/publicacoes/textos_nepo/textos_nepo_55.pdf>. Acesso em 05 abril.2017.

THOMAZ, O. R. O terremoto no Haiti: O mundo dos brancos e o Lougawou. In. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 86, 2010.

VENTURA, Deisy. *Migrar é um direito.* São Paulo: SESC 02 fev. 2016. Disponível em <http://www.sescsp.org.br/online/artigo/s/dFi#/tagcloud=lista>. Acesso em 05 abril.2017.

ESTUDOS DE MIGRAÇÃO SOB A ÓTICA DO TERCEIRO MUNDO

Juliana da Silva Serra,
Graduanda de Relações Internacionais; julianasilvaserra@gmail.com

Resumo:

A migração sempre esteve presente na história da humanidade. No entanto, a partir do término da Guerra Fria e da intensificação da globalização, os movimentos migratórios se tornaram cada vez mais recorrentes e complexos, especialmente na última década, a qual enfrenta a maior crise migratória da humanidade. Nesse sentido, o artigo possui como objetivo debater a aplicação das *Third World Aproaches to International Law* (TWAIL) para explicar a relação entre os fluxos migratórios recentes e a eficácia do Direito Internacional na proteção desses indivíduos. O trabalho se apresenta como teórico empírico, cuja teoria utilizada é as TWAIL, teoria de análise do Direito Internacional com cunho pós-colonialista. A obtenção dos dados empíricos será por meio de pesquisa documental, com a utilização de instrumentos legais e revisão dos principais autores da teoria a ser estudada. As TWAIL condenam a utilização Direito Internacional como ferramenta para subjugação dos países e povos de Terceiro Mundo. No que diz respeito à migração, verifica-se a influência dos países centrais na utilização dos mecanismos de proteção internacionais vigentes com o objetivo de se eximirem da responsabilidade de acolhida de populações em vulnerabilidade, como a atual relutância na recepção de refugiados no continente europeu e o não reconhecimento do status de refugiado ambiental para casos como o do Haiti, mesmo em países cuja legislação de refúgio seria aplicável. As TWAIL, ao realizar uma crítica coerente, se mostram de grande relevância para a compreensão da atual situação dos países considerados terceiro-mundistas e de seus nacionais no contexto internacional, que, ao migrarem, acabam por se tornar minorias de grande vulnerabilidade.

Palavras-chave: TWAIL. Direito Internacional. Refúgio. Migração.

STUDIES OF MIGRATION FROM THIRD WORLD'S PERSPECTIVE

Abstract:

Migration has always been present in the history of humanity. However, since the end of the Cold War and the intensification of globalization, migratory movements became increasingly recurrent and complex, especially in the last decade, which faces the biggest migratory crisis of the humanity. In this sense, the article aims to discuss the application of the Third World Approaches to International Law (TWAIL) to explain the relation between recent migratory flows and the effectiveness of International Law in protecting these individuals. The paper presents itself as a theoretical-empirical, whose theory used is TWAIL, a theory of analysis of International Law with a postcolonialist nature. The empirical data collecting will be through documentation research, with the use of legal instruments and revision of the main authors of the theory to be studied. TWAIL condemns the use of International Law as a tool for subjugation of Third World countries and peoples. With regard to migration, it's possible to identify the influence of the central countries in the usage of the existing international protection mechanisms in order to escape from the responsibility of receiving vulnerable populations, such as the current reluctance of the European continent to receive refugees and the non-recognition of environmental refugee status for cases such as Haiti, even in

countries whose legislation of refuge could be applied. The TWAIL, when conducting a coherent critique, are of great relevance for understanding the current situation of Third World countries and their nationals in the international context, which, when migrating, become highly vulnerable minorities.

Keywords: TWAIL. International Law. Refuge. Migration

1 Introdução

Ainda que sempre tenha estado presente na história da humanidade, os movimentos migratórios, a partir do final da Guerra Fria, se tornaram cada vez mais recorrentes e complexos, especialmente no que diz respeito à última década, a qual enfrenta a maior crise migratória da humanidade, marcada principalmente pelo conflito sírio. No Brasil, além do elevado número de refugiados sírios no Brasil desde 2010, destacam-se também a migração haitiana, com a concessão por parte do governo brasileiro de cerca 43 mil vistos permanentes (BRASIL, 2015) e a migração senegalesa, nacionalidade com maior número de solicitações de refúgio no Brasil em 2015 (7.206), segundo o Ministério da Justiça (BRASIL, 2016). Constata-se que tais populações, ao migrarem, se deparam com uma série de dificuldades que comprometem sua inserção local, tais como o desafio da língua, dificuldade de inserção no mercado de trabalho e a questão cultural, a qual em alguns casos acarreta na xenofobia. A situação e as dificuldades dos migrantes causadas por limitações estruturais, tais como econômicas e sociais, tanto em seus países de origem quanto nos países receptores são resolvidas, muitas vezes, por meio de redes de apoio, originárias de vários estratos da sociedade civil.

Nesse sentido, o artigo possui como objetivo debater a aplicação das *Third World Aproaches to International Law* (TWAIL) para explicar a relação entre os fluxos migratórios recentes e a eficácia do Direito Internacional na proteção desses indivíduos. O trabalho se apresenta como teórico empírico, cuja teoria utilizada é as TWAIL, teoria de análise do Direito Internacional com cunho pós-colonialista. A obtenção dos dados empíricos ocorre por meio de pesquisa documental, com a utilização de instrumentos legais e revisão dos principais autores da teoria a ser estudada, tais como B.S Chimni e Antony Anghie.

Para tanto, em um primeiro momento, é realizada uma revisão teórica acerca das TWAIL. Após a apresentação da teoria e de seus principais conceitos, o texto divide-se em dois subcapítulos conforme a divisão da teoria elencada por alguns autores: TWAIL I e TWAIL II. No subcapítulo 2.1, são descritos os principais postulados das TWAIL I, com foco na utilização do Direito Internacional colonial como forma de legitimar as práticas colonialistas do século XIX, visando fornecer embasamento teórico para compreender a influência do passado colonial para a atual situação dos povos de terceiro mundo. O tópico 2.2 descreve as TWAIL II, voltadas para os acontecimentos pós-1997, com o objetivo de compreender a situação dos migrantes no contexto internacional. Nesse sentido, o tópico 3 busca desenvolver um debate acerca das minorias no Sistema Internacional, nas quais se enquadram os imigrantes e refugiados. Com tal enfoque especial aos movimentos migratório, discorre-se também sobre os mecanismos legais internacionais e sua influência para tal movimento.

2 As TWAIL: surgimento e conceitos

O termo *Third World Approaches to International Law* (TWAIL), em português Abordagens do Terceiro Mundo ao Direito Internacional, foi cunhado em 1997 como resultado do evento *New Approaches to Third World Legal Studies*, realizado em Harvard. O termo surge como uma crítica ao caráter desigual do regime jurídico internacional, o qual "contribui para sujeitar o terceiro mundo à dominação, subordinação e desvantagem substanciais no plano internacional", (GALINDO 2013, p. 6). Com um enfoque pós-colonialista, os estudos de TWAIL buscam explicar como o Direito Internacional foi moldado em conformidade com os interesses imperialistas, servindo como forma de legitimação das práticas colonialistas, mas também buscam evidenciar as relações de submissão ainda existentes no sistema internacional, mesmo após o movimento de independência na segunda metade do século XX dos países que ainda permaneciam como colônia. Makau Mutua define tais abordagens como um movimento político e intelectual, o qual basicamente responde a uma condição imposta, cujos objetivos principais são

> (1) entender, desconstruir e desvelar os usos do direito internacional como um meio para a criação e perpetuação de uma hierarquia racializada de normas e instituições internacionais que subordinam não-europeus a europeus"; (2) "construir e apresentar um sistema jurídico alternativo para a governança internacional"; (3) "erradicar, por meios [*sic*] do estudo detalhado, de políticas públicas e da política, as condições de subdesenvolvimento no terceiro mundo (MUTUA, 2000, p. 31 *apud* GALINDO, 2013, p. 6).[47]

Mutua caracteriza as TWAIL (a) como anti-hierárquica, ao rejeitar a centralidade do eurocentrismo no direito internacional e buscar a equivalência entre culturas e povos; (b) como contrahegemômica, ao criticar e negar hegemonias globais, tal qual os Estados Unidos atualmente, e defender o direito a voz dos países do Sul, pela qual "aqueles que não se encaixam nos padrões do eurocentrismo e modernidade podem ser ouvidos e se tornarem plenos participantes em sua governança"[48] (MUTUA, 2000, p. 37); (c) como descrente das verdades e credos universais, ao criticar a universalização dos valores eurocêntricos, como a própria religião cristã, e, posteriormente, valores liberais que circundam e definem o direito internacional, e; (d) como um movimento de coalizão, ao desenvolver estratégias para combater e se opor a centralização do direito internacional e a consequente subjugação dos povos terceiro-mundista (MUTUA, 2000, 36-38).

Para melhor compreensão da teoria, é necessário, em um primeiro momento, compreender dois conceitos presentes na crítica elaborada pelas TWAIL: Direito Internacional e Terceiro Mundo. De forma breve, entende-se por Direito Internacional o conjunto de normas e mecanismos legais que regulam as relações no ambiente internacional. Tal conceito surgiu em 1780, ao ser utilizado pela primeira vez por Jeremy Bentham, com o intuito de diferenciar as relações entre os Estados do Direito Nacional e Municipal (PORTELA, 2011 p. 48). O Direito Internacional divide-se em Público e Privado. O Direito Internacional Público

---

[47] Texto original "the first is to understand, deconstruct and unpack the uses of international law as a medium for the creation and perpetuation of a racialized hierarchy of international norms and institutions that subordinate non-Europeans to Europeans. Second, it seeks to construct and present an alternative normative legal edifice for international governance. Finally, TWAIL seeks through scholarship, policy, and politics to eradicate the conditions of underdevelopment in the Third World".

[48] Texto original: "those who do not fit the frames of Eurocentrism and modernity can be heard and become full participants in their governance".

> visa a regular as relações internacionais e a tutelar temas de interesse internacional, norteando a convivência entre os membros da sociedade internacional, que incluem não só Estados e as organizações internacionais, mas também outras pessoas e entes como os indivíduos, as empresas e as organizações não-governamentais (ONGs), dentre outros (PORTELA, 2011, p.45).

Ao definir o Direito Internacional Público, Portela salienta que esse é influenciado tanto na forma quanto na aplicação por parte dos fatores presentes na sociedade internacional, tal como o Estado (2011, p. 42). O outro ramo do Direito Internacional consiste no Direito Internacional Privado, o qual visa regular as relações de caráter privado que transcendem o espaço nacional, tal como a aquisição de bens e/ou negócios jurídicos em que os domicílios das partes se encontram em países diferentes (PORTELA, 2011, p. 549).

A utilização do termo "Terceiro Mundo" aparece com frequência nas obras elaboradas por autores adeptos às TWAIL. A escolha do termo considerado em desuso, a partir da premissa de que classificar os países em primeiro e terceiro mundo seria inadequado e generalista ao não levar em consideração diferenças existentes entre os países de uma mesma "categoria", se dá pelo fato de que tais autores acreditam que, apesar das diferenças existentes, os países de terceiro mundo compartilham características e experiências de exploração e submissão suficientes para que o termo seja válido. Inclusive, alguns autores veem o desuso de termos coletivos de países em desenvolvimento e subdesenvolvidos como forma de silenciar ou de evitar a mobilização desses a partir de um senso de identidade comum. Assim, a utilização do termo é considerada de extrema relevância, servindo como uma forma de resistência coletiva às políticas hegemônicas, conforme afirma Chimni

> deturpar e minar a unidade do Outro é um elemento crucial em qualquer estratégia de dominância. Da qual deriva a sugestão de que a categoria "terceiro mundo" é irrelevante para a era da globalização. Esse representa a antiga estratégia de divisão e de regras com a qual povos de terceiro mundo são extremamente familiares. Tal política busca prevenir uma coalização global de Estados e povos subalternos de emergir por meio de divisões de posições de todos os tipos. Dessa forma, a elite transnacional busca subverter modos coletivos de reflexão sobre problemas e soluções comuns (CHIMNI, 2006, p.6).[49]

É importante salientar que se reconhece as diferenças existentes entre os países que se enquadram no escopo terceiro mundista, não podendo ocorrer uma generalização das condições e situações históricas que levaram tais países à situação em que se encontram. Entretanto, o termo é considerado adequado ao representar uma realidade política, descrevendo uma série de fatores, especialmente geográficos e políticos, que os diferenciam dos países de primeiro mundo. Para Mutua, "o terceiro mundo é mais verdadeiramente um fluxo de experiências históricas similares em praticamente todas as sociedades não-europeias que deram origem à uma voz particular, uma forma de consciência intelectual e política" (2000, p. 35).[50]

---

[49] Texto original: "to misrepresent and undermine the unity of the Other is a crucial element in any strategy of dominance. From which flows the suggestion that the category "third world" is irrelevant to the era of globalization. It represents the old divide and rule strategy with which third world peoples are exceedingly familiar. Such a policy seeks to prevent a global coalition of subaltern States and peoples from emerging through position divisions of all kinds. Thereby, the transnational elite seeks to subvert collective modes of reflection on common problems and solutions".

[50] Texto original: "The Third World is more truly more truly a stream of similar historical experiences across virtually all non-European societies that has given rise to a particular voice, a form of intellectual and political consciousness".

Devido ao seu surgimento tardio, quando comparada com demais correntes de pensamento do Direito Internacional, as TWAIL ainda se apresentam de forma incipiente no ambiente acadêmico, havendo poucos trabalhos dedicados a tal pensamento. Dentre seus pesquisadores, deve-se dar maior atenção a B. S. Chimni, autor de origem indiana que tem como áreas de interesse a Teoria do Direito Internacional, Direito Internacional Econômico e Direito Internacional dos Refugiados. Esse pesquisador destaca-se por ser autor de dois dos principais trabalhos elaborados sobre as TWAIL: os artigos *"Third World Approaches to International Law: a manifesto",* e *"Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts",* sendo o último publicado conjuntamente com Antony Anghie.

Chimni busca, em seu manifesto, destacar pontos importantes no Direito Internacional, como os Direitos Humanos, as intervenções militares e a cultura, pelos quais ocorrem a utilização dos meios jurídicos em prol do neoliberalismo e dos objetivos dos países desenvolvidos – ou como também chamado nas abordagens, os países de primeiro mundo –, legitimando seus atos no Sistema Internacional. Ademais, Chimni salienta a utilização das instituições internacionais por parte dos países de primeiro mundo para atingir seu objetivo de impor práticas de mercado favoráveis a si, mas que tem como consequência a subjugação do terceiro mundo (CHIMNI, 2006, p. 5-10).

De acordo com Chimni e Anghie, faz-se necessário dividir as abordagens em TWAIL I e TWAIL II. As TWAIL I seriam focadas no período do movimento de colonização, acusando o direito internacional colonial de subjugar os países e povos do terceiro mundo, ao passo que a segunda, composta principalmente por obras posteriores a 1997, ano que o termo foi criado, analisam principalmente como o colonialismo influenciou o desenvolvimento do Direito Internacional, bem como o Estado pós-colonial e a violência ocorrida dentro desse, valorizando os atores internos, como as minorias, por exemplo (GALINDO, 2013, p. 4).

2.1 As TWAIL I

É consenso entre seus autores de que as TWAIL I têm como principal crítica a legitimação, por meio do direito internacional colonial, da subjugação e opressão dos povos de Terceiro Mundo em prol dos interesses individuais das nações mais poderosas, focando, assim, no período colonial e, em especial, no século XIX. Ao elencar tal fase, Chimni e Anghie destacam pontos pelos quais é possível caracterizar as TWAIL I. Segundo os autores, o direito colonial excluiu os países não-europeus do direito e reconhecimento da soberania, o fazendo por meio de tratados internacionais com tais Estados, garantindo, assim, por meios legais, a conquista de tais povos (CHIMNI, ANGHIE, 2003, p. 80). Conforme Mutua, a questão da soberania por si própria foi a chave para justificar e legitimar as práticas colonialistas, gerando como resultado a dominação de mais de três quartos do mundo por um pequeno número de Estados reconhecidos como soberanos (MUTUA, 2000, p. 33).

Anghie, ao salientar que a relação colonial não era vista como um confronto entre dois Estados soberanos, mas sim entre um Estado soberano – europeu – e outro cuja soberania ainda faltava ser atingida – não-europeu (ANGHIE, 2004 p. 34), faz uma crítica ao posicionamento dos juristas positivistas à época ao afirmar que

> a violência da linguagem positivista em relação aos povos não-europeus é difícil de ignorar. Os positivistas desenvolveram um vocabulário elaborado para denigrir esses povos, os apresentando como objetos cabíveis de conquista, e legitimando a mais extrema violência contra eles, tudo em prol da missão

civilizatória – a descarga do fardo do homem branco (ANGHIE, 1999, p. 7)[51].

A segunda afirmação dos autores acerca das TWAIL I é de que os Estados não-europeus no período pré-colonial não eram alheios ao Direito Internacional, conforme fazia-se acreditar por meio do pensamento eurocêntrico dominante. De fato, tais Estados já possuíam suas relações pautadas por doutrinas e princípios determinados, os quais, segundo os autores, poderiam inclusive ser utilizados em benefício da comunidade internacional, ao influenciar mecanismos e normas de cunho internacional (CHIMNI, ANGHIE, 2003, p. 81).

Deve-se salientar que os autores da primeira geração das TWAIL não rejeitam o direito internacional moderno, acreditando que, por meio desse, seja possível transformar a lógica do direito internacional ao se levar em consideração as aspirações e necessidades apresentadas pelos países de terceiro-mundistas. Nesse sentido, os autores que compõem as TWAIL I possuem grande otimismo em relação à Organização das Nações Unidas em seu objetivo de atingir um sistema de direito internacional democrático e participativo, especialmente no que diz respeito à Assembleia Geral da ONU, na qual é garantido o espaço de fala para todos países membros e os votos desses possuem mesmo peso, com resoluções aprovadas pela maioria (50% + um voto).

Com base nos pontos anteriores, Chimni e Anghie reforçam a questão da soberania ao indicar que os países de Terceiro Mundo, em busca do direito à soberania e da não-intervenção, se articularam para atingi-la, inclusive por meio de resoluções no âmbito das Nações Unidas. Entretanto, entende-se que apenas a independência política por si só se mostra insuficiente para que os Estados terceiro-mundistas atinjam a liberdade, devendo também haver um rompimento das relações econômicas vigentes, havendo a necessidade, de acordo com os autores das TWAIL I, de uma Nova Ordem Econômica Mundial, para que os países subdesenvolvidos e em desenvolvimento atinjam de fato a sua soberania, bem como total controle de seus recursos naturais (CHIMNI, ANGHIE, 2003, p. 81-82).

As TWAIL I se mostram, assim, uma interessante maneira de se pensar e tornar evidente o nexo causal entre o passado colonial do sistema internacional, legitimado esse pelo direito internacional, e a atual realidade política e socioeconômica dos países que foram colonizados. A cargo de exemplos e levando em consideração os fluxos migratórios recentes para o Brasil, há o exemplo do Senegal, cuja independência em relação à sua metrópole, a França, foi tardia, sendo conquistada apenas em 1960. O reconhecimento tardio da soberania desse país fez com que, além de ter por um longo período seus recursos naturais e economia explorados por suas metrópoles, países como o Senegal sejam explorados por meio da nova ordem mundial, a qual surgiu na década de 1990 e é tema de análise das TWAIL II. O país, atualmente, possui altas taxas de emigração, sendo suas principais causas a falta de perspectiva de melhores condições no país e as difíceis condições de vida, uma vez que 46,7% da população vive abaixo da linha de pobreza, (OIM, 2009).

[51] Texto original: The violence of positivist language in relation to non-European peoples is hard to overlook. Positivists developed an elaborate vocabulary for denigrating these peoples, presenting them as suitable objects for conquest, and legitimizing the most extreme violence against them, all in the furtherance of the civilizing mission—the discharge of the white man's burden.

2.2 As TWAIL II

Enquanto as TWAIL I buscam explicar como os países mais poderosos fizeram uso do direito internacional colonial para legitimar suas práticas hegemônicas e coloniais, as TWAIL II vão mais além ao analisar e criticar a influência da colonização no desenvolvimento do próprio Direito Internacional. Assim,

> Os estudiosos das TWAIL não estão incomodados com direito internacional meramente por causa de seu nascimento em origens eurocêntricas e sua atenção às pessoas que a criaram; [....] os estudiosos das TWAIL expõem os impactos da colonização sobre o atual sistema jurídico internacional e sobre como o direito internacional mantém uma hierarquia de poder muito parecida com a experimentada durante a colonização52 (KHOSLA, 2007, p. 296).

Nesse sentindo, Galindo afirma que "foi por meio do colonialismo que o direito internacional alcançou a universalidade" (2013, p.4). Assim, as TWAIL II atentam para o fato de que o Direito Internacional foi moldado tendo como referência central a realidade europeia, acompanhada do cristianismo, do capitalismo e imperialismo – esse apresentado como necessidade –, tidos como pontos referenciais ao cunhar termos e normas de caráter universal. Tal situação fez com que "as categorias legais – tais como Direitos Humanos – que são usadas para representes 'vozes' do sofrimento tendam a ter pontos elitistas e cegos" (RAJAGOPAL, 2003, p. 406).

As TWAIL II também têm como característica a diminuição da ênfase no Estado, ainda que esse continue a ter centralidade por meio do estudo do Estado pós-colonial, ao conferir maior foco aos grupos marginalizados e ao papel das instituições internacionais no que diz respeito às hierarquias sociais.

No que diz respeito às instituições internacionais, ainda que os países de Terceiro Mundo tenham conquistado a independência de seus colonizadores, as TWAIL salientam o fato de que esses países permanecem ligados ao Ocidente, seja de forma política, legal e/ou econômica. Makau Mutua salienta que a hegemonia europeia de outrora foi deslocada para os atuais detentores de poder, ou seja, para Conselho de Segurança das Nações Unidas: Estados Unidos, China, Reino Unido, França e Rússia. Tais Estados, segundo o autor, fazem uso de organismos internacionais para atingir seus objetivos, em especial aqueles de cunho econômico (MUTUA, 2000, p. 34).

Ao serem desenvolvidas no final da década de 1990, a situação em que se encontravam os países de terceiro mundo influenciaram diretamente as TWAIL II: verificava-se nesse momento um número significativo de países de terceiro mundo em condições econômicas críticas devido à implementação de práticas neoliberais após o Consenso de Washington em 1989 e suas instituições: Banco Mundial, Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Tais práticas eram ditadas por organismos internacionais, FMI, Banco Mundial OMC, que permitem que aqueles com maior poder aquisitivo limitem o espaço de ação e desenvolvimento, por meio de medidas de cunho que em realidade desfavoreceram e ainda permanecem desfavorecendo as economias dos países terceiro mundistas.

Acerca do estudo em torno do Estado pós-colonial, as TWAIL II desenvolveram uma crítica em relação aos próprios países terceiro-mundistas, os quais em seus processos de formação e

---

[52] Texto original: "But TWAIL scholars are not troubled by international law merely because of its birth in Eurocentric origins and its attention to the people that created it; […] TWAIL scholars expose the impacts of colonization on the present international legal system and on how international law maintains a power hierarchy much like the one experienced during colonization".

independência incorporaram, muitas vezes, a violência e autoritarismo em suas estruturas políticas e jurídicas. Assim, segundo Chimni e Anghie, é necessário "identificar e dar voz às pessoas dentro dos Estados de Terceiro Mundo – mulheres, camponeses, trabalhados, minorias – as quais tem sido geralmente excluídas da consideração das TWAIL I" (2003, p. 83)[53]. Dentre tais minorias, estão presentes também os migrantes, que, em alguns casos, deixam seus países de origem devido à violência causada pelo próprio Estado e, em outras situações, emigram devido às poucas perspectivas de melhoria em suas condições de vida, caso típico dos países colonizados e que hoje são caracterizados como subdesenvolvidos.

3 Minorias no Sistema Internacional: migrantes e refugiados

Ao romper barreiras interdisciplinares, as TWAIL II permitem que seus estudiosos abordem diversos temas por meio de sua crítica, surgindo, assim, uma leva de trabalhos cujos temas giram em torno da aplicação das TWAIL na compreensão da situação de minorias, como, por exemplo, mulheres, povos originários e migrantes. Segundo a Organização Internacional das Migrações (OIM), entende-se por migração:

> O movimento de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, quer seja através de uma fronteira internacional, ou dentro de um Estado. É um movimento populacional, englobando qualquer tipo de movimento de pessoas, independentemente de sua extensão, composição e causas; isso inclui migração de refugiados, deslocados internos, migrantes econômicos e pessoas que se movimentam por outros motivos, incluindo reunião familiar (OIM, 2011).54

Por ser um conceito amplo, que abarca todo e qualquer movimento migratório, faz-se necessário abordar também o conceito de migração forçada. De acordo com a OIM, a migração forçada consiste em um movimento migratório no qual há a existência de um elemento coercitivo, incluindo ameaça à vida e aos meios de subsistência, causas naturais ou de origem humana (OIM, 2011). São exemplos desse fenômeno a busca pelo refúgio[55] e a migração consequente de catástrofes naturais.

Há também a imigração econômica, que consiste no deslocamento de um indivíduo e/ou grupo com objetivos relativos a trabalho e melhoria suas condições de vida. Em seu manifesto, Chimni (2006, p. 26) relata de que enquanto o capital e o serviços se tornaram cada vez mais móveis na globalização, o trabalho tem sido barrado. Nesse ponto, há uma crítica à forma com que, por meio de medidas legais, os países de primeiro mundo buscam dificultar a entrada tanto de refugiados como de imigrantes provenientes de países de terceiro mundo, dentre os quais se

[53] Texto original: "Corresponding with this is a concern to identify and give voice to the people within Third World states-women, peasants, workers, minorities—who had been generally excluded from consideration by TWAIL I".

[54] Texto original: "The movement of a person or a group of persons, either across an international border, or within a State. It is a population movement, encompassing any kind of movement of people, whatever its length, composition and causes; it includes migration of refugees, displaced persons, economic migrants, and persons moving for other purposes, including family reunification" (OIM, 2011).

[55] De acordo com a Convenção relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951, e seu Protocolo Adicional, de 1997, define refugiado como aquele que "temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país" (ACNUR, [s.d]). No sistema ONU há uma agência exclusiva para tratar a situação de tal população, o ACNUR.

encontram os haitianos e senegaleses, que figuram as principais nacionalidades dos migrantes que chegam ao Brasil.

Verifica-se, nesses casos, a influência dos países centrais na utilização dos mecanismos de proteção internacionais vigentes com o objetivo de se eximirem da responsabilidade de acolhida de populações em vulnerabilidade, como a atual relutância na recepção de refugiados no continente europeu e o não reconhecimento do status de refugiado ambiental para casos como o do Haiti, mesmo em países cuja legislação de refúgio seria aplicável. Segundo Chimni, "a era pós-Guerra Fria tem visto uma série de práticas restritivas que impedem refugiados que fogem de países subdesenvolvidos de chegarem no Norte"[56] (CHIMNI, 2006, p.26).

Com o objetivo de evidenciar a utilização do Direito por tais países centrais, destaca-se a mudança no regime de acolhida internacional com o término da Guerra Fria conforme a mudança no *status quo* internacional e, consequentemente, nos interesses estratégicos desses países. No período anterior à Guerra Fria, havia um grande consenso de que a melhor solução duradoura para os refugiados era o reassentamento. Tal *advocacy* se dava devido ao fato de que, ao receber grandes quantidades de refugiados provenientes do regime contrário, fortalecia-se a ideia do próprio sucesso, ao passo que o "outro lado" estava em tão má situação que não era capaz de manter seus nacionais em segurança. Com o término desse período, consequentemente, a política de refúgio passou a ser tratada pelos países de primeiro mundo com base na ideia de *non-entrée,* a partir da qual a melhor solução duradoura passou gradualmente do reassentamento para a repatriação voluntária, como forma de reduzir o fluxo de entrada de refugiados em seus territórios (CHIMNI, 1998). Tal afirmação é coerente quando verifica-se a política de reassentamento do ACNUR, que atualmente beneficia uma parte significativamente pequena da população refugiada no mundo.

A partir disso, ao desenvolver uma crítica sobre o Direito Internacional dos Refugiados, o autor critica o mito da diferença entre refugiados europeus, caracterizados pelo fluxo migratório ocorrido em decorrência à II Guerra Mundial, e os refugiados atuais, majoritariamente provenientes de países do terceiro mundo. O mito da diferença, segundo Chimni, baseia-se na ideia de que as causas para o deslocamento forçado dos europeus eram em sua maioria políticas e causadas por fatores externos, enquanto as causas para o novo fluxo de refugiados não seria majoritariamente política e causada por fatores externos, mas sim por conflitos civis e internos dos Estados. Esse pensamento, chamado por Chimni de internalista, geraria como consequência resultados negativos à proteção da população refugiada, ao eximir os países desenvolvidos de seu dever histórico, com o raciocínio de que, por serem causa internas, tais países não devem arcar com o "custo" de receber e proteger seus nacionais, fazendo com que seja suficiente sua contribuição financeira, evitando-se, assim, a responsabilidade de receber tal população (CHIMNI, 1998).

Situação que evidencia o mito da diferença é a diferenciação na resposta, principalmente, por parte dos países centrais às crises migratórias pós II Guerra Mundial, com a criação do Estado de Israel, em 1947. Encabeçada e defendido por grandes países, como Inglaterra e Estados Unidos, a Resolução de número 181 da Assembleia Geral da ONU, de 29 de novembro, determinou a partir da votação dos Estados-membros a divisão da Palestina em dois Estados. De acordo com o *Middle East Research and Information Project* (MERIP, 2014, p. 4), foi concedido 56% do território a Israel e 43% a Palestina, a fim de que cada Estado abrangesse a maioria de sua população[57]. Assim, independentemente da opinião palestina, em 15 de maio de 1948, foi proclamado o Estado de Israel,

[56] Texto original: "the post Cold War era has seen a whole host of restrictive practices which prevent refugees fleeing the underdeveloped world from arriving in the North".

[57] Nessa equação, foram, inclusive, levados em consideração os futuros imigrantes judeus, o que foi utilizado para justificar a maior porcentagem para Israel.

gerando um conflito logo após a independência, no qual as forças palestinas foram auxiliadas pelos Estados Árabes vizinhos, que já haviam considerado a decisão da ONU como uma traição internacional. Cabe salientar que, entre os países centrais, era atraente a possibilidade de criar de um Estado exclusivo para judeus, fazendo com que tal população diminuísse consideravelmente dentro de seus próprios países.

Em contraponto com tal mobilização internacional para com os refugiados pós II Guerra Mundial, atualmente verifica-se uma resposta mais dura por parte dos mesmos países em relação à maior crise migratória já existente segundo o ACNUR, por meio de uma série de medidas restritivas e de segurança de fronteiras que dificultam o acesso tanto de refugiados quanto migrantes econômicos em situação de vulnerabilidade social de cruzarem as fronteiras dos países desenvolvido. Outro exemplo prático da omissão na responsabilidade de proteger e garantir o direito de tais populações, é a relutância dos países, inclusive daqueles considerados terceiro-mundistas pelas TWAIL, em reconhecer o conceito de refugiado ambiental, caso típico do Haiti.

Esse conceito, atualmente, encontra-se restrito somente ao debate acadêmico. Segundo Pereira e Unneberg (s.d., p. 5), o que se verifica até o presente momento é que "os refugiados ambientais não passam de migrantes com características próprias de refugiados, em decorrência de desastres ambientais". Tal fato, no entanto, não diminui a importância e a necessidade de tais vítimas serem auxiliadas pela comunidade internacional. Há alguns teóricos, inclusive, que salientam que há países cujo mecanismo de refúgio poderia reconhecer tal população como refugiados, o que não se verifica na prática devido a uma escolha tomada de forma consciente por parte dos governos para que não sejam abertos precedentes na questão, o que faria com que o Estado se tornasse aberto a um número consideravelmente maior de migrantes sob o escopo de refugiados ambientais. Surgindo, assim, um limbo, a partir do qual determina-se que esse não se enquadra nas definições de refúgio, mas reconhece-se que aqueles que migram devido a fenômenos ambientais são grupos de extrema vulnerabilidade no país de destino.

Ademais, as causas das migrações internacionais atuais, em especial a busca por refúgio, são, muitas vezes, reflexos do próprio período colonial, com a dominação Europeia, ou das ações de países desenvolvidos, que acabam por dificultar e até frear o desenvolvimento de países terceiro-mundistas. Assim, com a ação dos países desenvolvidos na origem desses fluxos, aumentaria o dever desses de reconhecer a legitimidade e o direito dos migrantes de hoje a buscarem novos locais de residência, especialmente nos próprios países desenvolvidos.

4 Considerações finais

As TWAIL surgem nos estudos do Direito Internacional como uma alternativa que busca evidenciar e criticar a utilização ao longo da história do Direito Internacional como forma de legitimar os interesses dos Estados centrais em detrimento das condições de vida dos povos considerados terceiro-mundistas, aos quais a soberania foi reconhecida tardiamente.

Nesse sentindo, as TWAIL buscam não só criticar tais fatos, como também dar ênfase aos estudos e experiências gerados no próprio terceiro mundo, na busca de responder e resistir à posição imposta aos países terceiro-mundistas ao longo da história. Salienta-se, entretanto, que a perspectiva de uma mudança considerável nas estruturas vigentes é vista como pouco provável por grande parte de seus pesquisadores.

No que diz respeito aos movimentos migratórios, as TWAIL, ao realizarem uma crítica coerente, se mostram de grande relevância para a compreensão da atual situação dos países considerados terceiro-mundistas e de seus nacionais no contexto internacional, que, ao migrarem, acabam por se tornar minorias de grande vulnerabilidade. A legitimação das práticas europeias por meio do Direito Internacional influenciou diretamente as condições socioeconômicas desses países, possibilitando práticas coloniais que foram desde a divisão territorial, sem levar em consideração os povos que ali habitavam e as relações entre esses, e a exploração de seus recursos naturais. Tais fatos explicam as raízes de diversos conflitos civis e étnicos nesses países terceiro-mundistas, os quais tem por consequência fluxos migratórios forçados, como ondas de refugiados, ainda que haja uma tentativa dos países centrais, por meio do mito da diferenciação, de concluir que tais conflitos são causados por fatores internos, eximindo-se do nexo causal.

É possível, portanto, por meio de tais abordagens, compreender e tornar evidente as interpretações e práticas tomadas pelos Estados centrais, e muitas vezes pelos países do Sul, para eximirem-se da responsabilidade de proteger e acolher tais populações.

Referências

ACNUR. *Refugiados*. [s.d]. Disponível em <http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/> . Acesso em 2 jun, 2017.

ANGHIE, Antony. Finding the peripheries: Sovereignty and Colonialism in Nineteenth-Century International Law. *Harvard International Law Journal.* Vol. 40. Nº 1, 1999, p 1-71. Disponível em: < http://teachers.colonelby.com/krichardson/Grade%2012/Carleton%20-%20Int%20Law%20Course/Week%203/FindingPeripheries.pdf>. Acesso em 02 jun, 2017.

_____. *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law.* Nova York: Cambridge University Press, 2004. cap. 2.

ANGHIE, Antony; CHIMNI, B. S. Third world approaches to international law and individual responsibility in internal conflicts. *Chinese Journal of International Law*. China. Vol. 2. Nº 1, 2003, p. 77-103.

BRASIL. *Brasil autoriza residência permanente a 43,8 mil haitianos.* 2015. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos. Acesso em 31 mai, 2017.

_____. *Sistema de Refúgio Brasileiro:* Desafios e Perspectivas. 2016. Disponível em: < http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016>. Acesso em 02 jun, 2017.

CHIMNI, B.S. Third World Approaches to International Law: A Manifesto. *International Community Law Review*. Holanda. Vol. 8. Nº 1. 2006. p. 3–27. Disponível em <http://www.jnu.ac.in/SIS/MakingSISVisible/Publications/Third%20World%20Manifesto%20BSChimni.pdf>. Acesso em 02 jun, 2017.

_____. The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South. *Journal of Refugee Studies* Vol. 11. Nº. 4. 1998. p. 350-374.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. A volta do terceiro mundo ao direito internacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional.* Vol. 1 nº 119 -124. ago./dez. p.46-68, 2013. Disponível em <http://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/IRBr/ptbr/file/CAD/LXII%20CAD/Direito/Galindo%20%20A%20volta%20do%20terceiro%20mundo%20ao%20direito%20internacional.pdf>. Acesso em 02 jun. 2017.

KHOSLA, Madhav. The TWAIL Discourse: The emergence of a New Phase. International Community Law Review. *Vol. 9. 2007. p 291–304.*

MERIP. *Palestine, Israel and the Arab-Israeli Conflict:* a Primer. 2014. Disponível em <http://www.merip.org/sites/default/files/Primer_on_Palestine-Israel(MERIP_February2014)final.pdf >. Acesso em 02. jun. 2014.

MUTUA, Makau. What is TWAIL? *American Society of International Law Proceedings*. Washington. Vol. 94, 2000, p. 31-39. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=1533471>. Acesso em 29 mai. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DAS MIGRAÇÕES. *Key Migrations Terms*. 2011. Disponível em <https://www.iom.int/key-migration-terms#Forced-migration>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. *Migration au Sénégal:* Profil National 2009. Disponível em <https://publications.iom.int/books/migration-au-senegal-profil-national-2009>. Acesso em 12 abr. 2017.

PORTELA. Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado:* Incluindo Noções de Direitos Humanos e de Direito Comunitário. Salvador: JusPODIVM, 2011.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Nova York: Cambridge University Press, 2003.

GLOBALIZAÇÃO E DIREITO: A DIMENSÃO JURÍDICA DAS CORPORAÇÕES TRANSNACIONAIS NA SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

Maria Luiza Roman Folle:
Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ.
Bolsista CAPES/FAPESC. E-mail: malufolle@hotmail.com

Luiz Henrique Maisonnett:
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e
especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL.
E-mail: luizhenrique.maisonnett@gmail.com

Isadora Kauana Lazaretti:
Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó.
Bolsista na modalidade de apoio à produção científica financiada pela Unochapecó.
E-mail: isadoralazaretti@hotmail.com

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo geral estudar a dinâmica jurídica das corporações transnacionais na sociedade internacional globalizada, partindo do estudo do fenômeno da globalização. O tema e sua problematização são relevantes porque envolvem a expansão dos mercados mundiais que compõe à sociedade internacional contemporânea e, sua problemática em torno da regulamentação jurídica. O objetivo geral do presente estudo consiste em compreender a partir da emergência do fenômeno da globalização a dimensão jurídica das corporações transnacionais e seus impactos na sociedade internacional contemporânea. Como objetivos específicos, busca-se estudar a globalização com ênfase na globalização econômica; analisar a dimensão das corporações transnacionais, e, por fim, compreender a estrutura e complexidade para a sociedade internacional contemporânea. Além disso, o tema é muito atual, porque enfrenta desafios em curso na sociedade internacional. Assim, inicia-se a abordagem com o estudo da multidimensionalidade da globalização. Na sequência, a atenção é dedicada ao estudo da dimensão jurídica das corporações transnacionais. Por fim, a análise se volta para a compreensão dos impactos da globalização econômica no direito analisando suas principais características. A pesquisa abrange discussões teóricas e assim utiliza-se a abordagem qualitativa. O estudo dos pressupostos teóricos é realizado pela análise e técnica de pesquisa bibliográfica e o instrumento de pesquisa escolhido foi o documental, adotando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Globalização. corporações transnacionais. sociedade internacional.

1 Introdução

O presente artigo tem o escopo de explorar o impacto da globalização na dimensão jurídica das empresas transnacionais, e visa demonstrar como a sociedade internacional em geral vem reagindo e se organizando aos novos processos econômicos, nesse início de século XXI.

Nesse viés, o objetivo geral dessa pesquisa consiste em analisar a partir da emergência do fenômeno da globalização, a dimensão jurídica das corporações transnacionais e seus impactos na sociedade internacional contemporânea. Especificamente, objetiva-se: estudar a globalização com ênfase na globalização econômica; analisar a dimensão das corporações transnacionais; e, por fim, compreender a estrutura e complexidade para a sociedade internacional contemporânea.

A escolha desse tema se deu por sua complexidade e relevância no atual cenário internacional, além de ser uma temática contemporânea, tanto na ciência das Relações Internacionais, tanto para a Ciência Política, como para o Direito.

A sociedade internacional e as Relações Internacionais contemporâneas vem sofrido grande influência por conta do fenômeno da globalização, processo pelo qual várias parcelas de conhecimento, tecnologia e ciência acabam se fundindo a nível global, afetando não só as grandes corporações e a vida das pessoas, mas também o Direito e o próprio Estado. O Direito acaba tendo seu papel e sua importância enfraquecida diante dos avançados fluxos econômicos e dos sistemas gerados pelas grandes corporações com o capitalismo e neoliberalismo.

A metodologia utilizada na realização desse estudo consiste no método dedutivo, sendo a pesquisa de caráter qualitativo. O instrumento de pesquisa adotado foi o documental e a técnica de pesquisa utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

2 O fenômeno da globalização e seus impactos na economia e no Direito

Os avanços tecnológicos em comunicação e informação, nos últimos trinta anos pelo menos, permitiram uma transformação estrutural nas formas de relações globais. A sociedade internacional contemporânea é revolucionada por estas transformações tecnológicas, razão pela qual, enfrenta consequências significativas no âmbito do direito e da economia, bem como, no âmbito político e social.

A percepção de Ianni (1997, p. 13) quanto ao mundo globalizado é de que há uma ruptura drástica dos modos de ser, agir, pensar e fabular. Um evento heurístico de amplas proporções, abalando não só as convicções, mas também as visões do mundo. Para o referido autor, o globo se tornou o território no qual todos se encontram relacionados e atrelados, diferenciados e antagônicos, demonstra o tamanho do rompimento paradigmático.

Para Olsson (2003, p 89), o conceito de globalização pode ser definido como um feixe de fenômenos constatados, no aumento progressivo de transmissão de informações, através do desenvolvimento tecnológico, que tendem a redefinir e expandir o modo de produção capitalista, e assim, alteram a lógica estática das relações sociais, atenuam a concepção territorialista do Estado soberano, e, acabam por justificar a chamada “crise da modernidade”.

Ao direcionar o olhar para a globalização no campo econômico, não só se evoca o domínio de um sistema econômico no espaço mundial, qual seja o do capitalismo, mas, também se observa que a economia mundial é muito mais que uma simples economia internacional. A organização da produção sobre uma base transnacional faz prova de que o processo de globalização aponta para um novo espaço de acumulação de capital.

Assim, verifica-se que o aspecto econômico é por sua vez, amplamente alterado pelo processo de globalização já que passou a transformar desde os modos de produção, as relações de trabalho e capital, como também a expandir em larga escala o capitalismo, fazendo com que a produção passasse por uma aceleração motivada pela economia em rede. A economia em rede, ou como conhecida, nova

economia, passa a ser uma nova forma de organização, distribuição e gestão de produção, e acaba por ser a razão principal do desenvolvimento significativo da produtividade. (CASTELLS, 1999, p. 20).

Para Castells (1999, p. 39) o capitalismo em si desenvolveu uma nova dinâmica, fundamentada na descentralização de gerenciamento e capital das empresas, que agora se estruturam em redes, tanto em prol de sua produção interna, quanto à sua relação com outras empresas. Ainda, há profunda alteração nas relações de trabalho, já que terminam em uma maior flexibilização de produção, além de despontar a necessidade por um novo perfil de trabalhador, adaptável a tais constantes mudanças.

Segundo Santos (1997, p. 57-65), as relações de poder econômico sob este novo prisma, moldaram e revolucionaram o que havia de modo de produção, bem como as relações de transformação da força produtiva, resultantes deste processo de inovação tecnológica; que alterou, mormente, as necessidades dos mercados e capitais. Assim, os conceitos de mercado, de oferta e procura e concorrência, dentre outros, desenvolvidos para caracterizar uma nova forma de relação comercial, oferece uma maior variedade ao indivíduo, sob os melhores preços. O indivíduo agora, possui um novo papel: o de consumidor.

Robertson (2000, p. 88) destaca cinco fases, que compõe historicamente o desenvolvimento da globalização, em sua atual circunstância de alto grau de densidade e complexidade global, divididas em: a) fase embrionária, caracterizada pelo desenvolvimento das estruturas nacionais e queda do sistema político e econômico feudal, dada entre o século XV e início do século XVIII; b) fase incipiente, caracterizada pela construção da ideia de Estado centralizado, expansão de agências internacionais reguladoras de relações entre Estados ocorrida entre a metade do século XVIII até 1870; c) fase da decolagem, que se dá pela clara expansão de tendências globalizantes, formalização de relações internacionais, aumento do número e velocidade dos mecanismo de comunicação, e eclosão do primeiro conflito internacional com característica de mundial – a Primeira Guerra Mundial, entre 1970 e 1920; d) fase da luta pela hegemonia, caracterizada por disputas entre os protagonistas internacionais sobre o processo econômico dominante, surgimento da Guerra Fria e da Organização das Nações Unidas, e do conceito de Terceiro Mundo, dada entre 1920 à 1960; e) fase da incerteza, que se dá desde a década de 60 aos dias atuais – caracterizada pela expansão da consciência global, principalmente no que concerne questões ambientais e de gênero, crescimento de movimentos e instituições globais, além da aceleração da comunicação em nível global, fim do mundo bipolar trazido pela Guerra Fria, difusão de tecnologias, armamento nuclear e surgimento de movimentos desglobalizadores tal como o islamismo.

Para que se identifique a globalização, Arnaud (1999, p. 12) apresenta as seguintes condições: a) alteração de modelos de produção, possibilitando o deslocamento das operações industriais, com nova divisão do trabalho; b) desenvolvimento de mercados de capitais de investimentos interconectados não somente em esfera nacional; c) crescimento do número de multinacionais; d) despontamento da importância de acordos de blocos econômicos regionais; e) intervenção reduzida do Estado na economia, com crescente número de privatizações e retirada do Estado de atividades econômicas; f) neoliberalismo ditando em prevalência a atividade econômica; g) tendência crescente à democratização e desenvolvimento e respeito aos direitos humanos em âmbito internacional; h) surgimento de atores transnacionais e crescente poder atribuído a estes.

A partir do desenvolvimento tecnológico e com reflexo nos mais diversos âmbitos relacionados acima, é que se constata a configuração da sociedade em rede. Podendo ser caracterizada como uma estrutura baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação, que tem por caracterização a intercomunicação nos mais variados setores, principalmente no setor econômico: as

empresas transnacionalizaram-se se transformando em redes com unidades autônomas, interconectadas e que aceleraram o processo de produção (CASTELLS, 1999, p. 20 - 21).

Deve-se atentar para os reflexos do processo de globalização, registrados no final do século XX, havendo redefinições significativas na política, sociedade e principalmente na economia em nível mundial. Nesse contexto, verifica-se que muitos aspectos ensejaram para o desenvolvimento da globalização no seu atual estágio, mas foi a Revolução Tecnológica o fator decisivo, pois somente por seu meio, foi possível a internacionalização completa da economia, comunicação e cultura (CASTELLS, 1999, p. 43-44).

Para Faria (1998, p. 59), o conceito de globalização é ferramenta de expressão, tradução e descrição de um conjunto de processos interligados, de caráter complexo. Sua ênfase se dá principalmente no campo econômico, talvez um dos maiores retratos desse fenômeno da globalização, facilmente constatável na autonomia crescente do campo econômico em detrimento à política, com o surgimento de novas estruturas decisórias em nível internacional operando em tempo real, alteração na competitividade entre empresas e a dinâmica de mercado, além da transformação vasta do comércio internacional, reestruturada de forma significativa, uniformizando as práticas comerciais no mundo, além de o surgimento de uma estrutura político-econômica multipolar, agregando novas fontes de conflito e cooperação em termos de capital, bem como desenvolvimento de sistema mundial.

Verifica-se, diante do exposto, que a globalização reflete-se amplamente sobre vários setores, inclusive das corporações internacionais. Desse modo, considerando o consenso neoliberal e as assimetrias do poder transnacional, esse fenômeno constitui um fator determinante para a atual disseminação transnacional pelo mundo, em razão do rompimento de fronteiras nacionais territoriais.

A respeito, Olsson (2003, p. 92) clarifica que as práticas econômicas transnacionais têm por instituição central as corporações transnacionais; as práticas políticas transnacionais têm seu lugar com a "classe capitalista transnacional"; e as práticas ideológico-culturais têm seu lugar básico na "cultura-ideologia do consumismo".

3 A dimensão jurídica das corporações transnacionais

O processo de globalização foi determinante para o surgimento e fortalecimento de novos atores internacionais, bem como de sua importância no cenário internacional, por promover alterações diretas no modo de produção capitalista aliada a uma nova racionalidade instrumental de expansão de mercado e articulação entre produção, consumo e mobilização de capital.

Na sociedade contemporânea global os atores não estatais se multiplicam com forte influência transnacional. A classificação transnacional apontada por Mansbach (1976, p.134), no estudo da tipologia, entre outros autores que se filiam a essa abordagem - agrupada entre atores públicos e privados -adota tanto à lógica estatal (estatocentrismo), como ao modelo transnacional (multicêntrismo), inclinando-se também aos atores não estatais novos e emergentes, uma vez que exercem influências definitivas no processo de tomada de decisão da ordem mundial.

Importa ainda ressaltar que os atores não estatais apresentam um perfil totalmente autônomo do controle dos governos centrais, a exemplo dos agentes subnacionais, podendo entrar no âmbito da sociedade internacional pela economia do mercado, como o é nos caso das corporações transnacionais. Nesse sentido, conclui Mansbach, que "mesmo com a hierarquia dos Estados soberanos no topo, a existência de uma rede de

política global permite que os fluxos de bens, pessoas e ideias atravessem as fronteiras nacionais para produzir interdependências." (1976, p.116).

Por fim, a emergência desses atores não estatais, torna-se elemento determinante na inversão das coordenadas do poder estatal, ao permitir a convivência simultânea dos variados tipos de agentes internacionais que, mobilizando-se satisfazem os seus particulares interesses, quando, paradoxalmente, intimidam e enfraquecem a atuação da competência decisória estatal, e, assim consequentemente, fortalecem a arquitetura de seu próprio cenário de propagação de poder.

Quanto à historicidade progressiva dos atores não estatais, pode ser assinalado como marco gestacional o período após Segunda Guerra Mundial, mas sua configuração se deu na segunda metade do século XX. A mundialização do capital, a inteligência artificial, a rede de redes, robótica, interdependência e a transnacionalidade culminaram com a fragmentação estatal e a perda gradativa de seu protagonismo (CASTRO, 2013, p. 107).

A história das empresas transnacionais vem de um momento anterior à Segunda Guerra Mundial, com características diversas das encontradas na atualidade. De acordo com Grazia Ietto-Gillies (2005, p. 07), as operações comerciais transfronteiriças existem a muitos séculos, tendo sido originadas antes mesmo dos Estados-nação. A mesma autora afirma que algumas empresas dos séculos XVII e XVIII podem ser consideradas precursoras das atuais companhias transnacionais (2005, p. 07).

De acordo com Kucinski (1982, p. 4), tais empresas também merecem ênfase "[...] por terem assumido o papel, antes desempenhado pelo Estado, de agente principal de todo um capítulo novo na história da internacionalização da economia capitalista".

Assim, denota-se a influência das empresas também denominadas transnacionais, sobre a economia mundial, trabalhando através de uma rede que interliga as mais diversas moedas, contribuindo para sua valorização na esfera internacional.

Vale lembrar, que foi o fenômeno da globalização quem trouxe inúmeras mudanças ao cenário mundial ao longo das últimas décadas, graças ao avanço tecnológico e, particularmente, ao avanço das comunicações. O âmbito comercial global da sociedade contemporânea é considerado um dos segmentos mais atingidos pelo fenômeno, em todas as suas instâncias, já que a globalização da economia é hoje um fato concreto.

Segundo Gilpin (1987, p. 231), uma corporação multinacional é uma empresa que possui e gerencia unidades econômicas em dois ou mais países. Já para Oliveira (2014, p. 185) a expressão "empresas transnacionais", dessa forma, encobre um conjunto de situações e fatores, como a fuga de controles internacionais. Tornando-se juridicamente desnacionalizadas e tendo unidades de produção em vários países de todos os continentes, têm elas os montantes de seus ativos e deus resultados também descentralizados no exterior.

As empresas transnacionais vêm adquirindo cada vez mais espaço na esfera das relações internacionais. Com o advento da globalização, seu protagonismo tornou-se ainda mais evidente, em razão das conexões traçadas no globo, eis que a atuação dessas empresas passou a estar presente nos mais diversos momentos do cotidiano, nos quatro cantos do mundo. Tal cenário é uma consequência do crescente capitalismo, característico da sociedade atual, através do qual são guiadas as atividades das corporações transnacionais, sempre voltadas ao lucro. Este, por sua vez, revela-se como elemento decisivo nas disputas pelo poder, que outrora eram permeadas por conquistas territoriais.

A atuação de uma corporação multinacional, portanto, estendem-se por diversas nações, em termos de propriedade, gestão, produção e atividades de venda, sob uma visão oligopolista da empresa (GILPIN, 1987, p. 232).

O processo de globalização atinge todas as instâncias do mundo é característico do aprofundamento da debilidade do Estado nacional e do papel das redes. Para Oliveira, (2014, p. 184) "Nos tempos atuais as empresas transnacionais desenvolvem funções produtivas – bens e serviços – em ampla dimensão geográfica, com alcance mundial, abrangendo todos os continentes e uma variedade de Estados, por meio de evolutiva multiplicidade de filiais. Não se confundem, dessa forma, com as empresas nacionais, exportadores e importadoras de bens e que desenvolvem produção em um só país e distribuição em outros, mediante o exercício de comércio exterior. Tampouco com as empresas internacionais e suas atividades em âmbito de dois ou mais países."

Destaca-se aqui o papel das empresas multinacionais ou transnacionais em âmbito internacional, sendo sua ocupação em posições cada vez mais decisivas, estendida pela expansão do modo de produção capitalista. Sua atuação e capacidade de articulação internacional frente à nova dinâmica econômica, movimentando o capital em nível mundial, as colocam como poderosos instrumentos em palco internacional.

Para que se identifique precisamente a origem e desenvolvimento de tais empresas, Fernandes (1998, p.65) destaca três fases ou momentos geracionais, sendo a primeira onde as multinacionais são primordialmente europeias e suas atividades são basicamente de exploração de matéria-prima, bem como produtos alimentares e farmacêuticos; na segunda, a maioria massiva das multinacionais tem sua origem e sede nos Estados Unidos, e suas atividades concernem basicamente a exploração de petróleo além de setores da indústria transformadora, compreendidas em automobilística, química, farmacêutica, aeronáutica, destacando aqui as multinacionais de grande porte de petróleo e construção automóvel; já na terceira, há uma constante diversificação e expansão do conceito de multinacional, não apenas em caráter geográfico, mas também quanto às atividades desenvolvidas, incidindo destaque no setor de serviços.

A precisa origem das empresas transnacionais é algo em que se tem maior dificuldade de precisar, sendo compreendida por alguns a expansão do capitalismo no século XIX (MERLE, 1991, p. 290). Para Truyol y Serra (1973, p. 131), a origem das empresas ou corporações transnacionais está intrinsicamente ligada ao surgimento das dinastias bancárias e comerciais, com registros nos séculos XV e XVI.

Há que se considerar a difícil caracterização dessas empresas, já que o enfoque jurídico as trata apenas como realizadores da unidade de economia e mercado mundial. Mas, seu real papel no cenário internacional é bastante controvertido, de acordo com Merle (1991, p. 296), sendo que uma das correntes aponta que estas já atingiram em muitas vezes dimensão e capacidade financeira superior à de muitas organizações estatais.

Já a outra corrente assinala as empresas transnacionais como agentes de política de governos nacionais, surgindo uma nova forma de imperialismo e havendo nesse aspecto diversas variáveis sendo por vezes nacionais com atividades no exterior, ou puramente interesses estratégicos, econômicos ou diplomáticos de Estados na internacionalização, além de quando os interesses são exclusivamente privados (MERLE, 1991, p.296).

Faz-se necessário que haja mecanismos de controle das atividades das empresas transnacionais, tendo em vista sua expansão crescente e atuação significativa no mercado internacional. É fato que as empresas transnacionais até então não eram vistas como entidades autônomas, mas tão somente como extensões de interesses nacionais, mantendo o Estado como detentor de protagonismo internacional (OLSSON, 2012, p. 181).

Quanto ao controle jurídico de tais corporações transnacionais, Merle (1991, p. 304-306) destaca que a há a clara sugestão de que a confiança no modelo jurídico estatal sugere a dificuldade em se fugir do controle estatal – seja pela fixação da sede ou pelo registro em país determinado.

Porém, para Vagts (1980, p. 95 -96), deve-se atentar para o fato de que alguns sistemas jurídicos tentam garantir a aplicação do direito interno, de acordo com o local em que se registra ou onde está a matriz; Tal sistema é amplamente utilizado para que se obtenham favores fiscais e alfandegários entre nações, reduzindo tributação e expansionando lucros.

Há que se ressaltar a importância econômica das corporações transnacionais no acima referido processo de globalização, sendo que não há vinculação política à sua atuação, mas tão somente poder transformador na dinâmica de mercado, relações de trabalho, comércio internacional e aproveitamento de riquezas. Seu poder econômico é sem dúvida quem determina o restante das relações em âmbito internacional, influenciando na postura política dos Estados e organizações internacionais, ainda que, como ressalta Korten (1996, p. 70), esta importância não tenha sido reconhecida.

Contrapondo esse entendimento, as corporações transnacionais configuram atores de grande importância no cenário internacional pela própria relação de poder econômico e político que exercem na sociedade global. O poder econômico se manifesta ou pelo volume de capital que mobiliza ou pela dinâmica com a qual movimenta esse capital. Logo, o poder econômico foge da mão dos Estados - uma vez que, as empresas não sendo nacionais deixam de contribuir com o capital de base nacional - e, o poder político, é transplantado. Em verdade, não se pode ignorar as implicações gerais desse poder econômico na governança global, como poder político das empresas transnacionais. (Oliveira, 2007, p. 324)

Ilustração típica, é a autonomia presenteada pela transnacionalidade. A ideia de que a empresa não é vinculada a algum interesse nacional e desconsidera restrição territorial de atuação nas suas atividades. (OLIVEIRA, 2007, p. 323), somada a certeza de que ganhos indiretos são auferidos por conta das limitações das normas nacionais e internacionais, perfazendo uma elisão combinada dos sistemas jurídicos (OLSSON, 2003, p.180-181), condiciona o pensamento para as inúmeras vantagens de se mover a produção, a propriedade e o capital. Estas empresas ou corporações são juridicamente desnacionalizadas e prezam pela descentralização de capital e resultados produtivos.

Para Bedin (2001, p.315-316), as características das empresas transnacionais se destacam em três aspectos, resumidamente. O primeiro, é que são entidades que visam fins econômicos sob o primado “maximizar lucros e minimizar custos”. O segundo, sua definição jurídica é fragmentada entre diversos sistemas jurídicos nacionais. A terceira é que possuem estrutura centralizada e hierarquizada permitindo uma formatação uniforme e padrão de suas ramificações ao redor do planeta.

Mas, é seu poder econômico que lhe garante um assento entre os atores internacionais (OLIVEIRA, 2001, p 324). Assim, o maior dinamismo nas relações comerciais globais, definiu a competência direta das empresas transnacionais em seus próprios mercados internos e regionais. Resta claro que as corporações transnacionais possui emergência sem igual nas relações transnacionais, e são determinantes à agenda dos Estados.

Na verdade, as transnacionais no atual processo, tornaram-se a principal força econômica do mundo por utilizarem uma estratégia de melhor organização no conjunto de suas operações em escala mundial, racionalizando os investimentos e as operações globais. Toda essa rede organizacional implica uma divisão do trabalho que envolve o espaço plurinacional. "Nessa configuração, aparecem dois tipos de sistemas-mundo: império-mundo e economia-mundo. A diferença entre esses dois reside em seu quadro político. No primeiro caso, a divisão internacional do trabalho se dá junto a um espaço estatal único. No segundo caso ela se dá num espaço interestatal" (BRUM, 2002, p. 38)

É desse espaço econômico internacional que se constituiu o conceito de hegemonia como mecanismo de dominação ideológica, não pela força mas pelo consentimento. A estratégia do livre-

comércio, compulsoriamente lançadas sobre a produção, o comércio e as finanças possibilita que a potência hegemônica domine a economia-mundo, logo, a divisão do trabalho passa a ser encarada entre zonas centrais e periféricas. Assim, a inserção particular na rede de troca da economia, põe em jogo o controle das cadeias de fornecimento e de comercialização ocasionando um hierarquização multiforme entre o centro sobre as produções periféricas. (BRUM, 2002, p. 39- 41)

Nesse contexto onde o modo de produção capitalista se desenvolve na dependência financeira e técnica das nações do centro, percebe-se que o mercado mundial auto-regulador passou a inflexionar profundamente as relações de força entre os mercados e os estados e "(...) entre as leis de acumulação do capital e as leis que regem a sociedade." (BRUM, 2002, p. 40).

Frente a isso, vê-se que o processo de globalização econômica destaca não tanto o triunfo universal do capitalismo, mas sobretudo, a revanche do econômico sobre o social e o político. Isto é, os Estados já não suportam as exigências do capital e as demandas da sociedade, vindo a submergir o essencial de seus meios de regulagem conjuntural e de regulamentação econômica, concedendo parte de sua soberania.

Por essa razão, a inserção dos agentes econômicos e dos países em geral, no contexto atual, deve considerar, como pilares da economia globalizada, tanto a questão mercado, como instrumentos de regulação da economia; como o pluralismo político, como instrumento de garantia da justiça e da legitimidade, já que as condições de vida das populações e as democracia estão cada vez mais centralizadas no jogo mundial das integrações econômicas e das instituições multilaterais nos quadros supranacionais de regulação.

Resumidamente, é a característica excludente da globalização que conduz o estado ao derradeiro desafio, o de estar presente como o grande orientador e organizador das políticas públicas que assegurem os interesses nacionais, promovendo uma gestão racional dos meios de produção em prol de um desenvolvimento a serviço da integração social, da justiça coletiva e do bem-estar individual.

4 Considerações finais

A partir do presente estudo foi possível verificar, que o fenômeno da globalização afeta a essência de algumas relações jurídicas, as transforma e as transcendem. Na verdade, o crescimento das sociedades modernas desencadeia o aparecimento de novas figuras que devem ser abarcadas pela esfera jurídica. Incumbe ao Direito Internacional, a mesma responsabilidade concedida ao direito interno, qual seja; de acompanhar essa evolução e adaptá-la às novas realidades sociais desse "fenômeno glocal".

O Direito tem que acompanhar a evolução social e disciplinar das relações merecedoras de tutela jurídica, para projeção de mercado, lucro, capital, com a resultante redução das fronteiras e a diminuição das distâncias-tempo. Identifica-se, diante do exposto, que a globalização interage de modo muito diversificado no sistema mundial, sendo inegável sua crescente intensificação na dimensão econômica, com interações transnacionais no sistema de produção e transferência financeira.

As corporações transnacionais, formatadas pelo vasto campo de conflitos de interesses hegemônicos - inclusive o estatal – o que resulta em proliferação de redes de mercados financeiros globais e blocos comerciais globais.

Por fim, conclui-se que as sucessivas mudanças de estratégias das transnacionais, tornou possível a manutenção da internacionalização do capital, fazendo com que este seja crescentemente global, em virtude de sua estruturação como um todo se dar pelo sistema de redes. Apesar de sua atuação ampla levantar dúvida no campo ético e normativo, é necessário para que se aprofunde neste aspecto, analisar tal fenômeno de maneira completa em cada um de seus aspectos.

Nessa perspectiva, verifica-se que a atuação das transnacionais, por vezes, supera o protagonismo estatal, em razão de seu destaque, ocasionando inúmeras consequências sociais, econômicas, ambientais e jurídicas. O principal elemento configurador de uma empresa transnacional é justamente sua capacidade de transcender limites territoriais, desconhecendo fronteiras, e assim, fortalecendo sua atuação.

Referências

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARBÉ, Esther. *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI*: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijui: Ed.Unijui, 2001.

BRANDL, Kamila Soraia. *O Fenômeno dos Atores Internacionais Emergentes e a Fragmentação Estatal:* a tendência paradigmática pós-internacional e o protagonismo dos governos não-centrais. Florianópolis, 2013. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

BRUM, Argemiro Luís. *A economia internacional na entrada do século XXI*: transformações irreversíveis. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2002.

BRASIL. *Lei n. 8. 955 de 15 de dezembro de 1994.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8955.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*: a Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, vol. 1.

CERVERA, Rafael Calduch. *Teoría de las Relaciones Internacionales*. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1991.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Antônio José. *Relações internacionais contemporâneas*: do mundo da Europa è Europa do mundo. Itajaí: Univali, 1998.

GILPIN, Robert. *The Political Economy of International Relations.* Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1987.

GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução de Saul Barata. Lisboa: Editorial Presença, 2000.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

IETTO-GILLIES, Grazia. *Transnational Corporations and International Production*: concepts, theories and effects. Edward Elgar: Massachussetts, 2005.

KAWAMURA, Karlo Koiti. *Arena das Empresas Transnacionais e o Desafio de Regulamentação.* Ijuí: Unijuí, 2014.

KORTEN, David C. *Quando as corporações regem o mundo*. Tradução de: Anna Terzi Giova. Futura, 1996.

KUCINSKI, Bernardo. *O que são Multinacionais*. Brasiliense, 1981.

MELLO, Celso D. de Albuquerque, apud FAVARO, Luciano Monti. *As Empresas Transnacionais*: Atores Da Atual Ordem Econômica Internacional? Revista Projeção, Direito e Sociedade. Edição Especial. v. 2 n. 3, 2011.

MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Tradução de Yvonne Jean. Brasília: UNB, 1981.

MONTEIRO, António Pinto. *Contratos de distribuição comercial*. Coimbra: Almedina, 2002.

OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações Internacionais, direito e poder*: cenários e protagonismos dos atores não estatais. Ijuí: Unijuí, 2014, v. 1, p. 33-131.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais:* estudos de introdução. Curitiba: Juruá, 2001.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Teorias Globais*: elementos e estruturas. Ijuí: Unijuí, 2005, v. 1.

OLSSON, Giovanni. *Relações Internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.

OLSSON, Giovanni. *Poder político e sociedade internacional contemporânea*; Ijuí: Unijuí, 2007.

RIBEIRO, Maria de Fátima. *O Contrato de franquia*, Coimbra; Almedina, 2001.

ROBERTSON, Roland. *Globalização*: teoria social e cultura global. Tradução de João R. Barroso. Petrópolis: Vozes, 2000.

SANTOS, Angela Moulin Penalva. Globalização econômica e financeira na América Latina. A inserção das economias latino-americanas na nova ordem econômica. In: FUNAG. *Seminário Internacional Globalização na América Latina*: integração solidária [Brasília], 1997.

TRUYOL Y SIERRA, Antonio. *Historia de la Filosofia del Derecho y del Estado*. Madrid: Revista de Occidente, 1976, v. 2.

VAGTS, Detlev F. A empresa multinacional: um novo desafio ao direito internacional? In: CARVALHO, Getúlio (Coord.). *Multinacionais*: os limites da soberania,. 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1980.

STELZER, Joana. O Fenômeno da Transnacionalização da Dimensão Jurídica. In: *Direito e Transnacionalidade*. CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs). Curitiba: Juruá, 2011.

O PROTAGONISMO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ENQUANTO ATORES NÃO ESTATAIS EMERGENTES NA SOCIEDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA E SUA ATUAÇÃO EM REDE

Maria Luiza Roman Folle[58]
Claudia Regina Machado Bertholdo[59]
Valquíria Castaldi[60]

Resumo:

A presente pesquisa tem como escopo invocar reflexões a respeito do protagonismo das organizações criminosas enquanto atores não estatais na sociedade internacional contemporânea em rede. O objetivo geral deste estudo consiste em analisar o protagonismo dessas entidades globais enquanto atores não estatais. Trata-se de um tema atual, complexo e relevante a ser investigado, seja para a ciência das Relações Internacionais como para a Ciência Política e o Direito Internacional. Nesta pesquisa, utilizar-se-á como metodologia a abordagem qualitativa, e a técnica de pesquisa será bibliográfica e o instrumento de pesquisa escolhido foi o documental, adotando-se o método dedutivo. Atualmente, a realidade internacional demonstra que as organizações criminosas são detentoras de poder de influência e confluência, assim como possuem a habilidade de positivar seus interesses através da rede, forma pela qual seus ideais se disseminam, efeito colateral da atual sociedade internacional contemporânea globalizada. Seu protagonismo destaca-se pela capacidade de penetração na esfera pública estatal, visto que se inserem em âmbitos tradicionalmente reconhecidos de, até então, única e exclusiva competência e decisão por parte do Estado. Por fim, este estudo demonstra o delineamento das perspectivas de reflexão que possibilitam o reconhecimento das organizações criminosas globais como atores internacionais não estatais e, com isso, extraordinário desafio para os sistemas jurídicos.

Palavras-chave: Organizações Criminosas. Atores Não Estatais. Sociedade Internacional Global.

1 Introdução

As relações internacionais e seus atores já não são os mesmos da concepção clássica, e essa transformação é resultado do fenômeno da globalização.

Diante da emergência de novos atores no cenário das relações internacionais, surge o interesse pela análise de como as organizações criminosas se comportam e se tornam protagonistas destas relações, seu poder e sua forma de atuação.

[58] Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó), Bolsista CAPES/FAPESC, Membro do Grupo de Pesquisa "Relações Internacionais, Direito e Poder: cenários e protagonismo dos atores estatais e não estatais" da Unochapecó, *malufolle@hotmail.com.*

[59] Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó), Bolsista Unochapecó, *cbertholdo@unochapeco.edu.br*.

[60] Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó), Bolsista Unochapecó, *valquíria.castaldi@gmail.com.*

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar o protagonismo dessas entidades globais enquanto atores não estatais. Trata-se de um tema atual, complexo e relevante a ser investigado, seja para a ciência das Relações Internacionais como para a Ciência Política e o Direito Internacional.

Nesta pesquisa, utilizou-se como metodologia a abordagem qualitativa, sendo que a técnica de pesquisa será bibliográfica e o instrumento de pesquisa escolhido foi o documental, adotando-se o método dedutivo.

Para atender aos objetivos pretendidos, a pesquisa está estruturada em três tópicos. No primeiro tópico, é feita a abordagem do conceito de sociedade internacional contemporânea globalizada, partindo do conceito clássico de sociedade internacional, tratando sobre o fenômeno da globalização e trazendo o conceito contemporâneo de sociedade internacional. Esta sociedade internacional apresenta relações dinâmicas, marcada pelo fenômeno da globalização, pela revolução informacional, pela expensão do capitalismo, pela atuação dos mais diversos atores, sejam eles estatais ou não, por serem detentores de influência política, econômica, cultural, ambiental ou mesmo de origem criminosa (OLSSON, 2009, p. 145-147).

Como resultado do fenômeno da globalização, fica evidenciada a incapacidade do Estado em responder e atender às demandas sociais, ainda mais em escala global, o que leva a consequente fragmentação do seu poder e o empoderamento de novos atores internacionais.

Em um segundo momento, são desenvolvidos os conceitos de atores estatais e não estatais, em que é feito o contraponto entre as características de cada um, apontando que o Direito Internacional reconhecia inicialmente o Estado como seu único sujeito de Direito Internacional e que, com a evolução das relações internacionais, as organizações internacionais também tiveram sua atuação reconhecida, por serem possuidoras de personalidade jurídica, assim como o Estado, mesmo que de forma limitada (OLIVEIRA, 2014, p. 63).

Por sua vez, a sociedade globalizada trouxe a emergência de diversos tipos de atores, os quais não possuem um estatuto que os reconheça como sujeitos de Direito Internacional, mas que tem uma atuação tão presente e forte no âmbito internacional que a sua capacidade de influência e condução da sociedade internacional é a extratificação dessa disputa por poderes antes pertencentes apenas aos entes estatais (OLIVEIRA, 2014, p. 64).

Por último, tem-se a análise do protagonismo das organizações criminosas enquanto atores não estatais, podendo-se verificar que a realidade internacional demonstra que as organizações criminosas são detentoras de poder de influência e confluência, assim como possuem a habilidade de positivar seus interesses através da rede, forma pela qual seus ideais se disseminam como um efeito colateral da atual sociedade internacional contemporânea globalizada. Seu protagonismo destaca-se pela capacidade de penetração na esfera pública estatal, visto que se inserem em âmbitos tradicionalmente reconhecidos de, até então, única e exclusiva competência e decisão por parte do Estado.

Por fim, este estudo demonstra o delineamento das perspectivas de reflexão que possibilitam o reconhecimento das organizações criminosas globais como atores internacionais não estatais e, com isso, extraordinário desafio para os sistemas jurídicos.

2 Sociedade Internacional Contemporânea Globalizada

Para que se possa compreender o que é a sociedade internacional, antes "deve-se referir que a ideia de nação-estado é a linha analítica histórica tradicional, uma vez que a noção clássica de relações

internacionais esteve centrada nesse referencial estatocêntrico, e é relativamente recente a concepção de uma sociedade internacional no núcleo" (OLSSON, 2009, p. 25).

A sociedade internacional foi compreendida, em um primeiro momento, como um conjunto de Estados na área internacional, relacionando-se entre si. Um conjunto de Estados com interesses comuns, regulados por um conjunto de normas e unidos pela construção de instituições comuns. Esta dinâmica se caracterizava ainda pela inexistência de uma instância central com poderes governamentais sobreposta aos demais (OLSSON, 2009, p. 75 - 76).

As inúmeras transformações que redesenharam o mundo de forma assustadora decorrem especialmente do fenômeno da globalização que, em uma vertiginosa escalada de progressos e evoluções, se apresenta hoje como um complexo emaranhado de relações pautadas principalmente pela velocidade da informação e da troca de dados em tempo real e instantâneo.

Para Olsson (2009, p. 89-90), o fenômeno da globalização se inicia com a ampliação da quantidade e velocidade da transmissão de informações, resultantes do desenvolvimento da tecnologia, o que consequentemente fortalece o modo de produção captalista e "subvertem a lógica de poder estático e topológico das relações sociais, enfraquecem e tendem a superar os conceitos de territorialidade e do próprio Estado na sua acepção 'nacional, e culmina na incerteza do espaço do homem-cidadão na sua própria arquitetura político-social".

As mudanças oriundas do processo de globalização – em razão dos consideráveis avanços nas áreas da telemática, informática, comunicação, transportes e processamento de dados em larga escala – fizeram com que se modificasse a situação estatocêntrica – isto é, do Estado enquanto centro do poder no cenário internacional, proporcionando o surgimento de novos agentes fundamentais para a vida política da sociedade internacional contemporânea (GIDDENS, 1991, p. 76).

Uma sociedade internacional mundializada/globalizada, faz com que as relações internacionais estabeleçam vínculos não apenas com Estados, mas com outros atores atuantes na esfera internacionail como indivíduos, grupos particulares ou coletividades internacinais. Assim, a sociedade internacional contemporânea está imersa no processo de globalização, constituindo diversos tipos de relações entre atores estatais e não estatais (OLSSON, 2009, p. 80).

Nesse sentido, Oliveira (2001, p. 67) aponta que "deparam-se hoje as Relações Internacionais com uma sociedade internacional mundializada, adquirindo, assim, seu estudo, abordagem também global, uma perspectiva mais ampla do mundo no que tange suas relações social de índole internacional, realidade que acasiona e requer abrangente e aberta proposta conceitual."

Tem-se que "a sociedade internacional [...] estrutura-se com base em idéias de complexo relacional, envolvendo fluxos ou relações de variados conteúdos entre atores diversos, cuja projeção ultrapassa os parâmetros de nacionalidade estatocêntricos" (OLSSON, 2009, p. 143 - 144).

A partir desta visão globalizada, o mundo passa a ser visto de forma a consitutir uma unidade global, não mais delimitada ou demarcada por fronteiras nacionais, passando-se a compreender e enxergar os problemas para além dos marcos nacionais, para além dos recoetes territoriais nacionais urbanos. Tais deslocamentos ocorrem seja pela incapacidade gerencial do Estado ou porque seus efeitos ultrapassam estes limites soberanos, tendo como exemplo as problemáticas dos riscos e danos ecológiocos, do capital financeiro volatizado ou do terrorismo e das organizações criminosas internacionais (OLSSON, 2009, p. 145).

A partir do século XX, a concepção de sociedade internacional como aquela composta por Estados independentes e soberanos é questionada em razão da crise dos modelos tradicionais, conforme entende Oliveira, para quem tal situação ocorre "em face do cosmopolitismo surgido junto ao mundo multicultural e em expansão global, aos novos atores junto à sociedade internacional agora

mundial, como os organismos internacionais e as empresas transnacionais, transcendendo as fronteiras das atividades e competências estatais" (OLIVEIRA, 2001, p. 153)

Assim, configura-se a sociedade internacional contemporânea uma sociedade de relações dinâmicas, marcada pelo fenômeno da globalização, pela revolução informacional, pela expensão do capitalismo, pela atuação dos mais diversos atores, sejam eles estatais ou não, por serem detentores de influência política, enconômica, cultural, ambiental ou mesmo de origem criminosa (OLSSON, 2009, p. 145-147).

Tais relações dinâmicas são fortemente marcadas por uma crescente complexidade, uma polaridade incerta e acentuada tendência à integração. Estas características contribuem também para o fato desta sociedade criar vínculos de cooperação entre seus principais atores, , fortalecendo-os em detrimento do conceito de apenas um único ator - o Estado - representando assim o declínio da sociedade internacional moderna e a ascensão da sociedade internacional da atualidade (BEDIN, 2001, p. 269).

Diante do fenômeno da globalização, seja por inoperância, seja por incapacidade, o Estado por si só já não consegue responder e atender às demandas da sociedade, ainda mais em escala global, fragmentando seu poder e deixando de ser o único ator das relações internacionais, abrindo espaço para a atuação de atores não estatais que não eram reconhecidos pela concepção clássica de sociedade internacional.

O reconhecimento da existência e importância de novos atores, não somente do Estado enquanto detentor de capacidade de mudancas e atuações, tornaram as relações internacionais mais complexas, interdependentes e policêntricas, exercendo estes atores papel fundamental no interior da sociedade internacional. Cada um desses novos atores contribui na articulação de políticas comuns entre vários Estados e entre eles mesmos, seja realizando acordos e regimes técnicos específicos, seja na constituiçào de redes de cooperação científicas, culturais, econômicas ou tecnológicas, entre outras atividades e atuações próprias da sociedade civil global, vindo desta forma a caracterizar e conformar a sociedade internacional contemporânea (BEDIN, 2001, p. 270).

3 Atores estatais e Não Estatais (pacíficos e violentos) na sociedade contemporânea

A partir dessa concepção de sociedade internacional, se verifica que as relações internacionais se dão entre os mais diversos tipos de atores e, por isso, se faz necessário a compreensão dessas espécies de atores internacionais: estatais e não estatais.

O Direito Internacional, anuindo premissas mais contemporâneas, reconhece a algumas organizações internacionais, e outros sujeitos de direito de âmbito global, certos direitos e obrigações. Mas a noção de ator não coincide com a de sujeito de direito. A desenvoltura aplicada para influenciar a sociedade internacional a obrar de acordo com suas pretensões é o elemento caracterizador dos atores internacionais, que passam a sofrer implicações de acordo com o grau de autonomia, habilidade e capacidade dos demais atores envolvidos (OLIVEIRA, 2014, p. 107-110).

O Direito Internacional reconhecia inicialmente o Estado como seu único sujeito de Direito Internacional. Com a evolução das relações internacionais, as organizações internacionais também tiveram sua atuação reconhecida como sujeitos, por serem possuidoras de personalidade jurídica, assim como o Estado, mesmo que de forma limitada (OLIVEIRA, 2014, p. 63).

Desta forma, Merle (1981, p. 213) enfatiza que o Estado era até então o ente central e privilegiado no cenário internacional, isto é, a única entidade que se beneficiava das competências

outorgadas aos sujeitos de direito internacional quando sua existência passou a ser reconhecida pelos Estados. Contudo, essa concepção foi ampliada com o surgimento de outros atores desvinculados do Estado.

Tem-se por atores internacionais entidades que atuam no âmbito internacional e que detêm capacidade de executar papéis com autonomia, habilidade e influência. Por isso, segundo Esther Barbé (1995, p. 117), são unidades do "sistema internacional (entidade, grupo, indivíduo) que tem habilidade para mobilizar recursos que lhe permitem alcançar seus objetivos e capacidade para exercer influência sobre outros atores do sistema e que goza de certa autonomia".

A sociedade contemporânea, cada vez mais integrada e globalizada, é permeada pela ação dos mais diversos tipos de atores, os quais não possuem um estatuto que os reconheça como sujeitos de Direito Internacional, mas que tem uma atuação tão presente e forte no âmbito internacional que a sua capacidade de influência e condução da sociedade internacional é a estratificação dessa disputa por poderes antes pertencentes apenas aos entes estatais (OLIVEIRA, 2014, p. 64).

Apura-se que o exercício de poder se descolou do núcleo do governo, seja porque estes ultrapassam os limites do Estado-Nação (distanciamento entre Governo e Governança) seja ainda, pelo fato de envolverem atores não estatais, pacíficos e/ou violentos, em toda sua dinâmica mosaica, como resposta as tentativas de atender às necessidades de resolução de questões políticas, econômicas, sociais e culturais globais desta contemporaneidade que hoje está cada vez mais veloz, mais volátil e mais complexa.

Desta forma, observa-se que os atores não estatais passaram a emergir no cenário internacional como resultado desse conjunto relacional de interações.

Após o período da guerra fria, os atores não estatais ganham os holofotes e adquirem uma dimensão de poder jamais imaginada antes, o processo de redistribuição do poder, agora também nas mãos dos agentes privados, o que resulta em uma governança sem governo desenvolvida por corporações transnacionais e movimentos sociais institucionalizados por meio de organizações não governamentais, entre outros (OLIVEIRA, 2015, p. 17).

A mudança dos destinatários do poder é consequência da "revolução da informação instantanea, tecnologia de ponta e da estratégia de inusitadas inovações em rede, favorecendo e fortalecendo a todos os agentes usuários, tanto os pacíficos quanto os violentos, motivando formas de organizações transnacionais em dimensões globais" (OLIVEIRA, 2015, p. 15).

Verifica-se que o poder do Estado mudou, agora transcedendo limites e territórios, nacionalidade e conceitos, e uma das motivações para tais mudanças de poder é justamente a multiplicidade de novos atores internacionais não estatais, sejam eles pacíficos ou violentos, sendo que tanto um quanto outro utilizam-se da organização em rede. Sua diferença consiste basicamente nos objetivos buscados e alcançados por esta atuação através da rede. Enquanto os primeiros buscam ações de integração, igualdade e justiça social, os atores ditos violentos se valem das redes para gerar medo e terror, deixando claro que o uso das redes e o surgimento de agetes privados introduziram novas formas de distribuição do poder e do próprio modo de viver (OLIVEIRA, 2015, p. 15).

Os atores não estatais em sua maioria estão engajados em dinâmicas de auxílio ao próprio Estado ou de denúncia a práticas multidimensionais inusitadas, uma vez que o Estado já não reúne as condições necessárias para o cumprimento de suas promessas, seja por incapacidade ou por omissão (OLIVEIRA, 2014, p. 17).

Entre os diversos tipos de atores não estatais, há aqueles considerados pacíficos e aqueles considerados violentos, de acordo com os objetivos que vislumbram.

Atores não estatais pacíficos são os que possuem objetivos humanistas e construtores da paz global, também denominados de luminosos, podemos citar os movimentos sociais em favor dos

indígenas, mulheres, direitos humanos, humanitários e justiça global, ou que visam a proteção das minorias. Sua atuação e organização se dá pelo uso das redes visando disseminação de seus objetivos sem limites territoriais (OLIVEIRA, 2016, p. 15).

Em contraponto, os atores não estatais violentos, também conhecidos como obscuros, tem por objetivo o enfrentamento aos entes estatais, a obtenção de lucro por meios ilícitos, entre outros. São classificados como atores violentos as organizações terrorristas e do crime organizado, cartéis do tráfico e anarquistas militares. Esses atores se utilizam de redes clandestinas e com um comando secreto para atingir seus fins (OLIVEIRA, 2016, p. 16).

A expansão da atuação dos atores não estatais violentos, acaba por consolidar um protagonismo dessas instituições, resultando em uma governança paralela ao poder Estatal. A proliferação do terror e do crime organizado em rede, a permanência na clandestinidade e o lucro fácil permitem que as organizações terrorristas e organizações criminosas transnacionais se tornem cada vez mais fortes e dominem territórios (OLIVEIRA, 2015, p. 18-19).

A influência destes atores é grande porque se observou, após a Segunda Guerra Mundial, que o crime organizou-se em cadeia de densas redes, formando interconexões, e uma espécie de mercado de crimes, exercendo forte influência nas esferas econômica e política no âmbito da governança pública do governo, ao passo que formaram verdadeiros impérios de riqueza, força e poder, conseguindo inclusive influenciar decisões e questões do sistema monetário mundial (OLIVEIRA, 2015, p. 19).

O surgimento dos atores não estatais no cenário internacional afeta profundamente o status de poder da governança política tradicional, desafiando as articulações e limitando estratégias dos agentes estatais. A descrença coletiva decorrente da incapacidade do Estado de enfrentar as ameaças ocasionadas pelos paradoxais agentes não estatais violentos, em contrapartida, alimenta a desenvoltura desses agentes que visam deslegitimar os Estados da qualidade de atores estatais, motivando coação e corrosão na política social (OLIVEIRA, 2014, p. 17).

Dentre os inúmeros atores não estatais que emergiram no cenário internacional ao longo dos últimos anos, este trabalho concentra sua análise nas organizações criminosas e seu protagonismo na atual sociedade internacional contemporânea.

4 O Protagonismo das Organizações Criminosas enquanto Atores Não Estatais

Atualmente, o Estado se encontra enfraquecido em seu desempenho e protagonismo, e um dos motivos do enfraquecimento de seu poder é a atuação dos atores não estatais, que ocorre no âmbito local, regional, nacional, internacional, transnacional e global. Assim, tem-se como resultado relações de poder controvertidas entre esses diferentes atores, visto que o Estado, por estar em crise, não mais apresenta condições de corresponder, de forma satisfatória, às exigências do novo modelo de práticas multidimensionais e suas dinânicas mudanças. Essa realidade modificou a sociedade – sociedadade em rede –, e o novo cenário traz uma grande variedade de atores não estatais, alguns provenientes do próprio Estado ou detentores de grande força econômica, dentre os quais podemos citar as organizações internacionais, empresas transnacionais, organizações não governamentais ou outros que tem por objetivo o ataque e desestruturação dos atores estatais e da sociedade civil como as organizações criminosas e terroristas (OLIVEIRA, 2014, p. 15).

Os atores não estatais, tanto pacíficos como violentos, organizados em redes estabelecidas por meio do uso dos sistemas informacionais, desenvolvem seus objetivos e ampliam seu território de

atuação, utilizando-se principalmente de comunicação instantânea (rapida, barata e de linguagem universal), tornando-se protagonistas de poder (OLIVEIRA, 2015, p. 17).

A utilização das redes modificou a forma de produção do conhecimento, trouxe alterações culturais e a redistribuição do poder. Assim, tem-se que "rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta [...]. As redes são estruturas abertas, capazes de se expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede" (CASTELLS, 1999, p. 487-489).

Este protagonismo em rede proporciona uma profunda mudança no âmbito do poder estatal, ocorrendo uma transferência de poder aos agentes não estatais, muito mais capazes e decididos a organizarem-se em redes de múltiplos canais, nos quais cada nó consegue conectar-se com os demais, revelando a contraposição aos Estados, que ainda se encontram muito pouco ágeis neste cenário, porque estão fortemente atrelados aos seus tradicionais e fechados desenhos de estatocentrismo (OLIVEIRA, 2016, p. 75).

Pela concepção estudada por Oliveira (2016, p. 39), as organizações criminosas são consideradas atores internacionais não estatais classificados como violentos. Dessa forma, é necessária sua observância diante desse novo protagonismo que se verifica no cenário internacional, que, inclusive, engendra uma posição de destacada influência e poder.

As organizações criminosas são entendidas categoricamente como um ator não-estatal violento que encontra na rede a propagação de seu poder de influência sobre os vulneráveis, exercitando uma governança sem governo (principalmente pela (in)existência de legitimidade política por parte dos atores não estatais). Essa governança, como explica Olsson, pode ser entendida como um tipo de liderança que é exercida em rede, isto é, uma governança sem governo realizada no plano global da sociedade internacional interconectada sem qualquer entidade de governo instituída por mecanismos democráticos (OLSSON, 2016, p. 105).

Na medida em que se disseminam pela rede, essa modalidade de atores não estatais violentos passa a exercer, de forma cada vez mais intensa, um poder de influência na tomada de decisão pelos próprios Estados. Isso ocorre através das técnicas de dominação exercidas pelas organizações criminosas sobre os atores dominados.

As organizações criminosas atuam com base na proliferação de suas mensagens ideológicas de terror e medo que envolvem a imposição de poder econômico e influência na máquina estatal. A possibilidade de categorização das organizações criminosas com enfoque ao seu protagonismo atual, nos provoca a entender por que o monopólio do poder tem escorrido das mãos de seus detentores históricos e oscilado nas mãos de formas organizadas à pratica de ilicitudes.

Importa ressaltar que as organizações criminosas são consideradas promotoras de práticas ilícitas em rede. Constituem-se enquanto sujeitos autônomos e detentores de grande capacidade política e econômica. Encontram nas fragilidades sociais a acessibilidade necessária para o exercício de seus mais amplos poderes. As carências sociais, como expressão das condições do grupo social onde se manifestam, é uma das brechas do Estado em que o crime organizado pode exercer tanto a força coativa com meios de controle e dominação, como a persuasão intelectual, ditadas pela violência e pela "lei do silencio, como a cominação de recursos econômicos expressivos" (SCHELAVIN, 2011, p. 135).

Há uma polêmica em meio a conceituação do crime organizado e organização criminosa que retrata a ausência de um conceito satisfatório do crime organizado, não só em nível normativo, mas também na seara conceitual do fenômeno, que abiscoite as diversas feições e conceitos entre as organizações criminosas - que seja único e universal - o que impossibilita a constituição de uma base para definição do que seja crime organizado no Brasil.

A inexistência de um conceito satisfatório e ausência de identificação dos traços comuns das organizações criminosas legitimam o convencimento da necessidade de um maior aprofundamento do assunto, porque a enunciação de um conceito claro e preciso fomentaria a esperança da sociedade internacional em realizar planejamento de estratégias e medidas político-criminais adequados ao controle do fenômeno da criminalidade organizada.

Assim, na doutrina estrangeira, está presente similar perplexidade e preocupação. Montalvo (2000, p. 7) atesta que "o conceito de criminalidade organizada é um conceito de contornos muito imprecisos e cheio de relativismo", sendo que essa imprecisão conceitual "coloca problemas de legalidade (exigência de determinação dos tipos penais) e interpretação por parte dos tribunais".

Frisa-se que a Organização das Nações Unidas, diante do advento dessa contemporânea criminalidade, realizou duas conferências sobre o crime organizado: a primeira, se realizou em Nápoles em 1994 e, outra, realizada no Cairo em 1995. Ambas foram realizadas com a intenção de propor alianças para coordenação de ações conjuntas, como o intercâmbio de informações contra o crime organizado. Em 2000, a ONU instituiu a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, também conhecida como *Convenção de Palermo*, sendo subscrita por 147 países, que se comprometeram a combater o crime organizado.

Entende-se que o crime organizado desenvolve-se em cada país de acordo com as especificidades locais. No Brasil, por exemplo, a criminalidade pode ser conceituada como o conjunto de crimes praticados por um grupo de indivíduos, associados em função de suas vontades livres e conscientes, dirigidos a consecução de metas e de fins comuns, que dependem, para o êxito de suas pretensões, da interação com outras organizações sociais, licitas ou ilícitas, e mantém características próprias de hierarquia e de divisão de funções para sua subsistência (DA COSTA, 2004, p. 88).

Nessa linha, importa apresentar os traços comuns da organização criminosa interpretados por Ferro (2012, p. 497), que enfatiza a conexão entre as organizações criminosas e o poder público, entre outras características:

> [...] a estabilidade e permanência da associação, a composição mínima de três membros, a estruturação empresarial e hierárquica, o fim de perpetrações de infrações penais para a consecução do objetivo prioritário de lucro e poder, a conexão estrutural ou funcional com o Poder público ou com alguns de seus representantes para garantia de impunidade mediante neutralização da ação dos órgãos de controle social e persecução penal, penetração no sistema econômico via formação de um mercado econômico paralelo e infiltração no mercado econômico oficial, a grande capacidade de pratica de fraude difusa, o considerável poder de intimidação, o uso de instrumentos e recursos tecnológicos sofisticados, o cultivo de valores compartilhados por uma parcela social, a territorialidade, o estabelecimentos de uma rede de conexões com outras associações ilícitas, instituições e setores comunitários e a tendência a transnacionalidade (FERRO, 2012, p. 497).

Da mesma maneira, procurando traços peculiares nagrande parte das organizações criminosas reconhecidas no mundo, Montalvo entende que a primeira característica da organização criminosa é o seu caráter de empresa. A existência de um núcleo de poder com diferentes níveis hierárquicos de atuação, a aparência de legalidade nos mercados como instrumento para captação do enriquecimento ilícito e a utilização de tecnologia e mobilidade internacional são algumas das condições para que a empresa criminosa possa configurar uma organização no sentido jurídico-penal (MONTALVO, 2000, p. 9).

Ressalta-se que a infiltração do mundo "engravatado" dos negócios e a conexão de natureza estrutural ou funcional com o poder público ou com alguns de seus agentes é a característica

primordial, o fator mais distintivo das Organizações Criminosas. Sem tal conexão, dependendo de seu nível estrutural, pode se chegar, no máximo, a ser uma quadrilha organizada. Outro diferencial apontado que torna possível a existência da Organização Criminosa é a formação de um mercado econômico paralelo e a infiltração na economia legal (FERRO, 2012, p. 497).

As principais modalidades do crime organizado no mundo, hoje, são verificadas pela prática da pirataria, contrabando, jogos de azar, extorsão, sequestro, corrupção, tráfico de drogas, tráfico de armas, falsificação de moedas, prostituição, comércio de produtos de roubo ou furto. Há, atualmente, modalidades emergentes, como fraudes e desvio em cofres públicos, crimes cibernéticos, substâncias radioativas, tecnologia nuclear, espionagem industrial, biopirataria, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas, migrantes, tráfico de órgãos e tecidos humanos, material de alta tecnologia, dentre outros (SCHELAVIN, 2011, p. 140-141).

A partir daí, tem-se que a categorização das organizações criminosas como atores internacionais não estatais violentos e a demonstração de seu protagonismo no cenário internacional através da intensificada disseminação através da rede requer a análise da interação entre as próprias organizações criminosas e o sistema sócio-político e econômico com que são confrontadas.

A complexidade e a capacidade de mutação do fenômeno do crime organizado e as diferenças existentes entre as organizações criminosas abalam as relações de poder entre os atores tradicionais da dialética política internacional. Por isso, a atuação dos atores não estatais violentos, como as organizações criminosas globais, evidencia-se em realidade incontestável, não podendo mais ser ignorada, principalmente quanto a relevância das questões que desvelam esse novo campo do saber das Relações Internacionais.

A atuação das organizações criminosas é extremamente danosa aos Estados e as suas sociedades e à democracia, e, sobretudo, sua habilidade de infiltração nos pilares do Estado e das instituições sociais e políticas (FERRO, 2012, p. 491).

Isso demonstra que as organizações criminosas exercem um importante protagonismo no cenário internacional, na medida em que muitas vezes se tornam mais poderosas que o próprio Estado, que acaba se submetendo e tendo sua soberania relativizada pela atuação dessas organizações.

É importante mencionar que as relações corruptas com agentes públicos são o que, de fato, distingue ou confunde crime organizado e organização criminosa. O crime organizado é produto da organização criminosa. Essa associação criminosa dirigida ao lucro penetra nas instâncias estatais pelo estabelecimento de relações corruptas com agentes públicos e o sistema econômico, deslocam o lugar do poder, limitando e fragmentando a soberania e o estatocentrismo, e ainda, comprometendo a compreensão de paradoxos internacionais contemporâneos que assolam paradigmas, instituições, conceitos e fundamentações, porque, "quando interconectados (estruturados em densas e expansivas redes), operam com maior facilidade e eficiência do que os tradicionais e hierárquicos agentes estatais" (OLIVEIRA, 2016, p. 77).

5 Considerações Finais

As mudanças ocorridas com o advento da globalizaçào e o surgimento de novos atores não estatais demonstram a importância de identificar estes atores e tentar compreender e companhar suas formas de atuação.

Através da rede, elemento fundamental e caracterizador da realidade dinâmica, complexa e interconectada da sociedade internacional comtemporânea, estes atores não estatais estabelecem suas

conexões, fomentam, divulgam e propagam seus interesses, seja para o bem ou para o mal, uma vez que tais atores ditos não estatais podem configurar-se como pacíficos, voltados a ações e objetivos humanitários, que buscam a paz e o bem comum, como podem ser violentos ou obscuros, tendo por objetivo feitos ilícitos, geradores de medo e terror.

Entre estes atores não estatais violentos, podem-se categorizar as organizações criminosas que, utilizando-se da rede, conseguem potencializar seu protagonismo, desta forma ampliando seu poder de influenciar decisões no âmbito nacional e internacional e até mesmo global, exercendo impacto tanto no seio estatal quanto na sociedade internacional.

Atualmente, a realidade internacional demonstra que as organizações criminosas são detentoras de poder de influência e confluência, assim como possuem a habilidade de positivar seus interesses através da rede, forma pela qual seus ideais se disseminam, efeito colateral da atual sociedade internacional contemporânea globalizada. Seu protagonismo destaca-se pela capacidade de penetração na esfera pública estatal, visto que se inserem em âmbitos tradicionalmente reconhecidos de, até então, única e exclusiva competência e decisão por parte do Estado (OLIVEIRA, 2015, p. 127).

Categorizar as organizações criminosas como atores internacionais não estatais violentos e demonstrar seu protagonismo através do poder da rede, requer a análise da interação entre as próprias organizações criminosas e o sistema sócio-político e econômico, com que são confrontadas.

Ademais, a inexistência de um conceito satisfatório e ainda, a ausência de identificação dos traços comuns das organizações criminosas, legitimam o convencimento da necessidade de um maior aprofundamento do assunto e a importância da produção desse estudo para a Academia brasileira, já que, a enunciação de um conceito claro e preciso fomentaria a esperança da sociedade internacional em realizar planejamento de estratégias e medidas politico-criminais adequados ao controle do fenômeno da criminalidade organizada.

Nesse aspecto, a complexidade e a capacidade de mutação do fenômeno do crime organizado e as diferenças existentes entre as organizações criminosas abalam não só os pilares estabelecidos no projeto filosófico normativo da modernidade como também, as relações de poder entre os atores tradicionais da dialética política internacional.

Razão pela qual, a atuação dos atores não estatais violentos, como as organizações criminosas globais, evidencia-se em realidade incontestável, não podendo mais ser ignorada, principalmente quanto a relevância das questões que desvelam esse novo campo do saber das Relações Internacionais.

Por fim, este estudo demonstra o delineamento das perspectivas de reflexão que possibilitam o reconhecimento das organizações criminosas globais como atores internacionais não estatais detentores de poder de influência, mudanças e governança, constituindo extraordinário desafio para os sistemas jurídicos e para o Direito Internacional, bem como para as Relações Internacionais.

Referências

BARBÉ, Esther. *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Editora Unijuí. 2001.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução Roneide Venancio Majer. 4 Ed. São Paulo: Paz e Terra. 1999.

DA COSTA, Renata Almeida. *A sociedade complexa e o crime organizado: contemporaneidade e o risco nas organizações criminosas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FERRO, Ana Luzia Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2012.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

MONTALVO, José Antonio Choclan. *La Organizacion criminal: tratamiento penal y procesal*. Madrid: Dykinson, 2000.

MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Trad. Yvone Jean. Brasília: UnB, 1981.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais*: estudos de introdução. Curitiba: Jurua Editora, 2001.

_____. Relações internacionais, direito e atores não estatais: delineamentos de fundamentação. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org*). Relações internacionais, direito e poder*: cenários e protagonismos dos atores não estatais: Volume I. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 15-132.

_____. O poder das empresas militares e de segurança privadas como atores não estatais globais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). *Relações internacionais, direito e poder*: o contraponto entre os atores estatais e não estatais. Volume II. Ijuí, Ed. Unijuí, 2015, p.15-45. 81-134.

_____. O protagonismo dos atores não estatais pacíficos e violentos: a revolução da rede de redes. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). *Relações internacionais, direito e poder*: atores não estatais na era da rede global. Volume III. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, p. 15-86.

OLSSON, Giovanni. *Relações Internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. O poder da sociedade em rede: o protagonismo dos atores não estatais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). *Relações internacionais, direito e poder*: atores não estatais na era da rede global. Volume III. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, p. 87-116.

SCHELAVIN, José Ivan. *A teia do crime organizado - Documentário*: Força Nacional de Segurança Pública e Operação no Rio de Janeiro. Crime Organizado: "Poder Paralelo", "Modus Operandi" e meios de controle - São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REFÚGIO E GOVERNANÇA: A DISTRIBUIÇÃO MUNDIAL DOS REFUGIADOS

Raul Felix Barbosa,
Doutorando em Sociologia UFRGS; raul.felix1@yahoo.com.ar

Viviane Mozine Rodrigues,
Doutora em Ciências Sociais PUC-SP, vmozine@uvv.br.

Resumo:

Neste artigo analisamos a distribuição de responsabilidade dos Estados em relação aos refugiados. Argumentamos por uma distribuição equitativa e um padrão regulatório para compensar as desigualdades geradas pelo sistema atual. Atualmente, os países do Sul global acolhem a maior parte dos refugiados do mundo. O que é uma incongruência, pois estes países são mais pobres. Discutimos a necessidade de uma governança global dos refugiados e uma responsabilidade compartilhada e igualitária.

Palavras-chave: Refugiados. Direitos Humanos. Governança. Migrações Internacionais

1 Introdução

A importância moral de oferecer asilo aos refugiados tem sido um ponto de acordo entre os teóricos políticos durante um largo debate sobre a moralidade dos controles de imigração nos últimos anos. Mesmo estudiosos que defendem o direito dos Estados de controlar suas fronteiras ao movimento humano normalmente aceitam que este critério é limitado por obrigações aos refugiados, aos quais Estados estão moralmente obrigados a admitir no seu território (MILLER, 2008; WALZER, 2003; WELLMANN; COLE, 2011).

Em contraste, o asilo é uma questão prática altamente controversa para os Estados e muitas vezes tratado como inseparável da imigração em geral. Ao longo das últimas duas décadas, os refugiados que procuram proteção nos Estados do Norte têm sido confrontados com uma enxurrada de medidas destinadas a impedir a sua chegada, incluindo controles de vistos e sanções, e até mesmo os esforços para interceptá-los em alto mar (GIBNEY, 2004). Os refugiados afortunados o suficiente para chegar até países que podem protegê-los são frequentemente sujeitos a detenção por longos períodos e a vida em campos de refugiados.

Há várias razões para esta lacuna entre o princípio e a prática, a maioria, obviamente, questões políticas onde o estrangeiro é o bode expiatório juntamente a migração econômica. Mas outro fator chave, porém subestimado, é a percepção em muitos países de que a atribuição de responsabilidade entre os Estados sobre os refugiados do mundo é injusta. As medidas que visam impedir a chegada dos imigrantes atualmente utilizadas pelos Estados do Norte resultam em enormes desigualdades na distribuição de refugiados.

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), cerca de dois terços dos refugiados do mundo estão no Sul global, em países em que apresentam baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O Secretário-Geral da ONU destacou recentemente o fato de que “o fardo de ajudar as pessoas deslocadas à força em todo o mundo é nitidamente desigual

(...) [com] os países pobres hospedando muito mais pessoas deslocadas do que os mais ricos" (ONU, 2011, p.1).

Estas desigualdades não só conduziram alguns Estados do sul a justificar a recusa de entrada de mais refugiados, como contribuíram para a proteção de má qualidade para os refugiados que chegam aos Estados sobrecarregados. Nesses casos, esses imigrantes são mais propensos a serem acolhidos em grandes campos e muitas vezes inseguros, onde as suas liberdades básicas estão em risco (LOESCHER; MILNER, 2005).

Ao mesmo tempo, é pouco provável que os Estados do Norte abandonem as medidas restritivas, porque acreditam que isso iria levá-los a assumir uma parcela desproporcional dos refugiados do mundo. O desmantelamento das medidas certamente daria origem a um padrão diferente de distribuição dos refugiados, uma vez que novas opções de destino para os refugiados surgiriam. Mas como grandes números de refugiados provavelmente convergiram para os países mais ricos do mundo, novas desigualdades arbitrárias substituiriam as antigas. Nestas circunstâncias, Estados do Norte teriam razões legítimas para contestar o novo regime.

Enquanto os teóricos políticos têm considerado as reivindicações morais de refugiados e requerentes de asilo em Estados individuais com alguma profundidade, eles têm ignorado a questão de que uma justa distribuição dos refugiados entre os Estados seria semelhante. Com poucas exceções (CARENS, 2013), a sua contribuição para questões de justiça entre os Estados foi confinada a chamadas um tanto superficiais de medidas para "distribuir os refugiados de boa fé de forma justa" (MILLER, 2011, p. 2033) e para criar sistemas que distribuem os refugiados "em acordo com a capacidade de cada Estado em ajudar" (MILLER, 2011, p. 2033). Pouco progresso até agora foi alcançado em examinar o caráter de desigualdade interestatal, apesar de seu impacto evidente na segurança dos refugiados e sua centralidade para as discussões políticas contemporâneas.

Neste artigo, pretendo analisar essa deficiência. Defendo que uma justa distribuição dos refugiados entre os Estados é um objetivo normativo importante e busco repensar os fundamentos normativos do regime global de refugiados. Acredito que, como o desmantelamento de medidas de não chegada não é suficiente para garantir uma justa distribuição dos refugiados entre os Estados, uma explicação convincente de que as responsabilidades devem ser compartilhadas entre Estados é necessária.

Para este fim, faço três reivindicações aqui. Em primeiro lugar, eu argumento que a definição de 'refugiado' deve ser ampliada para além daqueles sujeitos que sofrem perseguição para incluir danos da ação ou omissão por parte dos Estados que ponham em causa as necessidades de segurança pessoal ou de subsistência. Segundo, defendo que as atribuições de uma parte dos refugiados para os Estados devem basear-se em suas capacidades de integração relativas à população, o produto interno bruto (PIB) e população de refugiados existente. Finalmente, argumento que a justiça distributiva entre os Estados deve ser equilibrada com os legítimos interesses dos refugiados no país de destino e o dever dos Estados em garantir que eles serão assentados em lugares onde eles possam se integrar.

A discussão nesta parte procede como se segue. Eu começo na primeira parte com uma curta análise das principais características da atual distribuição de refugiados entre Estados. Avanço na seção seguinte para considerar as características de uma definição normativamente adequada de um refugiado, argumentando que as tentativas para restringir a designação de 'refugiado' para aqueles que enfrentam perseguição estatal não são convincentes.

Na seção três, exploro a controversa questão de como determinar a participação de cada Estado na distribuição dos refugiados, argumentando que o uso de indicadores como PIB e tamanho da população são úteis. Na quarta e última seção, considero com alguma profundidade a questão do que é devido aos refugiados como refugiados. Nesta seção, argumento que aos refugiados é devido

mais que um lugar seguro de asilo; os Estados têm a responsabilidade de se esforçar para recebê-los nos países onde eles são suscetíveis de se integrar com sucesso. Nessa abordagem, sugiro, exige um sistema internacional que envolve um misto de compensação financeira e redistribuição dos refugiados.

2 A situação internacional dos refugiados

Antes de avançar no debate sobre alguns dos desafios éticos da construção de um sistema de distribuição de responsabilidade dos refugiados mais equitativo, é importante esclarecer como funciona a atual distribuição. Como observei anteriormente, uma característica marcante da população de refugiados do mundo é que ela está em sua maioria reunida em Estados mais pobres do globo.

De acordo com o relatório de tendências globais do ACNUR (2013), os países em desenvolvimento acolhem mais de 80% de todos os refugiados do mundo (cerca de 8,5 milhões de refugiados), número que é 10% maior do que há uma década. Os 10 países que mais recebem refugiados foram em ordem: Paquistão, Irã, Alemanha, Quênia, Síria, Etiópia, Chade, Jordânia, China e Turquia. A Alemanha é o único Estado rico que aparece na lista. Em 2012, os 49 países menos desenvolvidos deram asilo a 2,5 milhões de refugiados ou 24% do total global (ACNUR, 2013).

Uma possível maneira de justificar essas desigualdades é através da distinção entre os encargos dos países do Sul e do Norte, considerando que os primeiros provêm um acolhimento temporário, enquanto os últimos assumem o trabalho mais oneroso de incorporar os refugiados às suas sociedades. Este contraste parece ser corroborado pelo fato de que muitos dos refugiados do Sul encontram-se em campos de refugiados, ou seja, lugares temporários de residência a partir do qual os refugiados possam voltar para casa depois de um curto período de conflito ou prosseguir para o reassentamento em um terceiro país.

No entanto, esta distinção se desfaz na prática. A vida em um campo de refugiados raramente se limita a um curto espaço de tempo. Os conflitos arrastam-se há muitos anos e o fracasso dos Estados de oferecer locais de reinstalação suficientes resultaram em uma situação em que cerca de 54% dos refugiados do mundo tem vivido em campos ou sem condições seguras de asilo por mais de cinco anos (ACNUR, 2013). Assim, enquanto uma distinção de papéis entre Estados de acolhimento temporário e de reassentamento não pode ser uma característica de um esquema justo de redistribuição, esta distinção não pode ser legitima devido às desigualdades existentes entre os Estados.

Esta distribuição desigual de proteção dos refugiados não surgiu por acaso. Ela reflete o domínio de uma poderosa norma legal internacional para a distribuição de responsabilidades sobre os refugiados entre os Estados: o non refoulement. Este princípio, que está consagrado na Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951, exige que os Estados não devolvam (de qualquer forma) um refugiado para um país que iria persegui-lo. Isso significa, com efeito, que a responsabilidade sobre os refugiados é distribuída entre os Estados com base na proximidade: os Estados têm obrigações para com os refugiados que chegam ou estão dentro de seus limites territoriais (GIBNEY, 2004).

Mas, mais importante, eles não têm nenhuma obrigação legal de prestar assistência ou proteção aos refugiados para além das suas fronteiras territoriais (especificamente, quando eles não estão sob a sua jurisdição). O Brasil é, portanto, obrigado a conceder refúgio aos refugiados que desembarcam no aeroporto de Guarulhos, por exemplo, mas não tem nenhuma obrigação sobre os

refugiados que fluem através das fronteiras terrestres da Síria ou confinados em campos em Burundi. Não há dever de ligação entre os Estados para ajudar um outro Estado que se encontra sobrecarregado (GOODWIN-GILL, 1996).

Este princípio na distribuição de responsabilidades exacerba as desigualdades. Como a maioria dos refugiados é oriunda do Sul, são os países do Sul que carregam o peso da responsabilidade, pois, são ao menos em primeira instância o local de primeiro assentamento. Além disso, essas desigualdades são cimentadas pelas medidas que os Estados do Norte global usam para impedir que os refugiados entrem no seu território, como os regimes de vistos rigorosos, interceptações e sanções. Estas práticas criam um cordão sanitário em torno de países mais ricos do mundo, mantendo a maioria dos refugiados confinados ao Sul (CHIMNI, 1998; GIBNEY, 2004).

As consequências para os refugiados que procuram asilo fora dos países mais pobres e muitas vezes mais inseguros do Sul são profundas. A dificuldade em alcançar os países do Norte, onde a esperança de encontrar um local de asilo seguro pode alimentar cadeias de contrabandistas de seres humanos e atravessadores, tornando as viagens mais perigosas, uma vez que rotas mais seguras de entrada são muitas vezes inviáveis. Essas barreiras de entrada tendem a criar estruturas de seleção em relação aos futuros requerentes de asilo, selecionando os mais ágeis (jovens e adultos) e os desacompanhados (solteiros ou famílias sem crianças) e ainda os que dispõem de meios financeiros para pagar os contrabandistas (BLINDER, 2015; VAN HEAR, 2014). Assim, as desigualdades na distribuição de asilo entre os Estados fornecem uma restrição poderosa sobre a capacidade dos refugiados em busca de asilo, onde eles poderiam efetivamente encontrar segurança.

Uma maneira óbvia de lidar com as desigualdades existentes entre Estados e desigualdades de acesso seria simplesmente (o Norte) desfazer as suas medidas de não chegada. De fato, alguns estudiosos defendem essa medida com o argumento de que estas práticas burlam o princípio do *non-refoulement* e não ajudam aos países do Sul, já sobrecarregados (CHIMNI, 1998). Na ausência das barreiras e restrições que existem atualmente, novos padrões na distribuição global de refugiados se abririam e os encargos sobre Estados do Sul seriam reduzidos uma vez que os refugiados teriam outras opções de onde busca asilo.

No entanto, esta mudança pouco contribuiria para garantir que os Estados receberiam a sua 'justa parte' dos refugiados, porque os novos padrões de assentamento de refugiados não seriam suscetíveis de monitorizar as diferenças relevantes entre os Estados. Se algum critério (como o PIB ou a densidade populacional) que não a escolha dos refugiados pelo destino, for relevante para determinar resultados justos, novas distribuições desiguais poderiam surgir. O melhor que pode ser dito é que o conjunto de Estados que enfrentam números desproporcionais de refugiados seria agora maior, visto que os Estados do Norte se tornaram de mais fácil acesso.

O fato, de um regime mais justo não pode ser garantido através do desmantelamento das medidas de não chegada, o que ilustra a importância de uma explicação convincente de que forma as responsabilidades entre os Estados para a proteção dos refugiados devem ser distribuídas. No que se segue, examinarei três desafios. Começo com a necessidade de definir claramente quem deve ser considerado um refugiado e, portanto, elegível para o asilo.

3 Por uma definição de refugiados

O processo de pensar sistematicamente sobre as responsabilidades de refugiados deve começar com a exploração sobre quem deve ser considerado um refugiado – e, portanto, deve receber

asilo – para fins de qualquer esquema de distribuição. Esta questão pode parecer supérflua, dado que temos uma definição legal internacionalmente aceita sobre quem é um refugiado.

Nos termos da Convenção de 1951 sobre refugiados, assinado pela maioria dos Estados, um refugiado é alguém fora do seu país de origem, que enfrenta um bem fundamentado medo de perseguição por motivos de raça, religião, opinião política, nacionalidade e filiação a um determinado grupo social. No entanto, quando os teóricos normativos discutem quem é um refugiado, eles tendem a não usar esta definição. Em vez disso, eles adotam uma abordagem mais abrangente, que inclui as vítimas de violência de um tipo mais generalizado e indiscriminado; o tipo de danos que resultam da guerra, desastres naturais ou a violência estrutural associada com o empobrecimento contínuo.

Por exemplo, em um reconhecido estudo de Andrew Shacknove, argumenta que os refugiados são "em essência, as pessoas cujas necessidades básicas não são protegidas por seu país de origem, que não possuem outra opção que não recorrer à reparação internacional das suas necessidades, e são situadas de forma a que a restituição internacional é possível" (1985, p. 277). A definição de Shacknove, desta forma, reconhece como o refugiado surgiu a partir de uma ruptura do "vínculo político" – ou o contrato social – entre o indivíduo e o Estado, no centro do governo legítimo (1985, p. 275). Ele argumenta que esta ruptura pode ocorrer por causa da perseguição. Mas também poderia resultar de qualquer falha de um Estado em garantir as necessidades básicas das pessoas sob a sua proteção. Com o colapso do vínculo, ele acredita, é um dever da sociedade internacional para fornecer proteção (asilo) para o indivíduo em questão.

Outros, como David Miller (2008), David Owen (2010), Alex Betts (2013) e Matthew Gibney (2004) fornecem definições de refugiados semelhantes e expansivas. Em vez de enfatizar as razões pelas quais os direitos humanos de um indivíduo foram violados (por exemplo, a perseguição) na determinação do Refugiado, estes estudiosos têm visto o núcleo moral da condição de refugiado simplesmente na necessidade de proteção. Como Betts (2013, p.19) observa, "a atribuição de asilo não deve basear-se em privilegiar as causas particulares de deslocamento (...) mas sim no limiar subjacente dos direitos humanos".

De acordo com estes estudos, proponho definir o refugiado aqui como alguém que requer a proteção substituta de um novo Estado porque seus direitos humanos não podem ou não são protegidos por seu Estado de filiação ou de residência habitual. Mas essa definição inclusiva não é incontroversa, porque ele molda em formas desafiadoras o tamanho do conjunto de pessoas que precisam ser distribuídas entre os Estados. Existiam cerca de 17,2 milhões de refugiados no mundo em 2012. Se, no entanto, usamos uma definição mais ampla (inclusive de outros tipos de migrantes forçados), como os teóricos normativos fazem, o número pode subir para até 35,8 milhões de pessoas (ACNUR, 2013).

Como os Estados são muitas vezes relutantes em aceitar até mesmo os refugiados amparados pela Convenção de 1951, é importante explorar os fundamentos normativos para uma definição de refugiado ainda mais inclusiva antes de refletir sobre os critérios que determinam a distribuição entre os Estados. Para este fim, avalio a adequação dos três argumentos normativos que têm sido feitos por estudiosos para abranger no termo 'refugiado', outras categorias de migrantes forçados não previstas na Convenção de 1951.

O primeiro argumento é de que o refugiado contemplado pela Convenção de 1951 é distintivo porque ele é mais ameaçado do que outros grupos de migrantes forçados. Uma característica-chave da ONU para refugiados é que ele não é simplesmente uma vítima da insegurança geral, mas é especificamente perseguido por motivos de raça, religião, etc. O especialista em direito internacional James Hathaway tem defendido esta posição. Ele argumentou que devemos prestar atenção especial aos refugiados da Convenção, porque eles são menos propensos do que outros migrantes forçados a

encontrar proteção em seu país de origem. De acordo com Hathaway, o fato de sua marginalização social (isto é, eles são perseguidos por motivos de raça, religião, etc.) faz com que o refugiado da Convenção de Genebra seja "o mais merecedor dos merecedores" entre os migrantes forçados (HATHAWAY, 1997, p.86).

Mas este argumento parece fraco. Imaginemos a Síria contemporânea e duas pessoas vão para a porta da casa de uma terceira pessoa para fazer uso do seu abrigo de bomba: um é um jornalista que se manifestou contra o regime de Al-Assad e está fugindo do governo; o outro é um professor da Síria, fugindo da luta entre forças do governo e rebeldes. O dono do abrigo anti-bombas só pode admitir uma pessoa para a proteção em sua casa? Ambos estão em sério risco, um é vítima de perseguição, o outro de luta indiscriminada. Se adotarmos a posição de Hathaway, temos razão para abrigar o jornalista e afastar o professor, porque eles diferem em suas perspectivas de receber ajuda em algum momento no futuro. Mas essa perspectiva teórica poderia condenar a morte ao professor que está em meio aos confrontos.

O que é moralmente relevante para decidir quem precisa de proteção como refugiado, não é certamente, se alguém é provável de nunca estar em uma situação onde será capaz de buscar apoio dentro de seu próprio Estado. É se eles vão estar nessa situação antes de sua vida ou interesses fundamentais serem irremediavelmente danificados. Muitos migrantes forçados não deixaram suas sociedades que estão implodindo devido ao conflito civil ou estão sendo devastadas por empobrecimento econômico. Essas sociedades são incapazes de fornecer-lhes proteção ou abrigo quando eles precisam. Dada a sua atual necessidade urgente, o fato de que essas sociedades podem ser capazes de ajudar essas pessoas em algum momento no futuro, é discutível. Invertendo o dito por Keynes: no curto prazo, eles podem ser mortos.

A segunda alegação é que os danos enfrentados pelo refugiado da Convenção de 1951 são mais socialmente consequentes do que aqueles associados com os outros migrantes forçados. Neste argumento, o que é relevante não é o mal da perseguição ao indivíduo refugiado, mas os danos que são gerados para a sociedade como um todo pela perseguição. A analogia apropriada para o refugiado da Convenção sobre essa matéria é vítima de crimes de ódio (HATHAWAY, 1997).

Os crimes de ódio são crimes por motivos de raça, sexo, outras características atribuídas, etc. Eles são tratados, em muitos Estados, de forma diferente de crimes aleatórios ou individualmente motivados por causa de suas conseqüências funestas para a segurança geral e bem-estar de grupos sociais e étnicos em uma sociedade. O dano e efeito de tais crimes são profundos, porque muitas vezes têm como objetivo excluir algumas pessoas por meio de intimidação do diálogo democrático liberal (WALDRON, 2012).

Este argumento pode certamente servir para fundamentar o refugiado da Convenção de 1951 como uma categoria distinta de migrante forçado. No entanto, eu não acredito que ele suporta restringir os participantes em sistemas de distribuição de refugiados para refugiados da Convenção.

O argumento final é que as necessidades dos refugiados e outros migrantes forçados são diferentes. Este é um argumento que, Matthew Price (2009) usou para defender o caráter distintivo dos refugiados amparados pela Convenção de 1951. Em Rethinking Asylum, ele argumenta que, ao contrário dos migrantes forçados, os refugiados precisam receber uma nova cidadania em um novo Estado, porque eles foram perseguidos em seu antigo. Ao invés, as necessidades dos migrantes forçados, na melhor dos cenários, podem se resumir a uma proteção temporária antes de voltar ao seu local de origem.

Como uma afirmação empírica, a posição de Price parece intuitivamente plausível. Os regimes persecutórios podem durar por muitos anos, ao passo que um evento natural catastrófico, como um terremoto, ou mesmo uma onde de fome pode acabar em meses. Muitos líderes tirânicos, como

Saddam Hussein, se mantiveram no poder por décadas. E derrubá-los através de uma intervenção externa é uma iniciativa altamente controversa e difícil. Uma nova cidadania pode, assim, ser necessária para os inimigos e opositores de tais regimes.

O problema é que se pode facilmente pensar em exemplos contrários. Refugiados amparados pela Convenção de 1951 são frequentemente 'produzidos' por regimes em seus últimos dias (veja Líbia sob Gaddafi) e as guerras (e insegurança generalizada) podem se arrastar por muitos anos, como podem gerar mais pobreza. Na verdade, o tipo de violência generalizada e empobrecimento que dão origem aos migrantes forçados muitas vezes são rastreáveis até a má governança. E se os maus governos são suscetíveis de ser de longa duração, por isso, são as características que fluem a partir deles. Além disso, destituir regimes tirânicos (que geram os refugiados aparados pela convenção) é difícil, não sendo muito mais fácil para os Estados intervir em guerras civis, uma das principais causas de migrantes forçados.

De fato, os acontecimentos que provocam o surgimento dos 'refugiados da convenção' na realidade estão reconhecendo a própria Convenção dos Refugiados. Enquanto Price (2009) fala da condição de refugiado como pertencimento e cidadania, a posição dos redatores da Convenção da ONU foi algo mais sutil. Eles incluíram uma 'cláusula de cessação', permitindo que o status de refugiado possa ser retirado se as circunstâncias que deram origem a ele (por exemplo, um governo tirânico) chegaram ao fim (GOODWIN-GILL, 1996). É evidente que nem sempre se entende as solicitações de refugiados como solicitações de cidadania.

Mas talvez Price (2009) esteja insinuando uma distinção mais profunda entre os 'refugiados da convenção' e migrantes forçados. A perseguição por um Estado pode levar a uma sensação de alienação e desconfiança por parte do refugiado, tão profunda que não devemos esperar que eles voltassem para casa, mesmo depois das circunstâncias mudarem.

Muito judeus retornaram à Alemanha após a Segunda Guerra Mundial e teria sido injusto exigir que o fizessem, não importa o quanto o país virou as costas para seu passado nazista. Qualquer vínculo de confiança entre os refugiados e o país foi completamente destruído, não apenas por causa do comportamento do Estado alemão, mas também por causa da cumplicidade do público alemão em geral. Como Judith Shklar (1998, p.50) argumentou, os judeus "foram traídos em ambos os níveis, excluídos do civil, não menos do que da sociedade política". A experiência da perseguição fez desses refugiados efetivamente apátridas, exigindo de outros países a concessão de cidadania.

Acredito que a possibilidade de alienação e desconfiança pode indicar uma distinção significativa que existe entre os dois grupos. Mas não se deve exagerar em seu significado. Por um lado, os 'refugiados da Convenção' são muitas vezes ansiosos para voltar para casa quando as condições mudarem, e não só porque alguns países de asilo os pressionam por fazê-lo. Além disso, como Megan Bradley (2014) argumenta, ao tratar os refugiados como apátridas corre-se o risco de pintá-los simplesmente como vítimas e minando o seu direito de serem reintegrados como cidadãos plenos de volta ao Estado que originalmente os expulsou. Por outro lado, a violência generalizada ao forçar experiências de migração também pode alienar os indivíduos de seu país de origem de uma forma que torna a reintegração impossível e uma nova cidadania necessária. A guerra, as suas consequências e as memórias podem ser traumáticas em seus efeitos e podem romper qualquer conexão real junto ao país de origem.

Em suma, essa discussão ajuda a esclarecer que, se um adota a definição normativamente plausível de refugiado como alguém que requer a proteção substituta de um novo Estado porque seus direitos humanos fundamentais não podem ou não são protegidos em casa. Outros grupos de migrantes forçados, incluindo aqueles que fogem da violência ou privação econômica severa, também podem ser refugiados e tenha o direito de asilo sob certas circunstâncias.

Claro, isso não significa que todos os sujeitos cujos direitos humanos são violados sejam refugiados. Pessoas que podem ser protegidas por seu próprio Estado – como vítimas de desastres naturais e pobreza – não tem direito de asilo se os Estados estão dispostos e são capazes de ajudá-los onde eles estão. Mas se essa ajuda não é considerada pela comunidade internacional como iminente e as pessoas em causa vão em busca de proteção internacional dos seus direitos humanos, elas têm uma reivindicação legítima de asilo que os Estados não devem ignorar. Tais pessoas serão, assim, parte do conjunto dos refugiados que precisam ser distribuídos entre os Estados em qualquer esquema.

4 Mas o que seria uma 'parte justa'?

Supondo que se possa chegar a um acordo sobre quem deve ser reassentado – distribuído – Entre os Estados, se faz necessário um padrão para determinar ações justas a partir da qual as quotas de cada Estado podem ser derivadas. Embora se tenha assumido que a distribuição atual de refugiados entre os Estados é moralmente problemática, é preciso detalhar exatamente porque isso ocorre.

Aqui nos deparamos com problemas, porque há uma série de potenciais candidatos para a determinação da 'parte justa'. Um padrão para as responsabilidades (quotas) de Estados a serem determinadas pela igualdade numérica. Nesta abordagem, cada Estado terá um número igual de população de refugiados. Por exemplo, os EUA seriam responsáveis por 50.000 refugiados, Quênia 50.000 e Luxemburgo igualmente. Segundo este princípio, a injustiça da atual distribuição mundial de refugiados pode ser claramente observada. Esta norma tem a vantagem da simplicidade e clareza.

Há uma objeção óbvia à abordagem da igualdade numérica, no entanto, ela não leva em conta os custos relativos aos Estados referentes ao assentado e ao reassentamento dos refugiados. Os desafios, por exemplo, para os EUA de levar 50.000 refugiados são muito diferentes do que para um país pequeno como o Luxemburgo ou o Lesoto. Para resolver este problema, há uma forte razão para considerar as capacidades de integração do Estado em determinadas ações. Um padrão comum poderia recorrer ao PIB de cada país para determinar o número de refugiados a serem reassentados.

A suposição é de que os Estados mais ricos são geralmente mais capazes de suportar os custos de acolhimento e integração dos refugiados. Outro padrão seria considerar a população geral para depois determinar a população de refugiados que poderia ser recebida. Esse padrão parte do pressuposto de que o acolhimento aos refugiados geraria entre a população local um efeito transformador menor ou equilibrado.

O ACNUR fornece estatísticas de acordo com ambas as normas (o PIB e da população total). Em ambos os casos ainda haveria uma sobrecarga no número de refugiados recebidos por países do Sul Global. Em termos de refugiados por 1 dólar do PIB, o Paquistão, a Etiópia, o Quênia, o Sudão do Sul e o Chade estão no topo; em termos de população total (número de refugiados por 1000 habitantes), estão a Jordânia, Chade, Congo, Líbano e Síria (ACNUR, 2013).

Quatro países (Chade, Jordânia, Sudão do Sul e Quênia) estão entre os 10 principais países de acolhimento dos refugiados, tanto em termos de PIB e da população total (ACNUR, 2014). Existem outros padrões objetivos, que também podem ser usados como uma alternativa para (ou em conjunto com) estes, tais como o nível de desemprego de um Estado ou sua densidade populacional. Mas a maioria dessas normas também ilustra que são os países do Sul que hospedam um número maior de refugiados.

Pode-se estender a busca incluindo mais fatores subjetivos que afetam a capacidade de integração dos Estados. Por exemplo, a capacidade de um Estado em aceitar refugiados pode ser

influenciada pelo nível de racismo entre sua população, a sua experiência anterior de integração de não-cidadãos e preferências da comunidade para tipos específicos de refugiados Esses fatores são quase impossíveis de medir com qualquer grau de precisão (um perigo fatal desde que buscamos um padrão universal para os Estados) e tendem a nos dizer mais sobre a vontade de um Estado (ou a população dele) para levar os refugiados do que a sua real capacidade de fazê-lo. Considerações como o racismo entre a população são melhores vistas como razões que possam impedir um Estado de tomar uma parte equitativa em vez de considerações que determinam o que é uma parte equitativa.

O potencial para o debate sobre o que os indicadores devem ser usados para determinar as ações justas dos Estados o que levou David Miller a sugerir que há espaço para um "desacordo razoável entre os Estados sobre a questão" (MILLER, 2011, p. 2033). Como consequência, os Estados individuais devem receber, argumenta ele, considerável autonomia para decidir (usando seus próprios critérios) quantos refugiados vão aceitar. Esta posição parece endossar o *status quo* em termos de distribuição de refugiados.

Pensamos que a conclusão de Miller é demasiado pessimista. Debates reais sobre a admissão de refugiados quase sempre recorrem a uma das três considerações: números totais, o PIB e tamanho da população. Como vimos, estes são os mesmos padrões que o ACNUR vê como importante o suficiente para incluir em seus relatórios. A falta de consenso sobre quais padrões utilizar não deve ser exagerada. Além disso, todas essas formas de medir o 'fardo' a ser carregado por cada país, parecem contar uma história semelhante: Os países do Sul acolhem uma quota desordenada da população de refugiados do mundo. Para estarmos seguros, as quotas dos Estados individuais mudam um pouco, dependendo de qual norma específica que usamos. Mas elas não mudam muito. Os Estados, pensamos, não podem estar razoavelmente em desacordo com uma proposta que equilibre os três padrões principais – população, PIB e população de refugiados – em conjunto para determinar suas ações, sobretudo tendo em conta a perversidade da distribuição atual.

5 O direito dos refugiados enquanto refugiados

Temos até o momento considerado dois desafios que surgem da criação de um sistema de proteção dos refugiados justo entre os Estados: o problema da definição de quem é um refugiado e o que determina uma parte equitativa. Queremos nos voltar para o final e, sem dúvida, o maior desafio: conciliar um sistema entre Estados com respeito às exigências morais pelos refugiados. Vamos supor que possamos alcançar um acordo sobre a definição de refugiado normativamente defensável e que possamos construir uma divisão de ações justas para cada Estado.

O que faremos a seguir? De acordo com estudiosos como Owen e Miller, precisamos deslocar os refugiados entre os Estados de tal forma que cada país receba uma cota justa de pessoas. Em uma modificação a esta abordagem, Peter Schuck (1997) propôs um sistema de mercado em que os Estados poderiam negociar suas cotas com outros Estados, possibilitando a alocação mais eficiente dos refugiados de acordo com as preferências de cada governo, bem como uma abertura de disponibilidade de asilo. Deixando de lado essa modificação, um componente essencial de cada uma dessas propostas é o mesmo: que os refugiados devem ser enviados para onde sua recepção promova uma distribuição equitativa entre os Estados.

Para mesclar os refugiados entre os Estados dessa maneira envolve, na prática, ignorar as preferências subjetivas dos refugiados, para onde eles realmente gostariam de solicitar asilo. Esta é, com certeza, uma escolha primordial do refugiado, justificada pelo anseio de encontrar asilo em um

local seguro e em que possa se integrar. A justiça distributiva para os Estados, como já afirmei, está intimamente ligada à justiça na prestação de asilo para refugiados.

Mas os refugiados serão tratados em grande parte com pouco interesse aonde eles estiverem e não terão muito além da garantia de segurança básica. Isso porque se os refugiados foram autorizados a fazerem suas próprias escolhas, uma distribuição justa seria prejudicada. Se a Finlândia tem de cumprir a sua quota, os refugiados da Somália seriam obrigados a ir para lá, independentemente de qualquer preferência que possam emitir sobre o Quênia, a Austrália ou os EUA.

Então, o que podemos dizer? Os refugiados não têm direito moral de receber asilo onde querem; eles têm o direito apenas de proteção em um país seguro. Em outras palavras, os refugiados têm direito apenas a um lugar em que os seus direitos básicos sejam respeitados e eles estejam protegidos contra o *refoulement* (regresso). Certo número de teóricos políticos tem defendido recentemente esta posição. De acordo com Owen (2010, p.108), por exemplo, é "admissível negar aos refugiados o direito de escolher o país de destino final, dada a importância da criação de um regime que possua melhores termos de justiça distributiva e processual".

David Owen (2010, p.110) sugere, "o direito de um Santuário aos refugiados (...) não implica o direito de residência em um Estado de sua escolha, mas sim simplesmente designa um direito em algum Estado que não é o seu próprio". Joseph Carens (2013, p.216) afirma que "os refugiados têm o direito moral de um lugar seguro para viver, mas eles não têm um direito moral de escolher onde será". Uma suposição comum desses teóricos é que o que moralmente separa refugiados de imigrantes é simplesmente que os refugiados não têm a proteção de um Estado. Enquanto a proteção do Estado substituto for encontrada, os refugiados não têm mais forte reivindicação moral para residir no país de sua escolha do que qualquer outro imigrante (e a discussão normativa dos refugiados normalmente começa com uma suposição de que os Estados não têm a obrigação de abrir suas fronteiras a todos os imigrantes que aspirem viver em seu território).

Garantir o direito de escolha aos refugiados e a viabilidade de um esquema de distribuição justo representa uma equação desafiadora. Muitos países no mundo encontram dificuldades para garantir a segurança básica dos seus cidadãos e outros tantos violam os seus direitos fundamentais. Esses países provavelmente precisam ser excluídos do grupo de Estados que concedem asilo. Não é necessário dizer que os governos, as organizações de direitos humanos e os tribunais muitas vezes têm visões muito diferentes sobre como os países são capazes de oferecer uma proteção eficaz aos refugiados.

Mas o que é válido na premissa de que tudo o que é devido aos refugiados enquanto refugiados é um lugar seguro e necessidades de segurança individual atendidas? Tão rapidamente como defensores normativos de sistemas de distribuição de refugiados fazem esta afirmação, eles recuam a partir dela. Estudiosos em geral admitem que os refugiados não podem ser tratados simplesmente como indivíduos em busca de segurança, mas são membros de famílias e essa relação deve ser considerada no processo de distribuição (CARENS, 2013; KUOSMANEN, 2012).

Mas mesmo com essa concessão, a visão de que a única dimensão moralmente relevante da situação de um refugiado é sua falta de proteção física é duvidosa. Como é evidente diariamente nas arriscadas viagens – a partir de Calais para Londres; de Roma a Estocolmo; de Jacarta até a Austrália – onde muitas vezes consideram seguir para o país de escolha, mesmo depois de atingir países seguros, os refugiados muitas vezes têm fortes preferências (ou algo contra) a determinados países.

Eles normalmente querem estar em países onde sua etnia ou compatriotas já estão assentados; onde existem oportunidades de praticar a sua religião e tradições culturais, sem hostilidade e onde os mercados de trabalho locais são receptivos às suas competências e habilidades. Seu desejo de escolha

reflete seu interesse em integrar com sucesso uma nova sociedade. Sua necessidade de integração pode não ser tão urgente como sua necessidade de segurança física, mas é fundamental que os refugiados recebam um acolhimento digno e se sintam satisfeitos com o local de asilo.

Os especialistas que escrevem sobre esquemas de alocação de refugiados têm encontrado dificuldades para descartar completamente esse interesse sobre o país de integração. Carens (2013, p.213) nega que os refugiados possuem o direito de escolher seu local de asilo, mas admite que os refugiados têm "o direito a expectativa" de receberem asilo "com outros que têm origens e experiências semelhantes e que podem fornecer apoio mútuo e um senso de comunidade".

Apesar de uma defesa robusta dos esquemas de 'comércio' de refugiados, Kuosmanen (2012, p.109) sugere que "oportunidades significativas de praticar a própria religião, expressar a cultura e desenvolver capacidades para participar de atividades" são interesses importantes e legítimos. Os Estados podem, assim, "em determinadas circunstâncias" ter "obrigações de justiça ou outras obrigações morais" de tomar esses interesses em consideração para determinar o local apropriado do asilo.

A credibilidade da alegação de que os deveres para com os refugiados se estendem para além de um asilo seguro se torna contraditória se a responsabilidade da comunidade internacional aos refugiados é considerada, de certa forma análoga à responsabilidade do Estado para crianças abusadas e maltratadas na sociedade doméstica. Diante a uma criança em perigo pelo abuso dos pais ou negligência – um colapso no funcionamento normal da instituição da família – revela o dever imediato do Estado em remover a criança do perigo, talvez, colocando-a em segurança.

Nos últimos anos, os cientistas sociais têm questionado explicações para o movimento de refugiados, argumentando que essas explicações ignoraram a maneira como os refugiados são muitas vezes gerados por Estados externos através do seu apoio a regimes corruptos ou violentos, instituições internacionais que criam ou exacerbam a pobreza internacional ou intervenções militares (MARFLEET, 2006; ZOLBERG et al, 1992). De forma correspondente, uma série de teóricos têm sugerido que o asilo deveria, em alguns casos, ser repensado como uma forma de reparação por danos causados por Estados individuais, grupos de Estados ou da comunidade internacional aos refugiados (GIBNEY, 2004; SOUTER, 2014).

Exatamente, quais são os danos associados a um refugiado? Ser um refugiado não é simplesmente ser um indivíduo que perdeu a proteção de seus direitos básicos; é ser alguém privado de seu mundo social. É ser alguém que tenha sido deslocado das próprias comunidades, associações, relações e contexto cultural que moldaram a identidade em torno do qual o próprio plano de vida até agora tem sido organizado. Não é surpresa, então, que os refugiados muitas vezes descrevam a sua experiência com confusão, desapropriação e impotência.

Neste sentido mais amplo, aquilo que os refugiados perderam é relevante para como podemos conceituar asilo como reparação. Se o asilo é uma forma de compensação para as perdas sofridas por abuso estatal, negligência ou ineficácia, então, deve oferecer ao refugiado não só a segurança física e os direitos fundamentais, mas também um lugar onde ele possa reconstruir um mundo social significativo. E não podemos ignorar o fato de que, para qualquer refugiado, este ato de reconstrução vai ser mais fácil em alguns países do que em outros.

Este interesse dos refugiados em obter sucesso na tentativa de integração legitima a possibilidade de escolher o país de asilo? Certamente, o refugiado é provavelmente quem está melhor posicionado para julgar o país onde poderia reconstruir seu mundo social. Além disso, o próprio ato de escolha pode ser uma forma de capacitar as pessoas que, nas palavras de Arendt, "foram privadas de um lugar no mundo onde as suas opiniões são importantes e as suas ações eficazes" (ARENDT, 2006, p. 296).

Os refugiados podem, por exemplo, se consultados sobre quais características de um país de asilo são mais importantes para eles e tai características poderiam ser acopladas em um sistema de distribuição de asilo. Alternativamente, aos refugiados pode ser oferecida uma gama limitada de diferentes países de asilo para escolha (HEYWARD; ODALEN, 2013, p. 19).

O problema é, naturalmente, ter em conta as questões de riscos da integração minando a justiça distributiva entre Estados, dado que torna mais provável que alguns Estados serão favorecidos em detrimento de outros. É por isso que é tentador operar com a visão diminuída de que os refugiados ou aceitam ou são devolvidos. Existe uma maneira de resolver essa questão? A resposta óbvia é compensar aqueles Estados que tomam a sua 'parte justa' dos refugiados porque demonstram ser um destino popular. Essa compensação poderia ser financeira ou envolver algumas das outras responsabilidades do Estado para com os refugiados (HEYWARD; ODALEN, 2013). De qualquer forma pode-se alcançar a justiça entre Estados através de um sistema comum, mas diferenciado de responsabilidade pelos refugiados, onde os Estados com menor número de refugiados do que a sua quota poderia compensar aqueles com mais.

Há algo assombroso sobre esta conclusão. Parece que retornamos para o lugar onde começamos: com as desigualdades substanciais no número de refugiados entre Estados, embora agora amadurecida com alguma compensação. Mas a justificativa para essas novas desigualdades seria substancialmente diferente. As atuais desigualdades na distribuição de refugiados surgem em grande parte por causa das diferenças entre os Estados em sua capacidade de impedir que refugiados entrem no seu território, as diferenças associadas à localização geográfica e a eficácia das medidas de controle. As novas desigualdades, no entanto, seriam uma consequência de Estados que reconhecem tanto que a justiça distributiva entre Estados é uma meta importante como que os refugiados possuem o legítimo direito de escolher onde querem solicitar e receber asilo

6 Considerações finais

Nosso objetivo neste estudo foi analisar algumas questões fundamentais suscitadas pela questão da justiça na distribuição de refugiados entre Estados. Como um número de teóricos políticos tem notado, considerando as deficiências óbvias na distribuição atual da responsabilidade pelos refugiados, fazer uma partilha de encargos entre Estados é altamente atraente de um ponto de vista normativo. No entanto, como já mostrado aqui, a análise das questões associadas com a justiça entre Estados na distribuição de refugiados – o que é um refugiado?; qual é o critério para uma distribuição justa?; o que é devido aos refugiados enquanto refugiados? - Gera questões controvérsias que de modo algum são resolvidas.

Tentamos oferecer normativamente possíveis respostas a estas perguntas. Mas é evidente que as respostas que fornecemos possuem de modo alguma garantia de serem politicamente atraentes. Os governos não são suscetíveis de adotar uma definição mais ampla sobre quem é refugiado da que é oferecida atualmente pelo direito internacional; os Estados mais ricos que são em grande parte isentos de um grande número de pedidos de asilo são suscetíveis de contestar os critérios em que os refugiados devem ser distribuídos; e os Estados que seriam os destinos mais populares de asilo, na escolha dos refugiados, seriam prejudicados com um arranjo que permitisse aos refugiados a escolha de onde serem reassentados.

As responsabilidades da moral não são, com certeza, garantia de que sejam aceitas. No entanto, o sistema internacional atual de distribuição de refugiados tampouco parece ser politicamente viável. Como experiências recentes têm mostrado, mesmo os Estados mais ricos e tecnologicamente sofisticados dependem da cooperação de outros Estados para que possam exercer o controle sobre o número de pedidos de asilo que recebem e, assim, moldar o asilo como uma questão de política interna.

Em meio a essa interdependência desconfortável entre Estados mais ricos e mais pobres sobre os refugiados, a questão da justiça interestatal – no entanto, grosseiramente ou tendenciosamente articulada – parece destinada a ser um problema contínuo e central.

Referências

ACNUR. *UNHCR Global Report 2014.* 2014. Disponível em: <http://www.unhcr.org/gr14/index.xml>. Acesso em: 01 jun. 2016.

ACNUR. *UNHCR Global Trends 2013.* 2013. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/country/5399a14f9/unhcr-global-trends-2013.html>. Acesso em: 01 jun. 2016.

ARENDT, Hannah. *As Origens Do Totalitarismo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BETTS, Alexander. *Survival Migration.* Nova York: Cornell University Press, 2013.

BLINDER, Scott. *Migration to the UK:* Asylum. 2015. Disponível em: <http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/sites/files/migobs/Briefing - Migration to the UK - Asylum_0.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BRADLEY, Megan. Rethinking refugeehood: statelessness, repatriation, and refugee agency. *Review Of International Studies*, [s.l.], v. 40, n. 01, p.101-123, 11 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP). http://dx.doi.org/10.1017/s0260210512000514.

CARENS, Joseph. *The Ethics of Immigration.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

CHIMNI, B. S.. The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South. *Journal Of Refugee Studies*, [s.l.], v. 11, n. 4, p.350-374, 1 jan. 1998. Oxford University Press (OUP). http://dx.doi.org/10.1093/jrs/11.4.350-a.

GIBNEY, Matthew. *The Ethics And Politics Of Asylum.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GOODWIN-GILL, Guy. *The Refugee In International Law.* Oxford: Claredon Press, 1996.

HATHAWAY, James C.; NEVE, Alexander. Making International Refugee Law Relevant Again: A Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection. *Harvard Human Rights Journal*, [s.i], v. 1, n. 10, p.115-211, ago. 1997.

HEYWARD, Clare; ODALEN, Jorgen. *A New Nansen Passport For The Territorially Dispossessed.* 2013. Disponível em: <http://www.statsvet.uu.se/digitalAssets/443/443604_32013_3.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

KUOSMANEN, Jaakko. What (If Anything) Is Wrong with Trading Refugee Quotas? *Res Publica*, [s.l.], v. 19, n. 2, p.103-119, 25 set. 2012. Springer Science + Business Media. http://dx.doi.org/10.1007/s11158-012-9198-y.

LOESCHER, Gil; MILNER, James. *Protracted Refugee Situations*. Abingdon: Routledge, 2005.

MARFLEET, Phillip. *Refugees In A Global Era.* Houndmills: Palgrave Macmillan, 2006.

MILLER, David. David Owen on global justice, national responsibility and transnational power: a reply. *Review Of International Studies*, [s.l.], v. 37, n. 04, p.2029-2034, 21 set. 2011. Cambridge University Press (CUP). http://dx.doi.org/10.1017/s0260210511000520.

MILLER, David. *National Responsibility And Global Justice.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

ONU. *Meetings Coverage And Press Releases.* 2011. Disponível em: <http://www.un.org/press/en/2011/sgsm13651.doc.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

OWEN, David. Global justice, national responsibility and transnational power. *Review Of International Studies*, [s.l.], v. 36, n. 1, p.97-112, out. 2010. Cambridge University Press (CUP). http://dx.doi.org/10.1017/s0260210511000118.

PRICE, Matthew. *Rethinking Asylum.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHUCK, Peter H.. Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal, Fifteen Years Later. *Yale Journal Of International Law*, [s.i], v. 1, n. 22, p.1-44, jun. 1997.

SHACKNOVE, Andrew E.. Who Is a Refugee? *Ethics*, [s.l.], v. 95, n. 2, p.274-284, jan. 1985. University of Chicago Press. http://dx.doi.org/10.1086/292626.

SHKLAR, Judith. *Political Thought And Political Thinkers.* Chicago: University Of Chicago Press, 1998.

VAN HEAR, N. Refugees, Diasporas And Transnationalism. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena et al. *The Oxford Handbook Of Refugee And Forced Migration Studies.* Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 546-567.

WALDRON, Jeremy. *The Harm In Hate Speech.* Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WALZER, Michel. *Esferas Da Justiça.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WELLMAN, Christopher Heath; COLE, Phillip. *Debating The Ethics Of Immigration.* Oxford: Oxford University Press, 2011.

ZOLBERG, Aristide R.; SUHRKE, Astri; AGUAYO, Sergio. *Escape From Violence.* Oxford: Oxford University Press, 1992.



ANAIS

GT: PATRIMÔNIO CULTURAL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Coordenadoras: Judite de Bem (Unilasalle) e Regina Martinez (FMU)

Canoas, 2017.

RETRATOS DA ECOLOGIA DE SABERES: PROGRAMA DE ALFABETIZAÇÃO AUDIOVISUAL, FOCANDO O FESTIVAL ESCOLAR DE CINEMA

Suzete Morém de Fraga,
Graduada em Psicologia pela PUCRS. Especialização em Administração Pública pela Escola de Administração da UFRGS. Coordenadora do Núcleo de Convênios da UFRGS. Mestranda do Programa em Memória Social e Bens Culturais do Centro Universitário La Salle-UNILASALLE. Canoas, suzetefraga@gmail.com

Margarete Panerai Araújo,
Pós-doutorado em Administração Pública e de Empresas em Políticas Estratégicas pela FGV EBAPE/RJ. Professora Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE – Canoas, margarete.araujo@unilasalle.edu.br

Resumo:

O presente artigo pretende evidenciar a teoria da ecologia de saberes do sociólogo Boaventura de Souza Santos no evento Festival Escolar de Cinema, uma das ações de extensão do Programa de Alfabetização Audiovisual, promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, através da Faculdade de Educação, em parceria com a Prefeitura de Porto Alegre, através das Secretarias Municipais da Cultura e de Educação, que ocorre anualmente, em Porto Alegre, RS. Financiado atualmente pelo Ministério da Cultura, por meio da Secretaria da Economia Criativa, o Programa de Alfabetização Audiovisual, desenvolve ação continuada de formação de professores e cursos de extensão universitária para docentes da rede pública de ensino, assim como oficinas de produção audiovisual e inúmeras atividades, que possibilitam ao aluno o despertar para uma linguagem audiovisual, lendo seus códigos e compreendendo seus conteúdos numa visão crítica e mais realista para construção social. A metodologia foi bibliográfica. Assim, com essa prática, pretende-se evidenciar que a sala de cinema se transforma num ambiente de aprendizagem, de regras, de valores e de significados e símbolos sociais.

Palavras-chave: Ecologia de Saberes. Linguagem Audiovisual. Ensino Superior. Cinema.

1 Introdução

O Programa de Alfabetização Audiovisual, conjunto de projetos voltados a qualificar a experiência com audiovisual nas escolas, realizado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, através da Faculdade de Educação, em parceria com a Prefeitura de Porto Alegre, através das Secretarias Municipais da Cultura e de Educação, com o financiamento atual do Ministério da Cultura, Secretaria da Economia Criativa, está na sua sétima edição, ofertando cursos de extensão universitária a professores e oficinas aos alunos participantes, assim como filmes estrangeiros e nacionais em conteúdos variados e temas atuais, bem como em diferentes épocas e cinematografias

proporcionando a democratização das novas tecnologias de comunicação e experiências com a linguagem audiovisual.

Nesse processo pedagógico, o estudante é capaz de despertar interesse pelo ambiente universitário, dos conteúdos e na construção de novos conhecimentos possibilitando a interação com o mundo, pois as ações abrangem discussão com professores, especialistas das áreas a partir dos temas abordadas em cada filme. As participações nessas ações são de crianças e de jovens de escolas públicas, contemplando também alunos de classes populares, de diferentes faixas etárias, a partir da educação infantil, até o ensino de jovens e adultos, consolidando, assim, em complexas ações, desde a oportunidade de acesso às salas de cinemas, à reflexão e à criação de um novo saber no contexto educacional, podendo ainda despertar para acesso ao ensino superior.

Nessa dinâmica educativa, a linguagem audiovisual permite que as práticas pedagógicas aplicadas correspondam com a realidade dos alunos, criando assim uma cultura audiovisual, em função de que em tempos atuais vivemos conectados ao mundo digital pelos recursos advindos da *internet* e das novas tecnologias proporcionados pela informação e comunicação, em tempo real, e em diferentes mídias.

O Programa de Alfabetização Audiovisual de abrangência de um expressivo público, que, num crescente, desde a primeira edição em 2008, com 25 mil participantes, entre estudantes e professores, no total das edições, proporciona nos dias atuais o oferecimento do 9° Festival de Cinema Escolar, que democratiza o acesso ao cinema e a familiarização com o uso da linguagem audiovisual, através de temas relevantes e atuais da sociedade, que alinham esse saber ao cotidiano da sala de aula.

A aproximação do público, dos estudantes, de educadores e de outras instituições, aliadas às práticas de extensão da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, contempla a formação dos professores e contato com estudantes de diferentes idades, em situação social desigual, e, muitas delas, situação de riscos, situando-se numa ecologia de saberes, que contribuem para o saber acadêmico e o popular fazendo com que estes participem mais do ambiente universitário numa relação de diálogo constante.

> E a escola, como instituição social, pode desempenhar um papel estratégico como espaço de crítica ao consumo social das mídias. Pode e deve desempenhar tal papel. Tanto mais presente e consistente for a crítica que a escola endereçar as mídias, tanto mais forte será a resposta social à sua produção. Por meio de uma "pedagogia dos meios" – recepção e produção crítica -, a escola pode trazer contribuições para a construção de valores e consciências abertas a oferecer respostas que contribuam para o desenvolvimento do consumo cultural reflexivo, questionador e educativo, tão importante para a construção de uma sociedade cidadã. (OROFINO in FANTIN; GIRARDELLO, p. 132, 2008 apud FELIPE, 2009, p. 76).

O objetivo geral desse artigo é descrever e apontar a percepção da ecologia de saberes no Programa de Alfabetização Audiovisual focando numa de suas ações, o Festival Escolar de Cinema, que busca oportunizar acesso dos estudantes às salas de cinema, traduzindo sua linguagem audiovisual em discussão de aprendizado em relação aos temas e enredos assistidos. Nessa premissa, emerge a construção do saber, sob o despertar de um olhar mais visível e crítico, que os torna em cidadãos absolutos. A metodologia do artigo foi bibliográfica.

Este artigo está dividido nesta introdução; o desenvolvimento com o referencial teórico e, na sequência, as partes relacionadas à discussão dos dados e conclusão e, por último, as referências.

2 Referencial Teórico

Não é novidade que em muitos países, a educação é tida como uma das premissas para a promoção social e econômica, fazendo parte constante das agendas políticas, em importância de investimento para a entrada e permanência dos estudantes na escola. A educação é responsável pela formação das pessoas, que engloba o processo psíquico, social, ético, moral e intelectual, ainda fomenta as habilidades de cada indivíduo no processo de ensino e aprendizagem e a preparação para o acesso ao ensino superior. Para tanto, em tempos de globalização, procura-se inovar com assuntos e temas, que propiciem uma relação dialógica criativa entre professores, profissionais e alunos, numa visão mais analítica, crítica e abrangente para enfrentamento do mundo.

> Nesse sentido, educar para a cidadania envolve: educação inclusiva e baseada no reconhecimento dos direitos universais; aspectos formais e jurídicos da cidadania aos direitos sociais e culturais; educação escolar com trabalho transversal entre as disciplinas, considerando o currículo explícito e implícito; educação que coopere com associacionismo e vise à solidariedade. Assim, educar para a cidadania implica favorecer a interação como território, desenvolver identidades múltiplas e complexas e promover um sentimento de pertencimento ao contexto local, nacional e global. (FANTIN, 2006, p. 39 apud FELIPE, 2009, p. 46).

Nesse sentido, ao referirem-se as questões da Universidade no século XXI, o sociólogo Boaventura Sousa Santos (2004) acredita que a ecologia de saberes é uma soma de práticas que favorecem novas convivências ativas de saberes na tese de que todos eles, incluindo o saber científico, podem enriquecer-se nesse diálogo. Nessa relação dialógica, a ecologia dos saberes incorpora a pluralidade nessas relações Universidade e sociedade e o reconhecimento científico que nelas intervêm, que exige constante reformulação de sua atuação, num permanente processo de tornar-se uma instituição geradora de conhecimento e também de constante troca de saberes, acadêmicos e populares com a visão integrada no social e na participação efetiva da sociedade.

> Nossos compromissos – com o conhecimento como patrimônio social, com a Educação como serviço público, com a qualidade, a liberdade e a autonomia acadêmica, com a diversidade cultural, com a pesquisa como fator essencial para a progressão do conhecimento, com a cooperação internacional, com a busca da pertinência entre a Educação e as demandas sociais (PANIZZI, 2002, p. 12).

Assim, neste contexto, as interações da Universidade com a sociedade favorecem a construção de estratégias para a valorização e construção da Ecologia dos Saberes, de reconhecimento e de respeito à diversidade cultural. Tais pontos se caracterizam de suma importância à sociedade, tendo por base princípios e valores e a própria missão da UFRGS. O Plano Nacional de Educação orienta diretrizes, metas e estratégias para a política educacional, quando defende o acesso e o direito à educação básica com qualidade, à universalização do ensino obrigatório, e à ampliação das oportunidades educacionais. Ainda determina o combate às desigualdades e à valorização da diversidade, base para promover a igualdade, introduzindo programas de inclusão e de ações afirmativas. Nas metas seguintes ocupa-se da formação e valorização dos profissionais da educação, condição estratégica para se alcançar as orientações anteriores, e ainda se estende ao ensino superior.

Nessa premissa, Speller, Robl e Meneghel (2012) ressaltam o compromisso social e de inovação da Educação superior, referente à geração da ciência, tecnologia e inovação, visando o compromisso de responder às necessidades locais e regionais, bem como, com a formação continuada viabilizando acesso à Educação superior, por mérito. Dito de outra forma promove-se o compromisso social da Universidade com a geração do conhecimento e com a formação de professores promovendo a Educação de qualidade para todos.

Segundo Dias (2012), a necessidade de se inovar com a constituição de Universidades, engloba suas áreas articuladas com a inserção da interdisciplinaridade, concentrando, para isso, a formação no estudante, e instituindo-se sistemas flexíveis para estimular a promoção da extensão a fim de reforçar os vínculos com a sociedade, dentre outros. Assim, a Universidade traça seu propósito de formar pessoas capacitadas na busca de soluções democráticas para os problemas enfrentados pelos cidadãos na luta pelo desenvolvimento econômico e social, de acordo com a Lei nº 5.540/1968, de Diretrizes e Bases da Educação Superior (LDB).

> Em 2002/2003, elaborei, a pedido do Decanato de Extensão da UnB (Profa. Dóris de Faria) um documento intitulado 'Memórias da extensão na UnB nos anos duros dos setenta' e que a universidade publicou em uma de suas revistas. Ali, eu dizia: 'Um dos princípios fundamentais da Lei nº 5.540/68 que definiu a reforma universitária no Brasil no final dos anos sessenta era o de que as universidades devem basear suas atividades sobre um tripé formado pelo ensino, pesquisa e extensão'. O artigo 20 da Lei nº 5.540/68 dizia, então: 'as universidades e as instituições de Ensino Superior estenderão à comunidade, sob a forma de cursos e serviços especiais, as atividades de ensino e os resultados da pesquisa que lhe são inerentes' (DIAS, 2012, p. 52).

Desta forma, a necessidade de se aplicar os preceitos da função ética, que resulta no avanço da habilidade de crítica social, propiciando a formação integral e a formação de responsáveis capazes de iniciativas, preparados para o diálogo e para a estruturação de uma nova sociedade (DIAS, 2012).

> [...] As missões coincidem com as finalidades e os objetivos da instituição universitária: pesquisa, formação e serviço; contribuição para o desenvolvimento e a criação de uma sociedade mais justa; funções ou atividades que os estabelecimentos hão de exercer. (DIAS, 2012, p. 72-73).

Para tanto, alerta Borja (2002), não se pode caracterizar o conhecimento científico e tecnológico como um papel de dominação e exclusão social e de desgaste das sociedades. As Universidades do século XXI necessitam estar capacitadas para empenhar-se profundamente na sua função com o futuro, de modo a aproximar a ciência com a ética e ainda elevar seu pensamento e sua fala acima das desigualdades de toda ordem buscando reorganizar o caminho da humanidade.

Neste sentido, evidencia-se a emergência da Universidade em realizar um entendimento mais abrangente e pautado nos propósitos e transformações da sociedade, onde a Universidade é cada vez mais forçada, pelos apelos da coletividade, a assumir inúmeras atribuições, principalmente nos últimos anos, com relação às exigências de mercado. É atribuição de a Universidade traçar uma compreensão ampla e pertinente às finalidades da sociedade, bem como modernizar-se e adaptar-se aos novos tempos, levando-se em conta os aspectos do país e da internacionalização. É importante destacar que tal processo está cada vez mais intenso na Educação Superior, em função da reação do caráter mundial da aprendizagem, da cooperação internacional e das pesquisas.

> A Educação Superior é um patrimônio público na medida em que exerce funções de caráter político e ético, muito mais que uma simples função instrumental de capacitação técnica e treinamento de profissionais para as empresas. Essa função pública é a sua responsabilidade social (SOBRINHO, 2005, p. 8).

Assim, é característica inerente da Universidade "gerar e democratizar o conhecimento o que culmina em permanente atualização nas formas de saber-ser e saber-fazer" (HARVEY, 1992; SANTOS, 2001a apud CABRAL, 2012, p. 34). Com isso, as Universidades passam a ser amplamente provocadas pela coletividade e pelo Estado, abrindo um leque de reflexão acerca dos modos de ensino, de pesquisa, de extensão e de gestão frente a uma sociedade profundamente diferenciada e desigual geográfica, social, econômica e culturalmente.

Sendo assim, Sobrinho (2005) ressalta que a responsabilidade social da Educação Superior na sua essência, se constitui em gerar os conhecimentos possuidores não somente de valor científico, mas também de valor social e formativo para o cidadão. Ainda, conhecimento e formação imbuídos com os requisitos universais e expressivos para enfrentamento das ocorrências regional, nacional e mundial. Dessa forma, a Educação Superior deve caracterizar-se em um bem público e de fato propiciar o conhecimento e a formação como bem comum e direito de todos.

A Educação, no século XXI, deverá ser uma Educação de acompanhamento ao longo da vida, atribuindo diferentes sequências de aprendizagem, que englobe a Educação Básica, Secundária e Superior, promovendo a formação da educação infantil, de jovens e de adultos.

> A UFRGS deverá estar atenta para participar de forma efetiva na elaboração e avaliação de políticas públicas voltadas para a maioria da população. (UFRGS, 2015, p. 27-29).

Nessa premissa, Santos (2006), diz que no contexto da extensão, um dos tripés da Universidade, a interdisciplinaridade ocorre quando os saberes compartilhados são mutuamente prestigiados entre aqueles desenvolvidos pela sociedade e pelos setores da sociedade. Essa interação, entre conhecimentos científicos, saberes populares e práticas profissionais, é imprescindível para que ocorra a interdisciplinaridade, ou seja, a importância do compartilhamento entre as culturas e a troca de saberes, de experiências, de atitudes em relação à situação problema resultando no partilhar de visões de mundo.

Nesta premissa, chama a atenção que um dos pilares da Universidade, a extensão, é caracterizado como uma ação de interação entre a Universidade e a Sociedade. Assim, se mostra o Programa de Alfabetização Audiovisual, praticado na UFRGS, caracteriza-se por um processo interdisciplinar, que se presta ao desenvolvimento recíproco por meio de atividades de natureza científica, tecnológica, social, educativa, artística, cultural e política, no qual se incrementa uma interação que transforma não só a Universidade, mas também os participantes do evento, os professores, os alunos e os setores sociais com os quais ela interage (FORUM, 2013).

Desta forma, a atuação do Programa e da extensão universitária se articula com as políticas públicas e setores produtivos da sociedade, orientados pelo compromisso com o enfretamento da exclusão e vulnerabilidade sociais e combate a todas as formas de desigualdade e discriminação.

Quimelli (2016) reforça a tese de que é preciso criar no ensino, na pesquisa e na extensão, paradigmas sobre a "interação dialógica" que orientam a comunicação entre a Universidade e os demais setores da sociedade pautados pelo diálogo e pela troca de saberes. Com isso, o saber acadêmico trespassa o saber popular dando espaço para interações com os movimentos, setores e

organizações sociais. Neste sentido, o conhecimento gerado pela Universidade deverá ser um conhecimento novo preparado para atuar por igual com a sociedade no enfrentamento e na solução de problemas da desigualdade, da exclusão, como um agente facilitador da sociedade, tornando-a mais justa, ética e democrática. Sendo assim, proporcionando uma ecologia de saberes como sendo uma configuração de extensão ao contrário, de fora para dentro da Universidade, que "consiste na promoção de diálogos entre o saber científico ou humanístico, que a universidade produz, e saberes leigos, populares, tradicionais, urbanos, camponeses, que circulam na sociedade" (SANTOS, 2004, p. 76).

> A área de extensão vai ter no futuro próximo um significado muito especial. No momento em que o capitalismo global pretende funcionalizar a universidade e, de fato, transformá-la numa vasta agência de extensão ao seu serviço, a reforma da universidade deve conferir uma nova centralidade às atividades de extensão (com implicações no *curriculum* e nas carreiras dos docentes) e concebê-las de modo alternativo ao capitalismo global, atribuindo às universidades uma participação ativa na construção da coesão social, no aprofundamento da democracia, na luta contra a exclusão social e a degradação ambiental, na defesa da diversidade cultural (SANTOS, 2004, p. 73, grifo do autor).

Com isto, pode-se mencionar Cabral (2012), quando enfatiza que nas práticas das experiências extensionistas, busca-se a razão e a importância dessas quando se constata a pluralidade dos saberes, inseridos numa diversidade de relações, englobando todo o campo do saber fazer em extensão universitária com seus múltiplos meios. Dito de outra forma: o fazer acadêmico perpassa o conhecimento do Outro, através das experiências e da formação de um novo conhecimento. Desta forma, ambas, a Universidade e a sociedade, se completam em múltiplos saberes. Assim, pode-se parafrasear Boaventura de Sousa Santos, um "conhecimento prudente para uma vida decente".

> Para evitar isso, as atividades de extensão devem ter como objeto prioritário, sufragado democraticamente no interior da universidade, o apoio solidário na resolução dos problemas da exclusão e da discriminação sociais e de tal modo que nele se dê voz aos grupos excluídos e discriminados. (SANTOS, 2004, p. 74).

Assim, busca-se ocupar-se não somente do conhecimento técnico-científico, como também de autonomia subjetiva, de ética e de autorrealização, assim como no desejo de colaborar na construção de políticas de formação de uma cultura reflexiva, buscando a autonomia social, isto é, as alternativas disponíveis e possíveis para uma Ecologia de Saberes.

> A ecologia de saberes baseia-se na ideia de que o conhecimento é interconhecimento [...] Como Ecologia de Saberes, o pensamento pós-abissal tem como premissa a ideia da diversidade epistemológica do mundo, o reconhecimento da existência de uma pluralidade de formas de conhecimento além do conhecimento científico. Isto implica renunciar a qualquer epistemologia geral. [...] Em todo o mundo, não só existem diversas formas de conhecimento da matéria, sociedade, vida e espírito, como também muitos e diversos conceitos sobre o que conta como conhecimento e os critérios que podem ser usados para validá-lo. (SANTOS, 2007, p. 22-24).

Para tanto, Santos (2010) formulou a "Epistemologias do Sul", como um aglomerado de práticas e ações epistemológicas, que denunciam a extinção de saberes e é levado a cabo pela norma

epistemológica dominante. Prestigiam os saberes que ainda permanecem com sucesso e as considerações que estes têm gerado, assim como pesquisam as circunstâncias de um diálogo horizontal, entre conhecimentos diversos, ao qual se denomina de ecologias de saberes. Desta forma, o autor salienta que toda experiência social produz e reproduz conhecimento e, ao fazê-lo presume uma ou várias epistemologias.

Ressalta-se, portanto, que Epistemologia é toda a consciência ou conceito, contemplado ou não, sobre as condições do que conta como conhecimento válido, isto é, através do conhecimento que uma experiência social ou relações sociais resultam em intenções e acessíveis, culminando em diferentes epistemologias. Tal operação fica mais evidente quando estas relações sociais são constituídas por diferentes tipos, favorecendo a produção de culturas.

> A ecologia de saberes é um conceito que visa promover o diálogo entre vários saberes que podem ser considerados úteis para o avanço das lutas sociais pelos que nelas intervêm. É uma proposta nova e, como tal, exige alguns cuidados. Como é nova, o caminho faz-se ao caminhar. Não há receitas de nenhuma espécie. Quais são os principais cuidados? Em primeiro lugar, a Ecologia de Saberes não se realiza nos gabinetes das universidades ou nos gabinetes dos líderes dos movimentos [...]. Ela se realiza em contextos de diálogo prolongado, calmo, tranquilo [...].para que permitam que mais vozes surjam, que aquelas vozes mais tímidas e até inaudíveis se manifestem e que, portanto, o ambiente seja suficientemente inclusivo e acolhedor para que a diversidade de conhecimentos poder emergir. Portanto, em primeiro lugar, a Ecologia de Saberes é um processo coletivo de produção de conhecimentos que visa reforçar as lutas pela emancipação social (CARNEIRO; KREFTA; FOLGADO, 2014, p. 331).

Santos (2004), refletindo sobre a ecologia de saberes, salienta que conduz a uma transformação epistemológica na base da Universidade. Chama a atenção que a reforma da Universidade deva apenas abrir campos institucionais encorajando a sua ocorrência. Além disso, que promova os diálogos entre o saber científico ou humanístico, que a Universidade produz, e saberes leigos, populares, tradicionais, urbanos, camponeses, provindos de culturas não ocidentais (indígenas, de origem africana, oriental, etc.) que circulam na sociedade.

Nessa premissa, Santos (2004), ressalta a ideia de Universidade, sendo necessário conceber contextos adequados de abrangência financeira e institucional para que não sejam abafadas pelo capitalismo globalizado. Deve ser estimulada e ser permeável às emergências e urgências da sociedade, principalmente àquelas demandas vindas de grupos sociais. Assim, a Universidade também serve de campo para debates e de estudos de críticas emergentes da sociedade globalizada.

Nessa premissa, é oportuno mostrar o compromisso social, evidenciando "Uma ideia de universidade", por Cristovam Buarque, Reitor da Universidade de Brasília, afirmando que "a política da universidade deve combinar o máximo de qualidade acadêmica com o máximo de compromisso social. O que define o produto é a sua qualidade, mas o que caracteriza o seu uso é o seu compromisso amplo – a sua condição antielitista." (BUARQUE, 1986, p. 22 apud SANTOS, 2010, p. 400).

3 Método

Utilizou-se como método, a pesquisa tipo descritiva, baseada em pesquisa bibliográfica e consulta documental em documentos relacionados ao tema uma vez que o Programa Alfabetização Audiovisual, uma iniciativa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e nela encontram-se

arquivadas inúmeras informações a respeito. Para Minayo (2011), há diversas tipologias possíveis de pesquisa, quando recomenda empregar aquela que melhor destaca a natureza e qualidades do estudo. Para Prodanov e Freitas (2013) os procedimentos utilizados na coleta de dados, constituem-se na fonte de papel (pesquisa bibliográfica e pesquisa documental), colocando o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o assunto da pesquisa, ou seja, com referencial teórico. Quanto à abordagem qualitativa não há um rigor formal de medidas, devendo ser usada para compreender o ambiente pesquisado e, com isso, possibilitar a descrição dos acontecimentos, procurando, assim, indícios e evidências dos fatos. Para Triviños (2010), as definições dos fenômenos são tomados por significados que o ambiente lhes confere.

4 Análise e Discussão de Dados

Procurando evidenciar uma ecologia de saberes nas ações de extensão praticadas na Universidade, implicadas no Programa de Alfabetização Audiovisual, mais especificamente ao Festival Escolar de Cinema. Observou-se que as novas tecnologias interativas, propícias ao uso pedagógico, por meio de filmes e utilizando-se as linguagens audiovisuais ali contidas, associadas aos debates com profissionais participantes e mais os saberes populares, conjuntamente com o conhecimento científico da Universidade, podem fornecer grande aprendizagem, tanto para os professores, como para os alunos, num processo significativo na formação de cidadãos plenos e conscientes, críticos e transformados pela nova cultura e pelos novos saberes, assim como transformadores da sociedade. Percebem-se nesse contexto, as trocas de saberes acadêmicos e populares com a visão ajustada no social e com a participação efetiva da comunidade.

Com isso, a dinâmica pedagógica aplicada, programa uma função importante possibilitando a um novo conhecimento, um olhar atencioso e crítico com o próximo e com o mundo. Ainda, fazendo uma analogia sobre as questões emergentes da sociedade e a ecologia de saberes, que permeiam à Universidade, tem-se:

1. Envolvimento contínuo com a sociedade para formação de um pensamento reflexivo e crítico capaz de interagir com diferentes comunidades e diferentes pessoas numa relação dialógica entre setores e organizações reproduzindo um conhecimento não mero científico, mas um conhecimento novo e atuante por igual na solução dos problemas, das diferenças e da exclusão social e ainda na busca de um ambiente mais justo e democrático.

2. Atuação ordenada na política de formação continuada de professores e profissionais, visando o aprimoramento da formação escolar, reconhecendo as habilidades e fomentando alternativas disponíveis e possíveis para a ecologia de saberes numa reflexão crítica sobre as mensagens geradas nas telas dos cinemas e na tradução, reorganização e aplicação crítica e criativa.

3. *Feedback* sobre a forma de agir da nova geração, sendo susceptíveis a novos aprendizados, tendo em vista estarem sempre em contato com as novas tecnologias de comunicação e informação que favorecem o uso prazeroso de diferentes ferramentas interativas, num processo participativo de aprendizagem, que englobe indivíduo e conhecimento e adequação aos saberes coletivos.

4. Promover a formação continuada de professores, despertando habilidades de acesso a novas tecnologias e de conhecimento, assim como demais competências, pois a construção do aluno só é possível a partir da construção segura de diferentes saberes dos professores.

5. Permeabilidade às necessidades emergentes da sociedade, num ambiente inclusivo, agrupando-se àquelas vozes de grupos menos favorecidos e permitindo assim que mais vozes sejam ouvidas na heterogeneidade da sociedade. Vislumbra-se aí, campo fértil para debates críticos e desenvolvimento de diferentes conhecimentos e trocas de saberes, que leva à emancipação da sociedade.

6. Ensino de qualidade propiciando aos professores e aos estudantes a oportunidade de diálogo em condições de igualdade com a sociedade gerando potencial de valores e de exercício pleno e consciente da cidadania.

7. Articulação com as políticas públicas e setores produtivos da sociedade, orientados pelo compromisso com o enfretamento da exclusão e vulnerabilidade sociais e combate a todas as formas de desigualdade e discriminação. Promovendo ainda práticas acadêmicas de forma indissociável com o ensino e a pesquisa com vistas à promoção e garantia dos valores democráticos e com o desenvolvimento da sociedade em suas dimensões humana ética, econômica, cultural e social.

5 Conclusão

Neste artigo procurou-se abordar as questões sobre uma ecologia de saberes, contida no Programa de Alfabetização Audiovisual, mais especificamente sobre a ação de extensão, o Festival Escolar de Cinema, expressão da linguagem audiovisual dos filmes exibidos, assim como em alguns conteúdos sobre o ensino superior, presentes no contexto das ações do Programa, que movimentam outros segmentos da sociedade, envolvendo os profissionais da área que auxiliam com seus debates críticos na compreensão da linguagem e da vivência dos alunos participantes.

O Festival Escolar de Cinema, ou seja, a comunicação audiovisual ali presente, promovido pela ação da interação da Universidade com a sociedade, presente no tripé da Universidade: pesquisa, ensino e extensão, se voltam para a realidade do público infantil, adolescente e adulto, no caso os estudantes da rede pública de ensino e também para a formação dos professores, impulsionando a atuação dialógica e a visão crítica para despertá-lo de novos saberes e aprendizagens, valendo-se dessa linguagem, como instrumento de trabalho.

O evento se mostra como importante ferramenta pedagógica para o aprofundamento e discussão de temas significativos e notícias regionais, nacionais e mundiais, utilizando-se os eventos e as tecnologias, a serem utilizadas pelas escolas como forma de impulsionar a educação para um ensino eficaz e de qualidade.

A alfabetização audiovisual é um meio importante, que reflete o desenvolvimento para novas formas de aprendizagem, com mais interatividade despertando mais a atenção e estímulo em temas da nossa sociedade e da nossa cultura. Assim, as novas linguagens, baseadas em tecnologias de comunicação e informação audiovisual diferem daquelas do passado que utilizavam somente a forma escrita, que, para tanto, devem associar-se a outras ferramentas e saberes diversos da realidade dos alunos e professores na compreensão de mundo. Para tanto, a Universidade se faz presente, na sua aproximação para troca de experiências e de atitudes, na sua aproximação para com a realidade social e para novas leituras em diferentes culturas, crenças, hábitos e respeitabilidade de valores éticos.

Referências

BORJA, Rodrigo. Educação, globalização e sociedade do conhecimento. In: PANIZZI, Wrana Maria (Org.). *Universidade*: um lugar fora o poder. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

BRASIL. *Plano Nacional de Educação*. Ministério da Educação. Disponível em: http://pne.mec.gov.br/. Acesso em: 08 abr. de 2017.

CABRAL, Nara Grivot. *Saberes em extensão universitária*: contradições, tensões, desafios e desassossegos. 2012. 259 p. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação. Programa de Pós-Graduação em Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

CARNEIRO, Fernando Ferreira; KREFTA, Noemi Margarida; FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues. Práxis da Ecologia de Saberes: entrevista de Boaventura de Sousa Santos. *Tempus*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 331-338, jun./2014.

DIAS, Marco Antonio Rodrigues. Inovações na Educação superior: tendências mundiais. In: SPELLER, Paulo; ROBL, Fabiane; MENEGHEL, Stela Maria (Orgs.). *Desafios e perspectivas da educação superior brasileira para a próxima década 2011-2020*. Brasília:

UNESCO, CNE, MEC, 2012. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002189/218964POR.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.
FELIPE, Eloisio Lopes. *Não se perca no controle remoto: uma experiência de mídia-educação na escola. 2009. 104 f.* Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <www.ppge.ufpr.br/teses/M09_felipe.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017.

FORPROEX – FÓRUM DE PRÓ-REITORES DE EXTENSÃO DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS. *Política Nacional de Extensão Universitária*, 2012. 40 p. Disponível em: <http://www.renex.org.br/documentos/2012-07-13-Política-Nacional-de-Extensao.pdf>. Acesso em: 25 out. 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social*: teoria, método e criatividade. 29ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

PANIZZI, Wrana Maria. *Universidade*: um lugar fora o poder. In: PANIZZI, Wrana Maria (Org.). *Universidade*: um lugar fora o poder. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico*: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

QUIMELLI, Gisele Alves de Sá. Interação Dialógica: a voz da extensão universitária. In: GONÇALVES, Nádia Gaiofatto; QUIMELLI, Gisele Alves de Sá (Orgs.). *Princípios da extensão universitária*: contribuições para uma discussão necessária. Curitiba: CRV, 2016, p.16-36.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Universidade no Século XXI*: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais* [s. l.], n. 78, 2007, p. 3-46. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/.../147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf>. Acesso em 11 nov. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M.P. (Orgs.). *Epistemologias do sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Maria Lucimara dos. *Extensão universitária e interdisciplinaridade*: uma discussão em torno da universidade contemporânea. In: EDUCERE – CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 06, 2006. Curitiba. *Anais*... Curitiba: PUCPR, 2006. Disponível em: <http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2006/anaisEvento/docs/CI-254-TC.pdf>. Acesso em: 28 out. 2016.

SOBRINHO, José Dias. Educação superior, globalização e democratização. Qual universidade? *Revista brasileira de educação*, Rio de Janeiro, n. 28, jan./abr. 2005. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782005000100014>. Acesso em: 26 set. 2016.

SPELLER, Paulo; ROBL, Fabiane; MENEGHEL, Stela Maria (Orgs.). *Desafios e perspectivas da educação superior brasileira para a próxima década 2011-2020*. Brasília: UNESCO, CNE, MEC, 2012. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002189/218964POR.pdf>. Acesso em: 29 set. 2016.

TRIVIÑOS, Augusto Nibaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais*: a pesquisa qualitativa em Educação. São Paulo: Atlas, 2010.

UFRGS. Conselho Universitário. Interação Acadêmica. *Decisão nº 193/2011*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/consun/legislacao/legislacao>. Acesso em: 30 jun. 2016.

UFRGS. *Plano de Desenvolvimento Institucional PDI 2016 – 2026*: "Construa o Futuro da UFRGS". 2015. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/consun/legislacao/documentos/decisao-no-179-2016-anexo>. Acesso em: 20 jul. 2016.

REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO TRABALHO COOPERATIVO DE RECICLAGEM

Rita de Cássia da Rosa Sampaio Brochier,
Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais;
ritadecassia.brochier@gmail.com

Maria de Lourdes Borges,
Professora e Pesquisadora do PPG Memória Social e Bens Culturais;
maria.borges@unilasalle.edu.br

Resumo:

O objetivo deste trabalho é o de refletir sobre algumas representações sociais no trabalho cooperativo de reciclagem de resíduos pós-consumo. O método utilizado para o desenvolvimento deste estudo é qualitativo. Foram aplicadas seis entrevistas semiestruturadas (16 questões), entre os meses de março e maio de 2015 realizadas com cooperados da COOPCAMATE (contexto empírico). As observações foram registradas em diário de campo que registrou em 151 laudas as 28 visitas na cooperativa. Os dados foram analisados segundo a Análise de Conteúdo. Foram analisadas falas de cooperados que se referiam às representações sociais no trabalho da Coopcamate, sob o entendimento dos autores (MOSCOVICI, 2007; JODELET, 2001; JOVCHELOVITCH, 2011). Foram identificadas representações sociais atribuídas ao dinheiro que uma cooperada recebe ao final do mês, sendo que nesse sentido o movimento reflexivo identificado refere-se ao objeto monetário (JODELET, 2001). Outra cooperada refere que gosta de trabalhar na cooperativa, onde percebe-se uma representação social embasada em relações recíprocas que ali se encontram (JOVCHELOVITCH, 2011). Ainda, a atividade laboral realizada na cooperativa, muitas vezes, não é reconhecida como um trabalho quando se analisa sob o prisma das representações sociais, o qual pode estar significando, conforme aponta (JOVCHELOVITCH, 2011) que ocorre uma reprodução sobre a representação social e o trabalho do catador na sociedade, tornando-o invisibilizado. Bem como, muitos cooperados consideram como algo a ser almejado, um trabalho com carteira assinada, onde se verifica que a valorização da carteira assinada se legitima pelas práticas sociais mais amplas (JOVCHELOVITCH, 2011). O artigo é encerrado com as conclusões, limitações e sugestões de pesquisa.

Palavras-chave: Representações Sociais. Cooperativa. Reciclagem.

1 Introdução

A teoria das representações sociais dedica-se a compreender como se dá o processo de popularização do conhecimento científico, transformado pelos indivíduos, em sua vida cotidiana, em saberes populares (MOSCOVICI, 2007).

Assim, as representações sociais como o conjunto de valores, ideais e práticas compartilhadas (MOSCOVICI, 2007) podem ir ao encontro do que pressupõe o trabalho cooperativo na economia solidária, em que cooperação e a autogestão, desenvolvem-se em práticas

colaborativas oportunizando o próprio cooperado/trabalhador fazer a gestão do empreendimento, promovendo maior significação da sua participação no contexto da economia solidária.

Nesse contexto, o objetivo deste trabalho é o de refletir sobre algumas representações sociais no trabalho cooperativo de reciclagem de resíduos pós-consumo. Para tal, utilizou-se como método a pesquisa qualitativa, com a exploração de dados primários coletadas para a pesquisa de mestrado da primeira autora e analisados sob outra categoria analítica.

O artigo foi organizado em cinco partes: introdução, desenvolvimento, em que serão abordados os temas: representações sociais, o trabalho cooperativo na COOPCAMATE, em seguida, a apresentação do método e da cooperativa, e por fim, as considerações finais.

2 A teoria das representações sociais

A teoria das representações sociais teve origem na França em 1960 por Serge Moscovici no âmbito da psicologia social, enfatizando as particularidades dos "fenômenos representativos na sociedade contemporânea". As inquietações de Moscovici surgem a partir do entendimento de que a psicologia não dava conta sozinha de todas as questões psíquicas da sociedade e que nem a sociologia dava conta de todas as questões sociais da sociedade, assim, as duas não poderiam ser estudadas separadamente. Sua primeira obra referindo-se ao tema foi escrita em 1960 (A Psicanálise, sua imagem e seu público), mas traduzida para o português somente em 2012. A principal ideia do autor nesta obra foi o de analisar como se dava a apropriação de conceitos científicos pela população e de que forma esses conceitos se transformam em saberes populares, ou seja, em manifestações da vida social (JODELET, 2001). Para Moscovici (2007) as representações são ditames, são e estão presentes na vida social, antes mesmo de nascermos, assim as representações são reconhecidas como fenômenos e não como conceito.

Para Durkheim (1970) a vida coletiva é formada por representações, segundo Jodelet (2001), Émile Durkheim foi o primeiro a sinalizar as manifestações sociais (a partir de ideias de coletivo). O campo da sociologia, fundada dos Émile Durkheim, elegeu o "social" como matéria de estudo em que a existência única do gênero é composta por "fatos sociais". Os fatos sociais são definidos por Durkheim como a forma de "agir, pensar e agir" em sociedade, ou seja, o "conhecimento dos fenômenos sociais" (MELO, 2010, p.76-79).

As manifestações sociais são constituídas por elementos e saberes reais, como: valores, opiniões, atitudes, crenças e etc. Tais elementos caracterizam a representação social como uma forma de conhecimento, construída (processos) e compartilhada socialmente (produtos e conteúdos). Assim, a representação refere-se ao movimento reflexivo que um sujeito atribui a um objeto, podendo ser uma coisa, uma pessoa, um acontecimento, uma teoria, um fenômeno natural (JODELET, 2001). Ou seja, a representação social se constitui na representação de algo como objeto e de alguém como sujeito, portanto, entende-se que não existe representação sem que exista um objeto, uma vez que, o movimento reflexivo estabelece a conexão entre sujeito e objeto.

Para Jovchelovitch (2011) a representação se estabelece nas relações recíprocas do eu do outro e do objeto, produzindo sentido de interpretar a realidade. Para a autora, a representação também se estabelece em instituições, ações sociais e na vida social em que há interação entre grupos e comunidades. Desse modo, a representação social se compõe em percepções do mundo,

por meio dos conhecimentos cotidianos e as interelações dos atores sociais no e com o mundo (JOVCHELOVITCH, 2011).

A teoria das representações sociais dedica-se a investigar o modo que os saberes sociais se desenvolvem como processos relacionais e interações sociais, sob o aspecto empírico da sociedade em relação a objetos sociais, ou seja, a experiência de produção e reprodução da sociedade em relação a objetos sociais. Tais saberes produzidos na vida cotidiana se legitima sob os aspectos das práticas sociais, tradições culturais, identidades, relações e a história de uma comunidade. Igualmente esses aspectos compreendem o conjunto do conhecimento, promovendo a representação simultânea nos mundos objetivos, subjetivos e intersubjetivos. Assim, teoria das representações busca restaurar a condição em que a teoria do conhecimento conectada aos saberes da vida cotidiana e também o senso comum se manifestam – "entender os entendimentos" (JOVCHELOVITCH, 2011).

As representações são produzidas por um indivíduo para que este se convencione com o mundo, um mundo de pessoas em constante interação, assim as representações são sociais porque o mundo é compartilhado, formatado nas interações cotidianas (JODELET, 2001). A constante interação das pessoas no mundo exige a criação de representações. Essas representações permitem que as pessoas se regulem a esse mundo que é compartilhado nas interações cotidianas, por isso, estas representações são sociais. Portanto, entende-se que as representações sociais são uma maneira de se popularizar os saberes científicos. As representações sociais são um conjunto de valores, ideias e práticas compartilhadas, que permitem o estabelecimento de uma ordem e capacitam os indivíduos a se orientarem no seu mundo material e dominado, de forma a valorizar o conhecimento produzido no cotidiano das pessoas comuns.

O compartilhamento de valores, ideais e práticas pode ir ao encontro do que pressupõe o trabalho cooperativo na economia solidária, em que cooperação e a autogestão, segundo Gaiger (2004), são o foco de diferenciação da economia solidária ao capitalismo. Na cooperação, desenvolvem-se as práticas colaborativas e a autogestão oportuniza que o próprio cooperado/trabalhador faça a gestão do empreendimento, promovendo maior significação da sua participação no contexto da economia solidária.

3 Percurso metodológico

O método utilizado para o desenvolvimento deste estudo foi o método qualitativo. Tal método foi escolhido porque permite que um fenômeno possa ser compreendido sob as perspectivas dos participantes (STRAUS; CORBIN, 2009). O percurso metodológico envolveu seis entrevistas semiestruturadas, contendo dezesseis questões, realizadas entre os meses de março e maio de 2015. Os participantes foram: a presidenta, o tesoureiro, a secretária, uma coletora e três cooperados da produção da Cooperativa COOPCAMATE. Além das entrevistas, houve a necessidade em adotar uma forma de registro das observações, que denominamos de diário de campo. Optou-se por tal fonte de dados, pois se entende a importância do foco sobre os registros que contemplem de fato a necessidade do pesquisador (MAY, 2004). O diário de campo registrou em 151 laudas as 28 visitas na cooperativa (entre março e setembro de 2015) e ao final de cada observação, foram registradas, reuniões, conflitos, ações observadas, bom como as impressões do dia. Os dados sistematizados

foram analisados por meio da Análise de Conteúdo. Importante destacar que os dados utilizados neste estudo, fazem parte do *corpus* de dados da dissertação de mestrado da primeira autora.

4 A COOPCAMATE

A COOPCAMATE - Cooperativa de Catadores de Material Reciclável da Mathias Velho é um empreendimento econômico solidário que atua no campo da reciclagem de resíduos pós-consumo e está localizada no Bairro Mathias Velho na Cidade de Canoas. Iniciou suas atividades de coleta e triagem no ano de 1986 com cinco moradores do bairro Mathias Velho na cidade de Canoas/RS. Em 1995, o grupo se formalizou como associação. No ano de 2003, o grupo se formalizou como cooperativa. Sete anos mais tarde, em 2010, a COOPCAMATE passou a integrar a coleta seletiva de Canoas, sendo o trabalho regido por um contrato de prestação de serviços com pagamento de verba mensal à cooperativa pelo serviço prestado de coleta seletiva nos bairros da cidade de Canoas. Apesar do alto índice de rotatividade, a Cooperativa conta com 25 cooperados aproximadamente.

5 A representação social no trabalho cooperativo na COOPCAMATE

Observa-se, na fala da cooperada, [registrada no diário de campo] durante a apresentação do diagnóstico da pesquisa do mestrado, na cooperativa, a sua motivação pelo trabalho: “Eu tô aqui porque eu preciso de dinheiro, senão eu nem tava trabalhando na cooperativa, eu tava em casa” (DIÁRIO DE CAMPO – 09/06/2015). A cooperada expressa que sua motivação pelo trabalho na cooperativa é o dinheiro que recebe ao final de cada mês. Porém, pode haver ambiguidade nesta fala, entendendo-se a necessidade de uma remuneração mensal por parte da cooperada, mas também, pode-se entender que esta seja sua única alternativa de trabalho, pelo menos no momento, uma vez que ela declara que caso não fosse pelo valor que recebe ‘estaria em sua casa [sem trabalhar fora]’. Destaca-se que esta cooperada é associada há mais de um ano e que já tinha trabalhado no empreendimento em 2012, saiu e retornou em 2014. Talvez esta informação reforce que trabalhar na cooperativa seja uma alternativa, talvez a única, pois trabalhou um período com o grupo, retirou-se e, um tempo depois, retornou. Para Jodelet (2001) a representação social caracteriza-se em um movimento reflexivo e nesse sentido o movimento reflexivo identificado refere-se ao objeto monetário, que em si tem várias significações sociais.

Outra cooperada, no mesmo encontro, também expressa sua motivação ao trabalho na cooperativa “Eu gosto de trabalhar aqui, eu gosto do que faço” (DIÁRIO DE CAMPO – 09/06/2015). Nesta fala, observa-se, com clareza, que o trabalho na cooperativa é uma escolha dessa trabalhadora, reforçada pela informação de que esta cooperada é associada na cooperativa há 14 anos. Portanto, pode-se entender que a representação social que esta cooperada faz do seu trabalho na cooperativa é o de estabelecimento de uma relação recíproca com o ambiente e as pessoas inseridas nele.

Em um excerto de uma entrevista, outra cooperada também enfatiza o motivo pelo qual trabalha na cooperativa: “Éééé que, como eu não tinha, como é que eu vou dizer, outras

oportunidades por causa do estudo, né, eles pede escolaridade completa, aquela coisarada toda, daí eu vim direto pra cá, daqui não saí mais [...] sete ano" (ENTREVISTADO AC). Observa-se, na fala do entrevistado AC, que trabalhar na cooperativa foi sua única opção e que isto é justificado, no seu entendimento, por sua baixa escolaridade, bem como está ainda é a razão pela qual permanece no grupo. Observa-se que essa cooperada criou percepções do seu mundo com o mundo do seu trabalho, ou seja, compôs percepções do seu mundo, por meio dos conhecimentos cotidianos e as interelações outros cooperados (JOVCHELOVITCH, 2011).

Contudo, questiona-se qual o significado do trabalho na cooperativa para eles? E o que se pode observar, no desenvolvimento da pesquisa de mestrado da primeira autora, é que parece não haver, por alguns cooperados, o reconhecimento da atividade de catador como uma atividade de valor. Como o excerto a seguir exemplifica.

> E2 - Um cooperado mencionou que conversava com uma colega sobre estudar, na ocasião dava-lhe conselho para que estudasse, pois a ajudaria a encontrar "um trabalho". Em outro momento, perguntei à presidenta por um cooperado que não estava na cooperativa naquele dia e ela me respondeu que ele tinha arrumado "um trabalho" e foi embora (DIÁRIO DE CAMPO – 24/03/15).

Em dois momentos no E2, percebe-se que os cooperados referem-se à oportunidade de trabalhar fora da cooperativa como "um trabalho". Nesse sentido, parece haver uma desqualificação referente ao trabalho que cada um faz na cooperativa. Assim, poder-se-ia pensar que o não reconhecimento do trabalho na cooperativa vai ao encontro do que Maciel e Grillo (2009) mencionam sobre a invisibilidade social do trabalho desqualificado, ou seja, a desvalorização do trabalho precário executado por milhões de trabalhadores brasileiros. Sendo assim, diante das evidências, trabalhar na cooperativa equivaleria a um trabalho desqualificado? As evidências indicam que a atividade laboral realizada na cooperativa, muitas vezes, não é reconhecida como um trabalho quando se analisa sob o prisma das representações sociais, o qual pode estar significando, conforme aponta (JOVCHELOVITCH, 2011) que ocorre uma reprodução sobre a representação social o trabalho do catador na sociedade, o qual é tornado invisibilizado.

Ainda, em outro momento, um cooperado relata que, para ele, a única diferença entre trabalhar na cooperativa e numa empresa tradicional, é o fato de que, na cooperativa, não possui carteira assinada. "E4 - Um dos cooperados, este mencionou que a única diferença de trabalhar numa cooperativa e numa empresa tradicional é a carteira assinada" (DIÁRIO DE CAMPO – 24/03/15). Nesse exemplo, a representação social da carteira assinada, pode ser explicado por Jovchelovitch (2011), pois destaca que os saberes produzidos na vida cotidiana se legitimam sob os aspectos das práticas sociais.

Para Gaiger (2004), a economia solidária é um modo de sobrevivência ao neoliberalismo. Singer (2008, 2011) entende que a economia solidária é uma alternativa ao modo de produção capitalista. Porém, a "alternativa" pode estar se mostrando mais como uma necessidade do que uma escolha. Nesse caso, a necessidade pode ser um limitador para a compreensão das diferenças entre a economia solidária e o sistema capitalista. Para Maciel e Grillo (2009), há uma vergonha em ser catador, mesmo quando eles próprios classificam como sendo um trabalho honesto. Os autores mencionam ainda que eles, os catadores, não compreendem a importância de seu trabalho na esfera ambiental no que tange à preservação do meio ambiente, que, por si só, era mais do que suficiente para que este trabalho fosse reconhecido e respeitado. Borges, Scholz e Rosa (2014) também destacam em seus estudos que alguns catadores se reconhecem zeladores do planeta, uma vez que,

em seu entendimento, desempenham um papel social enquanto catadores. As interações cotidianas de ser um catador, vão ao encontro do que Jodelet (2001) menciona sobre as representações serem produzidas por um indivíduo para que este se convencione com o mundo.

Todavia, o trabalho na cooperativa, para alguns cooperados, significa, além do seu sustento, o alimento diário fornecido.

> E5 - Para alguns cooperados, o trabalho na cooperativa representa mais que o sustento de sua família, pois é lá que fazem suas únicas refeições do dia (café da manhã, almoço e café da tarde) (DIÁRIO DE CAMPO – 24/03/15).

O trabalho desqualificado, mas honesto (MACIEL; GRILLO, 2009), garante o sustento e também o alimento, como é caso citado por cooperados da COOPCAMATE. Maciel e Grillo (2009) esclarecem que a diferença entre trabalho qualificado e trabalho desqualificado é uma questão hierárquica, procedente de um entendimento moral que classifica os tipos de trabalho, destacando os tipos de trabalho que provém de formação educacional e diminuindo o trabalho realizado por meio de recurso físico, como por exemplo, o trabalho braçal. E é esta classificação (braçal x intelectual) que define quem é quem na sociedade meritocrática. Pois envolve crenças arraigadas na sociedade – e por isso acabam como manifestações sociais - As manifestações sociais são constituídas por elementos e saberes reais, como: valores, opiniões, atitudes, crenças e etc. (JODELET, 2001)

Assim, os dados apresentados, indicam que as representações sociais dos trabalhadores da COOPCAMATE seriam: o pagamento ao final de cada mês, para uns uma escolha pelo trabalho cooperativo, para outros a única alternativa – inclusão social ou ainda, o alimento diário e o sustento de suas famílias.

6 Considerações Finais

Ao refletir sobre algumas representações sociais no trabalho cooperativo na COOPCAMATE, observa-se que os cooperados demonstram diferentes representações sobre o seu próprio trabalho. Um dos cooperados foi muito enfático sobre a representação financeira de seu trabalho na cooperativa, sendo o único motivo pelo qual esteja ali, embora, outras evidências (observadas no diário de campo da autora), demonstrem que para este cooperado, o trabalho na cooperativa seja sua única alternativa de trabalho e inclusão social, mesmo que este cooperado não reconheça esta condição. Porém, outra evidência demonstrada a partir da fala de outro cooperado, demonstra que se sente incluído socialmente ao trabalhar na cooperativa, uma vez que, sem estudo, não teve outras oportunidades de trabalho, reconhecendo o trabalho cooperativo, como seu trabalho.

Mas nem todos os cooperados reconhecem o trabalho na cooperativa como “trabalho”, já que se observou que eles mesmos falam e pensam em procurar “um trabalho”. Para muitos cooperados, o trabalho na cooperativa é passageiro e alternativo. Mesmo que este garanta seu alimento diário (cooperativa fornece café da manhã, almoço e café da tarde) ou ainda o sustento de suas famílias. Contudo, há exceções, pois também se observou no grupo que o trabalho cooperativo é uma escolha, a exemplo de cooperados que já estão vinculados à cooperativa há mais de 10 anos.

Seja qual for a representação do trabalho cooperativo para os catadores entrevistados da COOPCAMATE, entende-se, a partir das evidências que, o trabalho cooperativo, representa para além da geração do trabalho e renda, a construção de novos saberes na prática cotidiana do trabalho.

As limitações deste artigo referem-se à complexidade em termos teóricos e práticos do campo e da teoria estudada, e por isso, sugere-se que outras pesquisas sejam realizadas sobre representações sociais e o trabalho cooperativo em empreendimentos no campo da reciclagem.

Referências

BORGES, Maria de Lourdes; SCHOLZ, Robinson Henrique; ROSA, Graciema de Fátima. *Identidade, aprendizagem e protagonismo social: sentido do trabalho para sujeitos recicladores*. Revista Outra Economía, São Leopoldo, a.08, n.14, p. 83-98, 2014.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *O que é Economia Solidária?* Disponível em: < http://portal.mte.gov.br/ecosolidaria/o-que-e-economia-solidaria.htm >. Acesso em: out.2014.

DURKHEIM, Émile . *Sociologia e Filosofia.* São Paulo: Forense, 1970.
GAIGER, Luiz Inácio. *Sentidos e experiências da economia solidária no Brasil*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004.
JODELET, Denise (Org.). *As representações sociais*. Rio de Janeiro: Ed. da UERJ, 2001.
JOVCHELOVITCH, Sandra. *Os contextos do saber:* representações, comunidade e cultura. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011
MACIEL, Fabrício; GRILLO, André. O trabalho que (in) dignifica o homem. In: SOUZA, Jessé. *Ralé brasileira*: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

MAY, Tim. *Pesquisa social:* questões, métodos e processos. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2004.
MELO, Danilo Augusto S. *Memória social e criação: uma abordagem para além do modelo da representação.* Orientador: Miguel Angel de Barrenechea. Rio de Janeiro: UNIRIO/PPGMS; CAPES, 2010. Tese (Doutorado em Memória Social).
MOSCOVICI, Serge. *Representações sociais*: investigações em psicologia social. Editora Vozes: Petrópolis, 2007.
SINGER, Paul. *Entrevista:* Economia Solidária. Revista Estudos Avançados, São Paulo, v.22, n. 62, p. 288-314, 2008.

SINGER, Paul. Políticas Públicas para a Economia Solidária no Brasil. In: SIDNEY, Lianza e ADDOR, Felipe (Orgs.). *Tecnologia e desenvolvimento social e solidário.* Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, p.143.

STRAUSS, Anselm; CORBIN, Juliet. *Pesquisa Qualitativa:* Técnicas e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO *HABITUS* A PARTIR DAS VIVÊNCIAS NO ESPAÇO SOCIAL DA ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DA UFRGS

Evelin Stahlhoefer Cotta,
Mestrado em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE - Canoas.
Bibliotecária na Escola de Administração da UFRGS, evecotta@terra.com.br

Margarete Panerai Araújo,
Pós-doutorado em Administração Pública e de Empresas em Políticas Estratégicas pela FGV EBAPE/RJ. Professora Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE – Canoas, margarete.araujo@unilasalle.edu.br

Resumo:

A presente pesquisa objetivou investigar a criação de um novo *habitus* nos atores vinculados à Escola de Administração da UFRGS que completou 20 anos em 2016. Para tanto, foram realizadas entrevistas de história oral com agentes vinculados a ela durante este período cujas falas foram analisadas a partir de referencial teórico de Pierre Bourdieu. Evidenciou-se nas falas que o campo de pesquisa demonstrou as razões práticas de todas as relações sociais e interações junto aos agentes. As mudanças de entendimento e encaminhamento de vida a partir das experiências vivenciadas no campo acadêmico resultaram em transformações práticas, tais como: i) Docentes – aplicação de novas metodologias em sala de aula; descoberta do papel de líder, gerador e inspirador de conhecimento; maior respeito à participação dos alunos em sala de aula. ii) Discentes – descoberta de competências próprias; crescimento profissional e pessoal; vocação acadêmica. iii) Técnicos – sentido para a vida. Confirma assim, que as estruturas estabelecidas na EA contribuíram para a formação de um novo *habitus*, considerando os efeitos e os espaços de possibilidades desse campo social, da reprodução, do capital cultural, da conversão do olhar percebida em todos os atores sociais a ela vinculados.

Palavras-chave: *Habitus*. História da Escola de Administração da UFRGS

1 Introdução

As transformações econômicas, políticas, sociais e mesmo tecnológicas vivenciadas propiciam mudanças de paradigmas e incentivam movimentos diversos e muito ágeis tanto de atores quanto de instituições. A Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) passou por modificações importantes e rupturas epistemológicas em mais de um século de atuação. Nesta perspectiva precisou garantir inovação, além de ações educativas e tecnológicas no fazer massificante de conhecimento.

Em seus mais de 20 anos de existência, a Escola de Administração (EA) dedicou-se com empenho ao ensino, pesquisa e extensão. Forma profissionais, imbuindo-os de um *habitus* que se manifesta em novas maneiras de ser, agir e pensar no mercado de trabalho. Percebe-se a importância da instituição para o desenvolvimento econômico e social do Estado a partir de seus

egressos. São milhares de graduados em cursos presenciais e EaD desde a década de 60. Na pós-graduação lato sensu são mais de cinco mil especialistas formados desde a década de 80, também em EaD. Já na pós-graduação *stricto sensu* são mais de 1600 mestres e doutores formados desde a década de 70. Para servidores que atuam na instituição, docentes e técnico-administrativos, a Universidade se apresenta como oportunidade para desenvolver carreiras e mudar expectativas de vida.

Justifica-se que para os atores envolvidos a importância de conhecer a história e a memória da instituição e, a partir delas, coletar evidências de como contribui para a construção de novo *habitus* é relevante, visto que fomentará novas construções para o campo acadêmico e novas trajetórias: pessoais, acadêmicas, profissionais e institucionais. A pesquisa desenvolvida é fruto de dissertação de mestrado que realizou um estudo analítico a partir do referencial teórico de Pierre Bourdieu, tendo como foco e problemática a construção do *habitus* a partir das evidências emanadas da pesquisa histórica e das entrevistas de história oral realizadas com atores vinculados à Escola de Administração da UFRGS entre 1996, ano de criação da unidade acadêmica, e 2016. Metodologicamente os depoimentos de história oral receberam formatação diferenciada no corpo do texto para não serem confundidos com as citações das obras.

O artigo está dividido nessa introdução, na seção teórica sobre *habitus*, campo e capital cultural para Bourdieu, seguido pela metodologia. Segue com as análises e considerações finais e as referências.

2 Principais conceitos de Bourdieu para a presente pesquisa

Esta sessão aborda alguns conceitos da sociologia e da forma investigativa de Pierre Bourdieu a respeito das estruturas sociais. O sentido das ações nas estruturas sociais não são consideradas isoladamente ou individualmente, mas dependem de um sistema de relações. Nesta pesquisa são analisadas as relações entre os atores sociais e sua vinculação à Escola de Administração da UFRGS. Cada indivíduo, que nesta pesquisa é denominado ator ou agente, pois atua e é dotado de senso prático, de percepções, carrega consigo uma herança de vivências e lembranças próprias e que refletirão no seu estilo de vida, de agir e de pensar. Esta experiência é passível de mudanças a partir de novas interações do agente em diferentes relações experimentadas. Em outras palavras, o *habitus* "é esse princípio gerador e unificador que retraduz as características intrínsecas e relacionais de uma posição em um estilo de vida unívoco, isto é, em um conjunto unívoco de escolhas de pessoas, de bens, de práticas" (BOURDIEU, 2007a, p. 21).

Experiências vividas, que marcam corpo e espírito e que seriam como a história de vida exposta na forma de pensar, agir, classificar, escolher, isto é "Os *habitus* são princípios geradores de práticas distintas e distintivas". (BOURDIEU, 2007a, p. 22). É uma prática inerente ao agente social e que o distingue dos demais. Por isso é considerado um conhecimento adquirido ou um conjunto de saberes acumulados no presente e no passado (BOURDIEU, 2005).

A formação do *habitus* começa na relação familiar, instituição responsável por inculcar características que acompanham o indivíduo ao longo de sua trajetória de vida. Entre os processos de socialização, Bourdieu destaca, além da família, a escola e o Estado.

> [...] a família tem um papel determinante na manutenção da ordem social, na reprodução, não apenas biológica, mas social, isto é, na reprodução da

> estrutura do espaço social e das relações sociais. Ela é um dos lugares por excelência de acumulação de capital sob seus diferentes tipos e de sua transmissão entre as gerações [...]. (BOURDIEU, 2007a, p. 131).

Por isso, família e escola são os meios que reproduzem as desigualdades sociais e legitimam inconscientemente esta reprodução. A construção do agente produz práticas individuais e coletivas que são verdadeiros produtos da história e das experiências passadas. São rotinas introjetadas que fazem o agente agir sem pensar e que o orientam em determinado meio da sua vivência social. O *habitus* carrega a trajetória histórica vivenciada, tanto individual, quanto coletiva, pois ambas são indissociáveis. O *habitus* configura-se como uma apropriação do vivenciado.

> A relação dóxica com o mundo natal, essa espécie de empenhamento ontológico que o senso prático instaura, é uma relação de pertença e de posse na qual o corpo apropriado para história se apropria, de maneira absoluta e imediata, das coisas habitadas por essa história. (BOURDIEU, 2005, p. 83).

O *habitus* incorporado passa a estabelecer relações de conduta nos mais diferentes campos de atuação do agente social. Por isso que Bourdieu considera estes dois conceitos, *habitus* e campo, como inseparáveis. O *habitus* modela o campo e é por ele modelado também. Dito de outra forma, em cada campo o *habitus* é formado por lutas entre agentes e grupos. Estas lutas determinarão as posições no campo e as posições no campo determinam o *habitus*. Portanto, o determinante das condutas são as posições ocupadas na estrutura social. O campo é um espaço de diferentes relações e diferentes embates empreendidos pelos agentes numa disputa pela dominação do campo. E estes agentes ocupam espaços variados, de acordo com o acúmulo de diferentes formas de capital (COSTA; CARRION, 2014, p. 294). O conceito de capital para Bourdieu deriva da noção econômica, onde se pode acumular, investir, herdar, por exemplo (THIRY-CHERCHES, 2006, p. 38).

Nas palavras de Bourdieu, campo é

> [...] um espaço multidimensional de posições, tal que qualquer posição atual pode ser definida em função de um sistema multidimensional de coordenadas cujos valores correspondem aos valores das diferentes variáveis pertinentes: os agentes distribuem-se assim nele, na primeira dimensão, segundo o volume global do capital que possuem e, na segunda dimensão, segundo a composição do seu capital – quer dizer, segundo o peso relativo das diferentes espécies no conjunto das suas posses (BOURDIEU, 2005, p. 135).

A distribuição de capital no campo não é uniforme, o que resulta em conflitos permanentes onde os que dominam defendem a permanência de seus privilégios, frente à inconformidade dos dominados. Bourdieu não concorda com a distinção marxista de classes sociais, pois sua teoria do espaço social pressupõe rupturas com aquela teoria e o economismo que resume o multidimensional campo social ao poder econômico. Bourdieu defende que as classes existem a partir de "distinções dentro do campo social, a partir das posições relativas entre os agentes" (COSTA; CARRION, 2014, p. 298). Em outras palavras, as posições ocupadas pelos agentes variam conforme as práticas, os bens, as maneiras de se portar e surgem diferentemente em cada sociedade a partir de sistemas simbólicos (BOURDIEU, 2007a). O capital simbólico, o mesmo que distinção, também pode ser chamado de prestígio ou fama que são as formas legítimas de qualquer tipo de capital.

As posições ocupadas pelos agentes no campo vão depender de diferentes tipos de capital: econômico, social, cultural, escolar (PINTO, 2005). Destaca-se nesta pesquisa o capital cultural que compreende o conhecimento, as habilidades e que correspondem às qualificações intelectuais

reproduzidas pela família e pela escola. O capital cultural pode existir de três formas distintas:

a) Estado incorporado: "está ligado ao corpo e pressupõe sua incorporação. [...] pressupõe um trabalho de inculcação e de assimilação [...]". (BOURDIEU, 2007b, p. 74). O estado incorporado é intrínseco ao indivíduo.

b) Estado objetivado: a posse de bens culturais, tais como quadros, livros, esculturas e que são passíveis de transmissão enquanto um bem tangível, mas que são altamente dependentes do estado incorporado para desfrutar deste bem (BOURDIEU, 2007b, p. 77);

c) Estado institucionalizado: com o diploma, através do capital cultural objetivado, codificado e burocratizado, se tem a garantia jurídica e convencional da competência cultural, social.

Porém, a posse de capital cultural incorporado e objetivado pode ser diferenciado e diferenciador na vida acadêmica que privilegia e reproduz tal diferenciação. Dito de outra forma, a posse de capital cultural determina um melhor desempenho acadêmico na medida em que favorece aprendizagens e o domínio dos códigos vigentes, "Uma particularidade do universo universitário é que hoje, nas nossas sociedades, seus veredictos seguramente estão entre os mais poderosos veredictos sociais. Alguém que outorga um título escolar outorga um certificado de inteligência [...]" (BOURDIEU, 2004a, p. 116).

Esta nominação oficial, juridicamente instituída gera um capital simbólico, como títulos acadêmicos, por exemplo, e, por conseguinte, um poder simbólico. O poder simbólico abarca o domínio das regras, dos códigos, das classificações, das ações e das percepções dentro de um campo para perpetuá-lo. A imposição e a reprodução da ordem social se dão através de códigos comportamentais, linguísticos e intelectuais. O poder simbólico

> [...] deve estar fundado na posse de um capital simbólico. O poder de impor às outras mentes uma visão, antiga ou nova, das divisões sociais depende da autoridade social adquirida nas lutas anteriores. O capital simbólico é um crédito, é o poder atribuído àqueles que obtiveram reconhecimento suficiente para ter condição de impor reconhecimento [...] (BOURDIEU, 2004a, p. 166).

Esta imposição do poder simbólico leva à violência simbólica que é exercida inconscientemente de uma cultura ou de uma classe sobre outra. A violência simbólica torna-se mais efetiva quanto menos for reconhecida pelos agentes como uma imposição de um sistema sobre outro, pois os códigos tornam-se naturais e universais. Este poder é invisível e conta com a cumplicidade dos que exercem ou ainda dos que são sujeitados a ele. Nas palavras de Bourdieu (2004b, p. 205), "[...] a violência simbólica é tanto mais presente quanto mais mascarada". O *habitus* enquanto uma disposição para a ação traz marcas da trajetória de sua construção, marcas estas que tendem a se reproduzir e fortificar através do poder simbólico e das estruturas objetivas do campo, como linguagem, história, cultura, costumes, práticas compartilhadas no grupo.

3 Caminho metodológico

A pesquisa científica vale-se do rigor e da formalidade para o alcance de novas realidades. Auxilia na compreensão do mundo, fornecendo respostas para os problemas de pesquisa mediante o uso de uma metodologia científica com o objetivo de evolução da ciência. Conforme Gil (2002, p.

17) “A pesquisa é desenvolvida [...] por métodos, técnicas e outros procedimentos científicos”. O foco desta pesquisa está baseado na teoria metodológica bourdiana. Utilizou-se uma abordagem qualitativa, de natureza aplicada, cujo objetivo foi desenvolver uma pesquisa descritiva e relacional. O método relacional que se impõem, segundo Bourdieu (2005, p. 27), é “[...] verificar que o objecto em questão não está isolado de um conjunto de relações de que retira o essencial das suas propriedades”. Em outras palavras, pensar o campo e os agentes em termos de relações.

Os procedimentos técnicos utilizados foram a pesquisa bibliográfica, documental e de campo. Os atores pesquisados foram os docentes, discentes e técnicos administrativos vinculados à Escola de Administração da UFRGS entre 1996, ano da criação da unidade acadêmica, e 2016. Foram escolhidos por intencionalidade a partir da posição estratégica ocupada no campo acadêmico.

A ideia de entrevistar diferentes atores recaiu na perspectiva de poder analisar e comparar as falas e de poder captar diferentes visões sobre o objeto estudado. Inicialmente imagina-se que quanto maior for o número de entrevistados, mais confiável e consistente se tornará a pesquisa. Porém, a metodologia que utiliza a história oral requer critérios qualitativos e não quantitativos.

> Assim, o número de entrevistados de uma pesquisa de história oral deve ser suficientemente significativo para viabilizar um certo grau de generalização dos resultados do trabalho, para permitir que se retire, do conjunto de depoimentos realizados, um instrumental consistente que fundamente sua análise (ALBERTI, 1990, p. 18).

O número de entrevistas pode ser pensado até “limitar-se ao ponto em que as experiências narradas se repetem” defende Meihy (2005, p. 85). Nesta pesquisa foram ouvintes 14 depoentes. O instrumento de coleta de dados foi um roteiro de entrevista de história oral, partindo de questões pré-estabelecidas de acordo com os objetivos propostos. A análise de dados se deu a partir da teoria de Bourdieu (método estruturalista) através da história oral.

A história oral é uma prática que utiliza depoimentos e testemunhos gravados que, após serem transcritos e analisados, se tornam documentos que facilitam o conhecimento do campo estudado. Esta prática requer um conjunto de procedimentos que prevê desde o planejamento das entrevistas, autorização de uso, até a análise conforme os objetivos da pesquisa. “História oral é uma alternativa para estudar a sociedade por meio de uma documentação feita com o uso de depoimentos gravados em aparelhos eletrônicos e transformados em textos escritos”, conceitua Meihy (2005, p. 18). Este conhecimento social da história oral acaba por questionar a tradição factual tornando o processo histórico inacabado e em constante transformação. “É isto que marca a história oral como ‘história viva’” (MEIHY, 2005, p. 19). E que valoriza a participação de cada depoente na construção da história institucional e que traz evidências da construção do *habitus* a partir do histórico vivenciado e verbalizado.

4 Evidências da construção de um novo *habitus*

Nesta sessão são apresentadas e analisadas as falas dos entrevistados que evidenciam a construção de um novo *habitus* quer pelas relações sociais vividas na Universidade, quer pelo conhecimento adquirido em sala de aula nos cursos oferecidos na Escola de Administração da UFRGS. Entretanto, destaca-se que a reformulação do *habitus* é constante e se dá por uma

apropriação sistemática do mundo socializado que é apropriada de forma inconsciente. A socialização permanente acontece por diferentes instâncias produtoras de sentido e experiências de vida, numa dinâmica de relações de socialização que torna cada agente com identidade social única e que o predispõe a escolhas únicas. Diferentes estruturas sociais, portanto, influenciam os comportamentos dos agentes que absorvem a subjetividade e os condicionamentos sociais.

Para uma melhor compreensão, as falas foram divididas em três subcategorias: experiências acadêmicas, experiências de vida e experiências empíricas. Isto não significa que tais experiências não estejam vinculadas umas às outras. Pelo contrário. Experiências acadêmicas resultam em experiências de vida, assim como experiências empíricas podem resultar em experiências de vida. E todas contribuem para a formação do *habitus*.

Vale ressaltar o que foi considerado sobre cada uma destas subcategorias. As experiências acadêmicas são aquelas vividas pelos agentes nas atividades estruturadas a partir de uma grade curricular e desenvolvidas dentro de sala de aula. Ou ainda, as atividades fora de sala de aula relacionadas ao conteúdo proposto pela disciplina ou relacionadas ao curso de Administração. As experiências de vida são experiências que podem ou não ter relação com a Universidade, mas que ao longo do roteiro de entrevista foram destacadas pelos entrevistados como importante para uma mudança do entendimento de vida. As experiências empíricas são aquelas relacionadas à prática da futura profissão e aplicação das teorias e técnicas a partir do conteúdo teórico acumulado. Também podem ser as participações nas instâncias administrativas da unidade acadêmica, ou ainda participação no centro acadêmico. Salienta-se novamente, que são diferentes configurações sociais as responsáveis pelos condicionamentos internalizados.

Subcategoria: Experiências acadêmicas

Os cursos de graduação são estruturados pedagogicamente com um currículo de disciplinas mínimo que contemplem a formação de alunos que se tornarão profissionais aptos a atuar no mercado de trabalho quando concluírem o curso. As disciplinas que utilizam exercícios práticos para fomentar o aprendizado foram as que mais foram lembradas.

> "Aí, na área de produção, [...] ele organiza uma fábrica, te mostra como é um processo Lean Manufacturing, né, que a gente faz aquela simulação e.... tá toda hora aplicando, testando, enfim, as diferentes metodologias... [...] Ele tinha lá uma metodologia, que era a 'Corrida dos Pontos'. , [...] onde a gente vai pegar uma empresa e fazer toda uma análise do mix de marketing dela, né, e as estratégias de marketing. [...] quem tirava primeiro lugar, ganhava três pontos e aquilo direcionava pra tua nota final. Então foi uma metodologia diferente e que motivava muita gente" (Aluno André Cherubini Alves).

Dando exemplos das práticas vivenciadas em sala de aula, o aluno inclusive citou as metodologias que foram destaque na sua trajetória acadêmica. Para aquém da importância de metodologias que utilizam a prática para fomentar a aprendizagem, o aluno entrevistado comentou que está direcionando sua carreira para a docência universitária o que provavelmente contribuiu para lembrança de tais experiências, pois tem forte interesse na área.

Na fala dos docentes, as metodologias que utilizavam práticas de ensino foram bastante citadas, dando o nome de pedagogia da prática:

> "Então, assim, a gente começou a instituir dentro do programa uma pedagogia da prática, que a gente chama tecnicamente, que é tu relacionar a reflexão com experiência. [...]" (Docente Roberto Lima Ruas).

> "Comecei a também trazer experiências de empresa, [...]. Primeiro jogava na prática, depois eles refletiam sobre a prática. [...] Comecei a usar artes dramáticas, [...] assim, simulações de situações. Então isso aí foi mudando um pouco e os alunos gostavam, evidentemente" (Docente Roberto Lima Ruas).

No mundo social, os atos de construção que utilizam as práticas e as representações são vistas como estruturante do agente social como produtor de sentido. "[...] um sistema de esquemas incorporados que, constituídos no decorrer da história coletiva, são adquiridos no decorrer da história individual e funcionam no estado prático e para a prática (e não para fins de puro conhecimento)" (BOURDIEU, 2008, p. 435). A lembrança de outro aluno sobre as aulas veio ao encontro de quanto foi positivo o conteúdo ministrado estar atrelado às vivências práticas:

> "Certamente hoje eu sou uma pessoa muito diferente do que quando eu entrei, assim, na Escola. Acho que a Escola te permite um crescimento tanto profissional, quanto pessoal, mudanças de visão de mundo, de entender muitas coisas." (Aluno Caio Koehler Sant'Anna).

O depoente evidenciou uma ampliação de visão do mundo a partir dos conhecimentos abordados que o auxiliaram num entendimento que ele direcionou para o lado econômico e de investimentos. A oscilação vivida no mundo econômico e financeiro no país que depende de uma série de conjunturas para se manter estável fez com que o agente destacasse este tipo de aprendizagem para ganho de autonomia. Condições diferentes de existência aconteceram também através de experiências que puderam ser encontradas em outras atividades acadêmicas:

> "Eu sempre busquei participar das atividades. Participei muito de semanas acadêmicas. Palestras feitas pela EA, pela UFRGS como um todo, assim, sempre busquei participar bastante. Acho que isso também sempre agregou muito na minha formação também como um todo, achava muito legal ter, porque normalmente são pessoas de fora" (Aluno Caio Koehler Sant'Anna).

A fala do entrevistado, além de ter denotado interesse pelas atividades acadêmicas oferecidas pela Escola e pela UFRGS, deu ênfase ao contato com pessoas fora da academia que foram convidadas a palestrar ou participar de tais atividades. Estas pessoas ofereceram sua experiência profissional como complemento ao ensino teórico. Evidenciou-se o interesse da instituição em oferecer pluralidade de informações e conhecimentos que não ficaram restritos a sala de aula exclusivamente. Tais oportunidades podem levar o agente a novas rupturas de paradigmas ou mesmo a uma reconversão das práticas engendradas. É o caso da lembrança do aluno que aplicou, na docência hoje praticada, experiência bem-sucedida no Projeto Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) que obteve no tempo em que esteve vinculado à EA:

> "Pra mim, para você ter uma ideia de quanto eu amo o PIBIC: na Nova Zelândia eu fundei um programa que é um mini PIBIC, [...] Me lembro uma vez que tinha um debate para reitor e eu fui chamado para mediar lá na ESEF. Todas essas coisas para mim foram uma escola, pra mim foi tão importante quanto o curso" (Aluno Eusébio Scornavacca Júnior).

Foram estas ações de inculcação, de transmissão de conhecimento legitimamente assegurados pela academia que se construiu a disposição geral e transponível para o agente a partir das práticas escolares, um acúmulo de experiências que são mais bem aproveitadas quanto maior for o capital cultural diretamente herdado pela instituição família (BOURDIEU, 2008, p. 27). É com

o acúmulo de conhecimentos que o agente alcança novas posições sociais obtidas pelo diploma, competência formalmente específica de posse de cultura geral que leva a uma aproximação do ser real do ser oficial (BOURDIEU, 2008).

Alguns docentes também lembraram atividades organizadas com o auxílio de discentes que propiciaram alternativas de aprendizagem, como a organização de um evento internacional que aconteceu sob responsabilidade da EA, e participação em eventos internacionais junto com os alunos:

> "Eu consegui trazer para cá uma reunião, uma enorme reunião do CLADEA, do Conselho Latino Americano das Escolas de Administração [...].Então isso aí nós fizemos, **e os alunos me ajudaram muito**, o Centro Acadêmico me ajudou muito, a empresa júnior me ajudou" (Docente Carlos Alberto Martins Callegaro) (Grifo das autoras).

> "Teve um evento que se chamava 'A Universidade frente aos desafios da sustentabilidade',[...]. **E era uma atividade** desenvolvida **com os alunos aqui**, mas que envolvia muita gente da sociedade, pessoas de órgãos ambientais, ONGS" (Docente Luis Felipe Machado do Nascimento) (Grifo das autoras).

A extensão, assim como a pesquisa e o ensino compõem o tripé que é a base da atuação da Universidade e que propicia complemento para a formação profissional, pois vincula a teoria à prática, como foi o exemplo citado por esta entrevistada:

> "Era um projeto de extensão, né? [...] os alunos que se matricularam na disciplina eram convidados a apresentar propostas de capacitação para a Vila Chocolatão. [...] Até, assim, o pessoal da ONU entrou em contato com a prefeitura na época, porque eles gostaram do modelo, como é que a coisa foi feito..." (Técnica administrativa Sandra Regina Cela).

A extensão é por natureza interdisciplinar, exigindo de quem participa das ações, conhecimentos transversais, que no caso do projeto acima mencionado pela depoente compreenderam conhecimentos sobre a forma de viver do grupo da Vila Chocolatão, atuação no mercado de trabalho, sustentabilidade, cooperativismo etc. Para a Universidade, representou uma oportunidade de ligação com a comunidade que a rodeia. Segundo Paula (2013, p. 6),

> [...] a extensão universitária é o que permanente e sistematicamente convoca a universidade para o aprofundamento de seu papel como instituição comprometida com a transformação social, que aproxima a produção e a transmissão de conhecimento de seus efetivos destinatários, cuidando de corrigir, nesse processo, as interdições e bloqueios, que fazem com que seja assimétrica e desigual a apropriação social do conhecimento, das ciências, das tecnologias.

Para o aluno envolvido foi uma nova oportunidade, respaldada pela Universidade que lhe deu condições de atuar para o desenvolvimento social do grupo de moradores da Vila Chocolatão. Conforme a fala da entrevistada, o modelo de atuação interessou a Organização das Nações Unidas (ONU), que tem como um de seus objetivos o desenvolvimento mundial. Verificou-se que tal experiência pode estabelecer um novo princípio gerador de disposição duráveis,

> o *habitus*, que se constitui ao longo de uma história particular, impondo sua lógica particular à incorporação, e por quem os agentes participam da história objetivada nas instituições é o que permite habitar as instituições, se apropriar

> delas na prática, e assim mantê-las em atividade [...] (BOURDIEU, 2009, p. 94).

Nas falas dos docentes transpareceram também a preocupação não apenas em formar, mas em transformar a presença ativa das experiências em esquemas de percepção, ação e pensamento (BOURDIEU, 2009, p. 90), como os cursos de mestrado interinstitucional (MINTER) oferecidos pela Escola de Administração em parceria com outras instituições de ensino superior:

> "É uma verdade inteira de que toda a vez que surgiu um MINTER, [...] a gente transformou aquela sociedade, em Caxias do Sul, em Santo Ângelo, em Bagé, em Lajeado, em Curitiba, em Jaraguá do Sul, [...] em hoje tem mestrado em Lajeado, tem mestrado até em Livramento já, lá na Unipampa e se tu for olhar esses caras são nossos" (Docente Henrique Mello Rodrigues de Freitas).

O entrevistado utilizou palavras fortes como "implodir" e "transformar" para destacar ao máximo o alcance que um curso de mestrado significou para os agentes envolvidos, pois foram capazes de mexer e ampliar em estruturas organizacionais onde atuavam a partir dos conhecimentos adquiridos no curso. E não apenas isto, mas na transformação de alguns destes agentes em docentes para atuar no ensino superior, "formados na imitação dos seus mestres e ocupados em formar mestres à sua própria imagem", como diz Bourdieu (2005, p. 261).

A vivência única transformou cada agente de forma diferente, como uma lógica particular de incorporação do conhecimento. Foram os condicionamentos vinculados a condições de vida que produziram *habitus*, que

> garante a presença ativa das experiências passadas que, depositadas em cada organismo sob a forma de esquemas de percepção, de pensamento e de ação, tendem, de forma mais segura que todas as regras formais e que todas as normas explícitas, a garantir a conformidade das práticas e sua constância ao longo do tempo (BOURDIEU, 2009, p. 90)

Nas lembranças revividas pelos agentes se evidenciou as novas formas de percepção, de agir e de pensar a partir da história incorporada que se tornou uma segunda natureza.

Subcategoria: Experiências de vida

A Universidade contemplou diferentes atividades e atuações que se tornaram capital cultural para o agente envolvido. Foram habilidades, informações adquiridas na forma de estado incorporado e que proporcionaram uma mudança de entendimento e expectativa de vida. Os intercâmbios proporcionados aos alunos que vão para o exterior são exemplos que foram lembrados pelos entrevistados.

> "Eu já tinha feito intercâmbio em 1999 por estímulo do meu pai também, nos Estados Unidos, numa casa de família. Então eu sempre gostei dessa função de viajar e fazer intercâmbios, né?" (Aluno André Cherubini Alves).

Nesta lembrança o aluno conferiu à família o incentivo para viagens de intercâmbio, demonstrando trazer de casa uma "transmissão doméstica do capital cultural" (BOURDIEU, 2007b p. 73). Capital herdado, segundo Bourdieu (2008, p. 27) "este capital é o produto garantido dos efeitos acumulados da transmissão cultural assegurada pela família". Dito de outra forma, funcionou como um incentivo para que o aluno quisesse repetir tal experiência dentro da

Universidade, só que agora, além da experiência de vida, o aluno enfatizou o ganho de novas experiências para sua formação acadêmica.

> "Daí depois fiz o intercâmbio na Flórida. [...] Aqui, pelos nossos professores, eu me lembro que era uma coisa mais... Os caras tinham experiência mesmo, de mercado e tudo... E, da própria pesquisa, né?" (Aluno André Cherubini Alves).

Com a vivência, o aluno teve condições de comparar as instituições onde esteve vínculado. Primeiramente ele diz que o distanciamento e a vivência em outra universidade propiciaram uma visão positiva da Escola de Administração. Em segundo lugar, em sua perspectiva, aquele ensino vivenciado fora do país foi "empacotado". O que pode dar a entender que se tratou do uso de metodologias sem criatividade, com mera reprodução de teorias, sem reflexão e comparação com a prática. Ao contrário do que acontecia na EA, onde aspectos da prática profissional e da pesquisa eram mesclados à teoria, conforme evocações na categoria de memória institucional já visto. O conhecimento adquirido de diferentes metodologias pôde auxiliar o aluno em escolhas de cursos ou treinamentos futuros.

O mesmo aluno teve oportunidade de participar do Projeto Rondon. O projeto foi coordenado pelo Ministério da Defesa com ação interministerial e parceria com instituições de ensino superior, como a UFRGS. Além de ter contribuído para o desenvolvimento local sustentável e promoção da cidadania, para os alunos envolvidos significou

> consolidar no universitário brasileiro o sentido de responsabilidade social, coletiva, em prol da cidadania, do desenvolvimento e da defesa dos interesses nacionais, contribuindo na sua formação acadêmica e proporcionando-lhe o conhecimento da realidade brasileira (PROJETO RONDON, [20--]).

A realidade brasileira vivenciada a partir da experiência da viagem ao norte do país ficou evidente na fala do aluno:

> "Do Colegiado surgiu a oportunidade também, meio que de última hora, de participar do Projeto Rondon, [...] Foi fantástica a experiência, porque foi conhecer um Brasil que a gente não conhece e não valoriza. [...] Eu valorizo muito mais o país hoje do que eu acho que eu valorizava antes" (Aluno André Cherubini Alves).

Além de demonstrar ter participado nas instâncias administrativas da unidade acadêmica como representante discente, o aluno demonstrou ter adquirido novos conhecimentos sobre o país, que até então desconhecia. Resultou em ganho de cidadania, confirmando os objetivos do Projeto Rondon e comprovando a teoria de que diferentes experiências podem contribuir para a mudança de *habitus*.

A Universidade também recebe alunos a partir de convênios com instituições de ensino superior fora do país. Segundo a Universidade Federal do Rio Grande do Sul ([201-]), apenas no ano de 2015 foram em torno de mil alunos vindos do exterior, principalmente de países como Colômbia, França, Argentina, Alemanha, México e países africanos lusófonos. O ex-aluno da EA se lembrou positivamente de colegas com quem teve contato durante o curso:

> "E uma coisa que eu acho que é bem legal, [...] pessoas de outras nacionalidades. Conheci um pessoal do Haiti, hm... De outras nacionalidades,

> assim, que tu acaba conhecendo outras culturas, outras visões de mundo" (Aluno Caio Koehler Sant'Anna)

Neste tipo de interação ficou evidente o ganho de capital social entre os agentes envolvidos. Os relacionamentos e a rede de contatos fizeram parte deste capital que são imprescindíveis para uma carreira profissional bem sucedida. Na fala do aluno, ele destacou ainda o contato com diferentes culturas e a perspectiva de conhecer outras formas de visão de mundo, que poderia ser traduzido como conhecer agentes com diferente *habitus* que contribuíram na formação de seus próprios esquemas de percepção, ação e pensamento.

Quando a Escola de Administração foi criada, uma nova estrutura administrativa, um novo prédio foi requerido. Alunos e servidores acompanharam e vivenciaram tais mudanças e foram, cada um à sua maneira, partícipes da construção de uma nova unidade acadêmica. A participação dos alunos em momentos representativos da história da Escola foi comentada pelo docente como importante para a experiência de vida daqueles:

> "Aí o professor Cano veio dar aula aqui nessa Biblioteca. Menina, os alunos caíam das cadeiras, as cadeiras desmanchavam. [...] estavam fazendo parte dessa história" (Docente Carlos Alberto Martins Callegaro).

Na lembrança de um aluno, o mesmo acontecimento foi evocado também na perspectiva do sentimento de colaboração dos alunos na construção da Escola de Administração:

> "Então o que aconteceu: a gente chegou e veio com essa idéia de que nós iríamos, digamos assim, ocupar, invadir não sei qual é, mas tinham várias palavras que a gente usava. [...] tinham umas cadeiras de uma cor meio bege, meio amarronzado, que era o auditório desse prédio do MEC e nós tínhamos a disciplina lá" (Aluno Eusébio Scornavacca Júnior).

O *habitus*, enquanto produto da história, é deflagrador de práticas, tanto individuais quanto coletivas, de acordo com os esquemas instaurados pela própria história. "Garante a presença ativa das experiências passadas" (BOURDIEU, 2009, p. 90). Conforme a fala do docente, os alunos se sentiram motivados a participar daquele momento histórico de mudança de sede da Escola de Administração, apesar de terem convivido com uma infraestrutura precária do prédio. Portanto, estar vinculado à Universidade, como aluno, técnico-administrativo ou docente, pode significar ganho de autonomia, mudança de expectativa de vida, alternativas de ação, como foi reavivado na memória de alguns agentes:

> "Então, a UFRGS pode não ter me dado financeiramente um bom retorno, apesar de hoje eu estar bem melhor do que na época que eu entrei, mas ela me deu um sentido na vida, assim. Foi muito bacana" (Técnico administrativo Paulo Roberto Gomes Garcia).

A fala do servidor evidenciou com destaque como o seu vínculo com a UFRGS deflagrou ganho de capital cultural, que pôde ter sido através de ganho de conhecimento, habilidades e sentido na vida. Este ganho foi considerado superior ao ganho de capital econômico, ou riqueza material. Assim como o capital cultural, o capital econômico é passível de acumulação, mas diferentemente deste, enquanto capital cultural incorporado, como disposição durável no corpo, não é capaz de ser repassado, nem herdado e está predisposto a funcionar como capital simbólico (BOURDIEU, 2007a).

> "Mas eu ganhei o mundo na minha frente! Eu conheço 52 países! Toda a minha vida está amarrada a essa instituição. Tudo o que é significativo, até os namorados, todos eles foram em função da minha vida acadêmica. [...] Minha vida afetiva, minha vida acadêmica, minha vida profissional, as alegrias, felicidades, emoções que eu tive estão ligadas a isso daqui, à Escola, à Universidade. [...]" (Docente Edi Madalena Fracasso).

Para esta docente, a estrutura social da Universidade esteve presente em todo seu desenvolvimento, tanto acadêmico, quanto pessoal e profissional. Ela mencionou ter ganhado o mundo a partir do vínculo como estudante e posteriormente como docente. Em sua representação, os objetos de conhecimento de vida foram construídos e tem como princípio o sistema de disposições estruturadas e estruturantes que agem para funções práticas (BOURDIEU, 2009, p. 86). A interiorização de estruturas objetivas levou a docente à distinção de ser professora emérita. Esta distinção, ou "capital simbólico institucionalizado" é o reconhecimento e a "percepção social, um ser-percebido que é garantido como um direito" (BOURDIEU, 2005, p. 148). Ao ganhador do título se oferece diferentes espécies de ganhos simbólicos. Se o campo social se reestrutura conforme as distribuições de diferentes tipos de capital, tal reconhecimento lembrado pela docente pode ser definido como um trunfo nas regras do jogo acadêmico (BOURDIEU, 2005, p. 149).

Subcategoria: Experiências empíricas

Colocar em prática a teoria apreendida no curso de graduação em Administração é um desafio imposto à trajetória dos acadêmicos para o bem da futura carreira profissional. Normalmente, os estudantes procuram estágios para estrear no mercado de trabalho. No caso da Escola de Administração (EA) existe também a opção de trabalhar na PS, empresa júnior fundada em 1995, sem fins lucrativos, que recebe a orientação dos docentes da EA para os projetos de consultoria empresarial para os quais é procurada por empresas do mercado. Nas evocações verbalizadas por alguns ex-alunos, surgiu o significado de tal experiência prática em suas trajetórias:

> "É muito legal, porque tu acabas tendo basicamente a experiência de fazer tudo que a gente aprende na faculdade, né? [...] Então tudo que a gente acaba pegando na faculdade, tu tem a chance da aplicar e ver como é que é no dia-a-dia. Então acho que nisso vem um complemento muito forte da PS, [...] na formação do acadêmico aqui na EA" (Aluno Caio Koehler Sant'Anna).

Esta questão de dedicação para por em prática o conteúdo inculcado em sala de aula tem a ver com o investimento que o agente fez em sua carreira profissional. Diz Bourdieu (2007b, p. 140) que "a noção de interesse opõe-se à de desinteresse, mas também à de indiferença". Isto quer dizer que, quem dá importância ao capital cognitivo oferecido pela Universidade procura vincular as estruturas objetivas do espaço social às estruturas mentais. A importância de tal dedicação não é questionada se "você tiver um espírito estruturado de acordo com as estruturas do mundo no qual você está jogando, tudo lhe parecerá evidente e a própria questão de saber se o jogo vale a pena não é nem colocada" (BOURDIEU, 2007b, p. 139). É o *habitus* moldado conforme a atuação que foi exigida no campo social da academia.

Ainda sobre a experiência proporcionada pela PS, o ex-aluno lembrou como os cargos ocupados por ele exigiram novas habilidades. Primeiramente a responsabilidade de liderar um grupo:

> "Na vivência como diretor da PS, embora seja uma empresa júnior, a PS tem em torno de 40 membros por semestre, então é uma empresa razoavelmente, de um porte considerável, assim... Então prá um universitário, assim, prá uma primeira experiência, é muito interessante, porque mal ou bem, tu tá ali, sendo responsável por uma empresa de 40 pessoas, né?" (Aluno Caio Koehler Sant'Anna).

Em segundo lugar, na posição de gerente, a convivência com diferentes tipos de pessoas, ou ainda, diferentes *habitus*, exigiu do líder criar condutas "razoáveis" do "senso comum", como observa Bourdieu (2009, p. 92), porque assim haverá grandes possibilidades de serem bem aceitas, pois estão ajustadas à lógica estabelecida pelo campo.

> "E depois, claro, como gerente, ter a dimensão de entender como se relacionar com pessoas diferentes, como fazer a gestão de pessoas, que não necessariamente... pensam exatamente que nem tu" (Aluno Caio Koehler Sant'Anna).

Percebeu-se a relação entre as condições sociais em que se criou o *habitus* e as condições sociais em que o *habitus* é posto em ação (BOURDIEU, 2009, p. 93). O *habitus* do discente, como responsável pela gestão da empresa, exigiu dele atitudes de líder. Cristalizou uma mudança propiciada a partir da atuação empírica.

A Universidade dispõe também de espaços de representação que trabalham em prol dos interesses econômicos, profissionais, políticos e sociais. No caso dos docentes e técnicos a atuação dos sindicatos oferece experiência prática, voltada aos interesses da categoria à qual representa, mas que tem um viés político, de negociação coletiva. Na fala do docente, a lembrança das conquistas salariais adquiridas através das greves:

> "Porque os salários eram bem ruins, hoje eles estão bem melhores do que eram naquela época. Por isso aquelas greves todas. A primeira foi ainda na época da ditadura, início dos anos oitenta ali as primeiras greves, cheio de gente" (Docente Fernando Bins Luce).

As lutas no campo político, assim como nos demais campos, surgem para testar as relações de força e a partir de então colaborar para o surgimento de um novo *habitus*: o político. A luta por um poder simbólico fez impor vontades, reconhecimento e valores de uma categoria. Para os discentes, os centros acadêmicos são espaços de atuação política dentro das unidades acadêmicas.

> "O tipo de envolvimento com o Centro Acadêmico era uma agenda política muito forte e a gente era um Centro Acadêmico com uma agenda de gerar um pacto social entre servidores, professores e alunos para construir uma Escola e construir uma Universidade melhor" (Aluno Eusébio Scornavacca Júnior).
> "Depois no mercado de trabalho ou hoje vendo quando vem alguém e diz assim: [...] porque eu consegui a partir do meu vínculo com a UFRGS, do meu vínculo com a Escola, do meu vínculo com o Centro Acadêmico, daquele grupo de pessoas, a gente conseguia fazer coisas, entre aspas, do nada" (Aluno Felipe Grando Brandão).

Na fala dos alunos, a participação no centro acadêmico trouxe a certeza da importância daquele espaço social para exercer a cidadania e o sentimento de responsabilidade pelo desenvolvimento da comunidade acadêmica podem ter se tornado essenciais na formação da carreira profissional futura.

A Escola teve a oportunidade de ministrar um curso de graduação em Administração a distância no ano de 2006 e mais de 600 alunos foram selecionados. Tal dinâmica requisitou novas

rotinas administrativas, novas tecnologias, mudanças metodológicas para atender a alunos que não se dirigiam presencialmente à EA. Experiência empírica que exigiu, de técnicos e docentes, novas habilidades.

> "Aí a nossa estrutura caiu como uma luva, porque como nós sempre fomos fortes no pós graduação [...] nós tínhamos uma estruturação de professores capacitados a desenvolver os cursos, alunos desses professores capacitados a desenvolver tutoria, e um enorme contingente de mestrandos e doutorandos ávidos por fazer isso" (Docente João Luiz Becker).

Além da vantagem da proximidade entre os cursos de graduação e pós-graduação, o entrevistado mencionou o surgimento da função do professor tutor, que eram mestrandos e doutorandos que orientavam os alunos da graduação a distância sob supervisão dos docentes da EA. Era uma nova oportunidade de aprendizagens para os alunos da pós-graduação desenvolverem competências na docência. Mas o grande ganho de conhecimento na prática do ensino a distância foi experimentado pelos docentes, segundo a evocação do depoente:

> "Virtualmente todos os professores se envolveram, todos do PPGA [...]. E isso foi um ganho muito grande no meu juízo. A parte tecnológica na plataforma, a parte pedagógica, os professores são muito mais conscientes do seu verdadeiro papel de educador e não do papel de reprodutor de sei lá, palestrante, mostrando o quanto ele sabe das coisas de Administração, isso é uma modificação grande" (Docente João Luiz Becker).

Novas práticas pedagógicas foram requeridas para o desenvolvimento do curso a distância, diferentes das que vinham até então sendo desenvolvidas no curso presencial. Ou ainda, um novo *habitus* a partir do "conhecimento adquirido e também um haver, um capital" (BOURDIEU, 2005, p. 61) que passou a fazer parte dos docentes envolvidos no projeto.

5 Considerações finais

As entrevistas com os diferentes agentes sociais vinculados à Escola de Administração foram pontuadas de vivências que resultaram numa mudança de *habitus*. Representaram a prática a partir da teoria, conferindo novas habilidades e formas de agir, ser e pensar para a vida profissional. Assim também aos servidores, tanto técnicos como docentes, a atuação em projetos e a participação em diferentes atividades significou novas perspectivas de atuação profissional e portanto de de expectativa de vida.

Articularam-se diferentes experiências do mundo social que conferiram um "princípio gerador e unificador que (re)traduz as características intrínsecas e relacionais de uma posição em um estilo de vida unívoco, em um conjunto unívoco de escolhas de pessoas, de bens, de práticas" (BOURDIEU, 1996, p. 22). A construção de um novo *habitus* ficou comprovada pelas falas dos atores quando citaram que a participação em intercâmbios internacionais, na empresa júnior, no centro acadêmico, em pesquisas acadêmicas contribuiu para novas formas de agir e pensar, lhes deram nova expectativa de vida, lhes garantiu autonomia de vida. No conjunto destas reflexões fica evidenciada a responsabilidade social da Universidade com todos os agentes envolvidos com a formação: docentes, técnicos administrativos e discentes.

A mudança de *habitus* se dá de forma oculta e muitas vezes é imperceptível. Entretanto, a

partir de algumas falas, evidenciaram-se estas mudanças de entendimento e encaminhamento de vida a partir das experiências vivenciadas. A seguir, alguns exemplos destas transformações na voz dos depoentes: i) Docentes – aplicação de novas metodologias em sala de aula; descoberta do papel de líder, gerador e inspirador de conhecimento; maior respeito à participação dos alunos em sala de aula. ii) Discentes – descoberta de competências próprias; crescimento profissional e pessoal; vocação acadêmica; entendimento da atuação profissional em áreas como marketing, finanças e outras; responsabilidade por gerir e se relacionar com pessoas; ativismo político. iii) Técnicos – sentido para a vida.

Neste intuito, amparando-se pela teoria de Bourdieu, pode-se afirmar que o campo acadêmico da Administração, mais especificamente, da Escola de Administração da UFRGS contribuiu, assim como outras instâncias do mundo social, para a formação de um novo *habitus* em todos os atores sociais a ela vinculados. E que a vivência neste espaço social significou um verdadeiro "veredicto social e certificado de inteligência", conforme a teoria apresentada.

Referências

ALBERTI, V. *História oral*: a experiência do CPDOC. Rio de Janeiro: FGV, 1990.

BOURDIEU, P. *A distinção*: crítica social do julgamento. São Paulo: Edusp, 2008.

BOURDIEU, P. *A produção da crença*: contribuição para uma economia dos bens simbólicos. 2. Ed. São Paulo: Zouk, 2004a.

BOURDIEU, P. *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 2004b.

BOURDIEU, P. *Escritos de educação*. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007b.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BOURDIEU, P. *O senso prático*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

BOURDIEU, P. *Razões práticas:* sobre a teoria da ação. São Paulo: Papirus, 1996.

BOURDIEU, P. *Razões práticas:* sobre a teoria da ação. 8. ed. São Paulo: Papirus, 2007a.

COSTA, P. A.; CARRION, R. S. M. Participação democrática em territórios de alta vulnerabilidade social: é possível refletir a partir do que já conhecemos? *Revista brasileira de gestão e desenvolvimento regional*, Taubaté, v. 10, n. 2, p. 288-316, mai.-ago. 2014.

GIL, Antônio. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MEIHY, José C.S. B. *Manual de história oral*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Loyola, 2005.

PAULA, João A. de. A extensão universitária: história, conceito e propostas. *Interfaces - Revista de Extensão*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 5-23, jul.-nov. 2013.

PROJETO RONDON. *O que é o Projeto Rondon.* Brasília: Ministério da Defesa, [20--]. Disponível em: <http://www.projetorondon.defesa.gov.br/portal/index/pagina/id/343/area/C/module/default>. Acesso em: 11 dez. 2016.

THIRY-CHERQUES, H. R. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. *RAP - Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p. 27-55, 2006.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Secretaria de Relações Internacionais. *Indicadores quantitativos de internacionalização da UFRGS.* Porto Alegre: Relinter, [201-]. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/relinter/arquivos/indicadores-quantitativos-de-internacionalizacao>. Acesso em: 12 dez. 2016.

PATRIMÔNIO GASTRONÔMICO DA SERRA GAÚCHA: DO GALETO AL PRIMO CANTO AO MENAROSTO

Alexandra Marcella Zottis[1]

Resumo:

O artigo descreve dois exemplos de produtos gastronômicos da Serra Gaúcha transformados através de leis municipais em patrimônio imaterial. Nesse sentido, tem como objetivo geral apresentar como se deu esse processo quanto ao Galeto *ao Primo Canto*, em Caxias do Sul e ao *Menarosto*, em Flores da Cunha, destacando também as relações da patrimonialização gastronômica com a promoção turística dessas cidades. Adota como metodologia as pesquisas bibliográfica e documental. Verifica-se que apesar da relevância da existência de uma legislação específica sobre patrimônio imaterial é indispensável que os projetos de patrimonializaçao estejam baseados em pesquisas consistentes e abertos à participação da comunidade.

Palavras-chave: Turismo. Gastronomia. Patrimônio Imaterial.

1 Introdução

A Serra Gaúcha é o mais conhecido polo turístico do Rio Grande do Sul e tem na gastronomia um dos seus principais recursos de divulgação e promoção no Estado e no restante do país. De acordo com o Ministério do Turismo, o Turismo Gastronômico surge como um segmento turístico emergente capaz de posicionar destinos no mercado turístico, quando utilizado como elemento para a vivência da experiência da cultura local pelo turista por meio da culinária típica. É também considerado uma vertente do Turismo Cultural no qual o deslocamento de visitantes se dá por motivos vinculados às práticas gastronômicas de uma determinada localidade. Portanto, a valorização dos aspectos culturais relacionados à gastronomia e o seu reconhecimento como patrimônio imaterial, é um recurso eficaz no desenvolvimento turístico dos destinos.

No Brasil, a Constituição Federal (1988) define no Artigo 216, como integrantes do Patrimônio Cultural Brasileiro, os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, á ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Também determina que o poder público, em colaboração com a comunidade, deve proteger e promover o patrimônio cultural brasileiro por meio de inventários, registros, tombamento e outras formas de acautelamento. Gimenes (20008, p.66-68) ressalta que essa base constitucional contribui para a criação do Decreto nº 3.551/2000, que institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, tendo como referência a continuidade histórica do bem e a sua relevância nacional para a memória, a identidade e a formação da sociedade brasileiro. O registro será feito em um dos quatro livros: Livro dos Saberes, Livro das Celebrações, Livro das Formas de Expressão e Livro dos Lugares. Para a finalidade desse trabalho, destaca-se o Livro dos

[1] Doutoranda do PPG em Memória Social e Bens Culturais da Unilasalle. Bolsista Capes/Prosup. Mestre em Turismo. Docente de Turismo e Gastronomia na Universidade Feevale.
E mail: alexandraz@feevale.br

Saberes, destinado à inscrição dos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades, e que abriga o bens culturais imateriais representados pela gastronomia, O primeiro registro foi o Ofício das Paneleiras de Goiabeiras, em 2002. O registro do Ofício das Baianas do Acarejé ocorreu em 2004. Para o registro ser realizado, deve haver a manifestação favorável da comunidade envolvida, cumprimento das etapas de inventariação e a análise do corpo técnico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

O processo de inventariação e de registro de bens culturais gastronômicos como patrimônio imaterial, pode ser feito também no âmbito dos Estados e dos Municípios, com legislação própria. Neste artigo, descreve-se dois exemplos de produtos gastronômicos instituídos como patrimônio imaterial através de leis municipais: o Galeto *ao Primo Canto*, em Caxias do Sul e o *Menarosto*, em Flores da Cunha.

2 Flores da Cunha e o *Menarosto*

O município de Flores da Cunha, na Serra Gaúcha, está a 150 quilômetros de Porto Alegre, capital do Estado, possui uma população de 29.405 habitantes, numa área de 272,605 quilômetros quadrados (IBGE, 2016). É considerado o maior produtor de vinhos finos do país (Cadastro Vinícola do RS/ Ibravin - SEAPPA/RS) e destaca-se ainda pela produção de móveis e de malhas. Em termos de organização turística, integra a Região Uva e Vinho, coordenada pela Associação de Turismo da Serra Nordeste (Atuaserra), que reúne outros 46 municípios, incluindo Caxias do Sul. A Uva e Vinho é também uma das 27 regiões que integra o mapa de regionalização da Secretaria Estadual da Cultura, Turismo, Esportes e Lazer.[2] Entres as atrações, destacam-se roteiros que privilegiam a natureza e a paisagem peculiar dos parrerais, eventos que celebram a vindima como a Festa Colonial da Uva (Fecouva) e uma oferta gastronômica de qualidade, com iguarias representativas da influência italiana, como o *Menarosto.*

O *Menarosto* figura como prato típico de Flores da Cunha instituído pela Lei Municipal 2.831, de 10 de agosto de 2010. No Parágrafo Único, explicita que entende-se por *Menarosto* o prato preparado com as carnes de frango, coelho, leitão e codorna, temperadas com manjerona, sálvia, cebola, alho, sal e vinho e intercaladas com toucinho, levadas a assar ao calor produzido por madeira carbonizada ou *in natura* em espetos em forma de rolete sob o controle manual ou elétrico.

[2] No mapa de regionalização turística do Rio Grande do Sul, a Região Uva e Vinho é composta pelos municípios de Antônio Prado, Bento Gonçalves, Carlos Barbosa, Casca, Caxias do Sul, Coronel Pilar, Cotiporã, Farroupilha, Flores da Cunha, Garibaldi, Guaporé, Marau, Monte Belo do Sul, Nova Araçá, Nova Bassano, Nova Pádua, Nova Prata, Nova Roma do Sul, Protásio Alves, Santa Tereza, Santo Antônio do Palma, São Marcos, Serafina Corrêa, Veranópolis, Vila Flores, Vila Maria, Vista Alegre do Prata.



Fotógrafa Gabriela Fiorio
Arquivo: Assessoria de Imprensa da Prefeitura de Flores da Cunha

Em matéria para o Jornal O Florense, em 13 de agosto de 2010, o jornalista Fabiano Provin ressalta que mesmo tendo sido aprovado por unanimidade, o projeto de que originou a lei não escapou de questionamentos na época. Conforme Provin, o então vereador Alexandre Scortegagna apresentou questionamentos sobre o projeto por entender que a proposta estaria em desarmonia com a realidade e que cada localidade do município faz o prato com tipos de tempero e carnes diferentes:

> Ele pode ser considerado, dessa forma, um prato típico? Se for aprovado o projeto, qual *menarosto* irá integrar o cardápio dos restaurantes? Devemos ter cuidado com a votação para não irmos à direção contrária da nossa realidade e em desacordo com o real propósito do projeto e aprovar algo que não temos para oferecer ao turista". (SCORTEGAGNA, JORNAL O FLORENSE, 2010)

Segundo Provin (2010), na defesa da proposta, o líder do governo naquele mandato, vereador Jatir Mosquer, salientou que o projeto objetivava criar publicidade sobre a culinária, da mesma forma que o município faz com os vinhos e que a proposta não estipulava como o *Menarosto* deve ser feito, mas sim torná-lo um atrativo, identificá-lo com Flores da Cunha. De acordo com Mosquer, Flores da Cunha é pioneiro no preparo e destaca-se por preparar grandes banquetes para mais de mil pessoas. Estudioso da cultura popular da região, o pesquisador Floriano Molon auxiliou na fundamentação do projeto.

A professora e pesquisadora em Gastronomia Maria Beatriz Dal Pont (2015) esclarece que o *Menarosto*, originalmente, não é um prato, por se tratar de:

> uma técnica de preparo e cozimento de carnes no espeto, fixado numa estrutura giratória sobre o calor do fogo. Na Itália, recebe o nome de *girarrosto* que, traduzido livremente, significa "gira o assado" ou assador. A estrutura giratória foi desenhada por Leonardo Da Vinci para uso ao ar livre em campanhas e guerras, já que os nobres e senhores feudais viajavam constantemente para visitar seus domínios ou estavam em batalhas para defendê-los. O desenho original deste equipamento está no famoso *Codice Atlantico* de Leonardo Da Vinci, uma coleção de 12 volumes que se encontra em exposição permanente na Biblioteca *Ambrosiana* em Milão. Embora o desenho leonardiano contenha algumas diferenças, como por exemplo, uma chaminé encimada por uma hélice movida pelo ar quente emanado do fogo, que fazia girar os espetos mecanicamente, o mecanismo sustentador dos

> espetos é similar ao usado em Flores da Cunha nos dias de hoje. (DAL PONT, 2015)

Dal Pont (2015) aponta que a receita do *menarosto* tem similaridade com um prato típico da cidade de Bréscia, na Lombardia, conhecido como *spiedo bresciano*:

> Nesta receita, carnes diversas, como porco, gado, frango, coelho, passarinhos são espetados em pedaços, entremeados de sálvia, toucinho, ervas, e banhados com uma mistura de manteiga, sal e gordura do cozimento da carne enquanto assados em fogo feito com lenha de videiras e oliveiras. São servidos com polenta e salada em eventos comunitários, onde se celebra a tradição. (DAL PONT, 2015)

A participação da comunidade no preparo do prato típico florense também é comentada por Dal Pont, que ressalta a existência de mestres e entendidos na arte de temperar e assar a iguaria, representados por voluntários, pessoas da comunidade, geralmente homens, que aprenderam a arte com seus antepassados. A função é exercida em festas comunitárias ou religiosas.

Dal Pont recorre a outro estudioso da gastronomia regional, Floriano Molon, que pesquisou o *menarosto* de Otávio Rocha, distrito de Flores da Cunha conhecido pela excelência no preparo. Os estudos de Molon apontam para a mesma descrição que fundamentou a lei municipal que instituiu o prato como patrimônio. Um detalhe: a cordona substitui os passarinhos, muito presentes como fonte de proteína nas décadas que se seguiram a chegada dos imigrantes italianos na região e que persistiram até que a caça dessas minúsculas passou a ser um crime ambiental. Dal Pont acrescenta que a receita florense assemelha-se às publicadas por Bartolomeu Scappi, cozinheiro do papa Pio V, em 1570, em seu livro de culinária, onde recomendava aproveitar a primavera, época que os passarinhos são jovens, e fica mais fácil depená-los a seco e colocá-los no espeto com fatias de toucinho. O *Menarosto* de Flores da Cunha tem inclusive um festival específico, além de ser servido em variados eventos, como a Festa Colonial da Uva

3 Caxias do Sul e o Galeto *al Primo Canto*

Caxias do Sul é o maior município da Serra Gaúcha com 1.652,308 metros quadrados e a uma população estimada em 479.236 habitantes (IBGE, 2016). Na economia diversificada, destaca-se como polo metalomecânico e pela oferta nas áreas de serviço e comércio. No Turismo, integra a Região Uva e Vinho, em conjunto com Flores da Cunha e outros 45 municípios. A gastronomia variada, com empreendimentos tradicionais como as galeterias, é um dos destaques na oferta turística, há várias décadas. Subir a Serra para saborear um galeto, servido junto com polenta, massa, radite com toucinho e salada de batata com maionese era um atrativo turístico desde que a Galeteria Peccini introduziu essa opção no seu cardápio comercial, em 1950.

O Galeto *Al Primo Canto* inaugurou, em 24 de outubro de 2013, o Livro do Registro dos Saberes (conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades). Essa forma de registro está prevista na Lei Ordinária nº 7.495, de 19 de outubro de 2012, que trata da Proteção do Patrimônio Cultural de Caxias do Sul. O registro considera que o Galeto *Al Primo Canto* não se restringe a um único prato:

> Constitui-se em um conjunto de pratos composto de: sopa de agnolini, pão, espaguete com molho de miúdos de galinha, polenta frita e/ou brustolada (grelhada), salada de radicci com toucinho frito, salada de batata com maionese e o galeto, complementado pela sobremesa - sagú com creme. O galeto é um frango com cerca de 25 dias de vida e pesa, no máximo, um quilo vivo e aproximadamente 500 a 700 gramas depois de desviscerado e depenado. Al Primo Canto significa primeiro canto, pois trata-se de abate do animal ainda jovem, portador de carne diferenciada pela maciez. (LIVRO DOS SABERES, Lei nº 7.495/2012)

O embasamento para tornar o Galeto *Al Primo Canto* patrimônio imaterial de Caxias do Sul merece destaque pela alta qualidade dos estudos realizados pela historiadora Rosana Peccini, mestre em Turismo e funcionária de carreira do Arquivo Histórico João Spadari Adami. A pesquisa derivou da sua dissertação de mestrado, depois transformada em livro (2011), defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Turismo da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Integrante da família Peccini, proprietária da galeteria pioneira na oferta do galeto *al primo canto*, aliou em seu trabalho as lembranças da infância às teorias sobre alimentação, gastronomia e patrimônio. Conforme a autora (2011, p. 184), na Galeteria Peccini o galeto foi interpretado conforme a cultura dos proprietários e representava os passarinhos, as perdizes e até os marrecões.

Peccini (2011, p. 212) destaca que desde a sua criação o galeto *al primo canto* tornou-se um atrativo turístico de Caxias do Sul e que a sua consistência como patrimônio imaterial estende-se a toda a região colonial italiana da Serra Gaúcha. Acrescenta que a sua criação se deu dentro de uma lógica territorial.

Os processos de patrimonializacao do *menarosto* e do galeto *al primo canto* inspiram projetos em outros municípios da Serra Gaúcha, mesmo que cercados por polêmicas. Em São Marcos, projeto de lei do vereador Fúlvio Pessini (PMDB), propondo que o tortéi seja estabelecido como prato típico e, que o Dia do Tortéi seja incorporado no calendário de eventos da cidade, enfrentou questionamentos. Em matéria sobre o tema publicada no Jornal Pioneiro em 25 de janeiro de 2017, a jornalista Carolina Klóss relata que tanto moradores quanto outros parlamentares questionaram a relevância da proposta num momento onde há outros assuntos mais urgentes que mereceriam atenção, como educação e saúde. Incomodado com as críticas Pessini afirmou na época não imaginar que o projeto receberia tantas críticas e justificou a proposta:

> O tortéi pode ajudar a colocar São Marcos no cenário do turismo regional. Também é uma forma de reconhecer todos aqueles que se dedicam e se sustentam com a fabricação e venda da massa na cidade. A tortelada é tradição aqui, faz parte da nossa celebração que homenageia, em abril, o padroeiro do município. Não entendi porque o alvoroço. Várias cidades já fizeram a mesma coisa: Flores da Cunha com o menarosto, Caxias do Sul com o galeto al primo canto. Também já discutimos um projeto para dar nome a um campeonato de bocha que vai acontecer em 2018, então qual o problema com o meu? (JORNAL PIONEIRO, 2017)

Chama a atenção que as críticas ao projeto estão relacionadas à relevância da proposta diante do que determinados eleitores e parlamentares consideram assuntos mais importantes. Não há registro, pelo menos no que apresenta a reportagem, que os questionamentos tenham se dirigido ao embasamento que orientou a escolha do tortéi como prato capaz de representar São Marcos, ou se houve algum tipo de pesquisa ou ainda se a comunidade foi consultada. Para um processo realmente sustentável de patrimonialização, esse deveria ser o caminho. Patrimônios imateriais que representam parte da gastronomia da Serra Gaúcha, tanto o *Menarosto* de Flores da Cunha, quanto

ao Galeto *al Primo Canto*, de Caxias do Sul, são valorosas formas de promover a região e de contribuir na construção de uma imagem turística positiva e "saborosa".

4 Considerações finais

A legislação sobre a salvaguarda do patrimônio imaterial representado na gastronomia através dos pratos emblemáticos é relevante como forma de valorização das memórias e da cultura de diferentes cidades. Também merecem destaque positivo as iniciativas municipais de instituir em lei pratos representativos de sua cultura como patrimônio imaterial. Esses movimentos contribuem com o desenvolvimento do Turismo Gastronômico e influem na auto estima da comunidade local, desde que essa "se reconheça" na patrimonialização instituída. Para ser patrimônio imaterial, deve ter significado, ser representativo, gerar o desejo de compartilhar, seja entre os próprios moradores ou na oferta aos visitantes e turistas, um prato repleto de memórias afetivas.

Referências

ATUASERRA. Associação de Turismo da Serra Nordeste. Disponível em: http://www.serragaucha.com/pt/ Acesso em 15 de abril de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 de abril de 2017.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. IBGE. Cidades@. Disponível em: http://cidades.ibge.gov.br. Consulta em: 15 de abril de 2017.

BRASIL. Ministério do Turismo. Turismo Cultural: orientações básicas. Ministério do Turismo, Secretaria Nacional de Políticas de Turismo, Departamento de Estruturação, Articulação e Ordenamento Turístico, Coordenação-Geral de Segmentação. – 3. ed.- Brasília: Ministério do Turismo, 2010. Disponível em: http://www.turismo.gov.br/sites/default/turismo/o_ministerio/publicacoes/downloads_publicacoes/Turismo_Cultural_Versxo_Final_IMPRESSxO_.pdf. Acesso em: 14 de abril de 2017.

CAXIAS DO SUL. Uma história traduzida em sabores: Galeto *al primo canto* – Patrimônio Imaterial de Caxias do Sul. Disponível em: https://www.caxias.rs.gov.br/cultura/texto.php?codigo=1032. Acesso em 15 de abril de 2017.

DAL PONT, Maria Beatriz. *Menarosto. Bon Vivant*. Disponível em: http://www.bonvivant.com.br/2015/07/16/menarosto. Acesso em: 20 de abril de 2017.

GIMENES, Maria Henriqueta Sperandio Garcia. Cozinhando a tradição: festa, cultura e história no litoral paranaense. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em História. Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, 2008.

KLÓSS, Carolina. Projeto de lei que cria o Dia do Tortéi em São Marcos pode ser retirado de discussão. Jornal Pioneiro, 25 de janeiro de 2017. Disponível em: http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/geral/cidades/noticia/2017/01/projeto-de-lei-que-cria-o-dia-do-tortei-em-sao-marcos-pode-ser-retirado-de-discussao-9588891.html
Acesso em 18 de abril de 2017.

PECCINI, Rosane. A invenção da galeteria. O galeto *al primo canto* e o patrimônio cultural de Caxias do Sul. Caxias do Sul, RS: Educs, 2011.

PROVIN, Fabiano. *Menarosto* é instituído prato típico de Flores da Cunha. Jornal O Florense, 13 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.jornaloflorense.com.br/noticia/geral/7/menarosto-e-instituido-prato-tipico-de-flores/1062. Acesso em 18 de abril de 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Regionalização Turística do Rio Grande do Sul. Disponível em:http://www.setel.rs.gov.br/conteudo/3455/regionalizacao-turistica-rs---2016-(regiao-e-seus-respectivos-municipios). Acesso em 15 de abril de 2017.

A DIVERSIDADE CULTURAL NO THEATRO SÃO PEDRO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Renata B. Dellamea Ferraz
Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais da UNILASALLE Canoas

Judite Sanson de Bem
Profª PPG Memória Social e Bens Culturais
Judite.bem@unilasalle.edu.br

Resumo:

Passados mais de 150 anos desde sua inauguração, o Teatro São Pedro ainda respira para a população rio-grandense. As mais de centenas de encenações teatrais, oficinas, espetáculos, shows e outras modalidades de eventos, demonstram seu compromisso em preservar e incentivar a cultura local. Nesse sentido, o artigo tem como objetivo geral analisar a influência das companhias teatrais estrangeiras apresentadas no Teatro São Pedro durante a Primeira República e seu impacto na cultura local. A questão ao problema de pesquisa que se coloca é de que forma as companhias estrangeiras dialogam com as diferentes culturas dos países? O estudo trouxe referencial teórico sobre cultura, além de uma análise das companhias estrangeiras, a partir do livro de Athos Damasceno. As conclusões possibilitam verificar que as companhias estrangeiras contribuíram para o desenvolvimento da cultura local.

Palavras- chaves: cultura. Multiculturalismo. Teatro São Pedro

1 Introdução

O Teatro São Pedro faz parte do cotidiano dos gaúchos. Palco de muitos espetáculos, o teatro foi inaugurado oficialmente em 27 de junho de 1858 onde estabeleceu um novo marco na vida cultural da cidade, apresentando grandes companhias de teatro. Desde a inauguração, as companhias teatrais estrangeiras marcaram presença no território, oportunizando ao público local conhecerem técnicas e valores culturais europeus. No entanto, o teatro presenciou revoluções, crises econômicas e guerras que impactaram na qualidade e quantidade de suas apresentações. Dessa forma, compreender melhor as transformações culturais que as companhias estrangeiras promoveram na cultura local é o foco desse trabalho.

O presente texto está estruturado em três seções. A primeira, apresenta uma interpretação teórica dos conceitos de cultura; a segunda, trás uma trajetória das companhias teatrais até a Primeira República; e a terceira, analisa as mudanças culturais que as companhias teatrais introduziram na cultura local; além das considerações finais.

2 Cultura: conceitos introdutórios

Os conceitos de cultura são diversos. Nas ciências sociais, pode-se elencar uma série de pensadores que construíram definições de cultura. Marcarian (1980) vai trazer uma definição voltada a determinar a particularidade qualitativa da atividade humana, isso é, vai apresentar um conceito de cultura a partir de uma reflexão da vida social das pessoas que lhes é próprio e que contempla um sistema de meios e mecanismos nos quais são solucionados os problemas advindos na existência de cooperação, como os instrumentos de trabalho, a consciência e os diferentes sistemas de sinais. (MACARIAN, 1980)

Baumann (1980) coloca que a cultura é o produto das experiências vitais acumuladas das gerações, onde elementos como normas, instituições e padrões de conduta individual influenciam na adaptação do homem com seu meio. GEERTZ (2008) faz uma interpretação da cultura como algo semiótico, onde o homem é um animal envolvido a uma teia de significados passíveis de interpretações. De acordo esse autor, a cultura é pública devendo sua análise se constituir de adivinhações, avaliações e conclusões; e reconhecer que as formas culturais são diversificadas, complexas e circunstanciais. Entender a análise cultural como mais incompleta quanto mais profunda não devendo limitar-se a encontrar uma teoria geral. O autor coloca que sua posição tem sido de manter as análises simbólicas "[...] tão estreitamente ligadas quanto possível aos acontecimentos sociais e ocasiões concretas [...] de tal forma que as conexões entre as formulações teóricas e as interpretações descritivas não sejam obscurecidas." (GEERTZ, 2008, p. 21)

Indo ao encontro de que as formas da sociedade são as substâncias da cultura, JULLIEN (2009, p. 178) afirma que os valores entre as culturas são inegociáveis, devendo compreendê-las a partir de suas especificidades para que "cada pessoa, torne inteligíveis em sua própria língua os valores da outra e, por conseguinte, reflita-se a partir deles – logo, também, trabalhe com eles." Para o autor, a cultura não existe apenas no singular, onde as mesmas podem tomar emprestado, assimilar, diluir, atenuar suas especificidades, uniformizar, reespecificar e reindividualizar continuamente. Nesse sentido, o autor reforça que as transformações das culturas em regime de globalização mostram que as diferenças e exceções são atenuadas, as conhecidas tornam-se folclore e as outras comunidades reconstituem-se, ou seja:

> [...] a cultura está sempre em vias de se homogeneizar e, ao mesmo tempo, se heterogeneizar; de se confundir e se demarcar; de se desidentificar e reindentificar; de se conformar e resistir; de se impor (de dominar) e entrar em dissidência. Os dois são inseparáveis: a extensão até a ab-rogação dos limites de um lado, o trabalho da negatividade do outro. Se o cultural não cessa assim, sob essa tensão, de se transformar, se aí reside sua essência, é porque a cultura é essencialmente um fenômeno de alteração. Não apenas o plural das culturas deve ser então ser entendido num modo secundário, mas também o que faria das culturas inúmeras modulações ou mesmo especificações de um fenômeno unitário. Mais que isso uma cultura que se tornasse a cultura, no singular, fosse ela de um país ou do mundo inteiro, seria antecipadamente uma cultura morta. (JULLIEN, 2009, p.180)

Assim, a cultura para JULLIEN (2009) deve ser entendida tanto no plural quanto no singular, entendida como culturas diversas, pessoal e coletiva, não passiva e não possessiva, uma vez que os indivíduos fazem parte de coletividades culturais e somente tem consciência de sua própria cultura quando se conhece a outra. A cultura entendida através da existência do sujeito, sua dimensão de desdobramento e efetivação. Cultura que não cessa de se diversificar e de se

comunicar com ela mesma. Cultura capaz de ter uma inteligência interna através de suas alterações. A cultura é plural e deve se dialogar com outras culturas, pois todas elas mantêm entre si uma comunicabilidade onde tudo é inteligível e enviesado pelas relações de forças e estratégias oblíquas. O autor parte da visão de que um diálogo nunca é igualitário e neutro, devendo o mesmo contribuir para a reelaboração das concepções, comunicação e reflexão, cada um em sua língua para "descerrar sua posição, colocá-la em tensão e instaurá-la em relação." (JULLIEN, 2009, p. 200)

Como exemplo desse diálogo entre as culturas, MORRIN (2015) mostra uma narrativa da cidade de Paris e a descreve como uma cidade neocosmopolita composta de imigrantes de diversas partes do mundo, envolta de uma história ardente marcada por revoluções, invasões, ocupações, guerras e desastres. Ressalta que seu desenvolvimento urbano foi formado por uma *"*pluriculturalidade francesa" de diversos imigrantes, ou seja, Paris é considerada a capital da diversidade e segregação, podendo ser considerada como "[...] um ser coletivo, ardente e poderoso, nutrindo-se da vida dos seus como eles nutrem da vida de sua cidade." (MORRIN, 2015, p.222).

Assim, a partir dessas considerações acerca da definição de cultura, a próxima seção tecerá uma análise sobre o movimento das companhias teatrais do Teatro São Pedro e suas influências na cultura local.

3 As companhias teatrais na República Velha

A partir do livro de Athos Damasceno "***O Theatro São Pedro na vida cultural do Rio Grande do Sul****"* apresenta-se, nesse momento, a evolução do Theatro até a República Velha. Obra valiosa, por contar a trajetória de um local que simboliza a alma cultural rio-grandense, trás, ainda, a contribuição de dois historiadores, Guilhermino Cesar e Paulo Antônio Moritz, que com uma riqueza de detalhes resgatam a sua história de vida até os anos 70.

3.1 Primeiro Ato: Inauguração do Theatro São Pedro, século XIX

Construir um teatro na cidade sempre foi considerado primordial para as autoridades políticas rio-grandenses, no início do século XIX, primeiramente para animar culturalmente a capital, e segundo para construir um local em que a população tivesse orgulho. Imbuídos nesse foco, o então Presidente da Província, Sr. Manuel Antônio Galvão, doou um terreno numa área bem no centro de Porto Alegre para a construção, e em 1858 inaugura-se o espaço. O imponente prédio, como se vê na Figura 1, reforçou a nova fase cultural da cidade.

Figura 1 - Paisagem à óleo,
prédio do Theatro São Pedro (esquerda)
e antiga Casa da Câmara (direita) - séc. XIX



Fonte: Acervo digital TSP

A partir daí, a criação de sociedades teatrais dramáticas se intensificou estimulando grupos amadores locais a fundarem grêmios e contribuindo para a exibição de espetáculos de obras nacionais e estrangeiras. Por mais que as companhias locais existissem em quantidade numerosa, as apresentações eram medíocres devido ao amadorismo. Eram as companhias de fora que impulsionavam o público, principalmente as portuguesas. No entanto, a hostilidade das companhias locais, com a vinda desses, era constante onde:

> [...]os grupos de cá reagiam contra uma coisa lamentável – a situação de dependência da cena brasileira. As companhias luso-brasileiras [...] dominavam inteiramente o mercado. Asfixiavam o mundo teatral brasileiro e lhes controlava o destino. Os intérpretes nacionais eram dissolvidos nessa corrente e por ela disseminados. O ator brasileiro era só de nome. Agia, pensava e se dirigia dentro da esfera de influência portuguesa. O gosto do público condicionava-se às tendências emanadas dessa ordem das coisas. (DAMASCENO, 1975, p.52)

Mesmo vislumbrando uma antipatia pelas companhias portuguesas, o fato é que o público se sentia atraído a ver suas apresentações, com destaque para a Cia. Lucinda Simões-Cristiano Souza que trouxe aos palcos peças como Tosca de Vistorien Sardou (texto italiano), A Casa de Boneca (drama), A Partilha (comédia de costumes) e Teresa Ranquin (drama de traços naturalistas) entre tantas outras. Conforme coloca DAMASCENO(1975), momento constrangedor para a artista Lucinda, aconteceu quando em uma de suas apresentações ao vivo, foi dada a informação de que ela havia zombado dos artistas amadores, o que provocou reação negativa na plateia que a assistia. No entanto, mesmo com esse ocorrido, o entusiasmo do público era tão grande com os artistas de fora, que a receptividade à autores espanhóis e companhias italianas cresceu. Nesse período, mereceu destaque o autor espanhol Eusébio Blasco com a peça Romance de um Moço Pobre (romance) e Kean (drama); e a Cia Dramática de Zaira Pieri Tiozzo com a encenação Zazá (comédia lírica). (DAMASCENO, 1975)

As peças apresentadas eram traduções de obras estrangeiras que as companhias ensaiavam, gerando críticas contra o predomínio “desse subteatro de importação”, levando a fundação de sociedades gaúchas que tinham em seu estatuto o incentivo ao desenvolvimento do teatro nacional. Destaca Machado de Assis, já em 1873, como reação a essa situação que:

> [...] nenhuma peça nacional se escreve, raríssima peça nacional se apresenta. As cenas teatrais deste país viveram sempre de traduções, o que não quer dizer que não admitissem alguma obra nacional quando aparecia. Hoje, que o gosto público tocou o último grau de decadência e perversão, nenhuma esperança teria quem se sentisse com vocação para compor obras severas de arte. Quem lh'as receberia, se o que domina é a cantiga burlesca ou obscena, o cancã, a mágica aparatosa, tudo o que fala aos sentidos e aos instintos inferiores? [...] a província ainda não foi de todo invadida pelos espetáculos de feira, que me conste, nenhuma obra nova e original. (ASSIS[3] apud DAMASCENO, 1975, p.55)

Soma-se a isso, ainda, no período, a ascensão do cinema como um "rival" às apresentações teatrais, levando o próprio Theatro a ceder espaço para as exibições cinematográficas, causando temor entre amadores e profissionais do teatro. No entanto, esse temor não deixou obscurecer o fascínio do público para com as obras teatrais, reconhecendo a influência da Cia Luso Brasileira para a dinâmica cultural local. Com 26 anos de existência, essa companhia trouxe uma quantidade significativa de obras dos mais diversos gêneros.

3.2 Segundo Ato: As produções estrangeiras e nacionais

Com a consolidação da República Velha, a partir de 1889, o Theatro São Pedro cedeu lugar a apresentações irreverentes dos "dramalhões lacrimejantes" das companhias teatrais estrangeiras, em confronto com os autores da casa que vinham trabalhando com um teatro mais denso, e que teve Artur Rodrigues da Rocha seu expoente, cujas peças estavam imbuídas de conflitos e temas sociais como escravidão, preconceitos de cor, choque de gerações e desajustamentos morais. Além desse autor, destacou-se, também, Joaquim Alves Torres, que abordou temas como amor e ódio; e Pinto da Rocha, que por ter vivido muito tempo em Portugal, explorou temas de sua experiência europeia como homens, costumes, paisagens e correntes literárias. Aliás, cabe destacar desse último a obra Talita contada em versos alexandrinos, causando críticas e elogios nos jornais da época por ser um drama escrito aqui, mas com cenário europeu.

Nesse período, o público local já estava maduro para aceitar outras produções como as italianas e alemãs, não apenas pelo crescimento populacional, mas também pelos imigrantes e descendentes dessas nacionalidades que também se faziam presentes na plateia. A reação dos gaúchos foi muito bem-vinda pelo fato de serem peças amplamente aplaudidas na Europa que:

> [...] embora não muito afinadas, conforme exige o figurino, significavam uma aquisição cultural de valor inapreciável. Eram novos horizontes, perspectivas morais, sociais e estéticas desconhecidas; era uma dramaturgia, senão de todo nova, pelo menos diferente. (DAMASCENO, 1975, p.69).

Merecem destaque a Cia Dramática de Gustavi Bluhn e Philipp Lesing que apresentou a peça Rosenmontag (drama de amor) e a temporada do ator italiano Salvini que trouxe o teatro clássico, tragédias gregas, francesas e modernas. Ressalva-se, ainda, a Cia espanhola dirigida por Francisco Fuentes com a obra Cyrano de Bergerac entre outras. Mas, por mais que se

[3]. Machado de Assis (1839-1908) foi escritor romancista de grande importância no período. Foi um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras.

diversificassem as companhias, as portuguesas eram dominantes e percebiam o país como seu melhor mercado de trabalho, como mostra a Figura 2, a Cia Maria Mattos-Mendonça de Carvalho.

Fotografia 2 - Companhia Portuguesa de Comédia
Maria Mattos - Mendonça de Carvalho.



Fonte: Acervo Digital TSP

Como aponta DAMASCENO (1975, p.67), por mais que empresários, artistas, autores e ensaiadores portugueses fossem muito conhecidos no país, pouco a pouco cresceu a resistência aos modelos portugueses e as "[...] gerações novas, em particular, não queriam saber dos padrões lusos de linguagem, nem das técnicas teatrais exportadas para o nosso consumo pela antiga metrópole."

Durante a 1º. Guerra Mundial, o Theatro São Pedro reduziu a quantidade de apresentações e a qualidade de seus espetáculos foi sendo afetada, transformando-se num palco de conferências, espetáculos de pugilismos, festivais de fundos pró guerra, salão de bailes e formaturas. Nesse contexto, emergiu um novo espaço voltado à revistas e comédias "mais descontraído, menos traduzido, mais nosso" oportunizando a valorização nacionalista das produções começando a "[...] integrar afetivamente no cenário físico, moral e social do Brasil." (DAMASCENO, 1975, p.81). O Theatro São Pedro substitui as grandes tragédias por:

> [...] um teatro afável, ora poético, ora risonho, com alegorias e fábulas risonhas, ambíguas, sentimentais quando preciso, e no fundo, capazes sempre de fixar o pitoresco das grandes cidades, a proletarização dos profissionais liberais, a decadência da burguesia, a ascensão das massas...por espetáculos coloridos, agradavelmente visuais. Um teatro diferente, tanto para ouvido como para ser contemplado. A cenografia dá um salto, a sonoplastia toma caráter próprio. (DAMASCENO, 1975, p.82)

Mesmo após a Guerra, o Theatro buscou traduzir os ambientes e a vida social com otimismo e alegria criadora, enaltecendo o sentimento nacionalista. Foram tempos onde a representação enriquecia o espetáculo, descontraía-se a marcação, diminuía-se a impostação, enaltecia-se a naturalidade da elocução, e a cenotécnica ganhava vez, isso é, os atores viviam criaturas humanas no palco, repudiando-se os clássicos franceses e italianos. Outra mudança percebida foi o resgate das peculiaridades regionais e suas encenações no palco. Peças brasileiras como Flores de Sombra, Chá de Sabugueiro e Onde Canta o Sabiá mostravam a caricatura social, o dia-a-dia urbano e rural, além dos pequenos conflitos de classes.

Isso não sugeria que os espetáculos estrangeiros tivessem sido esquecidos, muito pelo contrário, caminhavam juntos nos palcos. A Cia Alemã de Comédias Georg Urban, a atriz portuguesa Aura Abranges, a Cia Dramática Francesa de Vera Sergine foram alguns estrangeiros que passaram pelo teatro. Atriz de destaque, Sergine, por ter sido a primeira figura feminina da Cia Francesa depositou sua percepção quando perguntada acerca dos problemas da arte contemporânea, dizendo "[...] que o moderno teatro é essencialmente psicológico, ou em outros termos, de intensidade interior, e não de intensidade exterior, de gesto e ação." (DAMASCENO, *1975*, p. 88)

Porém, nessa fase nacionalista, os efeitos das peças estrangeiras já não mais impressionavam. Era o período de comemoração dos 100 anos de independência do Brasil, vivia-se um momento de inquietação em todos os níveis sociais - como a Semana da Arte Moderna - e intensificavam-se as atividades teatrais em Porto Alegre. Quanto a essa última, profissionalizaram-se os "*homens de teatro*" e o local fazia rir, chorar, emocionar, encantar, indagar, refletir, isso é, cumpria sua função social de transformar a vida social local. As encenações que se apresentavam nesse momento, impactavam o público, as leituras ideológicas, os estilos literários e, principalmente, a intenção de abrasileirar os textos. Artistas nacionais e locais ganhavam projeção como foi o caso da cantora Pernambucana Irene Vernaci, que fez parte do corpo docente do Conservatório Pernambucano criado em 1930 (Figura 3); a bailarina gaúcha Chinita Ullmann considerada exímia dançarina por seus movimentos intuitivos (Figura 4); e a artista gaúcha Iracema de Alencar. (Figura 5). (DAMASCENO, 1975)

Figura 3 – Artista Iracema Vernaci



Fonte: Acervo Digital TSP

Figura 4 – Bailarina Chinita Ullmann



Fonte: Acervo Digital TSP

Figura 5 – Artista Iracema de Alencar



Fonte: Acervo Digital TSP

Diante desse contexto, a próxima seção, faz uma análise das companhias estrangeiras no Theatro São Pedro e sua influência na sociedade local.

4 O papel das companhias teatrais no Theatro São Pedro

Resgatando os conceitos teóricos de cultura, pode-se analisar a forma como as companhias teatrais impactaram a vida cultural da cidade. Quando o Theatro foi inaugurado, essas companhias trouxeram referências da cultura europeia, onde as apresentações de diversos gêneros permitiram conhecer novos valores, comportamentos, hábitos e costumes que não desmereciam os já instituídos pela sociedade local. Nesse aspecto, JULLIEN (2009, p.178) aponta que as sociedades são as substâncias da cultura e que a mesma deve ser compreendida a partir de suas especificidades para que "cada pessoa, torne inteligíveis em sua própria língua os valores da outra e, por conseguinte, reflita-se a partir deles – logo, também, trabalhe com eles." Por mais cheia de significados, diversificadas, complexas e circunstanciais que as culturas sejam, as mesmas podem ser interpretáveis, como observa GEERTZ (2008).

Pode-se perceber que a vinda dessas companhias impactou em diversas categorias sociais locais como famílias, público, escritores, artistas amadores e profissionais, por mais que em alguns momentos, a resistência contra a importação de suas encenações existisse. No entanto, a diversidade de atores portugueses, italianos, espanhóis, franceses e alemães possuíam suas próprias características na arte de se comunicar e representar suas obras, contribuindo para que as companhias nacionais e amadoras conhecessem, descobrissem, reinventassem e transformassem suas técnicas de produção cênica, bem como a produção de textos. Nesse ponto, convém mencionar que a cultura não existe no singular, podendo tomar emprestado, assimilar, diluir, atenuar suas especificidades, uniformizar, reespecificar e reindividualizar continuamente, como aponta JULLIEN (2008).

Outro ponto de destaque com a chegada das companhias estrangeiras, foi a valorização das peculiaridades regionais, do sentimento nacionalista, da representação cênica mais humana dos artistas - ao invés dos clássicos mais dramáticos -, ou seja, a valorização de textos mais simples e alegres. Nesse aspecto, empreende-se o que coloca JULLIEN (2008), de que os indivíduos somente tem consciência de sua própria cultura quando se conhece a outra. Percebeu-se uma ascensão tímida, mas não menos importante, de escritores e atores regionais, além da convivência pacífica, no mesmo espaço, de produções cinematográficas e teatrais, dividindo a preferência do público.

Ao final da República Velha, por mais que o público já enaltecesse as apresentações nacionais, o fato é que as companhias teatrais estrangeiras atuavam ao mesmo tempo com as produções locais, cada uma com suas particularidades de gênero, técnica e produção, proporcionando uma aproximação entre si. Ou seja, as influências que cada uma recebia, proporcionava um contato, uma comunicação. Quanto a isso, JULLIEN (2008) enfatiza que as culturas devem ser entendidas no plural, devem dialogar entre si, pois todas elas mantêm entre si uma comunicabilidade que não é igualitária nem neutra. Para o autor, a cultura está sempre em vias de se homogeineizar e heterogeinezer; de confundir e demarcar; de desidentificar e reindentificar; de se conformar e resistir; de se impor e entrar em dissidência.

5 Considerações Finais

Através desse artigo, pode-se perceber a forma como a vida social local se transformou a partir do contato com as encenações estrangeiras. A chegada de artistas europeus retratava, em suas produções, novos hábitos e costumes que tanto fascinavam o público presente. O Theatro São Pedro foi o local onde esse encontro foi possível, rompendo barreiras de língua e fronteiras geográficas.

Além disso, as companhias estrangeiras encontraram aqui um mercado de trabalho promissor, gerando desconforto para artistas que não tinham as técnicas e nem obras de cunho dramático que tanto exigiam envolvimento emocional e qualidade de apresentação. No entanto, as produções teatrais nacionais também ganharam espaço, com cenários mais singelos e peças exibindo gêneros mais cômicos, resgatando o cotidiano da população do país, ou seja, enaltecendo textos mais próximos às características nacionais. Nesse contexto, as companhias externas não foram neutras mas oportunizaram mudanças positivas no território, desde o início de suas apresentações, significando uma aquisição cultural de valor inestimável e introduzindo novos horizontes, perspectivas morais, sociais e estéticas desconhecidas. Ou seja, uma dramaturgia diferente foi aplaudida.

Diante dessas influências, a cultura local foi transformada, cultura entendida como plural, que não cessa de se diversificar e de se comunicar com ela mesma, como já observado por Jullien.

Referências

BAUMANN, Zygmund; Engels, F; Geertz, C.; Leontief, A; Marcariam, E. *O papel da cultura nas ciências sociais.* Porto Alegre: Editorial Villa Martha Ltda, 1980.

BAUMANN, Zygmunt. *Ensaios sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2012.

DAMASCENO, Athos; CESAR, G.; MORITZ, P.A.; CARO, H. *O Theatro São Pedro na vida cultural do Rio Grande do Sul.* Porto Alegre; Departamento de Estudos Culturais da SEC, 1975.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

JULLIEN, François. *O diálogo entre as culturas:* do universal ao multiculturalismo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed, 2009.

MORIN, Edgar. *Minha Paris, minha memória.* Rio de Janeiro: Berthrand Brasil, 2015.

THEATRO SÃO PEDRO. *Álbum ilustrativo comemorativo de sua reinauguração*. Porto Alegre, Editora Gráfica Metrópole, 1984.

THEATRO SÃO PEDRO: 150 ANOS. Porto Alegre: Agência RBS, 2008.

A CULTURA E A DESCENTRALIZAÇÃO DO PODER PARA DIMINUIR A VIOLÊNCIA

Kellen Lazzari,
Especialista em Direito do Consumidor pela UFRGS, Mestra e Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Memória Social e Bens Culturais, da UNILASALLE Canoas/RS, com bolsa da Capes, kellenvl@hotmail.com.

Margarete Panerai Araújo,
Pós-doutorado em Administração Pública e de Empresas em Políticas Estratégicas pela FGV EBAPE/RJ e Pós doutorado em comunicação Social pela UMESP. Professora Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE – Canoas, margarete.araujo@unilasalle.edu.br.

Resumo:

Este trabalho, ao falar sobre a influência da cultura na vida das pessoas, busca refletir sobre como o poder público pode atuar para conseguir mudar uma das culturas negativas que ainda assola o Brasil, ou seja, a violência. A metodologia de análise foi a partir do exemplo de revitalização do 4º Distrito, região do município de Porto Alegre, que vem revitalizando, investindo no desenvolvimento da região para contribuir na diminuição da violência. Para tanto, é necessário descentralizar o poder e focar no humano, pensar num desenvolvimento mais inclusivo.

Palavras-chave: cultura. Desenvolvimento. descentralização. ações coletivas.

CULTURE AND DECENTRALIZATION OF POWER TO DECREASE THE VIOLENCE

Abstract:

This work, when talking about influence in people's lives, seeks to reflect on the How the public power must act to change one of the negative cultures that still reaches Brazil, that is, the violence. The methodology of analysis was from the example of revitalization of the 4th District, region of the city of Porto Alegre, what comes revitalizing, investing in the development of the region to contribute to the reduce violence. For this, it is necessary to decentralize power and focus on the human, to think of a more inclusive development.

Keywords: culture. Development. Decentralization. collective action

1 Introdução

A cultura é parte constituinte do processo de desenvolvimento institucional, bem

como, as instituições integram-se ao processo de desenvolvimento econômico (DINIZ, 2003 e FILÁRTIGA, 2007). O texto: "A cultura afeta o desempenho econômico?", dos autores Luigi Guiso, Paola Sapienza e Luigi Zingales (2006), faz referência de que a cultura é um conjunto de crenças e valores que os grupos sociais, étnicos e religiosos transmitem de forma praticamente inalterada de geração em geração, e que podem impactar na economia de uma sociedade.

Partindo da premissa, de que a memória coletiva é o lócus de ancoragem da identidade do grupo, assegurando a sua continuidade no tempo e no espaço, deve-se tomar por base a influência que as instituições sociais, como o parentesco, a comunidade, a religião, a organização política e a classe social exercem sobre a origem das recordações pessoais (HALBWACHS, 2006). Assim sendo, depreende-se que a cultura não apenas afeta a vida de uma pessoa como impacta toda uma sociedade e a economia de um Estado, nos seus mais diversos segmentos, como por exemplo: saúde, segurança, políticas públicas.

A força da influência da cultura, da sociedade, sobre as pessoas para Durkheim é intensa, e se opera por meio da educação, onde a autonomia do indivíduo é praticamente uma "ilusão", sendo "prisioneiros de sua própria cultura". Por outro lado, para Moscovici (2003) essa percepção de coerção não é tão forte, pois, para o autor, os indivíduos apesar de sofrerem a influência da sociedade, "têm o benefício do livre arbítrio", constroem, então, suas representações com "certa flexibilidade, combinando diferentes conhecimentos a seu modo" (ALBA, 2011, p 401).

Entretanto, a cultura como herdada por indivíduos não é continuamente alterada com as mudanças que as pessoas experimentam durante suas vidas (GUISO, SAPIENZA E ZINGALES, 2006), mas a influência da cultura sobre a vida dos indivíduos pode sofrer alterações (MOSCOVICI, 2003), e é dessa forma que podem ocorrer importantes mudanças culturais dentro de uma sociedade (ALBA, 2011). Porém, existem culturas difíceis de serem alteradas, pois acabam passando de geração em geração, por meio das famílias, igreja, educação, política e por meio das próprias mídias, e vão se perpetuando dentro das sociedades. Uma dessas culturas que ainda persistem na sociedade brasileira é a da violência.

O tema desse artigo é sobre as culturas negativas, que ainda assolam o Brasil, ou seja, a cultura da violência. Mas busca especificamente objetivar uma reflexão, sobre exemplo de revitalização do 4º Distrito, região do município de Porto Alegre, que ao ser revitalizado, investiu no desenvolvimento para diminuir a violência. Metodologicamente buscou-se o estudo de caso da região como forma de reflexão. Este artigo está dividido em sessões sendo a primeira a violência e a relação com o desenvolvimento de uma região; segue a metodologia analítica e as considerações finais.

2 Violência e a relação com o desenvolvimento de uma região

A Violência é uma realidade histórica e está cada vez mais presente na no país. O Brasil ocupa a 10ª posição entre os 100 países analisados e possui a taxa de 20,7 homicídios por cada 100 mil habitantes, segundo o Mapa da Violência 2016 – produzido pela Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso) – com foco na questão da violência por armas de fogo e suas variáveis.

No Estado do Rio Grande do Sul, esse estudo mostrou que, em 2004 foram registradas 1432 mortes por armas de fogo, já em 2014 o número chegou a 2052, onde Porto Alegre apareceu como a quarta cidade, com mais mortes por arma de fogo no Estado configurando como a décima capital mais violenta do país.

Para Minayo (1994) é quase unânime, que a violência não é biológica, portanto, não faz parte da natureza humana, e sim figura como um processo biopsicossocial, pois cresce e se desenvolve na vida em sociedade. É necessário levar em conta os aspectos históricos, sociológicos e antropológicos, observando as questões morais, econômicas, psicológicas e institucionais.

Nesse sentido, lembrando que Durkheim (1996) explicou os crimes definindo, que os problemas sociais são decorrentes da Anomia. Esses princípios teóricos surgiram com ele, no século XIX, e destacou que o crime era essencialmente social, uma doença. Segundo o autor, fatos sociais são fenômenos gerais e coercitivos que se instalam quando há uma ruptura ou uma diminuição na "consciência coletiva", momento em que a anomia se instala na sociedade – ocorrendo dessa forma desvios como a violência, as condutas criminosas, pela perda da regulação social. Contudo, essa teoria social tinha por finalidade encontrar soluções para a vida social. Atualizando a temática da violência outras versões foram consideradas.

Na visão marxista o próprio capitalismo era violento com os trabalhadores, pois a exclusão da classe proletária gerava desigualdades sociais. Viu-se nessa teoria que existia relações de oposição, antagonismos e de exploração. Já em Max Weber, segundo Costa (1997) essa construção teórica da violência corresponde a conceitos sociológicos construídos e interpretados como instrumentos de ordenação da realidade. Assim, os clássicos interpretaram o fenômeno da violência. Contudo é necessário efetuar outras articulações para entender o problema socialmente.

A violência interfere negativamente no desenvolvimento econômico e social, pois eleva o nível de exclusão social e de pobreza, colocando em risco a cidadania e a segurança (REIS, 2013). Por consequência, "a violência custa às nações valores humanos e econômicos, extraindo das economias mundiais a cada ano muitos bilhões de dólares em tratamentos de saúde, gastos legais, ausência do trabalho e produtividade perdida" (DAHLBERG e KRUG, 2006, p. 1171 e 1172).

Para diminuir a violência Coleman (1993) e Putnam (1995) afirmam que a crença entre os membros da comunidade, o envolvimento nas questões comunitárias, podem ser uma boa relação entre a vizinhança. Essas são condições fundamentais para a prosperidade econômica e para o desenvolvimento local. Além desses fatores, pode-se citar a infraestrutura urbana, como saneamento básico, iluminação pública, bons transportes públicos, lazer e equipamentos culturais, requisitos importantes para a melhoria da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública.

Zaluar (1999) destacou nos seus estudos o medo e o apoio dado pela sociedade a políticas despóticas ou extremamente repressivas devido à crise, que conduzem autores a qualificar a sociedade brasileira como o antônimo da cordialidade e cooperação, ou seja, uma tentativa de explicação sociológica, para o modelo dicotômico, que divide a sociedade em duas categorias antagônicas, ainda que, empregando diferentes conceitos — tais como dominação, exploração capitalista, segregação racial ou exclusão.

Ao relembrar Robert Castel (1995) que prefere falar de desafiliação e não de exclusão o mesmo propõe diferentes políticas para resolver a questão. O autor trabalha com as escolhas

dentro de sociedades nacionais e com as políticas de integração a uma sociedade nacional para não perder de vista essas situações diferenciadas por religião, identidade étnica, raça e gênero, retomando o tema do pluralismo e do multiculturalismo.

Assim, o fato de ter pessoas que não possuem condições de se adaptarem ao trabalho urbano-industrial devido a problemas como "desorganização familiar, falta de orientação educacional e ocupacional, condições precárias de moradia e que se encontram excluídos do mercado de trabalho" (GULLO, 1998, p. 108) acabam por estimular a criminalidade no meio urbano. Diferentes autores, apontam que é necessário que se deixe de olhar apenas para o criminoso, como faz a maior parte das teorias e do poder público, sendo, assim, essencial, que se preste atenção "para o fato de que o ambiente influencia na vontade de alguém cometer um crime em um ato criminoso" (BRUNET; VIAPIANA; BERTÊ; BORGES, 2008, p. 72).

Esse breve referencial teórico destaca que teorias sociológicas já se apresentavam desde o século XIX como alternativas para explicar a violência social, ou seja, como fato social, como exploração, ou ainda como formação histórica ordenada. Viu-se que questões comunitárias podem interferir nas condições fundamentais para manutenção da sociedade e na prosperidade econômica. A exclusão social tornou-se um acréscimo nos conceitos de violência e os teóricos atuais questionam essa desfiliação do cidadão, essa falta de orientação educacional e ocupacional e o papel do poder público nesse processo. Assim, para cumprir o objetivo proposto segue a metodologia.

3 Metodologia

O artigo fez uso do desenvolvimento de um estudo de caso sobre a região do 4° distrito como forma ilustrativa de análise. A técnica bibliográfica tem por base artigos, livros voltados ao tema, e a pesquisa documental foi oriunda de documentos do governo, legislação e do site municipal, uma vez que, segundo Yin (2005), essa coleta de dados comprova as evidências. A identificação do corpus de análise buscou como ilustração matérias de jornal que foram divulgadas sobre a região.

4 Analise de dados

Segundo a Prefeitura de Porto Alegre, em parceria com a iniciativa privada, existe um projeto de revitalização do 4º Distrito, que é uma área da região central e da zona norte da cidade. Esta região engloba, principalmente, os bairros Floresta, Navegantes, São Geraldo, Humaitá e Farrapos, antigo polo industrial e comercial da capital. Com o passar do tempo, essa região foi sendo abandonada pela maior parte das indústrias e, consequentemente, pela população e hoje apresenta índices altos de violência, conforme indicadores do sítio ObservaPoa o que prejudica o desenvolvimento.

Conforme o site da Prefeitura Municipal de Porto Alegre o grande desafio histórico para o 4º Distrito foi permitir condições para modificar a região do ponto de vista econômico. E um dos modelos utilizados foi o projeto de Barcelona é que não é unicamente um projeto de

urbanismo, mas uma plataforma de negócios de possibilidades de receber novas tecnologias. Nessa revitalização em Barcelona houve uma série de medidas. Como:

> [...] grande avenida foi aberta na região, órgãos públicos municipais foram levados para a área, bem como universidades, também foram mudados os índices da construção civil para permitir a instalação de prédios mais altos, ao mesmo tempo que se abria espaço no chão para as obras da avenida, mas também para praças, ciclovias, áreas de convivência. As mudanças estruturais incluíram ainda a melhoria de serviços de internet na área (PMPA, 2017, s.p.)

Com essas ações de revitalização junto ao 4º distrito a Prefeitura de Porto Alegre deseja focar em dois eixos: a integração de todos os atores da cidade na construção de uma visão de futuro, onde inovação e o empreendedorismo sejam eixos centrais do crescimento econômico. A ideia é atrair empreendimentos para desenvolver.

Mas, para um projeto de revitalização dar certo se faz necessário focar no humano, pensar num desenvolvimento mais inclusivo, permitir ações coletivas, participativas e populares, valorizando e respeitando os elementos sociais, históricos e culturais que existem na área em desenvolvimento, segundo Pimenta (2014). Segundo Rattner (1992), para o desenvolvimento de uma região, deve-se planejar com o intuito de melhorar as condições de vida da população que lá vive e consequentemente diminuir a violência, através de investimento nas ações locais de desenvolvimento que precisam deixar de ser monopólio do poder público.

Furtado (1984), reforçou essa proposta ao longo da história e ao articular cultura e desenvolvimento, também faz referência a uma maior participação do povo no sistema de decisões. Então, a proposta de gestão dessa região do 4° distrito, para a Prefeitura de Porto Alegre, é buscar o aval da comunidade, e justamente atrair as pessoas e empreendimentos para desenvolver a área, com projetos voltados para a economia criativa e a tecnologia, por exemplo.

A retomada do desenvolvimento é necessária, sendo assim segundo Furtado (1989, p.28) “criatividade no plano político [...], vontade coletiva [...], onde essa vontade coletiva só poderá surgir se der um reencontro das lideranças políticas com os valores permanentes de nossa cultura, cujas raízes estão na massa da população”. O poder público deve ser um dos agentes envolvidos, um facilitador de ações, necessitando fazer uso da governança, de um modelo de gestão pública, que leve em conta a necessidade de envolvimento e participação da sociedade nos programas e projetos, nas decisões desde o planejamento até a execução, sendo solidários no empenho para a realização dos objetivos propostos (TENÓRIO, 2004).

Essa descentralização, junto à participação popular nos processos decisórios, sintetiza uma abertura política do estado contemporâneo, pois, torna mais fácil reivindicar propostas que atendam a dinâmica e peculiaridades da região segundo Boisier (1996). Para alcançar uma melhor descentralização do poder, ou seja, a participação da população na gestão pública seria conveniente a organização em conselhos, uma vez que eles se tornam representantes mais diretos da vontade e das necessidades da comunidade. Dessa maneira, a gestão municipal finalmente passa a ser direcionada a uma verdadeira forma de gestão social e democratização do poder público (TENÓRIO, 2004).

Pode-se pressupor que uma forma de evitar tantos crimes, inúmeras mortes, e dar um retorno social aos casos sociais que abalam a vida pública e que, são divulgados pela mídia,

seria essa participação ativa da população cidadã. Como exemplo ilustrativo, foi o caso da mãe que esperava, dentro do carro, seu filho sair do colégio, na zona Norte da capital gaúcha, no dia 25 de agosto de 2016 e foi morta. O crime segundo a polícia civil foi considerado como latrocínio e chamou atenção da sociedade e da mídia uma vez que se enquadrou no 25º latrocínio em oito meses. Esses dados correspondem a um aumento de 35% dos latrocínios na capital porto alegrense em comparação entre os primeiros semestres de 2015 e 2016 (ZERO HORA, 2016).

Crime que veio corroborar com os dados do Mapa da Violência 2016, de que Porto Alegre é uma das cidades mais violentas do Estado do Rio Grande do Sul. E demonstrou que se deve rever, urgentemente, o modelo de segurança pública vigente. A política do enfrentamento, da criminalização e do encarceramento como solução dos problemas de segurança pública precisa ser revista. Conforme Minayo (1994) é necessário levar em conta vários aspectos como, por exemplo, os históricos, sociológicos, educacionais, econômicos. Isto é, os governos municipais, estaduais e o federal não podem ficar atrelado ao binômio mais armas e mais viaturas, apenas à repressão policial. Os gráficos abaixo demonstram indicadores da região dos anos de 2010 a 2015.Figura 1: Indicadores de violencia no 4° distrito relativo a danos, furto e invasão.

José Fogaça - Gestão 2005 a 2010

ANO	2010	
INDICADORES	Indicador	Absoluto
Dano	21	...
Furto	3	...
Invasão	1	...

José Fortunati - Gestão de 2011 a 2016

ANO	2011		2012		2013		2014		2015	
INDICADORES	Indicador	Absoluto	Indicador	Absoluto	Indicador	Absoluto	Indicador	Absoluto	Indicador	Absoluto
Dano	5	...	7	...	0	...	4	...	2	...
Furto	1	...	1	...	4	...	0	...	2	...
Invasão	0	...	2	...	0	...	0	...	0	...

Fontes: SMSEG - Secretaria Municipal de Segurança

Fonte: Procempa, 2017

Nota-se que na última gestão os dados foram diminuindo identificando que os projetos de revitalização estão melhorando as condições da região.

Figura 2. Dados referente a centro culturais e casas e espetaculos de cultura.



Ano	INDICADOR	VALOR ABSOLUTO	EVOLUÇÃO NO PERÍODO	...	...
2012	11	...	...	...	...

Fontes: SMC - Secretaria Municipal da Cultura

Fonte: Procempa, 2017.

Os autores abordados lembram que é possível fazer mudanças substanciais, enfrentando o problema com políticas educacionais e direitos sociais, caso contrário as estatísticas referentes à violência no país e a escassez de recursos financeiros a ser investidos só aumentarão (COLEMAN, 1993; PUTMAN, 1995 e ANUÁRIO BRASILEIRO DA SEGURANÇA PÚBLICA, 2016).

Então, Freire (2009), Minayo (1994), Tenório (2004) e Boisier (1996) ao abordarem sobre o modelo de gestão pública com a participação da população; ao afirmarem que uma política pública de Segurança Cidadã precisa contar com um espaço para as diversas políticas setoriais, como educação, saúde, esporte, cultura, além das forças policiais e a participação da sociedade cidadã, reforçam ainda mais as recomendações para acompanhar, reivindicar e fiscalizar as ações político-administrativas. E nesse sentido, que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), vem atestando através de estudos e pesquisas, que a participação popular contribuiu para o aumento da eficácia e abrangência das ações públicas. Com objetivo de exemplificar que a revitalização do 4º Distrito, na do município de Porto Alegre, também podem investir no desenvolvimento da região e diminuir a violência destacou-se que as propostas, que sendo efetivadas pela Prefeitura têm condições de modificarem a região.

5 Considerações finais

Refletir sobre a violência e o desenvolvimento local colabora com o senso de

responsabilidade, que se tem como cidadãos e cidadãs dentro das cidades, e consequentemente dentro dos bairros em que se vive. Não é possível esperar que todas as ações de melhoramento, de desenvolvimento, dos municípios partam exclusivamente do poder público, mas também do seu povo. Conforme visto, a violência é uma constante e seu histórico é um problema no Brasil. Não sendo algo biológico, natural do ser humano, nasce e cresce da vida em sociedade, – da perda da regulação e da fiscalização do Estado (MINAYO, 1994; DURKHEIM 1996) – ocasionando prejuízos humanos e econômicos para a sociedade.

Os dados trazidos pelo Mapa da Violência 2016 (WAISELFSZ, 2016), destacaram que, Porto Alegre como a décima capital com o maior índice de homicídios por arma de fogo do país e uma das regiões, que ajuda nesse alto indicador de homicídios é o quarto distrito da capital gaúcha. Isso leva a pensar na necessidade urgente de mudar essa realidade. Esse ensaio refletiu sobre o poder público e sua modernização na sua governança, na sua gestão pública, descentralizando o poder, destacando que a participação cidadã ainda é a melhor solução.

É imprescindível a participação da população no planejamento e execução dos projetos de melhoria e desenvolvimento dessa região, mesmo porque com o engajamento da comunidade é mais provável que se alcancem os objetivos propostos. Garantir o conhecimento de cada localidade e das pessoas que ali residem e trabalham oportuniza um desenvolvimento que "não deve privar o indivíduo de qualquer acesso a direitos e aos benefícios disponibilizados" segundo Pimenta (2014, p. 57), posto que, uma região desenvolvida, disponibiliza os direitos básicos à população, colaborando para diminuir a violência, uma vez que o ambiente influencia no comportamento das pessoas.

Referências

ALBA, M. de. Representações sociais e memória coletiva: uma releitura. In: *Teoria das representações sociais: 50 anos*. Angela Maria de Oliveira Almeida, Maria de Fátima de Souza Santos, Zeidi Araujo Trindade, organizadores. Brasília: Technopolitik, 2011.

BOISIER, S. Em busca do esquivo desenvolvimento regional: entre a caixa preta e o projeto político. *Revista Planejamento e Políticas Públicas*, n. 13, p. 111-143, 1996. Disponível em: https://ava.unilasalle.edu.br/pluginfile.php/49587/mod_resource/content/1/Desenvolvimento.pdf. Acesso em: 17.ago.2016.

BRUNET, J. F. G.; VIAPIANA, L. T.; BERTÊ, A. M. A.; BORGES, C. B. Fatores Preditivos da Violência na Região Metropolitana de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Segurança Pública* | Ano 2 Edição 3 Jul/Ago 2008. Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/estudo_violencia.pdf. Acesso em: 16.dez.2016.

CASTEL, R. *A nova questão social*. Petrópolis/ Rio de Janeiro: Vozes. 1998.

COSTA, C. *Sociologia.* Introdução a ciência da Sociedade. Ed. Moderna, 1997.

DINIZ, M. H. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DORNELLES, R. *Zero Hora*. Porto Alegre, 25.ago.2016. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/08/mulher-e-morta-durante-assalto-na-zona-norte-de-porto-alegre-7331230.html. Acesso em: 31.mar.2017.

DURKHEIM, É. *O Suicídio: Estudo Sociológico*. Lisboa: Editorial Presença, 1996.

FILÁRTIGA, G. B. *Custos de Transação, Instituições e a Cultura da informalidade no Brasil*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 14, N. 28, P. 121-144, dez. 2007.

FREIRE, M. D. Paradigmas de segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, Ano 3, edição 5, p. 100-114, ago./set. 2009.

FACULDADE LATINO-AMERICANA DE CIÊNCIAS SOCIAIS (Flacso). *Mapa da Violência 2016*. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf. Acesso em 13.dez.2016.

FURTADO, C. *Cultura e desenvolvimento em época de crise*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

GUISO, L.; SAPIENZA, P. e ZINGALES, L. Does culture affect economic outcomes? *Journal of Economic Perspectives* —Volume 20, Number 2, Spring, 2006, p. 23–48.

GULLO, Á. A. S. *Violência urbana: um problema social*. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, maio/1998, p. 105-119.

HALBWACHS, M. *A memória coletiva*. São Paulo: Ed. Centauro, 2006.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Edição nº 65, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2493:catid=28&Itemid=. Acesso em: 31.mar.2017.

MINAYO, Maria Cecília Maria de S. A Violência Social sob a Perspectiva da Saúde Pública. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 10 (supplement 1): 07-18, 1994. Disponível em: file:///F:/DOUTORADO/T%C3%93PICOS%20AVAN%C3%87ADOS%20EM%20GEST%C3%83O%20CULTURAL/aviolenciasocialsobaoticadasaudepublica.pdf. Acesso em: 14.dez.2016.

MOSCOVICI, S. O fenômeno das representações sociais. In S. Moscovici (Ed.), *Representações sociais: investigações em psicologia social* (pp. 29-109). Petrópolis: Vozes, 2003.

OBSERVAPOA. Disponível em: http://www.observapoa.com.br/. Acesso em: 14.dez.2016

PIMENTA, C. A. M. *Tendências do desenvolvimento: elementos para reflexão sobre dimensões sociais na contemporaneidade*. V. 10, n. 3 (número especial), p. 44-66, set/2014. Taubaté, SP, Brasil. Disponível em: http://www.rbgdr.net/revista/index.php/rbgdr/article/view/1471/394. Acesso em 14.set.2016.

RATTNER, H. Tecnologia e Desenvolvimento Sustentável. Pp. 13-40. In: Hoyos, Juan Bardalez (org.). *Desenvolvimento sustentável: um novo caminho?* Belém: UFPA, NUMA, 1992. 119p. – (Universidade e Meio Ambiente, n.3).

REIS, A. F. Violência e Desenvolvimento Local: um estudo sobre a criminalidade entre jovens de 15 a 24 anos em comunidades periurbanas de Campo Grande, MS. *Revista Interações*, Campo Grande, v. 14, n. 2, p. 155-164, jul./dez. 2013.

ROLIM, M. *Mais educação, menos violência: caminhos inovadores do programa de abertura das escolas públicas nos fins de semana*. Brasília: UNESCO, Fundação Vale, 2008. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001785/178542por.pdf. Acesso em: 31.mar.2017.

TENÓRIO, F. G. Cidadania e desenvolvimento local: casos brasileiros. *IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Madrid, España, 2 - 5 Nov, 2004. Disponível em: http://www.gp.usp.br/files/desen_cidadania.pdf. Acesso em: 15.dez.2016.

WAISELFSZ, J. J. *Mapa da Violência 2016, Homicídios por Armas de Fogo no Brasil*. Disponível em: http://mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf. Acesso em: 12.dez.2016.

YIN, R.K. *Estudo de caso. Planejamento e métodos*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZALUAR, A. *Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização*. In: São Paulo em Perspectiva. Vol.13 n° 3. Jul/set. 1999. Disponível em: www.scielo.br/pdf/spp/v13n3/v13n3a01.pdf. Acesso em 25.mar. 2017.

MEMÓRIAS DE UMA ECOLOGIA DE SABERES

Andréa dos Santos Benites,
Especialista em Marketing, Mestranda do Programa em Memória Social e Bens Culturais da Universidade La Salle-UNILASALLE. Canoas, benitesandreabenites@gmail.com

Margarete Panerai Araújo,
Pós-doutorado em Administração Pública e de Empresas em Políticas Estratégicas pela FGV EBAPE/RJ. Professora Pesquisadora no Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais do UNILASALLE – Canoas, margarete.araujo@unilasalle.edu.br

Resumo:

A ecologia dos saberes é uma construção epistemológica, que envolve a identificação de saberes; o relacionamento desses entre si, e a intervenção no mundo real possibilitada por esses saberes. O objetivo do artigo é descrever através de narrativas de memória de uma amostra de acadêmicos africanos da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) os conhecimentos e experiências produzidas e aprendidas no Programa de Estudantes Convênio da Graduação-PEC-G. Justifica-se o tema, pois a cooperação internacional na educação superior deve ser baseada na solidariedade e no respeito mútuo, e na promoção de valores humanísticos, segundo a UNESCO. Metodologicamente a pesquisa foi uma analise descritiva, bibliográfica e de história oral com entrevistas, junto a uma amostra de estudantes estrangeiros. Conclui-se que a ecologia de saberes descrita por Boaventura de Sousa Santos (2011) caracterizou as narrativas dos estudantes estrangeiros, através do diálogo intercultural.

Palavras chaves: Memórias. Narrativas. Ecologia dos saberes.

1 Introdução

A relevância de Programas de educação foi reforçada pela UNESCO (2009) que destacou que a cooperação internacional na graduação superior deve ser baseada na solidariedade e no respeito mútuo, e na promoção de valores humanísticos e diálogo intercultural por parte de grupos sociais que sofreram e que ainda sofrem, de alguma forma, as injustiças produzidas pelo colonialismo e capitalismo, dentro de uma lógica de dominação epistemológica. A ecologia de saberes nos capacita para isso, ou seja, uma visão mais abrangente, tanto daquilo que conhecemos, como daquilo que desconhecemos, e, também, nos previne de que aquilo que não sabemos é ignorância nossa, e não ignorância em geral. Para Santos (2007a), a ignorância e o esquecimento de alguns conhecimentos podem estar implicados no processo de aprendizagem de outros.

Assim por meio da publicação do Decreto n° 7948 de 12 de março de 2013 que "Dispõe sobre o Programa de Estudantes Convênio de Graduação" (PEC-G), houve uma institucionalização de estudantes estrangeiros de graduação junto às Universidades e demais Instituições de Ensino Superiores brasileiras, participantes deste Programa. Após a conclusão do curso, os estudantes têm

o compromisso de retornarem aos seus locais de origem, por constituírem-se em um quadro de novos jovens qualificados com formação superior, visando a atuação profissional, junto à seus países, atendendo assim, os objetivos preconizados pelo Programa.

Esse movimento começou na década de 1960, e foi considerado o início da Internacionalização nas nossas Universidades. Foi regulamentado e publicado pelo Decreto presidencial n° 55613, de 20 de janeiro de 1965, em pleno o regime de Ditadura Militar, e tornava obrigatório o registro de estudantes estrangeiros beneficiários de Convênios – Culturais (estudantes-convênio). A Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), foi parceira deste Programa desde 1965, quando então começou a receber estudantes. Ao longo desses 51 anos, já recebeu mais de mil e duzentos estudantes oriundos de diversos países da África, da América Latina e Caribe, até o presente momento.

O objetivo geral desse artigo é apresentar as narrativas de memórias dos estudantes africanos desse Programa e a construção de uma ecologia de saberes. A metodologia foi a partir dos relatos de memórias e a análise dos dados foi pela teoria de Boaventura de Sousa Santos, referência nesse estudo. Portanto, a ecologia dos saberes pressupõe o reconhecimento da existência de uma pluralidade de formas de conhecimento, além do conhecimento científico, no qual as memórias também estão presentes.

Com isso, permite-se entender o contexto cultural em que se situa a ecologia de saberes, no qual é ambíguo, segundo Santos (2010), pois a premissa básica da ecologia de saberes é que todos os conhecimentos têm limites internos (que intervém no real) bem como, os externos (decorrentes do reconhecimento de intervenções alternativas). Este artigo está dividido nesta introdução; no desenvolvimento com o referencial teórico e, na sequência, as partes relacionadas a análise dos dados e conclusão e, por último, as referências.

2 Reflexões sobre ecologia dos saberes: (Re)significando o PEC-G

Nesta parte será abordado parcialmente o que é a Ecologia dos Saberes e as contribuições de estudos sobre o PEC-G. Inicialmente, se faz necessário referenciar as Epistemologias do Sul, conceito desenvolvido por Santos e Meneses (2010) como um conhecimento válido para toda a experiência social, pois produz e reproduz conhecimento e ao fazê-lo pressupõe uma ou várias epistemologias. As Epistemologias do Sul para Santos e Meneses são

> [...] um conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam a supressão de saberes levada a cabo, ao longo desses últimos séculos, pela norma epistemológica dominante, valorizam os saberes que resistiram com êxito e as reflexões que estes têm produzido e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos. A esse diálogo entre saberes chamamos ecologia dos saberes (SANTOS; MENESES, 2010, p. 11).

Santos (2010) ofereceu uma nova visão da ciência no tempo presente e de transição paradigmática. Para este autor, com o paradigma dominante já não é mais possível atingir o conhecimento de que se necessita, no momento em que surge o paradigma emergente. Os saberes originam-se dos conhecimentos e experiências produzidas e aprendidas por parte de grupos sociais, que sofreram e, que ainda sofrem de alguma forma, as injustiças produzidas pelo colonialismo e capitalismo, dentro de uma lógica de dominação epistemológica. Esta se insere junto às demais

formas de dominação do colonialismo, reconhecidamente, como por exemplo, a destituição de uma cultura em detrimento de outra.

A busca pela (re)significação, contemplação, reconhecimento, aceitação e validade da diversidade epistemológica é construída a partir das relações sociais que se estabelecem, diariamente, produzidas pelos sujeitos através de suas práticas e vivenciais do cotidiano e que surgem das suas experiências anteriores, assim como, das ausências e das emergências dos sujeitos. Estes conceitos fazem parte da concepção da "Ecologia dos Saberes", a qual foi proposta e desenvolvida por, Santos, em defesa de uma "Epistemologia do Sul". Meneses (2010, p. 103) reforçou que "[...] todos os conhecimentos são socialmente construídos" e que estes estão "vinculadas a contextos e situações específicas".

Para a construção epistemológica da Ecologia dos Saberes, podem ser apontadas três questões principais, que são a identificação de saberes; o relacionamento dos diferentes saberes entre si, e o terceiro diz respeito à natureza e à avaliação das intervenções no mundo real possibilitadas pelos saberes. Desta forma,

> [...] na ecologia de saberes a ignorância não é necessariamente um estado original ou ponto de partida. Pode ser um ponto de chegada. Pode ser o resultado do esquecimento ou da desaprendizagem implícito num processo de aprendizagem recíproca. Assim, num processo de aprendizagem conduzido por uma ecologia de saberes é crucial a comparação entre o conhecimento que está sendo aprendido e o conhecimento que nesse processo é esquecido e desaprendido (SANTOS, 2007b, p. 87).

Através da ecologia dos saberes, se pode reconhecer a presença e a existência da diversidade, da multiculturalidade, das diferenças, das novas experiências, numa perspectiva de que novas formas de aprendizagens são possíveis e devem ser valorizadas. A possibilidade de construção de uma ecologia dos saberes dentro da Universidade requer um novo entendimento sobre a relação dos sujeitos com o conhecimento, sua produção e valorização. Requer que as epistemologias que imperam no âmbito das universidades sejam repensadas, amadurecidas e implementadas sob um olhar ampliado do que significa a pluralidade de conhecimentos.

Para Santos (2011b), essa reforma deve apenas criar espaços institucionais que facilitem e incentivem a sua ocorrência. Na medida em que esses espaços forem se tonando 'terras férteis', a ecologia dos saberes 'brotará' de forma natural, oportunizando novas inferências no meio acadêmico universitário.

A ecologia do saberes se constrói a partir de uma comunicação efetiva, qualificada e enriquecida entre aqueles saberes que são produzidos pela universidade, aceitos e validados cientificamente e os saberes produzidos cotidianamente por meio das experiências e vivências cujos saberes são "[...] leigos, populares, tradicionais, urbanos, camponeses, provindos de culturas não ocidentais (indígenas, de origem africana oriental, etc.) que circulam na sociedade" (SANTOS, 2011b, p. 76). Assim, outro modelo designado como "razão cosmopolita", cujas bases e fundamentação estão alicerçadas em três procedimentos sociológicos que são "a sociologia das ausências", a "sociologia da emergências" e o "trabalho de tradução" estão presentes, conforme Santos (2002).

A sociologia das ausências, apontada por Meneses (2014), "[...] procura expandir o domínio das experiências sociais que, embora disponíveis, são produzidas como não existência, de tal forma que o seu objeto empírico é considerado impossível à luz das ciências sociais" (MENESES, 2014, p. 100). A sociologia das ausências foi conceituada como sendo uma reinvenção da emancipação

social, sendo possível identificar os conflitos significativos entre os projetos hegemônicos e contra-hegemônicos à globalização neoliberal.

Ao certo, sabe-se que a transição de um paradigma para outro é um processo de transformações epistemológicas, científicas e sociais, que derivam de movimentos externos e internos de uma sociedade, de novas concepções e reflexões a respeito das ciências modernas e das ciências sociais, na "revalorização das humanidades ou estudos humanísticos" numa perspectiva contemporânea da complementaridade entre científico e o senso comum, "[...] sem distinção hierárquica entre conhecimento científico e conhecimento vulgar" (SANTOS, 2010, p. 20).

> A passagem do conhecimento universitário para outro modelo de conhecimento que dê conta das novas exigências da sociedade e, que se torna cada vez mais contextual, aplicado e interdisciplinar é designada por Santos (2011b) como conhecimento pluriversitário. Esse conhecimento altera a lógica hegemônica da produção do conhecimento na Universidade, essencialmente disciplinar, autônomo e deslocado do cotidiano, por conta do diálogo com outros setores das sociedades a partir das necessidades locais, "cuja iniciativa da formulação dos problemas que se pretende resolver e a determinação dos critérios da relevância destes, é o resultado de uma partilha entre pesquisadores e utilizadores" (SANTOS, 2011b, p. 42).
>
> Os conhecimentos científicos vão sendo confrontados com os novos conhecimentos e saberes, que estão sendo inseridos na Universidade através da extensão universitária, do programa de ações afirmativas e do próprio PEC-G, cujas inter-relações vão permitir uma inserção maior da ciência na sociedade e vice-versa. Através do conhecimento pluriuniversitário, para Santos (2011b), " é a própria relação entre a ciência e a sociedade que está em causa. A sociedade deixa de ser um objeto das interpelações da ciência para ser ela própria sujeita de interpelações à ciência".

2.1 Apresentando o PEC-G

O Programa de Estudantes Convênio de Graduação (PEC-G), foi o primeiro programa de governo, na década de 1960, que deu origem à internacionalização das Universidades, ocasião em que as mesmas passaram a ser procuradas por estudantes estrangeiros. À época, se tratava de uma internacionalização num escopo menor onde participavam, apenas, os países da América Latina.

A partir da década de 1970, países Africanos começaram a se beneficiar do PEC-G, possuindo hoje um maior número de estudantes beneficiários do Programa. Aos poucos foram sendo incorporados os países do Caribe e Ásia. O que o PEC-G propõe é oportunizar o acesso ao ensino superior a estudantes oriundos de países de origem que não possuem instituições de ensino superior públicas, ou Instituições que não tenham uma diversidade de cursos, ou que não atinjam a qualidade de ensino esperada. Essas questões foram evidenciadas nas narrativas dos estudantes quando relataram a importância do programa aos cidadãos de seus países como oportunidade de ascender social, cultural e economicamente por meio de uma formação em nível superior pública, diversificada, gratuita e de qualidade.

Desde os anos 2000 já foram selecionados mais de 9.000 candidatos através deste Programa. A África é o continente de origem da maior parte dos estudantes, com 77% dos selecionados, com destaque para Cabo Verde, Guiné-Bissau e Angola. Essas estatísticas também se refletem na UFRGS na medida em que neste mesmo período ingressaram na UFRGS através do PEC-G 218

estudantes, sendo que 146 são originários do continente africano com destaque para Angola, Cabo Verde, Guiné- Bissau e São Tomé e Príncipe. Atualmente, 108 Instituições de Ensino Superior, públicas e privadas, participam do PEC-G

Conforme dados da Divisão Temas Educacionais (DCE) do Ministério de Relações Exteriores, no período compreendido entre de 2006 a 2017 foram oferecidas pelas IES parceiras 32569 vagas, sendo que 10627 estudantes se candidataram ao Programa e 7196 estudantes foram selecionados. A UFRGS recebeu, neste mesmo período, 128 estudantes originários de países africanos de um total de 199 estudantes ingressantes.

Após a publicação do Decreto nº 7.948, de 12 de março de 2013, as universidades que tinham interesse em renovar seu compromisso com o PEC-G, como foi o caso da UFRGS, assinaram um termo de adesão junto ao Ministério da Educação. Este fato reforçou a ideia de que a UFRGS vêm contribuindo, como fez durante os últimos 50 anos, para que os quadros profissionais de nível superior dos países em desenvolvimento possam ser incrementados. O PEC-G na UFRGS sempre teve sua gestão junto a órgãos/setores ligados à graduação, diferentemente de algumas IES, cuja gestão está junto aos setores de relações internacionais. Este Decreto institucionalizou e fortaleceu o Programa ao mesmo tempo em que fez atualizações importantes referentes às novas possibilidades aos estudantes e uma abertura maior para o exercício da autonomia das IES, ainda que possamos pensar que esse recente Decreto já careça de atualizações na medida em que existem conflitos entre artigos que tratam da mesma matéria.

Em 2013, foi realizada uma oficina de Revisão do PEC-G, com objetivo de repensar estratégias diante dos novos cenários educacionais que se apresentavam, em especial na perspectiva de fortalecimento da Cooperação Educacional Brasil-África: Educação como Ponte Estratégica. Ações sugeridas foram implementadas de forma importante, como, por exemplo, a sugestão de consulta prévia sobre as áreas de interesse pelos países participantes para que as IES possam se manifestar sobre as vagas a serem oferecidas.

Em novembro de 2014, em evento no MEC em Brasília, foi comemoraram-se os 50 anos do Programa e buscou-se proporcionar um momento de reflexão e avaliação do caminho percorrido desde 1964, bem como pautar os próximos 50 anos. Em maio do ano 2015, o "II Curso de Aperfeiçoamento de Operadores do Programa de Estudante Convênio de Graduação", no Itamaraty em Brasília, foi um momento de grande interação com os países de origem dos estudantes. Ainda, nesse mesmo ano, foi realizado o evento "Capacitação em Gestão de Relações Internacionais no Ensino Superior" através da Secretaria de Relações Internacionais da UFRGS.

A partir do ano de 2015 foi implementado o Programa de Benefícios de Assistência Estudantil para os Estudantes-Convênio de Graduação, através da Pró-Reitoria de Assuntos Estudantis, por meio do qual são disponibilizados os benefícios de Restaurante Universitário (RU), Auxílio Transporte (financeiro) e Auxílio Moradia (exceto para os que moram na Casa do Estudante). Estes não são concedidos aos estudantes PEC-G que também forem beneficiários dos auxílios da Bolsa Mérito ou PROMISAES. Neste mesmo ano houve um aprimoramento do encontro de boas vindas aos estudantes, com a ampliação da participação de outros segmentos da comunidade acadêmica.

Em 2016 teve houve novidades relacionadas ao PEC-G. Uma diz respeito à cerimônia de colação de grau, que a partir de 2016/1 começou a tocar o hino nacional do país de origem dos estudantes PEC-G. Esse ato tem um valor simbólico importante para os estudantes, pois traz para o presente a lembrança de suas origens e de toda a sua trajetória pessoal e acadêmica, que é marcada nesse rito. A outro fato que marcou, agora em 2016/2, foi o Evento de visibilidade e de integração

com o PEC-G.

Envolver-se com o PEC-G não é apenas cumprir regras, é um constante exercício de alteridade, de reconhecimento do outro, de novas aprendizagens, de encontro de saberes, de intervenção na realidade e de valorização dos sujeitos que dele participam potencializando, dessa forma, outros olhares para a produção do conhecimento na Universidade.

Santos (2011b), em sua teoria propõe outro modelo de conhecimento universitário que dê conta das novas exigências da sociedade e que se torna cada vez mais contextual, aplicado e interdisciplinar sendo designado de conhecimento pluriversitário. Esse conhecimento altera a lógica hegemônica da produção do conhecimento na Universidade, essencialmente disciplinar, autônomo e deslocado do cotidiano, por conta do diálogo com outros setores das sociedades a partir das necessidades locais, "cuja formulação dos problemas que se pretende resolver e a determinação dos critérios da relevância destes, é o resultado de uma partilha entre pesquisadores e utilizadores (SANTOS, 2011b, p. 42).

3 Metodologia

Essa foi uma pesquisa aplicada, pois analisou fenômenos e interesses locais. Já sob o ponto de vista de seus objetivos para Prodanov e Freitas (2013), a pesquisa foi exploratória e descritiva e suas classificações de história oral são a partir das narrativas de memórias.

Os entrevistados que fizeram parte de deste estudo são estudantes africanos pertencentes ao Programa de Estudantes Convênio da Graduação PEC-G/UFRGS, regulamente matriculados em cursos de graduação, em 2016/1. Convém mencionar, que a amostra de pesquisa foi intencional e efetuada em duas etapas, sendo a primeira o envio de um questionário, que buscou o perfil dos estudantes num total de 13; destes, nove responderam ao questionário, mas somente seis marcaram entrevista. Nessa amostra foi assegurada a participação de estudantes ingressantes em 2016, de meio de curso e de concluintes em 2016, na tentativa de agrupar diferentes visões sobre o programa. Segue o perfil dessa amostra.

Todos são originários dos países africanos divididos em: de Guiné Bissau (04 estudantes); Cabo Verde (01 estudante) e Gabão (01 estudante). Os estudantes que preencheram somente os questionários, são do Benim (2 estudantes) e Costa do Marfim (1 estudante). Desta forma, no perfil apresentado foram inseridos todos os entrevistados/questionados deste estudo, conforme os instrumentos de pesquisa já referidos.

Para que se obtenha do universo dos testemunhos um meio consistente que possibilite uma fundamentação de análise das entrevistas, "o número de entrevistas de uma pesquisa de história oral deve ser suficientemente significativo para viabilizar certo grau de generalização dos resultados do trabalho" (ALBERTI, 1989, p. 18). Foi durante a execução e a prática das entrevistas que foi possível avaliar a significância dos conteúdos das narrativas de memórias dos estudantes africanos, que estavam sendo coletados, atingiriam aos objetivos propostos.

Assim obtiveram-se os seguintes dados: foram questionados nove estudantes PEC-G e somente seis foram entrevistados, representando 32,14% e 21,42%, respectivamente, em relação ao número de estudantes africanos do PEC-G matriculados em 2016/1. A partir desse ponto, sempre que forem referenciadas as narrativas dos estudantes PEC-G entrevistados/questionados, os mesmos serão identificados por suas etnias, aqui considerados codinomes. Essa escolha atende à

preservação das identificações dos estudantes africanos do PEC-G. As etnias dos estudantes foram identificadas através do questionário preenchido previamente às entrevistas.

4 Analises de dados: Ecologia dos saberes

Nessa parte é apresentadas o percurso formativo que envolveu diversas experiências e aprendizagens em sala de aula, estratégias de estudos e as relações que se estabeleceram para a construção de seus conhecimentos e como foram produzidos novos saberes a partir desses encontros e inter-relacionamentos de saberes para os estudantes e Universidade.

4.1. Aprendizagens, Inter-relações de Saberes e outras experiências

Os estudantes quando perguntados como está sendo a adaptação aos estudos em relação forma de ensino e de aprendizagem na UFRGS e se encontraram dificuldades, responderam que: "Nos primeiros momentos, adaptação era difícil devido ao conteúdo ser um pouco amplo e disponibilizado no xerox para cada aula, o que não era do meu costume. Mas agora não me sinto mais a dificuldade"; "Normal, mais deparei com alguns problemas"; " Guardo para mim"; "A minha adaptação aos estudos foi muito boa, acho o ano de língua que eu fiz aqui no Brasil e na própria UFRGS me ajudou muito nisso". Em relação ao funcionamento das atividades de sala de aula, Manjaca relatou que:

> aqui é um pouco diferente, porque lá quando tu começa, pega uma disciplina, por exemplo, digamos assim, matemática, no caso, [...] no primeiro dia já pegava o conteúdo praticamente de todo o semestre.

Contou que se sentiu perdido nas primeiras semanas até que seus colegas começaram a orientá-lo. Disse que "aqui [...] cada dia tu tem que ir no Xerox pra pegar, sabe, é um pouco diferente. [...] Mas depois passou 1 semana, 2 semanas eu comecei a me adaptar". Relatou que no primeiro semestre tem disciplinas muito difíceis como cálculo e teoria organizacional.

Macanha disse:

> Creio que a gente passava dificuldade no começo do curso, porque como o ensino é totalmente diferente, então tu chega bem perdido... [...] Então os monitores te ajudam bastante no começo, te ajudam, te orientam.

Manjaca relatou que o seu professor percebeu que ele não estava entendendo as aulas, então eles pegavam os textos e o professor tentava lhe dar as explicações. Disse [...] Então daí... a maioria dos professores já faz assim. Eu aprendi muita coisa.

Punu disse que na aula gosta de sentar na frente. Informou que "quando você tem uma aula prática, por exemplo, a maioria gosta muito de ir embora muito cedo. "((acha graça)). Eu vou até o final, fico até o final para tirar aquelas dúvidas".

Em relação à aula, Pepel disse que

> [..] Com a explicação do professor, eu conseguia entender, mais ou menos, o texto... tinha que ler todo o texto duas vezes antes de ir na aula. Disse que [...] isso me ajudou muito na área de administração, inclusive no primeiro ano que eu cheguei aqui, só que nesse primeiro ano eu fiz uma matéria que é Geografia Humana [...] e nessa matéria a aula era outra. O professor explicava detalhadamente e dava os trabalhos pra fazer na base dos textos, fazer uma resenha, fazer uma resenha crítica, essas coisas assim. Essa

> disciplina que eu passei com " A" ((riso)). [...] E em termos de convivência com os colegas, eu não conversava com ninguém na administração. Nas Ciências Sociais era diferente. [...] As pessoas procuravam se conhecer, saber.

Em sala de aula Negro descreve que:

> [...] Tem disciplinas que eu não falo, mas tem disciplinas que eu participo, as que eu entendo assim; as que eu não entendo sempre tiro dúvidas, sempre que eu tô com dúvidas, eu pergunto. E até agora tem professores que, tipo, te estimulam a perguntar dúvidas mesmo... Disse que em sala de aula [...] existe grupo separado, mas tem grupos que se ajudam, assim. E eu não tenho o que reclamar, tipo. Toda turma, assim.

As narrativas apresentam formas de organização a partir das aprendizagens em função da necessidades de darem conta de todas as responsabilidades envolvidas neste processo de estudar no Brasil, de aproveitar as oportunidades de desenvolvimento científico-acadêmico, e focar no aproveitamento das atividades em função das regras do PEC-G, que não apresentam muita flexibilidade, assim, como pelo fato da família não está por perto para auxiliar nas rotinas do dia a dia. Isso requer disciplina e foco dentro do contexto no qual as adversidades permeiam o cotidiano. Nessa esteira, em relação às aprendizagens e experiências em sala de aula e no convívio direto com os seus colegas e professores foi apresentado nas narrativas.

Balanta diz que embora os professores falassem bem, explicassem bem os conteúdos e os colegas interagissem com a turma, ele ficava calado. Balanta aprendeu que fazer anotações em sala de aula é muito importante [...] mas às vezes fazer anotações distrai o aluno [...] você fica fazendo anotações, a explicação escapa". Disse que alguém havia lhe falado que " É melhor prestar a atenção do que fazer anotação".

Punu no que diz respeito às formas de estudar, diz que se une às coisas boas aqui, disse "[...] a biblioteca tá cheia de livro; sempre vai ter um livro da bibliografia que tu vai ter que usar... Sempre vai achar livro na biblioteca. [...] tem plataforma, tipo, Moodle; [...] Então nem precisa de obrigatoriamente anotar, copiar o que o professor tá falando, isso aí". Já utilizou a monitoria para a disciplina de desenho técnico e disse "[...] eu acho que foi a mais complicada que eu fiz até agora. Fora isso, relatou que [...] estudo em casa, sozinho, tendo entender, tipo. Aí faço algumas coisas para entender".

Macanha explicou como estudava, pois estava no último semestre quando narrou suas memórias. Ele tirava xerox do material da disciplina deixado pelo professor , mais o material impresso e usava o computador pra fazer os trabalhos. Fazia cinco cadeiras por semestre. Disse que "[...] Tinha uma cadeira que era a mais difícil na história e registro humano, que fala de história do Egito, aquelas primeiras bibliotecas, era duas provas, mas muito conteúdo, conteúdo grande também".

Em relação à forma de estudar, Pepel relatou que "[...] eu aprendi aqui é fazer agendamento. Eu tenho hora pra estudar bem, eu tenho hora pra divertir, fazer hora pra coisa, tenho hora pra lavar roupa. Tudo o que eu faço, eu sempre coloco na agenda".

Negro relatou que para estudar diz

> [...] Normalmente eu organizo por prioridade. Eu faço uma lista de datas, provas que eu tenho próximas; atividades, coloco lá no meu celular, pra estudar um dia antes, assim; e daí eu vou fazendo...[...] E depois sempre que eu volto pra aula, tento tipo organizar... [...] O que é mais próximo estudo primeiro [...] sempre tem aquela dificuldade porque tem alunos que já

> fizeram cursinho, já fizeram várias coisas, então a gente meio que sente com um nível menor, assim. Mas eu consegui, tipo, me adaptar bem, assistindo as aulas, eu assisto vídeos no YouTube, participo das monitoras sempre e gravo as aulas pra escutar em casa, professor me encaminha livros, assim. Então eu acho que é bom... [...] mas sempre tem pessoas pra ajudar. Os meus colegas também sempre enviam coisas do que eles têm, resumo...

Apesar das dificuldades apresentadas os alunos demonstram grau de organização e aprimoramento nas atividades. Nesse processo inicial, cada um foi encontrando a melhor maneira de se adaptar às novas rotinas sociais e acadêmicas, formas de estudo, criando novos espaços de atuação e de superação das dificuldades que são inerentes ao novo contexto.

Importante mencionar que as variáveis são muitas para o sucesso dessas inter-relações de saberes. Encontrar as pessoas certas, nos momentos certos e que estejam disponíveis para uma inter-relação de ensino e de aprendizagem numa postura solidária é fundamental nesse processo.

4.2. Oportunidades construção de conhecimentos

Punu diz que como está muito focado no seu curso, então fica pensando no que precisa aprender na faculdade e vai aproveitando as oportunidades de se qualificar e construir seus conhecimentos. Disse que desde "[...] que eu entrei, todas as palestras, ou coisa, tipo, se vocês vão ensinar a aprender a usar um software vinculado com o curso, sempre eu corro atrás, tipo, vinculado com meu curso, sempre vou correndo atrás".

Macanha em relação às oportunidades de construção de conhecimentos, relatou que participou de um projeto de iniciação científica, intitulado Bancos Sociais em parceria realizado em parceria com a FIERGS, tendo apresentado trabalho, posteriormente, no Salão de Iniciação Científica. Está participando de um projeto muito que considera muito interessante, pois recebem livros que vêm de São Paulo. Disse que lá

> [...] tem banco de livro, banco de material, banco do alimento e tem... é um projeto muito bom, pega as pessoas da comunidade carente que não tem condições de... então oferecem curso técnico ali, oferecem curso de pintor, vários cursos ali; de informática, culinária, essas coisas assim. É um projeto bem interessante, bem interessante.

Manjaca relatou que no seu curso estão mais direcionados para a área do empreendedorismo. Disse que em 2013 eles fundaram uma organização chamada ENACTUS que é

> [...] uma organização sem fins lucrativos que trabalha com projetos sociais em comunidades menos desenvolvidas. Disse que essa organização tem a ver com um colega que foi fazer intercâmbio em Londres e voltou. Aprenderam que deve ser utilizada a linguagem da comunidade para convencê-los a aprender algumas coisas, mas, relatou que [...] esse projeto que é bem legal também, muito interessante ...[...] é bem mais focalizado com as mulheres. Disse que [...] A gente tem uma pessoa lá que tem um conhecimento em fazer corte e costura, então nós temos quatro pessoas, quatro mulheres do projeto, que é participante também do projeto, que tem o conhecimento nessa área. As mulheres costuravam roupas, bolsas, e [...] A gente utilizava basicamente o material de reciclagem.

Nas oportunidades oferecidas pela Universidade a construção de seus conhecimentos,

Balanta relatou que já teve oportunidade de participar de eventos relacionados com o seu curso, na busca de outros conhecimentos extraclasse. Um desses foi o UFRGS mundi que é um projeto de extensão organizado por estudantes de graduação dos cursos de Relações Internacionais, Economia, Direito, Jornalismo e Políticas Públicas. Essa foi uma das oportunidades que Balanta teve de troca de saberes e de conhecimentos com uma abrangência de temas internacionais fora da ambiente de sala de aula, através de atividades de extensão nos dois semestres inicias do curso, dizendo que

> É um programa mesmo da universidade, mas relacionado com o nosso curso, entre Direito e Relação Internacionais, que é o UFRGS Mundi. [...] a gente participou no semestre anterior, fui muito bem, eu adquiri muitas experiências e muitas outras coisas às vezes, porque aí que você vai expressar línguas diferentes, e você vai saber como funciona a maioria das Nações Unidas, e como é estruturado, assim, né? [...] também participei em alguns eventos, assim, que se organiza na UFRGS como palestras de Economia.

Já Pepel ressalta as diversas oportunidades que a Universidade oferece de

> você construir o seu conhecimento acadêmico e, digamos assim, pessoal, cultural, enfim. Porque a UFRGS é uma universidade conhecida internacionalmente e tem várias pessoas de outras culturas, de outros países aqui, e todos envolvidos. Esses espaços de seminário, de associação, de igreja, de outras vivências, espaços, tudo isso você vai construindo a sua personalidade.

Pepel é reconhecido como um estudante PEC-G que aproveita todas as oportunidades de se envolver e se desenvolver no meio acadêmico e científico. Nesse sentido, Pepel ilustra esse aproveitamento quando diz que " [...] Hoje eu estou com 150 ou 160 certificados dos eventos que eu participo", sendo que esse estudante está há quatro anos na Universidade. Disse que essas participações o ajudaram muito e que foi aproveitando as experiências e as críticas. Relatou que

> [...] a produção do trabalho foi uma coisa muito importante pra mim, foi uma coisa que me ajudou muito a dominar o próprio conteúdo da sala de aula... [...] Mas é um aprendizado, são coisas que você vai ter pra sua vida inteira. Cada dia, cada livro que tu leu, você vai aprender uma coisa que vai ficar pra si, pra sempre. [...] Então eu considero esses espaços muito importante porque serve até pra despertar os conhecimentos que nós temos lá, que nós achamos que não é um conhecimento acadêmico, formal, mas que são mesma coisa, que tu liga uma coisa com outra. Esses conhecimentos também te servem pra você começar a dar conta de que tudo aquilo que tu aprendeu fora de carteira lá, também é um conhecimento que são apenas aproveitados de outra forma, não da forma que tu aprendeu.

O reconhecimento dos saberes e das práticas locais presentes tanto na Universidade quanto na sociedade em geral, representados neste estudo pela diversidade epistemológica e de culturas dos estudantes africanos do PEC-G, vão romper com lógica do olhar imobilizado, refletido na "visão única que melhor caracteriza a ciência moderna e a sua ruptura epistemológica, tanto com o senso comum, como com todos os outros conhecimentos alternativos" (SANTOS, 2011a, p. 241), permitindo dessa forma enriquecer as experiências do presente na perspectiva da sociologia das ausências, que defende um outro tipo de racionalidade, ou seja, no "combate ao desperdício das experiências". Segundo Santos (2000, p. 107),

> O princípio da incompletude de todos os saberes é condição da possibilidade de diálogo e debate epistemológicos entre diferentes formas de

> conhecimento. O que cada saber contribui para este diálogo é o modo como orienta uma dada prática na superação de uma dada ignorância. O confronto e o diálogo entre saberes é um confronto e um diálogo entre processos distintos através dos quais práticas diferentemente ignorantes se transformam em práticas diferentemente sábias.

Ao encontro do combate do desperdício das experiências, os estudantes quando perguntados se já tiveram alguma oportunidade dentro da Universidade de contar um pouco da sua história, da história de seu país e de sua cultura dentro e/ou fora da UFRGS, relataram algumas atividades realizadas em sala de aula, em grupos de trabalhos, quando realizavam o curso de português para estrangeiros, dentre outras oportunidades. Essas iniciativas, sistematizadas, como oportunidade de expandir o presente através das experiências produzidas como não experiências, ensejarão à comunidade que se relaciona com a Universidade se apropriar das diversas realidades e saberes dos países africanos, contribuindo, dessa forma, para aproximar o Brasil do continente africano. Essa aproximação com o continente africano vai permitir que as orientações que assentam a Epistemologia do Sul, proposta por Santos (2010, p.15), se caracterizam como uma alternativa ao paradigma epistemológico da ciência moderna, possam emergir, pois, segundo o autor, essas orientações são "aprender que existe o Sul"; "aprender a ir para o Sul'; aprender a partir do Sul e com o Sul". Aprender com o Sul, usando uma Epistemologia do Sul sintetiza o pensamento pós-abissal, considerando que ele

> confronta a monocultura da ciência moderna com uma ecologia de saberes, na medida em que se funda no reconhecimento da pluralidade de conhecimentos heterogêneos (sendo um deles a ciência moderna) e em interações sustentáveis e dinâmicas entre eles sem comprometer sua autonomia. A ecologia de saberes se baseia na ideia de que o conhecimento é interconhecimento (SANTOS, 2007a, p. 85).

Diante das narrativas, o fundamento da reconstrução e resignificação da ecologia dos saberes para os estudantes-convênio e para o Programa, se fundamentam nas oportunidades e nos espaços, construção e interação de conhecimentos através do Ensino, da Pesquisa, da Extensão. Quando questionados se já haviam participado de atividades de extensão e se consideravam que essas eram uma oportunidade de construção de novos conhecimentos e saberes que não são possíveis ou oportunizados em sala de aula, os estudantes apontam a importância das diferentes formas de Extensão como possibilidade de construção de seus conhecimentos e oportunidade de interação com o curso e com as comunidades internas e externas à UFRGS. Da mesma forma, as atividades de extensão aparecem nas narrativas como uma das opções para que a comunidade acadêmica da UFRGS possam se apropriar da história e da cultura do Brasil e de seus países através de seus saberes. Outros espaços narrados como importantes foram: semana acadêmica ou no salão de extensão para estudantes PEC-G; Encontro anual e local de PEC-G, atividades desportivas e culturais e incentivos (prêmios) acadêmicos; concursos públicos para professores africanos de diferentes países da África.

Nesse sentido, a ecologia dos saberes reúne esses conhecimentos expandidos em função do seu caráter testemunhal, de forma "a abarcar igualmente as relações entre o conhecimento científico e o não científico, alargando, deste modo, o alcance da subjetividade como interconhecimento e vice-versa" (SANTOS, 2011, p. 58).

5 Conclusão

No paradigma emergente proposto por Santos (2010), não há espaço para a hierarquização mas sim para a construção de um diálogo horizontal desses saberes num processo de "inteligibilidade recíproca". A oportunidade de democratizar saberes e culturas diversas deve ser valorizada para as duas partes que precedem a cooperação, unindo esforços para a compreensão da realidade um do outro tanto dos conhecimentos científicos como tradicionais, locais, empíricos que a Universidade somente é capaz de absorver através da presença da diversidade étnica, cultural e social traduzida pelas diversas nacionalidades africanas e que estão presentes na Universidade.

Muitas das lembranças dos estudantes foram acionadas, ressignificadas e narradas , revivendo, tudo o que havia se passado, desde saber da oportunidade de estudar no Brasil até a chegada na cidade de Porto Alegre. Algumas memórias se construíram de momentos de reviver o passado. A intensidade e a emoção, em muitos casos, somente é motivada pela esperança da conclusão do curso, agora, seja com qual condição de permanência.

O pressuposto de que um olhar ampliado sobre as memórias dos estudantes africanos do PEC-G contribuiria para a compreensão das diversas realidades e para a identificação da construção de uma ecologia de saberes confirmou-se. A partir de todas as narrativas dos estudantes foi possível "expandir o presente" com base na sociologia das ausências, alargando a visão do Programa com os conhecimentos e saberes que até então eram produzidos como não existência. O que emerge disso são as possibilidades e expectativas futuras de transformação e de intervenção na realidade do Programa nos âmbitos nacional e local (UFRGS), na perspectiva da sociologia das ausências, a partir da construção de uma ecologia de saberes tanto para os estudantes quanto para a Universidade, (re)significando, portanto, o PEC-G.

As narrativas dos estudantes são uma oportunidade de dar visibilidade institucional a conhecimentos e saberes produzidos pelos estudantes africanos considerados como "não existentes", que contribui para o enriquecimento de diálogos, "uma vez que nenhuma forma singular de conhecimento pode responder por todas as intervenções possíveis no mundo, todas elas são, de diferentes maneiras, incompletas" (SANTOS; MENESES, 2010, p. 58).

Para dar conta dessa incompletude, é necessário que a UFRGS esteja sempre se repensando para avançar na constituição de espaços legítimos de diálogos que oportunizem a construção da "ecologia de saberes - como concepção pós-abissal do conhecimento" -, distanciando-se do pensamento hegemônico que ainda faz parte das estruturas e da Universidade. Isso oportunizará que os sujeitos individuais ou coletivos desestabilizadores desse sistema tenham cada vez mais voz, impulsionando a passagem de um modelo de conhecimento universitário para o pluriuniversitário, no qual se substitui a "unilateralidade" do conhecimento e das relações sociais por um modelo de "interatividade" (SANTOS, 2011b, p. 44).

Referências

ALBERTI, Verena. *História oral*: a experiência do CPDOC. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1989.

BARBOSA, José Augusto. Língua e desenvolvimento: o caso da Guiné-Bissau. 2015. 107 p. Dissertação (Mestrado em Língua e Cultura Portuguesa) – Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa, 2015.

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

BATISTA, Hilton Sales. O Projeto Milton Santos de Acesso ao Ensino Superior (PROMISAES) como política de assistência estudantil ao Programa de Estudantes-Convênio de Graduação (PEC-G). 2015. 152 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Educação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

BRASIL. *Decreto n° 7948, de 12 de março de 2013*. Dispõe sobre o Programa de Estudante-Convênio da Graduação – PEC-G. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7948.htm>. Acesso em: 3 nov. 2015.

BRASIL. DUARTE, Rafael Pinto (Org.). Projeto OEI/BRA/10/002 – Atualização dos Processos de Gestão e Avaliação de Políticas e Programas de Educação Superior no Brasil - Termo de Referência nº 3029 / Edital Nº 047/2014.

BRASIL. *Lei n° 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o plano nacional de educação – PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 3 nov. 2015.

BRASIL. *Portaria n°510, de 21 de agosto de 2006*. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Superior, 2010. Disponível em: <http://www.cmconsultoria.com.br/legislacao/portarias/2006/por_2006_510_SESu.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BRASIL. *Protocolo*. Rio de Janeiro: Ministério de Relações Exteriores; Ministério da Educação, 1967. Não paginado. Disponível em: <http://www.dce.mre.gov.br/PEC/G/legislacao_anterior/01-PEC-G_Protocolo_1967.pdf >. Acesso em: 4 mai. 2015.

CABRAL, Frederico Matos Alves. *Os estudantes africanos nas Instituições de Ensino Superior brasileiras*: O Programa de Estudante Convênio de Graduação (PEC-G). 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/131630/000977642.pdf?sequence=1>. Acesso em: 28 fev. 2016.

CABRAL, Nara Grivot. *Saberes em extensão universitária*: contradições, tensões, desafios e desassossegos. 2012. 259 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

CANDAU, Joël. *Memória e Identidade*. São Paulo: Contexto, 2014.

COSTA, Icléia Thiessen Magalhães. *Memória Institucional*: a construção conceitual numa abordagem teórico-pedagógica. 153 f. 1997. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1997.

DUARTE, Ícaro de Souza; CRUZES, Maria Soledade Soares. A metodologia da pesquisa no Direito e Boaventura de Sousa Santos. *Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas*, Vitória da Conquista, n. 8, p. 27-45, 2009.

EMBALÓ, Filomena. O crioulo da Guiné-Bissau: língua nacional e factor de identidade nacional. *PAPIA*, n. 18, p. 101-107, 2008. Disponível em: <http://revistas.fflch.usp.br/papia/article/viewFile/2027/1848>. Acesso em: 18 nov. 2016.

FAVARETTO, Júlia Spiguel. Descolonizando saberes: Histórias de Bolivianos em São Paulo. Dissertação (Mestrado em História Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-12092012-100535/pt-br.php>. Acesso em: 29 nov. 2015.

FONSECA, Dagoberto José. A tripla perspectiva: a vinda, a permanência e a volta de estudantes angolanos no Brasil. *Pro-Posições,* v. 20, n. 1, p. 23-44, 2009. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/6355>. Acesso em: 29 set. 2015.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa. 49ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.

GONDAR, Jô. Memória Individual, memória coletiva, memória social. *Morpheus* – Revista Eletrônica em Ciências Humanas, Rio de Janeiro, n. 13, p.1-5, 2008.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Vértice; Revista dos Tribunais, 1990.

HALL, Stuart. *A Identidade cultural na pós-modernidade*. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A: 2006.

HALL, Stuart. Identidade cultural e diáspora. *Revista do patrimônio histórico e artístico nacional*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 68-76, 1996.

IZQUIERDO, Ivan. *Memórias*. Conferência. Instituto de Estudos Avançados. UFRGS, out./1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n6/v3n6a06.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2015.

_____. A mente humana. *Multiciência*: revista interdisciplinar dos centros e núcleos da UNICAMP, Campinas, n. 3, out./2003. Disponível em: <https://www.multiciencia.unicamp.br/artigos_03/a_01_.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

JOVCHELOVITCH, Sandra. Psicologia Social, Saber, Comunidade e Cultura.*Psicologia & Sociedade*, v. 16, n. 2, p. 20-31, maio/ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v16n2/a04v16n2.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2017.

LE GOFF, Jacques. *História e memória*. Campinas: UNICAMP, 1990. Disponível em: <http://memorial.trt11.jus.br/wp-content/uploads/Hist%C3%B3ria-e-Mem%C3%B3ria.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

LOUREIRO, Stefânie Arca Garrido. *Identidade étnica em re-construção*. A ressignificação da identidade étnica de adolescentes negros em dinâmica de grupo na perspectiva existencial humanística. Belo Horizonte: O Lutador, 2004.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de Pesquisa*; planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise, e interpretação de dados. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
MEIHY, José Carlos Sebe B.. *Manual de história oral.* 5. ed. São Paulo: Loyola, 2005.

_____. *Guia prático de história ora*l: para empresas, universidades, comunidades, famílias. São Paulo: Contexto, 2011.

MENESES, Maria Paula. Diálogos de saberes, debates de poderes: possibilidades metodológicas para ampliar diálogos no Sul global. *Em aberto*, Brasília, v. 27, n. 91, p. 90-110, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://emaberto.inep.gov.br/index.php/emaberto/article/view/2423/2380>. Acesso em: 3 nov. 2015.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa Social*: teoria, método e criatividade. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

MINISTÉRIO DA CULTURA. *Plano da secretaria de economia criativa*: políticas, diretrizes e ações, 2011 – 2014. 2011. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2012/08/livro_web2edicao.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2015.

MORAIS, Sara Santos. *Múltiplos regressos a um mundo cosmopolita*: moçambicanos formados em universidades brasileiras e a construção de um sistema de prestígio em Maputo. 2012. 179 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia) – Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11245/1/2012_SaraSantosMorais.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

MUNGOI, Dulce Maria Domingos Chale João. Ressignificando identidades: um estudo antropológico sobre experiências migratórias dos estudantes africanos no Brasil. *Reve. Inter. Mob. Hum.*, Brasília, ano XX, n. 38, p. 125-139, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v20n38/a08v20n38.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

MWAURA, Philomena N. *A família na África*. 1 out. 2015. Disponível em: <http://www.osservatoreromano.va/pt/news/familia-na-africa>. Acesso em: 19 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais*. 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Conferência mundial sobre ensino superior 2009*: as novas dinâmicas do ensino superior e pesquisas para a mudança e o desenvolvimento social. 2009. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/confitea_docfinal.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Relatório mundial*: investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural. 2010. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001847/184755POR.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

PAZ, Ana América Magalhães Ávila. *Indianizar para descolonizar a universidade*: itinerâncias políticas, éticas e epistemológicas com estudantes indígenas da Universidade de Brasília. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de Brasília, Brasília, 2013. Disponível em: <repositorio.unb.br/bitstream/10482/14108/1/2013_AnaAmericaMagalhaesAvilaPaz.pdf>. Acesso em: 29 set. 2015.

PIDNER, Flora Sousa. *Diálogos entre ciência e saberes locais*: dificuldades e perspectivas. Dissertação (Mestrado em Geografia) – Instituto de Geociências, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/MPBB-848H3C/disserta__o_vers_o_final.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 set. 2015.

PNUD BRASIL. *O que é o IDH*. Disponível em: <http://pnud.org.br/IDH/IDH.aspx?indiceAccordion=0&li=li_IDH>. Acesso em: 20 fev. 2016.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. *Metodologia do trabalho científico*: Métodos e Técnicas de Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011a.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Praxis da Ecologia dos Saberes. Entrevista a Fernando Ferreira Carneiro, Noemi Margarida Krefta e Cleber Adriano Rodrigues Folgado. *Tempus*, actas de saúde coletiva, Brasília, v. 8, n. 2, p. 331-338, jun. 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A universidade no século XXI*: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Fórum social mundial*: manual de uso. São Paulo: Cortez, 2005a.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O papel da universidade em tempos de mercantilização da educação*. Entrevista. Repórter Social. 2005b. Brasil. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/entrevistas.php>. Acesso em: 12 abr. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 79, nov./2007a. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000300004&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 jun. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e das emergências. *Revista crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 63, p. 237-280, out./2002. Disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/295895251/Sociologia-Das-Ausencias-RCCS63>. Acesso em: 19 mar. 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. [s. n.; s. d.]. Disponível em: <www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf>. Acesso em 05 mai 2015

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007b.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Repórter Social. 2005b. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/documentos/universidade_mercantilizacao_educacao.pdf>. Acesso em 12 abr. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna . *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, aug. 1988. ISSN 1806-9592. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8489/10040>. Acesso em: 05 apr. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências sociais*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

SCANTAMBURLO, L. *O Léxico do Crioulo Guineense e as suas Relações com o Português*: o Ensino Bilingue Português-Crioulo Guineense. Tese de doutorado (Doutorado em Linguística) –

Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013. Disponível em: <https://run.unl.pt/handle/10362/10960>. Acesso em: 19 nov. 2016.

SILVA, Petronilha Beatriz Gonçalves. Negros na Universidade e produção de conhecimento. In: _____; SIVÉRIO, Valter Roberto (Org.). *Educação e ações afirmativas*: entre a justiça simbólica e a injustiça econômica. Brasília: Inep/MEC, 2003. p. 43-54.

SÍVERES, Luiz Santos; SOUZA, José Roberto de. O conhecimento como princípio da colonialidade e da solidariedade. *Conjectura*: Filos. Educ., Caxias do Sul, v. 18, n. 3, p. 124-137, set./dez. 2013. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/1928>. Acesso em: 27 nov. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão. *Resolução nº 11/2013*. 2013. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/comgradsime/duvidas-frequentes/resolucao-cepe-11-2013>. Acesso em: 3 mar. 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. Conselho de Ensino Pesquisa e Extensão. *Resolução nº 12/2016*. 2016a. Disponível em: <https://plone.ufrgs.br/cepe/legislacao/resolucoes-normativas/resolucao-12-2016>. Acesso em: 3 mar. 2017.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Plano de desenvolvimento institucional – 2011-2015*. 2010. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ufrgs/arquivos/relatorio-pdi-2011-2015>. Acesso em: 20 fev. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Plano de desenvolvimento institucional – 2016-2026:* construa o futuro da UFRGS. Porto Alegre, 2016b. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/pdi/PDI_2016a2026_UFRGS.pdf>. Acesso em: 20 abr.2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Reitoria da UFRGS conhece novo programa de internacionalização da CAPES*. 17 mar. 2017. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ufrgs/noticias/reitoria-da-ufrgs-conhece-novo-programa-de-internacionalizacao-da-capes>. Acesso em: 20 mar. 2017.

VALENTIM, Marta L. P; MOLINA, Letícia G.. Memória organizacional, memória corporativa e memória institucional: discussões conceituais e terminológicas. *Revista EDICIC*, v. 1, n. 1, p. 262-276, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.edicic.org/revista/>. Acesso em: 7 jul. 2015.

VISENTINI, Paulo Fagundes. *Os países africanos*: diversidade de um continente. Porto Alegre: Leitura XXI; Cebrafrica; UFRGS, 2012.

ZIRGER, Juliana. *Formação política na universidade*: possibilidades a partir de (con)vivências na extensão/UFRGS. 2013.147 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/77235/000896381.pdf?sequence=1>. Acesso

em: 27 nov. 2015

A INVISIBILIDADE SOCIAL DE UM IMIGRANTE HAITIANO E O TRABALHO COM O LIXO

Rita de Cássia da Rosa Sampaio Brochier,
Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais;
ritadecassia.brochier@gmail.com.

Daiana Schwengber,
Doutoranda em Memória Social e Bens Culturais;
daia_schw@yahoo.com.br.

Resumo

Este artigo propõe refletir as percepções de invisibilidade de um imigrante haitiano que trabalha com o lixo. Trata-se de um estudo transversal, de caráter qualitativo que teve como principal metodologia a entrevista não estruturada (LAVILLE; DIONE, 1999). A escolha do participante foi feita de forma voluntária em um condomínio da zona leste de Porto Alegre, Rio Grande do Sul - RS. A entrevista foi gravada com a autorização do participante, o mesmo não aceitou ser fotografado ou filmado. O entrevistado é um haitiano de 32 anos, negro, casado, sem filhos, estudou até o "final da escola" (ensino médio). Trabalhava no Haiti como vendedor de sapatos. Chegou ao Brasil há um ano e meio com o objetivo de trabalhar para juntar dinheiro. Após a reflexão das percepções de invisibilidade de um imigrante haitiano que trabalha com o lixo e sob o entendimento de (JOVCHELIVITCH; PRIEGO-HERNÁNDEZ, 2013) observamos que mesmo com a ilusão de uma vida melhor no Brasil, ser um imigrante, talvez já o torne invisível, inicialmente, pela discriminação. A condição de estrangeiro não lhe oferece oportunidade de escolha de trabalho, do que entende ser um trabalho digno de contar aos seus familiares no Haiti, já que no Brasil, sua alternativa ou falta dela, é trabalhar com o lixo. Talvez, seu andaime psicossocial seja apenas o desejo de retornar ao Haiti, reencontrar sua família e sua cultura no seu território. A invisibilidade social pode ser mais comum do que possamos imaginar, uma vez que, a sociedade parece ignorar naturalmente a existência outras formas de vida social, além da sua própria vida social.

Palavras-chave: Invisibilidade Social. Catador. Imigração Haitiana.

1 Introdução

A imigração haitiana para o Brasil se intensifica a partir de 2011, ano em que um terremoto atinge o Haiti, causando mortes e destruindo boa parte do país. Em 2015 já eram vinte e seis mil imigrantes haitianos com visto humanitário (PORTAL BRASIL, 2016) que vieram buscar no Brasil um refúgio, um trabalho e um local onde pudessem reconstruir suas vidas (COGO e BADET, 2013).

O conceito de invisibilidade social também se aplica aos imigrantes haitianos já que, de acordo com Porto (2009), se trata de um sintoma da crise de identidade nas relações entre os

indivíduos das sociedades contemporâneas. A globalização e a constante exaltação da sociedade de consumo obrigam para a necessidade de imigração buscando um contexto favorável a vida e as oportunidades. Milhares de pessoas deixam seu país a procura de um lugar no mundo, o que Bauman (2009) denomina de "refugo humano", ou seja, o lixo que ninguém quer ver.

Quando se trata de "lixo", associa-se ao conceito de descarte, de restos e de rejeito. Os trabalhadores que tem como matéria prima os resíduos sólidos, muitas vezes não conseguem fazer esta diferenciação, e sentem na pele o estigma do trabalho desqualificado (MACIEL; GRILLO, 2009) refletindo diretamente na sua autoestima e na valorização de sua profissão.

Portanto, este artigo tem por objetivo refletir as percepções de invisibilidade de um imigrante haitiano que trabalha com o lixo. O artigo foi organizado em três partes: invisibilidade no trabalho, o trabalho com o lixo, imigração haitiana no Brasil que serão abordados os temas: invisibilidade social, catador e imigração haitiana, em seguida as reflexões sobre a entrevista com um haitiano que trabalha com o lixo e, por fim, as considerações finais.

2 Invisibilidade No Trabalho

A invisibilidade de que trataremos aqui, refere-se ao que Jovchelivitch e Priego-Hernández (2013) também chamam de "sociabilidades subterrâneas" como sendo as configurações da vida social que são invisíveis ao olhar da sociedade limitada as percepções geográficas (migrações), econômicas (pobreza), simbólicas (estigmas), comportamentais e culturais.

A invisibilidade social é citada por Jessé de Souza (2009) como uma classe que é desprezada e não reconhecida por outras classes existentes, são vistos apenas como corpos. O autor também os denomina como "A Ralé Brasileira" e destaca que a ralé compreende 1/3 da população brasileira.

Porto (2009) questiona se seria o "consumismo" um determinante de invisibilidade social já que, os padrões de uma sociedade contemporânea incentivam o consumo como forma de construção de uma identidade não mais individual. Para a autora, a invisibilidade social seria um sintoma de uma crise de identidade nas relações entre os indivíduos das sociedades contemporâneas, considerando a "Cultura do Consumo", na qual "você é o que você consome".

Sob os aspectos da invisibilidade no trabalho, Costa (2004) refere-se a um fenômeno em que um indivíduo se torna simbolicamente invisível ao exercer um trabalho que não o exija especificidades técnicas ou classificação escolar, como exemplifica a partir do trabalho dos garis em seu livro: Homens Invisíveis: relatos de uma humilhação social, produto da sua dissertação de mestrado.

Maciel e Grillo (2013) mencionam que os trabalhos precários, denominados também como trabalho desqualificado, são executados por milhões trabalhadores brasileiros. Contudo, é importante relembrar que a sociedade determina para cada indivíduo uma meta social, dessa forma se aprende desde criança a definir estas metas como segura, adequada e correta. Estas metas permitem que os indivíduos sejam constantemente avaliados enquanto suas competências para a alcançarem estas metas. Para os autores são as metas sociais que influenciam o sucesso ou fracasso na esfera do trabalho. E mesmo com as metas determinadas e avaliadas pela sociedade chega um momento que o indivíduo escolhe entre dois caminhos: a delinquência ou o do trabalho desqualificado, sendo este o último da fila da dignidade. Isto porque o modo como se vive em família não favorece para o desenvolvimento de aptidões emocionais e cognitivas, caminho para

sucesso na escola e no trabalho. Para os autores esta é a tragédia moral dos milhões de brasileiros, motivo pelo qual estão no trabalho desqualificado.

A diferença entre trabalho qualificado e trabalho desqualificado é uma questão hierárquica, procedente de um entendimento moral que classifica os tipos de trabalho, destacando os tipos de trabalhos que provém de formação educacional e diminuindo o trabalho realizado por meio de recurso físico, como por exemplo, o trabalho braçal. E é esta classificação que define quem é quem na sociedade meritocrática (MACIEL; GRILLO, 2009).

O trabalho de catador também é citado por Maciel e Grillo (2013) como um trabalho desqualificado, utilizando o exemplo de dois catadores em suas pesquisas, no trabalho " A Ralé Brasileira: quem é e como vive" organizado por Jessé de Souza em 2009. Os dois exemplos de catadores catam e vendem como meio de sobrevivência, mas o objetivo pelo qual catam são diferentes, um cata para ajudar no sustento da família e outro cata para sustentar o vício do álcool. Por esse motivo, facilmente os catadores são estigmatizados como delinquentes e assim fica difícil de saber quem é o catador que está catando, se é alguém que está ali para sustentar sua família ou para comprar cachaça. Mas, os autores questionam: se todos trabalhassem para o sustento de suas famílias seriam menos discriminados? A resposta para eles é que, o que existe é muita disputa, já que a desigualdade no nosso país é tão visceral que há mais pessoas para catar lixo do que lixo.

3 O Trabalho Com Lixo

O trabalho com o lixo já era relatado desde a idade média com os "catadores de trapos" ou "trapeiros" (GAGNEBIN, p.54, 2009). Estes trabalhadores, conhecidos também como "sucateiros", retiravam das vias públicas os restos que a sociedade descartava. Eram figuras associadas a tudo aquilo jogado fora rejeitado, esquecido, como rastros/restos de uma civilização do desperdício e de miséria (GAGNEBIN, 2009).

No Brasil, na década de 80, os catadores realizavam suas atividades como "garrafeiros", presentes em bairros e vilas, recolhendo os vasilhames para venda individual (PINHEL, 2013). Com a expansão industrial e a inclusão de novos produtos no mercado de consumo, outros materiais também começaram a fazer parte da coleta nas ruas e venda para o ciclo da reciclagem como o plástico, papel e alumínio (DEMAJOROVIC; LIMA, 2013).

O trabalho coletivo e a organização da categoria de catadores teve início a partir do Movimento Comunidade dos Sofredores de Rua. Já no início da década de 90, um evento com o objetivo de debater políticas públicas e o trabalho dos catadores individuais, foi realizado na cidade de São Paulo. A COOPAMARE (Cooperativa dos Catadores Autônomos de Papel Aparas e Materiais Reaproveitáveis) foi primeira cooperativa de reciclagem do Brasil (PINHEL, 2013).

O movimento pelo profissional catador iniciou em Brasília a partir do I Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis realizado em 2001. Este evento reuniu mais de 1.700 profissionais que atuavam nas ruas das cidades, lixões, associações e cooperativas de reciclagem resultando na construção de um documento oficial. De acordo com o Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis - MNCMR, a maior conquista, no decorrer do processo de organização foi interno, com o fortalecimento dos trabalhadores e a união por melhorias na execução das atividades, visibilidade e participação coletiva na construção de propostas ao poder público (SCHWENGBER, 2015).

A profissão “catador” foi incluída no Conselho Brasileiro de Ocupações - CBO em 2002 pela identificação de número 5192. Nesta categoria de trabalho são identificados diferentes tipos de atividades: catador de material reciclável, selecionador de material reciclável e operador de prensa de material reciclável. É considerado catador de material reciclável todo catador de ferro-velho, papel e papelão, sucata, vasilhames de plástico ou de vidro e enfardador de sucata, com trabalho realizado em cooperativas ou associações. Mas há também os catadores individuais e os sucateiros. Os catadores individuais vendem os materiais coletados para associações, cooperativas ou sucatões. Estes, também podem estar vinculados a espaços formais de trabalho com o objetivo de separar, organizar e administrar os resíduos de um determinado espaço (BRASIL, 2010a).

Apesar das importantes conquistas, o profissional catador, ou até mesmo aquele que tem seu trabalho associado ao lixo, não consegue, na maioria das vezes, desvincular seu trabalho a matéria prima de sua atividade. Na verdade, lixo, não seria o conceito mais apropriado pois, “lixo” são “restos das atividades humanas considerado pelos seus geradores como inúteis, indesejáveis ou descartáveis” (D’ALMEIDA, 1995).

Estes trabalhadores usam como material para seu trabalho o que chamamos de “resíduos sólidos”, ou seja, os originários de atividades domésticas em residências urbanas, serviços de saúde, comércio e os originários da varrição, limpeza de logradouros e vias públicas e outros serviços de limpeza urbana (BRASIL, 2010b) que podem retornar para o ciclo virtuoso da reciclagem. Então, lixo e resíduos sólidos urbanos se tornam sinônimos quando apresentam a mesma origem de descarte, porém, são conceitos diferentes quando se trata de utilidade, lixo é tudo aquilo que se descarta, resíduos sólidos é o que pode ser reaproveitado.

A sociedade civil não consegue fazer esta diferenciação, e os trabalhadores sentem o reflexo desta desapropriação dos conceitos. Em seu estudo com catadores, Miura (2004) constatou que o lixo representa para esta categoria, a condição e garantia de sua sobrevivência, integração no mercado de trabalho, mas sem deixar de ter a conotação negativa construída socialmente em torno do lixo. O estigma do “lixo” está presente nas ações e no trabalho, este mesmo lixo que gera renda é sinônimo de descarte, de rejeito e isso se reflete muito na autoestima dos catadores e na sua visão quanto ao seu trabalho. Para Migueles (2004), o trabalho com o lixo interfere tanto na identificação do catador com a sua atividade como no reconhecimento da sociedade pelo trabalho desempenhado. Lixo é aquilo que é jogado fora, que gera asco, discriminação, preconceito e esta relação faz com que muitas vezes, o trabalhador não queira sentir-se associado a um estigma de descarte, invisibilidade e exclusão.

O trabalho realizado pelos profissionais catadores, sejam eles, cooperativados, individuais ou terceirizados, não deve ser desvalorizado pela relação equivocada referente a matéria prima de seu ofício. O papel do profissional catador é de extrema importância para a sustentabilidade e preservação dos recursos naturais. A sociedade ainda não conseguiu identificar este trabalhador como peça fundamental para a saúde e bem-estar geral da população (SCHWENGBER, 2015).

4 Imigração Haitiana No Brasil

Um terremoto avassalador (7.3 na escala Richter) ocorrido em 12 de janeiro de 2010 no Haiti foi o motivo pelo qual as imigrações haitianas se intensificaram no Brasil a partir do ano de 2011. O terremoto gerou uma enorme crise no país, a capital do Haiti Porto Príncipe, foi

veementemente atingida, milhares de pessoas morreram ou ficaram desabrigados (BARBOSA, 2015).

Segundo o Instituto de Migrações e Direitos Humanos - IMDH (2016), o imigrante é aquele indivíduo que acessa um território diferente de sua nacionalidade como objetivo de nele viver ou permanecer por um longo período.

Embora os imigrantes haitianos ingressem no Brasil clandestinamente, em sua maioria, pelo norte do Brasil (Acre e Amazonas), ao chegarem no país recebem o visto humanitário. Esta é uma norma que vigora no Brasil desde janeiro de 2012, assegurando a acolhida do imigrante haitiano no país, por razões humanitárias. Até julho de 2015, 26 mil vistos foram expedidos. Este visto humanitário lhes permite acesso ao Sistema Único de Saúde - SUS e também a inclusão do Cadastro de Pessoas Físicas - CPF para a emissão da Carteira de Trabalho e assim trabalharem legalmente no país (PORTAL BRASIL, 2016).

Os imigrantes haitianos saem de seu país deixando sua cultura e sua família em busca de trabalho, renda e uma forma digna de vida. Dados do IDH de 2014 (IBGE, 2016) trazem como índice de desenvolvimento humano do país 0,483, ou seja, um valor baixo quando relacionamos aos IDH no Brasil, 0,755. No Haiti, apenas 24% da população tem acesso a rede sanitária e 62% a água potável.

5 Metodologia

Trata-se de um estudo transversal, de caráter qualitativo que teve como principal metodologia a entrevista não estruturada, ou seja, em que o entrevistado responde as perguntas do entrevistador como se fosse um bate papo, sem questões fechadas (LAVILLE; DIONE, 1999). A escolha do participante foi feita de forma voluntária em um condomínio da zona leste de Porto Alegre, Rio Grande do Sul - RS.

A entrevista foi gravada com a autorização do participante, o mesmo não aceitou ser fotografado ou filmado. O entrevistado chama-se João, haitiano, 32 anos, negro, casado, sem filhos, estudou até o "final da escola" (ensino médio). Trabalhava no Haiti como vendedor de sapatos. Chegou ao Brasil há um ano e meio com o objetivo de trabalhar para juntar dinheiro. Veio por indicação de um primo que está trabalhando no estado. Mora com um amigo em uma casa alugada no bairro Sarandi em Porto Alegre. Diariamente, utiliza dois ônibus para chegar até o condomínio onde trabalha. Seu primeiro trabalho no Rio Grande do Sul foi em uma empresa que realiza manutenção das vias públicas. Há oito meses trabalha para uma empresa privada que presta serviço de limpeza e manutenção para os condomínios de Porto Alegre.

Atualmente, João é responsável pela limpeza, realiza a troca dos sacos de lixos, recolhe resíduos secos que são jogados pelos moradores no chão em todo o pátio, carrega o resíduo seco até um depósito para descartar na rua no dia da coleta seletiva e o lixo orgânico ele coloca na calçada diariamente. Sua esposa, que reside no Haiti, é estudante de enfermagem e não trabalha. João não pretende morar no Brasil. Eles se comunicam diariamente através do aplicativo "*Whats App*". Mensalmente, ele envia algum recurso que sobra para ajudar sua esposa. Também, desse ganho mensal, João pretende juntar aproximadamente 4 mil reais, sem previsão de tempo, para comprar uma passagem de retorno ao Haiti.

6 O Bate Papo Com João: Reflexões

A entrevista com João teve duração de aproximadamente vinte e dois minutos. Após as perguntas relacionadas a questões socioeconômicas, iniciamos questionando sobre sua chegada ao Brasil, sua família, trabalho e sentimentos em relação à atividade que exerce atualmente.

Evidenciamos na fala do João, realizando a análise a partir do texto "Sociabilidades Subterrâneas", que este vivenciou e/ou vivência a discriminação na prática diária de seu trabalho (JOVCHELOVITCH e PRIEGO-HERNÁNDEZ, 2013):

> "mas agora tá melhor, faz tempo que faço isso, eu não gosto, acho que ninguém gosta de fazer isso, ninguém gosta de fazer isso, mas tem que trabalho e eu faço, trabalho, eu faz, sou estrangeiro, tenho que trabalhar, tem que pagar aluguel, tem que pagar tudo, sempre faço meu serviço bem certinho"
> "às vezes sim, tem gente que faz isso (tratar mal), eu tenho educação pra isso, as vezes tem gente que fala, mas fica quieto, acho que todo lugar tem isso, tem lugar que tem racista, eu estudei isso, mas fazer o que"

João relata que, apesar de ter se acostumado com o seu trabalho, não gosta do que faz. Cita que necessita trabalhar e na condição de estrangeiro não pode fazer escolhas. João destaca também que o racismo existe em todos os lugares, mas que sabe lidar com isso. Observa-se ainda, em João, a prática internalizada pelo Eu da discriminação.

Bauman (2005) coloca que os refugiados servem apenas para o papel de efígie a ser queimada como o espectro das "forças globais", temidas e abominadas por fazerem seu trabalho sem consultar aqueles que tendem a ser afetados, ou seja, são seres humanos que não conseguem se inserir, ou se enquadrar, tornando-se o "refugo humano", excluídos, explorados e deslocados.

João não autorizou o registro de sua imagem trabalhando com o lixo, pois sua família e amigos não sabem qual é a atividade atualmente no Brasil. Mencionou na entrevista que não queria uma possível divulgação das fotos no "face" pois, poderia revelar seu segredo.

> "a gente trabalha, mas não gosta, na verdade eu não gosto do que to fazendo, mas tem que trabalho, porque é lixo, é ruim, o lixo é sujo, às vezes é fedido, muita coisa, mas faz o que né"
> "é ruim tirar foto de mim, às vezes tem gente que faz foto larga no "face", tem muita gente conhecida, imagina tirar foto no lixo e largar no "face", isso não, eu não quero"
> "não precisa tirar foto, a palavra é mais forte, é muito ruim tirar foto no lixo"
> "não, não precisa falar pros amigos que trabalho com lixo"
> "não, falei pra ela (esposa) que to trabalhando, eu to trabalhando"

Pelo relato de João, percebeu-se que, o "lixo" é algo que lhe causa grande repúdio e que sua maior preocupação é que seus amigos, parentes e esposa que ficaram no Haiti saibam com o que ele trabalha atualmente. Fica evidente o estigma do trabalho com o lixo. Ele não consegue desassociar sua ocupação a matéria prima de seu trabalho. Para ele, trabalhar com o "lixo" é algo que não lhe agrada socializar, pois entende que isto possa desvalorizá-lo profissionalmente. João entende que se trata de uma atividade digna, pois é deste trabalho que ele tira seu sustento e de sua esposa no Haiti, porém, sente vergonha (MACIEL; GRILLO,2009)

O que Bauman (2005) traz como o "refugo humano" justamente é esta relação de refugiados, excluídos e "sociabilidades subterrâneas", sujeitos invisíveis que são o descarte de uma

sociedade de consumo que estigmatiza e explora os mais humildes e fracos. Os imigrantes são considerados o refugo da globalização, desta sociedade contemporânea, associados muitas vezes ao lixo humano que busca um lugar para viver.

Em outro momento, João se contradiz sobre a vergonha de trabalhar com lixo:

> "tu não acha ruim? Não tenho vergonha, não preciso falar para minha esposa que to trabalhando no lixo, não vai falar nada, mas eu não gosto de falar isso, não tem problema pra mim trabalhar, mas não precisa falar pra ninguém"

Maciel e Grillo (2009) também realizaram entrevistas com dois catadores e a fala referente ao trabalho realizado é muito semelhante a de João. Os autores constataram que, apesar de classificarem o trabalho como honesto e digno, os catadores tem vergonha da atividade que desempenham. Nem eles próprios compreendem a importância de seu trabalho na esfera ambiental e no que tange a preservação do meio ambiente, que por si só, era mais do que suficiente para que este trabalho fosse reconhecido e respeitado pela sociedade.

Outro aspecto importante observado na fala de João refere-se aos andaimes psicossociais, definidos aqui como "o apoio intersubjetivo que moderam as escolhas e as rotas comportamentais" (JOVCHELOVITCH e PRIEGO-HERNÁNDEZ, p. 180, 2013). João relata:

> "na minha terra se não quer trabalha, eu vou comer, faz tudo, tem mãe, pai, faço o que eu quero, mas aqui eu tem que trabalho, aqui não tem escolha, aqui se eu tiver curso tenho que ir na escola de novo para trabalhar na minha profissão, imagine"

Para João aqui (Brasil) ele não pode fazer escolhas (de trabalho), pois, é sozinho. Na sua terra poderia escolher não trabalhar com o lixo, tendo sua família como apoio se necessário. João relatou que no Haiti era vendedor em uma loja de sapatos.

A resiliência e a resistência encontrada nas favelas (JOVCHELOVITCH; PRIEGO-HERNÁNDEZ, 2013), aparecem na fala de João. O preconceito em relação a sua cor, naturalidade e situação social fazem com que João seja um indivíduo invisível dentro do seu espaço de trabalho. Bauman (2005) traz no conceito de "refugo humano", aqueles que não se enquadram na sociedade de consumo, os mais pobres, os refugiados e os excluídos. Há uma comparação entre o ser humano como algo descartável - o imigrante, e o outro lixo, aquele tradicional que é produzido por nós e que também não existe mais lugar onde depositá-lo, enviá-lo excluí-lo dos nossos olhos.

7 Considerações Finais

Após a reflexão das percepções de invisibilidade de um imigrante haitiano que trabalha com o lixo, observamos que mesmo com a ilusão de uma vida melhor no Brasil, ser um imigrante, talvez já o torne invisível pela discriminação. A condição de estrangeiro não lhe oferece oportunidade de escolha de trabalho, do que entende ser um trabalho digno de contar aos seus familiares no Haiti, já que no Brasil, sua alternativa ou falta dela, é trabalhar com o lixo. Questionamos: Que oportunidade de andaime psicossocial tem João no Brasil? Talvez, seu andaime psicossocial seja apenas o desejo de retornar ao Haiti, reencontrar sua família e sua cultura no seu território.

A invisibilidade social talvez seja mais comum do que possamos imaginar, uma vez que, a sociedade parece ignorar naturalmente a existência outras formas de vida social.

Referências

BARBOSA, Lorena Salete. *Imigrantes haitianos no Rio Grande do Sul*: uma etnografia de sua inserção no contexto sociocultural brasileiro. 201 f. Dissertação (Mestrado Ciências Sociais) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas.* Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

BRASIL. Ministério do Trabalho. *Classificação Brasileira de Ocupações*: CBO. Brasília : MTE, SPPE, 2010a.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Política Nacional de Resíduos Sólidos*. Lei Nº 12.305 de 02 de agosto de 2010. Brasília: Ministério do Maio Ambiente, 2010b.

COGO, Denise; BADET, Maria. *Guia das migrações transnacionais e diversidade cultural para comunicadores* – Migrantes no Brasil. Bellaterra: Institut de la Comunicación-UAB/Instituto Humanitas – Unisinos, 2013.

COSTA, Fernando Brada. *Homens Invisíveis*: relatos de uma humilhação social. São Paulo: Editora Globo, 2004.

D'ALMEIDA, Maria Luiza Otero; VILHENA, André. *Lixo municipal*: manual de gerenciamento integrado. São Paulo: IPT/CEMRE, 1995.

DEMAJOROVICK, Jacques. LIMA, Márcia. *Cadeia de reciclagem*: um olhar para os catadores. São Paulo: Edições SESC SP, 2013.

GAGNEBIN, J. M. *Lembrar, escrever, esquecer*. São Paulo: Ed. 34, 2009.
Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *IBGE Países*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/paisesat/>. Acesso em 8 de julho de 2016.
Instituto de Migrações e Direitos Humanos – IMDH. *Glossário.* Disponível em: http://www.migrante.org.br/index.php/glossario#i> Acesso em 8 de julho de 2016.

JOVCHELOVITCH, Sandra; PRIEGO-HERNÁNDEZ, Jacqueline. *Sociabilidades subterrâneas:* identidade, cultura e resistência em favelas do Rio de Janeiro. Brasília: UNESCO, 2013.
LAVILLE, C.; DIONNE, J. *A construção do saber*: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

MIGUELES, C. P. *Significado do lixo e ação econômica*: a semântica do lixo e o trabalho dos catadores do Rio de Janeiro. In: Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-graduação em Pesquisa em Administração- ENANPAD, Curitiba: PR, 2004.

MACIEL, Fabrício; GRILLO, André. *O trabalho que (in) dignifica o homem*. In: SOUZA, Jessé. Ralé brasileira: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

MIURA, P. C. O. *Tornar-se catador*: uma análise psicossocial. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

PINHEL, Julio Ruffin. *Do Lixo a Cidadania*: Guia para Formação de Cooperativas de Catadores de Materiais Recicláveis. São Paulo: Editora Petrópolis, 2013.
Portal Brasil. *Cidadania e Justiça*. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/08/concessao-de-visto-humanitario-para-haitianos-e-prorrogada>. Acesso em 8 de julho de 2016.

PORTO, Juliana. *Invisibilidade social e a cultura do consumo*. PUC/RIO. Departamento de Artes e Design, 2009.

SCHWENGBER, Daiana. *Qualidade de vida e perfil socioeconômico de profissionais catadores de quatro cooperativas de resíduos sólidos da região metropolitana de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil*. 2015. 89 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Saúde e Desenvolvimento Humano) - Centro Universitário La Salle, Canoas, 2015.

SOUZA, Jessé (org). *Ralé brasileira*: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

VIGOTSKY, L. S. *A formação social da mente*: o desenvolvimento dos processos psicológicos superiores. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CONTRIBUIÇÕES PARA A POLÍTICA DE REVITALIZAÇÃO DO QUARTO DISTRITO: UM OLHAR PARA A PESSOA IDOSA

Arlete Caye[4]
arletecaye@gmail.com

Eliane Jost Blessmann[1]
eliane.blessmann@gmail.com

Resumo:

Ao longo de décadas a revitalização do Quarto Distrito, região que compreende os bairros Floresta, Navegantes, São Geraldo, Humaitá e Farrapos aparece de forma recorrente em discussões do planejamento da Prefeitura, no ambiente acadêmico, na especulação imobiliária e de moradores e entusiastas do patrimônio histórico. Em 2010 a região foi incluída via Lei Complementar no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental, aprovado em 1999, tendo sido os bairros destacados nas estratégias do documento como "área de revitalização". Este trabalho versa sobre a população residente e os recursos existentes nos bairros com vistas a proposição de serviços sociais e culturais que atendam também a realidade do envelhecimento populacional.

Palavras-chave: quarto distrito. Revitalização. Idosos.

1 Introdução

Ao longo de décadas a revitalização do Quarto Distrito, região que compreende os bairros Floresta, Navegantes, São Geraldo, Humaitá e Farrapos aparece de forma recorrente em discussões do planejamento da Prefeitura, no ambiente acadêmico, na especulação imobiliária e de moradores e entusiastas do patrimônio histórico.

Associado a este movimento o curso de pós-graduação em Memória Social e Bens Culturais promoveu uma visita técnica ao Centro Vila Flores. Foi proposto que se fizesse um relatório com o intuito de provocar uma reflexão sobre a realidade do Quarto Distrito e o apontamento de alternativas que contribuam no processo de revitalização.

O 4º Distrito nasceu de um ato oficial no ano de 1892, quando foi feita a divisão da cidade e a criação de 6 distritos (SANHUDO, 1961; MATTAR, 2010). Desde então outras delimitações foram adotadas através de atos legais nos anos de 1927, 1957, 1959 e 1988, e com as leis de criação de bairros, deixando os distritos de corresponder a delimitação oficial. Por isso há divergências na literatura quanto a delimitação desse território, dependendo, inclusive, do ponto de vista de quem analisa. Segundo Saldanha Junior (2015) a dificuldade em determinar a extensão desse território e seus limites deve-se, entre outras razões, às modificações nos limites oficiais dos bairros e a criação de novos bairros que foram incorporados à área provocando alterações urbanas. Diante das dificuldades apontadas Titton define 4º Distrito como "a área atingida pelo processo integrado de

[4] Doutorandas do Programa de Pós-Graduação em Memória Social e Bens Culturais UNILASALLE

urbanização e industrialização a partir dos bairros Navegantes e São João e que, no final dos anos de 1950, abarcaria praticamente metade da superfície da capital" (2012, p. 207).

A importância do resgate histórico dessa área pode ser atribuída ao fato de que com a reorganização da cidade em bairros é o único território que permaneceu com uma identidade vinculada ao termo "distrito" conforme observou Saldanha, mesmo que a região já não seja o pólo industrial que lhe caracterizou em outras épocas.

O Quarto Distrito, em especial o bairro Navegantes, teve destaque na industrialização do Estado do Rio Grande do Sul, aliado a esse processo de industrialização, a riqueza do interior teve um papel importante para a economia de Porto Alegre a partir do século XIX. O Distrito antes formado por chácaras passou a ter grandes depósitos de madeira, estaleiros, chaminés, o que provocou um crescimento urbano acelerado na cidade (TITTON, 2012).

Indústrias como a Fiateci – Companhia Fiação e Tecidos Porto-Alegrense – atraíram a população para o 4º Distrito. A grande oferta de emprego atraiu trabalhadores, na sua maioria, imigrantes vindos da Alemanha, Itália e Polônia, o que ocasionou a influência dessa população na arquitetura de Porto Alegre. A região foi privilegiada com uma linha do bonde, que ligava a região ao centro da cidade e aliado a isso a proximidade com o Guaíba ajudou no desenvolvimento da área. Mas ao mesmo tempo em que as águas do Guaíba permitiam o transporte fluvial (MATTAR, 2010), aonde por suas águas vinham frutas e alimentos, essas águas também causavam prejuízos. Pelo fato do Distrito industrial ser abaixo do nível do Guaíba, essa região sempre esteve sujeita a inundações e a maior de todas foi a do ano de 1941, quando toda a região ficou submersa (TITTON, 2012).

Embora o 4º Distrito tenha sido um local muito importante para o desenvolvimento da cidade e do Estado, as constantes ameaças de inundações, as atividades portuárias sendo transferidas para o porto da cidade de Rio Grande, a prostituição, a saída das fábricas, a extinção dos bondes em Porto Alegre em 1970 e as decisões do poder público em relação ao planejamento do desenvolvimento da cidade, trouxeram o abandono dessa região sendo ela gradativamente esvaziada. Todos esses fatores, então, contribuíram para que a região ficasse desconfigurada, inclusive o setor industrial entrou em decadência. Hoje essa área apresenta inúmeros locais ociosos, baixa atividade imobiliária e comercial, deterioração do patrimônio edificado, pouco transporte público, equipamentos de lazer e recreação são usados por profissionais do sexo e usuários de drogas, e há, ainda, áreas que estão passando por processo de favelização (TITTON, 2012).

Reflexo de uma preocupação crescente com a situação do Quarto Distrito, em 2010 a região foi incluída via Lei Complementar no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental, aprovado em 1999. No texto, os bairros foram destacados nas estratégias do documento como "área de revitalização".

Por esses motivos este trabalho versa sobre a população residente e os recursos existentes nos bairros com vistas a proposição de serviços sociais e culturais que atendam também a realidade do envelhecimento populacional.

2 Elementos de Caracterização

Figura 1- Mapa do 4º Distrito



A região do quarto Distrito é composta pelos bairros Floresta, Navegantes, Humaitá, Farrapos e São Geraldo. Pertencem a Região de Orçamento Participativo 1/ Humaitá/Navegantes, com exceção do Bairro Floresta que pertence à Região 16/ Centro pela proximidade do Centro Histórico.

Aqui se verifica que os interesses do bairro Floresta têm fórum diferente dos demais para encaminhamento de suas reivindicações que devem ser discutidas junto a Região Central.

Os estudos elaborados por técnicos da Prefeitura dando origem ao Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA) reconheceram as diferenciações entre os espaços da cidade constituindo nove macrozonas, apresentadas como as nove caras: Cidade Radiocêntrica, Corredor de Desenvolvimento, Cidade Xadrez, Cidade da Transição, Cidade Jardim, Eixo Lomba-Restinga, Restinga, Cidade Rururbana e Ilhas do Delta do Jacuí.

Os bairros do Quarto Distrito, em maioria, integram a macrozona "Corredor de Desenvolvimento" pela sua localização estratégica em área com potencial para se tornar um polo de desenvolvimento regional. Compreende a área entre a BR-290, a Av. Sertório e a Av. Assis Brasil, sendo estratégica para empreendimentos autossustentáveis de polarização metropolitana, com integração de equipamentos como o Aeroporto e as Centrais de Abastecimento do Rio Grande do Sul – CEASA S.A.5

Recentemente o projeto de reaproveitamento de antigas instalações industriais trouxe, para esta parte da cidade, uma verdadeira transformação urbana. Este projeto, que definiu a área consagrada e conhecida como DC Navegantes, mostra as possibilidades positivas de alteração da dinâmica urbana através da criação de novas centralidades nos diversos espaços da cidade. As obras de ampliação do aeroporto passaram a contemplar em seu projeto a previsão de novos acessos e uma maior diversificação de atividades, incluindo alternativas de lazer e recreação para a

[5] Macrozonas: Capítulo II, art. 29 do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (L.C. 434/99 atualizada e compilada até a L.C. 667/11, incluindo a L.C. 646/10).

população. Por outro lado, os clubes náuticos e a doca turística localizados na orla do Guaíba são potencialidades a serem resgatadas para toda a cidade.

Aqui, mais uma vez, verifica-se que o bairro Floresta não está na mesma macrozona dos demais bairros do Quarto Distrito. Ele integra a macrozona "Radiocêntrica" junto ao centro da cidade.

2.1 População Residente

Figura 2 - População total residente por bairro

Bairros	Pop. total		
	2000	2010	
Floresta	15.493	16.085	Maior 3,68%
Navegantes	4.160	4.011	Menor 3,58%
Humaitá	10.293	11.404	Maior 9,74%
Farrapos	17.083	18.986	Maior 10,02%
São Geraldo	9.135	8.706	Menor 4,70%

Fonte:IBGE – Censo 2010 e Prefeitura Municipal de Porto Alegre

A região do Quarto Distrito contava em 2010 com 59.192 moradores, representando 4,19 % do total de 1.409.351 habitantes de Porto Alegre. Em número absoluto a população da região teve, no período de 10 anos, um acréscimo de 3.028 habitantes. O crescimento da população se deu nos bairros Floresta, Humaitá e Farrapos, enquanto nos bairros Navegantes e São Geraldo houve um decréscimo no índice populacional.

Navegantes e São Geraldo são bairros mais antigos e pela sua localização melhor caracterizam a realidade da decadência industrial o que se reflete no indicador estatístico de decréscimo populacional.

Tabela 2 -Indicadores de população do 4º Distrito

Bairros	Pop. Crianças (0 a 11 a.)			Pop. Adolesc. (12 a 18 a.)			Pop. Jovens (19 a 29 a.)			Pop. Adultos (30 a 59 a.)			Pop. Idosos (60 ou mais)		
	2000	2010		2000	2010		2000	2010		2000	2010		2000	2010	
Floresta	1.648 10,6%	1.522 9,46%	Menor 11,09%	1.483 9,60%	1.102 6,85%	Menor 28,65%	2.904 18,74%	3.144 19,55%	Maior 4,14%	6.361 41,06%	6.777 42,13%	Maior 2,54%	3.097 20,07%	3.526 21,92%	Maior 8,44%
Navegantes	538 12,7%	465 11,59%	Menor 8,96%	423 10,00%	365 9,10%	Menor 9,00%	773 18,29%	712 17,75%	Menor 2,95%	1.714 40,55%	1.712 42,68%	Maior 4,99%	768 18,51%	752 18,75%	Maior 1,28%
Humaitá	1.993 19,3%	1.854 16,26%	Menor 16,01%	1.382 13,40%	1.143 10,02%	Menor 25,22%	1.729 16,80%	2.190 19,20%	Maior 12,50%	4.540 44,11%	5.050 44,28%	Maior 0,38%	649 6,36%	1.167 10,23%	Maior 37,83%
Farrapos	630 12,2%	3.888 20,48%	Maior 40,28%	531 10,30%	2.387 12,57%	Maior 18,06%	903 17,53%	3.721 19,60%	Maior 10,56%	2.201 42,72%	7.169 37,76%	Menor 11,61%	968 17,65%	1.821 9,59%	Menor 45,67%
São Geraldo	1.063 11,%	801 9,20%	Menor 20,35%	905 9,80%	638 7,33%	Menor 25,20%	1.663 18,07%	1.546 17,76%	Menor 1,72%	3.799 41,28%	3.800 43,65%	Maior 5,43%	1.761 19,39%	1.921 22,07%	Maior 12,14%

Fonte :IBGE – Censo 2010 e Prefeitura Municipal de Porto Alegre

Os indicadores da população residente nos bairros do Quarto Distrito acompanham os resultados do Censo Demográfico da cidade de Porto Alegre que demonstram o envelhecimento da população em relação ao censo de 2000. Com exceção do bairro Farrapos, como podemos verificar na tabela acima, é a população idosa (60 anos ou mais) a que mais cresce, enquanto há um decréscimo na população jovem (zero a 24 anos).

Tabela 1 – Educação e Renda

Bairro	Analfabetismo 15 anos ou mais	Renda média dos responsáveis pelo domicílio	População urbana em favelas
Floresta	1,24%	6,00 salários mínimos	0
Navegantes	1,03%	3,54 salários mínimos	0
Humaitá	1,84%	3,90 salários mínimos	11,3%
Farrapos	4,31%	2,03 salários mínimos	41,0%
São Geraldo	0,85%	4,31 salários mínimos	0

Fonte: IBGE – Censo 2010 e Prefeitura Municipal de Porto Alegre

Os dados acima informam que somente nos bairros Humaitá e Farrapos há população urbana residente em favelas e nesses bairros o índice de analfabetismo entre os maiores de quinze anos é mais alto. São bairros novos, criados em 1988 para atender a necessidade de expansão da cidade e resolver problemas de habitação.

Mas é o bairro Farrapos que se destaca com os piores índices, com as mais altas taxas de analfabetismo, e o menor valor de renda média, concentrando o maior percentual de favelas da região. Mais conhecido como Vila Farrapos, o bairro é uma das regiões mais carentes da cidade. Os habitantes são de origem humilde e muitos vivem em precárias condições de moradia. Os dois principais conjuntos habitacionais da região são o Loteamento Castelo Branco e a Vila Esperança, esta última construída pelo Demhab. A ocupação da região está ligada ao processo de crescimento populacional de Porto Alegre (PMPOA SECRETARIA MUNICIPAL DE URBANISMO).

Fazendo-se um cruzamento entre as duas tabelas pode-se observar que os bairros com população residente em favelas é que cresceram no período de dois anos. Mas no índice crescimento populacional é o bairro Farrapos que apresenta características destoantes dos demais.

Somente nele a população que aumentou no período foi a de crianças, adolescentes e jovens. Neste houve um decréscimo da população adulta e idosa.

Ainda podemos acrescentar que o censo demográfico de 2010 apontou que as famílias diminuíram e mais pessoas passaram a morar sozinhas. É o que mostra a informação do aumento de 67.879 domicílios em 2010, diminuindo o número de moradores por habitação de 3,06 (IBGE, 2010) para 2,75 em 2010 (OBSERVA POA, 2016).

Essas informações têm aplicação importante na formulação de políticas sociais, na medida em que permitem estimar a taxa de expansão necessária aos diversos serviços e equipamentos sociais disponibilizados pela municipalidade.

2.2 Recursos Públicos Municipais Existentes na Região

2.2.1 Educação municipal

Os bairros Floresta e São Geraldo têm Escolas Municipais de Educação Infantil nas principais e tradicionais praças dos bairros, são elas a Praça Florida, Pinheiro Machado e São Geraldo. O bairro Humaitá tem uma Escola Municipal de Educação Infantil e ainda uma Escola Municipal de Ensino Fundamental, enquanto os bairros Navegantes e Farrapos não têm escolas municipais. Observa-se que no bairro Farrapos, o qual concentra maior população de crianças, não há investimento municipal na educação infantil.

2.2.2 Parques Urbanos administrados pela SMAM:

Somente o Bairro Humaitá conta com um dos oito parques de Porto Alegre que oferecem convívio com a natureza e oportunidades para lazer e prática de esportes, trata-se do Parque Marechal Mascarenhas de Mores. O parque é um dos locais do Programa Lazer e Saúde com atividades para crianças e adolescentes (ginástica rítmica) e para adultos e idosos (caminhada orientada, alongamento, ginástica, bola suíça e recrear).

2.2.3 Praças da Região Quarto Distrito

Porto Alegre conta com 617 praças urbanizadas cadastradas pela SMAM. Nos bairros do Quarto Distrito elas são em número de 50 assim distribuídas:

Tabela 2 – Praças do Quarto Distrito

Bairros	Praças
Bairro Floresta	5
Bairro Navegantes	1
Bairro São Geraldo	4
Bairro Humaitá	5
Bairro Farrapos	35

Fonte: PMPOA, 2016.

2.2.4 Assistência Social

O órgão responsável pela Política de Assistência Social no município é a FASC - Fundação de Assistência Social e Cidadania, cujos serviços de Proteção Social Básica e Proteção Especial são desenvolvidos nos CRAS e CREAS (Centro de Referência e Centro de Referência Especializado de Assistência Social). São 22 CRAS – Centros de Referência de Assistência Social – localizados nas dezessete regiões do Orçamento Participativo em áreas de vulnerabilidade social ou muito próximo destas.

Entretanto, no Quarto Distrito são somente 2, sendo toda a população da região atendida no CRAS Centro, situado no Bairro Cidade Baixa ou no CRAS Vila Farrapos situado no Bairro Navegantes. Assim, os idosos do Quarto Distrito para acessarem o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos para Idosos – SCFV, que tem por foco o desenvolvimento de atividades que contribuam no processo de envelhecimento saudável e que caracteriza-se pelo atendimento em grupo, precisam deslocar-se até estes locais. A FASC conta ainda com 9 Centros Especializados – CREAS – regionalizados, sendo apenas um na região em estudo, situado no Bairro Navegantes.

Há ainda, dois Centros Dia do Idoso e dois Centros Populares para atendimento à população em situação de rua, mas nenhum localizado no Quarto Distrito.

2.2.5 Saúde

Dos serviços que compõem a Rede Básica de Saúde poucos encontram-se no Quarto Distrito podendo-se destacar uma equipe do Estratégia da Saúde da Família no Bairro Farrapos ou Vila Farrapos, Unidades Básicas de Saúde nos bairros Humaitá e Farrapos e o Centro de Saúde Municipal no bairro Navegantes, sendo que este integra a rede de atenção especializada. Junto ao Centro de Saúde funciona a farmácia distrital Navegantes que atende aos bairros Humaitá, Farrapos e São Geraldo além dos demais integrantes da região norte.

Informa a Secretaria da Saúde que está ampliando as Políticas Públicas de Saúde aos idosos com atendimento em 150 Unidades de Saúde que compõem a Rede Básica de Saúde com consultas

clínicas, grupos educativos e ações intersetoriais com a FASC e outras secretarias. Também são realizados encaminhamentos para especialidades e aos quatro pronto atendimentos que também integram a Rede de Assistência à Saúde do Idoso, acrescido do atendimento pré-hospitalar (Samu). Mas o que se verifica é que os serviços oferecidos, em sua maioria, não estão próximos aos moradores dos bairros sendo que alguns não contam nem com Centros de Saúde, nem com Centros de Referência de Assistência Social. (PMPOA, SECRETARIA MUNICIPAL DA SAÚDE).

É justamente o bairro Navegantes que conta com os serviços da FASC e da Secretaria da Saúde que, em se tratando de atendimento ao idoso, é incrementado com programa específico desenvolvido pelo SESC, trata-se do "Maturidade Ativa".[6]

2.3 Organização da Comunidade: Forças Existentes e Projetos Desenvolvidos

A região conta com alguns empreendedores, grupos de pessoas da comunidade, grupos de estudos, além de ter o apoio da prefeitura de Porto Alegre para a realização de algumas atividades. Mas é no Bairro Floresta que evidencia-se a organização da comunidade associando-se a iniciativas de empreendedorismo e de associativismo.

Entre os empreendedores destaca-se o proprietário do *Porto Alegre Hostel Boutique*, pelos benefícios do empreendimento para a comunidade e seu envolvimento nas organizações comunitárias. Com a chegada do *hostel* em 2010 a rua ficou mais iluminada, o que rendeu muitos elogios ao dono do imóvel, e como ele está sempre movimentado traz uma sensação de segurança aos moradores do bairro.

Há, ainda, os proprietários do Vila Flores que revitalizaram um prédio histórico construído em 1928 pelo arquiteto e engenheiro alemão Joseph Lutzenberger, listado como patrimônio histórico e cultural de Porto Alegre. Transformado em um centro de cultura, educação e negócios inovadores, desde 2012 a comunidade realiza atividades socioculturais e econômicas através de cursos, seminários, exposições, espetáculos, apresentações e feiras. Atualmente a gestão cultural do espaço é realizada pela Associação Cultural Vila Flores, entidade sem fins lucrativos. O local hospeda diversos grupos como, arquitetos, artistas, produtores culturais, designers gráficos etc.

Outro espaço privado alugado por inúmeros empreendedores criativos é o CC100. Criado por um investidor imobiliário, Auber de Oliveira, em 2011, comprou um prédio antigo e abandonado, investiu em uma reforma e começou a locar para um público sensível, que valoriza a arte.

Um dos grupos mais atuante no bairro é o Grupo de Apoio à Revitalização do Bairro Floresta (Refloresta), que recebeu autorização da prefeitura para realizar o Brechó Refloresta, aos sábados, e a feira livre, às terças. São iniciativas singelas, que não requerem muito investimento financeiro, mas que promovem a interação entre os moradores.

A economia criativa é grande aliada no desenvolvimento do 4º Distrito. O grupo de estudos Geração Urbana da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da PUCRS utiliza um espaço no Vila Flores para desenvolver suas atividades. Entre as atividades do grupo Geração Urbana estão conversas com os moradores e intervenções nas ruas com a aprovação da comunidade, dentre essas o programa "Tudo de cor para você" que conta com o patrocínio de uma empresa de tintas e a revitalização da Praça Florida.

6Disponível em: https://www.sesc-rs.com.br/acaosocial/maturidadeativa.php#.WJoDZ9IrK1s. Acesso em: 07 fev.2017.

Nos demais bairros que compõem a região do Quarto Distrito não identificamos envolvimento da comunidade semelhante ao bairro Floresta. Mas podemos destacar algumas ações já realizadas pela Prefeitura de Porto Alegre, previstas no Plano Diretor atualizado em 2010, através de Lei Complementar para ampliar as atividades das áreas envolvidas. Buscou preservar as construções históricas e revitalizar as áreas para suprir os interesses: social, cultural e institucional.

Uma das suas atividades, por meio do Gabinete de Inovação e Tecnologia (Inovapoa) e com parceria do IPA, foi implantar uma incubadora no DC Navegantes, localizado no 4º Distrito, com a finalidade de capacitar oito empreendedores inventivos com propostas para a área social e geração de emprego e renda. O projeto chama-se Tecendo Ideias, e pretende contribuir com o desenvolvimento do polo de economia criativa na região.[7]

Em 2010 a notícia do jornal Zero Hora anunciava que "Região em Porto Alegre ganhará novo shopping". Divulgava o empreendimento da Rossi prevendo a construção de 3 torres residenciais, uma comercial e um shopping na quadra da antiga fábrica da Fiateci na Rua Voluntários da Pátria. Informava ainda que entre as medidas compensatórias, constava a preservação dos prédios históricos da indústria e a construção de uma praça em parte do terreno. O estudo de Viabilidade Urbanística (EVU), conforme constou na reportagem, previa também a criação de um museu sobre a história do 4º Distrito e a doação de um prédio à associação de moradores, entre outras ações (ZERO HORA, 2010).

Hoje o Residencial Rossi Fiateci está concluído e os apartamentos estão sendo vendidos. O condomínio dispõe de excelente infraestrutura para oferecer boa opção de lazer aos moradores. A preservação dos antigos pavilhões da tecelagem restringiu-se a vagas de garagem cobertas. Nada consta quanto as medidas compensatórias anunciadas na reportagem anterior que pudessem beneficiar a comunidade como praça, sede da associação de moradores e museu (MAZIN, 2016).

Sobre os empreendimentos urbanísticos ao estilo do Rossi Fiateci, segundo opinião de Titton (2012), com a qual concordamos, trata-se da construção de um conjunto de edificações verticalizadas com um amplo programa de lazer interno, em um perímetro cercado, isolado, que aniquila a vida urbana da rua e do entorno. Na nossa opinião, o condomínio cercado isola seus moradores que tendo todas as suas necessidades supridas no seu interior não participam da vida comunitária no bairro.

Em notícia no jornal O Sul foi anunciada a revitalização do antigo prédio da Sociedade Gondoleiros inventariado pela Prefeitura Municipal. O restauro foi um bem-sucedido caso de atuação da área de Direito Ambiental Urbanístico da Carpena Advogados Associados. O escritório assessorou o processo de compra e obra do imóvel, trabalhando na adequação às legislações federal, estadual e municipal, tendo como princípio condutor compatibilizar as exigências legais com os anseios dos investidores e comunidade local. Localizado no cruzamento da Avenida Presidente Roosevelt e Rua Moura Azevedo, no bairro São Geraldo, o prédio agora será destinado a abrigar atividades voltadas ao setor de desenvolvimento de tecnologias (O SUL, 2016).

Outras propostas de revitalização do Quarto Distrito abarcam a área que vai da Estação Rodoviária, seguindo pela Rua Voluntários da Pátria, um eixo estruturador com grande potencial de renovação, até o Bairro Humaitá, onde se localiza a Arena do Grêmio. Alguns investimentos em infraestrutura já foram realizados com capital público: o Conduto Forçado Álvaro Chaves, em habitação com o Projeto Integrado Entrada da Cidade – PIEC e de estruturação viária (prolongamento da rua Voluntários da Pátria, duplicação da Dona Teodora, Viaduto Leonel Brizola

[7]Disponível em: http://www.revistadigital.com.br/2014/10/nasce-um-vilarejo-criativo-em-porto-alegre/ acesso em: 31.jan.2017.

e o projeto para conexão do anel viário da BR 448, chamada de Rodovia do Parque com a BR 290. Dentre as realizações do setor privado estão: Empreendimento Residencial - Incorporadora Rossi S/A - Bairro Humaitá (em venda 1.400 unidades habitação coletiva, junto ao Parque Mascarenhas de Morais).

Em dezembro de 2016 a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) apresentou à prefeitura, o Masterplan do 4º Distrito de Porto Alegre, projeto de revitalização de uma área de 594 hectares com o objetivo de regular o uso do solo urbano visando à captação de investimentos privados em infraestrutura e de empreendimentos nas áreas de tecnologia, saúde, conhecimento e indústria criativa, gerando emprego e renda. A expectativa é de que consórcios de proprietários associados a investimentos privados, com a intermediação do poder público, em uma espécie de parceria público-privada (PPP), passem a investir em melhorias para a área denominada Quarto Distrito gerando espaço para habitação social (moradores que ganhem até três salários mínimos), praças, parques, equipamentos públicos, distritos de inovação tecnológica, universidades e instituições de ensino e pesquisa.[8]

Há projetos em estudo como o de um complexo multifuncional junto a Arena do Grêmio prevendo hotel, Centro de Convenções, shopping Center e prédios de habitação coletivo e projetos em execução como a duplicação da Rua Voluntários da Pátria (trecho entre a Rodoviária e a Ponte do Guaíba) e a reciclagem de uso de prédios ao longo da via (inventariados e listados como de interesse cultural) adaptando-os para uso residencial e/ ou comercial.

O projeto urbanístico que está sob a coordenação do GT 4º Distrito, que atua com a participação da Secopa, Smam, SMC, EPTC, Smov, DMLU, Dmae, DEP e SMGAE, contempla projetos de paisagismo, viário, cicloviário, acessibilidade, infraestrutura, iluminação, mobiliário urbano e preservação do patrimônio cultural. E estão sendo elaborados diagnóstico e diretrizes para a Orla Norte do Guaíba, onde tem a antiga Doca Turística, em parceria com o GT Orla.

[8]Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2016/12/revitalizacao-do-4-distrito-preve-desapropriacoes-em-cinco-bairros-8843370.html Acesso em: 31.jan. 2017.

3 Diagnóstico: Análise Swot

FORÇA	**FRAQUEZA**
Região desenvolvida com comércio e serviços, localizada próxima ao centro de Porto Alegre. Fácil acessibilidade e interesse em revitalizar a área por parte de empresários e diversos setores públicos, faz com que o Quarto Distrito seja um empreendimento viável e rentável. A presença de empresas e mídias torna os bairros atrativos por apresentarem estruturas elétricas, cabos, saneamento básico. Implementação do Distrito Criativo. Possibilidades de projetos que atendam as diferentes características populacionais. Engajamento da população local para revitalizar os bairros.	Região apresenta fragilidades com relação à mobilidade e infraestrutura hídrica, defasagem na rede elétrica e saneamento básico. Sofre com alagamentos que causam transtornos e perdas para a população e comércio. Região com áreas degradadas, imóveis em ruínas, ruas pouco arborizadas e abandonadas pelo setor público e privado. Dificuldades e demora na implementação de projetos desenvolvidos pela Masterplan. Deficiência em atender as necessidades especificas da população idosa (opções de lazer, cultura, moradia, saúde, mobilidade).
OPORTUNIDADES	**AMEAÇAS**
A criação de parcerias entre setores públicos e privados visando a revitalização da região. A parceria de instituições de ensino superior no desenvolvimento de pesquisas, de forma a diagnosticar a área que acaba auxiliando na criação de projetos viáveis que englobem a população e empresas interessadas em investir no Quarto Distrito. Diálogo entre os órgãos públicos e a população, oportunizando troca de informações e necessidades que os moradores desejam serem sanadas. Há perspectiva de aumento populacional e melhora no Índice de Desenvolvimento Humano - IDH da área, especulação e valorização dos imóveis, concentração de indústrias criativas com a retomada do comércio e serviços na região. Oportunidade de criar parcerias que promovam eventos culturais que atraiam a população regional.	A falta de perspectiva na realização de melhorias na infraestrutura da região (problemas com alagamentos, saneamento básico e mobilidade urbana). Morosidade na implementação de projetos e nas parcerias público privadas para revitalizar a região do Quarto Distrito. Ausência de um estudo consistente que promova uma identificação das diferentes pessoas que transitam na área e as suas necessidades.

4 Orientações Estratégias ou Sugestões de Ações Voltadas à População Idosa

Moldar a melhor maneira de revitalizar o Quarto Distrito envolve não só a infraestrutura, mas principalmente identificar a cultura e as vocações de cada parte da região. Segundo Pimenta (2014) o foco do desenvolvimento deve estar centrado nas dimensões humanas, buscando ir além dos índices econômicos, primando pela maior participação popular e valorizando e respeitando as características locais. O autor ainda coloca a importância da busca por maior qualidade de vida, tendo as mudanças o intuito de desenvolver a região.

O bairro Floresta já encontrou a sua vocação, desponta como Distrito Criativo, fortaleceu-se com empreendimentos culturais e a comunidade está unida para levar adiante esta ideia. Quanto aos demais, encontram-se ainda na expectativa de ver suas necessidades mais prementes atendidas, como melhorias na infraestrutura e saneamento básico, redução da violência e moradia.

Os projetos implementados pela Prefeitura Municipal estão voltados a novas edificações que atendam a necessidade de expansão da cidade o que se justifica nos bairros criados em 1988, Humaitá e Farrapos, posteriormente agregados à região do Quarto Distrito e que, portanto, não se trata de revitalização, mas sim de criação. É nestes bairros que a população cresce e não, necessariamente, aumenta a população idosa. A efetivação de projetos parte da cooperação entre o público e privado, segundo Furtado (1984, p. 28) a criatividade política quando vem de encontro com a vontade coletiva tende a produzir e a desenvolver a região, tendo uma vez, na população lideranças que compreendam a importância de manter os valores desta cultura, vivida pela população. O desenvolvimento para Furtado (1984) deve preservar a identidade cultural, mantendo as características locais, neste sentido, mantem-se a população como ativos no processo de crescimento da área e não somente consumidores das mudanças propostas.

Nos planos para a revitalização do Quarto Distrito falam em clusters de saúde, educacional, habitacional, institucional, tecnológico, econômico/financeiro, indústria criativa. Observa-se que há um pouco de cada coisa sendo feita, mas ainda longe da demanda, uma vez que seguem grandes galpões industriais abandonados. No entanto, como resgatar a dinâmica social do local?

A partir de então seguimos apontando algumas alternativas que poderiam contribuir para a humanização da área e adequação as características populacionais com aproveitamento de espaços existentes.

Um dos equipamentos já revitalizado foi a Sociedade Gondoleiros conforme apontamos no corpo do trabalho, indicado para integrar o cluster tecnológico. Entretanto, este prédio é emblemático para os moradores antigos do bairro, pois era um espaço de sociabilidade muito importante na constituição da identidade do bairro. O prédio restaurado fica no bairro São Geraldo o qual tem o índice mais alto de envelhecimento da região no período de 10 anos.

Sugerimos a destinação do prédio da Sociedade para a composição de um espaço multicultural dada a importância deste na história do bairro. Poderia tornar-se um espaço multicultural para shows, peças de teatro, cafeteria, oficinas culturais, etc. Inclusive, poderia servir para abrigar um museu com a história do Quarto Distrito. Observamos que não há investimentos da Secretaria da Cultura no bairro São Geraldo onde está localizado o prédio e nem nas proximidades. Assim poderia atrair o interesse dos idosos que passariam a frequentá-lo como alternativa para socialização.

Dentre estudos realizados que podem contribuir para identificar a cultura e a vocação dos bairros da região destacamos a dissertação de mestrado de Paula Danielle Martins (2010) que aponta aspectos relativos à dinâmica de crescimento urbano do bairro Humaitá, a partir de 1960 quando datam as primeiras intenções da cidade em ocupar essa área. Identificou a autora que os moradores do local apresentam baixo conhecimento do seu bairro que está passando por transformações em função da chegada de novos empreendimentos, fato que tem motivado os habitantes locais. Foi constatado que os moradores têm forte relação com o parque do bairro que é o Parque Mascarenhas de Moraes.

Segundo Martins (2010) o bairro Humaitá quando analisado sob a ótica da legislação municipal e as perspectivas da cidade para essa área, parece se reduzir a apenas uma área industrial, com o foco do crescimento urbano já totalmente delimitado. Mas o bairro transcende sua configuração industrial e comercial, possui relações sociais muito fortes, uma comunidade atuante, e distintas características.

O segmento residual prevê alguns conjuntos de condomínios para o bairro que tem o estigma da violência. O condomínio fechado gera a segregação residencial urbana e seus moradores que têm no espaço fechado todas as oportunidades de lazer não precisam circular e vivenciar o bairro. Sua construção se dá em frente ao Parque Mascarenhas com o qual os moradores têm uma estreita relação.

Com essas características o bairro Humaitá requer iniciativas humanizadoras e sociais que estimulem e aproximem seus habitantes. Hoje, a mobilização dos moradores é feita por meio de associações que se fazem presentes nas assembleias de orçamento participativo reivindicando a solução de problemas emergenciais ligados a infraestrutura decorrente do aterramento e a violência. Nada se vê de empreendimentos culturais e sociais. Por isso sugere-se o trabalho conjunto dos órgãos ali presentes que são a Praça, a Escola Técnica e dos serviços da rede básica de saúde. Dentre os moradores mais antigos há idosos que poderiam ser envolvidos em um trabalho de resgate histórico do bairro e também em atividades de transmissão de experiências como projetos a serem desenvolvidos pelas escolas fundamentais e técnica, até mesmo para contribuir na formação dos mais jovens no ensino de ofícios.

Dos dados até aqui apresentados destaca-se o envelhecimento da população, realidade mundial que se reflete na região do quarto Distrito e a tendência a construção de grandes empreendimentos habitacionais, nos quais pode haver idosos morando sozinhos. Diante desta realidade a cidade de Santos, em São Paulo instituiu o "Condomínio Solidário". Trata-se de uma cartilha que sugere condutas aos moradores de condomínios residenciais a fim de incentivar a solidariedade entre os moradores, e em especial com os idosos que moram sozinhos. Essa cartilha possui informações para inibir que os idosos fiquem isolados dentro de suas moradias e, em caso de doença ou acidente, eles possam ser socorridos mais rápidos. Aconselha que os vizinhos prestem atenção aos idosos que moram sozinhos, e que mantenha, sempre que possível um diálogo com eles, por exemplo[9].

Outra iniciativa da cidade de Santos é a chamada República para idosos, como uma alternativa para não viverem isolados e manterem uma vida social. Serve também para os idosos que não tem recursos financeiros para sustentar residência própria, mas que não desejam morar na casa dos filhos ou de outros parentes. A primeira república foi criada em 1995 e hoje esse projeto já existe em outras cidades brasileiras como Curitiba, Belo Horizonte, Divinópolis e São José do Rio

[9]Disponível em: http://www.santos.sp.gov.br/?q=aprefeitura/secretaria/assistencia--social/condominio-solidario. Site da Prefeitura Municipal de Santos. Acessado: em 30/01/2017.

Preto. Para ingresso, os idosos passam por uma entrevista com a equipe técnica da Seção de Repúblicas, comprovando renda mensal de até dois salários mínimos, para que possam pagar um aluguel simbólico e condições de manter independência e autonomia para as atividades de vida diária. Na república são responsáveis pelas despesas de manutenção da casa e pelos serviços de limpeza.[10] O que observamos é um grande número de residências desocupadas nos bairros do quarto distrito que poderiam ser destinadas a criação de repúblicas.

Para a criação de repúblicas chamamos a atenção para o grande número de imóveis inventariados na região do Quarto Distrito que não são somente fábricas e galpões abandonados, mas também, habitações que conservam o estilo de determinada época.

O inventário constitui-se, conforme orientação da Secretaria de Cultura, em um dos instrumentos administrativos de preservação do patrimônio cultural de um município e através dele são protegidos imóveis de valor histórico, arquitetônico, urbanístico, ambiental, simbólico, de valor afetivo para a população. Esclarece Fernandes (2014) que na normativa do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental, parágrafo único, do artigo 14, as edificações que compõem o Patrimônio Cultural são classificadas em Tombadas, Inventariadas de Estruturação ou de Compatibilização e que as duas últimas classificações são em maior número no Quarto Distrito (p. 64). Inventariadas em estruturação ou em compatibilização constituem em elementos significativos ou representativos para a preservação da paisagem cultural do município e por isto devem ser preservadas, não podem ser destruídas ou descaracterizadas.

Outro exemplo, também da cidade de Santos, em relação à inclusão do idoso na sociedade é o programa Vovô Sabe Tudo. Esse programa leva em conta o conhecimento das pessoas idosas e possibilita que essas pessoas compartilhem seus saberes com os mais jovens. É destinado a pessoas com mais de 60 anos de idade e renda de até cinco salários mínimos, que residam no município e que possuam habilidades que possam ser transmitidas em especial para crianças e adolescentes, dessa forma possibilita que o idoso tenha sua autoestima valorizada e também receba um salário mínimo por mês[11]. Este programa pode ser implementado por comunidades locais até mesmo sem prever a remuneração do idoso, valendo-se da sua experiência na transmissão do conhecimento contribuindo na formação dos jovens.

Em alguns bairros do Quarto Distrito verificamos a existência de praças de grande valor na história da comunidade e que ainda abrigam as escolas de educação infantil. Essas praças poderiam oferecer atividades físicas para os idosos, seria um excelente espaço de lazer e de convivência intergeracional. A utilização da praça pela população local, estimulada pelos órgãos competentes, poderia contribuir para reduzir a ocupação por moradores de rua e uso de drogas.

5 Considerações Finais

O movimento pela revitalização do Quarto Distrito ganhou forças e vem mantendo a atenção da comunidade, do poder público e da imprensa que querem ver a área potencializada diante da riqueza de recursos advindos da sua localização.

---

[10]Disponível em: http://www.santos.sp.gov.br/?q=tags/rep-blica-de-idosos; e https://www.aterceiraidade.com/casa-e-familia/republica-para-idosos-alternativa-de-manter-a-vida-social/. Acesso em: 30.jan.2017.

[11] Disponível em: http://www.santos.sp.gov.br/?q=aprefeitura/secretaria/assistencia--social/vovo-sabe-tudo. Acesso em: 31.jan.2017.

O diagnóstico da região feito a partir da análise SWOT evidenciou pontos fortes e fracos. Entre os fortes destaca-se o comércio e serviços, assim como sua localização próxima ao centro de Porto Alegre, além do fato de apresentar um grande engajamento da população local para revitalizar os bairros. Porém, os pontos fracos são muito importantes e pesam demais no atraso da revitalização, são eles a mobilidade e a infraestrutura hídrica, defasagem na rede elétrica e saneamento básico que trazem um transtorno para a população residente.

O que foi possível observar na análise da região é que os planos e projetos previstos para a revitalização tem foco na economia deixando de contemplar a realidade de cada bairro, distintos entre si, portanto, com diferentes demandas. Dentre as principais diferenças podemos destacar que há bairros antigos que viveram o período da industrialização, são os bairros Navegantes, São Geraldo e Floresta e bairros que criados mais tarde passaram a fazer parte da região, são eles o Farrapos e o Humaitá. Para os primeiros é necessário resolver os problemas advindos dos prédios desocupados, enquanto que para os novos a demanda é habitacional.

As Universidades ou Instituições de Ensino Superior envolvidas até então, pela natureza dos cursos voltam-se a questões arquitetônicas. Há necessidade de envolver outras áreas para que os estudos contemplem a demanda gerada pelas características evidenciadas no índice demográfico da população.

O Quarto Distrito precisa ter seus problemas resolvidos sim, não é possível conviver com alagamentos, transporte público precário, prédios abandonados e violência, mas precisa, acima de tudo, ser o espaço de sociabilidade para seus moradores.

Referências

FERNANDES, Ana Clara. *Cemitérios industriais:* contribuição para a análise espacial da metrópole de Porto Alegre – RS/Brasil. Tese. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Geociências, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Porto Alegre, RS, 2014.

FURTADO, Celso. *Cultura e Desenvolvimento em época de crise*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA -IBGE. *Características da População e dos Domicílios*: resultados do universo. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/sinteseindicsociais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: jan. 2017.

MARTINS, Danielle Paula. D. *O Humaitá de ontem, de hoje e de amanhã*: as transformações socioambientais de um bairro de Porto Alegre, RS. Dissertação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Geociências, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Porto Alegre, RS, 2010.

MATTAR, Leila Nesralla. *A modernidade de Porto Alegre*: arquitetura e espaços urbanos plurifuncionais em área do 4º Distrito. Tese. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em História, Porto Alegre, 2010.

MAZIN CORRETORES DE IMÓVEIS. 2016. Disponível em: <http://www.mazinimobi.com.br/noticias/rossi-fiateci-3152>. Acesso em: fev. 2017.

OBSERVATÓRIO POA. 2016.Disponível em: <http://portoalegreemanalise.procempa.com.br/?regioes=2,0,0>. Acesso em: dez. 2016.
O SUL. Disponível em: <http://www.osul.com.br/revitalizacao-do-gondoleiros-e-finalizada/>. Acesso em: fev. 2017.

PIMENTA, Carlos Alberto Máximo. Tendências do desenvolvimento: elementos para reflexão sobre dimensões sociais na contemporaneidade. In: *Revista Brasileira de gestão e desenvolvimento regional*, v. 10, n. 3, edição especial, set. 2014.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE - PMPOA. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/spm/>. Acesso em: dez. 2016.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE - PMPOA.SECRETARIA DO PLANEJAMENTO MUNICIPAL. *Plano diretor de desenvolvimento urbano e ambiental de Porto Alegre (PDDUA)*. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/spm/usu_doc/planodiretortexto.pdf>. Acesso em: dez. 2016.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE – PMPOA- SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/sms/default.php?p_secao=426>. Acesso em: fev. 2017.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE - PMPOA - SECRETARIA MUNICIPAL DE URBANISMO. *Criação e História dos Bairros.*Disponível em: http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/observatorio/usu_doc/historia_dos_bairros_de_porto_alegre.pdf. Acesso em: fev. 2017.

SALDANHA JUNIOR, Gelson. *IV Distrito de Porto Alegre:* onde começa, onde termina. 1º Colóquio Internacional de História Cultural da Cidade Sandra Jatahy Pesavento. Anais. 09 a 11 de março de 2015.

SANHUDO, Ary Veiga. *Porto Alegre:* crônicas de minha cidade. Vol. 1. Porto Alegre: Edições Sulina, 1961.

TITTON, Cláudia Paupério. *Reestruturação produtiva e reestruturação urbana:* o caso do IV distrito e Porto Alegre. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

ZERO HORA. 2010. Disponível em: <http://www.rossiresidencial.com.br/noticias/regiao-em-porto-alegre-ganhara-novo-shopping/2079>. Acesso em: fev. 2017.



ANAIS

GT: GOVERNABILIDADE E CONTROLE SOCIAL. O CONFLITO ENTRE LIBERDADE E SEGURANÇA

Coordenadoras: Judite de Bem (Unilasalle) e Regina Martinez (FMU)

Canoas, 2017.

PÂNICO MORAL E REPRESENTAÇÕES MIDIÁTICAS: A VIOLÊNCIA DIANTE DO CENÁRIO DE *DÉFICIT* DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO BRASIL

Denise Silva Nunes,
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, Brasil).
Especialista em Direito Público pela UNIDERP/MT. Em andamento,
Graduação em Ciências Sociais Bacharelado e
Especialização em Ensino de Sociologia no Ensino Médio pela UFSM.
Advogada.
denise.silva.nunes@hotmail.com

Resumo:

O aumento no número de 'justiçamentos' pela sociedade civil, que se dá mediante tortura, espancamentos, dentre outros atos de violência, revela um componente da realidade social brasileira, que reflete o descrédito da população na polícia e no Judiciário e muitas vezes fomentada por setores da mídia. Desse modo, busca-se contrastar as diversas formas punitivas e seus desdobramentos, bem como analisar a proliferação do pânico moral, crenças, representações midiáticas e do crime, que conjugados à lógica punitiva e à prática de justiçamento pela sociedade civil. Quanto à metodologia, para alcançar o objetivo proposto adota-se o método histórico-comparativo e de estudo de caso. Para tanto, adotou-se pesquisa bibliográfica e documental, especialmente, com contribuições teóricas acerca da sociologia do desvio, crime e controle social, e informações relacionadas às práticas de 'justiçamento' pela sociedade civil. Procedeu-se a consulta a livros, manuais, artigos, periódicos, fontes disponibilizadas em websites, blogs, dentre outras. Como considerações finais destaca-se que a lógica punitiva e seletiva acaba instaurando um cenário ainda maior de terror e de barbárie na sociedade.

Palavras-chave: anomalias. instituições democráticas. pânico moral. representações.

1 Introdução

O presente trabalho busca refletir sobre o fenômeno de práticas de justiçamento pela sociedade civil, o que representa desestabilização social e descrédito nas instituições democráticas brasileiras. Cabe observar que o aumento no número de 'justiçamentos' pela sociedade civil, que se dá mediante tortura, espancamentos, dentre outros atos de violência, revela um componente da realidade social brasileira, que reflete o descrédito da população na polícia e no Judiciário e muitas vezes fomentada por setores da mídia.

A naturalização desse tipo de prática acarreta um risco à sociedade, o que também leva ao enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, de modo que se faz necessária a discussão.

Diante desse contexto, para melhor compreensão do fenômeno dos linhamentos no Brasil, cita-se Émile Durkheim que desenvolveu estudos sobre os fenômenos sociais, contribuindo para a formação da Escola Sociológica Francesa. Para Durkheim os fatos sociais são coercitivos, exteriores e objetivo. A solidariedade tende a se tornar ordem jurídica na medida de sua aceitação e observância coercitiva.

Para Durkheim, na visão organicista, a sociedade é um todo interligado, e, se algum segmento social está mal, todo o organismo social será afetado. Desta ideia nasceram dois de seus conceitos: instituição social e anomia. A instituição social compreende-se por um ente de proteção à ordem e à convivência pacífica, que é reconhecido e padronizado, aceito e legitimado (como família, governo, etc.). A anomia refere-se a um descompasso entre a ordem social e o desejo social, ao descrédito que leva ao sentimento de ausência e pode, inclusive, desaguar na revolta contra aquilo que parece impunidade.

A caça às bruxas permanece na atualidade, como no Brasil, em que ainda ocorrem práticas de justiçamento pela própria sociedade civil. Dentre os casos, cita-se o ocorrido em Guarujá, no Estado de São Paulo, no ano de 2014, em que a dona de casa Fabiane Maria de Jesus sofreu espancamento coletivo, de modo que não resistiu aos ferimentos e faleceu em decorrência de traumatismo craniano. A vítima foi confundida com uma suposta sequestradora de crianças que praticava rituais de magia negra na comunidade.

O que chama a atenção no caso em tela é que a vítima teria sido confundida com uma criminosa, cujo retrato falado teria sido publicado e compartilhado numa página da internet, especificamente, na rede social Facebook, que teria divulgado um alerta sobre a presença de uma sequestradora de crianças na localidade. Também chama atenção o fato de dezenas de pessoas terem presenciado o crime e não reagiram. Diante disso, provavelmente a notícia de uma sequestradora no bairro tenha causado a comoção popular e motivado o espancamento, ou seja, o pânico já estava instalado na comunidade.

Os 'justiçamentos' por meio de atos de violência pela sociedade civil não dá chances de defesa à vítima, a qual é sumariamente acusada, julgada e condenada, mesmo sem provas.

Dito isso, o presente trabalho propõe a discussão sobre a prática de 'justiçamento' pela sociedade civil à luz da sociologia do desvio. Busca-se contrastar as diversas formas punitivas e seus desdobramentos, bem como analisar a proliferação do pânico moral e representações midiáticas conjugadas à prática de justiçamento pela sociedade civil.

Justifica-se a escolha da abordagem porque na atualidade verificam-se diversos casos de práticas de 'justiçamento' realizadas pela própria sociedade civil, de modo a ensejar a discussão acerca de pânico moral, cultura do medo, a lógica e formas punitivas, a presença ou ausência do Estado, crime, interações simbólicas, representações sociais, produção de crenças, estigmas, políticas públicas, dentre outras.

Quanto à metodologia, para alcançar o objetivo proposto utiliza-se o método de estudo de caso, e a perspectiva histórico-comparativa. Para tanto, adota-se a pesquisa bibliográfica e documental, especialmente, com contribuições teóricas acerca da sociologia do desvio, do controle social e justiça, colecionando informações relacionadas às práticas de 'justiçamento' pela sociedade civil. Procedeu-se à consulta a livros, manuais, artigos, periódicos, fontes disponibilizadas em websites, blogs, dentre outras.

Busca-se, então, apresentar as principais contribuições teóricas da Sociologia do Desvio, remetendo essa abordagem teórica ao enfoque de estudo de caso.

O trabalho está estruturado em duas seções. Primeiramente feitos apontamentos acerca de formas punitivas adotadas no medievo, no estado moderno e pelo sistema penal nos dias atuais. No segundo momento, aspectos de representações midiáticas de risco e perigo, dialogando com o caso de 'justiçamento' pela própria sociedade, e perpassando a discussão sobre pânico moral à cultura do medo. Por fim, feitas considerações finais, sem, contudo, esgotar a temática.

2 Reflexões Sobre as Formas de Punição

Neste momento, a proposta é de analisar aspectos da punição, perpassando pelas formas adotadas no medievo, no estado absolutista, até os dias atuais.

No direito feudal tinha-se ritual de guerra, com a batalha do mais forte. Não existia sentença, e, sim, simplesmente vitória ou fracasso.

Durante o medievo diversos grupos foram perseguidos pela Igreja Católica, tais como bruxas, hereges, homossexuais, judeus, prostitutas, leprosos, dentre outros. Isso porque suas condutas/práticas não se enquadravam dentro das regras da igreja ou por serem consideradas práticas ligadas ao pecado, e/ou por corresponderem a outros valores e modos de viver, os quais não eram previstos nos estatutos e juízos predominantes na época.

Por volta de 1033 nascia o princípio de que Deus é luz. Tinha-se a ideia de retorno de Jesus, e, com isso, apareceram falsos profetas, adivinhadores do futuro. A população encarava a vida como um campo de batalha, com a luta entre o bem e o mal, ou seja, entre o Cristo versus anticristo (e esse aparece muito forte e como temática entre os teólogos).

No final do século XII e no decorrer do século XIII há uma transformação das velhas práticas jurídicas e, pela primeira vez na Grécia inventou-se o inquérito. O inquérito teve uma dupla origem, quais sejam: administrativa e religiosa (assim, lesar o soberano e cometer um pecado era praticamente a mesma coisa no Direito Clássico). O representante do poder chamava as pessoas mais notáveis, assim como idosos e sábios, fazendo com que eles jurassem a verdade nos de seus depoimentos.

Na Monarquia Absolutista o soberano buscava em instrumentos do Direito Romano, o suporte para o seu poder jurídico absoluto. Assim, todo o aparato ficava centralizado na figura dele, ou seja, o soberano representava a justiça e a ordem estrutural.

Para manter a ordem na sociedade se utilizava da punição, a qual não tinha como finalidade, em ultima instância, a repressão, mas sim manter a estrutura vigente, ou seja, o poder e a ordem. O poder do soberano era ilimitado, assim, na punição promovia-se a dor até quando o corpo resistir. O crime era considerado uma afronta ao soberano e à ordem, ou seja, o crime não era cometido apenas contra a pessoa que recebeu, mas, também, contra a própria lei e à ordem.

Durante os séculos XVI e XVII as principais penas eram a multa e o banimento, e ambos visavam manter a ordem vigente. A multa correspondia ao oferecimento de certa quantia para o soberano, e o banimento correspondia no ato de que o indivíduo fosse banido naquela sociedade. O suplicio era outro tipo de punição utilizado, que correspondia a um ato pomposo, com violência extrema para reter a dor até cessar a existência.

Diante desses métodos, tinha-se a representação do poder soberano, com a impiedosa justiça sendo aplicada para a manutenção da ordem. Ou seja, não apenas um mero ato repressivo, mas, também, uma ação representativa da soberania. E o povo não era apenas um agente passivo da repressão, visto que ele também participava do processo.

Na França, em todos os processos de inquérito o acusado não tinha acesso às informações de seu julgamento. Os juízes recebiam os documentos prontos, cabendo-lhes apenas julgar o indivíduo e dar a sentença. Destaca-se que, naquela época também era necessário à confissão do indivíduo, a qual se ocorria mediante juramento ou tortura.

> O ponto extremo da justiça penal no Antigo Regime era o retalhamento infinito do corpo do regicida: manifestação do poder mais forte sobre o corpo

> do maior criminoso, cuja destruição total faz brilhar o crime em sua verdade. O ponto ideal da penalidade hoje seria a disciplina infinita: um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem limite numa observação minuciosa e cada vez mais analítica, um julgamento que seja ao mesmo tempo a constituição de um processo nunca encerrado, o amolecimento calculado de uma pena ligada à curiosidade implacável de um exame, um procedimento que seja ao mesmo tempo a medida permanente de um desvio em relação a uma norma inacessível e o movimento assintótico que obriga a encontrá-la no infinito (FOUCAULT, 1999, p.32).

Assim, antes de perder a vida o corpo devia ser castigado e abatido. O próprio povo que participava do suplicio como espectador também era testemunha da punição. Assim sendo, todo o ato era feito para promover terror para fazer com que atos semelhantes não acontecessem novamente.

O próprio ato punitivo causava revolta no povo, e, diante disso, posteriormente, os reformadores penais providenciaram modificações nas medidas penais, onde se passou a ter a reclusão do individuo que cometera delito, bem como o trancafiamento em um sistema carcerário.

A internação ganhou o caráter de recuperação do individuo e de fornecer meios para deixar apto o individuo para o trabalho, ou seja, verifica-se, a partir disso, uma alternativa de Mao de obra barata para o mercado.

A partir do século XVIII gradativamente ocorreu o desaparecimento do suplício. A negação do suplício passa por um viés de não punição do corpo. A maior privação da pena passa a ser a privação de direitos, principalmente o direito de liberdade e não mais a antiga forma de punição física. Com o encarceramento o individuo perde direitos (suspensão), e, desse modo, tem-se a ideia de punir, bem como o objetivo de recuperar o individuo para retornar à sociedade.

O uso da violência passou por um processo de privatização, tornando-se intolerável na esfera pública. Na sociedade moderna os castigos corporais deixam de ser (meros) instrumentos punitivos e adotam outras formas de punição como a privação de liberdade, a cassação de recursos financeiros e pena de morte por injeção letal. Percebe-se que o sofrimento se mantém, porém, ele fica distante dos olhos do público, de modo geral.

A partir do século XX surgem ideias como reforma e intervenção social para prevenir e combater o crime, como a ideia de ressocializar, o humanismo, o criminoso como centro do processo, a crença na capacidade de intervenção do Estado no controle do crime e na reinserção do criminoso, dentre outras.

Foucault (1999) aborda a construção da punição como fator que vai além do poder na dominação de classes, ou seja, remete a uma perspectiva mais complexa e intrínseca das práticas sociais. O questionamento principal baseia-se na punição como uma disciplina que vai além do castigo simbólico, e afetando o psicológico de forma extensa e moldadora. Desse modo, o indivíduo sofre um remodelamento através do controle físico e psicológico, em período integral e mais prolongado, além de estar afastado da sociedade.

Foucault (2005) também afirma que apesar de existir uma mudança na lógica da sociedade, desenvolvendo economicamente e aderindo a novas práticas de industrialização, o poder disciplinar de controle não é apenas uma resposta dessa nova construção, mas sim, uma afirmação de coerência da existência das mesmas. Afinal, esses espaços são vistos com naturalidade pela sociedade dominante, o que significa que o sistema penal continua existindo, pois, tem para esse grupo a função de reafirmar sua dominação de poder perante a sociedade.

O autor David Garland (2008) analisou correntes teóricas como Durkheim, Rusche e Kirchheimer, Karl Marx, Foucault, Max Weber, Nobert Elias, com foco na maneira como as referidas tratam a questão da punição. Garland (2008) emprega a noção de sobredeterminação para pensar uma abordagem mais pluralista e multidimensional da punição. Para ele, pensar a punição deve levar em conta diversos aspectos, como políticos, econômicos, culturais e sociais, visto que a sociedade é plural e multidimensional.

Garland (2008) sugere que a punição deva ser entendida como uma instituição social que organiza, estrutura e regulamenta as práticas normativas dos indivíduos de uma sociedade. Assim, Garland se utiliza da abordagem de Nobert Elias (1992)[1] para explicar a constante transformação das sociedades civilizadas, ou seja, que vão se refinando e aprimorando ao longo do tempo, de modo a estabelecer o que é aceitável, ou não, fixando, assim, uma moralidade dentro da/na sociedade.

Para Garland (2008) a punição deve ser pensada a partir dos efeitos provocados por sua ação social, tanto para os criminosos que a recebem, quanto no seu significado para o público em geral, pois as práticas penais estabelecem uma armação cultural estruturante que serve de base para julgamentos sociais. Ou seja, elas funcionam como um mecanismo cultural regulador que age sobre as ações físicas, ao mesmo tempo em que criam significados que orientam as condutas dos sujeitos.

A lógica punitiva como ferramenta de manter a ordem social que permeia a mentalidade das pessoas é, em grande parte, reflexo direto de um sistema de justiça falho, o qual é inacessível aos mais pobres, que conta com uma polícia extremamente repressiva e seletiva. E, ainda, no sentido de que o Judiciário tente se fazer mais presente, de nada adiantaria para resolver o problema da violência, civil ou institucional, pela próprio conceito de distinção que existe no interior do sistema.

Destaca-se que torturas, linchamentos, dentre outras formas de e justiça feita com as próprias mãos pela sociedade civil evidenciam cada vez mais a linha tênue que existe no país entre a democracia e a barbárie. A prática de justiçamento é antidemocracia travestida de justiça. [2]

[1] Nobert Elias (1897-1990) foi um sociólogo alemão e sua análise sociológica busca resolver uma questão central das ciências sociais, que é a oposição entre 'indivíduo e sociedade' (o que ele vai nominar de '*sociedade dos indivíduos'*). Na obra *O processo civilizador* Nobert Elias explora a transformação e refinamento das sociedades civilizadas, com códigos de conduta, etc. Elias argumentou que no ocidente o processo civilizador se constituiu assentado em uma nova sensibilidade, assentada no processo de internalização da vergonha, esta com um dos conceitos-chave para a análise das emoções e das relações entre indivíduos e sociedade. Esse processo favoreceu o controle dos impulsos e conduziu à racionalização da economia psíquica mediante a diferenciação interior da vida interna dos indivíduos em redes inter-relacionais. Destaca-se que Elias descreveu manuais de etiqueta e de códigos, tratados de conduta e comportamento, explorando os conceitos de cortesia, civilidade e civilização vão se sucedendo na Europa, de maneira a demonstrar como o cotidiano dos indivíduos está vinculado a padrões de experiência e vivência da vergonha e seus corolários, como o embaraço, a humilhação, o ressentimento, a baixa autoestima, a falta de autoconfiança, entre outros. Também explorou noções correlacionadas ao ato de envergonhar-se, como o sentimento de honra, o sentimento de orgulho e o autorrespeito em uma ordem moral que estrutura as emoções individuais conforme a diferenciação das funções sociais em uma sociabilidade dada (ELIAS, 1990). A obra de Elias é importante para compreender o(s) processo(s) através do(s) qual(is) os atores sociais interagem e formam sistemas observáveis. Conforme Elias, a sociedade deve ser entendida como um grupo formado por seres humanos interdependentes.

[2] É um risco para a democracia. A partir do momento que deslegitimamos o sistema de justiça, acabamos por desconstruir os canais de processamento, de administração dos conflitos e fragilizamos o estado democrático de direito, que é um mecanismo de organização social que deve estar pautado pela garantia dos direitos humanos. Um último aspecto consequente dessa mentalidade punitiva é a reprodução do sentimento de medo e insegurança. Isso abala as relações humanas. As pessoas se relacionam cada vez menos, moram em condomínios fechados. "Isso vem justamente ao encontro desse ciclo vicioso de produção (por parte da Justiça) de violência e de reprodução (por parte da sociedade)", (PAZINATO, 2015). Ainda, o significado da palavra "justiceiro", no dicionário, está ligado àquele que se empenha na aplicação da justiça, que é severo e rígido no fazer cumprir a lei. Mas, em uma sociedade na qual compete ao Estado a aplicação das leis, o significado da palavra "justiceiro" toma um sentido diferente e passa a ser atributo de quem viola as normas vigentes para fazer , supostamente, "justiça" (Revista Fórum, 2015).

Percebe-se que na atualidade existem diversos discursos que influenciam na aplicação da pena e que procuram controlar o próprio individuo.[3] Desde o médico que analisa se o desviante é insano ou não, até mesmo as disposições legais que podem aumentar ou diminuir a pena. Ao se analisar o atual sistema penal verifica-se que apesar dele carregar uma perspectiva mais humanista com o fim do suplicio (*etc.*), na realidade temos outros mecanismos de punição, o que não representa necessariamente um progresso no sistema jurídico, no âmbito do direito penal, na sociedade, na política, na cultura (*etc.*).

No processo de significação da punição a mídia tem papel fundamental, visto que é um intermediário na comunicação entre Estado e cidadãos, cabendo a ela apresentar os eventos penais ao público.

Também cabe mencionar que, estando sob uma forte influência de interesses comerciais e de grupos políticos a mídia acaba por divulgar informações selecionadas, a partir de enquadramentos convenientes para os grupos em que está a serviço. E, além do publico em geral, interlocutor definitivo e onde o simbolismo da punição ganha significado, o discurso penal possui outros dois interlocutores, quais sejam: os agentes que fazem o sistema funcionar e os criminosos condenados, sendo estes últimos os interlocutores imediatos, pois a sanção penal tem com ele uma função de educação moral.

Dito isto, a exposição a seguir abrange os desdobramentos das representações midiáticas de risco e perigo, bem como de crime, pânico moral e a cultura do medo na atualidade.

3 Representações Midiáticas de Risco e Perigo na Atualidade

A abordagem neste momento abrange aspectos de representações midiáticas de risco e perigo, perpassando a discussão sobre pânico moral à cultura do medo. Busca-se fazer apontamentos na tentativa de (se) compreender e refletir sobre o caso de ‘justiçamento’ pela própria sociedade, ocorrido no ano de 2014, no Estado de São Paulo.

O caso em discussão, qual seja a morte de Fabiane, vítima da prática de ‘justiçamento’[4], instiga a questionar sobre diversos aspectos, tais como: as representações midiáticas, a influência das novas mídias (e redes sociais) na produção do pânico moral e cultura do medo, na produção de significados, na disseminação do ódio e do terror, na construção de estigmas, na organização de ações, nas formas de punição, na construção e reconstrução de crenças, nas interações sociais, dentre outros.

Magali Gouveia Engel[5] retratou em seus trabalhos (*Nossa H*, 2005, p.64-67) a temática sobre escândalos de violência passional, como, por exemplo, o caso de agressão de mulheres feitas (sofridas) pelo seu marido. Isso porque o Código Penal de 1890 reconhecia a privação de sentidos

[3] O fundamento das práticas punitivas não é ideológico (essencialmente) e sim como meio para servir a algo.

[4] De acordo com o primo da vítima, em 3 de maio, enquanto caminhava pelo bairro, Fabiane viu uma criança sozinha na rua. Além de brincar com o jovem, ela teria dado uma banana para o menino — Fabiane havia feito compras instantes antes. Mas a mãe da criança viu a cena e achou que a desconhecida seria a tal "bruxa" que assombrava a região, boato que foi espalhado pelo perfil do *Facebook* chamado *Guarujá Alerta*. (Jornal Zero Hora, edição virtual de 07/05/2014).

[5] Magali Gouveia Engel é especialista em História do Brasil, professora adjunta de História na Universidade Federal Fluminense.

dos acusados de crimes passionais[6], ou seja, a legislação vigente "permitia" ao homem, que vítima de infidelidade conjugal, o direito de matar a mulher e o amante. [7]

Os jornais publicavam diversos casos passionais nas épocas do Brasil Império e também República. Cabe destacar que as crônicas mostravam uma forte tendência a considerar a mulher como sendo a culpada, mesmo quando na realidade era vítima. Com isso, percebe-se o papel midiático nas representações de risco, de perigo, de pânico moral e da cultura do medo, que eram (e ainda é) constantemente reproduzidos na sociedade.

Quanto aos crimes motivados por paixão (ciúmes, infidelidade, *etc.*) o que chama a atenção é que naquela época havia grande discrepância no tratamento conferido aos homens com relação às mulheres, pois, estas eram consideradas como "agressoras atrozes e traiçoeiras por natureza", enquanto que os homens eram considerados como "vítimas do amor". Ainda, as mulheres também eram responsabilizadas pela violência sofrida, passando, assim, de vitimas a algozes (ENGELS, 2005, p.65).

Cabe mencionar que, atualmente (2016), em não sendo celebridades do mundo artístico os protagonistas de um desquite, não viram notícia, pois, o ocorrido não mais sensibiliza nem mesmo os editores de revistas de fuxicos.

No entanto, antigamente, no final do século XIX e inicio do século XX, as notícias de desquites eram frequentemente publicadas em jornais de circulação nas cidades, o que gerava grande repercussão social. Destaca-se que, "a matéria, escrita no estilo enfeitado típico da época e transpirando um falso moralismo do começo ao fim, revelava alguns detalhes escabrosos" (ENGEL, 2005, p.66).[8]

De modo geral, as manchetes de jornais eram inconvenientes, intrigantes e maldosas, pois lançavam nomes e motivos supostamente atribuídos aos desquites e crimes ocorridos, e, consequentemente, aumentavam a repercussão e o clamor popular, além de outros desdobramentos. [9]

De outro modo, alguns cronistas atacaram, naquela época, a impunidade dos criminosos passionais, como os que matavam por motivo de paixão, ciúmes, infidelidade, etc. Nesse sentido, cita-se Lima Barreto (1881-1922)[10] que foi um dos primeiros a se opor à absolvição ou à suave

[6] Magali Engel (2005, p.65-66) explica que no Brasil dos tempos do Império, o adultério passou a ser punido pelo Código Criminal de 1830. Assim, a esposa adúltera poderia cumprir pena de prisão (um a três anos), com trabalhos forçados. De outro modo, somente o marido que possuísse concubina "teúda e manteúda" – ou seja, que mantivesse publicamente relações estáveis - seria punido com a mesma sentença. E aqueles que provassem ter cometido o homicídio "sem conhecimento do mal" nem "a intenção de o praticar", ou que fossem considerados "loucos de todo o gênero", poderiam ser absolvidos. E, após a Proclamação da República, o Código Penal de 1890 abriu a possibilidade (artigo 27) de absolver, ou amenizar as penas dos acusados de crimes passionais, usando o argumento da privação dos sentidos ou da inteligência durante o crime. A defesa buscava provar eu eram irresponsáveis por seus atos porque haviam agido sob os impulsos da "duradoura paixão" ou da "súbita emoção". Assim, concedia-se um papel decisivo no tribunal às correntes da medicina mental que conferiam aos estados emocionais e passionais o status de obsessão, uma espécie de loucura que poderia atingir indivíduos considerados sãos.

[7] O motivo a partir do qual seria possível caracterizar o crime e determinar a índole dos criminosos assumia uma importância crucial para a absolvição, condenação e fixação das penas. E era esse tipo de enfoque que embasava a opinião mais indulgente de alguns cronistas em relação aos acusados de crimes passionais (ENGEL, 2005, p.67).

[8] Ainda, destaca-se que, "numa época em que o preconceito punha a mulher desquitada no mesmo patamar das prostitutas, um caso banal de separação motivou um dos crimes mais clamorosos da primeira metade do século XX, no Rio de Janeiro: o assassinato do desenhista Roberto Rodrigues, irmão do futuro dramaturgo Nelson Rodrigues" (ENGEL, 2005, p.66).

[9] Destaca-se a seguinte frase publicada em jornal do Rio de Janeiro, em 1929: "Será o conhecido radiologista Dr. João de Abreu o causador direto da dissolução do lar daquele seu ilustre colega?" (ENGEL, 2005, p.66).

[10] No contexto, o "defensor do divórcio e crítico do casamento, Lima Barreto acusa as feministas de não lutarem contra essa ordem, que tende a se perpetuar entre nós, aviltando a mulher, rebaixando-a ao estado social da barbárie medieval, de quase escrava" (ENGEL, 2005, p.66).

condenação dos maridos que matavam suas esposas, considerava aqueles costumes como sendo "selvagens e 'bárbaros" (ENGEL, 2005, p.66).

Enquanto fonte de informação, a mídia possui papel significativo na determinação do medo do crime. Ela dramatiza, bem como sensacionaliza, amplia e valoriza certos tipos de crime, o que contribui (e/ou promove realmente) para a comoção social (BORGES, 2011, p.73).

Também sobre pânico e representações midiáticas destaca-se outro episódio que, apesar de algumas vezes divertidas, mas na maioria das vezes imprudentes, as representações de *A guerra dos mundos* chamam a atenção para a forte influência exercida pelos meios de comunicação.

O livro *A Guerra dos Mundos*, do escritor inglês H. G. Wells, inspirou um programa de rádio que se tornou o caso mais célebre de histeria coletiva da história. Em 30 de outubro de 1938, *Dia das Bruxas* nos Estados Unidos, o ator norte-americano Orson Welles (1915-1985), com base no referido livro, fez um programa de radio simulando uma invasão extraterrestre. A referida transmissão causou pânico em boa parte do país ao fazer muitos acreditarem que os marcianos estavam aterrissando dentro de cilindros metálicos e invadindo a Terra. Assim, a interpretação sonora do extermínio da raça humana pelos extraterrestres durante a transmissão de uma hora fez milhares de norte-americanos rezarem, chorarem e fugirem apavorados. Enquanto muitos se despediam de parentes e preveniram os vizinhos do perigo que se aproximava, outros ligaram insistentemente pedindo ambulâncias e viaturas policiais (VALIM, 2005, p.65-66).[11]

Pesquisas feitas após a transmissão do programa de Orson Welles (de 1938) apontaram que a enorme confusão causada pela transmissão estava diretamente ligada à falta de senso critico e à desinformação de setores da sociedade com baixa escolaridade (VALIM, 2005, p.69).[12]

As invasões marcianas também fizeram sucesso no Brasil. E entre as experiências que resultaram em confusões e temor, as mais curiosas são a de Caratinga (Minas Gerais) e a de São Luís (Maranhão). Em 1954 um radiotelegrafista de Caratinga transmitiu durante quase uma hora a mensagem "urgente" informando que um disco voador havia aterrissado a cidade. Também foi narrada a situação de pânico na cidade que estaria sendo invadida pelos marcianos. E, também em São Luís, o programa radiofônico, no ano de 1971, ocasionou pânico na cidade (VALIM, 2005, p.67).

Conforme relatos na literatura, inúmeras invasões marcianas foram representadas ao redor do mundo, levando milhares de pessoas a acreditar que a humanidade estava de fato sendo exterminada. E a partir delas é possível verificar que, o impacto social de tais representações foi expressivo, com destaque para a influência dos meios de comunicação na formação de opinião das pessoas.

Percebe-se que nos exemplos colecionados acima a mídia desencadeou pânico, medo e manifestações nas populações. E sobre o medo, trata-se de uma reação a uma crença, que pode se manifestar individualmente ou se forma coletiva. O medo sempre existiu e já foi usado como instrumento de manipulação para opressão e intimidação (BORGES, 2011).

---

[11] A invasão dos marcianos e a sua falta de anticorpos se relacionavam a um questionamento da civilização e do imperialismo inglês do século XIX. A cruel dominação dos invasores, os quais se alimentavam de sangue humano, matavam sem necessidade e transformavam tudo ao seu alcance em cinzas, é uma alusão à destruição da natureza e aos genocídios praticados pela política colonialista (VALIM, 2005, p.65).

[12] Destaca-se: "Podemos considerar, por outro lado, que o impacto não apenas do programa transmitido nos EUA, mas também no Brasil, está intimamente ligado ao seu realismo, somado ao prestigio dos locutores, à linguagem utilizada e, sobretudo à aceitação do radio como um veículo de notícias importantes e verossímeis. [...] As repetidas invasões alienígenas imaginadas com tanta criatividade revelam a importância de sabermos discernir o que ouvimos em nossos rádios ou assistimos em nossos televisores. Além disso, um pouco de ceticismo pode evitar que saiamos de nossas casas pedindo ajuda, apavorados, ao ouvirmos o aviso: *Os marcianos estão chegando*" (VALIM, 2005, p.69).

Para o autor Doriam Borges (2011) o medo sempre existiu e já foi usado, inclusive, como instrumento de manipulação, por meio da opressão e da intimidação (aterrorizadas, as pessoas se tornam reféns de outras, e, inclusive, muitos povos foram escravizados ou dominados por conta disso).

O medo pode ser definido, conforme Borges (2011), como uma reação à crença, a qual é construída socialmente, com uma função descritiva das relações que ocorrem na sociedade, e pode se manifestar de forma mais ou menos intensa diante de um perigo real ou imaginário.[13]

Destaca-se que, em geral, não se sabe o que é "medo do crime", ou o que é a percepção do risco de vitimização de um crime, e, inclusive, até o método empregado para mensurar o medo do crime pode revelar-se inconsistente. Ou seja, existem diferentes conceituações para o medo do crime, bem como variados fatores explicativos para o fenômeno.[14]

A literatura sobre o medo do crime tem desenvolvido uma perspectiva psicológica da relação entre aspectos emocionais e cognitivos. Ferraro (1995) descobriu que as avaliações pessoais são importantes preditores do medo, segundo o impacto do ambiente e a percepção dos símbolos associados ao crime (BORGES, 2011, p.76). E outro aspecto sobre a psicologia do risco é a sensação pessoal de vulnerabilidade de se tornar vitima de crime.[15]

Para Warr (1987), diferentes percepções das consequências de vitimização constituem sensibilidades de risco. E a percepção sobre determinada ofensa combinada com a probabilidade de que ocorra é um forte preditor do medo (BORGES, 2011, p.76-77).[16]

Para Roché (1996), por exemplo, o medo do crime está associado ao aumento da desordem social, marcada pela incivilidade e pelo crescimento da violência urbana, e acredita que a elevação do sentimento de insegurança demonstra o enfraquecimento do controle social, de maneira que o medo do crime acaba sendo resultado da crescente dependência da sociedade em relação à proteção oferecida pelo Estado e do enfraquecimento das redes locais de coesão social.

As autoras Dammert e Malone (2003) entendem o medo do crime não apenas como uma série de características individuais ou estruturais, mas como a manifestação de um conjunto de inseguranças, incluindo as relacionadas à economia, à política e a outras questões sociais. As referidas autoras acreditam que tais inseguranças estão por detrás do aumento do medo do crime, já que permitem que as pessoas definam um potencial inimigo – o temível estranho, o excluído. Entretanto, a criminalização do outro (Garland, 1996) torna obscura a real natureza do medo do crime e diminui a importância de outras inseguranças na vida dos cidadãos, e o crime acaba sendo um ‘bode expiatório’ de todo os tipos de insegurança (BORGES, 2011, p.76).

---

[13] O autor considera, ainda, que pode haver medos universais e que as pessoas podem estar predispostas geneticamente a alguns tipos de medo, mas que também há medos específicos que podem ser originados por vivências. Todas as pessoas estão suscetíveis ao medo, mas de formas diferentes, já que as crenças são diferentes. Uma pesquisa apresentada por Borges (2011) mostrou quatro grandes grupos de representações sociais do medo em adultos: saúde (Aids, morte, doença, dor e sangue), entidades sobrenaturais (diabo, fantasma, bruxa, feitiçaria e escuro), violência social (menino de rua, sequestro, violência sexual, assaltante e desemprego) e abandono (solidão, separação e velhice). Também foi verificado o medo de acidente (acidente de trânsito, dor e polícia).

[14] A teoria de Ferraro (1995) apresenta modelo genérico do medo do crime baseado na interpretação do risco. O autor apontou o eixo Ecológico (Macro) com traços de comunidade e prevalência do crime, e, também, o eixo Pessoal (Micro), explorando características pessoais, vitimização, traços de residência (BORGES, 2011, p.75).

[15] Destaca-se esquema de vulnerabilidade (Killias), com três dimensões para a produção do medo, quais sejam: exposição do risco; antecipação de consequências sérias, perda de controle (BORGES, 2011).

[16] Alguns autores argumentam que as pesquisas sobre o medo do crime se concentram, na sua grande maioria, em variáveis sociológicas, ignorando os fatores ligados à psicologia e à psicologia social para explicar o medo do crime. Nessa perspectiva, pesquisadores e estudiosos nas áreas de psicologia e psicologia social desenvolveram um Modelo de Psicologia Social para estudar o medo do crime (BORGES, 2011, p.77).

O controle social formal e informal pode produzir o sentimento de segurança. Quando o controle é percebido, as pessoas se sentem mais seguras; caso contrário, quando não há controle social ou este não é percebido, as pessoas tendem a ficar mais inseguras naquele ambiente (BORGES, 2011, p.74).

Douglas (1992) observava que parte da pesquisa antropológica indica que os indivíduos quando se veem forçados a calcular a probabilidade de um evento que comporta graves consequências, embebem-se nas suposições e orientações adquiridas culturalmente (BORGES, 2011, p.68).

Existem percepções públicas de risco do crime, tais como sinais de desagregação na vizinhança e na deterioração do controle social. A incivilidade produz chances de vitimização, tais como ambientes urbanos com pouca iluminação, edifícios mal conservados, vandalismo, grafites, etc.

Determinados comportamentos podem fomentar percepções de risco do crime, tais como desordens sociais e físicas, o que são considerados fatores de investigação do medo do crime. Destacam-se ruas abandonadas, vazias, com poluição sonora, com poucas pessoas num determinado local, etc.[17]

Considerando o modo como essas crenças e interpretações formam a ameaça de vitimização, as incivilidades fornecem informações ecológicas que moldam as percepções de vitimização. Além disso, áreas que têm reputação de alta incidência de crime ou de pobreza são tratadas como sinais de potenciais situações de perigo. As pessoas reagem de diferentes maneiras à percepção de situações de perigo. Para o autor, o medo é uma resposta ao perigo percebido (BORGES, 2011, p.75).

Diferentes crenças podem despertar distintas reações emocionais, entre elas, o medo. O modelo de crenças de perigo está ligado a cinco crenças que é associada a algumas ações que estimulam uma reação emocional do medo, conforme a seguir:

> (1) Crença de que é um alvo atrativo: Pelo que pode render ao ofensor(financeiro atrativos físicos como mulheres com medo de sofrer violência sexual) e vulnerabilidade percebida (mulheres e idosos).
> (2) Crença de que ambiente é perigos: Este aspecto remete às características físicas e sociais, pela experiência direta ou indireta, pelo que é dito pela mídia, amigos ou familiares.
> (3) Crença de que há muita criminalidade e violência: O fato de as pessoas acreditarem que há muita violência faz com que se sintam em perigo, já que para elas é alta (grande) a incidência da criminalidade.
> (4) Crença de que se está desprotegido: Falta de confiança no Estado, Instituições de segurança e/ou ausência de um guardião (policial, transeunte, circuito fechado) faz com que as pessoas se sintam desprotegidas.
> (5) Crença na presença de um potencial ofensor: As pessoas acreditam que determinadas características são capazes de identificar um ofensor. Desse modo, quando o indivíduo está na presença dessa pessoa com algumas dessas características, logo, sente-se insegura.

A ideia do Modelo de Crenças de Perigo se refere à construção de crenças de que alguma coisa ou alguém é perigoso, o que, por sua vez, acionará o medo do crime, a insegurança e a percepção de risco. Assim, o crime e a violência não podem ser sinônimos de medo ou vice versa. O ‘medo' diz respeito a uma emoção, enquanto a violência diz respeito ao ato e à ação (Baierl, 2004) que podem gerar o medo nas pessoas. (BORGES, 2011, p.80).

[17] Goffman (1971) expõe sinais de perigo potencial por meio de três abordagens: medo do desconhecido, pontos escuros (baixo controle social) e a presença de outros.

A perspectiva do Modelo de Crenças de Perigo parte do mesmo princípio de Ferraro (1995), em que o medo do crime é uma resposta emocional a símbolos que as pessoas associam ao crime. Essa associação é a crença de que certos símbolos representam o crime ou que podem gerar perigo para o indivíduo. Essas crenças são desenvolvidas durante a vida a partir de interações, relações e experiências sociais que fazem com que algo seja percebido como perigoso (BORGES, 2011, p.80-81).

A relação entre crenças de perigo tem como perspectivas teóricas a experiência de vitimização direta ou indireta, influência da mídia, troca de informações entre vizinhança e estigmatização de grupos sociais. Além dos fatores sociológicos, crenças de perigo também se utilizam de fatores da psicologia social, atratividade, nível de autossegurança e autoconfiança, sentimento de controle em relação ao crime e ao espaço criminalizado.

O desenvolvimento da capacidade de simbolizar permite ao indivíduo atuar no plano imaginário, inclusive no que se refere à emoção. Além de uma reação de medo, "quase" instintiva, sentida diante de um animal feroz, o homem também pode sentir medo ao imaginar que, do outro lado de uma porta, há um animal ameaçador (ainda que não exista animal nenhum atrás da porta). Tais situações mostram que o motivo do medo pode ser imaginário, mas o medo é real (BORGES, 2011, p.80).

O medo, as crenças, o pânico moral e as representações midiáticas provocam reações na sociedade. A dona de casa Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos, foi morta depois de ser agredida por dezenas de pessoas no Guarujá, litoral de São Paulo. O crime foi motivado por uma página do Facebook, que divulgou uma imagem de um retrato-falado de uma mulher que os moradores confundiram com Fabiane.

Para o sociólogo José de Souza Martins[18], "aqueles setores da mídia que têm optado pela transformação do crime e da repressão em espetáculo têm contribuído para a difusão da *vendetta* popular". Ainda afirma que no Brasil, no geral, a mídia não se preocupa com um balanço equilibrado do noticiário. É raro que o noticiário de rádio e tevê dê algum destaque a êxitos e conquistas do povo brasileiro, na universidade, nas artes, nas fábricas, na literatura (Revista Fórum, 2015).

Incluindo no justiçamento pela sociedade civil está o linchamento é uma modalidade de violência coletiva, de multidão, socialmente autodefensiva (MARTINS, 2015)[19].

[18] Um dos maiores especialistas no estudo de linchamentos no país, o sociólogo José de Souza Martins acumula três décadas de pesquisa sobre o tema. Para ele a repercussão é apenas de alguns casos de linchamento, e não de todos, e daqueles que incidem diretamente sobre o imaginário brasileiro, sobre aquilo que mais nos incomoda, que é a herança da escravidão. Os dois casos de maior repercussão nos últimos tempos são os de negros amarrados a um poste, um deles morto (no Maranhão); outro, ferido (no Rio de Janeiro). Os dados que colhi e analisei em meu livro *Linchamentos – A justiça popular no Brasil* indica que tem havido aumento no número de ocorrências. A pesquisa sugere que por trás dessa modalidade de violência está a insegurança e o medo (REVISTA FÓRUM, 2015).

[19] De acordo com o livro *Linchamentos – A justiça popular no Brasil*, do sociólogo José de Souza Martins (leia a entrevista abaixo), o país assiste, em média, a uma tentativa de linchamento por dia. Nos últimos 60 anos, mais de 1 milhão de brasileiros já participou de um ato assim. Os números mostram que a prática se tornou um componente da realidade social brasileira, deixando de se apresentar como atitudes isoladas. O levantamento revelou casos concentrados principalmente entre 1945 e 1998. Desses, 2.579 indivíduos foram alcançados por tentativas e linchamentos consumados e apenas 1.150 (44,6%) foram salvos. Outros 1.221 (47,3%) foram vítimas da fúria popular, espancados, atacados a pauladas, pedradas, pontapés e socos, até casos extremos de extração dos olhos, extirpação das orelhas e castração. Entre eles, 782 (64%) foram mortos e 439 (36%) feridos, segundo mostra o estudo. Com a inexistência de dados oficiais sobre o tema, o monitoramento foi realizado com a ajuda das notícias divulgadas pela imprensa, o que sugere que os números podem ser ainda maiores. A pesquisadora chama a atenção, ainda, para o perfil das vítimas de linchamento no Brasil. As estatísticas apontam que a maioria é jovem (45% tinham entre 15 e 29 anos), do sexo masculino (95%) e pertencente a camadas populares (desempregados e trabalhadores de baixa qualificação), moradores de áreas periféricas. (Revista Fórum, 2015).

> O linchador lincha em defesa da sociedade, que ele julga ameaçada. Raramente a polícia consegue prender todos ou mesmo a maioria dos participantes de um linchamento. Num caso de morte, além do mais, nunca é uma única pessoa a responsável pelo homicídio. Cada participante é, quando muito, autor de umas poucas agressões, como um pontapé ou uma pedrada. Aos poucos presos e processados, geralmente pais de família, é pouco provável que se possa atribuir a responsabilidade pela morte do linchado. Como é crime julgado pelo júri, constituído de pessoas em quase tudo semelhantes aos linchadores, é pouco provável que os condene (MARTINS, 2015).

O caso de 'justiçamento' mencionado no presente trabalho representa mais um caso dentre tantos outros, em que a própria população reage e, conjuntamente, procede à punição, com suas próprias mãos, à suposta criminosa. Nesses casos a mídia (seja ela tradicional- jornais, televisão, rádio, ou através das novas mídias como *internet*, redes sociais, *etc*.) colabora para tais práticas de 'justiçamento', uma vez que divulga informações e, muitas vezes, provoca pânico moral e instiga (e incita) à violência.[20]

4 Considerações Finais

O presente trabalho desenvolveu a temática de 'justiçamento' pela sociedade, dialogando com diversos questões, tais como as formas punitivas, as representações midiáticas de risco e perigo, o crime, a cultura do medo, as representações e crenças, dentre outras.

Percebe-se que o preconceito nasce da falta de compreensão sobre aquilo que se fala, pensa e acredita ser verdade ou correto. E entre as mais variadas gerações ocorreram mitos, fábulas, crenças, senso comum que muitas vezes desconsidera outros aspectos da realidade e contra tudo que não se enquadra nos padrões vigentes.

É importante considerar as construções simbólicas, crenças e repercussões que surgem sobre os grupos como minorias étnicas, negros, mulheres, pardos, pobres, etc. Isso porque ainda prolifera o preconceito, a discriminação, os estigmas, dentre outros discursos que ainda presentes propiciam à violência, ao medo, ao pânico, ao controle social por meio do crime, *etc.*

O presente trabalho abordou o crime ocorrido contra uma dona de casa de São Paulo (2014), a qual foi vítima de espancamento pela própria comunidade do bairro onde residia com a sua família.

A vítima sequer foi ouvida pelos moradores, e, ao mesmo tempo em que fora espancada, outros vizinhos filmaram o ato, e outros apenas assistiram, sem ao menos impedir a tamanha brutalidade do ato.

Os casos de justiçamento pela sociedade civil têm diversos fatores, como a crise de representatividade das instituições públicas, a impunidade, a falta de políticas públicas, dentre outras, o que faz com que a população decida fazer justiça com as próprias mãos. Ainda, a lacuna

[20] Para a pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo (USP), Ariadne Natal, alguns setores da mídia têm um papel de destaque na perpetuação desse comportamento. Segundo ela, apesar de fazerem uma cobertura diária da situação da segurança pública no país, a abordagem se atém à exploração de tragédias e não discute com profundidade os caminhos a serem tomados para a superação dos problemas (Revista Fórum, 2015).

deixada pelo Estado leva à sensação de insegurança e faz com que os cidadãos se sintam responsáveis por restabelecer a ordem que julgam estar ameaçada.

Importante é refletir sobre o significado social que as práticas produzem, como o recente considerado/suposto estupro coletivo no Rio de Janeiro (2016), bem como casos de vítimas de 'justiçamento' pela sociedade civil, dentre outros.

Cabe refletir sobre o papel da mídia na produção dos medos, do pânico, na comunicação de valores e de significados, *etc.*. O medo é racionalizado (o que podemos pensar numa perspectiva weberiana) para o controle da população. Quando se fala em mídia, na atualidade é preciso considerar as diversas mídias, não apenas a tradicional – jornal, rádio, televisão, como também as novas mídias eu possuem grande potencial de disseminação de informação, como a utilização da internet, com as redes sociais, etc.

Compreender o sistema simbólico é importante. Pensar o sentido que a pessoa dá à significação (que é á a voz do diabo, por exemplo), ou a voz à ação. O que ocorreu no caso do espancamento coletivo não foi à descoberta da verdade, mas sim, a direta condenação (violenta) pela própria comunidade.

Conforme a abordagem teórica do trabalho nós podemos pensar em questões como a punição através de violência e sofrimento, remetendo à forma pela qual essas questões se reorganizam com o decorrer do tempo, de modo que a punição restou afastada dos olhos das pessoas (de modo geral). Verifica-se, a partir disso, a diferenciação entre nós e eles. Ainda, o fundamento das práticas punitivas não é ideológico (essencialmente) e sim como meio para servir a algo.

O atual modelo político-jurídico, que já não atende mais a realidade social, resulta na sensação de impunidade e descrédito. Daí advém o sentimento de ter que agir por conta própria, como forma de estabelecer o justo. Não se trata de ausência do Estado, o poder público pode até estar agindo, porém a sua ação tem eficácia limitada pelos limites da cultura jurídica e política.

Diante de casos de 'justiçamentos' pela sociedade, e diante do atual sistema penal, de modo geral, é necessário combater a mentalidade punitiva e primar pela democracia, com reformas estruturais, como no Poder Judiciário e no sistema penal, bem como fomentar diálogos com espaços que promovam o debate democrático e programas de políticas públicas.

Referências

BORGES, Doriam. *O medo do crime na cidade do Rio de Janeiro:* uma análise sob a perspectiva das crenças de perigo. Curitiba: Appris, 2011.

Brasil. *Revista Fórum*. "*Justiceiros": A antidemocracia travestida de justiça.* (publicação de 2014). Disponível em:<http://www.revistaforum.com.br/digital/138/justiceiros-antidemocracia-travestida-de-justica/>. Acesso: 10 abril.2017.

_____. *Linchamentos no Brasil e a naturalização da barbárie.* (publicação de 20/07/2015). Disponível em <http://www.revistaforum.com.br/2015/07/20/semanal-linchamentos-no-brasil-e-a-naturalizacao-da-barbarie/>. Acesso: 10 abril.2017.

ELIAS, Nobert. *O processo civilizador.* Volume 1: Uma história dos costumes. Rio de Janeiro: Zahar Editor,1993.

ENGEL, Magali Gouveia. *Paixão e morte na virada do século:* Escândalos de violência passional proliferam nas páginas dos jornais cariocas e entram na mira dos principais cronistas na então capital do país. (pp.64-67). *In. Nossa H,* Rio de Janeiro, maio 2005.

FORACCHI, Marialice M; MASTINS, José de Souza. *Sociologia e sociedade:* leituras de introdução à sociologia. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Os Anormais - Curso no Collège de France* (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O Suplício.* In: *Vigiar e Punir*. 21 ed. Petrópolis: Vozes, 1975/1999.

_____. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle:* crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan/ICCrim, 2008.

Portal G1. Mulher morta após boato em rede social é enterrada em Guarujá, SP. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-morta-apos-boato-em-rede-social-e-enterrada-nao-vou-aguentar.html>. Acesso: 20.abril.2017.

Portal Tecnomundo. Portal de notícias digitais: *Tecnomundo.* Caso Fabiane: projeto de Lei quer punir quem divulga mentiras na internet. Disponível em <http://www.tecmundo.com.br/projeto-de-lei/54587-caso-fabiane-projeto-lei-quer-punir-divulga-mentiras-internet.htm>. Acesso: 20.abril.2017.

RICHARDS, Jeffrey. *Sexo, Desvio e Danação:* as minorias na Idade Média. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos Cesar. *A contribuição de David Garland à sociologia da punição*, Tempo Social: *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, volume 13, número 1, (pp.185-201).

VALIM, Alexandre Busko. *Os marcianos estão chegando:* Extraterrestres assassinos retratados em *A guerra dos mundos*, o famoso livro de H.G.Wells, já mobilizaram autoridades e provocaram pânico no Brasil (pp.64-69). *In. Nossa H,* Rio de Janeiro, out. 2005.

O PODER SOBERANO E SEUS INIMIGOS: A FUNDAÇÃO DO PODER COERCITIVO DO ESTADO NOS DISPOSITIVOS DE EXCEÇÃO E SEU NEXO COM A DEFINIÇÃO POLÍTICA DO "INIMIGO"

Rodrigo Luz Peixoto,
Mestre em Direito pela UFRGS,
aluno de Doutorado no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS;
rodrigo.luz.peixoto@gmail.com.

Resumo:

O presente trabalho versa sobre o problema de como o Estado fundamenta sua coerção sobre os sujeitos. Como o fundamento do poder coercitivo sempre depende de uma forma de Soberania, que é paradoxal como argumenta Agamben, existe um nexo inevitável com uma política orientada a declaração de "inimigos" a serem excluídos. Por isso, a lógica política do inimigo atinge todo o paradigma do Estado soberano, além do Direito Penal, afetando todo o Direito e a própria política de Estado. A hipótese é de que o Estado é por isso incapaz de restringir a expansão da política (e do Direito Penal) do Inimigo, resultando em uma aporia entre poder coercitivo estatal e Direitos Fundamentais, em que estes estão continuamente sob risco. Logo, se demanda uma compreensão do fenômeno estatal baseada em uma sociologia política que corresponda à identificação dessa aporia.

Palavras-chave: Estado de Exceção. Direito Penal do Inimigo. Soberania;

1 Introdução

O tema do presente trabalho é a 'soberania', enquanto conceito construído discursivamente, por meio do qual o Estado busca apresentar alguma legitimidade para o seu monopólio coerção.

Se pretende analisar as implicações do conceito de soberania, para compreender certos aspectos da coerção estatal. A hipótese é de que a soberania do Estado está inevitavelmente vinculada a estruturação de uma política que aponta determinados sujeitos como inimigos, de modo que a estrutura do dito Direito Penal do Inimigo tem correspondentes análogas fora do Direito Penal, nos outros ramos do Direito estatal, e até mesmo permeando toda a lógica do Estado. Com base nisso, se busca propor a necessidade de uma nova abordagem nos estudos sobre o Direito enquanto objeto social, a qual deve levar em conta esses reflexos da estrutura da soberania do Estado.

2 A Soberania como Elemento Simbólico na Definição de Estado

A existência do Estado enquanto fenômeno social é evidente. Ainda que com diferentes definições, a existência de Estados não está em questão. Para melhor delimitar a questão, pode-se partir do conceito weberiano de Estado, que se tornou lugar comum, particularmente entre os juristas: "(...) devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana que,

dentro dos limites de determinado território (...) reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física"* (WEBER, 2011, p. 66–67). Para os fins deste trabalho, cabe destacar o elemento da legitimidade presente nesta definição. Quer dizer, o Estado não se contenta em reivindicar o monopólio da violência, mas também reivindica legitimidade para essa violência, por definição. Toda forma de poder busca apresentar sua sociodiceia, isto é, uma explicação e justificação daquele poder:

> Nenhum poder pode se contentar com existir enquanto poder, enquanto força nua, desprovida de significação, em suma, com ser arbitrário, e deve, pois, justificar sua existência, e existir como existe, ou ao menos fazer com que se desconheça o arbitrário que reside em seu fundamento e conseguir, com isso, com que se reconheça-o como legítimo (BOURDIEU, 2013, p. 370).

Ou seja, a busca de uma justificação discursiva (ou melhor, simbólica) é inerente ao Estado definido enquanto estrutura de poder. Nesse sentido, além de reivindicar os meios de violência física, o Estado também reivindica os meios de violência simbólica, por meio do qual exerce essa parte do trabalho de dominação, na qual está presente a justificação da coerção estatal. Ou seja, o Estado se situa enquanto tal na medida em que invoca não apenas o monopólio da violência física legítima, mas também da violência simbólica legitima (BOURDIEU, 2014, p. 27–28).

A partir dessa concepção preliminar de Estado, podemos passar a delinear a compreensão do conceito de soberania. Conceito que tem variadas definições, quase todas as principais definições da ideia de soberania revolvem ao redor da legitimidade para mobilizar o aparato estatal de violência. Em algumas situações, a discussão da soberania se foca na disputa entre os poderes que formam o Estado pela superioridade na dominação do Estado. Em outras, a questão soberania se coloca no sentido de como o Estado é soberano. É essa segunda questão de soberania que interessa abordar aqui, e que equivale ao problema da "legitimidade" do monopólio na definição de Estado anteriormente elencado. Isto é, a questão da soberania do Estado enquanto elemento simbólico nos argumentos mobilizados para justificar a violência do Estado.

Assim, pode-se propor a compreensão do conceito de soberania enquanto elemento simbólico da própria definição de Estado. Com essa concepção, compreender a gênese do conceito de soberania é necessário para compreender os discursos jurídicos, filosóficos e políticos que ordenam a justificação possível para o campo do Estado e que, por sua vez, limitam as próprias possibilidades de estruturação do campo estatal. Deste modo, se impõe elencar uma breve arqueologia da Soberania, enquanto conceito jusfilosófico.

3 A Gênese da Soberania

Ainda que o termo seja mais antigo, as primeiras formulações sistemáticas e impactantes do conceito de Soberania podem ser situadas no contexto da formação dos Estados Modernos na Europa do século XVI ao XVII. Anteriormente, na Idade Média, a ideia de soberania não está presente de maneira tão marcante nos discursos de justificação do poder, pois não há nenhum poder com monopólio da violência, havendo antes uma descentralização. Também, na Idade Média, a justificação do poder se dava pela naturalização da ordem de dominação como algo preexistente e estático, através do Direito Natural teológico que caracteriza essa estrutura. A soberania não poderia

ter espaço nessa formulação medieval da relação entre Direito e poder político, que pode ser expressa sinteticamente do seguinte modo:

> O grande imperativo da Idade Média é: obedece ao direito! Não diz: obedece ao rei! Se o rei viola o direito, não existe nenhum dever de acatar o mandato do rei. O rei, assim como os cidadãos, está acorrentado ao direito. O direito é o grande ordenamento divino e humano que domina a existência com sua coação (FEHR, 1949, p. 7).[21]

As categorias estruturadas nesse debate têm até a atualidade grandes impactos, uma vez que fazem parte não só da tradição de saber-poder dos Estados europeus nos quais foram criadas, mas também foram transplantadas aos Estados impactados pela expansão colonial destes Estados europeus (por exemplo, Brasil em relação a Portugal). Nesse contexto da Europa do século XVI, se destacam os escritos de Thomas Hobbes e de Jean Bodin, com grande desenvolvimento da ideia de Soberania nos seus respectivos sistemas mais amplos de Filosofia.

A formulação de Bodin para a Soberania pode ser encontrada na obra dos *Seis Livros da República*, publicado em 1579. A Soberania, para Bodin, é o "poder absoluto e perpétuo de uma República" (BODIN, 1579, p. 85).[22]
é derivada de uma teologia política, em que uma hierarquia natural deduzida da Bíblia estabelece o Príncipe acima de todas as coisas, pois acima dele estaria apenas Deus (BODIN, 1579, p. 147). Assim, a operação discursiva de Bodin consiste em transferir, por meio desse argumento, a legitimidade simbólica atribuída a Deus no campo religioso cristão, então dominante, para o poder político temporal do monarca. No caso da teoria da soberania de Bodin, a sociodiceia[23] do Estado é não apenas análoga a teodiceia religiosa, mas literalmente deduzida desta. O elemento essencial da Soberania, para Bodin, é que o Soberano não está submetido a nenhuma lei (humana), pois a submissão a lei ou a comandos de outrem sugere a condição de súdito, incompatível com a soberania (BODIN, 1579, p. 149). A Soberania nessa definição está sempre acima da lei. Assim, a marca da soberania é o poder de legislar, de fazer leis sem obedecer a nenhuma restrição superior de outro poder, e esta marca contém todos os demais aspectos da soberania (BODIN, 1579, p. 154–155). O exercício de poderes (de legislar, de julgar, etc.), não é visto como marca da soberania, pois podem ser exercidos também por súditos, se transferidos pelo Soberano (BODIN, 1579, p. 149–151). Assim, podemos estabelecer que a Soberania, conforme construída por Bodin, é a legitimação do direito do Soberano (ou seja, da autoridade mais alta em um Estado), de estabelecer o Direito de maneira vinculante, sem que o Soberano esteja obrigado por nenhuma lei.

A formulação de Hobbes para a Soberania é um tanto diferente, e pode ser encontrada principalmente em duas obras, os *Elementos de Lei Natural e Política*[24] e o *Leviatã.*[25] A soberania surge da necessidade de garantir a segurança, a qual é a finalidade do pacto social, isto é, os poderes do Soberano surgem para que ele possa impedir que violência seja infringida por outrem contra aqueles que entregam seu direito natural no pacto social (HOBBES, 1640, p. 89, 1651, p. 112–113). O poder de coerção surge da necessidade de garantir os pactos ("*covenants*") que fazem a

[21] *"El gran imperativo de la Edad Media es: ¡Obedece el derecho! No dice: ¡Obedece al rey! Si el rey quebranta el derecho, no existe deber alguno de acatar el mandato del rey. El rey, lo mismo que los ciudadanos, está encadenado al derecho. El derecho es el gran ordenamiento divino y humano que domina la existencia con su coacción".*

[22] "*Republica*", derivada do latim, significa apenas comunidade política no vocabulário da época, podendo ser ou não uma monarquia.

[23] O conceito de sociodiceia é usado aqui e ao longo desse trabalho no sentido anteriormente referido, como justificação que os sujeitos dão ao poder. Esse uso é similar aquele dado por Bourdieu, como já foi anteriormente esclarecido.

[24] "*Elements of Law Natural and Politic*", publicado em 1640.

[25] "*Leviathan"*, publicado em 1651

comunidade política (*"commonwealth"*), pois entende que a maioria homens só se governam pelo medo (HOBBES, 1640, p. 89). Assim, a Soberania em Hobbes tem várias marcas, todas definidas de acordo com essa função do Soberano de garantir a segurança do pacto social através da coerção: o poder de coerção, o poder de combater inimigos externos, o poder de julgar, o poder de legislar, o poder de nomear funcionários para exercer quaisquer dessas funções, e a impunidade total do Soberano, que não pode ser punido ou destruído (HOBBES, 1640, p. 89–91, 1651, p. 114–119).[26] É um poder absoluto e indivisível (HOBBES, 1640, p. 91–92). A justificação desse poder de coerção contido na Soberania está na ideia de pacto social, que afirma que os homens em estado de natureza teriam um direito natural absoluto de fazer tudo que quisessem, mas que esse direito é transferido por todos para possibilitar a passagem ao estado civil, criando o Soberano nessa transferência de direitos, incluindo o direito de resistir à coerção (HOBBES, 1640, p. 82–89). Significa, portanto, que a Soberania surge, para Hobbes, da própria configuração do Estado. Estado e Soberania se legitimam a partir do contraste com o estado de natureza, condição de vida "solitária, pobre, desagradável, bruta e breve" (HOBBES, 1651, p. 81), sendo que a Soberania tem legitimidade porque se entende como delegada pela comunidade política (HOBBES, 1651, p. 113).

Assim, é na gênese da teoria da Soberania na Europa do Século XVI que se constrói o discurso de justificação do Estado como monopólio da violência. Anteriormente, no período medieval, o Estado não poderia evocar tal monopólio, pois o poder era fragmentado entre unidades menores, e mantido por uma estrutura jurídica mais desorganizada. Com a teoria da Soberania, o exercício do poder político na Europa se hierarquiza, submetendo todo o poder político ao Soberano, isto é, a uma pessoa jurídica artificial estabelecida como autoridade suprema. Diferentes formas de justificação podem ser encontradas. Em Bodin, a tônica do discurso ainda é a ideia de Direito Natural religioso, com a teologia política no lugar de destaque. Já em Hobbes, a ascensão do capital político estatal sobre o capital religioso, no campo do poder, se reflete no predomínio da justificativa política do pacto social sobre os argumentos religiosos. O contexto do período é o processo de passagem do Estado dinástico do fim do medievo para o Estado dito moderno (BOURDIEU, 2005), de modo que o paradigma da teoria da Soberania passa a refletir a situação das lutas políticas na gênese do campo do Estado.

Cabe abordar a situação da teoria da Soberania nos Estados europeus que primeiro se lançaram enquanto poderes coloniais. No caso do Estado português por exemplo, podemos apontar como um discurso paradigmático o *Tratado de Direito Natural* de Tomás António Gonzaga. O autor dessa obra, mais conhecido por sua poesia árcade, esteve envolto no período tardio da colonização portuguesa do Brasil, chegando a se envolver com a Inconfidência Mineira. Apesar da atuação política inconfidente, o *Tratado* de Gonzaga revela uma visão da Soberania que não era nem um pouco limitada. Utilizando da expressão "supremo império" para se referir à situação jurídica do Soberano, diz que suas características são: "não reconhecer superioridade alguma", "não dar conta e razão de nada", "ser superior as próprias leis" e "ser sagrado" (GONZAGA, 1957, p. 102). Combinando elementos de outras teorias da Soberania precedentes, afirma a ideia de contrato social pelo qual os sujeitos buscam "se livrar das injurias que outros lhes procurem fazer" (GONZAGA, 1957, p. 98), porém entende que o poder emana imediatamente de Deus (GONZAGA, 1957, p. 101–102). Ainda que formulado de maneira muito menos academicamente estruturada que outras teorias semelhantes, o *Tratado* de Tomás Gonzaga parece ser representativo

[26] Como Hobbes vislumbra também a possibilidade de o Soberano ser uma assembleia de pessoas, na Oligarquia ou na Democracia, isso implica que uma tal assembleia soberana não pode ser dissolvida ou impedida de se reunir.

da visão de soberania que prevalecia no império colonial português de fins do século XVIII, quando foi escrito.[27]

Tampouco a teoria da Soberania se manteve limitada à primeira fase do Estado moderno. O conceito de Soberania passou a fazer parte do arcabouço jurídico filosófico do ocidente, sendo refletido em variadas visões de mundo dentro desse contexto. Também está presente no *Contrato Social* de Jean-Jacques Rousseau (ROUSSEAU, 1964, p. 116 et seq.), onde o Soberano surge como uma "pessoa moral", ou seja, uma entidade fictícia, descrita como "abstrata e coletiva", verdadeira representação da "vontade geral". A partir daí, a Soberania está adaptada a integrar com facilidade o discurso da democracia representativa que hoje predomina.

Se vê que a ideia de Soberania não é de modo algum um conceito marginal ou cronologicamente limitado nos Estados ocidentais, mas sim um elemento fortemente presente nos discursos de justificação destes. Uma expressão da teoria da Soberania que não se pode evitar de confrontar é aquela proposta por Carl Schmitt. Escrevendo no contexto da República de Weimar, às vésperas da ascensão do nazismo, Schmitt coloca em sua *Teologia Política* uma noção incomum sobre onde reside a Soberania na estrutura do Estado: "Quem controla o estado de exceção é Soberano" (SCHMITT, 1922, p. 9). A teoria de Schmitt é que o poder do estado de exceção, ao suspender o ordenamento jurídico, demonstra que aquele que detém tal poder está acima do ordenamento jurídico, sendo Soberano por isso. A centralidade do estado de exceção para a teoria da soberania de Schmitt implicava em um discurso legitimador de poder constitucionalmente ilimitado ao cargo de Presidente alemão, a quem competiam as medidas de estado de exceção pelo art. 48 Constituição de Weimar, as quais foram usadas de maneira ampla durante toda a República de Weimar. Como as medidas de exceção do artigo 48 foram utilizadas durante o nazismo como a fachada de legalidade do regime, e como o próprio Carl Schmitt veio a ser um apoiador desse regime, a teoria schmittiana da Soberania é até hoje bastante associada com a ascensão do nazismo.[28] De qualquer modo, a ideia de Soberania de Schmitt é reduzida ao conceito de que a norma só pode ser aplicada em uma situação de normalidade, sendo que o Soberano decide quando existe ou não essa situação, de modo que ele controla o ordenamento. A possibilidade de suspensão do ordenamento é sempre presente, e Schmitt reconhece que as lutas de classe colocando um estado de exceção permanente, na medida em que o Estado é instrumentalizado nessas lutas (SCHMITT, 1999, p. 49). Tendo em vista que Schmitt não acredita na possibilidade de uma sociedade sem classes, isso implica que todo o Direito está permanentemente dependente da boa vontade do Soberano que controla o estado de exceção. O que se pode notar na teoria de Schmitt é que, mesmo esta sendo um discurso justificador dos poderes de emergência, a estrutura de dominação é pouco velada, seu aspecto político de dominação social sendo colocado abertamente, por vezes.

Por fim, há que se apontar que, na teoria do Direito, existem pontos de vista que não contém a Soberania como elemento teórico, em geral a partir do juspositivismo. Isso por causa da proposta epistemológica do positivismo jurídico, de apenas descrever o Direito estatal, sem avaliar sua

[27] Ainda que não chegou a ser publicado durante a vida do autor. Apesar de não ter tido, portanto, qualquer influência na época, o *Tratado* parece bastante influenciado e representativo de uma visão do seu tempo.

[28] Ainda que o título de Presidente (*Reichspräsident*) nunca tenha sido utilizado por nenhum filiado ao partido nazista, as medidas tomadas por Paul von Hindenburg, Presidente não-partidário entre 1925-1932, foram de fato utilizadas pelos nazistas, quando estes ocuparam o governo pela escolha de Adolf Hitler ao cargo de Chanceler. Cabe observar que no contexto da *Teologia Política* de Schmitt, o presidente era Friedrich Herbert, do partido socialdemocrata, que havia colaborado com ultradireitistas para reprimir movimentos mais à esquerda, mas que também havia usado esses poderes para reprimir o *putsch* nazista de 1923. De qualquer maneira, se Schmitt não escreveu sua teoria da soberania voltado a apoiar qualquer partido, é certo que a teoria de Schmitt apoiava o uso intenso de poderes de exceção, de modo efetivamente ditatorial.

legitimidade ou correção. Como o juspositivismo já não se propõe como justificação do Direito (ou da ordem estatal), ele pode manter-se sob pressuposições em que não se questiona o fundamento do poder de coerção do Estado. Assim, a questão da legitimidade do ordenamento jurídico e de seu monopólio da violência não é colocado em questão, sendo ou ignorada ou remetida para outras disciplinas que não a teoria do Direito. Exemplos de sistemas teóricos com essa estruturação são a *Teoria Pura do Direito* de Kelsen (KELSEN, 2009, p. 215 et seq.); e o positivismo de Hart (2009, p. 67 et seq.).

O que emerge dessa brevíssima genealogia da Soberania é que este conceito foi fundamental na formação do Estado como monopólio da violência, sendo uma marca simbólica do poder de dominação que é exercido pelo Estado, até a atualidade. Também é de se notar que o elemento em comum entre as teorias da soberania é que o ordenamento jurídico sempre carece de uma autoridade capaz de aplicar coerção para garanti-lo, e que está autoridade precisa ser hierarquizada (não havendo decisões concorrentes sobre qual coerção é legítima). A noção de que o todo social se submete a uma hierarquia é própria da estrutura dos Estados europeus, especialmente na medida em que seu aspecto colonial demandou a ordenação e verticalização dessas sociedades (ZAFFARONI & OLIVEIRA, 2010, p. 6–7). Por outro lado, a existência dessa soberania justifica simultaneamente o poder de coerção e a existência do direito, pois em todas as fórmulas o elemento essencial da Soberania é a capacidade de legislar, de criar Direito válido, e de fazer valer esse Direito inclusive por meio da violência. A Soberania cria um Direito, deixando fora o que não está inscrito na legislação, mas ao mesmo tempo captura o que viola esse Direito pela violência simbólica e física. Assim, temos alguns indícios do que a Soberania significa enquanto elemento no discurso jurídico, político e filosófico. A questão é como é possível a operação da Soberania de criar uma estrutura jurídica e aplicar essa estrutura ao que nela não se encaixa?

4 Soberania, Estado de Exceção, e o "Inimigo"

Esse problema, de como a Soberania pode capturar o que está fora do ordenamento jurídico e trazer para a sua normatização, pode ser respondido pelo vínculo entre Soberania e estado de exceção. Tendo sido enunciado, primeiramente, por Schmitt como fundamento da soberania, o estado de exceção se vincula de fato com a Soberania, mas em sentido distinto. Agamben afirma que a teoria de Schmitt tenta incluir a violência anômica (não-estatal, que não tem relação com o Direito) dentro do ordenamento jurídico, e que daí deriva o conceito schmittiano de estado de exceção: este seria apenas o lugar em que se captura o que está fora do Direito (AGAMBEN, 2010, p. 106–107). Assim, Agamben vislumbra o estado de exceção sob uma nova ótica. Entende que este é um espaço onde o Direito e anomia se misturam, sendo um ponto de indistinção entre Direito e anomia (ou "estado de natureza"), desfazendo as diferenciações entre o que é possível ou não juridicamente (AGAMBEN, 2014, p. 42–45). Com isso, se pode compreender a estrutura da Soberania enquanto discurso que possibilita simbolicamente o exercício da violência estatal: o Soberano não está no ordenamento jurídico, de modo que pode ser atribuído a ele a criação do ordenamento; por outro lado, o Direito legitima o soberano, de modo que este fica resguardado dentro do ordenamento. Por meio desse espaço de indistinção topológica, quer que o Direito fundamente a si mesmo. Trata-se de um paradoxo na topologia simbólica da teoria do Direito (com sua hierarquia de normas), e que não é menos vazio do que o paradoxo do estado de exceção, onde o Direito inscreve em si a sua própria suspensão (AGAMBEN, 2010, p. 72–73), pois são o mesmo

mecanismo. Todo o Direito se forma sobre um ato de Soberania que é necessariamente vazio, e que tem no estado de exceção o seu paradigma essencial, enquanto tentativa de capturar o que lhe é essencialmente alheio.

No entanto, não é apenas o Soberano que ocupa uma posição topologicamente paradoxal no estado de exceção. Se por um lado Carl Schmitt afirmava a Soberania na decisão do estado de exceção, essa decisão tem como critério a política, nos termos que Schmitt a compreende, isto é, como uma relação de distinção entre amigo e inimigo (SCHMITT, 2014, p. 59). De fato, a noção de estado de exceção enunciada por Schmitt implica que, se é preciso criar uma situação de normalidade em que a norma seja aplicada, essa situação é criada contra todos que não se deixarem normatizar. Do mesmo modo, a ideia de pacto social contida em muitas das versões da teoria da Soberania implica uma distinção entre os que estão no pacto (súditos, cidadãos, aqueles que o Estado diz proteger) e os que são excluídos da proteção do Estado por serem ameaças àquela segurança prometida no contratualismo. Assim, a ideia de inimigo está presente de maneira destacadas nas estruturas simbólicas da Soberania mobilizadas pelo Estado na justificação de seu monopólio da violência.

A elaboração da exclusão de sujeitos demarcados como "inimigo" a partir de um discurso contratualista tem sua expressão mais evidente no Direito Penal do Inimigo. Esse fenômeno, descrito e posteriormente apoiado por Günther Jakobs, implica na existência de dois sistemas penais distintos: um voltado a punir os cidadãos, onde há a preservação de certas garantias de processo penal; e outro voltado a punir aqueles que o Estado entende serem inimigos, para os quais não há a proteção das garantias. As teorias contratualistas teriam variações distintas, entendendo todos os delinquentes como inimigo, nos exemplos de Rousseau e Fichte, ou apenas alguns delinquentes específicos, nas teorias de Hobbes e Kant (JAKOBS & MELIÁ, 2007, p. 25–30). Porém, em todas elas, há pelo menos um tipo de sujeito delinquente (no sentido de que o delito é a violação da norma) que é marcado como inimigo pelo Estado, e que em consequência deixa de ser protegido dentro do contrato social. Porém, mais uma vez se apresenta aqui um paradoxo topológico. O fundamento do poder de coerção do Estado sobre seus cidadãos (ou súditos, no linguajar mais antigo) é o necessário pertencimento destes à ordem social para o fim de assegurarem seus direitos. No entanto, ao ser punido pelo Estado, o sujeito tem seus direitos violados pelo mesmo Estado que pretendia proteger-lhe, de modo que esse tratamento como inimigo implica que ele está fora da ordem estatal. Ou seja, para fins da pena ser justificável, o sujeito a quem ela é imputada teria de estar entre aqueles cidadãos protegidos por esse estado; ao mesmo tempo em que a aplicação da pena o exclui necessariamente dessa proteção. Assim que a figura do Inimigo emerge como ao mesmo tempo similar e oposta à do Soberano na estrutura do estado de exceção. O Inimigo está dentro do ordenamento, porque a sua pena é determinada pelo Direito, mas está simultaneamente fora do ordenamento, porque não tem as proteções do Direito. Apenas por meio do dispositivo da exceção é que a pena é possível.

A formulação do Direito Penal do Inimigo em Jakobs se estrutura como uma tentativa de resguardar um "Direito Penal do Cidadão", isolando o desgaste das garantias no Direito Penal do Inimigo [ ]. Porém, mesmo o próprio Jakobs tem consciência de que Cidadão e Inimigo podem apenas ser polos ideais, e que os tratamentos se misturam na realidade, muitas vezes ocultando-se mutuamente as formas de tratamento do delito (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 21). Deste modo, na prática, há sempre um inevitável transbordamento do Direito Penal do Inimigo para o do Cidadão, com o correspondente desgaste das garantias. Ao fim e ao cabo, o dispositivo de exceção no Direito Penal do Inimigo não pode ser contido, porque deriva da estrutura simbólica não apenas do Direito Penal ou da punição criminal em si, mas sim da estrutura simbólica do próprio Estado.

O exercício da violência é parte essencial do Estado, constando de sua própria definição enquanto tal. Assim, é inevitável que o Estado pratique alguma violência contra seus cidadãos. Porém, para buscar a justificação desse poder, o Estado precisa de uma sociodiceia de si mesmo, a qual encontra na ideia de pacto social e Soberania. Isto é, o Estado se mostra simbolicamente como sendo instituído para a segurança daqueles a ele submetidos, e daí derivando seu poder sobre esses, isto é, sua Soberania. Porém, como apontou-se anteriormente, o ato de Soberania em que a sanção se concretiza é sempre paradoxal. Viola direitos a pretexto de garantir a segurança dos direitos, suspende o ordenamento com base no próprio ordenamento, etc. Assim, a estruturação dos discursos de justificação de Estado precisa do dispositivo de exceção, em que operam dois símbolos de agentes, tanto o Soberano quanto o Inimigo, ambos simultaneamente fora e dentro do Direito. O Soberano resta fora porque pode decidir sobre a existência do ordenamento e dentro porque sua autoridade é legitimada pelo ordenamento, o Inimigo é colocado fora porque é excluído da segurança do ordenamento (garantias) e dentro porque o Direito é aplicado sobre ele na forma de sanção.

Assim, não há apenas um Direito Penal do Inimigo, porque a lógica do Inimigo não está restrita ao Direito Penal. Todo Direito é em certa medida um Direito do Inimigo, na medida em que se estabelece sobre a violência estatal, na forma de dispositivos de exceção, e que as garantias que protegem o "cidadão" de ser tornado inimigo estão sempre sob ameaça e em disputa, no campo político. Podemos afirmar que há um fenômeno ainda mais geral, verdadeira "Política do Inimigo". Sob o Estado soberano, as divisões conceituais que regulam o Direito e limitam a violência àquela que seja justificável acabam sendo sempre móveis. Por sua vez, o campo onde são determinados os princípios fundamentais da divisão e distribuição social é o campo político, espaço de lutas em que está em jogo o Estado e justamente esses princípios de divisão, a esse *nomos*, que forma a percepção e expressão do mundo social (BOURDIEU, 1989, p. 165).[29] Assim, toda forma de política dentro do Estado coloca em questão a divisão, isto é, a definição de um critério normativo, dentro do qual alguns estão incluídos e outros excluídos. Essa dinâmica de inclusão e exclusão é perpassada pelo dispositivo de exceção, como demonstrado anteriormente.

O resultado é que a inclusão do sujeito como pessoa e cidadão a todo momento está em questão, sob a decisão política dentro do Estado. Que se isole o problema transferindo-o para a esfera do Direito pela positivação do mesmo, como nos Direitos Fundamentais constitucionalizados, apenas desloca o problema da inclusão-exclusão para o campo jurídico, igualmente dependente da definição de um *nomos* pela decisão que divide.

Por isso é vital que, no esforço para compreender o Estado e o Direito, tenha-se em mente a atuação desses elementos simbólicos da exclusão-divisão e do dispositivo de exceção. E principalmente, que se entenda o caráter sempre disputado das fronteiras conceituais na Política e, por conseguinte, no Direito. Daí a necessidade de se proceder a uma sociologia política baseada na ideia de campo político como espaço onde se disputa a divisão simbólica, para abordar os fenômenos jurídicos em que o dispositivo de exceção se mostra, como no Direito Penal do Inimigo, mas também em outros, como por exemplo o estado de sítio, as operações de garantia da lei e ordem, as medidas provisórias.

[29] Ainda que sempre atue uma influência do campo jurídico, que também se define pelo estabelecimento do *nomos*, do princípio de distribuição e divisão (BOURDIEU, 1989, p. 212).

5 Considerações finais

Este trabalho colocou, desde seu início, a seguinte pergunta: como o Estado fundamenta a sua coerção? Buscando responder essa pergunta, encontramos uma primeira resposta no conceito de Soberania. Procedeu-se uma genealogia, ainda que breve e simplificada, desse conceito. De fato, o fundamento simbólico colocado na construção do Estado moderno era (e ainda é) a ideia de que o Estado é soberano.

Também entra em questão como soberana a pessoa jurídica que tem o poder de definir as normas sobre o Estado: o Monarca nos Estados "absolutistas", o Ditador na teoria schmittiana ou mesmo o Povo nas várias formulações da Soberania Popular (possibilidade reconhecida por Hobbes e Bodin, e muito teorizada em Rousseau e outros pensadores contemporâneos a ele). Essa disputa pela Soberania se revelou como sendo um reflexo simbólico das estratégias de luta dos sujeitos no campo político, pelo controle do Estado.

Em seguida, apresentou-se que apenas o conceito de Soberania não basta para compreender a questão. Apontou-se as complexas relações que há entre Soberania, dispositivos de exceção e Inimigo. A partir daí, pudemos vislumbrar que o Direito e a Política são definidos como área a partir de uma divisão, em que se estabelece o que está dentro ou fora, por meio de zonas de indistinção, em que a barreira topológica se desfaz em paradoxos. As decisões tomadas nessa zona de indistinção são fundamentais para estabelecer o *nomos* desses campos, isto é, o princípio de divisão entre o que está incluído ou excluído.

Assim, compreende-se que uma abordagem dos problemas que envolvam o Estado, a Política e o Direito deve sempre ter em conta que os limites desses campos são estabelecidos politicamente a todo momento, sendo que a inclusão ou exclusão está continuamente em jogo, mesmo quando se trata de categorias juridicamente estabelecidas. De tal modo, faz-se necessária metodologicamente, para abordar os fenômenos em que surja a dinâmica de divisão entre incluído-excluído pelo dispositivo de exceção, uma sociologia política que compreenda os espaços envolvidos como campos em disputa, nos quais está em jogo o poder simbólico de excluir ou incluir.

Referências

AGAMBEN, G. *Estado de Excepción*. Buenos aires: Adriana Hidalgo, 2010.

AGAMBEN, G. *Homo Sacer*. Traducao Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2014.

BODIN, J. *Les six livres de la République*. Lyon: Imprimerie de Jean de Tournes, 1579.

BOURDIEU, P. *O Poder Simbólico*. Traducao Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BOURDIEU, P. Da casa do rei à razão de Estado. In: WACQUANT, L. (Ed.). . *O Mistério do Ministério*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BOURDIEU, P. *La Nobleza de Estado: educación de elite y espíritu de cuerpo*. Buenos aires: Siglo Veintiuno, 2013.

BOURDIEU, P. *Sobre o Estado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

FEHR, H. *El Espiritu Popular en el Desarollo Juridico: influencia del pueblo suizo y alemán en la evolución del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Atalaia, 1949.

GONZAGA, T. A. *Tratado de Direito Natural*. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1957.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Traducao Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HOBBES, T. *The Elements of Law, Natural and Politic*. [s.l.] Dodo Press, 1640.

HOBBES, T. *Leviathan*. Paris: Dodo Press, 1651.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Traducao João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ROUSSEAU, J.-J. *Du Contrat Social*. Paris: Gallimard, 1964.

SCHMITT, C. *Politische Theologie: vier kapitel zur lehre von der souveranität*. Berlim: Duncker & Humblot, 1922.

SCHMITT, C. *La Dictadura*. Traducao José Díaz García. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

SCHMITT, C. *El Concepto de lo Político*. Traducao Rafael Agapito. 2. ed. Madrid: Alianza Editorial, 2014.

WEBER, M. A Política como Vocação. In: *Ciência e Política: duas vocações*. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 65–157.

ZAFFARONI, E. R.; OLIVEIRA, E. *Criminologia e Política Criminal*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

A INÉRCIA JUDICIAL COMO GOVERNANÇA: O TRATAMENTO DOS HOMICÍDIOS DOLOSOS PRATICADOS POR POLICIAIS NA JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Poliana da Silva Ferreira,
Mestranda em Direito e Desenvolvimento na
Escola de Direito de Direito da Fundação Getúlio Vargas;
polianasferreira@hotmail.com

Resumo:

As "mortes oriundas de oposição à intervenção policial"– ou "autos de resistência", como ficaram popularmente conhecidos –, são os procedimentos de apuração da ação policial da qual resultou morte de civis. É um recurso adotado quando o Estado decide justificar um homicídio doloso praticado por policiais a partir de alguma excludente de ilicitude. Este trabalho busca observar, compreender e refletir sobre o tratamento dado pelo Estado a essas abordagens policiais letais, no âmbito político, jurídico e acadêmico, a partir de uma pesquisa de mestrado sobre os processos de apuração daquelas mortes no sistema de justiça de São Paulo. A estratégia metodológica adotada privilegia o estudo de caso, já que este convida "a observar o sistema de justiça sem as barreiras impostas pelas áreas jurídicas, a atentar às interações processuais e às suas implicações ao desfecho do caso" (MACHADO, 2014, p. 14).

Palavras-chave: Autos de resistência. Homicídios dolosos praticados por policiais. Pesquisa qualitativa. Estudo de caso. Segurança pública.

1 Introdução

Do ponto de vista técnico, a ideia de inércia no âmbito jurídico é comumente associada à noção principiológica de que a máquina estatal judicial só deve entrar em ação quando provocada diretamente. De acordo com o princípio constitucional da inércia processual ou princípio dispositivo, "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer" (MARINONI, 2014; RANGEL, 2013; PACELLI; 2015). No entanto, a ideia de inércia judicial também pode estar associada à noção de morosidade, impunidade, negligência ou de desídia, ou mais especificamente de controle social através da omissão.

Quando olhamos para os índices de homicídios dolosos praticados por policiais militares e o tratamento judicial dado pelo Estado, parece estar havendo uma lógica de continuidade persistente das ações. Primeiro o Estado mata; depois, não responsabiliza os autores. A violência letal incorporada como política criminal (BATISTA, 1998; FLAUZINA, 2006), onde há um forte apelo "para que os atos de violência se legitimem como facilitadores de resolução de conflitos" (PINHEIRO, 1997, p. 46), tem sido a regra.

O objetivo deste trabalho é fazer uma reflexão sobre o tratamento judicial que o estado de São Paulo tem dado aos homicídios dolosos praticados por policiais, seja em âmbito político, seja em âmbito jurídico e acadêmico. Assim, nos lançamos a observar e compreender o fluxo processual

desses homicídios – também chamados popularmente de "autos de resistência" ou "mortes oriundas de oposição à intervenção policial".

A partir das observações de campo - realizadas com base em entrevistas semidirigidas, observação participante de júris e dos autos do processo - e das leituras previas (FOUCAULT, 1974; NEME, 1999; BATISTA, 2009; MISSE, 2011, COUTINHO JÚNIOR, 2014; ZACCONE, 2015; SANTOS, 2016) tentamos desvendar os princípios, lógicas dinâmicas subjacentes aos procedimentos de apuração da ação policial que resultou em morte de civis, abordando as seguintes questões: qual modelo de governabilidade e controle social pode ser revelado ou postulado a partir dessas observações? É possível vislumbrar, neste âmbito, uma relação entre liberdade e segurança pública, onde a redução da primeira corresponde também à redução da segunda? Portanto, estaremos discutindo as implicações políticas e as repercussões jurídicas que cercam esses casos.

Para tanto, este texto está dividido em três partes principais. Na primeira, apresenta-se o marco teórico no qual este trabalho se ancora. Discute-se brevemente a noção de Governamentalidade em Michel Foucault e em outros autores pertinentes à temática. Na segunda, investe-se no debate a respeito dos dados estatísticos produzidos pelo Estado, denotando-se que já há ali uma forma de ver o problema dos homicídios praticados por policiais militares e, consequentemente, de controle social sobre os corpos e territórios. Por fim, na terceira parte, discutimos como a justiça tem tratado as abordagens policiais com resultado morte, a partir da revisão de literatura e dos resultados parciais da pesquisa "Abordagens policiais com resultado morte na tríplice responsabilidade do Direito".

2 A noção de governança

O debate sobre governança na gestão da vida e da morte é legatário de várias correntes do pensamento político e sociológico: aqui, nos filiamos àquela ligada ao conceito de governamentalidade de Michel Foucault (2008), onde se explicita as tecnologias de poder no controle da vida dos cidadãos. Foucault situa seu conceito nas relações de poder que são visadas no século XVI e XVII. Para o próprio autor, o conceito de governamentalidade estava, até então, "inconsistente, nebuloso, cingido por uma noção tão problemática e artificial" (FOUCAULT, 2008, p.156).

Uma das primeiras estratégias metodológicas – ou "princípio metodológico" - utilizadas por Foucault para tratar do termo é "passar por fora da instituição para substituí-la pelo ponto de vista global da tecnologia de poder" (Foucault, 2008, p. 157), ou seja, para compreendermos o conceito em si é preciso que nos distanciemos, ainda que momentaneamente, da instituição observada e nos dediquemos profundamente a olhar as estruturas que traduziriam os instrumentos por meio dos quais o poder da mesma se expressa, se materializa.

A segunda estratégia remete-nos ao exercício de "substituir o ponto de vista interno da função pelo ponto de vista externo das estratégias e táticas" (Foucault, 2008, p. 158). É dizer, olhar além das funções declaradas, observar não só os sucessos e fracassos emanados nos discursos oficiais, mas também, os déficits funcionais, que não necessariamente estão explícitos nas falas e nas formas de governar.

Por fim, o chamado descentramento constitui para Michel Foucault a terceira estratégia metodológica, que consiste em "recusar-se a adotar um objeto já pronto", isto é,

> recusar-se a querer medir as instituições, as práticas e os saberes com o metro e a norma desse objeto já dado. Tratava-se, em vez disso, de apreender o movimento pelo qual se constituía através dessas tecnologias movediças um campo de verdade com objetos de saber (FOUCAULT, 2008, p. 158).

Portanto, para o "descentramento" seria preciso ressituar o objeto a partir da constituição dos campos e domínios de saber, ou seja, consistiria em arrancar nosso objeto do seio institucional que o gerou e pôr sobre ele um olhar externo, contextualizá-lo através de outras leituras, a fim de analisá-las sob o prisma das tecnologias de poder (FOUCAULT, 2008).

Essas três estratégias nos dão algumas pistas da noção de governamentalidade tratada por Foucault ao longo das aulas ministradas no Curso dado no College de France (1977-1978), elas também nos ajudaram a compreender, de forma mais clara, como poderíamos olhar nosso próprio objeto de análise. É importante salientar desde logo que, para Foucault, qualquer que seja o sentido quando tratemos de governança/governamentalidade, há algo que a ele parece claro: "nunca se governa um Estado, nunca se governa um território, nunca se governa uma estrutura política. Quem é governado são sempre pessoas, são homens, são indivíduos ou coletividades" (2008, p 164).

Assumida a complexidade do termo pelo próprio Foucault, implementá-lo no contexto atual é um exercício que tem sido enfrentado por diversos autores. Ao tentar redefini-lo à luz de questões mais atuais, Orlando Villas Bôas Filho (2016), assim o define:

> (...) governança consistiria em um fenômeno mais amplo do que o governo, de modo a abranger não apenas instituições governamentais, mas também mecanismos informais, de caráter não governamental, por meio dos quais indivíduos e organizações, no âmbito de uma determinada área de atuação, perseguiriam seus interesses próprios. (...) a governança expressaria um sistema de ordenação fundado tanto em relações interpessoais como em regras e em sanções explícitas, motivo pelo qual, enquanto sistema de ordenação, implicaria a aceitação da maioria (ou pelo menos dos atores mais poderosos) para poder funcionar (...) (2016, p. 667).

Quanto ao tema aqui abordado, alguns pesquisadores já debatem a relação entre governança e segurança pública. Nesse sentido, dois trabalhos merecem destaque. O primeiro deles é a pesquisa realizada por Paula K. Rodriguez Ballesteros (2012), onde se discute a importância da governança democrática para a construção de políticas de segurança pública no Brasil. Nela, a governança é conceituada como "um padrão que surge dos esforços interativos e coletivos produzidos pelos diversos atores envolvidos na seara pública, complementando o tradicional governo burocrático" (BALLESTEROS, 2012, p. 06).

Para a autora, a institucionalização de práticas arbitrárias de uso da força física, como geralmente faz a polícia em certas circunstâncias, não só "contribui para elaborar representações sociais de desordem e conflito que, no limite, servem para reforçar a violência como forma de sociabilidade e de construção de uma identidade individual e coletiva", como também, atua de maneira desarticulada, aleatória e ineficiente como fazem os diversos órgãos e níveis dos poderes públicos, (BALLESTEROS, 2012, p. 8).

O segundo trabalho que merece destaque é aquele elaborado por Jaime Amparo Alves, onde o pesquisador reflete sobre as topografias da violência na cidade de São Paulo. Nele, Alves (2010; 2011) observa dados referentes à distribuição desigual de mortes violentas, no espaço urbano de São Paulo entre 2003 e 2008, concluindo que "há um padrão mórbido de governança espacial que elege determinadas geografias urbanas e determinados corpos como alvos de controle e produção do medo e da violência" (ALVES, 2011, p. 108).

Alves articula a categoria "necropolítica" de Achille Mbembe (2003) ao conceito de governamentalidade proposto por Foucault para discutir o que ele chama de "distribuição calculada das mortes e da punição como instrumentos políticos de controle territorial" (ALVES, 2011, p. 117). Neste sentido, o autor passa a trabalhar com a noção de "governamentalidade espacial", em que nos permitiria compreender os mecanismos de dominação na ordem urbana, marcado pelas relações entre violência, raça e classe (Alves, 2011). Conclui o autor,

> Há, portanto, um rastro da violência letal/homicida que se concentra nas áreas predominantemente negras e que, embora tenham os negros como seus principais alvos, também transforma os brancos vivendo em tais áreas em potenciais vítimas. O corpo negro aparece, portanto, como o catalizador de um tipo de morte (violência homicida) que incide de maneira preferencial, embora não exclusiva, sobre os negros, pavimentando o caminho para a vitimização de outros grupos. A vitimização branca seria, nesse sentido, uma consequência da banalização da morte negra (ALVES, 2011, p. 123).

Outras pesquisas, também apontam uma concentração sócio-espacial e racial dos homicídios dolosos praticados por policiais no estado de São Paulo (SOUZA, 2010; ALVES, 2010; ANISTIA INTERNATIONAL, 2015). Para este tema, reservamos as seções abaixo.

3 Governança, controle social e a produção de estatísticas sobre a polícia que mata

No que concerne aos homicídios praticados por policiais no Brasil, o tema passou a ser discutido mais amplamente pelas ciências sociais há pelo menos 20 anos. Pesquisas produzidas desde a década de 90 do século passado –sejam quantitativas ou qualitativas - têm demonstrado a elevada letalidade das ações policiais.

Para esse período, pode-se concluir que as pesquisas ainda são bem recentes (PINC, 2007), mesmo as de caráter quantitativo. Deste grupo de pesquisas, podemos citar a de Daniel Cerqueira, Samira Bueno e Renato Sérgio de Lima (2013) junto ao Fórum Brasileiro de Segurança Pública. No texto, os autores priorizam os números concernentes aos registros de "autos de resistência" para abordar o uso excessivo da força letal pelas polícias do Brasil e a disponibilização desses dados.

Na mesma linha, porém voltados a um contexto mais local, os pesquisadores Maria Fernanda Tourinho Peres, Nancy Cardia, Paulo de Mesquita Neto, Patrícia Carla dos Santos e Sérgio Adorno (2008) debruçam-se sobre os números de homicídios para relacioná-los ao desenvolvimento socioeconômico e à violência policial no Município de São Paulo. Constataram que a alta taxa de mortes em ações policiais sugere uma baixa eficiência na atuação da polícia. Observam que a vitimação fatal aponta para uma atuação policial que tem violado o direito à vida, à segurança e à defesa das vítimas (ADORNO e al. 2008).

> Numa perspectiva prevalentemente qualitativa, a pesquisa liderada por Michel Misse, valendo-se de uma abordagem etnometodológica, busca compreender a classificação e a narração das mortes nas apurações policial e judicial, no Estado do Rio de Janeiro, de 2001 a 2011. Descrevem ao longo da pesquisa o trabalho de elaboração dos inquéritos e processos e as práticas da construção de versões sobre o fato que ganham forma nos autos, identificando os elementos que permitem legitimar ou questionar a legalidade da ação policial (MISSE, 2011).

Em 1991, foram 1140 mortos pelas polícias em serviço (BUENO, 2015, p. 11); entre os anos de 2001 – 2009, houve um total de 4.322 mortos pela polícia militar e 357 mortos pela polícia civil naquele período, ambas as polícias em serviço, esses dados alarmantes constam no Relatório da Ouvidoria da Polícia do estado de 2011, produzido em homenagem aos 15 anos do órgão. Em levantamento recente realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Público (2013) sobre letalidade e vitimização na ação policial no Brasil e suas consequências para as políticas de segurança pública vemos que os dados impressionam. A pesquisa propriamente dita foi realizada em 2011 e teve por foco gestores responsáveis pela produção das estatísticas criminais das Polícias Civil, Militar e Secretarias de Segurança Pública de todo o país sobre o processo de produção e análise de indicadores criminais.

Do levantamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, chama atenção, não só a diversidade de nomenclaturas utilizadas[30] pelos diferentes estados, mas especialmente o fato de que "não temos estatísticas confiáveis sobre tais mortes e, tampouco, métricas capazes de avaliar o impacto dessas mortes no desenho e implementação das políticas de segurança pública (BUENO; CERQUEIRA; LIMA, 2013, p. 121).

No Brasil, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2013), entre os anos de 2006 a 2012, foram registradas cerca de 12.867 pessoas mortas em suposto confronto com Polícias Civis e Militares, dessas, só o estado de São Paulo foi responsável por 3.421 mortes. Ao analisar as políticas públicas de segurança de São Paulo implementadas na última década para reduzir o número de vítimas das ações letais das polícias, Samira Bueno (2015) afirma:

> Se logramos reduzir em 70% os homicídios no Estado entre os anos de 2000 e 2011, o mesmo não foi observado nos índices de letalidade das polícias. Se tomarmos como base o ano de 2012, no qual observamos um incremento de 15% nos homicídios dolosos em São Paulo, o incremento da letalidade policial é de 21%. Considerando apenas a capital, observamos que 20% das mortes violentas do ano de 2012 foram fruto da ação policial, uma triste estatística (2015, p. 14).

Em 2014, o Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos da Universidade Federal de São Carlos divulgou pesquisa acerca da letalidade policial no estado de São Paulo, com base nos registros produzidos pela Ouvidoria de Polícia do estado. Dos 734 casos registrados entre os anos de 2009 a 2011, o GEVAC apurou que, quanto ao perfil das vítimas, elas são predominantemente negras (61%), homens (97%) e jovens, entre 15 e 29 anos de idade.

Dados mais recentes dão conta de números ainda mais assustadores. Segundo dados divulgados por diferentes veículos de comunicação[31], a polícia militar de São Paulo teria matado oficialmente, entre os meses de janeiro a abril de 2017, 243 pessoas, em serviço.

Mesmo estando num contexto de Estado Democrático de Direito, segundo Paulo Sergio Pinheiro (1997), "do ponto de vista da polícia militar, essas mortes são parte de uma estratégia de confronto com os criminosos. Os policiais vêem o império da lei como um obstáculo e não como uma garantia de controle social" (PINHEIRO, 1997, p. 49).

[30] Imagina-se que esta questão tenha sido mitigada dada a publicação da Resolução Conjunta 02, do Ministério da Justiça, Departamento De Polícia Federal e Conselho Superior De Polícia, que dispõe sobre os procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias em face de ocorrências em que haja resultado lesão corporal ou morte decorrentes de oposição à intervenção policial; e da Resolução nº 08, de 21 de dezembro de 2012, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que dispõe sobre a abolição de designações genéricas, como "autos de resistência" e "resistência seguida de morte", em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crime.

[31] Para mais detalhes: http://ponte.cartacapital.com.br/onde-e-quem-a-pm-de-sp-matou-em-2017/

Não obstante os dados oficiais produzidos e divulgados pela Secretaria de Segurança Pública demonstrarem uma alta letalidade da ação policial, ainda faltam dados considerados fundamentais por pesquisadores e analistas de políticas públicas como indispensáveis, a exemplo do perfil etário e racial das vítimas, local onde o corpo é encontrado e local de residência da vítima, circunstâncias da morte, desfecho dos procedimentos de responsabilização, número de arquivamentos propostos pelo Ministério Público e arquivados pela justiça, número de condenações e absolvições realizados nos tribunais do júri.

4 Governança e o tratamento dos homicídios dolosos praticados por policiais na justiça de São Paulo

Quanto ao tratamento dado pela justiça aos homicídios dolosos praticados por policiais, as pesquisas já realizadas apontam para um quadro desanimador para quem milita pelo fim da polícia que mata ou, pelo menos, para sinalização de uma reação estatal diferente da inércia frente às mortes praticadas por policiais.

Do ponto de vista procedimental, é atribuição da Polícia Civil do estado de São Paulo investigar os homicídios dolosos praticados pelas polícias civil e militar, conforme a Resolução SSP 40/2015, de 24 de março de 2015, que disciplina, no âmbito da Secretaria de Segurança Pública, o procedimento a ser adotado nas hipóteses de morte decorrente de intervenção policial, estando ou não o agente em serviço.

Deve-se destacar que a presente Resolução SSP 40/2015 foi, em alguma medida, comemorada por muitos movimentos sociais, pois até 1996, era a própria polícia militar quem investigava os homicídios dolosos praticados por policiais militares contra civis, com a promulgação da Lei 9.299/96, houve a transferência de competência da Justiça militar para a Justiça comum, para que esta passasse a processar e julgar policiais militares que cometessem esse crime" (NEME, 1999, p. 59). Com isto, a investigação daqueles crimes passou a ficar a cargo da Polícia Civil, mas ainda sem regulamentação clara no estado de São Paulo, fato que só ocorreu em 2015.

Esse fato coloca muitas outras questões sobre o tratamento judicial dos homicídios dolosos praticados por policiais militares. Essas questões, nos põem a refletir sobre as fases que necessariamente esses casos teriam que percorrer, desde à investigação em âmbito administrativo, pela polícia civil; passando pela atuação do Ministério Público, que poderá pedir o arquivamento dos autos, denunciar os policiais militares perante uma das varas do Tribunal do Júri, onde poderão ser: pronunciados (quando os réus serão julgados pelo Conselho de Sentença); impronunciados (quando o juiz após a instrução, não vê ali demonstrada a existência de elementos indicativos do fato alegado na denúncia, ou, quando não ficar demonstrada a existência de elementos indicativos da autoria do aludido fato); absolvidos sumariamente; ou encaminhados a outro juízo (hipótese de desclassificação, quando for alterada a classificação do fato) – Por fim, sendo pronunciados, seriam julgados pelo Tribunal do Júri.

O julgamento dos homicídios dolosos praticados por policiais militares na justiça comum nos põe de imediato a questão da eficiência da justiça comum na apuração e responsabilização de réus comuns em crimes de homicídios dolosos, que como muitas pesquisas apontam, é deficitária, morosa e tem por forte característica a impunidade de seus réus (ADORNO e al. 2008; PINHEIRO, 1997).

Do ponto de vista mais geral, a capacidade investigativa da polícia civil, responsável pela investigação dos homicídios em geral, é muito baixa. Segundo Paulo Sérgio Pinheiro, "quase a metade dos 3.000 homicídios que ocorreram em São Paulo em 1995, permaneciam insolúveis em 1997" (PINHEIRO, 1997, p. 48).

Retomando a necessidade de olharmos para outras instâncias, isto é, para além da própria atuação policial individualizada, Paula Ballesteros (2012) nos alerta que

> (...) a polícia é apenas um dos braços do governo, mais especificamente do Executivo, que estão envolvidos na provisão da ordem e na promoção da segurança. Agreguem-se a esta configuração o sistema penitenciário e os órgãos envolvidos na etapa processual da persecução criminal, como as instituições públicas de acusação e defesa, e o próprio Poder Judiciário, sem deixar de mencionar as especificidades de países que, assim como o Brasil, caracterizam-se por uma distribuição federativa do poder e envolvem outros níveis de governo, de forma direta ou indireta (...) (BALLESTEROS, 2012, p. 10).

Neste sentido, um olhar sobre a atuação do sistema de justiça sobre os casos de homicídios dolosos praticados por policiais é fundamental para compreendermos essa forma interessante de tecnologia de poder. Quando se trata do sistema de justiça criminal, para algumas autoras, há uma ineficiência programada, dado que as vítimas, em sua maioria, "jovens-homens-negros" seriam vidas sem valor, matáveis (REIS, 2005; FLAUZINA, 2006; NEME, 1999; ZALUAR, 2007). Parece haver uma ausência de preocupação de responsabilização dos policiais envolvidos por parte do próprio Estado. Nas palavras de Paulo Sérgio Pinheiro, "o Estado mostrou-se incapaz - ou mesmo sem vontade - de punir as práticas criminosas dos agentes do estado" (PINHEIRO, 1997, p. 47).

Por fim, salienta-se que esta pesquisa está em andamento. Um balanço das estatísticas acerca dos desfechos dos casos de abordagens policiais que resultaram em morte e que chegaram ao Júri está sendo construído. Mas, desde já, é importante destacar que o número de policiais absolvidos e condenados naqueles casos, até onde mapeamos não são divulgados nem pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nem pelo próprio Ministério Público, que são os órgãos diretamente envolvidos nos desfechos dos casos.

A ausência de dados concernentes a essas informações, que nos parece básica, elementar, mas ao mesmo tempo fundamental para uma avaliação plausível de políticas públicas que visem à redução dos casos de letalidade policial, num Estado Democrático de Direito é não só um alerta de como o Estado tem gerido essas mortes, mas também sua produção.

A título de hipótese, estamos verificando ao longo da pesquisa algumas hipóteses que dizem respeito à ideia de governança no tratamento judicial daquelas mortes, tais como: a duração média dos processos; a desumanização das vítimas ao longo dos processos, especialmente nos plenários do júri – não só nas estratégias de defesa dos policiais, mas nas falas dos membros do Ministério Público e dos assistentes de acusação; e nas absolvições dos policiais ainda quando os mesmos confessam os fatos em juízo.

5 Considerações finais

O trabalho buscou refletir acerca do tratamento dos homicídios dolosos praticados por policiais na justiça de São Paulo, tentando compreender os princípios, lógicas e dinâmicas subjacentes aos procedimentos de apuração da ação policial que resultou em morte de civis.

Num primeiro momento, debatemos o conceito de governança no qual este trabalho se baseia. A partir da noção de governamentalidade implementada por Foucault (1974) e de seus "princípios metodológicos" pudemos olhar nosso próprio objeto de análise de forma mais consiste.

A partir de então, buscamos autores contemporâneos com os quais poderíamos dialogar dada as releituras que estes se propuseram fazer do termo governança/governabilidade, Achille Mbembe, Jairo Alves e Paula Ballesteros.

No segundo momento, observamos como os homicídios dolosos praticados por policiais são tratados do ponto de vista estatístico. Essa segunda parte nos levou a refletir que a ausência de dados institucionais produzidos e divulgados pela própria Secretaria de Segurança Pública é um importante mecanismo de poder e controle social, fenômeno chamado por Jaime Amparo (2011) e por outros autores recentes de necropolítica: a distribuição espacial das mortes e a dinâmica da mortalidade violenta se constitui em uma forma própria de política estatal, onde há uma gestão do espaço urbano, da morte e de sua produção.

Por fim, pensamos a respeito do tratamento jurídico que o estado de São Paulo tem dado a esses casos e que alguns elementos dessa forma de tratar como a morosidade da resposta judicial ao longo dos processos, a impunidade de uma parcela considerável dos policiais que tem seus processos arquivados a pedido do Ministério Público e negligência de outras agências/ órgãos que compõe o sistema de justiça criminal, podem estar denotando uma forma sofisticada de controle social através da omissão, explicitando a governança implementada para dar conta dos homicídios dolosos praticados por policiais.

As questões aqui levantadas nos fizeram refletir também acerca de cada uma das fases em que órgãos do sistema de justiça criminal atuam, desde à investigação em âmbito administrativo, pela polícia civil; passando pela atuação do Ministério Público, que poderá pedir o arquivamento dos autos denunciará os policiais militares perante uma das varas do Tribunal do Júri, onde poderão ser: pronunciados (quando os réus serão julgados pelo Conselho de Sentença); impronunciados (quando o juiz após a instrução, não vê ali demonstrada a existência de elementos indicativos do fato alegado na denúncia, ou, quando não ficar demonstrada a existência de elementos indicativos da autoria do aludido fato); absolvidos sumariamente; ou encaminhados a outro juízo (hipótese de desclassificação, quando for alterada a classificação do fato) – Por fim, sendo pronunciados, um olhar atento sobre o Tribunal do Júri.

Referências

ADORNO, Sérgio; SANTOS, Patrícia Carla dos; MESQUITA NETO, Paulo de; CARDIA, Nancy; PERES, Maria Fernanda Tourinho. Homicídios, desenvolvimento socioeconômico e violência policial no Município de São Paulo, Brasil. In.: *Rev Panam Salud Publica*, vol.23 n.4 Washington Apr. 2008.

ALVARENGA NETO, Rivadávia C. Drummond de. A construção de metodologia de pesquisa qualitativa com vistas à apreensão da realidade organizacional brasileira: estudos de casos múltiplos

para proposição de modelagem conceitual integrativa. In. *Revista Inf. & Soc*.: Est., João Pessoa, v.16, n.2, p.63-78, jul./dez. 2006.

ALVES, Jaime Amparo. À sombra da morte: juventude negra e violência letal em São Paulo, Rio de Janeiro e Salvador. *Revista Bahia, análise e dados.* Salvador, v. 20, n 4 out/dez 2010 p. 563-578.

_____. Topografias da violência: necropoder e governamentalidade espacial em São Paulo. *Revista do Departamento de Geografia – USP.* Vol.22, 2011, p. 108-134.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você matou meu filho!:* homicídios cometidos pela Policia Militar na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Anistia Internacional, 2015.

BALLESTEROS, Paula K. Rodriguez. Governança democrática: por uma nova perspectiva de análise e construção das políticas de segurança pública no Brasil. Anais do V Congresso DE Gestão Pública- CONSAD. Centro de Convenções Ulysses Guimarães. Brasília/DF, 4,5 6 de junho de 2012. Painel 27/097.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. *Atuação policial na proteção dos direitos humanos de pessoas em situação de vulnerabilidade.* Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2013

BUENO, Samira. Letalidade na Ação Policial: os Desafios para a Consolidação de uma Agenda de Políticas Públicas no Estado de São Paulo. Administração Pública e Gestão Social, vol. 7, n. 1, jan-mar 2015, p. 9-15

CAMPENHOUDT, Luc Van; QUIVY, Raymond. *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Tradução: João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2008.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. In. FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública.* São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2013, p. 118 – 128.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Policiais, juízes e igualdade de direitos. In.: LERNER, Júlio. *O preconceito*. São Paulo: IMESP, 1997.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. *O ritual judiciário do Tribunal do Júri.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão*: sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Aula de* 8 *de fevereiro de* 1978. In.:_____. *Segurança, território, população*: curso dado no College de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 155 – 180.

LIMA Júnior, Jayme Benvenuto (Org.). *Execuções sumárias, arbitrárias ou extrajudiciais:* uma aproximação da realidade brasileira. Recife: Clara Negreiros, 2001.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira. "A opaca estética da indiferença: letalidade policial e políticas públicas de segurança". In.: NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA DA USP. *5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil 2001-2010*. São Paulo: NEV, 2012, p. 104- 111.

MACHADO, Maíra Rocha. "Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 112, p. 189-211, jan.-fev. 2015.

MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta R. de Assis. (Org.) *Carandiru não é coisa do passado*: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o Massacre. São Paulo: 2015, FGV.

MARIMON, Saulo Bueno. *Policiando a Polícia*: A Corregedoria-geral de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004). 1ª Ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

MISSE, Michel. et. al. *O inquérito policial no Brasil:* uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro: Booklink/NECVU, 2010.

_____. et. al. *Quando a polícia mata:* homicídios por "autos de resistência" no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: Booklink/NECVU, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo – Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NASCIMENTO, A. A.; GRILLO, C.C.; NERI, N. E.. Autos com ou sem resistência: Uma análise dos inquéritos de homicídios cometidos por policiais. 33º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, outubro de 2009.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal.* 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, São Paulo, maio de 1997, vol. 9, n. 1, p. 43-52.

PINC, Tânia. *Abordagem Policial: avaliação do desempenho operacional frente à nova dinâmica dos padrões procedimentais*. Disponível em http://www.uece.br/labvida/dmdocuments/abordagem_policial_avaliacao_do_desempenho_operacional.pdf Acesso em dezembro 2016.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. *In*: POUPART, Jean. *et al*. (Org.). *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 154-211.

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. Escola Superior de Sargento. Curso superior de tecnólogo de policia ostensiva e preservação da ordem pública I,
Matéria 13: Processos Administrativos da PM. São Paulo: Escola Superior de Sargentos, 2015.

REIS, Vilma. *Atucaiados pelo Estado*: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de salvador e suas representações ,1991- 2001. 247f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2005.

SENHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante*. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, 2014.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. *Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente: a biopolítica dos autos de resistência.* 2010. 222f. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2010.

STRAUSS, A.; CORBIN, J. *Pesquisa Qualitativa*: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2008.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A governança em suas múltiplas formas de expressão: o delineamento conceitual de um fenômeno complexo. *Revista estudos institucionais*. Vol. 2, n. 2, 2016, p. 670-706.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de vida:* A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAVERUCHA, Jorge. *Frágil democracia.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

RELIGIOSIDADES NO CÁRCERE: PROCESSOS DE CONVERSÃO RELIGIOSA E NOVAS SIGNIFICAÇÕES NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

Gilnei Copini,
Graduando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
e-mail: copinigilnei@gmail.com.

Resumo:

Este trabalho tem como objetivo principal o enfoque nas percepções que as manifestações religiosas produzem nos apenados que, possuem vinculo religioso, que poderá ser desde laços estabelecidos externamente à penitenciária, como também aqueles produzidos a partir de contatos estabelecidos internamente com a interação com grupos religiosos. As narrativas e ressignificações frutos dos processos de conversão religiosa dos presos que possuem de algum modo vínculos religiosos poderão ser distintos das vistas nos olhares consubstanciados por apenados que não as possuem, tendo em vista que, embora dado *a priori,* as religiosidades são vistas por alguns como instrumentos de neutralização do eu, porém, de outro lado, podem ser instrumentos de alteridade, principalmente no reconhecimento do outro.

Palavras-chave: prisões. religiosidades. espaço. territorialidades.

1 Introdução

O tema abordado parte da premissa que o sistema penitenciário não alcança seus fins estabelecidos do ponto de vista legal, especificamente no que se refere à pena privativa de liberdade a ser cumprida pelos apenados, uma vez que, para aquém de ser infrutífero no seu projeto corretivo estabelecido, traz efeitos em sinal contrário, sendo um instrumento de estigma e mortificação dos seus apenados. Além disso, verifica-se que a pena, no binômio teórico/prático, possui uma dicotomia, pena ficta versus pena real, pois, enquanto está é verificada na realidade do sistema penitenciário, aquela é apenas a previsão, em abstrato, do que, em tese, deveria ser os fins da pena.

Verifica-se, também, em decorrência e conjuntamente, que o sistema penal é um meio de "etiquetamento"[32], para além do já estabelecido anteriormente, dos apenados, visto que o estigma já pressuposto é consolidado no seu aprisionamento, logo, o inverso da previsão legal da pena é sedimentado.

A partir deste marco inicial, constata-se a participação de diversos entes na confluência de agentes que atuam, direta ou indiretamente, no cumprimento da pena pelo apenado, o papel das instituições religiosas entra em cena nesse vácuo, no qual o dever estatal acaba por, de uma forma ou outra, desaparecendo, elas passam a atuar diretamente na realidade social e política do apenado.

[32] BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 85 et. seq.; BATISTA, Vera Malaguti. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 73. et. seq; ANITUA, Gabriel Ignácio. Historias de Los Pensamientos Criminológicos. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 363 et. seq.

Busca-se, então, analisar, sabendo que se está circunscrito a uma instituição total, lida de acordo com as ideias de mortificação e deterioração do eu nas palavras de Goffman[33], sendo visto esse processo realizado pela instituição como um instrumento em que o apenado ser social e político, desde as suas atividades mais complexas às mais simples ou vulgares, que, conforme Goffman, é efetivada em uma gradação de três etapas, quais sejam, iniciando-se pelo conhecimento das "regras da casa", perpassando à aquisição delas, com o caráter sancionatório através dos castigos aplicados nas "violações às normas internas da instituição".

Esse processo, enquanto pode ser visto de um lado como uma constante reificação do apenado, pode ser, de outro lado, com o qual trabalharemos, um processo que traz em si uma trajetória que será vivenciada pelo interno, adquirindo um determinado *habitus*, que é peculiar da instituição total, porém, e em especial do núcleo que há o campo interacional com as instituições religiosas. Isto é, embora a prisão, por si só, tenha um *habitus sui generis*, o estabelecido no campo[34] que as religiões possuem um papel central é diverso, em certa forma, do que está posto na instituição no seu todo.

Conforme Dias[35], os apenados que estabeleceram alguma relação religiosa passam a deter um comportamento que os distingue dos demais apenados, sendo, inclusive, de maior controle e contingenciamento, uma espécie de capilarização do controle total estabelecido pela instituição penal, pois, uma vez realizada a conversão para "o evangelho", o preso acaba se apartando da massa carcerária[36], submetendo-se a inúmeras práticas religiosas que lhe atribuem uma nova identidade[37] (ressignificação).

Logo, as narrativas e ressignificações dos presos que possuem de algum modo, e isso pode ser proveniente de relações estabelecidas intra ou extramuros, vínculos religiosos poderão ser distintas das vistas nos olhares consubstanciados por apenados que não as possuem, tendo em vista que, embora dado *a priori*, as religiosidades são vistas por alguns como instrumentos de neutralização do eu, porém, de outro lado, podem ser instrumentos de alteridade, em algum sentido, principalmente no reconhecimento do outro, como também de tensionamento a partir de uma certa aquisição de autonomia [38].

Do ponto de vista metodológico, em razão do trabalho estar em processo na sua fase inicial, foram realizadas entrevistas semiestruturadas e não-estruturadas com interlocutores religiosos – pastores, especificamente – no interior do estabelecimento penal, até então. A partir dos referidos já é possível verificar alguns pontos sobre os processos de conversão promovidos e, principalmente, a delimitação do que denomino espaço prisional religioso como resultados da apropriação de

[33] GOFFMAN, Erwin. Manicômios, prisões e conventos. 4a ed. São Paulo. Ed. Perspectiva, 1978. p. 49 a 52.
[34] BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Lisboa: DIFEL / Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil. S.A. p. 64-65.
[35] DIAS, Camila Caldeira Nunes. A igreja como refúgio e a Bíblia como esconderijo – Religião e violência na prisão. São Paulo. Ed Humanitas, 2008. p. 219.
[36] O termo "massa carcerária" será utilizado para distinguir todos os apenados, sem distinção, com os apenados que são especificados por grupos, especificamente os que possuem vinculo religioso, que, via de regra, são grupos que mantém um vinculo entre si, como um relativo afastamento do restante dos apenados, lidos, então como "massa carcerária".
[37] JUNGBLUT, Airton Luiz. Deus e nós, o diabo e os outros: a construção da identidade Religiosa da Igreja Universal do Reino de Deus. Cadernos de Antropologia.. PPGAS - UFRGS. 1992. 45 - 62. GOFFMAN, Erwin. Estigma - notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4a ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara.
[38] RODRIGUES. Gilse Elisa. Transgressão, controle social e religião: um estudo antropológico sobre práticas religiosas na penitenciária feminina do estado do rio grande do sul. Porto Alegre. UFRGS. Debates do NER, ano 6, n. 8, p. 17, jul./dez. 2005. Et. Negociando crenças: um estudo antropológico sobre conversão religiosa em uma penitenciária feminina. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)–PPGAS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

determinados pavilhões e galerias por grupos religiosos, caracterizando-se em novas territorialidades formadas.

Dessa forma, busca-se analisar os processos de conversão como vetor para atribuição e (re) criação de significações nas práticas individuais e coletivas dos apenados que tomam contato com as religiosidades no interior da prisão.

2 Demarcação das prisões e religiosidades no cenário contemporâneo

Para abordar sistematicamente este trabalho é necessário de antemão estabelecer alguns pressupostos, como um fio condutor para a pesquisa socioantropológica que se pretende realizar. Salienta-se, primeiramente, que a pesquisa será feita em um campo revestido de caráter totalitário, no qual o eu, lido como a consciência de si e para si, é negado a todo o momento, alcançando o seu ápice na sua mortificação consolidada[39].

Os estudos e as análises acerca das prisões e instituições penais têm como ponto de partida meados dos anos 60, principalmente a partir de grupos urbanos marginalizados, o que vai ao encontro das teorias subculturais. Como referenciais para respectivos estudos e análises têm-se algumas obras tidas como essenciais para o entendimento da temática.

A primeira obra de relevância é Outsiders, livro de Howard Becker, que foi publicado em 1963. Becker [40]desenvolve na obra uma análise que versa sobre o comportamento desviante, estabelece uma ideia do que se trata o desvio, como uma abordagem produzida por distintos grupos em diferentes espaços e tempos em suas interações.

Outra obra de muita importância para o tema é o estudo realizado por Goffman[41], Manicômios, prisões e conventos, com publicação em 1961. O autor possui um referencial teórico que é muito importante para a compreensão da instituição penal como uma instituição, que, dentre uma de suas funções, é a mortificação do eu, tendo em vista seu caráter hermético e formalmente administrado por técnicos, com a restrição de liberdade dos apenados o ponto principal.

Por fim, mas não menos importante, é a obra de Michel Foucault[42], que traz estudos sobre poder e vigilância sobre os corpos internos, tendo como centro a análise de algumas instituições disciplinadoras. Vigiar e Punir é a obra que coloca a prisão como objeto de estudo central, uma vez que propõe uma revisão de toda a formação histórica das prisões. Foucault enxerga a prisão, nesta perspectiva, como sendo um local que conflui diversos mecanismos de controle que são estruturados e ligados com a finalidade de "reeducar" ou docilizar, nas palavras de Foucault, os corpos dos detentos, físico e psicologicamente, almejando sua punição, embora, em tese, fala-se em ressocialização. Como o próprio Foucault[43] aborda, "a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados corpos "dóceis". A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência)".

A partir disso, perpassando a crítica às instituições penais, entra-se na esfera que está localizado o objeto da análise, fazendo uma abordagem também com as teorizações sobre as funções da pena, que podem variar no seu caráter preventivo especial e geral, como retribucionista.

[39] P. 66.
[40] BECKER. Howard S. Outsiders: Estudos de sociologia do desvio. 1a ed. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed. 2008.
[41] GOFFMAN, Erwin. Manicômios, prisões e conventos. 4a ed. São Paulo. Ed. Perspectiva, 1978.
[42] FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 27a ed. Petrópolis. Ed. Vozes, 1987.
[43] Ibidem. P. 212.

À luz de uma leitura constitucional, a pena só pode ser vista no seu caráter preventivo e especial, visto que seu caráter retribucionista - o qual, em síntese, estabelece que a negação da negação é a afirmação, conforme o silogismo hegeliano, ou seja, uma vez o direito refutado pelo crime, a pena nega o crime, logo afirma o direito – não possui lastro constitucional em razão da negação do apenado como sujeito de direito, sendo um simples objeto.

Portanto, em tese, deve ser lida a pena na sua face preventiva especial e geral, positiva ou negativamente. A pena na sua face especial positiva vai ao encontro da ideia da correção do apenado, buscando-se a sua ressocialização junto à sociedade, enquanto a negativa busca, sob o manto da segurança pública, neutralizar o apenado, o que, em certa medida, está ancorado na perspectiva de docilização ou mortificação do eu [44]. Na sua outra face, a pena está pautada na prevenção geral, negativa ou positiva, que possui a "sociedade" como objeto, uma vez que, enquanto a negativa visa "coagir" futuros "predispostos" a cometer delitos sob uma "ameaça indireta", a positiva busca uma (re)integração do corpo social, de forma simbólica em certo ponto, mas com um matiz de natureza estrutural-funcionalista [45].

Embora, superficialmente, já tenha sido realizada uma pequena distinção entre pena ficta e a pena real, é necessário ressalvar novamente que a abordagem desta pesquisa está no encontro da pena real, e não a ficta, pois não há como confluir ambas para um mesmo campo, uma vez que são, quase em absoluto, antípodas uma da outra. Logo, o caráter preventivo geral e especial da pena é quase inexistente, por isso a lacuna criada para o preenchimento das instituições religiosas que atuam nessa esfera.

Desse modo, lançando mão das premissas que trazem uma base de campo de partida, as pesquisas realizadas até o momento sobre a temática que a respectivo projeto ora em pauta pretende discorrer foram realizadas em penitenciárias que são distintas à penitenciária que a pesquisa tem por objetivo, que será o Presídio Central de Porto Alegre, por isso, até o momento, no que se refere a dados coletados o material é apriorístico, não sendo, portanto, de certa forma, validado pelo campo empírico. O que se pode, no entanto, afirmar em relação à atuação das instituições religiosas na esfera prisional é apenas um ponto dentro de uma macroestrutura de crescente demanda do campo religioso, que, conforme Bourdieu[46] é um espaço social marcado pelas relações de disputa entre especialistas e leigos (estes últimos entendidos num duplo sentido: os estranhos ao sagrado e ao corpo administrador do sagrado) e entre os diversos especialistas entre si pela imposição e definição do religioso e das distintas maneiras de desempenhar as ações religiosas e, consequentemente, pelas disputas em tomo da acumulação de capitais religiosos.

Por isso, verifica-se que, embora as religiões de matriz (neo)pentecostal sejam predominantes em âmbito prisional, outras matrizes são verificadas em tal âmbito, conforme:

> Investigando quais eram as igrejas que os detentos afirmavam participar (pergunta 30), pude notar que as combinações de igrejas frequentadas são as mais diversas. No entanto, é possível descrever algumas "regras": a primeira delas é a de que os frequentadores de igrejas de orientação pentecostal raras vezes também frequentavam a Igreja Católica, sendo o inverso (católicos frequentando cultos evangélicos) uma situação mais comum; a segunda, que o espiritismo kardecista apareceu como uma opção religiosa (principal ou secundária) socialmente mais aceita que as religiões de matriz afro-brasileira (em especial, candomblé e umbanda) neste universo prisional. Com relação aos pentecostais, encontrei tanto casos de detentos que não participavam de

[44] DOS SANTOS. Juarez Cirino. Direto Penal: Parte Geral. 3ed. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2008. P. 499-501.
[45] DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 3ª ed. São Paulo: Martins fontes. 2007. P. 57-59.
[46] BOURDIEU, Pierre. A economia das trocas simbólicas. 6ª ed. São Paulo. Ed. Perspectiva, 2007. P. 28-30.

> outra igreja além daquela na qual foram batizados, como casos em que o detento frequenta simultaneamente um a igreja tida como "mais rígida"' (como a Igreja Pentecostal Deus é Amor, por exemplo) e uma "menos rígida" com relação ao comportamento (como a IURD). O que se apresentou como mais recorrente, no entanto, é algum vínculo com a Assembleia de Deus. Sendo a igreja pentecostal brasileira mais antiga (sua fundação data de 1911, em Belém do Pará) e também a que estava "instalada" nas unidades penais pesquisadas havia mais tempo (cerca de dez anos), a AD ocupava uma posição privilegiada no campo pesquisado. Não foi possível determinar o número de detentos que frequentavam a AD, mas foi possível verificar como esta igreja era reconhecida como uma igreja "consolidada" [...][47].

O mesmo é verificado em Bicca (2005), na pesquisa para a dissertação de mestrado no Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul:

> O Estrela do Cárcere surgiu como muitos outros grupos da Assembleia de Deus, que tem como uma de suas principais características o incentivo a pequenos núcleos de fieis em lugares onde não se tenha uma igreja sede. Esses grupos podem iniciar as reuniões nas suas próprias casas e não necessariamente precisam da presença de um pastor. Com o tempo e a adesão de novos fieis, poderão ser incorporadas a uma comunidade maior ou, ainda, a um pastor designado pelas lideranças da igreja para conduzi-los e assim constituir uma nova congregação. [...] Historicamente a Assembleia de Deus, desde o seu nascimento ate os dias de hoje, tem pregado a necessidade de conversão prioritariamente junto às comunidades periféricas e marginalizadas da sociedade. Como consequência os presídios configuraram em um terreno fértil para a atuação dos pastores no combate ao "mal" e na busca de novos fieis [48] [...].

Nesse sentido, Rodrigues (2005) expõe qual a ideia de uma pesquisa que aborde essa temática:

> Tendo como ponto de partida essa constatação, iniciei no ano de 2000, dentro do programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, um estudo, de caráter etnográfico, contemplando as relações estabelecidas entre mulheres aprisionadas e agentes de instituições religiosas que atuavam dentro da Penitenciária Feminina do Estado do Rio Grande do Sul. Minha intenção naquele momento era compreender as possibilidades que tais relações estariam trazendo para as mulheres em privação de liberdade, no que se refere à reorganização de suas trajetórias e biografias através de elementos retirados da linguagem religiosa[49].

Embora as pesquisas anteriores possuam pontos em comum entre si, há também pontos que não estabelecem congruência entre si, uma vez que podem, ou não, os grupos de apenados com vínculos religiosos estarem separados dos outros apenados que não possuem vínculos religiosos, isso irá depender da penitenciária em que estiverem.

---

[47] SCHELIGA, Eva Lenita. E me visitastes quando estive preso: sobre a conversão religiosa em unidades penais de segurança máxima. Dissertação (Mestrado em Antropologia social) – PPGAS, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. P. 148-149.

[48] BICCA, Alessandro. Os eleitos do cárcere: etnografia sobre violência e religião no sistema prisional gaúcho. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – PPGAS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005. P. 9-10.

[49] RODRIGUES. Gilse Elisa. Transgressão, controle social e religião: um estudo antropológico sobre práticas religiosas na penitenciária feminina do estado do rio grande do sul. Porto Alegre. UFRGS. Debates do NER, ano 6, n. 8, p. 11, jul./dez. 2005.

De fato, as religiosidades, nas suas mais diversas correntes, são caracterizadas como um fato social, uma vez que a qualquer espaço e tempo são verificadas manifestações religiosas, desde as sociedades primitivas ou mecânicas, até as sociedades complexas ou orgânicas[50]. Não se pode, pois, negar a historicidade que está presente no papel de fundo de todas as movimentações religiosas, embora, em algum sentido, possa ser falado em secularização[51], e, principalmente, em laicidade, porém, o poder espiritual imbricado com o temporal foi uma constante por uma largo lastro histórico e politico.

Sobrestando a ênfase na abordagem acerca das manifestações religiosas e suas especificidades, ressalvo que na respectiva pesquisa irei fazer uso de vários conceitos utilizados nas Ciências sociais, como conceitos de *habitus*, agentes, campo[52]que serão essenciais para a abordagem sistêmica e apontamentos da pesquisa.

A partir de tais conceitos facilitar-se-á a compreensão do objeto da respectiva, que serão as narrativas, (inter)faces e ressignificações dos apenados como frutos dos discursos e atividades religiosas que são internalizadas por si, pois o enfoque busca ressaltar as individualidades, não tergiversando a coletividade, no entanto. Narrativas, pois irão ser buscadas as mais distintas percepções dos apenados e agentes do corpo técnico-administrativo; (inter)faces porque serão uma consequência das percepções a partir das narrativas dos internos, o "inter" é proposital no sentido em que não se pode prever que todas as narrativas sejam sinônimas entre si, o que, de fato, negaria a singularidade que é intrínseca a cada ser possuidor de sensores políticos e sociais; ressignificações como fruto da "conversão", que deve ser lida com várias ressalvas já dadas *a priori*, tendo em vista que estamos a falar em um processo de transformação do sujeito com dimensões e significados próprios, são alterações nas suas biografias, um contexto de rupturas nas trajetórias de cada singularidade[53], ou seja, uma proposição que está para além de uma simples conversão cartesiana como se fosse uma moeda que possui apenas o verso e a frente.

É em razão dessas três esferas de percepções que a síntese paira sobre a metáfora utilizada no titulo "ovelhas (des)protegidas do projeto de pesquisa, pois, conforme foi supracitado, as correntes (neo)pentecostais detêm um predomínio nesse campo, sendo seus evangelizadores chamados, informalmente, de "pastores", como também a previsão bíblica que faz referência ao rebanho de ovelhas, que são os "fiéis", os quais podem, ou não, buscar no campo religioso uma forma de conversão, convencimento ou simples guarida protetiva perante a instituição total do cárcere, por isso a duvida que permanece em curso sobre essa proteção, ou não, que passam a receber.

[50] Nesse sentido, ibidem Durkheim.

[51] Trabalho, neste ponto, a secularização como o alcance por uma sociedade qualquer do desenlace, do ponto de vista temporal e espiritual, de uma religião em específica, ou seja, não há, formalmente, uma religiosidade que é tida como regra pragmática, tampouco vinculada ao ente oficial.

[52] Bourdieu, p. 59-65.

3 Religiosidades pulverizadas e concentradas: Uma breve síntese do estado da arte religioso no Presídio Central de Porto Alegre

A participação de instituições religiosas, através de interlocutores[54] que exercem o papel de representante de cada confissão, não é obstada pela administração da Cadeia Pública de Porto Alegre, desde que preenchidos os requisitos dispostos na LEP, bem como a Lei nº 9.982, de 14 de julho de 2000 e a Resolução nº 08 de 09 de novembro de 2011, as quais regulamentaram a assistência religiosa. O procedimento que as instituições religiosas realizam para ingressar na Cadeia Pública e passar a exercer suas atividades é, incialmente, entrar em contato com a Assessoria que verificará se o interlocutor pertence a uma determinada instituição religiosa, bem como o preenchimento dos requisitos, se verificados esses pontos será realizado o credenciamento e, posteriormente, passará para a análise da Direção que irá autorizar ou não a entrada do grupo ou interlocutor religioso.

Atualmente, como dito, contabilizam-se 13 (treze) representações religiosas que prestam assistência na Cadeia Pública, das quais a presença, sobretudo de confissões evangélicas, é a característica desse matiz religioso, com a verificação de territorialidades que são constituídas como nas galerias 2 e 3 do Pavilhão J. Verifiquei, também, que houve duas representações que afastarem-se, uma por vontade própria, enquanto a outra foi por determinação da própria administração da Cadeia Pública.

As representações, a título ilustrativo, atuais são as seguintes: Assembleia de Deus; Igreja Batista Filadélfia; Igreja Internacional da Graça de Deus, Pentecostal Deus é Amor; Pentecostal Só Cristo tem Poder; Igreja Católica – Igreja São Jorge e Pastoral Carcerária -; Grupo Apoio Espiritual; Igreja Universal do Reino de Deus; Assembleia de Deus Ministério da Restauração; Igreja Evangélica Encontros de Fé; Assembleia da Glória de Deus; e Igreja Ministério Profético da Palavra Divina.

Por outro lado, a matriz Umbanda que por um determinado tempo se fez presente na galeria 3 do H não está mais exercendo atividades na Cadeia Pública, em razão da falta de interesse em permanecer com os trabalhos, conforme as informações repassadas pela Soldada Lizandra. Aliás, em relação à Umbanda há uma característica peculiar que a trouxe à Cadeia Pública se diferenciando das demais, pois não procurou se credenciar, e sim foi procurada pela Assistente Social Marluza, mediante pedido da Direção que foi contata por presos da 3 do H para receber assistência de um grupo umbanda.

Embora o interesse deste grupo específico de apenados, o grupo Umbanda não permaneceu com suas atividades, razão pela qual não há, atualmente, credenciamento oficial de representações de matrizes afro-brasileiras na Cadeia Pública. Outra representação que não está mais presente é a Espírita Atena Roveda, que se tratava de uma moça que semanalmente distribuía passes e realizava atividades culturais com cunho religioso junto aos apenados da galeria 3 do H, que, por razões de segurança da casa depois da ocorrência de alguns episódios, não mais obteve autorização para realizar as atividades.

Para além da atuação oficial das confissões mencionadas, todos os pavilhões e suas respectivas galerias têm atividades religiosas realizadas autonomamente pelos presos, inclusive sendo verificadas manifestações afro-brasileiras em alguns pavilhões, "de vez em quando a gente

[54] Utilizo o termo interlocutor em referência aos postores, obreiros e outros representantes de instituições religiosas que realizem trabalhos de pregação, estudos e distribuição de qualquer religiosidade no estabelecimento.

escuta uma batucada que vem de algum pavilhão", nas palavras de um soldado que informalmente conversei. Não só, os presos, por vezes, em determinados pavilhões parecem ter preferência em se organizar autônoma e coletivamente para as atividades religiosas, não havendo discriminação e exclusão de um preso que é fiel de outra religião participar de semanalmente no pátio do pavilhão.

Essa linha foi a que pude detectar em diálogo com um ex-apenado vinculado à Assembleia de Deus, do Pavilhão D, que afirmou existirem vários grupos autônomos de religiosos naquele setor, com um número aproximado de 400 (quatrocentos) evangélicos – sem distinção entre as diversas correntes -, 100 (cem) católicos e 15 (quinze) umbandas. Neste pavilhão, os encontros dos evangélicos são realizados diariamente, pois entre eles há um interno que é pastor, enquanto que, do ponto de vista da assistência prestada por pastor externo, ocorre 02 (duas) vezes encontro com grupo que não é filiado à sua corrente, não há desavenças e conflitos entre fiéis de distintas religiões, porém o tratamento dispensado entre os que seguem a mesma é diferente, conhecem-se entre si como "irmãos", responsabilizam-se para com o outro de forma diferenciada, isto é, há um ar de certa co-responsabilização numa ótica de alteridade.

Em paralelo, há atividades realizadas diariamente por interlocutores religiosos externos que atuam na Cadeia Pública, realizadas diretamente nos pavilhões com a "massa carcerária" ou na capela também com apenados de todos os pavilhões de forma indiscriminada. Destaca-se, nesta categoria, a ação do Grupo Apoio Espírita nas segundas-feiras à tarde das 13h30min às 16h na capela a todos que possuem interesse, como também, no mesmo local, cultos realizados nas sextas-feiras pela manhã por interlocutores da IURD. Há encontros realizados semanalmente, nas quartas-feiras à tarde, também, no Pavilhão E pela IURD, enquanto que os cultos na Cozinha Geral pelo Pastor Mauro, da Igreja Ministério da Restauração, nas terças-feiras à tarde das 18 h às 20h, e pelo Pastor Jeferson nos domingos reservado apenas aos apenados locados na Cozinha Geral. Além desses encontros há outros que são realizados a critério dos interlocutores religiosos que irão liderar as atividades, por isso não há uma taxatividade na previsão dos encontros.

Durante o curso da pesquisa, pude detectar nuances em relação à atuação de certos pastores nas atividades religiosas e, especificamente no que diz respeito à liderança que exercem sobre os apenados, vistos como "pai" para muitos ou alguém que traz "uma palavra de conforto". Desses pastores destaco o Pastor Mauro e Sérgio Cortez, da Igreja Ministério da Restauração, o Pastor Jeferson, da IURD, a Pastora Rita, da Igreja da Graça de Deus, e o Pastor Elton, da Igreja Batista Filadélfia, os quais são as principais referências, enquanto lideranças externas, perante o corpo de apenados, o que é corroborado pela Soldada Lizandra.

Outro dado que julgo relevante é a tentativa de (re)inserção de setores da Igreja Católica na Cadeia Pública, uma vez que, a partir do início dos anos 2000, perdeu força face à "massa carcerária" para os grupos evangélicos que conseguiram apropriar de forma rápida as prisões brasileiras. Hoje, a Igreja Católica embora presente com interlocutores da São Jorge, está com um grupo da Pastoral Carcerária em contato com os apenados da galeria 1 do E, por se tratar de galeria que possui o público em processo de desintoxicação, os quais são julgados como "mais tranquilos" para começo das atividades de assistência religiosa.

Há, na Cadeia Pública, um grupo denominado de Narcóticos Anônimos (NA), que se reúne semanalmente nas segundas-feiras à noite, das 18h às 19h a fim de prestar assistência no processo de desintoxicação dos apenados, porém, contrariamente ao que foi constatado por Vargas (2005b, p. 23) não se caracterizam como um grupo religioso, ainda que seus membros possam ser fiéis – e são - de determinadas confissões religiosas. O fator que exclui, na minha análise, o grupo da esfera religiosa é o despojamento em relação à determinada confissão que não é revelada, não há uma

organização/instituição religiosa por trás, como ocorre com as outras confissões verificadas na Cadeia Pública.

Da pulverização[55] das atividades e religiosidades circunscritas que permeiam o ambiente prisional interliga-se à construção de territorialidades[56] religiosas, que é o caso das galerias 2 e 3 do Pavilhão J, ambas com 53 (cinquenta e três) apenados cada, todos evangélicos e locados em espaço destinado apenas a membros convertidos "irmãos", os quais recriam suas vivências e significações com a ruptura que ocorre no momento da suas saídas da "massa carcerária" para junto com os "irmãos", em um setor só dos "irmãos" e para os "irmãos".

Enquanto que nas galerias 2 e 3 do J a característica que os vinculam é a conversão religiosa, na Cozinha Geral, que ampara 31 (trinta e um) presos trabalhadores religiosos ou tão somente trabalhadores a característica que prepondera nos seus liames de contato é, imediatamente, serem trabalhadores da Cozinha Geral, porém o fundo religioso que paira sobre as sociabilidades é pujante, uma vez que geralmente os presos trabalhadores da cozinha possuem contato constante com as religiosidades. Não há como afirmar que ocorre conversão em todos os presos trabalhadores da Cozinha Geral, mas a afirmação que a maior parte deles de uma forma ou outra trazem subjetividades arraigadas em certas religiosidades é possível, principalmente pelo amplo contato com religiosos internos e externos.

A abertura concedida às representações religiosas é controlada pela administração da Cadeia Pública com acompanhamento, mas sem a intervenção direta nas atividades até o momento em que há fatores que impedem a continuidade das atividades, conforme o caso da Espírita Atena Roveda.

No entanto, o referido respaldo institucional concedido pela assessoria e setores operacionais da Cadeia Pública não se restringe apenas ao credenciamento, autorização e acompanhamento, transpõe para o campo do trabalho em conjunto em relação a algumas demandas dos apenados, uma vez que as baixas condições matérias de manutenção do estabelecimento penal gera a necessidade da participação de vários atores sociais para viabilizá-la, principalmente no que tange às doações de produtos de higiene e acolhimento familiar prestado pelos grupos religiosos externos que atuam na prisão.

A exemplo do afirmado, a Igreja Ministério da Restauração, de acordo com a Soldada Lizandra, é quem mais adquire matérias de higiene aos apenados, enquanto a IURD é a que prefere prestar assistência às famílias em ocasiões festivas, como Festa de Páscoa, de Natal, da Criança, inclusive batismos aos (às) filhos (as) dos apenados. Trata-se do exercício de marketing que lhe caracteriza, há uma sobreposição dos interesses de conversão religiosa em face da tentativa de um processo de ressocialização dos apenados, destacando-se como a corrente religiosa que perfectibiliza sua atuação na efetividade dos processos de conversão.

Dentro desse contexto, as múltiplas redes de sociabilidades internas às diferentes galerias enquanto espaços constantemente (re) elaborados são criadas e (re) criadas, com cristalizações de espaços religiosos no todo ou em parte com territorialidades religiosas que determinam os aspectos e vivencias dos presos que (sobre) vivem no espaço prisional enquanto "espaço de espaços".

[55] Utilizo o termo como sinônimo de capilarização e descentralização.

[56] Trabalho em relação ao conceito de territorialidade com a literatura de Raffestin (1993), que a sintetiza como o produto do processo de territorialização de espaços por atores sociais, coletivamente ou não. Neste aspecto dos pavilhões e galerias da Cadeia Pública, são produções e arranjos construídos e resultantes de ações coletivas, ou seja, ocorre a perfectibilização de novas identidades coletivas que emergem a partir das territorializações dos espaços.

4 Considerações finais

Até o momento, tendo em vista que a pesquisa está somente no seu início, verifiquei situações semelhantes e outras diversas no que diz respeito às manifestações religiosas no Presídio Central de Porto Alegre – atualmente, Cadeia Pública de Porto Alegre -, especificamente em relação aos presos do Pavilhão J, que é destinado na primeira e segunda galerias exclusivamente aos "irmãos", enquanto que os demais pavilhões e galerias que possuem espaços religiosos com forte presença.

Os pontos de maior distinção diz respeito à questão das regras e codificações que são verificadas nas práticas diárias dos presos do J, os quais delimitam e observam todos os seus atos e falas a partir da religiosidade, isto é, dedicam basicamente a totalidade do seu dia à religião, desde simples estudos às limitações e proibições que são determinadas pelas normas implícitas e explícitas que o fator religioso que rege as relações sociais do local impõe.

Por outro lado, esse ponto não é totalmente verificado ao serem analisados os outros pavilhões que possuem inseridos em si espaços religiosos, muito embora o papel de fundo das relações estabelecidas, às vezes, ocorre a partir do fenômeno religioso. Ocorrem proibições e limitações, porém em menor percentual, isso porque o espaço religioso não é o único presente naquele espaço macroestrutural que conjuga diversos espaços em si. As religiosidades são um dos fenômenos – ou territorialidades – presentes, mas não a única e a que rege todas as relações do local.

Além disso, os processos de conversão são idênticos em lato sensu, distintos stricto sensu, uma vez que, na delimitação do espaço religioso do J são constantes e impositivos, enquanto nos demais é atenuado, são facultadas as práticas, atividades e narrativas que no J são vistas como obrigatórias.

Referências

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Historias de Los Pensamientos Criminológicos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER. Howard S. *Outsiders:* Estudos de sociologia do desvio. 1ª ed. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed. 2008.

BICCA, Alessandro. *Os eleitos do cárcere:* etnografia sobre violência e religião no sistema prisional gaúcho. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – PPGAS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 6ª ed. São Paulo. Ed. Perspectiva, 2007.

_____. *O poder simbólico*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil. S.A.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *A igreja como refúgio e a Bíblia como esconderijo*: Religião e violência na prisão. São Paulo. Ed Humanitas, 2008.

DOS SANTOS. Juarez Cirino. *Direto Penal:* Parte Geral. 3ª ed. Curitiba: ICPC. Lumen Juris. 2008.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico.* 3ª ed. São Paulo: Martins fontes. 2007.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. 27ª ed. Petrópolis. Ed. Vozes, 1987.

GOFFMAN, Erwin. *Estigma:* notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4a ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. 4ª ed. São Paulo. Ed. Perspectiva, 1978.

JUNGBLUT, Airton Luiz. *Deus e nós, o diabo e os outros:* a construção da identidade Religiosa da Igreja Universal do Reino de Deus. Cadernos de Antropologia. PPGAS - UFRGS. 1992.

RODRIGUES. Gilse Elisa. *Negociando crenças:* um estudo antropológico sobre conversão religiosa em uma penitenciária feminina. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social)–PPGAS, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

_____. *Transgressão, controle social e religião:* um estudo antropológico sobre práticas religiosas na penitenciária feminina do estado do rio grande do sul. Porto Alegre. UFRGS. Debates do NER, ano 6, n. 8, p. 17, jul./dez. 2005.

SCHELIGA, Eva Lenita. "*E me visitastes quando estive preso:* sobre a conversão religiosa em unidades penais de segurança máxima". Dissertação (Mestrado em Antropologia social) – PPGAS, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO I: EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS

Coordenador: Daniel Achutti (Unilasalle).

Canoas, 2017.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E O ESTADO CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVAS PARA ALÉM DO DEBATE PÚBLICO-PRIVADO

Juliano Alves Lopes[1]

Resumo:

Este trabalho pretende realizar uma reflexão sobre o atual processo de institucionalização da mediação de conflitos no Brasil. A partir desse contexto, busca-se discutir a relação existente entre o Estado contemporâneo e as práticas de mediação, identificando a institucionalização da mediação de conflitos como um possível movimento de apropriação de práticas de caráter privado pelo poder público. Com base nesse debate, propõe-se avaliar a possibilidade de ultrapassar a dicotomia público/privado, apresentando uma perspectiva da mediação enquanto prática constituinte do "comum".

Palavras-chave: Mediação de Conflitos. Estado. Público. Privado. Comum.

CONFLICT MEDIATION AND THE CONTEMPORARY STATE: PERSPECTIVES BEYOND THE PUBLIC-PRIVATE DEBATE

Abstract:

This work aims to present an analysis on the current process of institutionalization of conflict mediation in Brazil. From this context, it intends to discuss the relation between the contemporary State and the practices of mediation, identifying institutionalization of conflict mediation as a possible way of appropriating private practices by the public sphere. Based on that debate, it proposes to evaluate the possibility to go beyond the public/private dichotomy, presenting perspectives of conflict mediation as practices that are part of the "commonwealth".

Keywords: Conflict Mediation. State. Public. Private. Commonwealth.

1 Introdução

A renovada preocupação das ciências jurídicas com a questão da Mediação de Conflitos revela um crescente interesse por outras formas de produção do Direito que não decorram ou dependam, necessariamente, da jurisdição ou da atuação estatal. Essa busca por teorizar outras dimensões da realidade jurídica parte, de certo modo, da insuficiência das teorias tradicionais e do próprio Estado em lidar com as constantes transformações de uma sociedade dinâmica cuja complexidade, muitas vezes, excede os limites e possibilidades das normas positivadas.

No Brasil, essa preocupação apresenta-se, também, a partir da generalização das práticas de mediação enquanto políticas públicas por meio da aprovação de normas com previsões específicas

*Advogado, Mediador de Conflitos. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestrando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bolsista da CAPES/PROEX. Integrante do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição. Contato: lopes@post.com

sobre o tema, a exemplo da Resolução nº 125, do CNJ, de 2010, da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil). Tais normas surgiram em um contexto em que se discute uma ampla reforma do sistema processual brasileiro, a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade do processo convencional e, em menor grau, a judicialização das relações sociais.

Essas duas tendências, aparentemente contraditórias, isto é, primeiramente o interesse dos juristas pelo direito produzido paralelamente ao direito do Estado e, em um segundo momento, a transformação de práticas outrora denominadas "alternativas"[2] em políticas públicas – políticas que são, necessariamente, políticas do Estado – demonstram que existe, de fato, uma receptividade do pensamento jurídico em relação a outros modos, não-convencionais, de produção do direito.

Contudo, ao recepcionar outros modos de produção do direito, e aqui nos referimos especificamente ao caso da institucionalização das práticas de mediação de conflitos, o ordenamento jurídico brasileiro recepciona mecanismos cuja justificação político-filosófica lhe é estranha. Tal incorporação apresenta-se como uma possível reação/adaptação do Estado ao contexto de crise e transformação de suas próprias funções e elementos constitutivos, fenômeno intensificado nas últimas décadas.

Conforme observam Bolzan de Morais e Spengler, "a estrutura funcional do Estado, que deveria possibilitar a realização da jurisdição, também se encontra em crise", o que nos revela que a crise da função jurisdicional é, também, uma dimensão da crise do próprio Estado contemporâneo. Assim, a partir desta crise, da consequente perda de centralidade do Estado no momento de "produzir ou aplicar o direito", abrir-se-ia espaço para o surgimento de instâncias alternativas de tratamento de conflitos.[3]

É neste contexto que ocorre a institucionalização das práticas de mediação e sua incorporação pelo Estado por meio de políticas públicas. Tratando-se a mediação de conflitos de um conjunto de práticas que teria sua origem em âmbito privado, alternativamente à jurisdição estatal, estaríamos diante de um processo de apropriação da mediação pela esfera pública? Não estaria o Estado, por meio dessa possível apropriação, buscando alguma forma de garantir a manutenção de sua própria centralidade, pela tentativa de retomada do monopólio da produção e aplicação do direito? Ainda, haveria espaço para a discussão da mediação de conflitos além da dicotomia público/privado?

Para proceder à análise dessas hipóteses, utilizar-se-á como referência o método fenomenológico hermenêutico, utilizando como técnicas a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. Na primeira parte do trabalho realizaremos uma breve revisão do conceito teórico da mediação de conflitos, delimitando seu escopo em relação ao atual movimento de retomada e institucionalização. Na segunda parte do trabalho, partindo dessa revisão conceitual e com base na obra de Luís Alberto Warat[4], Michael Hardt e Antonio Negri[5], buscaremos discutir a relação entre mediação e processo judicial, isto é, entre o direito produzido pelo Estado e o "Direito da Mediação", propondo uma análise teórica que busca ultrapassar a dicotomia público/privado, a partir de uma perspectiva do "comum".

---

[2] Salienta-se que na literatura brasileira sobre o tema não se utiliza a terminologia "métodos alternativos de resolução de conflitos" que era corrente na década de 1990, sendo atualmente mais utilizado o emprego do termo "formas adequadas para tratamento de conflitos". Ver, a respeito, BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição! 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

[3] BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. op. cit., 2012. p. 77

[4] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

[5] HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. 1. ed. Rio de Janeiro : Record, 2016.

2 Mediação: Conceito Teórico e Modelos

Antes de realizar uma análise das hipóteses levantadas, é fundamental delimitar o presente objeto de estudo, a mediação de conflitos. Acumulam-se nas prateleiras das livrarias e bibliotecas inúmeras obras que buscam fornecer uma descrição objetiva para esse instituto. Por seu caráter predominantemente multidisciplinar, dificilmente encontra-se um consenso teórico quanto ao conceito do que seria a mediação de conflitos.

Em primeiro lugar, é preciso compreender que as variadas descrições teóricas desse instituto correspondem sempre a um determinado ponto de vista, seja ele das Ciências Jurídicas, da Sociologia, da Psicologia, ou mesmo das Artes. Assim sendo, nesse trabalho buscaremos limitar-nos, na medida do possível, à perspectiva jurídica, apresentando um conceito operacional de mediação que nos permita confrontá-lo com os demais temas em análise.

Em segundo lugar, relembrando a lição de Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, precisamos observar o desenvolvimento teórico da mediação não como fruto de nosso tempo e de nossas instituições jurídicas, mas como práticas que são periodicamente renovadas e reinterpretadas, isto é, como reflexo de uma dimensão histórica do comportamento humano. Em todos os tempos e culturas existiram mediações e mediadores; trata-se de um elemento indissociável da natureza negocial das relações humanas.[6]

Não se pretende com este trabalho realizar uma análise histórica da mediação, exceto naqueles pontos em que percebemos a compreensão do contexto histórico como absolutamente determinante para o entendimento das particularidades do atual momento de renovação das práticas de mediação. Apenas tangenciaremos, com brevidade, a história da sistematização e retomada contemporânea das práticas de mediação.

Nos últimos 50 anos, observou-se um renovado interesse pelos chamados "métodos alternativos" de resolução de conflitos, especialmente em um contexto de crise dos mecanismos jurisdicionais. Em relação às estruturas do Poder Judiciário, tal interesse relacionava-se com a necessidade de encontrar ferramentas para conferir maior celeridade e eficiência à jurisdição. Do ponto de vista acadêmico, os estudos de mediação e a sistematização dos primeiros modelos nos Estados Unidos estiveram relacionados com a Guerra Fria e com a necessidade de estruturar mecanismos pacíficos de resolução de conflitos. Atualmente consolidada em diversos países, a prática da mediação de conflitos é considerada pela Organização das Nações Unidas (ONU), como "a mais adequada maneira de promoção da cultura da paz"[7], podendo ser empregada em inúmeras áreas e problemáticas das relações humanas.

O que diferenciaria o atual momento de retomada e renovação das práticas Mediação de Conflitos seria o crescente desenvolvimento e concretização de uma cultura de mediação por meio da adoção de políticas públicas. Esse desenvolvimento, que acontece, pelo menos, desde a década de 1970, ocorre por meio da sistematização das práticas de mediação, que é, por sua vez, consequência da consolidação de diferentes metodologias e modelos teóricos de caráter prescritivo, bem como da crescente especialização dos temas aos quais esses modelos se aplicam.

---

[6] BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. La médiation : une justice douce. Paris : Syros-Alternatives, 1992. p. 6.

[7] BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, nº 11, 2010. p. 19-46.

Tendo em vista tais considerações, realizaremos a seguir uma análise das principais propostas de conceitos teóricos para o instituto da Mediação de Conflitos, para, em seguida, fazer alguns apontamentos sobre o surgimento de modelos específicos de práticas de mediação, de forma a delimitar o objeto de estudo do presente trabalho.

2.1 Conceito de Mediação

O conceito teórico da mediação de conflitos envolve a percepção de um grande número de práticas organizadas que buscam uma transformação da relação conflituosa. Jean-Pierre Bonafé-Schimitt afirma que a mediação seria um "processo", na maioria das vezes formal, pelo qual um terceiro imparcial, por meio da organização das trocas que ocorrem entre as partes, irá possibilitar a elas que confrontem seus pontos de vistas, buscando, com elas, uma solução para o conflito que lhes opõe.[8]

Assim, o elemento fundamental deste conceito parece ser o seu caráter relacional, que envolve a participação de um terceiro na construção de significados e compromissos entre as partes. No mesmo sentido, Luís Alberto Warat propõe a mediação na seguinte perspectiva:

> A mediação pode ser vista como uma difundida, complexa e variada corrente de intervenção sobre as relações interpessoais em conflito, um campo grupal constitutivo de relações de ajuda conduzidas por profissionais treinados a partir de um conjunto variado de técnicas, estratégias e saberes que facilitam o diálogo em vínculos conflitivos através da descoberta, pelas partes em conflito, de afinidades eletivas que lhes permitem elaborar pontos em comum com o que terminam transformando o conflito em uma relação mais satisfatória.[9]

Assim, para Warat, a mediação deve ser um espaço para a construção do diálogo e, muito mais do que um mecanismo de justiça, uma atividade direcionada à plenitude do ser e a um esforço de reconstrução simbólica das relações interpessoais em conflito[10]. A mediação consistiria, portanto, em um conjunto de práticas direcionadas à atribuição ou redefinição de significados aos vínculos relacionais.

Conforme salientam José Luís Bolzan de Morais e Fabiana Spengler, "a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, mas entre elas"[11]. A mediação refletiria, nesse sentido, uma série de práticas que são desenvolvidas na busca pela concretização de uma ideia de moderação e equilíbrio das relações interpessoais.

De acordo com Warat, "a mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem o auxílio do mediador para administrá-lo"[12]. Nesse intento, a mediação consistiria em uma

---

[8] BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. La médiation : une justice douce. Paris : Syros-Alternatives, 1992., p. 17.
[9] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 212.
[10] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 58.
[11] MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. op. cit., 2012. p. 146.
[12] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 60.

abordagem do conflito que privilegia a autonomia da vontade das partes, por meio de um procedimento autocompositivo.

Diferentemente do processo judicial, em que a atuação do terceiro, no caso o juiz, determina o resultado da disputa a partir da formação de uma convicção externa ao conflito, a mediação apresenta a possibilidade das partes resgatarem seu poder decisório, inclusive dispondo sobre questões que normalmente não seriam conhecidas na jurisdição convencional, como, por exemplo, o reconhecimento emocional, a distribuição de afeto, o respeito mútuo, ou, até mesmo, o amor[13].

Por tal característica, atribui-se ao procedimento de mediação a capacidade de gerar um resultado muito mais satisfatório às partes, visto que permite conceber um modo particular de produção do direito cuja eficácia, embora limitada às partes, seria plenamente realizada com a identidade entre os interesses das partes e os resultados obtidos. Isso implica também que as partes tenham um envolvimento muito maior com o procedimento e mesmo uma dedicação pessoal para com os vínculos em questão, assumindo também os riscos[14] e efeitos de sua própria liberdade decisória.

A segurança e eficácia do procedimento de mediação decorrem do comprometimento das partes, uma com a outra, e de cada uma delas consigo mesma. O conceito de mediação envolve, dessa forma, uma racionalidade com a qual estamos pouco acostumados, visto que estamos culturalmente condicionados a delegar nossa capacidade decisória a outros, de forma a obter a precária tranquilidade de estarmos isentos de quaisquer responsabilidades e consequências que porventura decorressem daquela decisão.

A abordagem teórica do conceito de mediação traz ainda alguns importantes questionamentos quanto à possibilidade de existência de um acordo e as finalidades do procedimento de mediação. Certo que qualquer abordagem de um conflito tende à sua transformação ou pacificação, seja por cooperação, por meio de um acordo, ou por competição, pela derrota do oponente[15]. Muitos autores afirmam, contudo, que, embora um acordo seja muito desejável, sua existência seria, de certo modo, irrelevante para a verdadeira finalidade das práticas de mediação, que compreenderia a satisfatória transformação das relações conflitivas, por meio da cooperação. As diferentes práticas e principais modelos de mediação se dedicam a propor encaminhamentos para essa questão, o que será posteriormente retomado ao nos dedicarmos à análise dos modelos de mediação e suas aplicações.

2.2 Modelos de Mediação

O objeto deste trabalho não é adentrar nos detalhes e peculiaridades de cada modelo de mediação – até porque entendemos, conforme também propõe Vasconcelos[16], que a mediação de conflitos não deve ser limitada por uma prescrição específica para todos os casos, havendo

---

[13] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 39-47.

[14] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 59: "Fala-se de autocomposição na medida em que são as mesmas partes envolvidas no conflito que assumem os riscos das decisões".

[15] DEUTSCH, Morton. Conflict Resolution: Theory and Practice. Political Psychology, Vol. 4, nº 3, 1983. p. 431-453. p. 434.

[16] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 55.

possibilidade de aplicação de múltiplos modelos em um mesmo caso, conforme a necessidade e percepção do mediador. No entanto, para fins de compreensão do fenômeno contemporâneo da mediação é preciso realizar uma breve síntese quanto aos principais modelos utilizados, especialmente para distingui-los do modelo de "mediação judicial" adotado atualmente no Brasil.

Conforme salientado anteriormente, o primeiro modelo de mediação sistematizado no século XXI foi o chamado "modelo de Harvard", que partiria da chamada "teoria da negociação baseada em princípios", proposta pelos professores de Harvard, William Ury, Roger Fisher e Bruce Patton[17]. Inicialmente esse modelo apresentava a mediação sob um enfoque facilitativo, de acordo com o qual o mediador deveria apenas "facilitar" a comunicação entre as partes, preocupando-se com a contextualização de seus interesses em detrimento de suas posições em negociação. Esse modelo teria, nesse sentido, uma preocupação específica com a obtenção do acordo, dirigindo a atuação do mediador para tal finalidade.

A partir do modelo inicialmente proposto em Harvard desenvolveram-se orientações chamadas "acordistas", que são até hoje praticadas, com maior ou menor intensidade, em muitos centros de mediação, em especial nos Estados Unidos. A respeito dessa matriz, Warat realiza importante crítica:

> Há correntes de mediadores, de orientação acordista que consideram o conflito como um problema a ser resolvido nos termos de um acordo. Estamos falando de uma proposta de mediação que se fundamenta na ideologia e no individualismo possessivo. Em termos acordistas, a mediação tem como destino a construção de uma solução (que todos aceitem) para um conflito concebido como problema. Para os acordistas, os conflitos se solucionam redigindo convênios. A ideologia individualista possessiva pensa em uma sociedade construída por indivíduos que lutam para a satisfação individual de seus desejos e interesses. A insatisfação nessa ideologia é a dos interesses[18].

Atualmente, contudo, as pesquisas realizadas na Universidade de Harvard não se limitam a esse modelo inicial, havendo expandido sua análise às diversas modalidades e enfoques das práticas de mediação, pelo que, como salientam Diego Faleck e Fernanda Tartuce[19], há que se ter cuidado quando se refere ao "modelo de Harvard" para não confundir o excelente e amplo trabalho elaborado nesta Universidade apenas com um modelo limitado e direcionado à obtenção do acordo.

Outro importante modelo de mediação é o chamado "modelo transformativo", desenvolvido a partir da crença de que os objetivos da mediação devem ir além da mera realização de um acordo. Percebeu-se que a excessiva preocupação com o acordo deixava de lado a interação entre as partes, isto é, a forma como o relacionamento ocorria ou continuaria ocorrendo. Especialmente com a obra de Joseph Folger e Robert Bush[20], buscou-se sistematizar um modelo direcionado a evitar a repetição de condutas nocivas baseadas em padrões anteriores, por meio da valorização de uma "transformação relacional"[21].

---

[17]FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. X.

[18] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 63.

[19]FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 183.

[20]BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph. La promessa de mediación. Buenos Aires: Ediciones Granica, 2008.

[21] SUARES, Marinés. Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2008, p. 59-60.

O modelo transformativo, conforme salientam Faleck e Tartuce, procura se distanciar da concepção de mediação apenas como ferramenta para solução de problemas por meio de um acordo; para essa corrente, portanto, "as disputas não devem ser vistas como problemas, mas sim como oportunidades de crescimento moral e transformação"[22]. Para Warat, o modelo transformativo consiste na "visualização do conflito como uma oportunidade para o oferecimento às partes da possibilidade de uma melhora na qualidade de vida, para o encontro consigo mesmo e para uma melhora na satisfação dos vínculos"[23].

O terceiro modelo de mediação que abordaremos na presente análise é o chamado "modelo circular-narrativo", que foi proposto pela pesquisadora Sara Cobb[24]. Esse modelo, alimentado por uma teorização multidisciplinar com influências de variadas concepções teóricas (teoria geral de sistemas, cibernética, teoria do agir comunicativo, etc)[25], preconiza a importância da desconstrução e reconstrução da narrativa apresentada pelas partes visando romper com uma cadeia de causalidade do tipo circular que gera uma permanente retroalimentação ao conflito[26].

Para tanto, o modelo de Sara Cobb indica que seria necessário adotar técnicas de comunicação a partir das narrativas pessoais das partes, das histórias e trajetórias de cada uma delas. A partir disso, o acordo surgiria como uma consequência lógica não apenas da transformação dos vínculos, mas também pela transformação dos significados e do entendimento da lógica discursiva de cada um dos mediandos.

A partir da análise dos três principais modelos de mediação e dos pressupostos axiológicos do conceito teórico da mediação de conflitos, buscaremos estabelecer na segunda parte desse trabalho um paralelo com as práticas de mediação desenvolvidas enquanto política pública pelo Poder Judiciário brasileiro, de forma a determinar seu alcance em relação aos conceitos previamente desenvolvidos.

3 Entre O Público e o Privado: um Espaço do Comum?

A institucionalização das práticas de mediação de conflitos pelo Estado brasileiro por meio da chamada "mediação judicial", estabelecendo a mediação em um formato predominantemente "endoprocessual"[27], apresenta inúmeras dificuldades que questionam a própria essência da mediação de conflitos. Conforme exposto, o desenvolvimento recente da mediação ocorreu por meio da consolidação e sistematização de práticas de caráter majoritariamente privado, as quais se estruturam por meio de um conjunto axiológico diverso, e talvez mesmo incompatível, com a lógica pública da jurisdição estatal.

---

[22] FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (Org.). Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 184.

[23] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.63.

[24] COBB, Sara. Speaking of Violence: The Politics and Poetics of Narrative in Conflict Resolution. Oxford: Oxford University Press, 2013.

[25] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. São Paulo: Editora Método, 2014. p. 55.

[26] SUARES, Marinés. Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2008, p. 59-60. p. 61.

[27] MORAIS, José Luís Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. op. cit., 2012. p. 194.

Para instrumentalizar essa reflexão, analisaremos a formatação de um modelo de "mediação judicial" no Brasil, diferenciando este modelo dos conceitos previamente apresentados que informam de forma genérica o fenômeno da mediação de conflitos. Assim, investigaremos como a adoção da mediação judicial representaria um processo de institucionalização híbrido, pautado pela apropriação de práticas de caráter privado pelo espaço público estatal, integrado à estrutura do Poder Judiciário. Com base nesses elementos e a partir da obra e Hardt e Negri[28] procuraremos avaliar de que forma seria possível ir além da distinção público/privado concebendo as práticas de mediação como constituintes da ideia de um espaço comum que é socialmente compartilhado.

3.1 Mediação judicial: Um modelo híbrido?

No Brasil, com o desenvolvimento das práticas de mediação no Brasil enquanto políticas públicas, a partir da iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), estruturou-se um modelo específico de mediação para ser aplicado e utilizado no âmbito do Poder Judiciário. Esse modelo foi concretizado por meio da Resolução nº 125 de 2010, do CNJ, que instituiu a "Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses".

Embora a Resolução nº 125 do CNJ indique, no art. 2º de seu Anexo II[29], que o mediador não deve forçar um acordo entre as partes, salientando, portanto, uma ausência de obrigação de resultado por parte do mediador, é possível afirmar que o modelo de mediação judicial brasileiro orienta-se, fundamentalmente, pela busca do acordo. E não poderia ser diferente quando se analisa o contexto de crise do Poder Judiciário que motiva o incentivo do Estado a outras abordagens de administração da justiça capazes de lidar com a crescente demanda processual, haja vista que a administração pública possui reconhecido dever de celeridade e eficiência.

Realizando uma analogia com a retomada e sistematização dos primeiros modelos de mediação nos Estados Unidos, percebe-se que também no Brasil a implantação da mediação no âmbito dos tribunais de justiça busca contemplar, essencialmente, o problema da morosidade e ineficiência dos mecanismos tradicionais da jurisdição estatal[30]. Nesse mesmo sentido, a redação do Novo Código de Processo Civil brasileiro – em que a preocupação do legislador com a morosidade do judiciário é evidente[31] – apresenta um marcante estímulo à adoção dos métodos consensuais de resolução de conflitos como uma forma de abreviar o curso do processo, conforme evidencia o artigo 3º, parágrafos 2º e 3º, do referido Código[32].

---

[28] HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. 1. ed. Rio de Janeiro : Record, 2016.

[29] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/ resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2016.

[30] BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 19 mai. 2016.

[31] Ibid., Art. 4º: "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa". Art. 6º: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

[32] Ibid., Art. 3º: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

Em conformidade com nossa análise sobre o conceito teórico da mediação de conflitos, entende-se que a inserção da mediação no ordenamento processual brasileiro com estas premissas revela-se como tentativa de apropriação de um mecanismo exógeno à lógica do próprio direito processual com o intuito de suprir algumas de suas falhas e mazelas. No entanto, por tratar-se de uma apropriação metodológica, as normas do ordenamento estatal precisam tomar para si o objeto da apropriação, transformando-o, de forma a compatibilizá-lo com sua própria racionalidade sistêmica. Assim, percebe-se que o próprio CPC, ao adotar como princípios informativos do procedimento de mediação a busca do consenso, a independência e a decisão informada, revela uma interferência da racionalidade do processo jurisdicional no campo axiológico da mediação de conflitos.

É possível citar como questões dignas de nota, visto que revelam exceções ao princípio da autonomia das partes, a impossibilidade de escolha do mediador em casos submetidos aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCS) dos Tribunais de Justiça e a inevitável vinculação com a autoridade jurisdicional, seja por ato ordenando a realização de sessão de mediação, situação em que ocorre a chamada mediação "endoprocessual", ou pela obrigatoriedade de homologação de eventual acordo, isto é, pelo condicionamento da vontade das partes ao olhar crítico e sancionador do magistrado.

Ademais, a própria temporalidade da mediação, que deveria permitir uma abordagem mais rápida e eficiente ao conflito acaba, muitas vezes, comprometida, devido aos limites restritivos de tempo impostos pela estrutura administrativa dos Tribunais. Ao estabelecer um limite rígido de duração para as sessões, o Poder Judiciário não permite que as sessões de mediação transcorram com plena autonomia, fazendo com que, muitas vezes, se realizem inúmeras sessões de curta duração, sem que seja possível, na maioria dos casos, o pleno desenvolvimento dialógico, visto que equipara a lógica temporal da sessão de mediação à lógica objetiva da audiência judicial.

Assim sendo, parece que estamos diante de um modelo híbrido, contaminado pela racionalidade jurisdicional e limitado pela legislação estatal; que se aproxima de um modelo "acordista", mas que, contudo, se apresenta com as vestes de um modelo transformativo; que propõe um avanço no acesso à justiça e ao mesmo tempo se arrisca a assumir a condição de justiça de "segunda categoria"[33]; circunscrito ao espaço e estrutura do Estado contemporâneo, representado pelo Poder Judiciário, mas que reivindica sua própria autonomia, como produto de uma lógica negocial adaptada a partir das relações privadas.

3.2 Autonomia e Produção do Direito: O Direito da Mediação.

Conforme mencionado anteriormente, o conceito de mediação, ao apresentar-se como procedimento autocompositivo, envolve uma racionalidade com a qual estamos pouco acostumados e que nos exige romper com nossos condicionamentos culturais, vinculados à dependência estatal. Trata-se, conforme salienta Warat, de um desafio que propõe uma recuperação de nossa própria autonomia individual e capacidade decisória[34].

Nossa tradição jurídica baseia-se em uma constante delegação de competências. Assim como na infância sempre buscamos referências em alguma fonte externa de autoridade – a mãe, o

[33] [33] BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. La médiation : une justice douce. Paris : Syros-Alternatives, 1992. p. 122.

[34] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 205.

pai, os professores – na vida adulta o Estado e os seus agentes assumem esse protagonismo, e a eles costumamos confiar integralmente a capacidade de decidir sobre o bem comum e o bem individual.

Vivemos em uma infância intermitente. Ao mesmo tempo em que o Estado nos obriga a assumir responsabilidades – cívicas, cíveis, penais, tributárias – próprias da vida adulta, também nos impõe uma tutela de dependência, cujo caráter paternalista está presente em todo nosso ordenamento jurídico. Nossas garantias geram as mesmas responsabilidades que nos condicionam. É preciso lembrar que a lógica de nossa dependência do Estado origina-se num longo processo histórico de construção e centralização do poder do Estado[35] e, portanto, possui bases sólidas.

Buscando escapar desses condicionamentos nocivos, Warat propõe a existência de um Direito da Mediação[36], comprometido com a humanização dos conflitos e que possibilite os meios para a produção e realização existencial da autonomia humana. Tratar-se-ia de um esforço pedagógico para que possamos renunciar às nossas "certezas heterônomas", entendendo, assim, que "nosso processo de autonomia exige a supressão da segurança estupidamente tranquila de nossas insignificantes vidas cotidianas"[37].

Diferentemente do direito decorrente da tutela do Estado, o Direito da Mediação não se preocuparia com o litígio ou com a "verdade formal contida nos autos"[38]. Para sua efetividade seria preciso afastar-se do normativismo das formas de direito estatal que reproduzem a violência por meio da sanção jurídica e da coerção. De acordo com Warat, o Direito da Mediação seria ao mesmo tempo uma forma autônoma de produção do direito e também um mecanismo que visa proporcionar condições à prática e efetividade da autonomia humana:

> Na mediação a autocomposição é ecológica por duas fortes razões. A primeira porque ela pode ser considerada como uma forma de realização da autonomia, na medida em que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças (produção do tempo com o outro), que modificam as divergências. A autonomia, como democracia, o amor e o ódio são formas de convivência com a conflitividade, com a incompletude que a conflitividade existencial determina. O indivíduo autônomo precisa negociar com o outro a produção conjunta da diferença, o que implica, forçosamente, a mediação do simbólico. Em segundo lugar, a mediação é uma forma ecológica de autocomposição na medida em que, ao procurar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida.[39]

A ideia de autonomia e emancipação social por meio das práticas de mediação, conforme apresentada por Warat, nos indica a possibilidade de uma forma de tratamento de conflitos, ela mesma fonte de direito, que seria desenvolvida em oposição à pretensão do monopólio de produção e aplicação do direito por parte do Estado – pretensão que é inerente às estruturas jurisdicionais originadas no processo histórico de consolidação do Estado Moderno. Para Warat, a mediação estaria, portanto, relacionada a uma forma autopoiética de produção do direito – o Direito da Mediação – que contemplaria uma reivindicação legítima de emancipação social, construída a partir de práticas privadas que seriam estabelecidas alternativamente ao modelo público da justiça estatal. Por meio da mediação de conflitos haveria, portanto, uma forma de superar os condicionamentos

---

[35] SORENSEN, Georg. La Transformación del Estado: Más allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. p. 31.
[36] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 115.
[37] Ibid., p. 205.
[38] Ibid., p. 60.
[39] Ibid., p. 59.

históricos que deram origem ao Estado contemporâneo e enfrentar as demandas que o colocam em crise.

3.3 Nem público, nem privado... Em busca do comum.

O desenvolvimento de um modelo de mediação judicial no Brasil nos coloca diante de um dilema: como conceber um conjunto de práticas privadas que buscam fomentar autonomia e emancipação social e que, ao mesmo tempo, se submetem ao controle e tutela do poder público? Tal modelo híbrido não seria carente de integridade? Existiria em relação à mediação de conflitos uma maneira de ultrapassar os limites estabelecidos na dicotomia entre o público e o privado?

O debate entre público e privado não é percebido apenas por meio da tentativa de apropriação da mediação e conflitos por parte do Estado; Hardt e Negri, por exemplo, identificam a existência de uma visão padronizada que seria, há muito, pautada por uma profunda dicotomia que separaria todos os bens do mundo, materiais e imateriais, bem como os resultados de nossas produções sociais, entre o espaço público e o privado. Tal divisão seria a mesma que caracterizaria a polarização política entre socialismo e capitalismo.[40]

Os mesmos autores identificam que a grande maioria das construções teóricas partem "do princípio de que a única alternativa ao privado é o público, ou seja, aquilo que é gerido e regulado pelo Estado e por outras autoridades governamentais, como se o comum fosse irrelevante ou estivesse extinto"[41]. Para Hardt e Negri, o comum estaria em todo lugar a nossa volta, ainda que sejamos incapazes de reconhecê-lo em sua plena potencialidade:

> Pelo termo "comum", referimo-nos, em primeiro lugar, à riqueza comum do mundo material – o ar, a água, os frutos da terra e todas as dádivas da natureza -, o que nos textos políticos europeus clássicos em geral é considerado herança da humanidade como um todo, a ser compartilhada por todos. Mais ainda, também consideramos fazerem parte do comum os resultados da produção social que são necessários para a interação social e para mais produção, como os conhecimentos, as imagens, os códigos, a informação, os afetos e assim por diante.[42]

Salientam, ainda, Hardt e Negri que esse conceito do comum se centra, acima de tudo, "nas práticas de interação, cuidado e coabitação num mundo comum, promovendo formas benéficas do comum e limitando as prejudiciais"[43]. Para os autores mencionados, o reconhecimento do comum seria um processo próprio do desenvolvimento de uma "altermodernidade", indicando um momento de "rompimento decisivo com a modernidade e a relação de poder que a define"[44]. Representaria, aqui acrescentamos, um rompimento também com a forma dominante de organização social constituída na modernidade: o próprio Estado contemporâneo.

Esse momento nos colocaria diante do desafio de desenvolver uma "razão biopolítica", pautada pela necessidade de colocar "a racionalidade à serviço da vida, a técnica a serviço das necessidades ecológicas", que seriam entendidas não só como preservação da natureza, mas – assim

---

[40] HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. 1. ed. Rio de Janeiro : Record, 2016. p. 9.
[41] Ibid., p. 8
[42] HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. 1. ed. Rio de Janeiro : Record, 2016. p. 8.
[43] Ibid., p. 8.
[44] Ibid., p. 123.

como também propõe Warat ao tratar da mediação[45] – como forma de desenvolvimento e reprodução das relações sociais[46]. Para que essa razão biopolítica, própria da altermodernidade, seja efetivada, Hardt e Negri afirmam que deverá estar alicerçada no terreno da prática coletiva, onde o estado de bem-estar-comum se transforma num processo de produção do comum"[47].

Parece evidente que, se existe de fato um Direito da Mediação, conforme propõe Warat, este é orientado não apenas por princípios e procedimentos que o distingue do direito positivo estatal, mas também por uma diversidade de conteúdo material que parece estar fundamentada num processo dialógico de construção do comum. O Direito de Mediação, diferentemente do Direito do Estado, deveria limitar a si mesmo apenas pela autonomia e vontade das partes, ou em outros termos, pela liberdade e subjetividade da "multidão"[48], para usar o conceito de Hardt e Negri.

Assim, as vedações e prescrições que a norma jurídica apresenta por meio dos mecanismos do Estado – e que limitam o conteúdo material do direito – não se aplicariam, automaticamente, aos acordos e vínculos constituídos por meio das práticas de mediação. Pelo contrário, de acordo com Warat a mediação seria um mecanismo até mesmo capaz de resgatar o conflito da nocividade do direito estatal, vejamos:

> O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões da vida. Ele tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território ao qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). Ele tem que tentar "efetivar" o conflito, inscrevendo o amor, inscrevendo o amor, entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder, no meio da dependência e da dominação[49].

Isso nos indica que inexistiria um alinhamento automático entre as práticas de mediação e a jurisdição estatal. E disso decorre uma das maiores dificuldades da integração entre os mecanismos da mediação e as estruturas do Estado contemporâneo: como transpor à ordem jurídica estatal o conteúdo material e as normas subjetivas produzidas em mediação? Mais além, como integrar ao direito do Estado os sentimentos, a psicologia, as peculiaridades da vontade humana? Ou ainda, como traduzir o amor para a linguagem jurídica?[50]

Não podemos nos omitir do raciocínio contrário, se as estruturas do direito do Estado transformam a mediação, como obrigar o sentimento à racionalidade da norma jurídica? Como estabelecer uma versão do complexo conteúdo hermenêutico que carrega a fala dos juristas? Seria possível incorporar à mediação o formalismo do direito estatal sem que a própria mediação se transforme em qualquer outra coisa, em híbrido desprovido de valor transformativo?

Talvez o apontamento de Hardt e Negri para a existência de um espaço além da polarização público/privado, por meio do reconhecimento do estabelecimento de relações próprias do "comum", nos indique o real significado e relevância da mediação de conflitos enquanto prática com potencial de emancipação social, conforme propõe Warat. Seria preciso, contudo, para atingir tais objetivos, isentar a mediação dos condicionamentos estruturais e jurídicos da realidade do Estado

---

[45] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 59

[46] HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. 1. ed. Rio de Janeiro : Record, 2016. p. 147.

[47] Ibid., p. 147.

[48] HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. Bem-estar comum. 1. ed. Rio de Janeiro : Record, 2016. p. 8.

[49] WARAT, Luís Alberto. Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 65.

[50] Ibid., p. 59.

contemporâneo, pois, de outra forma, parece-nos inconcebível o pleno exercício de autonomia e subjetividade, conforme propõem autores como Warat, Hardt e Negri.

4 Considerações Finais

Partindo da construção teórica do conceito de Mediação de Conflitos, buscamos delimitar seus principais elementos e princípios orientadores. Também apresentamos uma breve contextualização dos modelos de mediação mais relevantes e que influenciam as atuais práticas de mediação de uma maneira geral. A partir disso, procuramos estabelecer um paralelo entre o conceito teórico de mediação e o desenvolvimento do modelo de mediação judicial como um híbrido que busca integrar a racionalidade tanto da mediação quanto da atividade jurisdicional estatal.

Conforme exposto, a interação entre a mediação de conflitos e o ordenamento jurídico estatal revela inúmeras dificuldades, pois trata, ao mesmo tempo, de dimensões distintas da realidade jurídica, visto que cada uma delas é informada por uma racionalidade axiológica particular. Verificou-se que o desenvolvimento de um modelo híbrido de mediação, o modelo da "mediação judicial", nos aponta um interessante objeto de observação de como, na prática, se manifestam as tensões causadas pela interação entre o público e o privado.

Com essa análise e, subsidiados, principalmente, pela obra de Luís Alberto Warat, Michael Hardt e Antonio Negri, constatamos uma possível forma de superar a dicotomia público/privado ao identificar a mediação de conflitos como um conjunto de práticas cujo caráter "ecológico" lhes torna capazes de fomentar o desenvolvimento de "formas benéficas do comum". Portanto, nem público, nem privado – o espaço adequado para as práticas de mediação de conflitos parece ser o espaço do comum.

A institucionalização da mediação de conflitos por meio de políticas públicas, em um contexto de profunda crise do Estado contemporâneo – e, especialmente, de crise da função jurisdicional – indicaria uma tentativa do Estado de resistir ao desenvolvimento do comum, buscando adaptar práticas próprias do comum às suas estruturas de poder e controle. Por um lado, essa estratégia é bem-sucedida, pois consegue submeter o processo de transformação e autonomização das relações sociais à autoridade do Estado, que apenas assume nova roupagem.

No entanto, se tomamos o processo de apropriação das práticas de mediação como um processo reflexivo, então, talvez, o próprio Estado se transforme para se conformar à nova realidade e às novas demandas que se apresentam. Assim, é possível que o produto deste modelo híbrido, representado pela mediação judicial, ainda que fundamentalmente desprovido de seu potencial transformativo e emancipador, mantenha, ao menos, sua capacidade de tornar o próprio Estado mais permeável à lógica de uma "altermodernidade" e ao desenvolvimento das práticas do comum.

Referências

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem*: Alternativas à Jurisdição! 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis (org.). *O Estado e suas Crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation*: une justice douce. Paris: Syros-Alternatives, 1992.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, nº 11, 2010. p. 19-46.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 26 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 19 mai. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 16 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em: 19 mai. 2016.

BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph. *La promessa de mediación.* Buenos Aires: Ediciones Granica, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.* Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2016.

DEUTSCH, Morton. Conflict Resolution: Theory and Practice. *Political Psychology*, Vol. 4, nº 3, 1983. p. 431-453.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. In: TOLEDO, Armando Sérgio Prado de; TOSTA, Jorge; ALVES,José Carlos Ferreira. (Org.). *Estudos Avançados de Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. P. 171-189..

FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Como chegar ao sim*: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. *Bem-estar comum*. 1. ed. Rio de Janeiro : Record, 2016.

NUNES, António José Avelãs. *O Estado Capitalista e as suas Máscaras.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SIX, Jean François. *Le Temps des Médiateurs*. Paris: Seuil, 1990.

SORENSEN, Georg. *La Transformación del Estado*: Más allá del mito del repliegue. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

SUARES, Marinés. *Mediación*: Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. São Paulo: Editora Método, 2014.

WARAT, Luís Alberto. *Surfando na Pororoca*: O ofício do Mediador. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

POLICIAMENTO RESTAURATIVO: UM CAMINHO PARA AS POLÍCIAS BRASILEIRAS?

Bruno Arrais de Mendonça[51]
Eduardo Henrique Scanoni do Couto[52]

Resumo:

A presente pesquisa objetivou verificar a real possibilidade de aplicação das técnicas de policiamento restaurativo no fazer das polícias brasileiras, a partir da hipótese de que seria desejável a implantação do modelo em nosso país. Realizamos uma revisão bibliográfica e análise documental. Por meio da discussão dos temas "polícia", "policiamento", "policiamento comunitário", "justiça restaurativa" e "policiamento restaurativo" e a partir da apresentação do modelo inglês, de *Thames Valley*, para que se conheça uma experiência concreta de aplicação do policiamento restaurativo, pretendeu-se compreender as potencialidades e desafios à implantação desse modelo no cenário brasileiro. A atuação policial na Justiça Restaurativa não é imune a críticas. No mais das vezes, essas versam sobre a cultura policial, considerada violenta, para dizer o mínimo. Há ainda outros riscos, que merecem consideração. Contudo, existem razões para validar o policiamento restaurativo, uma vez que a polícia dispõe dos recursos necessários e do reconhecimento das vítimas e ofensores, além de haver claros benefícios para a própria polícia, em termos de transformar a cultura policial, pelo menos para aqueles diretamente envolvidos, conforme aponta pesquisa empírica. Não podemos fazer uma importação acrítica de mais um modelo estrangeiro sem fazer a necessária adequação à nossa realidade e sem observar que devemos aproveitar a oportunidade de implantação dessa prática não apenas para legitimar a ação policial, mas para transformar a cultura policial, renovando seus fazeres e revertendo a insatisfação com o sistema de justiça criminal e com as polícias.

Palavras-chave: Polícia. Comunidade. Sistema de Justiça Criminal. Justiça Restaurativa. Policiamento Restaurativo.

1 Introdução

No Brasil, o sistema de justiça criminal abrange órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário em todos os níveis da Federação, organizando-se em três frentes principais de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal. Ou seja, abrange a atuação do poder público desde a prevenção das infrações penais até a aplicação de penas aos infratores. As três linhas de atuação relacionam-se estreitamente, de modo a garantir, em tese, as atividades da Justiça.

[51] Servidor do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), Assessor de Magistrado na Quarta Vara da Infância e Juventude da Capital, Mestrando em Direitos Humanos Pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco (PPGDH-UFPE). E-mail: brunoarrais@gmail.com.

[52] Oficial da Polícia Militar de Pernambuco (PMPE), Chefe da Seção Técnica de Ensino do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças da PMPE, Mestre em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco (PPGDH-UFPE), Especialista em Políticas Públicas de Segurança (FACIPE/SENASP). E-mail: edu.scanoni@gmail.com.

Mendes (2015), ao discutir esse sistema, afirma que o país vivencia em matéria de segurança pública, um trágico paradoxo. De um lado, os elevados índices de criminalidade e o sentimento generalizado de impunidade têm levado a população a um descrédito cada vez maior nas leis e nas instituições. De outra parte, nunca se prendeu tanto como nos últimos tempos, sem que isso tenha refletido em mais segurança no dia a dia.

Confirmando essa ideia, o Anuário da Segurança Pública no Brasil expôs, em outubro de 2015, dados alarmantes no que tange à evolução das populações carcerária e socioeducativas, provocando sentimento de incompetência do Estado para reintegrar as pessoas privadas de liberdade em face do descumprimento da lei penal, onde observamos que a população carcerária aumentou aproximadamente 574% no intervalo de 1990 a 2014, ou seja, em 24 anos a população carcerária saiu de aproximadamente 90.000 pessoas para 607.731 pessoas encarceradas.

O reconhecimento da amplitude da insatisfação social com o Sistema de Justiça Criminal é o ponto de partida do Movimento de Justiça Restaurativa, em meados dos anos 1970 (Zehr, 2012; Achutti e Pallamolla, 2014; Achutti, 2016). Enquanto agências desse sistema, às Polícias se destina uma parcela substancial de frustração, rendendo-lhes críticas severas. Há muito tempo que o Sistema de Justiça Criminal, em geral, e as polícias, em particular, vivem uma grave crise de legitimidade. Tentando vencer essa crise, diversas reformas ao sistema foram propostas, inúmeros projetos lançados, em geral com pouco ou nenhum sucesso (Zehr, 2008).

Destacamos o protagonismo das Polícias nesse sistema por acreditar que, sem olvidar de suas funções precípuas, nem abandonar seus princípios, podem renovar sua atuação na perspectiva de uma mudança paradigmática. Tal mudança se prestaria, segundo nossa visão, a reduzir a distância entre a teoria - das funções e princípios da polícia e do policiamento - e a prática, contribuindo para renovar a cultura policial, afastando as práticas violentas, abusivas, que tão frequentemente lhe são imputadas.

Nesse sentido as "boas novas", não tão novas, em termos práticas policiais são, ao nosso ver, o policiamento comunitário e o policiamento restaurativo, desenvolvidos entre meados dos anos 1970 e início dos anos 1990. O policiamento comunitário surge como uma filosofia e estratégia de policiamento que busca uma maior aproximação das pessoas, das comunidades, através do encontro e do diálogo. Já a Justiça Restaurativa desponta como novo modelo de justiça desejoso de se aproximar da comunidade, que se propõe a ser empoderador, emancipatório, participativo.

2 Polícia e Policiamento

Em princípio, sobre o termo "policiamento", policiamento deriva do ato de policiar e quem executa esse ato é a Polícia. No que se refere ao termo "polícia", esse tem origem do latim *politia* e do grego *politeia*, trazendo o sentido de uma organização política. Para Bayley (2002, p.20) o conceito geral de polícia é a instituição composta por "pessoas autorizadas por um grupo para regular as ações interpessoais dentro deste grupo através da aplicação da força física".

Para Bobbio (2004, p. 944, *apud* Morais 2008, p. 29):

> Polícia é uma função do Estado que se concretiza numa instituição de administração positiva e visa pôr em ação as limitações que a lei impõe à liberdade dos indivíduos e dos grupos para salvaguarda e manutenção da ordem pública, em suas várias manifestações: da segurança das pessoas à

> segurança da propriedade, da tranquilidade dos agregados humanos à proteção de qualquer outro bem tutelado com disposições penais.

Sob a perspectiva de uma definição mais aplicável no Estado Democrático de Direito, Cerqueira (2006, p. 16) define polícia como a força pública originária do Estado, autorizada a sustentar de forma pragmática, quer seja pela criação ou manutenção, o controle do bem estar social através de uma força física susceptível por sua superioridade, acrescentando a essa definição o respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos.

Ainda sobre a definição de polícia, Cotta (2012, p.44) afirma que é uma instituição que possui um corpo profissional especializado, selecionado e treinado apropriadamente, tem a responsabilidade de garantir os direitos, através de seu patrulhamento, age na prevenção e repressão de atos considerados antissociais, bem como no serviço de investigação e prisão de pessoas que praticam crimes.

Marcineiro (2009, p. 76), explica que entendimento de preservação descrito no texto constitucional abrange os conceitos de manutenção e restauração. Segundo Cerqueira (2006, p. 86), para se estudar polícia, é necessário que se reconheça sua diversidade histórica, seu surgimento, sua inserção como grupo social onde geralmente se estabelecia uma norma social, aclamando ou reconhecendo solenemente um líder para coibir os conflitos da comunidade, com o intuito de manter a paz entre as pessoas.

Então, quando observamos a história das polícias no Brasil, verificamos que a maioria tem origem entre os séculos XVIII e XIX. Sua gênese se dá sob a perspectiva de sua principal missão a manutenção da ordem pública ligados à defesa dos interesses e dos bens do "soberano" ou governante, regida pela autoridade eclesiástica (COTTA, 2012, p.47).

Cotta (2012, p. 27) ainda afirma que as instituições responsáveis pela polícia no Brasil tiveram como base de atuação as ações relacionadas à ideia de manutenção da ordem. Ele ainda defende que o processo focado em políticas de ordem teve sua origem no período colonial, como primeira experiência da matriz policial nas terras brasileiras.

Mas, ao tratarmos de polícia e policiamento, é impossível não nos remeter a ideia de ordem pública e buscamos em Lazzarini (1999, p. 21), o estabelecimento da noção de ordem pública como gênero que abarca quatro espécies: segurança pública, tranquilidade pública, salubridade pública e dignidade da pessoa humana:

> - SEGURANÇA PÚBLICA, que é o "estado antidelitual que resulta da observância dos preceitos tutelados pelos códigos penais comuns e pela lei de contravenções penais, com as ações de polícia repressiva ou preventiva típicas (...)';
> - TRANQUILIDADE PÚBLICA, que "exprime o estado de ânimo tranquilo, sossegado, sem preocupações nem incômodos, que traz às pessoas uma serenidade, ou uma paz de espírito.";
> - SALUBRIDADE PÚBLICA, cuja "expressão designa, também, o estado de sanidade e de higiene de um lugar, em razão do qual se mostram propícias às condições de vida de seus habitantes"; e
> - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, (...) visa atribuir ao Estado, no uso do seu poder de polícia, restringir a possibilidade de alguém se sujeitar ou sujeitar alguém a situação aviltante ou constrangedora, em nome da preservação da dignidade da pessoa humana.

Marcineiro (2009, p. 77) ainda estabelece que a ordem pública não deve ser imposta, deve surgir de uma parceria sinérgica que envolva todos os atores sociais, servindo os agentes de segurança pública como catalisadores desse sistema, em razão de seu conhecimento técnico-

profissional. Nesse mesmo sentido é que o texto constitucional define ser "responsabilidade de todos".

Nesse contexto, Poncioni (2014, p. 56) identifica que o modelo de polícia profissional tradicional é aquele que em baseado em um arranjo burocrático-militar com ênfase no "combate ao crime" com opção primordial a ações reativas. Neste sentido, a ação policial é compreendida como uma estrutura apenas para aplicação da lei, tomando como base a legislação criminal para sua legitimidade, funcionando principalmente para o controle do crime e prisão de criminosos. É a partir desse ponto que o discurso do "controle do crime" é gradualmente substituído pelo da "guerra contra o crime", gerando as superlotações prisionais que hoje observamos no Brasil.

Poncioni, (2005, p. 592) ainda afirma que o novo modelo profissional de polícia enfatiza o serviço público, a discrição do policial informado por alto nível de educação e treinamento, e a busca de uma relação mais estreita entre a polícia e a comunidade. Esse modelo é apresentado com uma proposta de maior interação com a sociedade, onde a polícia identifica os problemas antes deles acontecerem, agindo de forma proativa. Baseia-se na mediação e resolução de conflitos, na filosofia da polícia comunitária. É na crença de que a resolução pacífica de conflitos confirma uma nova postura para o policial.

Esse novo modelo possui a premissa de que o crime é um problema sério, acima de tudo para as parcelas mais pobres e frágeis da sociedade, então o aspecto preventivo, tendo a comunidade como coparticipante desse processo e a cooperação de diversos atores sociais assumindo também uma espécie de co-responsabilização para a solução dos problemas.

3 Policiamento Comunitário

Em que consiste o policiamento comunitário? Para Trojanowicz e Bucqueroux (1994, p. 4) tratar-se de uma "filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia". É um processo de construção e manutenção de um bem-estar social realizado através dessa parceria. Nesse sentido a participação comunitária para prevenção e elucidação de crimes é primordial.

Para Neto (2002, p. 61) a consolidação do policiamento comunitário se torna eficaz somente quando o policial compreende a complexidade social e ajuste suas práticas a uma realidade urbana heterogênea e dinâmica. Então, observou-se que confinado no interior do automóvel, atendendo continuamente a chamados, o policial não interage plenamente com a comunidade, restringindo seu contato apenas em momentos conflituosos. A prática do policiamento comunitário visa reverter esse quadro, e é o contato direto e cotidiano entre o policial e o cidadão que se estabelece uma relação dialógica entre ambos.

Não obstante, ser um policial comunitário está associado diretamente com a responsabilidade de respeitar a dignidade de pessoa humana, o que não descaracteriza a utilização do uso legal da força, como afirma Marcineiro (2009, p. 84) com o objetivo de subordinar o comportamento individual infracional aos interesses de paz e tranquilidade do coletivo.

Igualmente, não isenta a utilização do poder de polícia definido por Meireles (2006, p.131) como a "faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado", e que Mendes (Brasil, 2001) discorre que o poder de polícia é desenvolvido em quatro fases: a ordem de polícia, o consentimento de polícia, a fiscalização de polícia e a sanção de polícia.

A ordem de polícia se refere a uma reserva legal e a discricionariedade que a administração pública possui. O consentimento de polícia é a anuência vinculada a discricionariedade do Estado, relacionada à atividade exercida. A fiscalização de polícia é a forma de atuação administrativa exercida para verificar o cumprimento da ordem de polícia. E a sanção de polícia diz respeito a autoexecutoriedade destinada a repressão de uma infração.

O que a despeito das definições acima citadas, alinhando-as à participação comunitária na gestão da segurança pública, o policiamento comunitário proporciona o empoderamento da comunidade nesse processo de participação na segurança pública local, como afirma Skolnick e Bayley (2002, p. 18) que "o público deve ser visto como 'coprodutor' da segurança e da ordem, juntamente com a polícia". Não obstante a isso, é importante salientar que esse empoderamento não significa delegar a comunidade a função da polícia, como afirma Lazzarini (1999, p. 51) "o poder de polícia, que legitima o poder da polícia e a própria razão desta existir, é um conjunto de atribuições da Administração Pública, como poder público e indelegável aos particulares", de uma coparticipação, tornando-o também responsável.

A parceria com a comunidade então, faz parte de uma das diretrizes para uma integração com a comunidade, pois é o reconhecimento potencial de que ela pode oferecer às organizações responsáveis pela segurança pública, que pode variar desde a identificação de problemas até o planejamento de uma ação para combater e solucionar algum problema mais amplo, para tanto é necessário um policial participante da rotina da comunidade e que, principalmente, seja um policial dialógico.

É através da ação preventiva que o policiamento comunitário identifica as causas da violência e atua de forma planejada, objetivando impedir o ato delituoso na sua origem.

Marcineiro (2009, p. 89) ainda afirma que o policiamento comunitário é uma filosofia de trabalho policial, extremamente adequada ao exercício do poder de polícia num Estado Democrático de Direito, voltada para a preservação da ordem pública e engajada na construção de comunidades mais seguras e solidárias.

Nesse mesmo sentido, Crowl (2017, p. 1) define o policiamento comunitário nos seguintes termos:

> "Policiamento comunitário é uma filosofia organizacional que enfatiza a importância de a aplicação da lei trabalhar cooperativamente com membros da comunidade para identificar e resolver questões relativas ao crime e à desordem. Tomadas coletivamente, as estratégias de policiamento comunitário são desenvolvidas para aumentar as parcerias entre a polícia e a comunidade, enquanto enfatizam abordagens de solução de problemas, para melhorar a qualidade geral de vida para os cidadãos"[53] (tradução livre dos autores).

Ao tratar do desenvolvimento do policiamento comunitário ao longo dos anos, apresentando resumidamente os benefícios que essa filosofia proporciona tanto para a polícia como para as comunidades, Crowl (2017, pp. 9-10) trata também dos desafios a enfrentar para que tenha efetividade, *verbis*:

> O policiamento comunitário se desenvolveu consideravelmente ao longo dos anos. Através da troca de informações e parcerias colaborativas estabelecidas,

[53] No original: "Community policing is an organizational philosophy that stresses the importance of law enforcement working cooperatively with community members to identify and resolve issues related to crime and disorder. Taken collectively, community policing strategies are designed to increase partnerships between police and the community, while emphasizing problem-solving approaches, to improve overall quality of life for citizens".

> a polícia pode trabalhar com a comunidade para identificar e resolver problemas e melhorar substancialmente a qualidade de vida para os cidadãos a quem eles servem. Importante, para que as estratégias de policiamento comunitário sejam efetivas, a polícia deve persistir em encontrar caminho para ampliar sua própria legitimidade, um resultado alcançado através do policiamento procedimentalmente justo. Para garantir justiça procedimental, a polícia deve interagir com os cidadãos de uma maneira justa e equitativa, demonstrando assim sua legitimidade para o público. E quando os cidadãos veem a polícia como sendo autoridades legítimas, eles ficam mais dispostos a interagir e trabalhar com a aplicação da lei. A polícia também deve abraçar a mudança organizacional e assimilar a ideia de policiamento comunitário. Para esse fim, a satisfação no trabalho pode servir como um importante precursor da efetividade do policiamento restaurativo. Pesquisas futuras deveriam voltar considerável atenção ao policiamento comunitário e explorar, através do uso de modelos de pesquisa rigorosos, seu impacto sobre a satisfação no trabalho e outras medidas de resultados que não a redução do crime como medo do crime, percepções do crime e desordem, e legitimidade da polícia. Em última análise, saber mais sobre a efetividade das abordagens de policiamento comunitário será benéfico, particularmente para os profissionais do policiamento enquanto procuram continuamente por caminhos para melhorar os serviços que prestam e avançar com os esforços para tornar nossos comunidades seguras"[54] (tradução livre dos autores).

4 Justiça Restaurativa

A justiça restaurativa ressalta a essência resolutiva dos conflitos – no sentido de garantir um desfecho satisfatório para todos os envolvidos – e viabilizadora da convivência justa como valor social, visando a reparação de danos e focando nas necessidades das pessoas (ZEHR, 2008, ZEHR, 2012). Suas práticas envolvem encontros onde se estabelece um diálogo em que os legítimos interessados nos conflitos podem falar sobre assuntos difíceis com segurança e respeito, ressaltando a humanidade dos envolvidos, facilitando a compreensão das causas e condições do injusto, implicando todos na solução (PRANIS, 2010).

Acima, apresentamos pistas do que vem a ser a chamada justiça restaurativa. Defini-la, contudo, é uma tarefa difícil; e muito provavelmente despicienda. Se por um lado a falta de um conceito claro e estabelecido dá margem a uma miríade de interpretações, ao ponto de nos sentirmos na iminência de perder o controle sobre aquilo que acreditamos que ela deveria ser, pelo outro, é justamente a abertura, a disputa acerca do conceito (PALLAMOLLA, 2009; JOHNSTONE e VAN NESS, 2011; ACHUTTI e PALLAMOLLA, 2014), que conferem riqueza a esse modelo de

[54] No original: "Community policing has evolved quite considerably over the years. Through information sharing and established collaborative partnerships, the police can work with the community to identify and resolve problems and better improve the quality of life for the citizens they serve. Importantly, for community policing strategies to be effective, the police must persist in finding ways to enhance their own legitimacy, an outcome achieved through procedurally just policing. To ensure procedural justice, the police must interact with citizens in a fair and equitable manner, thereby demonstrating their legitimacy to the public. And when citizen view the police as being legitimate authorities, they are more likely to interact and work with law enforcement. The police must also embrace organizational change and 'buy into' the philosophy of community policing. To this end, job satisfaction may serve as an important precursor to community policing effectiveness. Future research should devote considerable attention to community policing and explore, through the use of rigorous research designs, its impact on job satisfaction and other non-crime reduction outcome measures like fear of crime, perceptions of crime and disorder, and police legitimacy. Ultimately, knowing more about the effectiveness of community policing approaches will be beneficial, particularly to policing professionals as they continually look for ways to improve the services they provide and advance efforts to make our communities safe".

justiça, por não permitir que se quede estático. Uma definição de justiça restaurativa é sempre temporária, porque os rumos da justiça restaurativa são contingentes.

Apesar disso, não podemos abrir mão de definições. Vamos recorrer, portanto, àquelas que resistiram ao teste do tempo. Tony F. Marshall em artigo de 1996 (p. 37), nos apresentou uma simples definição, o que ele acreditava ser mais que suficiente:

> "A justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes com interesse em uma ofensa em particular se reúnem para resolver coletivamente como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro"[55] (tradução livre dos autores).

Essa definição se provou perene e influenciou a visão de pesquisadores e praticantes. Também influenciou Howard Zehr, que sob sua inspiração cunhou sua igualmente clássica definição:

> "Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível" (2012, p. 49).

O processo restaurativo, como definido pela Resolução 225 do CNJ (2016) deverá se dar pela participação do ofensor e da vítima, quando houver, em um encontro facilitado por um terceiro imparcial, objetivando discutir o conflito, a fim de lançar luz sobre os danos resultantes dele, com foco nas necessidades da vítima e dos legítimos interessados, responsabilização do representado e reparação do dano, quando não material, pelo menos simbólica, podendo ao fim ser elaborado um acordo, o qual abarcará, entre outros termos combinados entre os participantes, essa reparação, firmando compromissos futuros, com claro papel educativo e de prevenção (ZEHR, 2008; ZEHR, 2012; PRANIS, 2010).

5 Policiamento Restaurativo

Se não é tarefa fácil definir justiça restaurativa, não haveria como ser diferente em relação ao policiamento restaurativo. Queremos acreditar se tratar de uma estratégia de policiamento e, portanto, de controle social, informada pelos valores e princípios da justiça restaurativa, o que nos parece uma contradição em termos, mas que devemos enfrentar, afinal já é realidade em nosso país, para além de qualquer juízo acerca de se seria desejável sua implantação, como no exemplo da atuação da Guarda Municipal de Porto Alegre na prevenção à violência e à criminalidade naquela capital, atuando em conjunto com o Poder Judiciário no Projeto Justiça Para o Século 21, conforme relato de Krieger (2008).

STOCKDALE (2015, pp. 215-216) nos apresenta os objetivos do policiamento restaurativo e seus benefícios potenciais:

[55] No original: "Restorative justice is a process whereby all the parties with a stake in a particular offence come together to resolve collectively how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future".

> Os objetivos fundamentais do policiamento restaurativo são desenvolver soluções restaurativas para crimes e danos na 'maior extensão' através de todas as funções policiais e promover uma maior apropriação do crime e conflito pela comunidade. Seu sucesso é medido na base da 'comunidade pela comunidade', uma implementação de sucesso clama que a justiça restaurativa se torne tão arraigada que esteja conectada a cada pessoa e cada aspecto do policiamento ao mesmo tempo a um nível consciente e inconsciente.
> O policiamento restaurativo nos fornece uma nova moldura, com uma ênfase em valores restaurativos e a criação de novos papéis e expectativas que são diferentes das práticas tradicionais e pensamento sobre crime e desordem. Fundamentalmente, o policiamento restaurativo prioriza a resolução de conflitos e visa promover a propriedade da comunidade sobre o crime. O policiamento restaurativo não diz respeito apenas sobre adotar um programa restaurativo, mas à reforma sistêmica. Em relação ao policiamento diz respeito a mudar a maneira como os oficiais pensam sobre o crime e conflito e a sua resposta a ele: fornece aos oficiais, novas ferramentas para resolver conflitos, encoraja novas maneiras de pensar em relação às punições, põe ênfase no uso de discrição do oficial quando lidando com um incidente e promove maior envolvimento comunitário. Contudo, o policiamento restaurativo não se encerra por aí, para que a reforma sistêmica ocorra ele precisa não apenas mudar a forma como os oficiais pensam sobre todas as funções, assim provocando uma mudança transformativa dentro do policiamento, mas deveria expandir para incluir todos os setores do sistema de justiça criminal"[56] (referências omitidas).

Observamos que o policiamento restaurativo se amolda com os padrões do policiamento comunitário. Uma vez que para a resolução pacífica de conflitos é necessária uma interação e aproximação com a comunidade, desmistificando a ideia de que a polícia está posta apenas como o braço forte do Estado sob a égide da fiscalização e punição, uma vez que essa estratégia parte do princípio de que haverá uma mudança do modo de pensar e agir dos policiais.

6 A experiência de Policiamento Restaurativo de Thames Valley

Thames Valley, ou o Vale do (Rio) Tâmisa é o nome dado a uma parte da região em torno do Rio Tâmisa, compreendida entre *Oxfordshire* e certos bairros da porção oeste de Londres, na Inglaterra[57], compreendendo um conjunto não muito claro de condados. Nessa região, a polícia foi

[56] No original: "The fundamental goals of restorative policing are to develop restorative resolutions towards crime and harm to the 'greatest extent' across all police functions and to promote greater ownership of crime and conflict by the community (Bazemore & Griffiths, 2003: 345). Success is measured on a 'community by community' basis (Bazemore & Griffiths, 2003: 342), successful implementation calls for restorative justice to be so ingrained it is 'hardwired' into every person and every aspect of policing at both a conscious and unconscious level (McLeod, 2003: 371).
"Restorative policing provides a new framework, with an emphasis on restorative values and the creation of new roles and expectations that are different from traditional practices and thinking about crime and disorder (Alarid & Montemayor, 2012: 458). Fundamentally, restorative policing prioritises conflict resolution and aims to promote community ownership over crime (Bazemore & Griffiths, 2003). Restorative policing is not just about adopting a restorative programme, but about systemic reform. In relation to policing it is about changing the way officers think about crime and conflict and their response to it: it provides officers with new tools for resolving conflict, encourages new ways of thinking in relation to sanctions, it places emphasis on officer's use of discretion when dealing with an incident and promotes greater community involvement (Bazemore & Griffiths, 2003). However, restorative policing does not end there, for systemic reform to occur it should not only change the way officers think about all functions, thereby bringing about a transformative change within policing, but should expand to include all sectors of the criminal justice system (Bazemore & Griffiths, 2003)".

[57] Ver: Wikipedia. Thames Valley: https://en.m.wikipedia.org/wiki/Thames_Valley.

pioneira no uso da filosofia e das práticas de Justiça Restaurativa dentro do Reino Unido. Desde meados dos anos 1990 nessa abordagem (YOUNG, 2001). "Em Thames Valley, as conferências foram introduzidas para tratar de casos de 'pequeno potencial ofensivo' que anteriormente seriam descartadas por meio de uma advertência policial" (YOUNG, 2001, p. 195).

O modelo de práticas restaurativas lideradas por policiais desenvolvido em Thames Valley, de inspiração no pioneiríssimo modelo australiano de Wagga Wagga, foi objeto de extensa pesquisa-ação sob a direção de Carolyn Hoyle, Richard Young e Roderick Hill (2002), realizada em quatro fases, com duração de três anos e meio, entre o final dos anos 1990 e início dos anos 2000, cobrindo: 1) entrevistas com facilitadores e coordenadores de justiça restaurativa através das várias áreas policiais componentes da Força Policial de *Thames Valley*; 2) observação dos facilitadores trabalhando, estudo dos processos e sistemas administrativos circundantes, e realização de entrevistas não estruturadas com os participantes das práticas; 3) avaliação formal, consistente na coleta de dados qualitativos e quantitativos através da observação e gravação do áudio de processos restaurativos, e ainda através de entrevistas gravadas com a grande maioria dos participantes das práticas. Em adição, foi entrevistada uma amostra daqueles que foram afetados pelas ofensas, mas não participaram das práticas restaurativas (vítimas não participantes).

Os resultados da referida pesquisa indicavam níveis altos de satisfação dos participantes das práticas restaurativas facilitadas por policiais segundo o modelo de *Thames Valley*; a quase totalidade dos participantes entrevistados, na verdade, se declarava satisfeita; em alguns casos mesmo quando a facilitação policial havia sido avaliada pelo grupo de pesquisa como pouco ou nada restaurativa. Quanto à participação de policiais na facilitação das práticas restaurativas, a maioria das pessoas entrevistadas afirmou acreditar que era positiva, por dar um caráter oficial à prática e por impor certo grau de autoridade, necessário segundo a visão dessas pessoas, inclusive de ofensores e de seus apoiadores. Também se descobriu que uma parcela significativa dos participantes entrevistados considerava que as sessões deviam ser conduzidas no interior das delegacias de polícia e que era preferível que os policiais facilitadores se apresentassem fardados, sob o mesmo argumento de que assim a prática gozaria de maior oficialidade e autoridade (HOYLE *et al.*, 2002).

Em um artigo recente, Hoyle e Rosenblatt, ao tratar das ameaças ao sucesso da justiça restaurativa no Reino Unido, tratam da iniciativa de Policiamento Restaurativo de *Thames Valley*, fazem as seguintes observações:

> "A avaliação da iniciativa da Polícia de Thames Valley em advertência restaurativa foi bastante positiva. Os pesquisadores concluíram que ela teve amplo êxito na transformação da advertência tradicional para a advertência restaurativa. Ofensores, vítimas e seus respectivos apoiadores pareceram geralmente satisfeitos com a justiça do processo e dos resultados obtidos.
> "Mais relevante para o nosso argumento aqui, contudo, foram as limitações identificadas por Hoyle e seus colegas no seu estudo da iniciativa de Thames Valley. Nesse estudo, os pesquisadores usaram um modelo de 'pesquisa-ação, significando que eles se propuseram a ajudar a polícia a melhorar suas práticas através do estudo. O projeto de pesquisa foi dividido em fases distintas para que a polícia pudesse usar resultados interinos de cada fase para remodelar outros aspectos da sua iniciativa [...].
> "Apesar de ao fim do projeto de pesquisa a implementação afigurar-se muito melhor, muitas vezes era deficiente [...]" (2016, p. 33)[58].

[58] No original: "The evaluation of the Thames Valley Police's initiative in restorative cautioning was fairly positive. Researchers concluded that it largely succeeded in transforming traditional cautioning to restorative cautioning.

As autoras denunciam que a justiça restaurativa no Reino Unido – incluindo a iniciativa de policiamento restaurativo de *Thames Valley* – vive uma situação de continuidade, sem modificação, demonstrando grandes limitações, entre as quais destacam: reparação limitada, participação reduzida de vítimas, dificuldade de se abrir para a partição de outros atores, falta de envolvimento da comunidade e falha em operar uma virada cultural. A pesquisa chega à conclusão de que não há evidências de uma mudança de paradigma (HOYLE e ROSENBLATT, 2016).

A título de conclusão, Hoyle e Rosenblatt afirmam que é necessário fazer um esforço no sentido da mudança, procurando a correção das falhas de implementação, a fim de evitar as armadilhas que podem prejudicar o sucesso da justiça restaurativa no Reino Unido, *verbis*:

> "Discutindo as deficiências de implementação do modelo de Thames Valley, Hoyle e colegas sugeriram que os resultados do seu estudo forneceram "um novo incentivo para a Polícia de Thames Valley para intensificar o processo para assegurar uma boa implementação desse modelo". Mais de uma década atrás, as limitações dos tipos discutidos acima poderiam ser descartadas como problemas de implementação. Enquanto muito programas de justiça criminal falham não por causa da fraqueza das idéias subjacentes mas por conta da pobre implementação, a proliferação de programas de JR na Inglaterra e País de Gales com as mesmas limitações sugere que um esforço conjunto para a mudança é necessário para afastar as armadilhas comuns e alcançar o potencial da JR"[59] (referências omitidas).

7 Considerações finais

Existe, ao nosso ver, uma clara interface entre o policiamento comunitário e a Justiça Restaurativa, que pode ser explorada para operar a mudança de paradigma de que falamos na introdução, mudança que levará nossas polícias do policiamento comunitário ao policiamento restaurativo. Contudo devemos estar atentos para o fato de que nem tudo são flores. Há limitações, riscos e armadilhas para os quais devemos estar atentos. As advertências feitas por Hoyle e Rosenblatt a respeito do Reino Unido se aplicam a múltiplos contextos, inclusive ao nosso. O contexto do Reino Unido é muito diferente do nosso, sendo necessário olhar para essa diferença com atenção, fazendo as necessárias adaptações, sempre com absoluto respeito aos princípios e valores restaurativos, para não incorrer em perigosos equívocos.

Offenders, victims, and their respective supporters appeared generally satisfied with the fairness of the process and the outcomes achieved.

"More germane to our argument here, however, were shortcomings identified by Hoyle and her colleagues in their study of the Thames Valley initiative. In this study, the researchers used an "action-research" design, meaning that they sought to assist the police in improving their practices throughout the study. The research project was divided into distinct phases so that the police could use interim findings from each phase to reshape further aspects of their initiative[...].

"Although by the end of the research project implementation appeared much better, it was often deficiente [...]".

[59] No original: "Discussing the deficiencies in implementation of the Thames Valley model, Hoyle and colleagues suggested that the results of their study provided "a new incentive for Thames Valley Police to intensify the process of securing good implementation of its model" (Hoyle et al., 2002, pp. 66, 67, emphasis added). Over a decade ago, the shortcomings of the sort discussed above could be dismissed as problems of implementation. While many criminal justice programs fail not because of the weakness of the underlying ideas but because of poor implementation (Young & Hoyle, 2003), the proliferation of RJ programs in England and Wales with the exact same shortcomings suggest that a concerted effort toward change is needed to avoid the common pitfalls and realize the potential of RJ".

Destacamos que é importantíssimo, diante do obstáculo da cultura policial, investir em formação adequada para os policiais que pretendem atuar na facilitação de práticas restaurativas; formação de qualidade, abrangente, que municie esses atores para bem desenvolver esse trabalho. É também fundamental que a formação não se dê apenas inicialmente, para dar o ponta pé inicial para a implementação de projetos-pilotos. Devemos ter formações várias, oferecidas de maneira continuada. O esforço de pesquisa de Hoyle e seus colaboradores levaram a cabo em *Thames Valley* mostra que a cultura policial é muito arraigada e, por isso, faz-se necessário fazer periodicamente ações de sensibilização, para conquistar novos adeptos e não perder aqueles policiais inicialmente conquistados pela justiça restaurativa.

Por fim, consideramos que é fundamental a avaliação constante dos projetos nesse campo para evitar a reprodução de limitações de implementação, a proliferação de más práticas, que colocam em risco, como no caso do Reino Unido, do sucesso da implantação do Policiamento Restaurativo no Brasil, considerando que para fazer policiamento punitivo e seletivo não precisamos – mais, não devemos – lançar mão da justiça restaurativa. Nesse sentido é necessário aproximarmos a prática da teoria, fazendo a academia trabalhar em conjunto com as polícias, realizando pesquisa empírica independente que possa avaliar e dar *feed back* dessas práticas para garantir as necessárias correções de curso, no rumo do sucesso dessa proposta.

Referências

ANUÁRIO BRASILEIRO DA SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: FBSP, 1983-7364. Ano 9, 2015.

BAYLEY, David H. Padrões de Policiamento: uma análise internacional comparativa. Tradução: Renê Alexandre Belmonte. 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

BAYLEY, David H; SKOLNICK, Jerome H. Policiamento comunitário: questões e práticas através do mundo. São Paulo: Edusp, 2001.

_____. Nova polícia: inovações nas polícias de seis cidades norte-americanas. São Paulo: Edusp, 2001.

BRASIL (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 10 fev. 2013.

_____. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária - 5ª ed. - Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Do patrulhamento ao policiamento comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

COTTA, Francis Albert. Matrizes do sistema policial brasileiro. Belo Horizonte: Crisálida, 2012

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. British Journal of Criminology, vol 17 (1977) no. 1 p. 1-15.

CROWL, Justin N. (2017): The effect of community policing on fear and crime reduction, police legitimacy and job satisfaction: an empirical review of the evidence, Police Practice and Research, DOI: 10.1080/15614263.2017.1303771. pp. 1-14.

DIAS NETO, Theodomiro. Policiamento comunitário e controle sobre a polícia: a experiência norte-americana. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

HOYLE, Carolyn; YOUNG, Richard; HILL, Roderick. Proceed with caution: An evaluation of the Thames Valley Police initiative in restorative cautioning. York: Joseph Rowntree Foundation / York Publishing Services, 2002.

HOYLE, Carolyn. Policing and Restorative Justice. *In*: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (orgs.). Handbook of Restorative Justice. New York: Routledge, 2011. pp. 292-307.

_____; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. (2016) Looking Back to the Future: Threats to the Success of Restorative Justice in the United Kingdom, Victims & Offenders, 11:1, 30-49, DOI: 10.1080/15564886.2015.1095830.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. The Meaning of Restorative Justice. *In*: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (orgs.). Handbook of Restorative Justice. New York: Routledge, 2011. pp. 5-21.

KRIEGER, Kevin. A Justiça Restaurativa na Segurança Urbana. *In*: BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (orgs.). Justiça para o Século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências - Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova Gráfica e Editora, 2008. p. 127/128.

LAZZARINI, Alvaro. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUCIENNE, Cynthia; MENDONÇA, Bruno Arrais de. Breve Percurso da Justiça Restaurativa em Pernambuco. *In:* PELIZZOLI, Marcelo. (Org.) Justiça restaurativa: caminhos da pacificação social. Caxias do Sul/Recife: EDUCS/EDUFPE, 2015.

KRIEGER, Kevin. A Justiça Restaurativa na Segurança Urbana. *In*: BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni (orgs.). Justiça para o Século 21: Semeando Justiça e Pacificando Violências - Três anos de experiência da Justiça Restaurativa na Capital Gaúcha. Porto Alegre: Nova Prova Gráfica e Editora, 2008. p. 127/128.

MARCINEIRO, Nazareno. Polícia Comunitária: construindo segurança nas comunidades. Florianópolis: Insular, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Parecer nº GM 25. Aprovado pelo despacho do Presidente da República de 10.08.2001. Publicado no Diário Oficial da União em 13.08.2001. Brasília, 2001.

MONET, Jean-Claude. Polícias e sociedades na Europa. São Paulo: Edusp, 2001.

MONJARDET, Dominique. O que faz a polícia: sociologia da força pública. São Paulo: Edusp, 2003

MORAIS, Paulo. Segurança Pública e as Organizações Policiais. Recife. Ed. Bagaço, 2008.

OLIVEIRA, Nilson Vieira (org.). Policiamento comunitário: experiências no Brasil. São Paulo: Página Viva, 2002.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PONCIONI, Paula Ferreira. O modelo policial profissional e a formação profissional do futuro policial nas academias de polícia do Estado do Rio de Janeiro. Sociedade e Estado, Brasília: v 20, nº 3, p. 585-610, 2005.

_____. O profissionalismo na formação profissional do policial brasileiro: rupturas, permanências e desdobramentos contemporâneos. Segurança, justiça e cidadania: educação policial. Ministério da Justiça: Ano 4. nº 7. p. 47-75, 2014

PRANIS, Kay. Processos Circulares. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROLIM, Marcos. A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública MP século XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

STOCKDALE, Kelly J. (2015) Police understandings of restorative justice—the impact of rank and role, Restorative Justice, 3:2, 212-232, DOI: 10.1080/20504721.2015.1069528.

TROJANOVICZ, Robert; BUCQUEROUX, Bonnie. Policiamento comunitário: como começar. Rio de Janeiro: Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, 1994.

YOUNG, Richard. Just Cops Doing "Shameful" Business?: Police-led Restorative Justice and the Lessons of Research. *In*: MORRIS, Allisson; MAXWELL, Gabrielle. Restorative Justice for Juveniles: Conferencing, Mediation and Circles. Portland: Hart Publishing, 2001. pp. 195-226.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes – Um novo foco sobre crime e justiça: Justiça Restaurativa. Tradução: Tania Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. Justiça Restaurativa. Tradução: Tania Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA, EMPODERAMENTO E CAPTURAS NEOLIBERAIS

Gabriela Maia Rebouças
Doutora em Direito pela UFPE. Pós Doutora pelo CES-Coimbra 2015/2016.
Docente no Mestrado em Direitos Humanos UNIT/SE e no Mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas UNIT/AL. E-mail: gabriela_maia@unit.br

Resumo:

Este ensaio apresenta uma reflexão sobre os desafios de uma cultura de mediação comunitária no curso de ação das sociedades neoliberais, pautadas na maximização de lucros, na monetarização dos valores simbólicos, na flexibilização das garantias e direitos, sobretudo na retração das políticas públicas de fortalecimento dos espaços sociais. Em que medida, portanto, os apelos acerca da mediação comunitária a fazem funcionar mais como reforço desta lógica neoliberal em detrimento de seu potencial emancipador e de empoderamento das partes e comunidades envolvidas? Com suporte metodológico na pesquisa bibliográfica e documental, as reflexões partem de referências acerca da mediação (SPENGLER, 2010; ALMEIDA, 2013; REBOUÇAS, 2010,2012) e dos enfrentamentos necessários no âmbito de uma reconfiguração da jurisdição e do direito, foca especialmente nos caminhos da mediação comunitária (VEZULLA, 2010) que, para além de procedimentos e técnicas, encontra as condições materiais de existência, as condições de possibilidade concreta num mundo neoliberal. Daí a falar, como Warat (2004) em *mediação do oprimido*. Normativos e outros documentos técnicos internacionais de gestão de conflitos indicam as estratégias e direcionamentos desta gestão neoliberal (ECONOMIDES, 2016; GALANTER, 2016). Os resultados apontam para diversas capturas e estímulos que um modelo de gestão flexível e não estatal pode oferecer (AUERBACH, 2007), no quadro de um esfacelamento dos potenciais comunitários e coletivos, que mitigam a articulação de forças contra-hegemônicas (SANTOS, 2012). Portanto, a mediação comunitária poderá ser, com a atenção necessária a todo jogo que se começa perdendo, o ponto de conversão para práticas emancipadoras.

Palavras-chave: Emancipação. Mediação comunitária. Neoliberalismo

1 Introdução

Este ensaio apresenta uma reflexão sobre os desafios de uma cultura de mediação comunitária no curso de ação das sociedades neoliberais, pautadas na maximização de lucros, na monetarização dos valores simbólicos, na flexibilização das garantias e direitos, sobretudo na retração das políticas públicas de fortalecimento dos espaços sociais.

Em que medida, portanto, os apelos acerca da mediação comunitária a fazem funcionar mais como reforço desta lógica neoliberal em detrimento de seu potencial emancipador e de empoderamento das partes e comunidades envolvidas? A questão é saber, já está em jogo o próprio retraimento do Estado em suas oportunidades de acesso à justiça, mitigando sua estrutura de apoio e defesa de direitos, e forçando que as comunidades se auto gestem, "se virem", para resolver conflitos? Ou, ao contrário, o incremento dos espaços e procedimentos de mediação comunitária

refletem o empoderamento das comunidades no sentido de uma gestão mais adequada e querida de conflitos?

Com suporte metodológico na pesquisa bibliográfica e documental, as reflexões partem de referências acerca da mediação (SPENGLER, 2010; ALMEIDA, 2013) e dos enfrentamentos necessários no âmbito de uma reconfiguração da jurisdição e do direito, que foram desenvolvidas a partir da tese de doutorado que investigou as dimensões da subjetividade na configuração dos sistemas de resolução de conflitos na contemporaneidade (REBOUÇAS, 2012). Algumas daquelas reflexões vertem-se agora para os caminhos da mediação comunitária (VEZULLA, 2010) que, para além de procedimentos e técnicas, encontra as condições materiais de existência, as condições de possibilidade concreta num mundo neoliberal.

Ainda, importa resgatar o sentido político da mediação comunitária, aquele trabalhado com Warat (2004) em *mediação do oprimido*, para agregar o empoderamento da comunidade como elemento central desta mediação.

Normativos e outros documentos técnicos internacionais de gestão de conflitos indicam as estratégias e direcionamentos desta gestão neoliberal (ECONOMIDES, 2016; GALANTER, 2016). Os resultados apontam para diversas capturas e estímulos que um modelo de gestão flexível e não estatal pode oferecer (AUERBACH, 2007), no quadro de um esfacelamento dos potenciais comunitários e coletivos, que mitigam a articulação de forças contra-hegemônicas (SANTOS, 2012).

É preciso portanto, enveredar pelo diagnóstico que relaciona mediação comunitária, empoderamento e capturas neoliberais.

2 Mediação comunitária e empoderamento.

Há muitas atividades ou procedimentos que são nomeados como mediação. Historicamente, é possível identificar práticas de mediação em todos os tempos, culturas e comunidades ao redor do mundo.

> Nas comunidades religiosas, fossem elas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas ou budistas, era comum que os líderes religiosos desempenhassem o papel de mediadores, resolvendo diferenças civis e religiosas. Na China, o confucionismo desempenhou um importante papel na evolução e no desenvolvimento da mediação no âmbito comunitário (VEDANA, 2003).

Mais recentemente, a mediação ressurge nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha no início dos anos setenta, e no Canadá nos anos oitenta. Nos Estados Unidos, a consolidação dos mecanismos paraprocessuais encontra no *Alternative Dispute Resolution Act* de 1988 um documento legislativo substancial. Tais práticas logo ganharam destaque por serem extremamente bem sucedidas (ÁVILA, 2004, p.25).

COOLEY (2001, p.43-5) identifica uma mediação facilitadora e uma mediação avaliativa, considerando resultados e atributos do mediador. Na mediação facilitadora, o terceiro neutro funciona como um elo entre as partes, viabilizando a comunicação, ajudando as partes a identificarem os pontos a serem trabalhados, o foco dos conflitos, as questões emocionais, perdas e ganhos, facilitando mas não construindo o acordo. Na mediação avaliativa, o mediador é chamado

a “emitir um parecer ou uma recomendação quanto ao valor do acerto ou quanto a alguma outra solução”(COOLEY, 2001, p.44).

Interessante notar que a atividade mediadora não se restringe a essa taxionomia dicotômica, podendo multiplicar-se em papéis que se adaptam às contingências de cada conflito. São exemplos desses papéis:

> (i) a abertura de canais de comunicação;
> (ii) a legitimação, que envolve o reconhecimento do direitos de si próprio e das demais partes;
> (iii) a facilitação de processos;
> (iv) o treinador, na formação de novas lideranças ou negociadores;
> (v) o aumento dos recursos, funcionando como um assessor técnico em questões relacionadas à necessidade de peritos, outros bens, tendo em vista o aumento de possibilidades de acordo;
> (vi) a exploração de problemas, onde assume um papel terapeuta;
> (vii) o bode expiatório, que se compromete com os resultados atingidos pelas partes, assumindo eventualmente responsabilidades e culpas, solidarizando-se com as partes;
> (viii) o agente da realidade, que ajuda a construir um acordo satisfatório e realizável; e
> (ix) a liderança, transmitindo segurança e tomando a iniciativa por meio de sugestões procedimentais ou substantivas (COOLEY, 2001, p.44-5)

Portanto, as tentativas de sistematização e classificação do tema apontam para uma pluralidade de respostas. Neste ponto, avalio que a tradição prática dos norte-americanos, como de resto dos países de Common Law, coloca com muita ênfase a questão do raciocínio pelo exemplo, com seus textos baseados nas narrativa dos casos. Assim, a percepção da multiplicidade de procedimentos e de rumos possíveis para a resolução de um conflito fica ainda mais evidente, já que, junto com a tentativa de exemplificar um dado aporte teórico, aparecem também as singularidades dos casos, o universo particular do conflito.

É desejável, portanto, reconhecer duas maneiras de mediar: uma mais técnica, mais focada no acordo (SLAIKEU, 2004) e outra transformadora, focada na aprendizagem, na subjetividade dos envolvidos (MORAES e SPENGLER, 2008). Tanto uma quanto outra estão presentes na mediação comunitária.

Por mediação comunitária indico as formas de resolução de conflitos cujo *locus* e agentes estão necessariamente implicados e inseridos com a comunidade onde gerou o conflito. Para além de uma resolução qualquer, a mediação comunitária representa a utilização das ferramentas de resolução de conflitos pela comunidade, sinalizando para o seu empoderamento.

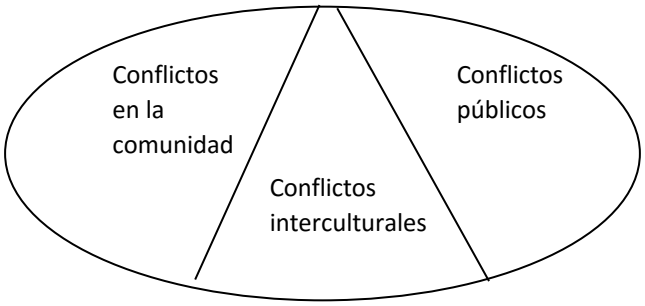
> A prática da mediação estabelece a participação ativa das pessoas nas soluções dos conflitos, passa-se a não somente se discutir sobre questões, individuais, mas questões de natureza coletiva também. As experiências brasileiras em mediação, especialmente aquelas realizadas nas periferias dos municípios, têm revelado mudanças de comportamento das pessoas: tornam-se mais participativas nas decisões individuais e coletivas (luta e conquista de cursos de alfabetização para adultos, cursos jurídicos, cursos sobre planejamento familiar, discussões sobre ressocialização da pena ao se receber para auxiliar nos trabalhos administrativos dos centros de mediação pessoas conde nadas à prestação de serviços). (SALES, 2007, p. 38-39).

Na construção de seus alicerces e saberes, a mediação aproveita, transversalmente, diversos campos de saber, o que a faz necessariamente transdisciplinar. Esta é a razão pela qual

diversos profissionais e pessoas experientes podem e devem estar envolvidos como mediador, a exemplo de psicólogos, assistentes sociais, líderes comunitários, educadores, entre outros.

> En el ámbito social o comunitario, la Mediación promueve una cultura basada en la autodeterminación y en la iniciativa de los individuos o de los actores sociales. En este sentido, podemos pensarla como una forma pacífica de gestión de los conflictos que favorece que las personas o grupos asuman roles activos asistidos por mediadores legitimados para actuar en este rol. (NATÓ, QUEREJAZU E CARBAJAL, 2006, p.85)

Para Nató, Querejazu e Carbajal (2006, p.85), é possível identificar três esferas conflitivas para atuação da mediação comunitária, conforme o gráfico a seguir:



Conflitos na comunidade são caracterizados pela qualidade e intensidade dos vínculos interpessoais em relações de interdependência em uma comunidade dada. Conflitos públicos estão relacionados a interesses públicos, difusos e coletivos, pelo número de atores envolvidos ou pela repercussão que desencadeiam. Envolvendo organismos governamentais ou ONGs, empresas, etc. Já os conflitos interculturais são de difícil abordagem, requerendo uma intervenção adequada que leve em consideração esta dimensão.

> Con el propósito de articular actores socioculturales diferentes, la Mediación en la comunidad, concebida desde la dimensión de la diversidad cultural, puede ser un instrumento eficaz que coadyuve al esfuerzo de generar espacios de diálogo y de intercambio que apunten a tramitar sus diferencias (NATÓ, QUEREJAZU E CARBAJAL, 2006, p.86).

Estabelecidos os fundamentos do que considero pertinente para o delineamento de uma mediação comprometida com a democracia e com uma visão mais plural e emancipadora dos sujeitos, é possível aproveitar a sistematização proposta por Tânia Almeida (2013) em sua Caixa de Ferramentas em Mediação, que as divide em três grupos: Ferramentas procedimentais, ferramentas de comunicação e ferramentas de negociação

Dentre as ferramentas procedimentais, Almeida (2013) destaca o mapeamento do conflito, o controle do tempo de cada etapa, a formulação do acordo, reuniões privadas e conjuntas, favorecendo a apropriação do conflito e sua transformação. O processo de transformação se daria com as ferramentas de comunicação, que incluem uma escuta ativa, acolhimento dos participantes identificar e descontruir impasses, parafrasear e traduzir narrativas e sentimentos. Finalmente, as ferramentas de negociação permitem separar as pessoas dos problemas, identificar interesses comuns e complementares, auxiliar a pensar em soluções de benefício mútuo, entre outros. Por isso, os mediadores precisam desenvolver capacidades e tecnologias para lidar com o conflito e com o

interagir das partes. A complexidade da mediação, portanto, leva-a a um certo ceticismo por parte de quem, acostumado com suas capacidades de criar conflitos não imagina que os mediadores comunitários possam reuni-las.

Conforme Stulberg e Montgomery, As principais funções do mediador incluem:

> presidir a discussão; esclarecer as comunicações; educar as partes; traduzir as propostas e discussões em termos não polarizados; expandir recursos disponíveis para o acordo; testar a realidade das soluções propostas; garantir que as soluções propostas sejam capazes de serem anuídas; servir como um bode expiatório para a veemência e frustração das partes; e assegurar a integridade do processo de mediação. A fim de desempenhar estas responsabilidades com eficácia, um mediador deve ser neutro, imparcial, objetivo, flexível, inteligente, paciente, persistente, enfático, ouvinte eficaz, imaginativo, respeitado na sua comunidade, honesto, confiável, não superprotetor, perseverante, persuasivo, energético e otimista. Ao mesmo tempo em que estas parecem ser as características de um santo, muitas pessoas, de fato, possuem a maioria dessas características em um nível suficiente para serem mediadores capazes (STULBERG e MONTGOMERY, 2003, p.155)

A noção de comunidade vai além de vínculos entre vizinhos, comunidades étnicas, minorias. Neste sentido, interessa pensar que a mediação seja um instrumento de liberação coletiva, um projeto de mediação dos oprimidos[60], dos excluídos. Warat se propõe a ampliar a atuação da mediação numa transformação que reconstrói a cidadania, portanto, a partir de um referencial do coletivo. (WARAT, 2004, p.204)

E a partir desta configuração mais ampla, é possível falar em mediações preventivas e reparadoras, jurídicas, comunitárias, institucionais ou privadas. "También la mediación puede ser vista como política cultural y como paradigma superador de las visiones de mundo producidas por la condición moderna." (WARAT, 2004, p.383-4) O caráter transdisciplinar é uma marca essencial da mediação.

Em sua análise, Warat supera uma visão psicanalítica e propõe uma dimensão pedagógica que não excluiria, por certo, em seu desenvolvimento, elementos da terapêutica, mas que não se propõe a inscrever-se como meio de salvar o indivíduo, mas como instrumento de transformá-lo e fortalecê-lo.

> Podríamos hablar, acepto, de una pedago-terapia, pero quitándole, en este contexto, el componente terapéutico, todas sus connotaciones de cura, o de clínica del psiquis humano. Lo terapéutico tendría aquí que ser entendido como proceso de aprendizaje de ciertos caminos de desintoxicación cultural, institucional y política. Algo mucho más próximo de los análisis institucionales, existenciales o éticos, que de las dimensiones clínicas de la terapia. WARAT, 2004, p.320)

Não se pode ignorar que a flexibilização da mediação como procedimento e a abertura para a compreensão do problema para além dos limites do juridicamente decidível acabam por impedir a identificação da mediação em um conceito fechado, uniformizar uma classificação, totalizá-la em um *a priori*. Ainda, não se pode perder de vista que o reconhecimento de legitimidade quanto à flexibilização dos procedimentos permite também um certo hibridismo entre os sistemas, na

[60] "Denominei *Mediação do Oprimido* as formas de diálogo que tentam resolver, no Brasil, os conflitos comunitários e individuais nos espaços urbanos e rurais de exclusão social". WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador . In: Surfando na Pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.203.

tentativa de adequar-se contingencialmente ao conflito. É extremamente importante preservar, diante da possibilidade de hibridismos, a ciência das partes envolvidas em relação às mutações.

Neste sentido, Natό, Querejazu e Carbajal (2006, p.217) enumeram diversos procedimentos que podem surgir em uma mediação social: "*Negociación, Mediación Comunitaria, Mediación Comunitaria Multiparte, Facilitación, Planificación cooperativa, Construcción de consensos, Diálogos públicos, Círculo de diálogo, Intervención en crisis, 'Acciones en calle'*". Portanto, quando se tem em mente a resolução de conflitos comunitários, não há que se fechar procedimentos, mas exatamente abrir possibilidades.

A mediação comunitária então cumpre essa dupla função:

> primeiro oferece um espaço de reflexão e busca de alternativas na resolução dos conflitos nas mais diversas esferas: família, escola, no local de trabalho e de lazer, entre outros. Em segundo lugar o indivíduo possui um ganho que, não obstante parecer secundário, assume proporções políticas importantes quando ao resolver autonomamente seus conflitos passa a participar mais ativamente da vida política da comunidade. (SPENGLER, 2012, p. 227)

São essas dimensões políticas que podem significar uma diferença em relação à mediação comunitária, para além de um eficiente sistema de resolução de conflitos. Uma comunidade fortalecida em seus laços e ciente de seus direitos, capaz de gerar acordos e cumpri-los é uma grande arma no fortalecimento da cidadania emancipatória, não apenas naquela cidadania tutelada pelo Estado.

Portanto, nesta dinâmica de compreensão da mediação em movimento, insere-se a perspectiva política do engajamento, das práticas de cuidado e cidadania.

> A 'prática do cuidado' é uma forma de forçar o poder, para que encontre limites, e os outros, para que não nos invadam ou manipulem. A dimensão política do cuidado passa pela necessidade de dizer não ao poder ou aos outros que nos maltratam, impondo-lhes limites, tratando por todos os meios de evitar que fiquemos presos a uma estrutura cesarista. Por aí passa o sentido estrito da palavra cidadania: o controle do limite, o controle da invasão. Por aí começa o sentido mais amplo de cidadania como uma forma solidária de encontrar-se com o outro (como limite que me constitui autônomo) para realizar a autonomia. É a cidadania uma questão ecológica e de subjetividade: a cidadania é um reclamo, ético-estéticopolitico-cognitivo, por uma melhor qualidade de vida (WARAT, 2004, p.171).

Assim, a mediação comunitária fomenta o engajamento que retroalimenta resoluções de conflitos auto compositivas. Há um processo de aprendizagem, como quer Warat, de empoderamento e de circularidade que aumenta os vínculos sociais e a percepção de pertencimento na comunidade.

Esta dimensão não pode, no entanto, ser vista isolada das contingências e armadilhas que o mundo neoliberal nos impõe, em seu imperativo de monetarizar e mitigar vidas. É preciso agora entender como os movimentos de acesso à justiça cedem ou enfrentam os imperativos do mercado, os impulsos de maximização de lucros e minimização de gastos, como nesta nova engenharia, deverão se situar os sistemas de justiça e também as próprias comunidades.

3 Capturas Neoliberais e acesso à justiça

Os problemas de acesso à justiça no Brasil não podem ser enfrentados sem que se leve em consideração que vivemos "num contexto marcado por fortes desigualdades sociais e culturais, graves limitações fiscais e transformações radicais nos modos de funcionamento da economia" (FARIA, 2003, p.2). Desde o início do século XXI, José Eduardo Faria (2003, p. 2-3) já apontava para uma realidade de descompasso entre os tribunais brasileiros e a realidade sócio-econômica em que atuam. A última década confirmou um processo de 'judicialização' da vida administrativa, política e econômica que tomou ares trágicos nos últimos anos, em função das graves denúncias de envolvimento dos três poderes em esquemas de corrupção, propina, favorecimento de partidos políticos e grupos empresariais.

Os valores das transações ilícitas noticiadas na grande imprensa, que também tem jogado o jogo da violência simbólica em ocultar e direcionar holofote sobre notícias e fatos escolhidos e parciais, aprofundou o sentimento de crise e torna a questão do neoliberalismo inevitável em qualquer análise de conjuntura e diagnóstico das instituições e valores da comunidade que vivemos.

Somam-se também, no corpo dos elementos desta crise, as transformações que o sistema econômico já havia colocado para o próprio judiciário dos países em desenvolvimento, estimulando a criação de arenas diversas de resolução de conflitos, menos burocratizadas e mais adaptáveis aos interesses de um mercado econômico que não deseja se submeter às imposições de soberania e burocracia dos Estados.

Neste ponto, é preciso refletir que o sentido de crise que um judiciário em descompasso com os anseios sociais provoca é alimentado por forças muitas vezes antagônicas: em relação aos indivíduos que lutam por ampliação de acesso à justiça, o judiciário é lento e moroso e não dá conta, com seus ritos, burocracias e funcionamentos institucionais, da necessidade de resposta aos conflitos que o mundo frenético e contemporâneo impõe; em relação ao mercado, é oneroso e ineficiente.

Ou seja, as críticas a um Judiciário moroso partem não apenas dos movimentos e grupos que lutam por acesso à justiça, e que em geral recebem fortemente o acento do estado punitivo, como também ganham o campo das análises empresariais, das revistas de administração pública, dos grandes mercados financeiros, ávidos por justificar a ineficiência do Estado de um modo geral (argumento neoliberal) e a necessidade de legitimação de um espaço privado de resolução de conflitos, como por exemplo, a arbitragem.

Neste sentido, "o Judiciário acaba sendo indigente na produção de respostas para seus problemas" (FARIA, 2003, p.7), tanto pelos imperativos do mercado que, jogando o jogo do custo financeiro das operações, investimentos e ações, pressiona por um estado mínimo, onde este modelo até então vigente de resolução judicial mostra-se oneroso, moroso, imprevisível, quanto, da parte dos movimentos de cidadania, este mesmo poder judiciário sequer responde às necessidades mais básicas da população em geral e, num Brasil de dimensões continentais, mostra-se ainda inacessível para uma parte significativa de sua população, exatamente aquela que, sem acesso aos recursos econômicos, mais sofre com a ausência e inefetividade de direitos e mais precisa da justiça e de resolver conflitos.

Aqui, importa acompanhar a reflexão de Kim Economides (2016), quando avalia as diferenças de acesso à justiça em relação aos 3R's (rural, remoto, regional) comparando a tirania da lei da cidade em relação às áreas rurais, regionais ou remotas. Neste ponto, as tensões entre centro e periferia são agudizadas e as desigualdades evidenciadas. Assim, quando pensamos em mediação

comunitária a partir da periferia da cidade, na periferia do mundo, temos que enfrentar as distorções que este mundo globalizado e submetido ao império do mercado nos impõe. Na periferia da periferia, a ausência de direitos nos obriga a pensar em políticas que "devem genuinamente viabilizar a inclusão social" (ECONOMIDES, 2016, p.152)

Um outro ponto que tem chamado a atenção é que este diagnóstico de crise tem sido divulgado pelo próprio Estado. E seus atores, na busca por metas e números, têm se esmerado em justificar as decisões de administração judiciária com base na necessidade premente de desafoga-lo. É preciso registrar, no entanto, que a preocupação em otimizar o sistema judicial não pode ser responsabilidade das pessoas que estão envolvidas em um conflito e precisam de uma resolução. Esta questão indica uma necessidade do próprio sistema judicial de rever seus procedimentos, corpo de funcionários, de diagnosticar os pontos nodais pelos quais não consegue dar respostas satisfatórias às demandas por justiça. Este ponto significa, muito evidentemente, que crise e estado são palavras irmãs que não podem ser dissociadas em contextos neoliberais. Seja porque na crise a supressão dos sistema de garantias e segurança social estão justificados, em nome das necessidades do mercado; seja porque é preciso sempre estimular o mercado, com novos empreendimentos e novas alternativas para as demandas por segurança e direitos.

Neste cenário, mecanismos de resolução desburocratizados e menos onerosos, a princípio, ganham evidência não apenas como ritos que passam a fazer parte do próprio sistema judicial, como também recebem estímulos para funcionar em arenas fora do judiciário. No primeiro caso, indico como exemplo a mediação, a conciliação e as recentes mudanças nos código processual civil no intuito de empreender uma reforma do judiciário[61]. No segundo, os projetos de mediação comunitária nas favelas do Rio de Janeiro, ou nas casas de mediação de Pernambuco.

A compreensão, portanto, dos efeitos do neoliberalismo para os sistemas de justiça e também, para os sistemas de resolução de conflitos comunitários precisam ser entendidos dentro de um cenário global. Um estudo do Banco Mundial para a América Latina e Caribe, de 1996, mostra que os esforços para 'modernizar' o Judiciário das economias emergentes e dos mercados que saíam de períodos de instabilidade política eram uma preocupação corrente do capital internacional, com vistas a assegurar um padrão estável para as decisões e consolidar garantias em torno do direito de propriedade (DAKOLIAS, 1996). Além deste estudo primeiro, que não dizia respeito apenas ao Brasil, parcerias com os Países da região foram estabelecidas para que mais estudos pudessem levar a cabo o projeto de modernização ali anunciado.

Este acento em modernizar dentro de um lógica de mercado neoliberal, por todas as contradições apontadas, precisa enfrentar ainda os movimentos de acesso à justiça apresentados, desde a década de 50, nos estudos de Cappelletti e Garth, que pretenderam pensar "como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social" (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p.12-13).

Os esforços de enfrentar a questão do acesso à justiça refletiram em três ondas renovatórias (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p.31). A primeira onda concentrou-se em enfrentar as barreiras colocadas pela desigualdade econômica das partes envolvidas, provendo com assistência judiciária financiada pelo Estado aos que não poderiam, com suas próprias custas, provê-la. No Brasil, a lei 1.060 de 1950 respondia a este anseio na concessão de assistência judiciária aos necessitados, como também a criação de varas de assistência judiciária especializadas.

[61] Para uma compreensão dos DESAFIOS DE UM JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM NÚMEROS: A MODERNIZAÇÃO A SERVIÇO DE QUE(M)?, conferir Rebouças; Leite, 2015.

Os elementos de acesso à justiça eram muito incipientes e a segunda onda renovatória enfrentou os direitos difusos, pensando nas representações que postulassem coletivamente a titularidade de direitos como a saúde, a educação ou o meio ambiente. Como exemplo, a criação da ação civil pública[62] brasileira é um exemplo deste movimento de ampliação de direitos.

A terceira onda renovatória, concentra-se na busca da efetividade do processo, focando as implicações sociais e econômicas do processo. Mas neste caso, a busca por efetividade processual envolve tanto a fase constitucionalista fomentada com a constituição democrática de 1988, quanto, mais recentemente, as demandas por celeridade, efetividade e eficiência de gestão dos tribunais. As intensas reformas processuais que vão desde uma digitalização de processos, ao funcionamento de sistemas de gestão para os tribunais, às reformas que otimizam recursos, por exemplo, já sinalizam para este contexto alinhado com uma perspectiva neoliberal.

De qualquer sorte, é também no seio desta onda que busca dar efetividade ao processo que se reintroduziu ou gestou outros sistemas de resolução de conflitos, que se apresentaram, inicialmente, como uma alternativa ao sistema judicial. De um lado, os outros sistemas de resolução servem como procedimentos incorporados ao sistema judicial, como se pode verificar com a conciliação, e mais recentemente a mediação judicial, no caso da realidade brasileira. Por outro lado, a criação de espaços extrajudiciais de resolução, incrementando notadamente a esfera privada, permite um alívio na demanda por justiça direcionada ao poder Judiciário.

> Na verdade, os sistemas legais (da maioria?) das democracias modernas são concebidos de tal forma que, se todos que tivessem uma reivindicação legítima os invocassem, os sistemas sofreriam um colapso. A viabilidade de tais sistemas depende: (a) da ineficácia dos 'efeitos gerais', ou seja, da capacidade de exercer controle através da comunicação de informações, ao invés de uma execução efetiva; (b) da disponibilidade de arenas informais para a ação legal e, finalmente; (c) da apatia, da ignorância barreiras culturais e de custos que inibem a reivindicação de direitos. (GALANTER, 2016, p.21).

Ou seja, para Galanter, compreender essa nova arquitetura dos sistemas de justiça, em contextos de mercados neoliberais, é reconhecer que "as reivindicações básicas de acesso à justiça se multiplicarão, enquanto os novos territórios de reivindicações complexas e problemáticas são acrescentados à agenda em ritmo crescente"(GALANTER, 2016, p.30). E principalmente, reconhecer que as condições de participação igualitária não estão presentes, sobretudo quando litigantes comuns e físicos, enfrentam pessoas jurídicas especializadas no gerenciamento de demandas conflitivas, quer em arenas judiciais quer fora dela. Portanto, pensar a mediação comunitária como uma ilha neste mar de tubarões é pactuar com uma visão romântica que nem de perto corresponde aos contextos de privação de direitos que boa parte das comunidades enfrentam no seu dia a dia.

Com isso Galanter defende que pensar em acesso à justiça em um mundo com capacidade social em expansão é perceber que as questões da justiça corretiva (resolução de conflitos) e da justiça distributiva (acesso a bens, direitos e oportunidades) não estão mais distintas. "A escolha sobre quais iniciativas corretivas adotar é uma decisão distributiva 'política'. O racionamento e a priorização de oportunidades de justiça distributiva desfazem a ilusão de que a justiça existe em um reino de legalidade técnica que é distinto da política" (GALANTER, 2016, p.31).

[62] Significativa foi a mudança introduzida pela lei 11.448 de 2007 na lei da ação civil pública para incluir entre os legitimados ativos a defensoria pública.

4 Considerações finais

Entender que os conflitos surgem, se multiplicam infinitamente não por uma pulsão social ao ilícito, por pura desobediência ao direito, mas porque as pessoas vivem, divergem, agem, relacionam-se, criam vínculos, mudam e tornam a mudar é uma consciência fundamental para reforçar a necessidade da mediação em culturas de paz e democracias. Mas é preciso evidenciar que uma parte significativa dos conflitos gerados em sociedades neoliberais provem de sua força motriz, o mercado, constituindo uma relação desigual de enfrentamento entre pessoas físicas e jurídicas, estas últimas altamente preparadas para gerenciar conflitos.

Neste momento, apostamos na mediação comunitária como um sistema de resolução de conflitos responsável e comprometido com uma ideia de democracia participativa e emancipatória. Antes de tudo, como um sistema de resistência contra-hegemônica frente à lógica da disputa própria de sociedades que valorizam o sucesso individual e a riqueza acumulada como critérios de bem viver.

Mais que técnica, procedimento ou teoria: a mediação é uma postura, é uma maneira de interagir com pessoas em conflito e com isso, a mediação exige (se já não for) uma reflexão ética. "A procura crítica da autonomia passa por um *entre-nós* participativo do diálogo com o outro. Um saber escutar o outro"(WARAT, 2004, p.195).

É preciso refletir que a mediação comunitária não pode ter o objetivo imediato simplesmente de desafogar o Judiciário ou dar celeridade à resolução dos conflitos. Embora estes objetivos sejam positivos, eles devem ocupar um lugar secundário na compreensão da importância da mediação. Primordialmente, ela deve significar uma maior autonomia, liberdade e respeito à subjetividade dos atores envolvidos no conflito. Há que se perceber ainda que, a oferta 'oficial' de um espaço de mediação pode significar um desestimulo à criação de espaços descentralizados de resolução de conflitos, vertendo, no lugar de diversificar, ainda mais poder ao próprio Estado e despersonalizando os elos e laços fortes de uma comunidade.

Neste sentido, é necessário estar atento às capturas que uma lógica neoliberal empreende nas práticas de mediação comunitária. Como já dito, muito facilmente o argumento de desafogar o judiciário significa um enxugamento da máquina para uma retração do próprio Estado e de seus mecanismos de acesso à justiça. Como nos aponta Auerbach, o caminho de uma justiça sem direitos é um caminho de injustiças. Ter o fortalecimento da comunidade na resolução de seus conflitos por sistemas outros que não o judicial não pode significar negar a estas mesmas comunidades o sistema judicial, negar direitos. Assim, se a isonomia de poderes entre as partes não se concretiza, dificilmente essa mediação renderá à comunidade frutos vindouros. O sistema de justiça estatal, portanto, permanece como um recursos necessário inclusive para, num processo de mão dupla, aprender com a comunidade e vice versa.

Ou seja, uma cultura de mediação na comunidade, que empodere seus atores, perpassa pelo fortalecimentos dos laços comunitários, mas também da esfera pública, do sentido de coletividade que encontram, no neoliberalismo, uma lógica refratária. A monetarização da vida, a redução dos valores coletivos ao s ditames de consumo e do mercado financeiro, estimuladores de práticas individualistas são o revés do que se espera atingir com uma cultura de mediação. Os riscos são muitos, será preciso vive-los.

Portanto, a mediação comunitária poderá ser, com a atenção necessária a todo jogo que se começa perdendo, o ponto de conversão para práticas emancipadoras.

Referências

AUERBACH, Jerold. S. Justiça sem direito? In: AZEVEDO, André Gomma, e BARBOSA, Ivan Machado (orgs). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol.4, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça.* Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHAI, Cássius G. (org). *Mediação comunitária*. Rio: Global Mediation, 2014.

COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Trad. de René Locan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DAKOLIAS, M. *O setor judiciário na América Latina e Caribe:* elementos para reforma. BIRD/ Banco Mundial. Whashington D.C, 1996. Disponível em: http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2014/12/WTP319-portuuguese.pdf. Acesso em 22/03/2015.

ECONOMIDES, KIM. On liberating law from the tyranny of the city. In FERRAZ, L.*Repensando o acesso à justiça*: estudos internacionais. Aracaju: Evocati, 2016.

FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Justiça no século XXI*: a crise da Justiça no Brasil. 2003. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf. Acesso em 02/02/2015.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo com capacidade social em expansão. In

FERRAZ, L.*Repensando o acesso à justiça*: estudos internacionais. Aracaju: Evocati, 2016.

GARAPON, Antoine. Um nouveau modele de justice: efficacité, acteur stratégique, sécurité. In : Dans la tourmente (1). Aux sources de la crise financière. *Revue Esprit*. Novembre 2008, p.98-122.

MORAIS, José L. Bolzan de. E SPENGLER, Fabiana M. *Mediação e Arbitragem*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NATÓ, Alejandro Marcelo; QUEREJAZU, María Gabriela Rodríguez; CARBAJAL, Liliana María. *Mediación comunitaria* , Buenos Aires : Universidad, 2006.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Judiciário, reforma e economia*: A visão dos magistrados. São Paulo. 2002. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro2.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2015.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito*: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

REBOUÇAS, G. M.; LEITE, M.F. Desafios de um judiciário brasileiro em números: a modernização a serviço de que(m)?. In: Conpedi UFS; Claudia Maria Barbosa; Frederico da Costa carvalho Neto; Rogério Gesta Leal. (Org.). *Política Judiciária E Administração Da Justiça.* Florianópolis: CONPEDI, 2015

SADEK, M. T. A. (Org.). Acesso à Justiça. *Coleção Pesquisas nº 23*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001a.

SALES, Lília Maia de Morais. *Mediação de conflitos, família, escola e comunidade.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça.* 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SLAIKEU, Karl A. *No final das contas*: um manual prático para a mediação de conflitos. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SPENGLER, Fabiana M. *Da Jurisdição à Mediação*: por uma outra cultura no tratamento do conflito. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Editora Unijuí, 2012

STULBERG, Joseph B. e MONTGOMERY, B. Ruth. *Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores*. In: AZEVEDO, André Gomma (org). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Vol.2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p.115.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. *O perfil da mediação comunitária*: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/o-perfil-da-mediacao-comunitaria-acesso-a-justica-e-empoderamento-da-comunidade>. Acesso em: 05 mar.2017.

WARAT, L. *Surfando na pororoca*: o ofício de mediador. Florianópolis: Boiteux, 2004.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: É POSSÍVEL A MEDIAÇÃO PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA?

Valquiria P. Cirolini Wendt,
Inspetora de Polícia no RS, Mestre em Direito, Unilasalle - Canoas-RS,
valquiriaw@hotmail.com

Emerson Wendt,
Delegado de Polícia no RS, Mestre em Direito, Unilasalle-Canoas,
emersonwendt@gmail.com

Resumo:

O texto expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica desenvolvida sob a temática da justiça restaurativa. O método de análise é dedutivo, partindo-se da ineficácia da justiça retributiva na resolução de conflitos e a proposta de um novo paradigma de justiça, e, ao final, a abordagem sobre a mediação na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul através da criação do Projeto Mediar RS. Com o Programa Mediar RS encontrou-se novos e eficientes instrumentos de resolução pacífica de conflitos, como este têm efetivamente alcançado resultados positivos na resolução de conflitos com a utilização da justiça restaurativa, especificamente, com método da mediação.

Palavras-chave: Justiça. Justiça Restaurativa. Polícia Civil. Programa Mediar RS.

1 Introdução

O ser humano tem se comportado de forma individualista, agindo como se o outro fosse seu adversário no meio social, de maneira a justificar a utilização da violência para aniquilá-lo e garantir a sua integridade física e psicológica.

Neste contexto, surgem os conflitos. Tem se acompanhado, diariamente, a divulgação de índices alarmantes sobre o aumento da criminalidade, da sensação de insegurança e, consequentemente, o crescimento da insatisfação da sociedade em relação às respostas dadas pelo Estado a essas situações de violência e conflito.

Entretanto, na expectativa de uma forma de resolução destes conflitos, mais contumaz e direta, mais certeira e com mais rigor, buscam o direito penal, desconsiderando-se a premissa de que esta seria a *ultima ratio*.

Deste modo, o objetivo deste estudo é apresentar uma discussão sobre a ineficácia da justiça retributiva frente às questões de resolução de conflitos e a proposta de aplicação de justiça restaurativa, especialmente no âmbito da polícia judiciária. Assim, como problema de pesquisa, questiona-se: se é possível a utilização da justiça restaurativa como forma de resolução de conflitos no âmbito da polícia judiciária?

Neste sentido, partindo da argumentação de que a justiça retributiva não está sendo eficaz na medida em que as pessoas clamam por mais segurança, pois se sentem inseguras diante da sensação de aumento da violência criminal, serão abordados os fundamentos e requisitos da justiça

restaurativa e a possibilidade de sua aplicação pela polícia judiciária para a resolução de conflitos, estipulando-se como recorte de análise a atuação da Polícia Civil.

Para tanto, a metodologia empregada neste estudo basear-se-á, além da revisão bibliográfica, desde livros, periódicos, incluindo noticiais e sites da Internet. Terá como referencial teórico a temática da justiça restaurativa, bem como a proposta de sua aplicação na Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

Como método de análise será utilizado o dedutivo, partindo-se da ineficácia da justiça retributiva na resolução de conflitos e a proposta de um novo paradigma de justiça, e, ao final, a abordagem sobre a mediação na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul, através da criação e ampliação do Projeto Mediar RS.

2 A Justiça Retributiva e a Limitação da Solução de Conflitos

Vive-se numa sociedade insegura, com medo e em conflito. Nesse contexto, aumentam as demandas no âmbito do Direito Penal com o fim de resolução desses conflitos.

Para Azevedo (2004) este fenômeno se trata de uma das tendências mais evidentes nas sociedades contemporâneas,

> Uma das tendências mais evidentes no tocante às normas penais nas sociedades contemporâneas é a da hipertrofia ou inflação de normas penais, que invadem campos da vida social anteriormente não regulados por sanções penais. O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais.

No mesmo sentido é o posicionamento de Spengler (2010),

> A sociedade contemporânea, gravada pelas marcas da violência e medo constantes, recorre ao Poder Judiciário para ver-se amparada e fortalecida. No entanto, ao invés de encontrar instrumentos de paz social e fortalecimento dos laços entre as pessoas, percebe uma jurisdição ineficaz, eis que o Judiciário ‘decide sobre aquela relação social especificamente demandada, o que não impede, todavia, que outras tantas, com novas características, se manifestem, ou que continue existindo a própria relação social enquanto relação social’ (SPENGLER, 2010, p. 287, grifo do autor)

Para a justiça retributiva o Estado, diante do cometimento de um ilícito penal, tem o poder-dever de punir o responsável pela violação do ordenamento jurídico como forma de retribuição do mal causado. Estabelecer-se-ia, a partir daí, a paz social.

Deste modo, a aplicação de pena privativa de liberdade, como resposta à infração penal e como medida de prevenção para condutas futuras e, ainda, como forma de ressocializar o infrator, tornou-se a medida mais utilizada no sistema de justiça penal atual.

Entretanto, o que se percebe é que esse sistema de justiça tem sido falho, pois não tem ressocializado o sujeito que praticou a infração penal e não traz a sensação de justiça para a vítima, ou seja, o direito penal não tem sido suficientemente apto para garantir a convivência pacífica dos membros da sociedade contemporânea.

Neste sentido o posicionamento de Leonardo Sica,

> [...] na justiça penal tradicional, os operadores preocupam-se com os standards, identificar o lugar-comum de cada caso (ou melhor, de cada processo) em relação à lei e à jurisprudência é o mais importante, o que sufoca a individualidade e a dimensão humana. A justiça penal "coisifica" ofensores e vítimas, transformando-os em meros e repetidos réus e testemunhas, de um paradigma que cada caso pode e deve ser igual aos casos anteriores, daí as decisões pasteurizadas, súmulas vinculantes, etc. (SICA, 2007, p. 31).

De tal modo, o Direito Penal, que deveria ser a última *ratio*, tem sido utilizado como o primeiro mecanismo de controle social. Neste sentido, Rosa (2015, s/p.):

> Partindo-se do Direito Penal como última ratio (princípios da lesividade, necessidade e materialidade), a regulamentação de condutas deve se ater à realização dos Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito, construindo-se, dessa forma, modelo minimalista de atuação estatal que promova, de um lado, a realização destes Princípios e, de outro, impeça suas violações, como de fato ocorre com a explosão legislativa penal contemporânea, quer pelas motivações de manutenção do status quo, como pela 'Esquerda Punitiva'. Não há dúvida que a resposta estatal é a mais violenta de todas e, por isso, não pode ser o primeiro mecanismo de controle social.

Neste contexto, de um sistema penal meramente acusatório e não conciliador o que há é a resolução apenas de problemas essencialmente jurídicos, todavia não resolve o conflito entre as partes, buscam-se novas alternativas de resolução de conflitos, como observa Sica:

> [...] uma sociedade dominada pelo "medo da criminalidade" e por um sentimento de insegurança de características fóbicas, em que resultados são cada vez mais esperados da justiça penal – vendida como panaceia para tais anseios –, é razoável adotar uma lógica pragmática e realista, supondo que os esforços dessa reforma devam concentrar-se na busca de alternativas para a resposta institucional e social ao fenômeno do crime. Também é cogente reorganizar a noção de subsidiariedade (ultima ratio), compreendendo-a como manifestação de interação do direito penal com os outros ramos do direito e, principalmente, com outras formas de resolução dos conflitos (apud BORBA, 2009, p. 44).

Considerando-se o direito penal como a *ultima ratio*, é necessário buscar alternativas para a resolução dos conflitos na esfera penal, sobretudo quanto se tratar de delitos de menor potencial ofensivo. Surge, assim, a justiça restaurativa como opção de aplicabilidade do justo, em complementação à Justiça Retributiva.

3 Justiça Restaurativa: A Opção?

A justiça restaurativa se apresenta como um novo paradigma para a resolução de conflitos, mas, conforme ressalta Achutti (2014, p. 57), não há um consenso estabelecido sobre a definição e os objetivos da justiça restaurativa, todavia o autor cita o posicionamento de Gerry Johnstone e Daniel Van Ness sobre o que o assunto,

> Alguns consideram a justiça restaurativa como uma nova técnica social ou programa que pode ser usado no interior dos nossos sistemas de justiça

> criminal. Outros procuram, em última análise, abolir grande parte do edifício de punição do Estado e substituí-lo por respostas baseadas na comunidade que ensinam, curam, reparam e restauram vítimas, autores de crimes e suas comunidades. Outros, ainda, aplicam a visão de cura e restauração a todos os tipos de conflitos e danos. Na verdade, o objetivo final e foco principal, eles sugerem, deveria ser a mudança da maneira como vemos a nós mesmos e nos relacionamos com os outros na vida cotidiana (apud ACHUTTI, 2014, p. 57-58).

Sica (2007) defende que justiça restaurativa não surge para substituir o sistema de justiça tradicional, mas sim para complementar as instituições legais existentes e melhorar o resultado do processo de justiça,

> [...] é importante frisar que a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, pois que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limites (SICA, 2007, p. 37).

Ainda para Sica o que acontece na justiça restaurativa é uma inversão do objeto, ou seja, o foco deixa de ser o crime em si e passa a ser as consequências e as relações socias afetadas por ele,

> O ponto de partida para o novo é a inversão do objeto. Assim, o objeto da justiça restaurativa (e do saber que se pretende construir ao seu redor) não é o crime em si, considerado como fato bruto, nem a reação social, nem a pessoa do delinquente, que são os focos tradicionais da intervenção penal. A justiça restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta (SICA, 2007, p. 27).

Morris (2005, p. 441) refere que enquanto na justiça convencional o crime é visto como uma violação dos interesses do Estado e por isso há uma atenção maior para isso, na justiça restaurativa há uma preocupação em "oferecer decisões sobre como melhor atender aqueles que mais são afetados pelo crime – vítimas, infratores e as comunidades interessadas nas quais se inserem (*communities of care*) –, dando prioridade a seus interesses". O autor refere ainda,

> A justiça restaurativa, além disso, preocupa-se em lidar com o crime e suas consequências (para as vítimas, infratores e comunidades) de maneira significativa, procurando reconciliar vítimas, infratores e suas comunidades por meio de acordos sobre como melhor enfrentar o crime; e tentando promover, por fim, a reintegração e reinserção das vítimas e dos infratores nas comunidades locais, por meio da cura das feridas e dos traumas causados pelo crime e por meio de medidas destinadas a prevenir sua reincidência.
> A justiça restaurativa também enfatiza os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e de alguma forma resolver esses problemas – ao invés de simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma. Dessa forma, seu objetivo é a restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas consequências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos. E, finalmente, a justiça restaurativa encoraja um respeito e sensibilidade pelas diferenças culturais, e não a preponderância de uma cultura sobre outra (MORRIS, 2005, p. 441).

Achutti (2014) chama a atenção de que a partir da *inversão do objeto*, referido por Sica ocorre uma alteração dos objetivos e formas de proceder com a justiça restaurativa,

> A inversão do objeto, como refere Sica, terá como consequência direta a alteração dos objetivos e, essencialmente, a forma de proceder: antes de se buscar, por meios inquisitórios, a verdade real dos fatos, será realizado um encontro entre os envolvidos, para que cada um possa relatar a sua versão sobre o ocorrido e, após a escuta de todos, seja deliberada a melhor maneira de lidar com os danos causados. Pode-se dizer que há um processo de construção coletiva do caso, que conduzirá a uma construção coletiva da decisão e, portanto, produzirá a justiça para cada cidadão (apud ACHUTTI, 2014, p. 67).

Seguindo esta mesma linha argumentativa de *inversão do objeto*, Pinto (2011, p. 219) menciona,

> Portanto, o crime, para a justiça restaurativa, não é apenas uma conduta típica e antijurídica que atenta contra bens e interesses penalmente tutelados, mas, antes disso, é uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à Justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado e que deve ser restaurado, oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.
> A ideia, então, é voltar-se para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz: você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?

Assim, a proposta da justiça restaurativa é que ocorra um diálogo, com uma participação voluntária[63] e ativa dos sujeitos envolvidos para a resolução de conflitos.

Pallamolla (2009, 55-59) menciona que existem três concepções[64] da justiça restaurativa e que, embora deem destaque a propósitos diferentes, na maioria das vezes, não são antagônicos. A autora se refere às seguintes concepções: a) "concepção do encontro" que dá ênfase ao encontro entre vítima e ofensor; b) "concepção da reparação" que defende que o dano causado à vítima deva ser reparado, e, c) "concepção da transformação", ou seja, se refere à mudança na maneira como as pessoas compreendem a si próprias e como se relacionam, no dia a dia, com as demais pessoas.

Para Pallamolla (2009, p. 55) a concepção do encontro entre vítima e opressor é o que melhor representa uma das ideias centrais da justiça restaurativa, ao afirmar "que vítima, ofensor e outros interessados no caso devam ter a oportunidade de encontrar-se em um local não tão formal e dominado por especialistas (advogados e juízes, por exemplo) como os fóruns e tribunais".

---

[63] Conforme Raffaella Pallamolla (2009, p. 91) "esta voluntariedade é chamada de consentimento informado" e que "tal consentimento, em relação à vítima, implica que deva haver organizações independentes que auxiliem em orientem a tomar a decisão de participar ou não de um processo restaurativo". Em relação ao ofensor a autora aduz que "seu aceite não deve estar vinculado a nenhum efeito positivo, como redução da pena ou uma sanção menos severa, pois isso poderá ter consequências na sua participação, como um pedido de desculpas insincero, por exemplo".

[64] Pallamolla (2009, p. 55) faz uma análise sobre as três concepções de justiça restaurativa recapituladas por Jhonstone e Van Ness.

O envolvimento da vítima e o opressor neste processo faz com que ele se torne uma experiência democrática, onde todos falam e escutam de forma respeitosa. Zehr (2008) ressalta que a justiça para ser justiça é preciso ser vivida,

> A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita a justiça e que agora a vítima irá para a casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isto por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça (ZEHR, 2008, p. 191-192).

Nesse contexto de ausência de consenso sobre um conceito e de diversas concepções sobre a justiça restaurativa não podemos afirmar que há uma única, ou uma correta forma de implementação ou desenvolvimento de uma justiça restaurativa, mas como ressalta Morris (2005, p. 442-445),

> A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre outra; é, antes disso, a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos. Tais práticas e processos restaurativos, portanto, devem "empoderar" infratores e vítimas, oferecendo a eles um sentimento de inclusão e de satisfação com tais práticas e processos; devem permitir que as vítimas sintam-se melhores como conseqüência de sua participação; e devem adequada e significativamente responsabilizar os infratores, encorajando-os a reparar suas vítimas. Se tudo isso ocorrer, nós podemos esperar que as práticas e processos restaurativos tenham um impacto sobre a reincidência e sobre a reintegração, vindo, ainda, a curar as feridas das vítimas.

Deste modo, verifica-se que o novo paradigma de uma justiça restaurativa, com uma participação ativa da vítima e ofensor na resolução de conflitos em que estão envolvidos, é de imensa valia não apenas para o combate ao crime, mas para que seja evitada ou diminuída a reincidência. É, sim, então uma opção válida à justiça retributiva e tradicional do Estado aos conflitos sociais e, especialmente, os penais.

Em busca desses objetivos e seguindo os princípios e valores da justiça restaurativa, a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul implementou o Programa Mediar RS, por meio do qual se instituiu e é aplicada a prática da mediação[65] em algumas delegacias de polícia.

4 A Justiça Restaurativa no Âmbito Da Polícia Judiciária: Programa Mediar na Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul

A partir do acompanhamento de Programas de Justiça Restaurativa em outros segmentos[66], inclusive, no âmbito da Polícia Civil em outros Estados[6768] e, visando encontrar novos e eficientes

[65] Conforme Pinto (2011, p. 2018) "na forma de mediação, se propicia às partes a possibilidade de uma reunião num cenário adequado, com a participação de um mediador, para o diálogo sobre as origens e consequências do conflito criminal e construção de um acordo e um plano restaurativo".

[66] O Conselho Nacional de Justiça - CNJ no ano de 2010 estabelece o uso da Justiça Restaurativa através da Resolução 125/2010, também o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP através da Resolução 118/2014 estabelece o uso dessa técnica alternativa em sua área de competência.

[67] Já existiam iniciativas em Mediação de Conflitos nas Policias Judiciárias de SP, MS, CE, SE e MG.

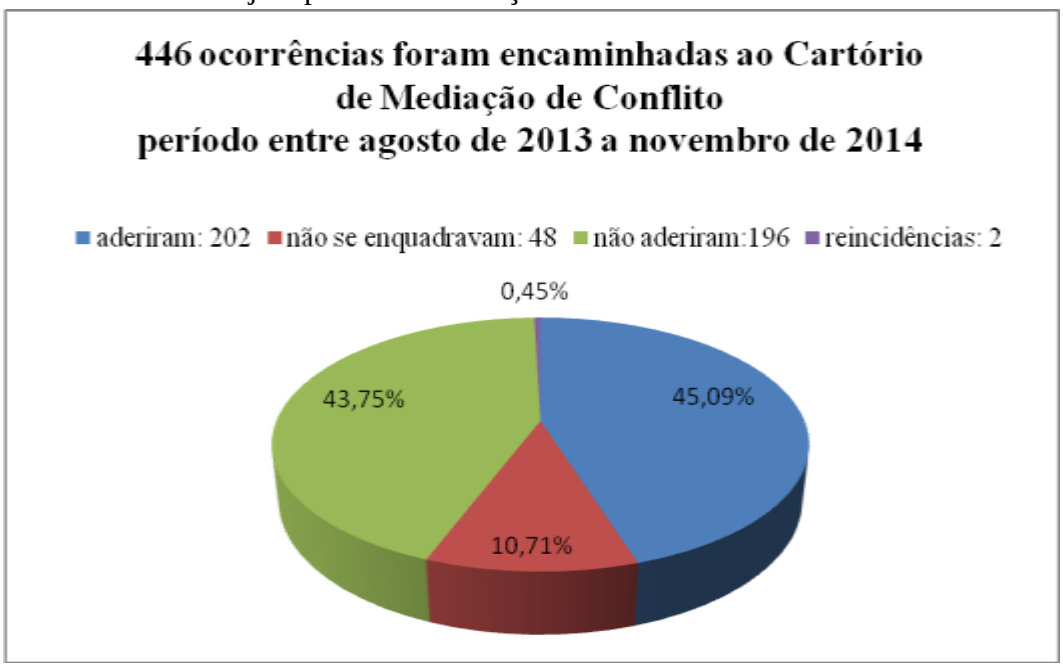
instrumentos de resolução pacífica de conflitos como alternativa ao modelo tradicional, a Polícia Civil do Rio Grande, no ano de 2013, iniciou um projeto para aplicação da mediação de conflitos em Delegacias de Polícia.

No mês de agosto de 2013, o Projeto Mediar/RS foi autorizado pelo Chefe de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul para que fosse desenvolvido como um projeto piloto na 3ª Delegacia de Polícia na cidade de Canoas. Já em 19 de agosto de 2014, após um ano do projeto piloto, a Polícia Civil do Rio Grande do Sul estabelece através da Portaria nº 168/2014[69], a Mediação de Conflitos como Programa da Polícia Civil Gaúcha, passando a se chamar "Programa Mediar RS".

Deste modo, com a proposta de "transformar o nível de comunicação entre as partes, de uma forma polarizada para uma forma transversal, tolerante, inclusiva, racional e pacífica, para que as partes encontrem a melhor solução para elas" (PC/RS, 2016), iniciam as primeiras experiências de mediação na Polícia Civil do RS.

No período entre agosto de 2013 a novembro de 2014 foram encaminhadas 446 ocorrências policiais para o Programa Mediar RS desenvolvido junto à 3ª Delegacia de Polícia de Canoas. Após passar pela avaliação do Cartório de Mediação de Conflitos foram obtidos os resultados expostos no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Projeto piloto da Mediação de Conflitos na Polícia Civil do RS



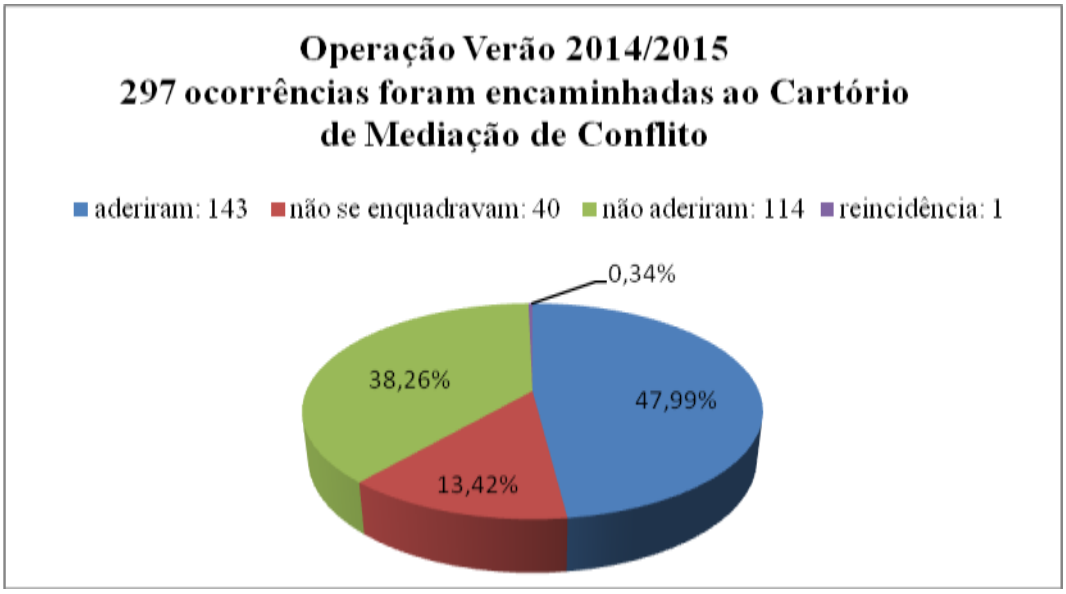
Fonte: Gráfico produzido pela autora a partir de dados fornecidos pela Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

[68] No ano de 2006, na cidade mineira de Belo Horizonte, em âmbito de Polícia Judiciária (Polícia Civil-, instituição responsável pela apuração dos crimes e das contravenções), o Projeto Mediar, de autoria do Delegado de Polícia Anderson Alcântara Silva Melo, então Delegado Titular da Delegacia Regional Leste, Belo Horizonte, Minas Gerais. Tal projeto surgiu da busca desse Delegado que decidiu colocar em prática os princípios da Justiça Restaurativa na Delegacia de Polícia onde atuava. Dessa experiência, aquele Delegado concluiu que a mediação aproxima o poder público das pessoas, criando oportunidades de entendimento, além de despertar no policial um viés pedagógico, permitindo-lhe ensinar às pessoas como resolver pacificamente suas demandas. Por fim, a implantação desse projeto não trouxe acúmulo de trabalho à Polícia, vez que a ação é mediativa é multiplicadora (INSTITUTO ELO, 2006).

[69] Para a realização de suas atividades, o Programa de Mediação de Conflitos da Polícia Civil do Rio Grande do Sul – Mediar RS, se orienta da metodologia técnica operacional da Mediação Transformativa de Conflitos, prescrita através da Portaria nº 168/2014 da Chefia de Polícia do RS.

Ainda no ano de 2014 o Programa Mediar RS foi implementado na cidade de Capão da Canoa e Xangrilá durante a Operação Verão 2014/2015 e apresentou os dados demonstrados no gráfico a seguir:

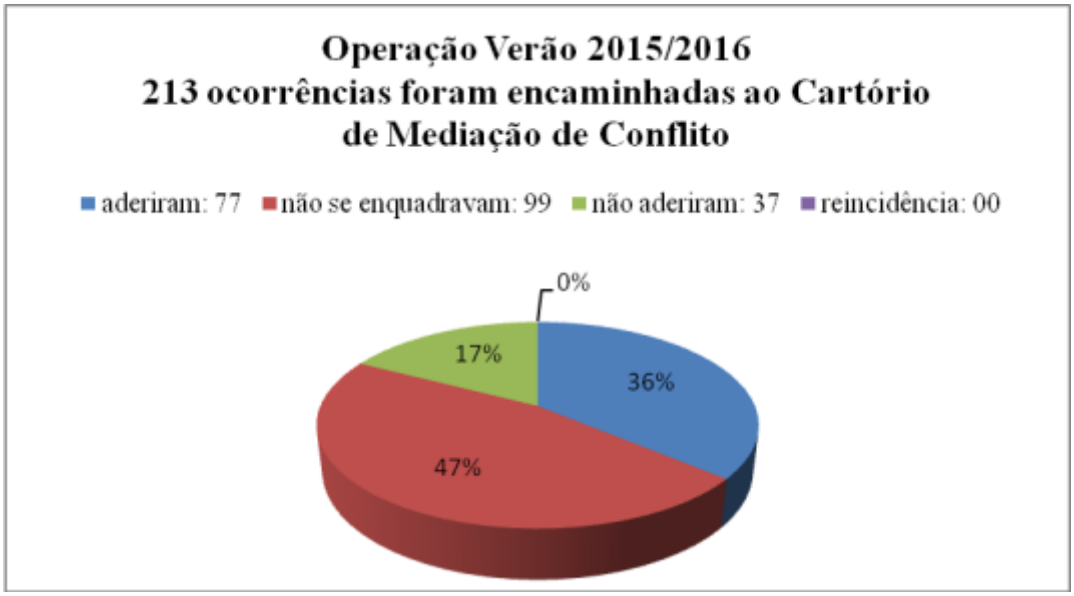
Gráfico 2 – resultados da aplicação da mediação de conflitos nas cidades de Capão da Canoa e Xangrilá pela Polícia Civil do RS (2014/2015)



Fonte: Gráfico produzido pela autora a partir de dados fornecidos pela Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

No período da Operação Verão 2015/2016, novamente foi realizado o Programa Mediar, alcançando os índices demonstrados no gráfico a seguir:

Gráfico 3 – resultados da aplicação da mediação de conflitos nas cidades de Capão da Canoa e Xangrilá pela Polícia Civil do RS (2015/2016)



Fonte: Gráfico produzido pela autora a partir de dados fornecidos pela Polícia Civil do Rio Grande do Sul.

Spengler (2012) refere que a "convivência comunicativa pacífica entre as pessoas" é para a mediação o seu principal desafio, "por isso substitui a comunicação conflitiva pela comunicação cooperativa e integradora dos problemas, auxiliando no desenvolvimento da capacidade de autodeterminação e responsabilização de cada pessoa".

Neste sentido, a proposta de aplicação de justiça restaurativa na Polícia Civil do Rio Grande do Sul, especificamente, a mediação, visa restaurar a relação entre as partes e tem como objetivos[70]: a) possibilitar às partes em conflito a oportunidade de restabelecerem um convívio pacífico através do auxílio de um facilitador em ambiente seguro; b) proporcionar empoderamento às partes, para que de forma horizontal resolvam suas controvérsias, tornando-se partes ativas na decisão a ser tomada; c) oferecer uma resposta rápida às demandas, evitando o agravamento do fato criminal; d) desafogar a carga de conflitos encaminhados ao Poder Judiciário e ao Ministério Público, tratando as relações entre os indivíduos na fase de Policia Judiciária; e) oferecer uma reeducação cultural prevenindo a reincidência da violência e da criminalidade, estimulando uma Cultura de Paz, e; f) firmar a Polícia Civil como Órgão garantidor não só da Ordem Social, mas também de Cidadania (POLICIA CIVIL, 2016).

Salienta-se que, conforme previsto nos incisos e parágrafo único do artigo 3ª e da Portaria nº /2014 (POLÍCIA CIVIL, 2014) que instituiu e estabeleceu as diretrizes do Programa Mediar RS, há uma delimitação quanto aos tipos de ocorrências que serão encaminhadas para o programa,

> Art. 3º - O Delegado de Polícia encaminhará ao Cartório de Mediação de Conflitos as ocorrências que:
> I – tratem de infrações penais cuja ação penal seja disponível ou condicionada à representação da parte;
> II - tratem de relações continuadas, ou seja, relações onde as partes possuam uma convivência mútua, como, por exemplo, relações de vizinhança e coleguismo.
> Parágrafo único – Não serão encaminhados ao cartório de mediação de conflitos os registros policiais que:
> I – Envolvam crianças e adolescentes, bem como mulheres e idosos vítimas de violência doméstica e familiar;
> II – os antecedentes criminais e/ou a condição pessoal das partes não recomendem a realização da mediação.

O processo de mediação de conflitos proposto pela Polícia Civil Gaúcha é desenvolvido em sete fases. Num primeiro momento, a partir do registro do fato (formalizando-se o conflito) é feito uma análise do caso, pela Autoridade Policial, e sendo verificado que o caso é passível de mediação, conforme previsto na Portaria nº 168/2014 (POLÍCIA CIVIL, 2014), é encaminhado ao Núcleo de Mediação de Conflitos. No segundo momento, entra-se em contato com as partes envolvidas e as convida a comparecer[71] na Delegacia de Polícia. Sendo aceito o convite, ocorre a terceira fase, que é chamada de Pré-Mediação, onde as partes serão ouvidas individualmente[72] e se houver interesse de adesão ao Programa segue-se para audiência conjunta. Na quarta fase ocorre a audiência conjunta, momento em que é oportunizado às partes, na presença do mediador[73], expor,

---

[70] Conforme disposto no material do curso de mediação da PC/RS (POLÍCIA CIVIL, 2016).

[71] Importante ressaltar que a participação das partes deve ocorrer de forma voluntária.

[72] Nesta fase da Pré-Mediação, que inicia com o demandante, é oportunizado às partes "falar sobre as razões desencadeadoras do conflito, seu sentimento sobre o ocorrido, o que lhes afetou, o que pode ser feito para restaurar a convivência, se tem interesse em participar do programa e se possuem sugestões para a paz" (POLÍCIA CIVIL, 2016).

[73] O mediador será um Policial Civil capacitado (que tenha feito curso de capacitação para atuar como mediador), ou seja, será "um terceiro imparcial, que facilita a comunicação entre as partes. Não oferece soluções, nem atua como conciliador, apenas estimula o diálogo franco e pacífico, auxiliando as partes a encontrarem elas próprias, a solução

uma à outra, num ambiente seguro e dentro do respeito, seus posicionamentos. Se as partes chegam a um acordo de convivência na audiência é assinada a ata e firma-se o compromisso, na sequência a ata é juntada ao Procedimento Policial e este remetido ao Poder Judiciário para homologação encerrando-se, assim, a quinta e sexta fase. A sétima e última fase é o monitoramento[74] realizado pela equipe de mediação para acompanhar dos desdobramentos do processo de pacificação.

O Programa Mediar RS, embora ainda recente, já apresentou resultados positivos, como foi representado através de gráficos anteriormente, contudo, ainda há muito a se evoluir. Atualmente existem 07 (sete) Núcleos de Mediação de Conflitos operando nas Delegacias de Polícia Civil no Rio Grande do Sul[75]. Estes Núcleos são compostos por uma equipe interdisciplinar de policiais, com formação em diversas áreas de conhecimento, que atuam na condução dos atendimentos seguindo os métodos e princípios da justiça restaurativa.

Sica (2009) faz considerações e chama a atenção para,

> que a justiça restaurativa e a mediação não sejam meros paliativos para a crise do sistema de justiça, nem entendidas apenas como instrumentos de alívio dos tribunais, de extensão da burocracia judiciária ou de indulgência, devem ser implementadas sobre dois fundamentos bastante claros: ampliação dos espaços democráticos e construção de novas modalidade de regulação social. Sem isso, acredito, em poucos anos o novo modelo padecerá dos mesmos defeitos apresentados pelo velho. Vejamos sempre o exemplo dos Juizados Especiais Criminais. Eleger a reconstrução do processo de regulação social como principal fundamento para a adoção da mediação penal, remete àquela observação inicial: a justiça restaurativa deve ser encarada como iniciativa capaz de fundar um novo paradigma de justiça e não só representar mais uma técnica de resolução de conflitos ou instrumento de alívio processual (SICA, 2009, p. 434).

E assim, frente ao crescimento da violência e a incapacidade do sistema de justiça criminal tradicional para conter os conflitos sociais, se impõe o desafio de reestruturar este sistema em busca de novas formas alternativas de resolução desses conflitos. Neste contexto, a Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul procurou novas alternativas, aplicando a justiça restaurativa, a partir da mediação na resolução de conflitos.

6 Considerações Finais

A partir da discussão sobre a ineficácia da justiça retributiva frente às questões de resolução de conflitos, buscou-se analisar a proposta de aplicação de justiça restaurativa, especialmente no âmbito da polícia judiciária.

Assim abordou-se sobre a forma como a justiça retributiva atua diante de um ilícito penal, ou seja, atribuindo ao Estado o poder-dever de punir o responsável pela violação do ordenamento jurídico e a paz social, como forma de retribuição do mal causado.

---

para o conflito", conforme previsão do parágrafo único do art. 2º da Portaria nº 168/2014 do Chefe de Polícia do Estado do Rio Grande do Sul.

[74] O monitoramento é realizado pelo período de 60 dias a partir da assinatura do acordo. São feitos contatos quinzenais com as partes.

[75] Há núcleos de mediação instalados em Delegacias de Polícia nas cidades de Capão da Canoa, Gramado, Lajeado, Santa Cruz do Sul, Porto Alegre (13ª DP), Veranópolis e Montenegro.

Todavia, sabe-se que esse sistema de justiça, que tem a aplicação de pena restritiva de liberdade como sua principal medida para a ressocialização do infrator e a prevenção de condutas futuras, não tem sido eficaz. Ademais, a vítima não participa desse processo de modo que, nem sempre a pena aplicada ao infrator traz a sensação de justiça para a vítima, ou seja, o direito penal não tem sido suficientemente apto para garantir a convivência pacífica dos membros da sociedade contemporânea.

Diante disso, tratou-se sobre o novo paradigma da justiça restaurativa, sobre a maneira como este sistema de justiça se propõe trabalhar a resolução de conflitos. Verificou-se que na justiça restaurativa há uma "inversão do objeto", ou seja, o foco deixa de ser o crime em si e passa a ser as consequências e as relações socias afetadas por ele.

A justiça restaurativa propõe, portanto, que ocorra um diálogo, com uma participação voluntária e ativa dos sujeitos envolvidos para a resolução de conflitos. Desta maneira, esse processo será muito importante, não apenas para o combate ao crime, mas para que seja evitada ou diminuída a reincidência.

Por fim, com essa proposta de uma nova e mais efetiva forma de resolução de conflitos, procurou-se verificar a possibilidade de aplicação de justiça restaurativa no âmbito da polícia judiciária. Deste modo, apresentou-se o Programa Mediar RS que surgiu a partir de uma proposta da Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Sul de encontrar novos e eficientes instrumentos de resolução pacífica de conflitos, têm efetivamente alcançados resultados positivos na resolução de conflitos com a utilização da justiça restaurativa, especificamente, o método da mediação.

Ressalta-se que o Conselho Nacional de Justiça editou, em 31 de maio de 2016, a Resolução nº. 225 objetivando a resolução de conflitos por meio da justiça restaurativa de forma consensual, voluntária e voltada à pacificação da disputa e que traz no parágrafo único do artigo 7º a previsão de que a autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo.

Ademais, a autoridade policial mediadora se assemelha a figura do mediador extrajudicial previsto no artigo 9º da Lei nº. 13.140/2015 (Lei da Mediação) e que pode desenvolver esta atividade qualquer pessoa que tenha a confiança das partes e tenha capacidade para fazer a mediação, independente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele se inscrever.

Em suma, respondendo ao problema deste estudo – se é possível a utilização da justiça restaurativa como forma de resolução de conflitos no âmbito da polícia judiciária? –, reforça-se que é possível e necessário, pois diante da ineficácia do sistema de justiça retributiva é de fundamental relevância que outras medidas sejam adotadas. E, como demonstrado no decorrer deste estudo, a justiça restaurativa, a partir da participação direta das partes pode, efetivamente, ter um impacto sobre a reincidência e sobre a reintegração do infrator e, vindo, ainda, a curar as feridas das vítimas.

Referências

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal:* contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2004.

BORBA, A.Z. Justiça Restaurativa: Uma Leitura Constitucional a Partir do Garantismo. Dissertação de mestrado em ciência jurídica. Universidade do Vale do Itajaí/SC. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp144442.pdf>. Acesso em: 17 set. 2016.

BRASIL. *Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 17 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº. 125 de 29 de novembro de 2010.* Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579 >. Acesso em: 17 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº. 225 de 31 de maio de 2016.* Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 17 set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº. 118 de 01 de dezembro de 2014.* Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/atos-e-normas/norma/154/&highlight=WzExOF0=>. Acesso em: 17 set. 2016.

INSTITUTO ELO. *Defesa Social amplia atuação do programa Mediação de Conflitos*. Disponivel em: < http://www.institutoelo.org.br/site/noticias/leitura/96>. Acesso em: 01 set. 2016.

MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos. Uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. *IN:* BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm [orgs.]. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à pratica*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. A construção da justiça restaurativa no Brasil - o impacto no sistema de justiça criminal. *Revista Paradigma*, n. 18, 2011.

POLÍCIA CIVIL. *Portaria nº 168*, de 19 de agosto de 2014.

POLÍCIA CIVIL. *Programa de Justiça Restaurativa da Polícia Judiciária Gaúcha*. Material do Curso de Formação de Mediadores de Conflitos. Acadepol, 2016.

ROSA, Alexandre de Morais. *Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli*. Empório do Direito. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em: 02 jun. 2016.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O Novo Modelo de Justiça Criminal e Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa: críticas e contra críticas. *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, p. 158-189, 2008.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2009. Disponível em:< https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/151/Bases%20para%20modelo%20brasileiro_Sica.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 ago. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação*: Por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos Políticas da Mediação Comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, p. 167-202, 2008.

ENSINO DA MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA DE MUDANÇA: OBSERVAÇÕES A PARTIR DA PRÁTICA DOCENTE

Cibele Cheron (UFRGS, IFRS – iccibele@gmail.com);
Débora Coelho (UniRitter)

Resumo:

O artigo em tela objetivaompreender as transformações contextuais, atitudinais, paradigmáticas e axiomáticas que influenciam a prática docente a partir do ensino da Mediação Judicial. Discutir sobre os desafios, as inovações e os processos de mudança, em perspectiva interdisciplinar, implicados no ensino da Mediação Judicial a partir da experiência docente nos cursos de Direito e Psicologia, em seus aspectos teórico e prático. Empregamos a técnica da observação participante, em sala de aula, nos anos de 2015 e 2016. As observações de campo foram analisadas a partir do referencial teórico eleito, com aportes das Ciências Jurídicas e Sociais, da Psicologia, da Sociologia, da Ciência Política, da Antropologia, da Pedagogia e da Comunicação Social. Podemos afirmar que o ensino da mediação incentiva, na e no docente atitudes de incentivador e facilitador do aprendizado, resinificando atividades docentes de transferência do conhecimento para participação ativa nos processos de construção de conhecimentos, despertando competências e habilidades e contribuindo para a formação de sujeitos autônomos, críticos, éticos, colaborativos e emancipados.

Palavras-chave: Mediação. Docência do Ensino Superior. Direito. Psicologia. Transformações

1 Introdução

> Pressupondo o ‘homem’ enquanto ‘homem’ e seu comportamento com o mundo enquanto um [comportamento] humano, tu só podes trocar amor por amor, confiança por confiança, etc. Se tu quiseres fruir da arte, tens de ser uma pessoa artisticamente cultivada; se queres exercer influência sobre outros seres humanos, tu tens de ser um ser humano que atue efetivamente sobre os outros de modo estimulante e encorajador. Cada uma das tuas relações com o homem e com a natureza tem de ser uma ‘externação determinada’ de tua vida ‘individual efetiva’ correspondente ao objeto da tua vontade. Se tu amas sem despertar amor recíproco, isto é, se teu amar, enquanto amar, não produz o amor recíproco, se mediante tua ‘externação de vida’ como homem amante não te tornas ‘homem amado’, então teu amor é impotente, é uma infelicidade.[76]

O texto em epígrafe fala de reciprocidade e alteridade na tarefa cotidiana de construir-se enquanto ser humano, indivíduo, sujeito, cidadão. Nesse sentido, coaduna-se ao escopo do estudo em tela: qualificar os sujeitos das relações sociais enquanto atores juridicamente relevantes que, de forma autônoma, pela emancipação adquirida através do empoderamento, são capazes de gerenciar seus conflitos de forma ética. O presente artigo interpreta a ética pelo prisma da alteridade enquanto fonte de definição do sujeito nas relações sociais, em que reconhece a si, ao outro e ao todo e, num processo dinâmico de referencial intrínseco, compõe sua própria cidadania.

[76] MARX, Karl. Manuscritos econômico-filosóficos. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 161.

Busca-se redimensinoar novas alternativas ético-jurídicas de mudanças paradigmáticas que possam cingir os conflitos presentes nas relações sociais contemporânaes. A temática dos conflitos sociais é abordada desde uma perspectiva multidimensional, procurando compreender as relações sociais a partir da ocorrência de valores, interesses e práticas conflitantes.

Duas perspectivas teóricas basilares são discutidas: a que concebe a sociedade como estrutura estável, sendo o conflito uma anomalia nociva; e a que compreende a sociedade enquanto estrutura dinâmica, sendo o conflito uma das múltiplas formas de interação. Especial ênfase é dada à segunda perspectiva para ressaltar o potencial construtivo dos conflitos, na qualidade de elemento formador da sociedade, de relação que se estabelece entre os indivíduos em divergências.

O potencial definidor do conflito também é detacado pela ótica do sujeito, que se reconhece na relação com outro, e assim se define enquanto sujeito social. Esse é o ponto de partida para análise da ordem jurídica convencional, assinalando a crise de hegemonia e as disfunções atravessadas pelo paradigma do Direito estatal. Sobreleva-se a importância da ética, enquanto referencial endógeno de conduta, centrado simultaneamente no indivíduo e no outro, a fim de qualificar a autonomia do sujeito como ator jurídico relevante.

A autocomposição, na esteira da ética da alteridade, é apontada como alternativa ao paradigma hegemônico monista, capaz de fomentar, entre os sujeitos, a emancipação e o empoderamento.

2 Os conflitos: anomalias sociais ou formas de interação?

O conflito é uma contingência básica da vida social. Cada sociedade, em suas estruturas, e cada relação social, em suas interações, apresentam conflitos potenciais na medida em que envolvem pessoas cujos interesses, manifestos ou latentes, podem divergir. De fato, o mundo social é pleno de tensões e contradições, que se manifestam em formas diversas de conflitos.[77] Esse palco é espaço de interações entre múltiplos atores: diversos, plurais, diferentes e divergentes. Assim, um contexto de incertezas soma-se às relações que se delineiam no mundo social, ampliando os espectros para colisões de interesses, expectativas, valores e oposições entre os sujeitos e suas circunstâncias.

Ralf Dahrendorf buscou reduzir as perspectivas teóricas sobre conflito e consenso agurpando-as em dois grandes blocos que explicam a matriz social sob distintos pontos de vista. Pela premissa do consenso, toda sociedade é vista como uma estrutura relativamente persistente e estável, bem integrada, cujos elementos formadores contribuem para sua manutenção como sistema, e cujo funcionamento é condicionado ao consenso entre seus membros sobre valores.[78] Já pela premissa do conflito, toda sociedade está, a todo momento, sujeita a processos de mudança. A ubiquidade é característica da mudança social e dos conflitos, que são expostos permanentemente, assim como as dissensões. Os elementos presentes na sociedade contribuem, de certa forma, para a sua desagregação e para a sua mudança. Toda sociedade, por fim, nessa premissa, é baseada na coerção de alguns de seus membros por outros.[79]

---

[77] COLLINS, Randall. Quatro tradições sociológicas. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 49.
[78] DAHRENDORF, Ralf. As Classes e seus Conflitos na Sociedade Industrial. Brasília, Editora da UnB, 1982, p. 148.
[79] DAHRENDORF, Ralf. As Classes e seus Conflitos na Sociedade Industrial. Brasília, Editora da UnB, 1982, p. 149.

A moderna Teoria dos Conflitos, a partir dos autores seminais, categoriza a sociedade desde duas perspectivas: aquela que considera os conflitos uma anormalidade e aquela que os considera forma de relação, interação ou tensão social.

Concernente à primeira perspectiva, Karl Marx aponta que a estruturação desarmônica da sociedade é resultado do desequilíbrio nas relações econômicas, do antagonismo entre as classes sociais e do desenvolvimento contraditório entre as relações de produção e as forças produtivas. O conflito, nessa cena, compreende uma demonstração de anormalidade construída historicamente.[80] Entretanto, essa anomalia é dotada de vitalidade, pois qualquer grupo ou sistema social é "constantemente marcado por conflitos, porque em nenhuma sociedade a harmonia ou equilíbrio foram normais"[81].

Ainda percebendo o conflito como anômalo, Émile Durkheim aponta que o rompimento da solidariedade mecânica das sociedades primitivas em direção à solidariedade orgânica e à divisão do trabalho pode levar a estágios patológicos da sociedade. Imprescindível, assim, a intervenção de mecanismos de normatização e regulação para recompor a coesão social.[82] Contudo, Durkheim admite que existe uma dimensão conflituosa na sociedade, constantemente renovada e legítima. Tal dimensão é, segundo o sociólogo francês, manejada entre os atores sociais através de contratos de curta duração, que estabelecem tréguas precárias e temporárias entre as constantes hostilidades. "O papel da solidariedade não é suprimir a concorrência, mas sim moderá-la".[83] Por tal ótica, qualquer tentativa de se resolver um conflito seria, mesmo pela via da regulamentação, insuficiente e lacunar, permitindo a ocorrência de incontáveis atritos.

Adentrando à segunda perspectiva, é possivel desviar tanto do determinismo histórico-social quanto da disfuncionalidade preconizados por Marx e Durkheim.

Max Weber, em nova dimensão, observa as ações, relações e interações dos agentes sociais carregadas de intenções, mais ou menos munidas de racionalidade. Nesse marco, o conflito ocorre "quando as ações que se orientam pelo propósito de impor a própria vontade contra a resistência do ou dos parceiros"[84] caracterizam relações sociais de luta. Não se trata, portanto, de um estágio anômalo ou de um período negativo da história, mas de uma ação cotidiana, verificável em toda a história da humanidade, resultado da concorrência por recursos escassos variados (materiais e simbólicos), que podem levar a diferentes formas de interação, inclusive à violência, à obediência, à dominação ou à resistência.[85] Ou seja, trata o conflito não como algo patológico, mas como uma dimensão normal da vida social.

Weber compreende a intrincada teia de relações humanas que forma a sociedade como a probabilidade de seus participantes guiarem suas ações em dado sentido, afigurando uma ordem determinada. Todavia, os seres humanos não tramam entre si apenas relações de afeto, amizade, estima, confiança e concordância. Também se envolvem em oposições uns com os outros, erigindo adversidades, contrariedades, rivalidades, competições, que podem se desenrolar até a violência, a negociação ou a emulação. Em vista disso, conflitos e antagonismos são inerentes à própria

[80] BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond (Org.) Tratado de Sociologia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995 p. 253.
[81] PASQUINO, Gianfranco; REGALIA, Ida. Conflito. In: BOBBIO, Norberto el al. (Orgs.) Dicionário de Política. Brasília: Editora da UnB, 1995, p. 226.
[82] DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 108.
[83] DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social, p. 382.
[84] WEBER, Max. Economia e Sociedade. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 187.
[85] WEBER, Max. Economia e Sociedade. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 187.

experiência humana, dada a pluralidade de valores e interesses inexoravelmente atrelados ao ser humano e as suas relações, em diferentes níveis de racionalidade.[86]

Mais a fundo, Georg Simmel considera o conflito uma das formas básicas de interação humana. Parte o autor da premissa de que o conflito reproduz-se junto às ações interativas e relacionais geradas no interior da sociedade.

> "Admite-se que o conflito produza ou modifique grupos de interesse, uniões organizações. [...] Se toda interação entre os homens é uma sociação, o conflito – afinal, uma das mais vívidas interações e que, além disso, não pode ser exercida por um indivíduo apenas – deve certamente ser considerado uma sociação. E de fato, os fatores de dissociação – ódio, inveja, necessidade, desejo – são as causas do conflito; este irrompe devido a essas causas. O conflito está assim destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes."[87]

Simmel defende o conflito enquanto fator de progresso e desenvolvimento, na medida em que obriga a sociedade à superação de situações de contingência, produzindo realizações consideráveis, não verificáveis em circunstâncias de aparente harmonia coletiva. É possível verificar, nesse contexto, "a superação de certas discrepâncias e alienações individuais internas, ele [o conflito] frequentemente evidencia as relações intergrupais com uma clareza e uma determinação impossíveis de outro modo"[88]. Concernente, nessa via, que o conflito havido entre distintos grupos ou facções proporciona a anulação temporária de discrepâncias internas, mas, simultaneamente, as visibiliza, permitindo que venham a surgir em outro momento, de tal forma que "*ambos estados (la lucha y la paz) se ofrecen tan confundidos que, en toda paz se eestán elaborando las condiciones para la guerra futura y en toda guerra las de la paz seguiente*"[89]. Ou seja, o conflito, composto por seus elementos positivos e negativos inseparáveis, é elemento essencial da formação da sociedade, na medida em que unidade e divergência são duas faces do ser individual e coletivo.

Norbert Elias também evidencia a indissociabilidade do conflito da existência social. Para o autor, as pessoas estão sempre a medir forças, mesmo inconscientemente, o que resulta num equilíbrio de poder estável ou instável, de acordo com a eventualidade social ou pessoal. Importa salientar que a concepção de poder, aqui, assume "uma característica estrutural das relações humanas – de *todas* as relações humanas"[90]. Essas relações são cotidianas, onde quer que exista algum nível de interdependência funcional entre as pessoas, em modelos bi ou multipolares. O conflito, assim, tem caráter estruturante das relações e interações humanas, e da sociedade enquanto construção dinâmica em constante evolução.[91]

Dentro de tal processo estão a forma de socialização contínua e mutável segundo a qual os membros de uma sociedade interagem e os modos como participam em situações de conflito e disputas de poder. Elias evidencia a importância, nesse processo, da auto-imagem que o indivíduo e o grupo social fazem de si próprios e a partir da qual arquitetam sua autoconsicência, parâmtro de avaliação de si e dos outros, referencial das ações sociais erigidas por múltiplas interdependências.

---

[86] FREUND, Julien. Sociologia de Max Weber. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 25-26.
[87] SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. In: MORAES FILHO, Evaristo de (Org.) Georg Simmel: Sociologia. São Paulo: Ática, 1983, p. 122.
[88] SIMMEL, Georg. A natureza sociológica do conflito. In: MORAES FILHO, Evaristo de (Org.) Georg Simmel: Sociologia. São Paulo: Ática, 1983, p. 154.
[89] SIMMEL, Georg. Sociología: Estudios sobre la socialización. Madrid: Alianza Editorial, 1986, p. 344.
[90] ELIAS, Norbert. Introdução à Sociologia. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 81 (grifo do autor).
[91] ELIAS, Norbert. Introdução à Sociologia. Lisboa: Edições 70, 2005, p. 189.

A imagem de si reflete as relações e as posições que são ocupadas nestas por indivíduos e grupos, demarcadores de papéis sociais não estáticos, também objetos de disputas por poder e conflitos, que legitimam os ocupantes em suas posições.[92]

Para Elias, o encadeamento entre o indivíduo e a sociedade é de tal forma imbricado que produz um estreito nexo entre como ele se percebe e a forma como estabelece suas relações. Assim, no Ociedente, o indivíduo, inserido numa rede de relacionamentos e interdependências, tem no ideal da civilização o marco balizador de suas relações.

Se o conflito é apenas uma das formas de interação entre os indivíduos, a cooperação aparece no sentido oposto, como convergência de interesses e confluência de ações, orientadas num mesmo sentido. Entretanto, vale o alerta de Pierre Bourdieu, para quem a sociedade ganha visibilidade através de espaços onde as relações de poder se manifestam e os atores irão lutar em torno de interesses específicos, ocupando posições previamente definidas pelo capital social adquirido por eles. Dessa forma, atores em posições hierarquicamente legitimadas como superiores detêm maior prestígio e podem exercer o poder de impor seus interesses aos demais, de acordo com suas conveniências. Criam-se, assim, relações de dominação. As cooperações, nesse prisma, seriam aparentes, e os conflitos estariam subjacentes ao poder que não é resistido. Todas as relações, a partir dessa perspectiva, estariam marcadas por confrontos e alinhamentos em torno de interesses manifestos ou latentes.[93]

Pelo exposto, o conflito se apresenta como inevitável e construtivo, considerando-se as exigências da democracia e da contemporaneidade multicultural. Há, então, que se buscar formas de lidar com ele, abandonando a ideia de patologia social e abraçando seu potencial transformador, desde que manejado com ética e alteridade.

3 Ética, autocomposição e empoderamento

Ao considerar o Direito sob sua função de pacificar os conflitos sociais, imediatamente a doutrina tradicional recorre aos pressupostos ideológicos da estatalidade, da unicidade, da positivação e da racionalização, que lastreiam a função jurisdicional do Estado enquanto monopólio da emissão, interpretação e aplicação das normas que irão substituir a vontade das partes conflitantes. Antônio Carlos Wolkmer analisa o direito desde o prisma do monismo estatal, segundo o qual

> toda sociedade tem apenas um único Direito, e que este "verdadeiro" Direito, instrumentalizado por regras neutras positivamente postas, só pode ser produzido através de órgãos de instituições reconhecidos e/ou oficializados pelo Estado. Cosntroi-se, assim, a segurança, a hierarquia e a certeza de um arcabouço de normatividade dogmática fundado no plano lógico da completude e de que só existe um Direito, o Direito Positivo do Estado.[94]

Toda a ordem jurídica, nesse enfoque, é formada por normas que, desde um paradigma exógeno, devem impor-se a todos os sujeitos e grupos microssociais, haurindo as normas de fontes

[92] SOUZA, Jessé. A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora da UnB, 2000, p. 43.
[93] Neste sentido, ver: BOURDIEU, Pierre. O Poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
[94] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 61.

diversas, erguendo-se como o Direito em si, o único legítimo, válido e soberano, pois dotado de poder de coerção. De fato, no bojo do Estado Moderno, o que caracteriza o estabelecimento de relações jurídicas intersubjetivas é a regulação exterior, que, dada a importância que assume, define a prôpria existência social do homem.[95] A prevalência do formal jurídico sobre o social está gravada no ordenamento e na tradição positivista.

Ao eleger a ciência positiva como caminho mais eficaz para alcançar o conhecimento, a Modernidade sacrificou a sensibilidade, as emoções, as suscetibilidades humanas no altar da objetividade, rompendo o liame entre sujeito e objeto do saber. Porém, será crível uma ciência que prescinde do sujeito e se volta inteiramente ao objeto?

Pertinentes à crítica acima, alguns aspectos precisam ser apontados. Primeiro, sobre o próprio monismo estatal. O Direito do estado não pode ser visto como um bloco monolítico, uma vez que a produção normativa é produto de acirradas disputas políticas entre grupos de interesses distintos "oriundos da classe dominante, através de seus representantes, [e] nem esse direito estatal admite os mesmos espaços de luta e participação dos protagonistas dessa disputa"[96]. A neutralidade da norma estatal, portanto, é fictícia, e o conflito que a produz obedece a uma racionalidade nem sempre declarada.

Segundo, sobre a tradição jurídica que, no Brasil, decorre da herança cultural hibérica semiperiférica, conforme assevera Marcos Augusto Maliska, para quem

> A tradição jurídica portuguesa, vinculada à concepção patrimonial de Estado, introduziu no Brasil um Estado deficitário e uma cultura jurídica excessivamente formalista. [...] A igualdade jurídica foi sempre uma tentativa de igualdade formal, nunca material. [...] Deve-se ter presente que o Estado brasileiro não nasce das exigências do cidadão, uma vez que a situação de colônia não permite falar em cidadania. O Estado resulta da transferência de poder real da metrópole para a colônia, que implanta-se burocraticamente, distante da sociedade e alheio a seus objetivos.[97]

Os entes soberanos, assim, são incapazes de dar conta das situações demandadas pelos integrantes da sociedade, gerando uma crise estrutural.

Terceiro, olhando com mais cuidado para a crise ventilada acima, depreende-se que a incapacidade de atender às demandas é apenas uma das facetas de uma crise muito maior que o estado contemporâneo atravessa, abrangendo as instituições sociais, políticas e jurídicas. As falhas do modelo representativo impulsionam à criação de um novo paradigma, capaz de solucionar os problemas dos indivíduos e grupos sociais, bem como as exigências que emergem desses atores e de suas demandas por direitos, ou, muitas vezes, da privação de direitos de que são vítimas, acabando por gerar conflitos e litigâncias, e, ainda, de dar conta das falhas de competência dos órgãos estatais produtores, intérpretes ou aplicadores de normas. Esse novo paradigma deve conseguir superar a crise de legalidade dos canais convencionais, já saturados, mediante a criação de alternativas, institucionalizadas ou não, eficazes para abranger as novas condições, interesses e imposições de regulação da sociedade.[98] Verifica-se que, num mesmo espaço sócio-político, interagem múltiplas

---

[95] COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 206-208
[96] COELHO, Luiz Fernando. Teoria crítica do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 447.
[97] MALISKA, Marcos Augusto. Pluralismo jurídico e Direito moderno. Curitiba: Juruá, 2000, p. 25.
[98] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 83.

práticas jurídicas a partir de conflitos ou de consensos, justificadas pelas necessidades existenciais, materiais e culturais humanas.[99]

O pluralismo, em suas muitas variantes, reconhece a potencialidade dos indivíduos, não como sujeitos dedicados à satisfação de si próprios, mas como aqueles que, a partir das diferenças integram-se numa coletividade marcada pelo múltiplo, numa conexão entre singularidade e variedade. Dessarte, o pluralismo contesta a univocidade, a massificação, e visa a atingir o consenso enquanto processo, mas não enquanto objetivo. O consenso, portanto, é construído, e o pode ser através do dissenso, de forma que o poder

> encontra-se diante de pressões e exigências, ameaças e apelos aos quais não se pode mostrar indiferente, e entre os quais deve definir as decisões mais eficazes. Essa situação define a prática do poder como a negociação permanente nos desacordos, a busca ativa das soluções de compromisso e a invenção dos equilíbrios provisórios no seio das relações de força.[100]

Uma nova prática jurídica desponta com o potencial de preencher o hiato epistemológico da dogmática tradicional e do monismo jurídico em crise, e com a ambição de consubstanciar a democracia e a inclusão ativa do indivíduo num "espaço de práticas sociais participativas, capaz de reconhecer e legitimar novas formas normativas e extra-estatais/informais (institucionalizadas ou não), produzidas por novos atores titulares de carências e necessidades desejadas"[101]. A sociedade está criando novos direitos e exigindo efetividade a direitos existentes, a partir dos chamados novos movimentos sociais[102], reconhecidos formalmente ou não. Depreende-se, portanto, que o estado não é o único espaço de criação de direitos, e que a arena social constitui-se palco político e jurídico em que a democracia, a descentralização e a participação contribuem para a emancipação do indivíduo, a partir de fundamentos de natureza ética.

Para que o almejado novo paradigma possa surdir, mudanças culturais são imprescindíveis. É preciso deslocar o foco do tratamento dos conflitos, *a priori*, do estado para o sujeito. Significa considerar que as circunstâncias subjetivas dos indivíduos e grupos microssociais têm primazia, no gerenciamento dos conflitos, sobre a disciplina objetiva da norma estatal. A partir de então, o referencial exógeno normativo se torna secundário ante o referencial endógeno ético, que tem na alteridade seu parâmetro primário. Os filósofos existencialistas[103] e os psicólogos humanistas[104] defendem o reestabelecimento do homem como centro das atenções científicas, sociais, políticas, econômicas e jurídicas.

As relações intersubjetivas também sofrem com a crise que abala as estruturas da sociedade contemporânea, cujas causas podem ser indicadas a partir da exaltação do individualismo, invisibilizando ou anulando o outro; a supressão da dignidade e das noções a ela correlatas nas relações cotidianas; a intolerância à diversidade; o afastamento do cidadão da vida política da nação; a alienação cultural e social; a massificação das informações; a tecnicidade exacerbada e a tecnização da razão; a coisificação dos corpos, da sexualidade e do afeto; a centralidade do

---

[99] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 219.

[100] ANSART, Pierre. Ideologias, conflitos e poder. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 170.

[101] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. XIX.

[102] A respeito, ver GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. Revista Brasileira de Educação. V. 16, n. 47, maio-ago2011, p. 333-512. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf.> Acesso em 16 de agosto de 2014.

[103] Neste sentido, ver Heidegger, Sartre e Camus.

[104] Neste sentido, ver May, Maslow e Rogers.

consumo na vida humana, entre tantas outras características perceptíveis dos tempos hodiernos.[105] Ao mesmo tempo, a sociedade se esforça para permitir, ao menos aparentemente, a expressão e o reconhecimento das diferenças e da diversidade como condições de existência do ser humano contemporâneo. Essa contradição acaba por reduzir a vida social a um relativismo lesivo, vez que tende à aglutinação cultural, fragmentadora do sujeito, e não mais o reconhece como um ser racional e consciente de suas atitudes, livre árbitro de suas ações, responsável por suas escolhas.

A ética, ciência da conduta humana, busca identificar tanto as causas que condicionaram o agir do homem quanto a finalidade da ação.[106] O homem está no centro, e não a norma. Trata-se de uma transição de critérios necessária para que o novo e desejado paradigma jurídico possa ser construído com efetividade: o referencial humano. Cumpre buscar um novo critério ético capaz de promover o ser humano de forma integral, o que representa a evolução do Direito na contemporaneidade. Para que o critério ético do humano seja possível, cada sujeito precisa promover sua própria modificação cultural, construindo os fundamentos de integralidade de seu próprio ser, que o definem na relação com o outro. O referencial da ação humana deixa de ser o interesse momentâneo ou a satisfação imediata de necessidades, e passa a ser a natureza humana, o que o define enquanto humano.

> O bem para o homem é a decisão e o ato que promove a vida, sua funcionalidade e seu ser, tanto em relação ao sujeito como em relação à sociedade. A mesma identidade do ser estabelece a ordem do bem individual para o sujeito e do comum para a sociedade.[107]

Assim, a definição do sujeito, a partir do referencial ético, permite a ele, concomitantemente, definir o outro e o todo. Ao buscar um referencial ético, ao buscar um parâmetro de conduta integral que balize seu agir ante seus iguais, em situações reconhecidas como normais, conflituosas, potencialmente construtivas, o sujeito define a si enquanto cidadão. Não é, então, o reconhecimento do liame com o estado, numa relação de pertencimento, ou a condição de beneficiário de políticas ou programas que reconhece ao sujeito o exercício pleno de sua cidadania, mas a busca pela ética enquanto definidor da conduta, delineador da vontade, imperativo centrado sincronicamente na individualidade e na alteridade.

A chamada ética da alteridade ancora-se na emancipação e na autonomia do sujeito, na solidariedade e na justiça que manifestam-se nas conjunturas materiais, nas práticas sociais e nas necessidades dos que sobrevivem à margem do sistema econômico.

> A 'ética da alteridade' é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos. Por ser uma ética que traduz os valores emancipatórios de novas identidades coletivas que vão afirmando e refletindo uma práxis concreta comprometida com a dignidade do 'outro', encontra seus subsídios teóricos não só nas práticas sociais cotidianas e nas necessidades históricas reais, mas igualmente em alguns pressupostos da chamada Filosofia da Libertação.[108]

---

[105] Nesse sentido, ver BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
[106] ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 380.
[107] VIDOR, Aécio. Filosofia. Curitiba: IESDE, 2008, p. 120.
[108] WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 269-270.

O critério ético humano centrado na alteridade se estabelece a partir de um ato de vontade do sujeito. É um ato voluntário que, quando exteriorizado, transforma-se em comportamento, permitindo distinguir que a vontade, pela ética da alteridade, tende ao bem. Articula-se, assim, uma relação entre o bem individual e o bem comum, apta a garantir normas da própria racionalidade em prol do bem comum. "A lei intrínseca à natureza do homem dá origem às leis formadas para garantir a ordem racional ao bem comum."[109]

Nesse sentido, defende-se a autocomposição, enquanto meio de gerenciamento de conflitos fundamentado na ética e centrado no sujeito, como estratégia de construção da cidadania, da emancipação e do empoderamento dos indivíduos.

No Brasil, dois são os sentidos em que o termo empoderamento é empregado no pensamento social. O primeiro abarca os processos de mobilizações e as práticas que visam a promover e impulsionar indivíduos, grupos e comunidades a ampliar sua autonomia e melhorar sua qualidade de vida. O segundo, por sua vez, abrange ações que objetivam promover a integração de excluídos, carentes e demandatários de recursos essenciais à sobrevivência, políticas públicas e atenção governamental, entre outros, em sistemas normalmente precários, viabilizados através de projetos de cunho assistencialista.[110] A ética da alteridade se coaduna com o primeiro sentido, primando pela construção da autonomia do sujeito que empodera a si próprio num processo de reconhecimento em que renuncia à condição de tutelado, dependente e impotente e transforma-se em protagonista ativo, que luta para si, com e para os outros por mais liberdade, independência e autodeterminação, tomando em suas próprias mãos as rédeas de seu destino.[111]

A mediação, um dos procedimentos autocompositivos de gerenciamento ético dos conflitos, tem como cerne uma característica que a diferencia do tratamento judicializado dos litígios: os sujeitos envolvidos no conflito controlam e produzem a forma como este será tratado. A sua vontade não é substituída pela vontade do estado-juiz, que interpreta e aplica o direito positivado. O referencial do gerenciamento do conflito é a ética intrínseca ao sujeitos, e não a norma exógena.

A justiça pode ser alcançada a partir de valores consensuados, num processo dialógico e deliberativo entre os sujeitos envolvidos, na medida em que conseguem encontrar adequações entre seus interesses originalmente contrapostos. Nesse processo, a definição do sujeito desde o referencial ético humano, tendo o outro por parâmetro, potencializa a construção de sua cidadania, amplia o exercício de seus direitos e faz com que ele se empodere. A autocomposição mostra-se tanto instrumento para a efetiva realização de direitos materiais, quanto meio de reformular as relações sociais intersubjetivas, capacitando e qualificando os sujeitos para tratarem suas demandas e interesses, mesmo que estes não estejam, necessariamente, sob a tutela do ordenamento.[112]

Assim, a autocomposição centraliza o ser humano no escopo da justiça e legitima-se através de práticas emancipatórias de subjetividades emergentes e participativas dos novos atores relevantes do universo jurídico que, ao direcionarem suas demandas habituais e regulares para o gerenciamento a partir do referencial ético, criam Direito e constroem cidadania.

---

[109] [109] VIDOR, Aécio. Filosofia. Curitiba: IESDE, 2008, p.131.

[110] GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. Saúde e Sociedade. São Paulo, v. 13, n. 2, mai./ago. 2004, p. 20-31.

[111] HERRIGER, Norbert. Empowerment in der sozialen Arbeit: eine Einführung. Stuttgart: Kohlhammer, 2006, p. 16.

[112] ZAMORRA Y CASTILLO. Processo, autocomposição e autodefensa. Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 238.

4 Ensino da Mediação nos Cursos de Direito e Psicologia: observação participante docente

O ensino aprendizagem da mediação, dentro do curso de Psicologia, se dá através dos estágios e reúne tanto os cursos básicos orientados pelo CNJ quanto às práticas de mediação. Os alunos se interessam em conhecer eles campo e durante o processo , na aprendizagem das ferramentas de trabalho, muito associam com as técnicas que utilizamos em psicoterapia. Principalmente as orientações de acolhimento, escuta ativa, sem falar no princípio básico da psicologia que tem como foco auxiliar os sujeitos na produção de maior autonomia e, consequentemente, maior liberdade na maneira como experimentam a vida. A partir destas associações, a entrada no campo gera curiosidade e desejo de conhecer nos estagiários. Junto ao currículo prescrito pelo cnj, para o curso de mediadores, há a liberdade de inserir conteúdos importantes para a formação do mediador, como: comunicação não violenta, teoria sistêmica, teoria dos jogos, temas da psicologia.

Acreditamos que a mediação ē um campo transdisciplinar, não se restringe a nenhum saber em especial e apresenta era um conhecimento que é da humanidade: a habilidade em conduzir situações de conflito. Como aproveitaríamos a tecnologia da mediação judicial, embasada no método linear de Harvard, estudando técnicos e aprimorando habilidades autocompositivas? Compor uma caixa de ferramentas interdisciplinar e atenta à complexidade do campo dos conflitos será nossa maior necessidade. Aqui, tomo emprestado o termo foucaultiano de caixa de ferramentas, conceito que nos diz que:

> Uma teoria é como uma caixa de ferramentas. É preciso que sirva, é preciso que funcione. E não para si mesma. Se não há pessoas para utilizá-la, a começar pelo próprio teórico que deixa então de ser teórico, é que ela não vale nada ou que o momento ainda não chegou[113].

A ideia da mediação contar com uma caixa de ferramentas nos orienta não só a técnica, mas, como reforça o filósofo, nos garante uma forma de auxiliar os sujeitos a encaminhar suas questões. Durante o início da minha aprendizagem sobre esse campo, percebi que mesmo que os conflitos estudados tivessem uma aparência jurídica, havia também uma pertença ao campo emocional por envolver a dificuldade humana de se comunicar e de entender a perspectiva do outro. E afinal, poderíamos encontrar um conflito que não envolva questões emocionais?

É inclusive por esse ponto, a dimensão emocional, que, segundo Moore (1998), a mediação é geralmente definida como a interferência em um negociação ou em um conflito de uma terceira parte. O mediador em questão, tem um poder de decisão limitado e não autoritário e que ajuda as partes envolvidas a chegarem a um acordo mutuamente aceitável. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer e fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e danos psicológicos.

A mediação caminha no sentido oposto à do conflito judicial, o qual origina um ganhador e um perdedor. A intervenção de um terceiro, o mediador, contribui, por meio da reabertura do diálogo, que a lógica experimentada na sessão seja a do ganha-ganha, justamente porque os sujeitos recuperam sua autonomia para pensar, reconsiderar, negociar e resolver seus impasses. Valoriza-se o poder da palavra e a posse dessa, para cada um dos sujeitos envolvidos.

---

[113] Foucault, 1979. p,71.

Sendo assim, marcaremos três ferramentas da nossa caixa que guiariam o trabalho do mediador e funcionariam para propiciar maior autonomia do pensamento:

- Cuidado
- acolhimento;
- escuta ativa

Tais ferramentas servem para que o educador relembre da sua função como mediador e possa clicar uma atmosfera acolhedora das angústias dos alunos, quando vão observando a forma violenta como se comunicam e que é possível comunicar de outro jeito. Acompanhar esse processo de mudança requer o uso do cuidado, para que o sujeito consiga modificar seu modo de comunicar e de significar o conflito e se sinta capaz de operar tais transformações. A mudança pode conduzir aos alunos a que modifiquem sua postura ao lidar com os conflitos nos espaços nos quais circulam (família, trabalho, conjugalidade, relações de vizinhança,etc).

Segundo Rogers[114] a escuta que favorece o auto-desenvolvimento e amadurecimento para enfrentamento dos desafios da vida é tomada por uma atitude de empatia, ou seja, capacidade de intuir o que se passa com o outro; de aceitação incondicional e respeito, que é a capacidade de acolher o outro integralmente, incondicionalmente e sem julgamento; e coerência no sentido de ser real e de se mostrar ao outro de maneira autêntica e genuína. Essas competências também são caras para a psicanálise e nos lembram da semelhança entre as funções do cuidador e da maternagem[115].

Para tanto o professor mediador, se esforça para oferecer um clima de acolhimento, no qual seja possível exercer a escuta ativa, realizar a leitura das necessidades, ajudar a fazer um pedido, etc. ou seja, junto com os conteúdos da mediação, são trabalhadas as habilidades autocompositivas, relacionais e comunicacionais. Relembrando que um mediador sempre está em formação, aprimorando suas potencialidades e desafiando seus hábitos, no sentido de alcançar uma comunicação cada vez mais efetiva com o outro.

Elencaremos algumas destas ações que nos parecem importantes para o exercício adequado do cuidar: prover as necessidades básicas em ralação a sobrevivência física (alimentar, higienizar, medicar, agasalhar) e a sobrevivência psíquica (contato físico, zelo, amor, carinho, paciência); amparar em sua mente as ansiedades e as tensões insuportáveis e devolve-lás devidamente desintoxicadas, ao dar-lhaes sentido e nome; oferecer uma presença continuada, para que o sujeito se sinta protegido. A ideia de construir um ambiente estável, seguro e confiável torna-se fundamental para o exercício desse rol de tarefas.

E pode ser ligado com a função psicológica do cuidado pela vida. Esse conceito se torna um operador comum entre Direito e Psicologia, uma vez que apresenta a ética como relação que inclui o cuidado com o outro, com seu desenvolvimento enquanto pessoa e o respeito a sua integralidade e dignidade enquanto cidadão. Retomamos a palavra grega éthos, que denota originalmente: assento, morada, para designar uma abertura na qual toda a constelação humana trazida pelo sujeito pode encontrar acolhimento[116]. Ética, se torna um modo de se relacionar, uma maneira de se lidar com o outro, de cuidar do outro.

Ética assim significada, seria uma ação, um exercício de cuidado, que vai oferecer abrigo a quem está em condição psicológica de vulnerabilidade. E é justamente essa morada, oferecida por advogados e psicólogos, que pode ser um espaço no qual a vida se renova e há possibilidade de transformação do sujeito acolhido.

---

[114] ROGERS, RC. Tornar-se pessoa. [Tradução Manuel José do Carmo Ferreira e Alvamar Lamparell: revisão técnica Claudia Berliner].-5a Ed.-São Paulo: Martins Fontes, 1997

[115]ZIMERMANN, p.104-5.

[116]Naffah Neto,1994, p.86.

Nosso destaque que aproxima os campos do Direito e da Psicologia, se revela na afirmação ética da vida, assegurando uma função de cuidado que assegure os sujeitos em condições de vulnerabilidade psicológica. Apoiar, acolher e auxiliar os sujeitos que estão sendo constrangidos em sua dignidade humana é exercer uma atitude ética que implica o desejo de ofereçer uma saída protetiva e desejante, que novos caminhos mais saudáveis e baseados em relações familiares mais confiáveis e afetivas, possam surgir.

Cuidar da vida significa agir onde está se encontre constrangida e limitada, buscando brechas que possam nos mostrar como instituir mudanças e recuperar a vitalidade perdida. Eis a melhor orientação que o cuidador deve carregar consigo.

O aluno aprende a ser cuidado e a oferecer cuidado, aprende a ser acolhido e a oferecer acolhimento, eis o melhor do processo. E este guiado por três importantes direções[117], a saber:

• ética no que se refere ao compromisso com o reconhecimento do outro, na atitude de acolhê-lo em suas diferenças, suas dores, suas alegrias, seus modos de viver, sentir e estar na vida;

• estética porque traz para as relações e os encontros do dia-a-dia a invenção de estratégias que contribuem para a dignificação da vida e do viver e, assim, para a construção de nossa própria humanidade; política porque implica o compromisso coletivo de envolver-se neste "estar com", potencializando protagonismos e vida nos diferentes encontros.

No acolhimento, é necessário, além de uma escuta respeitosa, uma postura continente, com o mínimo de interferências. Acolher antes de tudo a ansiedade dos sujeitos, que muitas vezes não conhecem o proceso da mediação e que podem estar temerosos do que acontecerá. O olhar tranquilo e que percebe os mediandos sem diferenciá-los, assim como o tom de voz que transmite apoio e segurança, seriam os primeiros meios de acolhimento pelo mediador. Esse não se justificaria só na recepção dos mediandos até a sala, mas abarcaría todo o processo de mediação. Poristo torna-se possível dizer que o acolhimento é uma postura ética que implica na escuta do sujeito em suas queixas, no reconhecimento do seu protagonismo no processo de mediação, e na responsabilização pela resolução do conflito.

Como alerta-nos Teixeira[118] a disposição para acolher o outro requer um reconhecimento deste como legítimo em sua diferença, tal olhar pede por relações em que a confiança se torne mais presente.

O conceito de acolhimento, portanto, tratado como próprio a um regime de afectabilidade (propiciador de alterações) é algo que qualifica uma relação e é passível de ser apreendido e trabalhado em todo e qualquer encontro. Acolhido o sujeito se sente em relação, há uma atmosfera de compreensão e cuidado que denominamos intersubjetiva-relacional. Esta diz respeito a compreensão do acolhimento como relação com o outro, construção de vínculos interpessoais a partir de uma escuta solidária e atenta a cada uma das versões da história. Esta lógica relacional é pautada por práticas de "boa-vontade" e no entendimento de que acolher ao usuário e sua rede social, e aos trabalhadores entre si, é "colocar-se no lugar do outro e agir como gostaríamos de ser tratados (p. 154).

Esta é a ferramenta primordial de nossa caixa e que garante o tom de caráter relacional para nossa tecnologia.

---

[117] BRASIL, 2010, p.6.

[118] TEIXEIRA, R.R. 2003. Acolhimento num serviço de saúde entendido como uma rede de conversações. In: Pinheiro, R. e Mattos, R.A. (org.) Construção da Integralidade – cotidiano, saberes e práticas em saúde. Rio de Janeiro: IMS-UERJ/ABRASCO, p.49-61.

A escuta deve estar pautada no respeito e solidariedade e isenta de julgamento e juízo de valor, a fim de que seja assegurado um espaço acolhedor em que a pessoa possa expressar seus sentimentos e experiências que lhe causam sofrimento psíquico

Abrange mais do que um momento de atenção. Representa uma atitude de ocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo contínuo com o outro: "O cuidado não se esgota num ato que começa e acaba em si mesmo. É uma fonte permanente de atos, atitude que se deriva da natureza do ser humano"[119].

Segundo Rogers[120] a escuta que favorece o auto-desenvolvimento e amadurecimento para enfrentamento dos desafios da vida é tomada por uma atitude de empatia, ou seja, se colocando no lugar do outro e sentido o que sentiria caso estivesse em seu lugar; de aceitação incondicional e respeito, que é a capacidade de acolher o outro integralmente, incondicionalmente e sem julgamento.

Percebemos que o estágio, ao trabalhar com as ferramentas que apresentamos, cumpre com sua função de sensibilizar alunos para que visualizem outros modos de responder aos conflitos, instrumentalizando para apoiar sujeitos que precisam se empoderar. Relembramos aqui a força da filosofia de Espinosa, na qual tudo na natureza participa de uma ordem comum de encontros e os seres podem ser definidos pelo seu poder de "afetar" e de serem "afetados" por outros seres, ou, poderíamos dizer, de interferir e sofrer interferências.

Trata-se sempre de um encontro de corpos e, também, de ideias, que podem ser considerados bons ou maus. Um bom encontro é como um alimento, ou um ser amado, que se compõe com o nosso corpo e aumenta nossa potência de existir, de agir e pensar. Um mau encontro é, ao contrário, aquele que em um corpo ou uma ideia não se compõe com meu corpo e com minhas ideias, deixando-me, por isso, mais fraco[121].

5 Considerações finais

No lugar de apenas um Direito elaborado, interpretado e aplicado dentro da lógica hierárquica do monismo estatal, as demandas da contemporaneidade requerem a construção da horizontalidade. Os sujeitos, seus conflitos e interesses, os potenciais positivos de crescimento social daí advindos, o reconhecimento da normalidade do próprio conflito exigem um tratamento inclusivo do indivíduo no panorama jurídico. Assim, para erguer um novo paradigma, é preciso romper os modelos vigentes, buscando compor a emancipação que permita aos indivíduos conceberem e expressarem suas identidades, enquanto condição de liberdade, autodeterminação e alteridade.

Para tal, assume-se que o ser humano não é objeto de idealização, e nem pode ser tomado como algo pronto. O ser humano está em contínua construção e, nessa premissa, *ser* humano significa *tornar-se* humano, conquistar-se, apoderar-se de si. A consciência do *eu*, simultânea à consciência do *nós*, torna o ser humano um sujeito responsável, ético, individual e social. Ninguém pode ser ético senão em relação com o outro: a ética existe na necessária interação com o outro. Interação essa que nem sempre será harmônica ou equilibrada, pois a sociedade é plena de

[119] BOFF, 2003, p.28
[120] ROGERS, RC. Tornar-se pessoa. [Tradução Manuel José do Carmo Ferreira e Alvamar Lamparell: revisão técnica Claudia Berliner].-5a Ed.-São Paulo: Martins Fontes, 1997
[121] Yasui, 2007, p.163

interesses e valores divergentes. A divergência e a dissociação levam ao conflito, e ele, por sua vez, não representa uma patologia ou um fator de desmantelamento da sociedade. Ao contrário, se gerenciado com ética, pode produzir resultados positivos.

Ao discutir relações sociais, um trinômio é inseparável: ser humano, ética e justiça. O ser humano como sujeito da ética; a ética como parâmetro das relações; as relações como objetos de justiça. Entende-se a justiça também como relacional, na medida em que ninguém pode ser justo senão ao estabelecer relações, que se pretendem justas, com o outro.

É na relação direta com o outro, tendo a ética da alteridade como critério, que o ser social se define, e define a sua existência cidadã. Ao definir o seu agir a partir do outro, ele define a si, e exerce seu direito mais básico enquanto cidadão: o direito a ter direitos. A autocomposição, nesse sentido, é campo profícuo para a construção da cidadania a partir da autonomia do sujeito e de seu empoderamento, chamando para si próprio a tarefa de gerenciar os conflitos de que faz parte. A vontade do sujeito, assim, prepondera sobre a possível substituição pela vontade do estado-juiz. O determinante da conduta humana, na autocomposição, aloca-se no referencial interno da ética. Já na alternativa heterocompositiva da jurisdição, o comportamento do indivíduo se referencia de forma heterônoma, pela externalidade da norma jurídica, que lhe é imposta, inclusive, através dos mecanismos coercitivos do estado.

Investir em autocomposição, assim, significa investir na emancipação do cidadão. Resulta no reforço da democracia em seu sentido mais amplo, no qual os seres humanos são centrais e o Direito não é um fim em si mesmo.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANSART, Pierre. *Ideologias, conflitos e poder*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIRNBAUM, Pierre. Conflitos. In: BOUDON, Raymond (Org.) *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995 p.247-282.

BOFF, Leonardo. *Saber cuidar*: ética do humano – compaixão pela terra. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COLLINS, Randall. *Quatro tradições sociológicas*. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 49.

DAHRENDORF, Ralf. *As Classes e seus Conflitos na Sociedade Industrial*. Brasília, Editora da UnB, 1982.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

ELIAS, Norbert. *Introdução à Sociologia*. Lisboa: Edições 70, 2005.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*: formação do estado e civilização. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. *Saúde e Sociedade*. São Paulo, v. 13, n. 2, mai./ago. 2004, p. 20-31.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*. V. 16, n. 47, maio-ago2011, p. 333-512. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/v16n47/v16n47a05.pdf.> Acesso em 16 de agosto de 2014.

HERRIGER, Norbert. *Empowerment in der sozialen Arbeit*: eine Einführung. Stuttgart: Kohlhammer, 2006

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e Direito moderno*. Curitiba: Juruá, 2000.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.

MOORE, C. W. *O processo de mediação*: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo de (Org.). *Georg Simmel*: Sociologia. São Paulo: Ática 1983.

PASQUINO, Gianfranco; REGALIA, Ida. Conflito. In: BOBBIO, Norberto el al. (Orgs.) *Dicionário de Política*. Brasília:Editora da UnB, 1995, p.225-1230.

PNAFFAH NETO, Alfredo. *A psicoterapia em busca do Dionísio*: Nietzsche visita Freud. São Paulo: EDUC/Escuta, 1994.

ROGERS, RC. *Tornar-se pessoa*. [Tradução Manuel José do Carmo Ferreira e Alvamar Lamparell: revisão técnica Claudia Berliner].-5a Ed.-São Paulo: Martins Fontes, 1997

SALES, L. M. M. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.

SIMMEL, Georg. *Sociología*: Estudios sobre la socialización. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

SOUZA, Jessé. *A modernização seletiva*: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora da UnB, 2000.

TEIXEIRA, R.R. 2003. Acolhimento num serviço de saúde entendido como uma rede de conversações. In: Pinheiro, R. e Mattos, R.A. (org.) *Construção da Integralidade* – cotidiano, saberes e práticas em saúde. Rio de Janeiro: IMS-UERJ/ABRASCO, p.49-61.

VIDOR, Aécio. *Filosofia*. Curitiba: IESDE, 2008.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: Editora UnB, 1999.

WINNICOTT, Donald. *Consultas terapêuticas em psiquiatria Infantil*. Trad. de Joseti Marques Xisto Cunha. Rio de Janeiro, Imago, 1984.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAMORRA Y CASTILLO. *Processo, autocomposição e autodefensa*. Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.

A MEDIAÇÃO PENAL COMO ALTERNATIVA AO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL

Cláudio Daniel de Souza[122]

Resumo:

Este artigo aborda o fracasso do atual sistema de justiça criminal tradicional, apresentando a justiça restaurativa como possível alternativa para resolução de conflitos na seara penal. Desta forma, serão estudados aspectos negativos do sistema de justiça criminal tradicional e, posteriormente, como foco principal, será estudada a justiça restaurativa, destacando breves diferenças entre os dois sistemas. Procura-se, também, verificar a possibilidade de adoção da mediação penal no Brasil, analisando a experiência de Buenos Aires, que adotou a mediação através Lei n. 13.433/2005, e, por último, o projeto de Lei n. 7.006/06, que pretende instituir a justiça restaurativa no país.

Palavras-chave: Justiça Criminal Tradicional. Justiça Restaurativa. Mediação Penal.

CRIMINAL MEDIATION AS AN ALTERNATIVE TO THE TRADITIONAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Abstract:

This article addresses the failure of the current traditional criminal justice system, presenting restorative justice as a possible alternative to conflict resolution in criminal justice. Therefore, negative aspects of the traditional criminal justice system will be studied and, subsequently, as the main focus, restorative justice will be studied, highlighting brief differences between the two systems. The possibility of adopting criminal mediation in Brazil will also be verified by analyzing the experience of Buenos Aires, which adopted mediation through Law n. 13433/2005, and, finally, the draft Law no. 7006/2006, which seeks to establish restorative justice in the country.

Keywords: Traditional Criminal Justice. Restorative Justice. Criminal Mediation.

1 Introdução

O presente artigo trata das questões relacionadas ao atual sistema de justiça criminal, bem como da justiça restaurativa, meio alternativo de resolução de conflitos, utilizado em alguns países da Europa e da América do Sul.

Abordar-se-á, brevemente, o atual cenário do sistema de justiça criminal tradicional brasileiro, que possui a pena privativa de liberdade como seu principal instrumento de resposta ao

[122] Mestrando em Direito do Unilasalle Canoas/RS, atuando na linha de pesquisa "Sociedade e Fragmentação do Direito" – Bolsista CAPES/PROSUP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais – Direito – pelo Unilasalle Canoas/RS. Advogado. Membro do Conselho Universitário (CONSUN) do Unilasalle Canoas/RS como representante dos discentes (2015-2017). Claudiodaniel.adv@gmail.com

delito, apresentando a justiça restaurativa como uma nova porta de entrada para resolução de conflitos criminais, perquirindo questões referentes aos seus princípios e práticas. Posteriormente, serão abordadas as principais diferenças entre o sistema de justiça criminal tradicional e a justiça restaurativa, com objetivo de demonstrar que há possibilidade de implementar no Brasil um meio alternativo de resolução de conflitos na seara penal.

Também, será estudada brevemente a experiência de Buenos Aires, que adotou a justiça restaurativa, especificamente a prática mediação penal através da Lei n. 13.433/2005, crimes correcionais cuja pena não é privativa de liberdade e aqueles com pena de prisão não exceda seis anos. Por fim, será analisado de forma superficial o projeto de Lei n. 7.006/06 que pretende instituir a justiça restaurativa no sistema processual penal brasileiro.

Ademais, o presente trabalho busca demonstrar que existe viabilidade de romper o paradigma de que a justiça criminal tradicional é a única "porta de entrada" para resolver os conflitos criminais no país, apresentando um meio democrático onde as partes sejam os principais personagens e, principalmente, responsabilizando os envolvidos pelos seus atos.

2 O Atual Sistema de Justiça Criminal Brasileiro e a Justiça Restaurativa

Inicialmente, cumpre destacar que, a justiça restaurativa surge como um modelo alternativo de resolução de conflitos na seara penal, tendo em vista o fracassado sistema de justiça criminal tradicional que não resolve os problemas da vítima, do ofensor e da comunidade atingida pelo delito (ACHUTTI, 2009).

Mesmo tratando-se do período de 1825 a 1848, Michel Foucault (2015, p. 21) aborda de forma clara sobre a questão do sistema penal, no sentido de sua instauração, bem como do seu funcionamento, vejamos:

> Em primeiro lugar, durante o período que vou tratar, de 1825 e 1848, no momento da instauração e do funcionamento do grande sistema cujas linhas principais haviam sido dadas pelo Code d'instruction criminelle [Código de Instrução Criminal] de 1808 e pelo Código Penal de 1810, na França, uma coisa fica clara: está em curso a guerra social, não a guerra de todos contra todos, mas a guerra dos ricos contra os pobres, dos proprietários contra aqueles que não possuem nada, dos patrões contra os proletários.
> Segundo elemento: a consciência clara e perfeitamente formulada no discurso da época de que as leis sociais são feitas por pessoas às quais elas não se destinam, mas para serem aplicadas àqueles que não as fizeram.

Logo, a possibilidade de implementação de um sistema alternativo de resolução de conflitos no cenário brasileiro, especificamente na seara penal, justifica-se, exatamente, em razão da constatação da séria crise que atravessa o sistema de justiça criminal tradicional. Também, destaca-se que o atual sistema de justiça criminal é estruturado para exercer o poder de forma seletiva, como aponta Zaffaroni (2001, p. 27)

> Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere, e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis. Esta seleção é produto de um exercício de poder que se encontra, igualmente em mãos dos órgãos

> executivos, de modo que também no sistema penal "formal" a incidência seletiva dos órgãos legislativo e judicial é mínima.

Consequentemente, o sistema atual de justiça criminal não reflete respostas efetivas para sociedade, pois partindo-se da premissa que no Brasil a população carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos, pelo simples fato de ter como seu principal instrumento de resposta ao delito a pena privativa de liberdade, chegando à quarta maior população carcerária mundial[123], resta evidente que o sistema adotado não atinge os objetivos que se propõe. Seguindo esta linha de raciocínio expõe Marcos Rolim que

> A Justiça Criminal não funciona. Não porque seja lenta ou - em sua "opção preferencial pelos pobres" - seletiva. Mesmo quando rápida e mais "abrangente", ela não produz "Justiça" porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticaram o mal. Esse resultado não altera a vida das vítimas. O Estado as representa porque o paradigma moderno nos diz que o crime é um ato contra a sociedade. Por isso, o centro das atenções é o réu a quem é facultado mentir em sua defesa. A vítima não possui qualquer papel nessa dinâmica. Sua dor não será, de fato, conhecida e o agressor jamais será confrontado com as consequências de sua ação.[124]

Consoante se depreende do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, de junho de 2014, vale destacar as características dos apenados que compõe a população carcerária brasileira, vejamos: (a) quanto à faixa etária dos apenados: 31% possuem de 18 a 24 anos de idade, 25% possuem de 25 a 29 anos de idade, 19% entre 30 a 34 anos, 17% entre 35 a 45 anos, 7% de 46 a 60 anos, 1% de 61 a 70 anos[125]; (b) quanto à raça, cor ou etnia: 67% da população carcerária é composta por negros, 31% são brancos, 1% amarela e 1% outras[126]; e (c) quanto à escolaridade: 53% não concluíram o ensino fundamental, 12% possuem o ensino fundamental completo, 11% não concluíram o ensino médio, 7% possuem o ensino médio completo, 9% alfabetizados sem cursos regulares, 6% são analfabetos[127].

Diante disso, observa-se que o atual sistema é totalmente seletivo, visto que a porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 67%, ao passo que na população brasileira em geral a proporção é de 51%, 31% são jovens de 18 a 24 anos de idade e 53% não concluíram o ensino fundamental.

Por esta razão é nítida a crise de legitimidade e eficiência do atual sistema de justiça criminal (ZAFFARONI, 2001), surgindo, portanto, a necessidade de uma reforma considerável no atual sistema, iniciando-se, como destaca Sica (2007, p. 22), pela

---

[123] BRASIL. 2016.

[124] ROLIM, Marcos. 2011.

[125] Quanto aos dados referentes à faixa etária dos apenas o relatório aponta que um pouco mais da metade (55%) das unidades informou ter condições de obter essa informação em seus registros para todas as pessoas privadas de liberdade, 17% informaram ter condições de informar para parte das pessoas privadas de liberdade, 26% informaram não ter condições de obter essas informações e 2% não responderam à questão, razão pela qual foi possível obter informações de cerca de 70% da população prisional do Brasil. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf.

[126] Importante salientar que 48% das unidades prisionais informaram ter condições de obter essa informação para todas as pessoas privadas de liberdade, e 14% informaram ter condições para apenas parte das pessoas. Assim, a informação foi disponibilizada para 274.315 pessoas privadas da liberdade, cerca de 45% da população prisional, conforme se verifica do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf.

[127] Neste item 48% das unidades afirmaram ter condições de obter essas informações em seus registros para todas as pessoas custodiadas e 20% para parte das pessoas. A escolaridade foi informada para 241.318 pessoas, o que corresponde a cerca de 40% do total da população carcerária. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf.

> [...] (a) redefinição da missão da justiça penal [...] (b) elaboração de um novo paradigma de justiça criminal por meio de construção de uma teoria própria das medidas alternativas à prisão e à pena [...].

Na mesma seara, aponta Renato Sócrates Gomes Pinto (2005) que

> É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade.

A partir dessa perspectiva a possibilidade de implementação de um sistema alternativo de resolução de conflitos no cenário brasileiro, principalmente tratando-se da justiça restaurativa, acaba se tornando uma importante discussão nos bancos acadêmicos. A inclusão de um sistema alternativo de resolução de conflitos na seara penal, especialmente se apoiado nos princípios e valores da justiça restaurativa, pode representar uma quebra de paradigma, superando a noção de que a justiça criminal tradicional é única "porta de entrada" para lidar com os problemas resultantes da criminalidade e da criminalização de uma determinada sociedade.

Nesse sentido, importante frisar que "a justiça restaurativa possui não só um conceito aberto como, também, fluído, pois vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas" (PALLAMOLLA, 2009, p. 54).

Porém, Tony Marshall aponta uma possível conceituação: "justiça restaurativa é um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e suas implicações para o futuro" (MARSHALL, 1996, apud ACHUTTI, 2014, p. 63).

No que tange aos princípios da justiça restaurativa, cabe referir, que a Resolução n. 2002/12 da Organização das Nações Unidas[128] estabeleceu princípios básicos sobre a aplicabilidade deste meio alternativo de resolução de conflitos, contudo, "não se trata de um catálogo de princípios de obrigatória observação, mas um guia geral relacionado ao tema" (ACHUTTI, 2014, p. 72).

Desta forma, a Resolução n. 2002/12 da ONU divide-se em cinco seções, quanto à definição, quanto ao uso, quanto à operação dos programas de justiça restaurativa, quanto aos facilitadores e quanto ao desenvolvimento contínuo dos programas (ACHUTTI, 2014). Nesse sentido, Raffaella Pallamolla (2009, p. 87) aponta que os princípios visam orientar a utilização da justiça restaurativa em casos criminais com a pretensão de delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação, e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos.

A autora (PALLAMOLLA, 2009) ressalta, ainda, três diferentes concepções de justiça restaurativa: (a) a concepção do encontro; (b) a concepção da reparação; e (c) a concepção da transformação[129], advertindo que muito embora exista diferença entre as concepções, todas possuem pontos em comum.

Para Howard Zehr (2008)

---

[128] Resolução disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=347&pg=0#.VXcyJBtFDIU>. Acesso em: 11 de mar. 2017.

[129] Daniel Achutti (2014, p. 64 – 65) traz a lição do que vem a ser cada uma das três diferentes concepções da justiça restaurativa: "(a) a concepção do *encontro*, que possui uma maior ênfase na liberdade de manifestação dos envolvidos para a resolução do conflito; (b) a concepção *reparadora*, cujo enfoque é a reparação do dano causado; e (c) a concepção *transformadora*, que enxerga os mecanismos restaurativos como formas de elaboração coletiva da justiça que, a partir das intensas experiências pessoais dos envolvidos no enfrentamento e na resolução dos conflitos, proporcionaria uma transformação na forma como cada um percebe e encara o seu modo de vida".

> O primeiro passo da justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar o relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das intenções futuras.

De outra banda, Achutti (2014, p. 77-81) apresenta as principais práticas restaurativas utilizadas, que podem ser identificadas a partir da aplicação dos princípios e valores referidos, são elas: (a) apoio à vítima; (b) mediação vítima-ofensor; (c) conferência restaurativa; (d) círculos de sentença e cura; (e) comitês de paz; (f) conselhos de cidadania; (g) serviço comunitário.

A partir da abordagem até aqui realizada, Renato Sócrates Gomes Pinto (2005) aponta as diferenças entre o sistema de justiça criminal tradicional e a justiça restaurativa, no que tange aos valores, aos procedimentos, aos resultados, aos efeitos para a vítima e aos efeitos para o infrator.

Dentre as diferenças citadas pelo autor (PINTO, 2005, p. 24-27), destaca-se as seguintes: (i) na justiça tradicional o Estado possui o monopólio do conflito, diferente da justiça restaurativa que procura devolver o conflito às partes envolvidas e a comunidade, ou seja, é uma justiça participativa; (ii) a justiça retributiva traz a questão da culpabilidade individual voltada para o passado – estigmatização[130] –, já a justiça restaurativa traz a ideia da responsabilidade pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro; (iii) no sistema de justiça criminal tradicional há indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetada, ao contrário da justiça restaurativa que preza pelo comprometimento com a inclusão e justiça social gerando conexões; (iv) na justiça retributiva o ritual é solene e público, diferente da justiça restaurativa em que a prática é um ato comunitário com as pessoas envolvidas; (v) quanto aos resultados: a justiça retributiva tem como principal instrumento as penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa, ao passo que a justiça restaurativa procura a reparação e inclusão; (vi) quanto aos efeitos para vítima: no atual sistema de justiça criminal a vítima não é levada em consideração, ocupando lugar periférico e alienado no processo, figurando como mero objeto de prestação de depoimentos, o que não acontece na justiça restaurativa em que ocupa o centro do processo e possui voz ativa, tendo controle sobre o que se passa; e (vii) quanto aos efeitos para o infrator: na justiça retributiva o infrator é considerado pelas suas faltasse sua má formação, ao passo que na justiça restaurativa é visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito.

---

[130] Louk Hulsman (1993, p. 69) aduz que "o sentimento de culpa interior que às vezes se invoca para justificar o sistema penal – o autor de um crime teria necessidade do castigo – nada tem a ver com a existência de tal sistema. Não se trata de negar que os homens possam experimentar uma profunda perturbação a propósito de alguns de seus atos ou comportamentos. Mas, é preciso afirmar com toda a convicção que não é a existência do sistema penal que provoca tal sentimento, tanto quanto não é este sistema que poderá dar àquele que sofre, com sua consciência, a transformação interior de que possa necessitar. Nossas experiências profundas nada têm a ver com o sistema penal.

Ao contrário, é preciso denunciar as culpabilizações artificiais que este sistema produz. Em inúmeros casos, a experiência do processo e do encarceramento produz nos condenados um estigma que pode se tornar profundo. Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente 'desviante' e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente.

Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social."

Observa-se, portanto, que a abordagem da justiça restaurativa é totalmente diversa da justiça criminal tradicional, uma vez que devolve às partes a responsabilidade para resolução do conflito, bem como rompe o paradigma de que a justiça criminal é única porta de entrada para resolução dos conflitos na seara penal.

Feitas as distinções entre justiça restaurativa e justiça criminal tradicional, bem como delineadas algumas peculiaridades da justiça restaurativa, passa-se a analisar a experiência de Portugal quanto à adoção da justiça restaurativa, especificamente, a prática da mediação penal, e do projeto de Brasília, que adota a mediação penal nos juizados especiais criminais.

3 A Lei N. 13.433, de 21 de Dezembro de 2005: A Mediação Penal na Cidade de Buenos Aires.

Em 21 de dezembro de 2005 foi sancionada na cidade de Buenos Aires a Lei da Mediação Penal n. 13.433, sendo ratificada em 9 de janeiro de 2006 pelo Decreto n. 39 do Poder Executivo, estabelecendo que os crimes poderiam ser solucionados através dos meios alternativos de resolução de conflitos penais (BARRIONUEVO, 2015).

A Lei n. 13.433/2005[131] incluiu no Código de Processo Penal, especificamente no art. 204[132], as vias alternativas para resolução de conflitos, com o objetivo de devolver as partes o conflito expropriado pelo Estado, bem como devolver o caráter de *ultima ratio* ao direito penal, descongestionando o judiciário e, consequentemente, liberando recursos humanos e materiais para lidar com conflitos mais graves (FAVA; KASKI, 2011). Para Anitua (2008, p. 42) "o Estado e o Direito (...) apropriaram-se das relações de poder interpessoais, do próprio conflito", demonstrando que o monopólio estatal do *ius puniendi* acabou substituindo as vítimas e suas reclamações por funções estatais.

No que se refere ao caráter de *ultima ratio* do direito penal, Nilo Batista (2011) aduz que o direito penal deve intervir apenas em casos muito graves, e que outros conflitos de natureza mais leve devem ser dirimidos em outros ramos do direito.

Desta forma, cumpre destacar que, a mediação penal surgiu como um processo de resolução de conflitos que prevê a intervenção de uma terceira parte neutra, com o intento de favorecer a comunicação e, eventualmente, acordos voluntários entre as partes (SICA, 2007). É conhecida como uma das práticas restaurativas mais utilizadas, "que visa possibilitar a composição de um diálogo entre os envolvidos" (PALLAMOLLA, 2009, p. 109), com o objetivo de buscar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo delito (ACHUTTI, 2014).

Fava e Kaski (2011, p. 10) apontam que a mediação

> (...) consiste en un instituto de participación voluntaria de las partes, y que hasta antes de aberta la audiência de debate pueden llevarse a cabo institutos

[131] ARGENTINA. Ministerio de Gobierno. Ley 13.433, de 21 de diciembre de 2005. Disponível em: http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13433.html. Acesso em: 09 de abr. de 2017.

[132] Art. 204. Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria el/la Fiscal podrá: 1) acordar con el/la imputado/a y su defensor/a la propuesta de avenimiento, em cuyo caso se aplicará lo establecido en el artículo 266; 2) proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes, invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite. Disponível em: http://www.buenosaires.gob.ar/areas/leg_tecnica/sin/norma_pop.php?id=98678&qu=c&rl=0&rf=0&im=0&menu_id=21544. Acesso em: 11 de abr. 2017.

> mas gravosos que de uma u outra manera ponen fin al processo sin la realización de um juicio, coincidimos con la amplitude que se le da a la misma em el precedente "Padra", y agregamos que ella debe entenderse ante todo como um derecho de las partes involucradas, y en consecuencia no como una facultad discrecional del Ministerio Publico Fiscal, por lo que debería poder contemplarse como instancia de solución hasta abierta la audiência de debate.

Observa-se, que os autores deixam clara a presença do princípio da voluntariedade, elencado no item sete da já mencionada Resolução n. 2002/12 da ONU[133]. Nesse sentido, no que tange à voluntariedade, SICA (2007, p. 106) refere que os

> (...) procedimentos restaurativos devem ser utilizados apenas onde existam evidências suficientes para acusar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário dele e da vítima. A vítima e ofensor devem ser capazes de elaborar este consentimento em qualquer tempo, durante o processo. Acordos devem ser obtidos com voluntariedade e devem conter apenas obrigações razoáveis e proporcionais.

Também, o artigo 3º da Lei n. 13.433/2005 traz os princípios que devem ser observados durante o procedimento restaurativo, são eles: (i) voluntariedade; (ii) confidencialidade; (iii) celeridade; (iv) informalidade; (v) gratuidade; e (vi) neutralidade ou imparcialidade dos mediadores.

Todavia, o artigo 6º da Lei n. 13.433/2005 aponta os casos passíveis de mediação, bem como aqueles que não podem ser mediados, vejamos:

> ARTICULO 6: Casos en los que procede. La Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos departamental deberá tomar intervención en cada caso en que los Agentes Fiscales deriven una Investigación Penal Preparatoria, siempre que se trate de causas correccionales.
> Sin perjuicio de lo anterior, se consideran casos especialmente susceptibles de sometimiento al presente régimen:
> a) Causas vinculadas con hechos suscitados por motivos de familia, convivencia o vecindad.
> b) Causas cuyo conflicto es de contenido patrimonial.
> En caso de causas en las que concurran delitos, podrán tramitarse por el presente procedimiento, siempre que la pena máxima no excediese de seis años.
> No procederá el trámite de la mediación penal en aquellas causas que:
> a) La o las víctimas fueran personas menores de edad, con excepción de las seguidas en orden a las Leyes 13.944 y 24.270.
> b) Los imputados sean funcionarios públicos, siempre que los hechos denunciados hayan sido cometidos en ejercicio o en ocasión de la función pública.
> c) Causas dolosas relativas a delitos previstos en el Libro Segundo del Código Penal, Título 1 (Capítulo 1 – Delitos contra la vida); Título 3 (Delitos contra la integridad sexual); Título 6 (Capítulo 2 – Robo).
> d) Título 10 Delitos contra los Poderes Públicos y el orden constitucional.
> No se admitirá una nueva medición penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en un trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de cinco años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflictos penal en otra investigación.
> A los fines de garantizar la igualdad ante la ley, el Ministerio Público deberá arbitrar mecanismos tendientes a unificar el criterio de aplicación del presente régimen.

[133] 7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

Portanto, conforme se verifica do dispositivo acima, os crimes passíveis de mediação são aqueles que encontram-se na categoria dos crimes correcionais. Ou seja, consoante se depreende do art. 24 do Código de Processo Penal de Buenos Aires[134], os delitos correcionais são aqueles cuja pena não é privativa de liberdade e aqueles que a pena de prisão não exceda seis anos (BARRIONUEVO, 2015). Contudo, conforme Marina Medan (2016, p. 81), existe um consenso de que a justiça restaurativa pode ser aplicada para crimes leves e graves, tendo em vista ser especialmente efetiva para delitos de maior gravidade, pois "la reparación necesaria es mucho más significativa para la víctima, que aquella requerida em los leves" (MEDAN, 2016, p. 81).

Além disso, não se admitirá mediação aos crimes que: (a) as vítimas forem menores de idade; (b) quando os acusados forem funcionários públicos e os delitos tenham sido cometidos no exercício ou por ocasião do serviço público; (c) crimes dolosos contra a vida, contra a integridade sexual, e roubo; e (d) crimes contra os poderes públicos e a ordem constitucional.

O dispositivo aponta, também, que não será admitida nova mediação quando um acordo anterior for violado, bem como não ter passado cinco anos da assinatura de um acordo em razão de um conflito penal. Observa-se, que há uma semelhança na vedação da participação em mediação caso o ofensor já tenha realizado acordo em menos de cinco anos, com a transação penal[135] constante no art. 76 da Lei n. 9.099/95[136], que regulamenta os Juizados Especiais Criminais do Brasil. O inciso II, do art. 76, da Lei n. 9.099/95, aponta que se o agente tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa.

De outra banda, cumpre salientar que, as discussões no cenário argentino acerca da justiça restaurativa versam sobre o momento oportuno para aplicação da mediação, visto que existem jurisprudências com diferentes posições a esse respeito, visto que existem entendimentos de que a mediação só pode ser realizada durante a etapa de investigação, ao passo que outros sustentam que a mediação pode ser admitida em qualquer fase processual (FAVA; KASKI, 2011).

Nesse sentido, aponta Medan (2016, p. 81)

---

[134] Articulo 24.- (Texto según Ley 13183) Juez en lo Correccional.- El Juez en lo Correccional conocerá:
1.- En los delitos cuya pena no sea privativa de libertad; 2.- En los delitos que tengan pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis años; 3.- En carácter originario y de alzada respecto de faltas o contravenciones municipales, policiales o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes; y 4.- En la queja por denegación de los recursos en ellas previstos. Disponível em: http://server1.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-11922.html. Acesso em: 11 de abr. 2017.

[135] Conforme Aury Lopes Júnior (2015, p. 752) "a transação penal consistirá no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos".

[136] Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei. § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 12 de abr. 2017.

> Respecto a en qué instancias del proceso judicial (de investigación, de juicio, de ejecución de pena) és más conveniente efectuar estrategias restaurativas, hay consenso em que pueden implementarse en cualquier momento, aunque varía según las reglamentaciones de los países (donde las hay); no obstante, se acuerda que es preferible comenzar lo más cerca, temporalmente, a la comisión de la infraccción, y que, para el contacto con la víctima, sería deseable que no transcurriera mucho tempo para evitar la re victimización.

Assim, conclui-se que foram levados em consideração os princípios elencados na Resolução 2002/12 da ONU para criação da Lei n. 13.433/2005, o que interfere de forma direta na efetividade da lei, demonstrando, portanto, que há possibilidade de implementação de um sistema alternativo de resolução de conflitos na seara penal, em que as partes sejam os principais personagens, retirando o poder do Estado em tomar as decisões do caso, e, principalmente, responsabilizando os envolvidos pelos seus atos.

4 O Projeto de Lei N. 7.006/2006

Atualmente no cenário brasileiro, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 7.006/2006[137], que pretende instituir o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crime e contravenções penais. Todavia, este projeto está apensado ao Projeto de Lei n. 8.045, de 2010, que pretende reformar o Código de Processo Penal brasileiro.

Conforme Achutti e Pallamolla (2013) o projeto trata de propor alterações em dispositivos dos Códigos de Processo Penal e Direito Penal e na Lei n. 9.099/95, que regulamenta os Juizados Especiais, buscando instituir legalmente a justiça restaurativa como forma facultativa e complementar ao sistema de justiça criminal.

Importante frisar, que o projeto prevê a observação dos princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinaridade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013). Contudo, Achutti (2014, p. 235) salienta que há "uma série de problemas que, quando comparados ao que efetivamente se propõe a filosofia da justiça restaurativa, aproxima-se a uma espécie de colonização legal deste modelo pela justiça criminal tradicional".

Ainda, no que se refere ao cenário brasileiro, o autor (ACHUTTI, 2014, p. 234-235) aborda que

> (...) apesar das diversas iniciativas envolvendo sistemas alternativos de resolução de conflitos, ainda não há uma rede que integre essas iniciativas, e tampouco uma orientação teórica e/ou normativa comum. Além disso, o projeto de lei mencionado (n. 7.006/2006) aponta para a falta de um debate mais profundo sobre a temática.

Portanto, pode-se concluir que há um extenso caminho a percorrer para evitar o fracasso da justiça restaurativa no Brasil, sendo fundamental que se discuta o projeto de lei em questão, a fim de que a presença de justiça restaurativa no Brasil colabore de forma positiva para o rompimento do paradigma brasileiro de solucionar os conflitos criminais através da pena privativa de liberdade.

---

[137] BRASIL, 2006.

5 Considerações Finais

Ao longo deste artigo procurou-se demonstrar que o atual sistema de justiça criminal tradicional não resolve os problemas da sociedade, especificamente no que tange à redução da violência, a satisfação das partes, aos índices de reincidência, dentre outros. Chega-se a esta conclusão, também, pelo simples fato de o atual sistema ser totalmente seletivo, uma vez que, conforme demonstram os dados referenciados, 67% das no sistema prisional são negras, 31% são jovens de 18 a 24 anos de idade e 53% não concluíram o ensino fundamental.

Diante disso, o estudo da justiça restaurativa, que devolve as partes a prerrogativa de formarem a sua sentença, seria uma alternativa para o atual sistema que encontra-se falido. Assim, o estudo da prática da mediação penal atualmente adotada na cidade de Buenos Aires, através da Lei n. 13.433/2005, proporciona perceber que existe possibilidade de adoção de um sistema alternativa não apenas para delitos de menor potencial ofensivo, o que colabora de forma direta para o uso contínuo dos meios alternativos, muito embora exista uma discussão a respeito do momento oportuno para realização da mediação.

Por fim, a respeito do projeto de Lei n. 7.006/06 há uma série de problemas que vão de encontro à filosofia proposta pela justiça restaurativa, o que acaba inviabilizando a possibilidade de implementação de um meio alternativo enxuto para resolução de conflitos penais no Brasil.

Neste sentido aponta Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 167), referindo-se à construção do direito no Brasil, que

> (...) se pode extrair desta perspectiva histórica e da releitura questionadora de suas fontes por meio das "ideias", das experiências normativas e das "instituições jurídicas" é a imediata necessidade de articular, na teoria e na prática, um projeto crítico de reconstrução democrático do Direito nacional. Por consequência redefinir essa trajetória de "ideias", "experiências normativas" e "instituições jurídicas" (públicas/privadas) no Brasil envolve, concretamente a problematização e a ordenação pedagógica de estratégias efetivas – fundadas na democracia, no pluralismo e na interdisciplinaridade – que conduzem a uma historicidade social do jurídico, capaz de formar novos operadores e juristas orgânicos, compreendidos com a superação dos velhos paradigmas e com as transformações das instituições arcaicas, elitistas e não democráticas. Uma cultura jurídica que reflita "ideias", padrões normativos e "instituições", sintonizada com os anseios dos novos e múltiplos sujeitos sociais e compromissada com horizontes mais participativos, justos e emancipados.

Sendo assim, conclui-se que a implementação dos meios alternativos de resolução de conflitos na seara penal, com estrita observância a filosofia e princípios da justiça restaurativa, justamente para que a prática não caia em desuso bem como não seja vista como mais uma ferramenta inútil para o país, podem trazer mudanças significativas para o cenário brasileiro. Contudo, ainda que tais constatações cause desconforto, deve-se destacar o seguinte aspecto: a justiça restaurativa devolve as partes o conflito confiscado pelo Estado e, consequentemente, colabora para construção de uma justiça criminal democrática, responsabilizando os envolvidos pelos seus atos, e devolvendo ao direito penal seu caráter de *ultima ratio*.

Referências

ACHUTTI, Daniel Silva. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea e restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; PALLAMOLLA, Raffaella. Justiça restaurativa e a cultura jurídica brasileira: análise crítica do projeto de lei n. 7.006/06. In: SPENGLER, Fabiana Marion; COSTA, Marli Marlene Moraes da; (orgs.). *Mediação de conflitos e justiça restaurativa*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 195 – 227.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*; tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Renavan. Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

BARRIONUEVO, Matías J. *La mediación penal en la provincia de Buenos Aires*. 2015. Disponível em: http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00392755090. Acesso em: 15 de abr. 2017.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Tão próximos, tão distantes:* a justiça restaurativa entre comunidade e sociedade. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 7006, de 2006*. Propõe alterações no Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785. Acesso em: 11 de mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. *População carcerária brasileira chega a mais de 622 mil detentos*. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos. Acesso em: 11 de mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN*. 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 11 de mar. 2016.

FAVA, Gabriel; KASKY, Lucas. *Avances y retrocesos de las soluciones alternativas:* la jurisprudência em la Ciudad de Buenos Aires en matéria de resolución alternativa de conflictos. 2011. Disponível em: http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/27790-avances-y-retrocesos-soluciones-alternativas-jurisprudencia-ciudad-buenos-aires. Acesso em: 15 de abr. 2017.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva:* curso no Collège de France (1972-1973). trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas.* O sistema penal em questão. 1 ed. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Laum, 1993.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAN, Marina. Justicia restaurativa y mediación penal com jóvenes: uma experiencia em San Martín, Buenos Aires. *Delito y Sociedad*, Santa Fe, v. 1, n. 41, 2016, p. 77-106.

MORRIS, Alisson (2005). Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rebello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. p. 439 – 464.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à pratica*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rebello Tamm (orgs.). *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2055. p. 19 – 39.

ROLIM, Marcos. *Justiça restaurativa*. 2011. Disponível em: http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/justica-rest. Acesso em 02 de outubro de 2016.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A BUSCA DA "BRASILIDADE RESTAURATIVA" E SEUS AVANÇOS TEÓRICOS

Maria Júlia Poletine Advincula[1]
Pedro Henrique Ramos Coutinho dos Santos[2]

Resumo:

Talvez, o maior desafio da criminologia contemporânea seja decifrar os enigmas do controle punitivo, a partir de ideias inovadoras que objetivem romper com a lógica retributiva de um sistema penal falho e obsoleto. Enquanto o "mito da ressocialização"ainda se reproduz de forma compulsiva dentro dos terrenos sociais mais densos, é preciso observar o fracasso das penitenciárias e o modo arcaico com o qual enfrentamos nossos conflitos. O conceito de crime remete a uma análise puramente metódica – de fato típico, ilícito e culpável – embora seja infinitamente mais complexo. O surgimento do movimento restaurativo, nascido na década de 70 e então cultivado em sua maioria por países anglo-saxônicos, trouxe alternativas viáveis à reparação dos danos causados pelo conflito; tais ideais vanguardistas, entretanto, não encontram espaço amplo na estrutura ainda inflexível do Judiciário brasileiro. Através de comparativo simples entre as práticas restaurativas no exterior e o – até então – incipiente desenvolvimento teórico do tema em solo nacional, percebe-se a clara necessidade de expandir a justiça restaurativa no país. Para isso, é necessário refletir acerca das produções nacionais, suas principais indagações, críticas e desafios.

Palavras-chave: Movimento Restaurativo Brasileiro. Brasilidade Restaurativa. Criminologia Crítica. Justiça Restaurativa.

1 Considerações Introdutórias Sobre o Fracasso do Modelo Retributivo Brasileiro

O Brasil possui raízes extremamente punitivistas; ainda hoje, a herança oligárquica adquirida em tempos coloniais é reproduzida de modo extenso, sobretudo para manter a hierarquia entre classes. Se analisarmos o conceito de "homem cordial", interpreta-se nele a ideia de que o brasileiro transmite falsa expressão feliz e hospitaleira para mascarar, na verdade, o totalitarismo presente em suas ações. Nossa forma ordinária de convívio social é, no fundo, justamente o contrário da polidez (HOLANDA, 1995). Portanto, se os órgãos da justiça são ministrados por seres humanos – e sendo eles fruto da noção ilegítima de cordialidade – temos instituições genuinamente reprodutoras daquilo que se tem de mais tirânico no mundo jurídico. É fato que o Estado se utiliza de mecanismos próprios e seculares para manter o controle social, sendo a disseminação do medo o mais famoso instrumento repressivo. Inclusive, pode-se relacionar tal ideia com as diretrizes da "lei e ordem" implantada nos Estados Unidos, posteriormente dissipada pela América Latina, e suas adjacências. Contrariando as características de um direito penal mínimo, baseado na proteção dos direitos fundamentais, tem-se o eficientismo, alimentado primordialmente pelas políticas criminalizadoras de conflitos; assim, é fomentado cada vez mais o discurso de combate à violência, seguido por atitudes repressivas para "barrar" a criminalidade. A discriminação repetitiva e opressora contra um grupo específico de pessoas abriu espaço para o alastramento da ideia de "*classes perigosas"*, a qual, segundo Zaffaroni, seria de cunho essencialmente político, como sempre ocorreu nos pilares da nossa história. Nas palavras do criminólogo argentino (2007, p.18):

> A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixam de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de direito.

Fica claro o interesse estatal em conter bruscamente uma determinada parcela da população, representada por sua maioria quantitativa, com o objetivo de marginalizá-la com fins de preservar o funcionamento eficaz do *ius puniendi*. No Brasil, por ser um país pautado no que chamamos de *civil law*, a lei pode se transformar em um grande empecilho aos modelos alternativos de solução de conflito, já que adotamos amplamente os princípios da indisponibilidade da ação penal pública e da legalidade. De fato, e, sendo assim, a mão estatal não se utiliza da punição pela via da *ultima ratio*; como consequência do exagero brutal de instrumentos repressivos em todas as esferas penais, a pena não consegue cumprir a sua função ressocializadora. O vício em punir é altamente maléfico – além de ser atraso ideológico – para as novas correntes restaurativas que tentam adentrar em terras brasileiras.

Quando se fala em justiça restaurativa, o modelo retributivo passa a ser suplantado pelo ideal de reparação, já que ela então surge como alternativa ao sistema penal tradicional, no qual somente pela dor terão sido acertadas as contas (ZEHR, 2012*)*. Não há foco, portanto, na definição legalista de crime e pena, mas sim na ofensa realizada e suas consequências futuras, tendo em vista que o processo penal se comporta de forma extremamente negligente quanto ao estudo profundo de tais danos. Se propõe, dentre outros objetivos, a descontruir tal noção ultrapassada de crime, sustentando que este vai além de uma desobediência à norma jurídica ou violação contra o Estado, pois é crucial introduzir nas relações *inter partes* um suporte psicológico; portanto, fica visível que a justiça restaurativa busca o reequilíbrio social. As palavras do renomado restaurativista Howard Zehr traduzem a necessidade de mudança, ao enquadrar esse modelo como

> Um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.

Logo, a justiça restaurativa nasce como nova alternativa de justiça criminal, muito longe do paradigma punitivo, principalmente por manter um foco específico na reparação dos danos provenientes do conflito – os quais envolvem a tríade vítima, ofensor e comunidade –, de forma a buscar reconstruir os laços partidos com o processo em si, principalmente no que diz respeito às emoções dos envolvidos. Ao trazer as partes ao centro dele, autonomia esta que é tirada com a aplicação tradicional da justiça, suas expectativas e necessidades se tornam latentes – uma prioridade, na verdade –, propiciando maior participação para aquelas pessoas que, antes, eram totalmente silenciadas.

1.1 A justiça restaurativa como possibilidade de mudança

Sendo assim, observa-se que oferece, ainda, um novo enfoque para o conceito de conflito – antes tido como extremamente negativo para a sociedade. Em uma de suas mais prestigiadas obras, *Conflicts as Property*, Christie defende que esses conflitos se tornaram propriedade do Estado e advogados envolvidos na lide – vistos como "*ladrões profissionais*" – ao dizer que tais agentes não são propriamente treinados para um sistema no qual é importante que ambas as partes possam ter controle entre si (CHRISTIE, 1977, tradução nossa). Sendo assim, percebe-se que o tratamento dado aos conflitos, quase sempre, não é o suficiente para lidar com suas diversas nuances. A partir dessa análise, observa-se a vítima como parte essencial do processo, apesar de tanto ser negligenciada. Como afirma Zehr (2012, p.25),

> Não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal. Isto acontece devido à definição jurídica do crime, que não inclui a vítima. O crime é definido como ato cometido contra o Estado, e por isso o Estado toma o lugar da vítima no processo. No entanto, em geral as vítimas têm uma série de necessidades a serem atendidas pelo processo judicial.

A Criminologia Crítica surge como resposta às indagações acerca da possibilidade de "redenção" do sistema penal, marcado historicamente por seu caráter inquisitorial, punitivista e arbitrário, incompatível com os moldes democráticos do século XXI. Ideais higienistas, disseminados principalmente pelo Positivismo lombrosiano, durante muito tempo fortificaram a ideia de que o direito penal seria a única via de solução de conflitos, precisando se tornar cada vez mais ríspido e severo, de modo a controlar a "essência hobbesiana" do homem. Nas palavras do "Pai da Criminologia Moderna" (LOMBROSO, 2007, p.91), "a vingança e a pena, confundindo-se uma com a outra, reduzia-se a um ferimento tal que bastasse para ressarcir a vítima ou seus amigos, ou a dor causada ao ofendido". Percebe-se claramente que a vingança pública, responsável por um falso sentimento de justiça, sempre foi e ainda é o meio mais aplicado no que diz respeito à reação ao crime. A pena, principalmente em um país extremamente repressor, carece de sentido prático. Sua falta de racionalidade alimenta, apenas, a autoridade arbitrária do Estado. Zaffaroni (1991, p. 204), mais uma vez, faz uma crítica ao sistema atual:

> A pena (...), como instrumento órfão de racionalidade, há vários séculos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder. Portanto, pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito.

Nos processos penais contemporâneos, caracterizados pelo mecanicismo, a vítima é geralmente tratada como uma mera "testemunha", não como o "ator" central do drama entre ela e o "ofensor" (CHRISTIE, 2010). Sendo assim, o nascimento da justiça restaurativa, em meados da década de 70, vem a se tornar um marco vanguardista para a ressocialização do ofensor, bem-estar da vítima e reparação do conflito.

O que se espera, dentre outras questões, é que essa progressista corrente de pensamento seja capaz de modificar – em caráter global –, e de uma vez por todas, o sistema de justiça como bem conhecemos, pautado principalmente sob o ultrapassado modelo retributivo. A pena, símbolo histórico do poder estatal sobre o indivíduo, quase sempre é desumana, injusta e desproporcional;

além disso, como já visto, não proporciona às partes um verdadeiro envolvimento dentro do "seu" processo (ROSENBLATT, 2014). O processo penal não deixa de ser uma via de “revitimizaçao”, ao silenciar – ainda mais – as partes, vítimas pelo delito e, depois, pelo sistema em si. Através da aproximação entre os envolvidos no ato delitivo há o estabelecimento de uma relação emocional, muito além da dogmática, a qual envolve, inclusive, a própria comunidade. Ainda de acordo com o pensamento de Zehr, “[a] justiça deve reconhecer tanto nossa condição de interconexão quanto a nossa individualidade. O valor da particularidade nos adverte que o contexto, a cultura e a personalidade são fatores importantes que devem ser respeitados” (ZEHR, 2012). Portanto, e desde que seja adequadamente monitorada essa intervenção, o novo modelo traduz possibilidade real de inclusão da vítima no processo penal sem abalo do sistema de proteção aos direitos humanos construído historicamente (DE VITTO, 2005).

É visível a grande mudança ideológica fomentada pela justiça restaurativa, ao priorizar a reparação dos danos causados pelo conflito e a remissão daqueles envolvidos nele, ao invés de reproduzir irresponsavelmente a falha corrente tirânica do instituto da aplicação da pena, há muito ultrapassada. Como bem aplicado por Christie, (2004, p. 118-119):

> A lei penal é um instrumento perfeito para certos propósitos, porém grosseiros para outros. Deixa de lado muitas questões relevantes, e está baseado em dicotomias do tipo tudo ou nada, culpável ou inocente. Em muitas situações somos meio culpáveis. Se esta culpabilidade média é vista à luz de anteriores transgressões da outra parte ou de seus associados, abre-se uma porta para se chegar a um acordo. As soluções civis são mais integrativas, se esforçam para preservar os sistemas sociais como corpos de indivíduos em interação.

Entretanto, sabe-se que esse modelo encontrou espaço propício principalmente nos países da Europa e América do Norte. Já dentro da América do Sul – e, mais especificamente, no Brasil – como seria essa aplicação? Quais os empecilhos? A eficácia vista no exterior permaneceria a mesma em terras latinas? Institucionalizar ou não? Muitas dúvidas ainda permeiam o meio acadêmico de pesquisa sobre o tema, o que veremos a seguir.

1.2 Desafios encontrados nas análises teóricas sobre a possibilidade de implantação da justiça restaurativa no Brasil

No ano de 1990, Howard Zehr publica a obra *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, que é considerada a primeira tentativa de sistematizar as produções acadêmicas sobre Justiça Restaurativa. Para a perspectiva restaurativa, o ofensor, a vítima e a comunidade são elementos indissociáveis. Como destaca Zehr (2012), o crime consiste numa violação de pessoas e de relacionamentos interpessoais. Por isso, a reparação é o foco da Justiça Restaurativa, já que, através de um processo empoderador e inclusivo, as partes diretamente – ou indiretamente – envolvidas no conflito podem desenvolver um plano de reparação (ZEHR, 2012).

O livro *Justiça Restaurativa: teoria e prática*, um dos trabalhos mais recentes de Zehr, foi bastante difundido, no Brasil, como espécie de introdução ao tema da Justiça Restaurativa, ao condensar definições – mas também diversas desconstruções –, princípios, perguntas balizadoras, assim como modelos de operacionalização da Justiça Restaurativa. Mas, enquanto a Justiça

Restaurativa é objeto de discussões e de críticas em países estrangeiros (vide MORRIS, 2002), no Brasil, ainda é desconhecida e mal compreendida por muitos. Como evidencia Achutti:

> [...] é justamente a falta de uma rede de informações que impede uma maior divulgação das atividades, dos propósitos e dos resultados obtidos tanto pelos projetos-piloto quanto pelas iniciativas de justiça alternativa. A escassez de pesquisas e discussões acadêmicas sobre o tema, do mesmo modo, colabora para a reduzida visibilidade da justiça restaurativa, que em diversos outros países, é tida como obrigatória até mesmo em cursos de graduação em direito e de outras áreas. (ACHUTTI, 2014, p. 244).

Segundo Howard Zehr (2012), existem três modelos de práticas restaurativas, dentre os quais, o modelo de conferência familiar, que consiste basicamente no encontro entre a vítima e o ofensor com a ampliação do círculo básico de participantes – no caso, as famílias das partes. Na tentativa de operacionalização da Justiça Restaurativa no Brasil, mas também, de busca pela "brasilidade restaurativa", esse modelo merece atenção, já que é bastante problemático falar em empoderamento familiar num país em que inúmeros "meninos de rua" estão em situação de vulnerabilidade familiar (FONSECA, 2008).

Constatou-se, também, a presença da reflexão da realidade brasileira nas análises acerca da compatibilidade jurídica da justiça restaurativa com o sistema de justiça criminal no trabalho de outro teórico nacional. Segundo ele (PINTO, 2005, p. 21):

> A justiça restaurativa é uma luz no fim do túnel da angústia de nosso tempo, tanto diante da ineficácia do sistema de justiça criminal como a ameaça de modelos de desconstrução dos direitos humanos, como a tolerância zero e representa, também, a renovação da esperança. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo retributivo.

Como destaca o teórico nacional Achutti (2014), um eventual sistema brasileiro de justiça restaurativa deve ser marcado por algumas características específicas da nossa realidade social e cultural, como a regulamentação legal em razão do "legalismo" brasileiro. Nesse sentido, é importante salientar que a existência do Projeto de Lei Nº 7006/2006 é um aspecto positivo, embora a "colonização legal" (ACHUTTI, 2014) que impõe não o seja, uma vez que o Poder Judiciário poderia exercer um papel extremamente centralizador na condução do processo restaurativo – no qual a autonomia das partes deve ser garantida.

De um lado, se a meta do CNJ de implementar práticas de Justiça Restaurativa no ano de 2016 demonstra o entusiasmo do Poder Judiciário, de outro, o Projeto de Lei Nº 7006/2006, que prevê a implementação de práticas restaurativas no Brasil e está em trâmite desde o ano de 2006, representa a inércia do Poder Legislativo quanto à questão. Ademais, as informações e os dados insuficientes sobre os projetos-piloto que envolvem práticas restaurativas – alguns dos quais foram implementados desde o ano de 2005 –, assim como a baixa produção acadêmica sobre o tema demonstram a necessidade de "revelação" do "estado de arte" do movimento restaurativo brasileiro.

Pois bem, planeja-se a concretização de uma organização penal ampla, democrática e participativa; ou seja, o oposto do que é pregado pela falida política criminal adotada no país. O modelo restaurativo supera o paradigma "Dos Delitos e Das Penas", por ser visionário a ponto de excluir a hipótese retributiva (SICA, 2007). Mesmo sendo um pensamento vanguardista e extremamente necessário, uma de suas maiores críticas se pauta no questionamento acerca do espaço necessário para implantar a justiça restaurativa no Brasil. Para justificar tal desconforto, é

imprescindível citar a forte seletividade do sistema penal brasileiro, descrito, nas palavras de Zaffaroni, como "estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com um altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis" (ZAFFARONI, 1991, p. 27). O fato é que o sistema penal, como um todo, impede o empoderamento das partes envolvidas no conflito, fato igualmente observado por Christie (1998, p. 14):

> Os conflitos são elementos importantes para a vida social. As vítimas de crimes, no entanto, perdem o direito de participar na solução deles. Conflitos ferem as pessoas diretamente envolvidas, ferem o sistema social, mas podem ser bem usados, podemos aprender com eles. Desde que não sejam subtraídos pelo sistema legal, pelos advogados, podem constituir uma experiência importante.

Por mais que as indagações relacionadas à importação do modelo restaurativo de resolução de conflito, além de como, paulatinamente, incorporá-lo à realidade brasileira sejam muitas, a necessidade de mudança é mais forte. Parece que, aos poucos, percebe-se a ineficácia do sistema penal como "tutor" de conflitos. É necessário tentar algo novo e eficiente. É muito óbvio, nas palavras de Sica (2007, p. 190), que:

> Tivesse o direito penal qualquer capacidade de prevenir crimes pela reinserção do condenado ou pela dissuasão da generalidade dos cidadãos, algum efeito prático já teria sido notado, uma vez que todas as formas de reforço qualitativo e quantitativo das penas têm sido implementadas há tempos. Em suma, as prisões estão lotadas e lotando-se cada vez mais, sem que isso tenha abatido a criminalidade.

A ideia sustentada pela justiça restaurativa é a de que apenas apontar culpados não resolve de forma eficaz o conflito, pelo contrário – abre cada vez mais espaço para lacunas emocionais. É importante que o infrator entenda todos os efeitos de sua ação, as consequências causadas por ela e sua responsabilidade como parte daquela comunidade, provocando uma reflexão. É importante que compreenda quanto a sua conduta, assim como possa também, caso seja apropriado para o caso concreto, ouvir a vítima. Porém, o que se observa é que o Estado ainda assume figura tipicamente inquisitorial, na medida que persegue os autores de crimes e deseja enquadrá-los puramente nos ditames do Código Penal.

Obras mais críticas sobre o tema (CHRISTIE, 2012; ZEHR, 2008; ZEHR 2012) se fizeram essenciais para recriar pensamentos pautados no senso comum, pois

> O conflito propriamente dito é que representa o bem subtraído mais importante. Os conflitos são elementos importantes da vida social. As vítimas de crimes, no entanto, perdem o direito de participar na solução deles. Conflitos ferem as pessoas diretamente envolvidas, ferem o sistema social, mas podem ser bem usados, podemos aprender com eles (CHRISTIE, 1998).

Similarmente (HULSMAN, 1997), a apropriação de conflitos seria como um *espelho deformante*, já que desconsidera as particularidades essenciais de cada caso. A justiça como conhecemos na prática é mecanizada, burocrática, insatisfatória; a necessidade em implementar um modelo que valorize a vontade das partes e suas expectativas nunca foi tão atual. Para muitos teóricos (e.g., BRAITHWAITE, 2002), a justiça restaurativa se configura como uma forma de solução de conflitos que remonta às civilizações greco-romanas. De todo modo, o movimento

restaurativo – caracterizado pelas ideias de restituição e de compensação à vítima – se delineia como alternativa ao sistema (em crise) de justiça criminal tradicional a partir da década de 80 (ALBRECHT, 2001). De acordo com o CNJ, a Justiça Restaurativa está em funcionamento no Brasil há cerca de dez anos, tempo suficiente para mostrar bons resultados práticos (escolas públicas e privadas, medidas socioeducativas e ainda em crimes de pequeno e médio porte).

1.3 O sucesso restaurativo em terras estrangeiras e os pequenos passos observados no país

Enquanto o Brasil engatinha nas reflexões acerca da justiça restaurativa como resposta ao atual modelo de justiça criminal, países como a Bélgica obtêm sucesso quanto à sua aplicação. A partir da obra de Achutti (2013, p. 178), sobre as práticas restaurativas no país europeu, tem-se um relato de sucesso:

> A experiência belga mostra, assim, que os temores em relação à participação da vítima na resolução do caso, à consideração dos aspectos subjetivos das partes na condução do procedimento e à perda de poder dos operadores jurídicos não se confirmam na prática. Os efeitos são verificados, ao contrário do que se imagina, em sentido oposto: conforme relato dos mediadores, constatou-se que as partes que optam pelo sistema restaurativo passaram a dar maior credibilidade ao sistema de justiça, especialmente pelo fato da decisão sobre o caso ter sido discutida coletivamente e a versão delas ter sido efetivamente considerada.

Porém, o exemplo do modelo belga não pode ser simplesmente "importado" irresponsavelmente para terras brasileiras pois, além de estar em fase de testes, a própria lógica restaurativa propõe uma adaptação cultural, social e econômica de seus meios a depender da realidade para qual está sendo transportada. Portanto, visando o funcionamento ideal de tal sistema em solo tupiniquim, é preciso estimular as pesquisas teóricas e de campo, para adaptar o promissor modelo à realidade brasileira, infelizmente muito distante daquilo que se pode considerar "desenvolvido" no mundo contemporâneo da justiça criminal. Por mais que foque na vítima, também promove a reflexão acerca do papel do ofensor:

> [....] uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo retributivo, em que o Estado, figura, com seu monopólio penal exclusivo, como a encarnação de uma divindade vingativa sempre pronta a retribuir o mal com outro mal (Beristain, 2000 apud PINTO, 2005, p. 21).

E, ainda, como destaca o criminólogo Hans-Jörg Albrecht (op. cit., p. 300, tradução nossa):

> [...] Perspectivas críticas ao sistema de justiça criminal, especialmente o abolicionismo, podem usar a restituição como um procedimento alternativo que desloque o conflito do direito penal a fim de reprivatizar e desprofissionalizar problemas sociais e finalmente para realocar a competência e o poder de solucionar conflitos sociais.

Com efeito, o abolicionismo penal - entendido como utopia orientadora (ACHUTTI, 2014) - e a vitimologia são elementos constitutivos da justiça restaurativa (BRAITHWAITE, 2002). Desse modo, a justiça restaurativa se configura como uma alternativa ao sistema de justiça criminal – o qual é caracterizado pela "representação" das partes em razão do monopólio dos profissionais que se apropriam dos seus "conflitos" (CHRISTIE, 1977), pelo "formalismo regulatório" (BRAITHWAITE, 2002) – entendido como a aplicação de uma única solução (a pena prevista no tipo penal) para os inúmeros casos sem considerar as suas especificidades (CHRISTIE, 2009) – e pela invisibilidade, assim como não participação das vítimas no processo (CHRISTIE, op. cit.).

Nessa perspectiva, o comunitarismo é outro elemento constitutivo da justiça restaurativa (BRAITHWAITE, 1989; BENEDETTI, 2005, 2009; WACHTEL; O'CONNELL; WACHTEL, 2010). Na medida em que o foco da justiça restaurativa é a reparação (ZEHR, 2012), a comunidade se configura como vítima secundária dos danos advindos dos conflitos. Na clássica obra *Crime, Shame and Reintegration*, o criminólogo John Braithwaite assevera que o comunitarismo e a interdependência são as condições primordiais para o desenvolvimento do processo da vergonha reintegrativa, o qual pode estimular a responsabilização do ofensor, impedir a reincidência e reintegrá-lo à comunidade. Em razão disso, as pessoas estão mais suscetíveis de se sentirem envergonhas por outras na medida em que estejam em relações de interdependência – caracterizadas por obrigações mútuas e pela confiança (BRAITHWAITE, op. cit.). Com efeito,

> As sanções provocam futura resistência na medida em que os ofensores concebem a sanção como ilegítima, em que [os ofensores] têm fracos laços com o agente que os sancionam e a comunidade e em que [os ofensores] negam a vergonha e passam a se orgulhar do isolamento que decorre da sanção da comunidade (BRAITHWAITE, 2002, p. 82, tradução nossa).

Desse modo, segundo a teoria da regulação responsiva, proposta por John Braithwaite na obra *Restorative Justice and Responsive Regulation*, a intervenção coercitiva estatal deve ser regulada através de uma "pirâmide regulatória" de três estágios: o da persuasão – no qual há a justiça restaurativa -, o da dissuasão - marcado por medidas mais interventivas, mas não encarceradoras - e o da incapacitação – marcado por medidas interventivas como o encarceramento, assim como a suspensão ou revogação de uma licença para os crimes corporativos, por exemplo (BRAITHWAITE, 2002). Seguindo essa mesma linha,

> [...] a partir do momento em que só seja possível recorrer às formas de controle social marcadas por uma maior dominação e menos respeito após as práticas de formas [de controle] mais dialógicas, o controle coercitivo passa a ser visto como mais legítimo" (BRAITHWAITE, op. cit., p. 32, tradução nossa).

Entretanto, o conceito de comunidade na literatura restaurativa ainda é muito abstrato em razão das poucas pesquisas empíricas acerca do papel da comunidade nos processos restaurativos (ROSENBLATT, 2014), assim como em virtude da dificuldade de aplicação de tal conceito em sociedades modernas complexas, já que "[...] uma vez iniciado [o processo de declínio da comunidade] há cada vez menos estímulo para impedir a desintegração dos laços humanos e para encontrar alternativas parar amarrar novamente o que foi separado" (BAUMAN, 2001, p. 48, tradução nossa). Enquanto, na literatura internacional criminológica – em especial na anglo-saxã –, a justiça restaurativa é um dos temas mais discutidos, o movimento restaurativo brasileiro ainda é bastante tímido. Com efeito, a experiência da implementação da justiça restaurativa – por meio de

projetos-pilotos – no sistema de justiça criminal do Brasil, quando comparada a de outros países, é mais recente. Como destaca Maria Augusta Leão (2016, p. 80):

> Os magistrados brasileiros passaram a se apropriar da temática restaurativa, por meio de participação em fóruns e debates nacionais e internacionais e, em 2005, com o apoio e financiamento da Secretaria de Reforma do Judiciário, vinculada ao Ministério da Justiça, e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD [...] implantaram o projeto Promovendo "Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro".

Quer dizer, os projetos-piloto de Porto Alegre/RS, de São Caetano do Sul/SP e do Núcleo Bandeirante/DF representam um momento de bastante entusiasmo na difusão da justiça restaurativa no país através de eventos e de publicação de obras (BENEDETTI (2009), ACHUTTI (2014) e LEÃO (2016)).

Dito isto, a necessidade de "revelação" do "estado de arte" do movimento restaurativo brasileiro – como objetivo geral do presente trabalho – se impõe, na medida em que há poucos dados empíricos relativos aos projetos-piloto existentes e uma baixa produção acadêmica sobre o tema, assim como pela necessidade de verificação da existência de uma "brasilidade" - quer dizer, uma reflexão própria - nos discursos restaurativos nacionais.

2 Sobre Obras Estrangeiras e a Pífia Produção Nacional: Houve Avanço, Afinal?

Na literatura estrangeira, há uma clara distinção entre mediação e justiça restaurativa. Para o teórico Howard Zehr, a Justiça Restaurativa não se confunde com a mediação, uma vez que elementos típicos da mediação como o conceito de "culpa compartilhada" e a "linguagem neutra" não são adequados e ainda podem insultar as vítimas (ZEHR, 2012). Porém, o uso do termo mediação como sinônimo de justiça restaurativa está presente em produções de teóricos nacionais (vide PINTO, 2005), o que pode indicar uma errônea compreensão – por parte de alguns teóricos – acerca dos processos tipicamente restaurativos.

Em alguns países, como a Nova Zelândia, há participação institucional da polícia no encaminhamento de casos envolvendo adolescentes em conflito com a lei para as reuniões de grupos familiares - um dos modelos de operacionalização da justiça restaurativa (MAXWELL, 2009).

Entretanto, na literatura nacional, não se constatou reflexão acerca da possibilidade de participação institucional da polícia no encaminhamento ou na condução de processos restaurativos na realidade brasileira. Apesar de trabalhos nacionais da década de 80 (e.g., OLIVEIRA, 1984) já destacarem as "conciliações" realizadas nas delegacias - enquanto "justiça informal" - envolvendo a "clientela tradicional" – constituída por pessoas pobres (OLIVEIRA, 2003), sugere-se que, ao se levar em consideração o fato de da polícia brasileira ser extremamente seletiva e violenta (vide ZAFFARONI, 2001), a possibilidade de participação institucional da mesma na condução de processos restaurativos na nossa realidade é problemática. Como destaca o teórico nacional Achutti (2014), um eventual sistema brasileiro de justiça restaurativa deve ser marcado por algumas características específicas da nossa realidade social e cultural, como a regulamentação legal em razão do "legalismo" brasileiro.

Ademais, sugere-se que a justiça restaurativa não pode ser implementada no Brasil apenas para os crimes de menor potencial ofensivo, caso contrário, sugere-se que existe o potencial de verificação dos mesmos problemas dos Juizados Especiais Criminais, como a expansão da rede de controle penal e a não resolução dos conflitos (ACHUTTI, 2014; ROSENBLATT; FERNÁNDEZ, 2015).

Pode-se sugerir que há uma influência de teóricos estrangeiros religiosos (e.g., ZEHR, 1990, 2012; PRANIS, 2010) nas produções teóricas nacionais (vide PELIZZOLI, 2012). O modelo de círculo restaurativo, para Kay Pranis (2010, p. 49), "[...] limpa as vibrações negativas advindas de fontes de estresse externas", assim como contribui para "[...] para resgatar uma maneira melhor e mais fiel de estar na igreja" (PRANIS, 2010, p. 46). Quer dizer, para a teórica, as dimensões místicas, espirituais e religiosas não podem ser dissociadas dos processos restaurativos.

Embora a justiça restaurativa tenha encontrado terreno fértil no Brasil, devido à crise do sistema penal brasileiro (LEÃO, 2016), muito ainda deve ser pensado em relação às suas bases teóricas no país. Autores nacionais entram em consenso sobre o ritmo lento em terras brasileiras, como asseveram ACHUTTI e PALLAMOLLA (2014, p.446), ao afirmarem que "[a]pesar do amplo desenvolvimento internacional da justiça restaurativa, esse modelo de administração de conflitos ainda é pouco conhecido no Brasil".

O que se observa muito claramente é que, enquanto as produções externas são pautadas em originalidade, importamos "sem filtro" muitas teorias do que acontece lá fora; sem o devido enquadramento na realidade do país. É prejudicial, de certo modo, na medida que paramos de reparar nas nossas próprias particularidades como Nação – cultura, influências religiosas, etnias diversas, classes sociais distintas, herança punitiva e mais. Como traduzir a justiça restaurativa, sem prejuízos, para dentro do Brasil?

2.1 Possíveis, mas ainda confusas, soluções

Se nem a emoção nem as questões culturais locais devem ser ignoradas nos processos restaurativos, pode-se sugerir a "compatibilidade cultural" de um modelo "religioso" de justiça restaurativa no Brasil, mas, esse modelo, de outro lado, tem o potencial de excluir pessoas não religiosas e ir de encontro ao caráter inclusivo da justiça restaurativa.

Como já destacado, o conceito de vergonha concede efetividade à justiça restaurativa (vide BRAITHWAITE, 1989). Entretanto, constatou-se uma "lacuna" na produção teórica nacional quando ao pensamento do criminólogo John Braithwaite - salvo exceções (e.g., BENEDETTI, 2005, 2009)-, assim como a ausência de tradução para o português das clássicas obras *Crime, Shame and Reintegration* (1989) e *Restorative Justice and Responsive Regulation* (2002).

Através da revisão da literatura estrangeira, constatou-se que a justiça restaurativa não tem o potencial de descriminalizar condutas, na medida em que a mesma é aplicada para casos envolvendo uso de drogas - mesmo sem haver vítimas (vide PRANIS, 2010), enquanto, nos discursos nacionais, não se verificou reflexão – nem favorável, muito menos desfavorável - acerca da possibilidade aplicação da justiça restaurativa para casos que envolvam uso de drogas. Com efeito, constatou-se uma outra "lacuna" na produção teórica nacional quanto à aplicação do conceito de regulação responsiva - desenvolvido pelo criminólogo John Braithwaite e que também concede efetividade à justiça restaurativa - para os crimes ambientais, corporativos e de "colarinho branco" (vide BRAITHWAITE, 1989; 2002; 2014).

Pode-se observar uma "lacuna" na literatura nacional quanto à aplicação estrangeira da justiça restaurativa para os casos de violência doméstica, na medida em que não há referência às experiências estrangeiras analisadas pela literatura internacional (e.g., DROST et al, 2015; LOSEBY, NTZIADIMA; GAVRIELIDES, 2014).

Enquanto a literatura internacional dispõe de dados empíricos acerca da satisfação das vítimas nos processos restaurativos (e.g., AERTSEN; PETERS, 2007; BRAITHWAITE, 2002), na literatura nacional, constatou-se uma ínfima quantidade de dados acerca dos projetos-piloto em andamento (vide LEÃO, 2016).

3 Para Onde Caminha a Literatura Nacional Acerca da Justiça Restaurativa?

No processo de solução do problema "qual o 'estado da arte' do movimento restaurativo brasileiro?", do presente artigo, a hipótese de que "se não há uma reflexão própria acerca da realidade brasileira nas produções, pesquisas e discussões do movimento restaurativo nacional, então, o discurso estrangeiro sobre a justiça restaurativa pode estar sendo 'importado' para o Brasil" se configurou como resposta provisória.

Através da revisão da literatura nacional e da estrangeira e da comparação entre tais discursos, pode-se sugerir que a hipótese foi confirmada parcialmente, na medida em que questões como a aplicação da justiça restaurativa para casos de violência doméstica; a aplicação de conceitos, como o de regulação responsiva, para crimes ambientais, corporativos, de "colarinho branco"; e a possibilidade de participação institucional da polícia nos processos restaurativos, por exemplo, não foram objeto de reflexão das produções acadêmicas nacionais – que nem sequer se limitaram a revisar a literatura estrangeira.

De outro lado, podem ser constatados avanços teóricos, que indicam uma relativa reflexão acerca da realidade brasileira, quanto às características que um eventual sistema de justiça restaurativa brasileiro deve ter, como a regulamentação legal em razão da questão cultural do legalismo (vide ACHUTTI, 2014); à compatibilidade jurídica do ordenamento jurídico brasileiro com a justiça restaurativa – especificamente, o Projeto de Lei 7006/2006 (vide PINTO, 2005); à valorização da emoção, assim como da dimensão mística e/ou espiritual nos processos restaurativos (vide PELLIZOLI, 2010); à reflexão acerca de conceitos restaurativos "clássicos" como o de vergonha reintegrativa, de regulação responsiva e de comunidade – ainda que por poucos teóricos (vide BENEDETTI, 2005, 2009).

Portanto, os resultados demonstram que se, de um lado, não é possível afirmar que todas as produções, pesquisas e discussões acadêmicas nacionais não refletem sobre a realidade brasileira, nem se limitam a revisar a literatura internacional - e, consequentemente, a "importar" experiências estrangeiras -, de outro, muitas questões ainda precisam ser enfrentadas, assim como "reveladas" no processo de busca pela "brasilidade" restaurativa.

Conclui-se, por hora, que ainda não temos um modelo restaurativo propriamente brasileiro. O que se observa, na verdade, é o intercâmbio de informações através de pesquisas estrangeiras. Na maioria dos trabalhos acerca do tema, inclusive mais recentes (LEÃO, 2016), os projetos-piloto (São Caetano do Sul/SP, Brasília/DF e Porto Alegre/RS) são amplamente citados como a possibilidade prática da justiça restaurativa no país. Porém, nas palavras de Pinto (2005, p.21):

> O movimento restaurativo brasileiro aflorou com entusiasmo e considerável sinergia, no início, quando a Secretaria de Reforma do Judiciário, o PNUD[ ] e o Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília realizaram uma memorável conferência em Brasília, editaram uma preciosa coletânea[ ] e estabeleceram uma parceria para a implementação de projetos pilotos nas cidades de Brasília, São Caetano do Sul e Porto Alegre.

Desde então, pouco mudou. O que se estuda, majoritariamente, é sobre o que foi criado e ainda está em fase de teste. Não há, consequentemente, um acervo nacional, tampouco atualizado, a respeito da justiça restaurativa no Brasil. Pesquisadores mais experientes (ROSENBLATT; FERNÁNDEZ, 2015) buscam abrir portas no país e, inclusive, na América Latina como um todo, tendo em vista que o fracasso do sistema jurídico – não apenas penal – é de âmbito continental. Sendo assim, tal modelo não deve se configurar como mera "importação", tendo em vista as particularidades de nossa realidade latina, punitivista e violenta.

Referências

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga. *Civitas*, v. 13, n.1, p. 154-181, 2013.

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ACHUTTI, Daniel. Abolicionismo Penal e Justiça Restaurativa: do idealismo ao realismo político-criminal. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, v. 15. n.1, p. 33-69, jan./jun. 2014.

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (orgs.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Restorative Justice – answers that nobody has put forward. In: E. Fattah e S. Parmentier (Orgs.). Victim Policies and Criminal Justice on the road to restorative justice. Leuven: Leuven University Press, 2001, p. 295-314.

BAUMAN, Zygmunt. Community: seeking safety in a insecure world. Cambridge: Polity, 2001.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. A Justiça Restaurativa de Jonh Braithwaite: Vergonha Reintegrativa e Regulação Responsiva. *Revista Direito GV*, v. 1, n. 2, p. 209 – 216, jun/dez., 2005.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Tão próximos, tão distantes: a Justiça Restaurativa entre comunidade e sociedade. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration.* Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation.* Oxford: Oxford University Press, 2002.

BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation:* The question of evidence. RegNet Working Paper, No. 51, Regulatory Institutions Network, 2014.

BRASIL. CNJ. Edital de convocação pública e de seleção nº 01/2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/10/628060480f0b39c4a3fd91124faf564b.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2017.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. *British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, 1977.

CHRISTIE, Nils. Los Conflitos como Pertencia. In: ESER et al. (Orgs.). *De Los Delitos Y de Las Victimas*. Buenos Aires: ADHOC, 1992, p. 157-182.

CHRISTIE, Nils. *Conversa com um Abolicionista Minimalista. In*: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, no 21, janeiro-março, 1998, Revista dos Tribunais. Entrevista. p. 14.

CHRISTIE, Nils. Victim movements at a crossroad. *Punishment and Society*, v. 12, n. 2, p. 115-122, 2010.

CHRISTIE, Nils. Dilema do movimento de vítimas. *Discursos Sediciosos*, a. 17, n. 19/20, p. 367-377, 2012.

FONSECA, Fernanda. Meninos de Rua: um Desafio para a Justiça Restaurativa no Brasil. In:

KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JR., Heitor; ROITMAN, Riva. (Org.). *Estudos da Vitimologia*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2008, p. 35-58.

HOLANDA, Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HULSMAN, L. H. C; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niteroi: Luam, 1997.

JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa. In: Catherine Slakmon; Renato Campos Pinto De Vitto; Renato Sócrates Gomes Pinto (Orgs.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 163-186.

LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. A construção do saber. Porto Alegre: UFMG/ ARTMED, 1999.

LEÃO, Maria Augusta Costa Bacelar Carneiro. Dez anos de Justiça restaurativa no Brasil: uma perspectiva crítica dos projetos-piloto de Porto Alegre, de São Caetano do Sul e do Núcleo Bandeirante. Disseração de mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2016.

LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MORRIS, Allison. Critiquing the Critics: a brief response to critics of restorative justice. *British Journal of Criminology*, v. 42, n. 3, p. 596-615, 2002.

MORRIS, Alisson. Criticando os Críticos: Uma brave resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. In: Catherine Slakmon; Renato Campos Pinto De Vitto; Renato Sócrates Gomes Pinto (Orgs.). *Justiça Restaurativa.* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 439-472.

OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o comissário. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 1984.

OLIVEIRA, Luciano. Sua Excelência o comissário – A polícia enquanto "justiça informal" das classes populares do Grande Recife. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, v.11, nº 44, p. 279-300, jul./set., 2003.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: Catherine Slakmon; Renato Campos Pinto De Vitto; Renato Sócrates Gomes Pinto (Orgs.). *Justiça Restaurativa.* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 19-39.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal e Violência* (Online), v. 6, p. 43-61, 2014.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela. Paving the way toward a 'Latin' restorative justice?. *Restorative Justice*, v. 3, p. 149-158, 2015.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa & Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. *Reuniões de Justiça Restaurativa.* Pipersville: The Piper's Press, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal, 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo do Direito Penal, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZEHR, Howard. *Changing Lenses: a new focus for crime and justice*. Scottdale: Herald Press, 1990._____. *Justiça Restaurativa:* Teoria e Prática. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.



ANAIS

GT: JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO II: EXPERIÊNCIAS E PERSPECTIVAS TEÓRICAS

Coordenador: Daniel Achutti (Unilasalle).

Canoas, 2017.

JUSTIÇA RESTAURATIVA NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UM INSTRUMENTO DE TRABALHO COM POTENCIAL DE EMANCIPAÇÃO SOCIAL

Maria Letícia Lellis de O. Castro;
advogada, mediadora,
especialista em métodos consensuais de conflitos,
membro da Comissão de Mediação e Arbitragem de OAB/Pinheiros,
mestranda da Pós Graduação em Serviço Social UNESP/Franca.
leticialelliscastro@gmail.com

Josiani Julião Alves de Oliveira;
assistente social, doutora em Serviço Social,
docente do Departamento de Serviço Social e do
Programa de Pós graduação em Serviço Social da UNESP/Franca.
josianiju@gmail.com

Resumo:

O objetivo deste artigo é abordar a Justiça Restaurativa como um instrumento de trabalho do profissional na resolução de conflitos com potencial emancipatório do indivíduo. A proposta é pelo encaminhamento para uma perspectiva crítica e transformadora das formas convencionais de solução de conflito, apresentado a Justiça Restaurativa como um instrumento legítimo de construção de soluções de conflitos de forma participativa, democrática e comunitária. Delineia-se, com este instrumento analisado, horizontes de ruptura e de emancipação do indivíduo. Olhar para o ser humano, configurado na historicidade, com identidade e reconhecimento à diferença, o que implica ter consciência e resistir às imposições padronizadas.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Emancipação. multidisciplinar.

1 Introdução

Grande parte das inquietações dos profissionais que atuam diariamente na solução dos conflitos, especialmente aqueles levados ao Judiciário está na estrutura formalista dos procedimentos de solução dos conflitos, que, na maioria das vezes se mostram ineficientes. Observa-se que estes procedimentos positivados não conseguem alcançar os aspectos essenciais do conflito e consequentemente não é difícil uma solução jurídico-normativa que corresponda à complexa natureza da demanda.

As formas consideradas “alternativas” ou adequadas de na solução do conflito vem ganhando destaque, são os denominados métodos alternaivos/adequados de solução de conflitos – MASCs, como a mediação, a conciliação e a justiça restaurativa. Estes procedimentos vem sendo estudados s e gradativamente implementados ao Sistema de Justiça do Brasil como uma alternativa às falhas apresentadas pelo processo judicial tradicional, na busca de atender, de fato, ao direito fundamental de acesso à Justiça, e não apenas de acesso ao Poder Judiciário.

Em tempos de polarização e rupturas exaustão do modelo processual tradicional dos

paradoxos que multiplicam-se de maneira exponencial, se faz premente e urgente novos espaços, é preciso criar espaços de escuta mútua que conduzam, que favoreçam o diálogo, o diálogo que liberte e empodere, e estimule relacionamentos mais honestos, para fortalecer comunidades e auxiliar na resolução de conflitos. A Justiça Restaurativa é uma alternativa com valores e paradigmas diferentes na tentativa de efetivamente se fazer justiça.

2 Desenvolvimento do Artigo

O paradigma retributivo, estatal, escolhido pela ciência jurídica encontra-se exaurido. Para Boaventura Santos (2003, p. 26) entramos numa fase de transição paradigmática pela perda da confiança epistemológica, abrindo – se espaço para inovações e transformações. Para o autor:

> As promessas que legitimaram o privilégio epistemológico do conhecimento científico a partir do século XIX – as promessas da paz e da racionalidade, da liberdade e da igualdade, do progresso e da partilha do progresso – não só não se realizaram como se transformaram na ideologia legitimadora da subordinação ao imperialismo ocidental. Em nome da ciência moderna destruíram-se muitos conhecimentos e ciências alternativas e humilharam-se grupos sociais que neles se apoiavam para prosseguir as suas vias próprias e autônomas de desenvolvimento. (SANTOS. 2003, p.14)

Para enfrentar esta crise dos paradigmas da modernidade, busca-se beber em fontes alternativas, em conhecimentos alternativos e procurar dar –lhes voz, como por exemplo a Justiça Restaurativa

O objetivo é suscitar e reivindicar uma Justiça menos imperial e mais multicultural, de uma outra relação, mais igualitária entre conhecimentos alternativos e sobretudo, colocar esse universo de conhecimentos a serviço das tarefas de emancipação social (SANTOS, 2003, p. 21)

A justiça restaurativa, pelo princípios que serão abordados, representa uma dessas alternativas aos paradigmas dominantes. Propondo novos paradigmas como suporte.

A possibilidade de uma ciência multicultural e viabilidade de conhecimentos alternativos se mostra muito real, porém, como adverte Boaventura Santos (2003, p.15), não é tarefa fácil, "Ela é tanto mais vaga quanto mais dominante é a hegemonia do paradigma científico, com suas estreitas divisões disciplinares, suas metodologias positivistas, sua organização burocrática e discriminatória dos conhecimentos em departamentos".

O momento é propício, mas não se pode ignorar as dificuldades em defender idéias novas, sobretudo daquelas, como destacado por Boaventura Santos (2003, p.15) "que procuram religar à ciência as suas promessas originais".

A Justiça Restaurativa que se apresenta, não é uma Justiça paralela ao Sistema de Justiça atual. É uma busca da justiça como valor e não como uma resposta arbitrária. Conforme consta do preâmbulo da "Carta de Araçatuba", resultado do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na cidade de Araçatuba/SP:

> "Reformular nossa concepção de justiça é, portanto, uma escolha ética imprescindível na construção de uma sociedade democrática que respeite os direitos humanos e pratique a cultura de paz. Essa nova concepção de justiça está em construção no mundo e propõe que, muito mais que culpabilização, punição e retaliações do passado, passemos a nos preocupar com a

> restauração dos danos de todos aqueles que foram afetados, com o presente e com o futuro". (TJ/RS, 2017, p.1)

A importância de afirmar a justiça como um valor, é conferir a justiça como responsabilidade e ao alcance de todos não apenas a integrantes do Sistema de Justiça (técnicos do Direito), e assim, permitir o surgimento de dinâmicas criativas que efetivamente contribuam para a efetivação do valor justiça (PENIDO, 2013 p.7) .

E com isso, não se está perdendo cientificidade, ao contrário, reconhecendo outras práticas como legítimas e integrantes do processo de produção de justiça.

Para Egberto Penido (2013, p. 7) " A Justiça não é de responsabilidade do sistema jurídico [...] ela se faz no dia a dia, na ação viva de cada um, de todo e qualquer cidadão, nas dinâmicas relacionais oriundas da teia de relações na qual está inserido e constrói identidade". Conclui o autor ser " nesse balanceamento das relações buscadas nas práticas restaurativas que a Justiça se faz como valor".

Precisamos sair do estado de abstração dos conceitos e investigar, exercitar novas possibilidades, Para Mônica Mumme (2013, p.44) isso só é possível se "transitarmos de uma lógica autoritária e hierárquica para uma que considere o poder com o outro no processo de construção das relações", e para isso "não há uma resposta pronta. A resposta é inédita a cada conflito e ou violência e ela surge do encontro entre pessoas"

"O processo deve empoderar e informar. [...] O importante não é apenas o que acontece, mas também o modo como se chega à decisão". (ZEHR, 2008, p. 192)

> A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificadas a nós. (...) Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência de justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isso por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça. (ZEHR, 2008, p. 192)

A metodologia circular, de inspiração nos Círculos de Construção de Paz de Kay Pranis[1], é a metodologia principal nas práticas restaurativas no Brasil, é um procedimento que busca reunir todos os envolvidos no conflito (num conflito criminal, por exemplo, as vítimas do crime, os autores, e a comunidade, num processo de compreensão dos danos e criação de estratégias para reparação dos mesmo).

Para Kay Pranis (2010, p.15) "uma nova forma de congregar pessoas, chegar a entendimento mútuo e resolver problemas grupais está florescendo." Essa é, no entanto, uma prática antiga, "nossos ancestrais se reuniam num círculo em torno do fogo. As famílias se reuniam em volta da mesa de cozinha durante séculos." (PRANIS, 2010, p. 15) E hoje a comunidade resgata essas práticas "aprendendo a se reunir em círculo para resolver problemas, apoiar uns aos outros, e estabelecer vínculos mútuos" (PRANIS, 2010, p. 15)

Essa é uma antiga tradição que se mescla aos conceitos contemporâneos de democracia e inclusão, próprio de uma complexa sociedade multicultural. (PRANIS, 2010, p. 15)

O processo circular [2]é apresentado por Kay Pranes (2010, p.16) como um lugar de contar histórias. "Cada pessoa tem uma história, e cada história oferece uma lição [...] as pessoas se aproximam das vidas umas das outras através da partilha de histórias significativas para elas".

---

[1] Círculo de Construção de Paz

[2] Kay Pranis, no obra processo circular apresenta diversos tipos de círculos, não apenas os círculos de resolução de conflitos. São exemplos de círuclos (a) círculos de diálogo, (b) círculo de compreensão; (c) círculo de

Além disso os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas. PRANIS (2010, p. 16)

O enfoque restaurativo nos permite trabalhar uma cultura de paz que dialogue com a garantia dos direitos fundamentais de todos e todas, bem como a identificação dos sujeitos capazes de transformar a sua realidade vivida, sofrida, numa perspectiva de empoderamento e emancipação, no sentido defendido por Paulo Freire. Nesta perspectiva, as praticas restaurativas visam, trabalhar com criatividade e dialogicidade os conflitos presentes nas relações humanas, "utilizando metodologias que remontam a prática ancestrais, como de tribos indígenas, em que as palavras de todos tem valor, e a realidade de (re) produção de riquezas e sentidos é percebida como fomentador de elementos conflituosos também. (ISABEL, 2013, p. 26)

Há portanto, um escopo de "empoderamento", ou fortalecimento do indivíduo quando participam dos procedimentos restaurativos, isso é viabilizado pela condução de um facilitador do processo que vai direcionando cada parte para que tome consciência dos seus interesses, sentimentos, necessidades, desejos e valores, e para que cada um possa entender e ponderar como e porque cada uma das soluções apresentadas pode ou não atender as suas necessidades.

A perspecitva de empoderamento utilizada é de inspiração freireana. Paulo Freire defende que o processo de conscientização e empoderamento só é possível pelo diálogo, mas não um dialogo retórico, permeado por conselhos e julgamentos, e sim um diálogo qualificado, voltado à problematização, ao questionamento, um diálogo que se coloque a serviço da libertação e consequentemente da emancipação. (FREIRE, 2005).

A emancipação, nesta ótica, de forma muito superficial, pode ser vista como um processo de libertação, no qual os sujeitos vão constituindo formas de ser e estar no mundo, conscientes de seus direitos e suas responsabilidades. Onde ele mesmo, ou coletivamente, decide o que é melhor para si e para a coletividade. É, portanto, um processo de autonomia e empoderamento para intervir no mundo. (SILVA, 2013)

A justiça restaurativa, com sua metodologia circular, é um instrumento valioso que dispõe o profissional na sua atuação para a construção de decisões. Este instrumento vem crescendo e se destacando no ambiente jurídico, mas não se restringe a este universo, vislumbra-se enorme potencial dos procedimentos restaurativos circulares em outras áreas, como em escolas, órgãos da administração pública, como redes de atendimento social, dentre outros.

Apesar de não se referir a metodologia circular da justiça restaurativa, em consonância com essa metodologia Jane Prates (2003) sustenta, no âmbito de atuação do assistente social, a importância dos procedimentos coletivos.

> Somente a partir de uma análise conjunta podemos ressignificar espaços, pensar coletivamente alternativas de enfrentamento, redescobrir potencialidades, associar experiências, buscar identificações, dar visibilidade às fragilidades para tentar superá-las, desvendar bloqueios, processos de alienação, revigorar energias, vínculos, potencial organizativo, reconhecer espaços de pertencimento. (PRATES, 2003, p.2)

---

restabelecimento, (d) círculo de sentenciamento, (e) círculo de apoio, (f) círculo de construção de consenso comunitário; (g) círculo de resolução de conflitos; círcuos de reintegração; (f) círculo de celebração ou reconhecimento. (PRANIS, 2010)

Defende autora que devem ser priorizadas as técnicas coletivas, sem contudo negar a importância de intervenções no plano individual. E argumenta:

> A relevância dada às estratégias coletivas de intervenção deve-se ao reconhecimento da efetividade da dinâmica grupal, da possibilidade mais significativa de desenvolver processos sociais a partir de identificações entre sujeitos que vivenciam situações similares, de fortalecer alternativas de organização e enfrentamento conjunto, de possibilitar processos de mútua ajuda, partilha de sofrimentos e estratégias de superação, cooperação, solidariedade, veiculação de informações. (...) Mais do que técnicas grupais específicas, sem ter a intenção de desvalorizá-las, porque são úteis se complementares à dialética grupal, utilizamos uma mediação iluminada por nossa finalidade e intencionalidade, com base na reflexão coletiva e no diálogo, partindo da realidade concreta dos sujeitos usuários, de suas pratica sociais, buscando a superação do aparente, por novas leituras e totalizações. (PRATES, 2003, p.3)

Muitas experiências já estão se efetivando em ambientes outros que não o Judiciário. E esta expansão constitui um dos desafios da implementação da justiça restaurativa.

Além dos valores presentes nos procedimentos restaurativos, que serão levantados a diante. Um aspeto relevante merece destaque, a forma com que se compreende o conflito nos procedimentos restaurativos, não com uma carga pejorativa e negativa. Mas como algo inerente ao ser humano, um fenômeno fundamental no desenvolvimento social e individual, uma possibilidade na busca de identidade, reconhecimento e autoconhecimento.

Na abordagem de Morton Deustch (2004, p. 34), o conflito tem muitas atribuições positivas. Para o autor o "conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social". Para o autor:

> Em grupos estruturados sobre laços frouxos e em sociedades abertas, o conflito, que busca a resolução de uma tensão entre antagonistas, provavelmente tem funções integradoras e estabilizantes para o relacionamento. Por permitir uma expressão direta e imediata de reclamações rivais, tais sistemas sociais conseguem reajustar suas estruturas eliminando as fontes de insatisfação. Os inúmeros conflitos experimentados podem servir para eliminar as causas de dissociação e restabelecer a unidade. Esses sistemas fazem uso, por meio da tolerância e da institucionalização do conflito, de um importante mecanismo estabilizante. Além disso, o conflito dentro de um grupo frequentemente ajuda a revitalizar normas existentes; ou contribui para o surgimento de novas normas. Nesse sentido, o conflito social é um mecanismo de adequação da normas a novas condições. Uma sociedade flexível beneficia-se do conflito por causa desse comportamento, na medida em que ajuda a criar e a modificar normas assegura sua continuidade sob condições diversas. Tal mecanismo de reajustamento de normas é dificilmente observado em sistemas rígidos: suprimindo o conflito, eles abafam um sinal de aviso geralmente útil, aumentando, assim, o perigo de haver um colapso catastrófico. (DEUSTCH, 2004, p.34)

Sobre alguns valores que merecem ser citados, que dão aos procedimentos restaurativos esse potencial emancipatório e de empoderamente, e representam uma grande mudança de paradigmas, estão: a cooperação, a participação, a solidariedade, pacificação, o diálogo (na perspectiva freiriana como já apontado), entre outros, valores indispensáveis não apenas no âmbito judicial, mas para a sociedade como um todo e em todos os contextos. O momento é de reflexão e revisão dos valores até então prevalentes.

A promoção do comportamento competitivo em detrimento da cooperação é uma forte característica em nossa sociedade.

> Este comportamento competitivo tem suas raízes na concepção errônea da natureza. Defendida pelos darwinistas sociais no século XIX, que acreditavam que a vida em sociedade deve ser uma luta pela existência regida pela 'sobrevivência dos mais aptos'. Assim, a competição passou a ser vista como a força impulsora da economia, a 'abordagem agressiva' tornou-se um ideal no mundo dos negócios, e esse comportamento combinou-se com a exploração dos recursos naturais a fim de criar padrões de consumo. (CAPRA, 2004, p. 42)

Segundo Leonardo Boff (2003, p. 25) esse modelo de cultura que predominou nos últimos séculos "operou uma lobotomia em nossa mente, nos deixou desencantados, obtusos às maravilhas da natureza e insensíveis face à reverência que o universo suscita em nós". Para o autor:

> Viemos de um ensaio civilizatório, hoje mundializado, que realizou coisas extraordinárias, mas que é materialista e mecânico, linear e determinístico, dualista e reducionista, atomizado e compartimentado. Separou matéria e espírito, ciência e vida, economia e política (BOFF, 2003, p. 11)

Leonardo Boff (2003, p.11) pergunta: "que revolução ética e moral cumpre fazer?". Para o autor "há sinais para todos os cenários [...], há uma constatação indiscutível, de aterradora crise ética e moral em todas as partes, atingimos o coração da humanidade."

É a hora de enfrentar esta crise ética de frente, pois como citado por Leonardo Boff, ela está em todos os cenários, e a verdadeira mudança não está em uma ou outra medida paliativa para resolver problemas pontuais. A verdadeira mudança para o próximo século que se adentra é paradigmática de valores.

> Quando mergulhamos em crises que afetam as razões de estarmos juntos e o sentido derradeiro da vida, então é tempo de pararmos um pouco e refletirmos sobre os fundamentos. É a oportunidade de revisitarmos a experiência seminal e originária que fez nascer outrora e faz brotar ainda hoje o que chamamos de ética e de moral. A experiência protoprimária reside na morada humana, no morar neste mundo junto com os outros, cuidando-nos reciprocamente e cuidando do que é comum (BOFF, 2003, p11)

Neste momento, em que tantos defendem a entrada em um novo patamar de consciência, se faz importante refletirmos a partir dos problemas postos e enfrentar os desafios próprios desta nova fase da história da humanidade.

É urgente uma "nova aliança entre os povos que se descobrem juntos dentro da única Casa Comum, para poderem conviver de uma forma minimamente pacífica". É chegada a hora de "deslocar o eixo da comunidade da competição, que usa a razão calculista, para o eixo da cooperação que usa a razão cordial". Importa "passar da magnificação da violência para uma cultura de paz e do cultivo do bem comum". É urgente uma revolução ética que faça em cada ser humano o "despertar de um sentimento profundo de irmandade e de familiaridade que torne intolerável essa desumanização e impeça os valores dinossauros do consumismo de continuarem em seu vandalismo individualista" (BOFF, p.13) .

Nossa cultura jurídica privilegiou o paradigma competitivo, que funciona numa lógica dualista que limita as opções na solução do conflito, uma parte termina ganhadora, e outra perdedora. Para Dora Schnitman (1999, p. 18) "essa forma de colocar as diferenças empobrece o

espectro de soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas e gera custos econômicos afetivos e relacionais".

> As metodologias para a resolução alternativa de conflitos favorecem o respeito às diferenças, a coordenação na complexidade e a contradição, a estruturação cultural de práticas não restritas exclusivamente a experts. Sendo assim, não só são importantes como uma maneira de resolver disputas, como também uma forma de promover participação e a colaboração nas bases das comunidades. […] Essas metodologias permitem aumentar a compreensão e o reconhecimento dos participantes, construir a possibilidade de ações coordenadas – mesmo na diferença, incrementar os diálogos e a capacidade de pessoas e comunidades para comprometerem-se responsavelmente com decisões e acordos participativos, especificando as mudanças que ocorrerão tanto nas práticas materiais como nos papéis relacionais estabelecidos sobre base de perspectivas, práticas, visões e sentidos construídos (SCHNITMAN, 1999, p.18).

Somam-se aos valores citados, alguns outros que merecem ser destacados:

> [...] a participação; o respeito; a honestidade; a humildade; a interconexão; a responsabilidade; o empoderamento e a esperança. Participação dos afetados pelo crime, que passam a adotar uma postura ativa e decisória. Respeito de valores do ser humano, independente de sua origem cultural, racial, social, religiosa etc. Honestidade no falar e agir, sem ocultar sentimentos pessoais de honra ou desonra, raiva ou alegria, provocados pelo fato criminoso. Humildade no reconhecimento da falibilidade e vulnerabilidade do ser humano. Interconexão dos laços sociais e reconhecimento de todos os envolvidos no conflito como membros de uma rede de relacionamentos, num processo comunitários. Responsabilidade das partes por suas condutas e aceitar as consequências decorrentes, em especial daquele que executou o ato criminoso. Empoderamento das partes para livre manifestação de sua vontade e seus interesses. Esperança de 'cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade'. (MARSHAL, 2005, pag. 267-277)

Numa tentativa didática de sintetizar os valores e princípios que norteiam o modelo restaurativo, Marcelo Saliva (2009) congrega-os em quatro princípios fundamentais: 1) princípio do processo comunicacional; 2) princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos; 3) princípio do consenso e, 4) princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

> O princípio do processo comunicacional assenta-se na ideéa de justiça social pela soberania e democracia participativa e diálogo das partes. É a ética da solidariedade; Qualquer novo modelo de justiça que se proponha não encontrará legitimação sem uma efetiva e direta relação com as comunidades e a sociedade q
> ue lhe dá vida. A lide penal afeta diretamente as partes envolvidas co crime e indiretamente produz danos aos familiares e membros da comunidade da qual o autor e ofendido fazem parte, sendo indispensável a aproximação deles da justiça penal. O diálogo rompe barreiras e aproxima pessoas, trabalhando para uma solução imediata, duradoura e futura sobre a lide penal.
> [...]
> O princípio do consenso exige primeiro respeito entre as partes e pelas partes, novamente com a observância da ética da solidariedade. O rompimento com o distanciamento social a que parece todos estarem condenados na pós-modernidade só se faz com o diálogo, e, dentro da justiça penal, o mesmo é apresentado como valor irrenunciável para a pacificação do conflito social. O respeito ao multiculturalismo, sem imposições ou exclusões, é uma barreira

> intransponível, e um valor a ser difundido pela justiça restaurativa; a aproximação de pessoas que compõem comunidades diversas e possuem culturas diferentes não é tarefa fácil e talvez seja até utópica, mas a proposição de estabelecer o respeito e a convivência pacífica é ima proposta desejável, que somente se mostra possível pelo consenso.
> [...]
> O princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos tem por fim apresentar alternativas de resposta ao Direito Penal na tutela do interesse jurídico e na restauração das partes, que não somente a amarga pena, e a partir daí, dar efetividade a sua decisão. O processo comunicacional a que se dispõe esse novo modelo exige a alternatividade de censuras, que sejam adequadas ao caso concreto e às partes. A resolução, que decorre do diálogo e acordo das partes, admite múltiplas formas de resposta, inclusive a abdicação da mesma pelo interesse das partes, em busca da melhor solução que o caso requer. […]. A justiça restaurativa possibilita o envolvimento das partes, e a alternatividade das respostas tem por fim efetivar a decisão tomada no processo restaurativo, dando-lhe cumprimento e comprometendo as partes com a decisão, pois houve a participação, de todos para sua escolha. A conscientização de que os interesses próprios não podem suplantar os interesses alheios, pelo simples fato de serem próprios e não dos outros, decorre da solidariedade humana.
> [...]
> O princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana dá o contorno final a todos os demais princípios, cuidando-se de guia para a atuação da justiça restaurativa. O respeito absoluto é afirmado como princípio com o objetivo de garantir a observância dos mesmos, sem qualquer redundância, já que a ideia central é de fortalecimento e estabilização dos Direitos e garantias, e não reconhecimento de novos valores. (SALIBA, 2009, pag. 1593

Uma das principais características do sistema restaurativo assenta-se na intersubjetividade do caso concreto que se materializa no diálogo, num processo dialético de escuta, discussão e integração social. Brancher, Juiz de Direito da 3ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre, numa reflexão sobre a implementação da Justiça Restaurativa na Justiça da Infância e da Juventude em Porto Alegre, aponta a importância do diálogo na solução dos conflitos, especificamente da "escuta e do acolhimento" pela Justiça.

> Se a lei é pai e limite, a justiça deveria ser mãe, acolhimento e escuta. Os olhos vendados da deusa lembram a importância do ouvir, antes de pensar, pesar, julgar. Antes que os ouvidos sintam antes que os olhos concluam. Ouvir antes: antes que os pré-conceitos julguem. Uma justiça isenta, acolhedora e dialógica - equivalente a uma justiça que não parta dos pressupostos da imputação, investigação, culpa e castigo – haveria de ser capaz de escutar a cada um e dar voz e vazão a suas dores, dramas e tragédias. Andar sete dias e sete noites nas sandálias do pecador. Nem tanto: sete minutos para ouvir cada pessoa na inteireza da sua humanidade, respeitado o limite das próprias circunstâncias, talvez bastassem. Meninos de rua, policiais, taxistas, vítimas de assaltos, viúvas do latrocínio, adolescentes infratores ou suas mães: que qualquer um enfim pudesse comparecer a uma sala de audiências – ou a qualquer outro espaço mais adequado, mas não menos simbólico, dedicado à escuta do conflito - para expressar o turbilhão de sentimentos e emoções subjacentes às causas e aos efeitos da infração. Livres para não ter de proteger-se das terríveis ameaças da deusa enfurecida e livres para transparecer aquilo que, pelas vias tormentosas da violência, fizeram ouvir sob a forma de uma impronunciada demanda: a demanda pela satisfação de suas necessidades - as quais, por se reduzirem em regra à satisfação de valores, quando não de direitos, no mais das vezes ecoarão um

[3] SALIBA, 2009, p. 154-156.

> grito universal, quase sempre trazendo um fundo humano legítimo por mais que inadmissível seja sua estratégia de reivindicação. (BRANCHER, 2006, p. 667-692, p. 671)

O "tripé participativo" do sistema restaurativo, qual seja, a relação dialética de discussão entre vítima, ofensor e comunidade, é a grande força deste sistema do qual todos os demais irão decorrer, ou, no mínimo, se inter-relacionarem. (SALIBA, 2009, p.156)

A responsabilidade é outro atributo de grande importância no sistema restaurativo, e que merece destaque. À medida que as soluções vão sendo constituídas num processo de escuta, dialogal e participativa, vai surgindo um comprometimento maior por aquela decisão, verifica-se que há nesta decisão uma "corresponsabilidade decisória". (SALIBA, 2009, p. 156)

> [...] responsabilidade é o atributo indispensável ao exercício do valor máximo representado pela liberdade: não se pode exercer liberdade sem limite, sem respeito: responsabilidade perante o outro. No campo dos interesses coletivos, responsabilidade é o atributo indispensável ao exercício do valor máximo representado pela democracia. Não se pode exercer democracia sem que cada cidadão tenha presente as consequências de suas escolhas e o peso da sua participação: responsabilidade perante todos. Somente relações pautadas pela responsabilidade perante o outro e pela responsabilidade para com todos pode instalar um ambiente de confiança. A confiança, pressuposto da coesão, é a contrapartida (perante o outro) e o dividendo (para todos) da responsabilidade. A responsabilidade é o tributo da confiança. E assim como sem responsabilidade não há confiança, sem confiança não há restauração, nem justiça, e sem justiça não há coesão social. Em cada fissura da sociedade que esquecida dessa fórmula se desagrega, o gérmen oportunista da violência instala a dor e a destruição.
> Sendo as instituições da justiça investidas da função de garantidoras, em última instância, dos princípios regentes do Estado representados pela liberdade e pela democracia, a proposta de promover responsabilização não se justifica apenas como foco central da administração da justiça, mas passa a constituir-se numa contribuição à efetividade do próprio Estado Democrático de Direito. Uma justiça, que promova autonomia e responsabilidade, promove coesão, garante direitos e estabiliza relações sociais, fundamentando a constituição de um 'Estado de Responsabilidade Social'. (BRANCHER, 2009, p. 673)

Neste sentido ético da responsabilidade, na busca do empoderamento do indivíduo num processo cada vez mais consciente e efetivo de responsabilização, cabe reverenciar outro valor de grande relevância, que na verdade, é mais que um valor é um princípio: *a solidariedade*. Destaca Eduardo Rezende Melo (2006, p.53) , que "os seres humanos já são os criadores de sua vida social, agentes conhecedores, cuja capacidade de entender a conduta dos outros constitui elemento integrante da existência da sociedade como tal". E aponta o autor a eficiência da justiça restaurativa nesse sentido:

> Entendo que a justiça restaurativa nos abre modos vários a um contraste radical com este modelo. Primeiro ela expressa uma outra percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo. Ela dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva. Segundo, ela foca nas singularidades daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, como isso, àquilo que leva ao conflito. Neste duplo contraste a própria fundação da regra se apresente de outro modo, permitindo o rompimento desta cisão entre interioridade e exterioridade que marca a concepção kantiana e que nos remete à possibilidade de emancipação das questões que

> se apresentam envolvidas no conflito. Terceiro, e principalmente, se o foco volta-se mais à relação que à resposta estatal, a uma regra bastante abstrata prescritora de uma conduta, o próprio conflito e a tensão relacional ganham um outro estatuto, não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão gauche, como contornos destrutivos. Quarto, contra um modelo centrado no acertamento de contas meramente com o passado, a justiça restaurativa permite uma outra relação com o tempo, atentado também aos termos em que hão de se acertar os envolvidos no presente à vista do porvir. Quinto, ao trazer à tona estas singularidades e suas condições de existência subjacentes à norma, este modelo aponta para o rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflitivas.(MELO, 2006, p. 78)

O sistema restaurativo é amplo e busca trazer para o processo todo o respeito e atenção à complexidade humana, e por isso, não se preocupa em estabelecer e mensurar danos, mas levantar razões, significados individuais de cada um dos envolvidos, o contexto familiar e social, das dificuldades e como lidam com ela cada envolvido. Busca dessa forma, uma análise profunda, ampla e linear do conflito, reconhecendo com um fato social complexo.

A partir de todo este aprofundamento tenta-se identificar um arrependimento e conscientização, e mais que isso uma responsabilização sincera e comprometida do ofensor. Em relação à vítima busca-se uma satisfação, não material, mas também emocional, libertadora, aliviante, sem perder de vista que num processo restaurativo a "satisfação da vítima e do ofendido é o ponto de equilíbrio da balança", não podendo uma das partes obter mais vantagens em relação à outra, pois assim, a lide se manteria. Sendo assim, quanto mais próximo da satisfação igualitária dos envolvidos, mais próximo da ótima eficiência estará o procedimento restaurativo.

Mas vale ressaltar que, a insatisfação de uma das partes, seja ela vítima ou ofensor, não deve ser recebida como falha do sistema. Deve ser acolhida como um processo natural do ser humano. No processo restaurativo a insatisfação e sua manutenção deve ser posta e oportunizada às partes a sua compreensão. Isso porque, como aponta Marcelo Saliba (2009, p.170) "o processo restaurativo não é apenas uma solução para o caso específico em tratamento, há nele uma preparação das partes para resolver lides futuras."

Da mesma forma se procede com o perdão, ele é bem vindo ao processo restaurativo como uma manifestação válida e legítima de seu interesse, mas sempre atento à espontaneidade e estrita liberdade que devem estar presentes nos atos do processo restaurativo.

O processo restaurativo encerra-se com um acordo restaurativo, que ao contrário do processo retributivo, em se tratando do Direito Penal, pode ter conteúdo diversos, vai depender da solução encontrada e construída pelos envolvidos. define este acordo reparador "como aquel que repara simbólica o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunid afectada"[4]

Os marcos normativos ainda são importantes para a fortalecimento do procedimento restaurativo. E já existem avanços neste sentido.

Assim como a implementação de projetos se faz necessária, e neste sentido também há avanços. Muitas iniciativas estão ocorrendo pelo Brasil, em diferentes espaços. Em cidades como Porto Alegre/RS, Belo Horizonte/MG, Belém/PA, Teresina/PI, São José do Ribamar/MA, Fortaleza/CE, Recife/PE, no Distrito Federal/DF cidades do interior de São Paulo como Campinas, São Caetano do Sul, São José dos Campos, Barueri, Araçatuba, Santos. Em parcerias firmadas com

a Rede de Ensino Estadual e Municipal, Unidades de Internação de Adolescente, Guarda Civil Metropolitana. Há círculos restaurativos sendo realizados em espaços seguros no Fórum, em Escolas Públicas Municipais e Estaduais, dentre outros. No Estado de São Paulo, a Justiça Restaurativa contribui para inspirar a figura do professor mediador. (PENIDO, 2013, p. 8)

Egberto Penido (2013, p. 8) destaca que pode-se constar em todas as experiências citadas o envolvimento comunitário para além do Sistema de Justiça, predominando a efetivação da justiça como valor, "nestas experiências se constata que a capacidade, a habilidade e o poder de lidar com os conflitos e com as situações de violência brota da comunidade, não ficando mais na mão dos representantes do Estado a administração dos desequilíbrios sociais.

Essa breve constatação já reforça a capacidade e o potencial dos procedimentos restaurativos no empoderamento do indivíduo e na emancipação social.

3 Considerações finais

Verifica-se a viabilidade de instrumentos democráticos e participativos na solução de conflitos. O procedimento restaurativo é uma oportunidade de se questionar e repensar o sentido da justiça, apresentando uma justiça dinâmica, multidisciplinar, cujos principais protagonistas são os envolvidos nas questões, e todos aqueles que puderem contribuir para a restauração daquele conflito.

Os processos alternativos de solução de litígios, como a justiça restaurativa, se apresentam como valiosos instrumentos de transformação social, vocacionado, pelas suas características, a contribuir para a emancipação social, favorecendo uma mudança de paradigma cultural substituindo uma cultura egoísta, de violência, castigo e punição, por uma cultura mais solidária, de reflexão, diálogo, responsabilidade e paz.

Referências

AZEVEDO, André Goma de. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: _____. *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. cap. 12. v. 2.

AZEVEDO, André Goma de; SILVA, Cyntia Cristina Carvalho e. Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos compositivos. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 87, p. 115-124, set. 2006.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos de arbitragem, mediação e negociação*. Brasilia: Grupos de Pesquisa, 2003. cap. 16. v. 2.

BOFF, Leonardo. *Ética e Moral*: a busca dos fundamentos. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRANCHER, Leoberto. Justiça, Responsabilidade, e Coesão Social: Reflexões sobre a implementação da Justiça Restaurativa na Justiça da Infância e da Juventude em Porto Alegre. In:

SLAKMON, Catherin; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Eds.), *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Brasília: MJ/PUND/FGV, 2006. p. 667-692.

BRANCHER, Leoberto e AGUINSKY, Beatriz. *Projeto Justiça para o Século 21*. Porto Alegre, 2010. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_241.doc>. Acesso em: 21 mar. 2012. Não paginado.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
_____. Presidência da República. *Lei n. 12. 594*, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 20 jun. 2012. Não paginado.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPRA. Fritjof. *O ponto de mutação*. Tradução Álvaro Cabral. São Paulo: Cutrix, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Poder Judiciário. *Resolução nº 125*, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em: 21 mar. 2012.

DEUSTCH, Morton. A resolução do Conflito. Traduzido por Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Goma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, cap. 5, v. 3.
DINAMARCO. Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros. 2009.

FONTENELLE, Gabriela Garcia; OLIVEIRA JUNIOR, Raimundo Frutuoso de. Uma nova proposta para o ensino jurídico: interdisciplinariedade – ensino jurídico e os novos direitos. In: ARAÚJO, Regis Frota (Coord.). *Metodologia do Ensino Jurídico*: propostas e debates. Fortaleza: ABC, 2010.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* 2005. Disponível em: <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/4871>. Acesso em: 21 mar. 2012.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?* São Paulo: Brasiliense, 1986.

MELO, Eduardo Resende de. A experiência em justiça restaurativa no Brasil: um novo paradigma que avança na justiça e juventude. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 87, p. 125-133, set. 2006.

MUMME, Mônica. *Diálogos Restaurativos*. Fortaleza: Terre dês hommes Lausanne no Brasil, 2013.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. Resoluções e decisões aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em sua sessão substantiva de 2002 (1o a 26 de julho de 2002). Tradução Marcelo Maciel e revisão Maysa Maria Massimo Ribeiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2007. cap. 20. v. 4. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol4/parte-vi-miscelanea/nacoes-unidas-conselho-economico-e-social>. Acesso em 21 mar. 2012.

PRANIS, Kay. *Justiça Restaurativa e Processo Circular nas Varas de Infância e Juventude*. Justiça para o Século XXI instituindo Práticas Restaurativas. Palas Athena. Abr. 2010. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_424.pdf>. Acesso em: 5 maio 2012.

ROCHA FILHO, João Bernardes da. *Transdiciplinariedade*. Rio Grande do Sul. 2007. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Transdisciplinaridade>. Acesso em: 5 maio 2012. Não paginado.
ROSENBERG, Marshall. Comunicação Não-Violenta. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Orgs.). *Novos Paradigmas em mediação*. Tradução Marcos A. G. e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

PENIDO, Egberto de Almeida. *Diálogos Restaurativos*. Fortaleza: Terre dês hommes Lausanne no Brasil, 2013.

PRANIS, Kay. Processos Circulares. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010

PRATES, Jane Cruz. A questão dos instrumentais técnico-operativos numa perspectiva dialético crítica de Inspiração Marxiana, Revista Virtual Textos & Contextos, no 2, dez. 2003. [online]. Disponível em . Arquivo acessado em 05 de maio de 2017

SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a Democracia: caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Luiz Etevaldo. O Sentido e Significado Sociológico de Emancipação. Revista e-Curriculum, São Paulo, n.11 v.03 set./dez. 2013. Programa de Pós-graduação Educação: Currículo – PUC/SP. [online] Disponível na internet via http://revistas.pucsp.br/index.php/curriculum. Arquivo capturado em 20 de maio de 2017.

SOUZA, Isabel. Diálogos Restaurativos. Fortaleza: Terre dês hommes Lausanne no Brasil, 2013.

TJ/RS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Carta de Araçatuba. [online] Disponível na internet via http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/carta-aracatuba. Arquivo capturado em 20 de maio de 2017.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça/tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA À CRISE DA LEGITIMIDADE DO ATUAL SISTEMA PENAL

Karoline Freire Oliveira
Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil (PR).
Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela
Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).
Bacharel em Direito pela Universidade Positivo.
Bolsista CAPES. Editora da Revista Direitos Fundamentais e Democracia (A1).
Advogada. karolinef2904@gmail.com

Resumo:

O presente estudo aponta a contextualização do sistema punitivo por meio da pena e a crise na atual aplicabilidade da função da pena no ordenamento jurídico brasileiro, que fez trazer à baila a apresentação da Justiça Restaurativa. Deste modo foram identificados outros modelos que objetivam alterar ou complementar o modelo de sistema punitivo por meio da pena, quais sejam: abolicionismo e vitimologia. A partir de sua contextualização no ordenamento jurídico, enfatizaram-se as figuras do ofensor, ofendido e comunidade, como tríade essencial à mediação na Justiça Restaurativa, contemplando a visão punitivista desta modalidade de aplicação no processo penal, com bases na responsabilidade na alteridade.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Sistema retributivo. Reformas penais.

1 Introdução

Apresenta-se e analisa-se a Justiça Restaurativa e sua real vinculação ao sistema de justiça criminal. A insatisfação com o atual modelo de punição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que vê na restrição da liberdade, uma maneira eficaz de diminuir os índices de ocorrência de delitos, não surte efeitos. A superpopulação carcerária transborda em dicotômica apresentação pelo Estado daquilo que é denominado de ressocialização, para algo utópico e sem quaisquer aplicabilidades positivas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta seara, vislumbra-se a real necessidade de apresentar algo que, embora faça parte de um sistema punitivo, admita a mediação penal como centro da resolução de conflitos que se instauram entre vítima, ofensor e a comunidade. Assim, indica-se a análise crítica da Justiça Restaurativa e de sua capacidade de aplicabilidade ao sistema jurídico brasileiro.

Faz-se uma análise preponderante da atual política penal, com a indicação do sistema de pena retributivo em crise, abarcando a prisão como o instituto de correção, situação que pode ser entendida como a aplicação da proteção dos bens jurídicos, deixando invisíveis a vítima e a comunidade que sofreram a agressão, o que culmina em uma sociedade meramente punitiva por meio da aplicação de pena.

Logo, a partir do momento em que o Estado tratou o dano a partir da visão de infração, as vítimas deixaram que participar de fases processuais de sumária importância, tal qual sua resolução,

à vista que, suas vontades foram descaracterizadas pela atual política processual penal do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dessa temática, o que se percebe é a administração confusa, caótica e não eficiente dos meios utilizados para "punir", no sentindo de que, baseia-se na utopia da igualdade e da universalidade, que resulta na ideia de quebra da sistematização da norma e de delito e não de conflito que resulta em um dano.

O modelo restaurativo, que ainda se encontra com sua definição em construção, vez que seus preceitos são recentes e pautados em discussões sobre aplicação e instauração no sistema de política punitiva que foge da aplicação da pena.

Tem-se como principais instrumentos da Justiça Restaurativa a relegitimação da vítima, que constrói maior confiança quanto à coletividade no ordenamento jurídico e retoma ao direito penal questões veiculadas ao convívio em comunidade, resultando em um modelo consensual ao redor das regras do ordenamento jurídico. Dessa forma, às decisões penais atribuir-se-ia um papel positivo na resolução dos conflitos, sendo desnecessária a punição com base na aflição, no medo e na incongruência com os preceitos sociais, passando a prática restaurativa a trazer não mais um modelo baseado na retribuição, mas em uma relação no estabelecimento de conexão entre ofensor, ofendido e comunidade para o consenso sobre o delito ocorrido.

Ademais, no encadeamento restaurativo o princípio da alteridade fica evidente e deve ser respeitado, uma vez que é por meio dele que veda-se a incriminação de conduta meramente subjetiva, sendo que a mediação penal é a interação social e ponto essencial ao encontro face a face entre autor e vítima, pelo fato de que não há abstração ou padrão de hostilidade que resista à subjetividade do encontro entre as partes.

2 Justiça Restaurativa como Alternativa à Crise da Legitimidade do Atual Sistema Penal.

O objetivo central da prisão baseou-se no instinto de correção, de modo que, o poder codificado de punir acoplava-se em um poder disciplinar de vigiar. Assim, as leis passam a punir de modo seletivo os indivíduos infratores, da sorte que, a requalificação do sujeito de direito pela pena torna-se um instrumento de prática de novo delito, da forma que o direito passa a ter um papel inverso e torna-se um "contradireito", conforme denominou Foucault, tornando-se um conteúdo altamente efetivo e institucionalizado das formas jurídicas[5].

Logo, os conflitos sociais estão veiculados às estruturas de poder, sendo que o sistema penal está baseado na imposição de penas, que, em sua evolução, passaram a ganhar viés público, no sentido de que, com a desenvolvimento sócio-político havia a necessidade de preservar a estabilidade das relações sociais por meio da aplicação de uma pena pública[6].

O objetivo da pena, portanto, seria a manutenção da ordem por meio do Estado, bem como em dar à sociedade a eficaz segurança das relações sociais. Com a pena, tem-se apenas a proteção do bem jurídico[7] e são esquecidas a comunidade social e a vítima do delito, dando margem a uma grande crise do sistema punitivo que é atualmente adotado no Brasil, permitindo análises profundas e detalhadas de outros meios sancionatórios, que não apenas a restrição da liberdade para tornar o

[5] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p.184.
[6] DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o sistema de penas. São Paulo: RT, 1998, p.31.
[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 258.

sistema de administração criminal mais efetivo para a tríade que está envolvida na ocorrência do delito: o ofensor, a vítima e o Estado, que representa o interesse social.

Michel Foucault denomina a sociedade na qual o Estado desempenha funções corretivas, em conjunto às demais, denominadas "penitenciárias", representadas pelas práticas de aprisionamento, como "sociedade punitiva"[8], existindo, especialmente destacado pelo autor no século XIX, uma colonização das instituições jurídicas por meio dos mecanismos disciplinares que

> (...) ao fazer da detenção a pena por excelência, ela [nova legislação] introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz 'igual', um aparelho judiciário que se pretende autônomo, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, 'pena das sociedades civilizadas'9.

Ademais, ainda para FOUCAULT, a punição ganha um novo formato, tal qual um poder disciplinar, tendo como objetivo a normalização, produzindo uma 'penalidade da norma' que é irredutível em seus princípios, da mesma sorte que seu funcionamento é baseado na penalidade tradicional da lei. Assim, a origem do funcionamento jurídico-antropológico que perpassa toda a história da penalidade não está na superposição à justiça criminal das ciências humanas, e nas exigências próprias a essa nova racionalidade ou ao humanismo que ela trará consigo; ele tem seu ponto de formação nessa técnica disciplinar que faz funcionar esses novos mecanismos de sanção normatizadora [10].

Assim, ao longo da existência do modelo baseado na punição por meio da pena, diversas mudanças foram sendo realizadas para preencher as lacunas deixadas ao longo dos anos. Instituiu-se o critério da proporcionalidade entre o ato, surgiu a ideia de reabilitação, bem como as penas alternativas. Porém, visualiza-se com as penas alternativas à restrição de liberdade o não ingresso efetivo ao sistema penal como forma de substituição do cárcere, mas adicionaram-se ao encarceramento, aumentando o campo de atuação do controle formal [11].

O controle penal, por meio de um Estado penal onipresente, é um inegável fenômeno planetário, que fora desenvolvido nos Estados Unidos e na Europa e, mais tarde, expandiu-se para o mundo como uma forma de 'marketing ideológico', não deve ser procurado como uma forma de expansão da criminalidade, mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização, centralmente na dualidade: mercado onipresente e excludente e o Estado, baseado na economia, na soberania e, por diversas vezes, ausente, porém, penalmente atuante[12].

A ampliação das possibilidades de alteração da pena restritiva de liberdade, especialmente representada pelas penas alternativas, formaram uma enorme cadeia de ineficácia, pois de nada serviram para alterar a situação do sistema penal, isso porque, a pena de prisão e as penas alternativas passaram a representar uma mesma interpretação do crime e da justiça, que, para Zehr,

---

[8] FONSECA , Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.133.

[9] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 81, 2014.

[10] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 82, 2014.

[11] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. v.6, n.1, p.83, 2014.

[12] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos Contemporâneos do Crime. p. 2.

abrange que: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e, é a violação da lei que define o crime[13].

Partindo desse diapasão, a norma penal tem como destinatário todo indivíduo da sociedade sem qualquer distinção[14], havendo uma nítida vinculação entre a pena e o interesse da sociedade na proteção dos bens jurídicos, aos seus valores e à estabilização social[15]. Porém, aos olhos dos criminologistas contemporâneos, nos moldes atuais, o sistema punitivo baseado na pena demonstra-se desigual na sua aplicação, conforme as observações realizadas por ZAFFARONI E BATISTA[16], na indicação sobre o processo de criminalização[17], que acarreta em uma contínua crise do sistema punitivo por meio da pena, que permite a visualização de outras alternativas que sejam capazes de auxiliar e guiar o sistema penal para um formato que garanta, especialmente, a igualdade e a justiça social, sendo imprescindível que não exista apenas o ato de punir do ofensor, mas que exista uma relação direta entre ofendido e ofensor para a pacificação de conflitos.

Para Nils Christie o conflito propriamente dito representa o bem subtraído mais importante. Os conflitos são elementos importantes na vida social. As vítimas de crime, no entanto, perdem o direito de participar na solução deles. Desse modo percebe-se que o Estado subtrai os conflitos das partes para si[18].

Assim, deve-se visualizar que a necessidade de uma proposta de interpretação das situações conflituosas que busque uma atitude anti-reducionista, uma vez que o crime não é um tumor ou uma epidemia, mas um grave problema entre pessoas e a sociedade[19].

Suxberger, nesse sentido, enfatiza que o crime é um problema "da" comunidade, que nasce "na" comunidade e deve ser resolvido "pela" comunidade[20].

Os sinais de fracasso do sistema punitivo são evidentes, especialmente pelo fato de o mesmo estar sobrecarregado pelas funções de resoluções dos conflitos, como meio de controle social do delito[21]. As normas penais e sociais estão em dissonância e denotam a falibilidade e a desigualdade

---

[13] ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

[14] Cita-se BATISTA: "O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. [...]. O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade na expressão de Von Liszt, 'só a pena necessária é justa' -, quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais e ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como o serviço militar ou o pagamentos de impostos -, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela." (BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.25-26).

[15] ZAFFARONI e PIERANGELI: "o direito penal deve cumprir um objetivo de segurança jurídica que não se diferencia substancialmente, da defesa social entendida. [...]. O direito penal à medida que vai se aproximando de sua meta asseguradora, cumpre também a função formadora de cidadão." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p.94-95).

[16] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Revan, 2003, p.43.

[17] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Revan, 2003, p.43.

[18] CHRISTIE, Nila. Limits to Pain. 1981, p.35. Apud: SILVA, Karina Duarte Rocha da. Justiça Restaurativa e sua aplicação no Brasil. Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de bacharel em Direito, Brasília, 2007. Sem publicação. p.13.

[19] GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Gárcia-Pablos. Criminologia. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310.

[20] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A interpretação penal como reflexo do modelo de Estado. A busca por uma interpretação penal legítima no Estado Democrático de Direito. Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.

[21] BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.25-26.

do sistema penal vigente. A prisão dentro desse sistema funciona como principal instrumento de perpetuação do modelo punitivo baseado na aplicação da pena, com objetivos aparentes e ocultos.

Os objetivos ideológicos do aparelho penal se resumem nas metas de repressão da criminalidade e de controle e redução do crime. Os objetivos reais do aparelho penal constituem numa dupla reprodução; reprodução da criminalidade pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados e reprodução das relações sociais, porque a repressão daquela criminalidade funciona como tática de submissão ao poder empregada pelas classes dominantes[22].

Ademais, a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social objetiva e a representação da execução da pena privativa de liberdade como a máxima desintegração social do condenado. Ainda, a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado que excluem a reintegração social e realizam a chamada self fulfilling prophecy, ou seja, uma profecia autorrealizada que é um prognóstico que, ao se tornar crença, provoca sua própria concretização e com isso atrai disposições aparentemente inevitáveis de carreiras criminosas. Nesse aspecto pode-se destacar ainda que esta prognose negativa está fundada em indicadores sociais desfavoráveis, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle. Finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência e, portanto, maior a formação de carreiras criminosas[23].

Atualmente o pensamento vigente baseia-se na racionalização do poder punitivo estatal, bem como, pelo destaque às garantias fundamentais do indivíduo. Porém, a operacionalidade do sistema punitivo está concentrada nos operadores das agências de poder que são as definidoras do conceito do que é delito ou do que é lícito perante o ordenamento jurídico estatal. Dessa forma, a criminalidade não seria um dado ontológico, mas realidade social constituída pelo sistema de justiça criminal por meio de deficiência e da reação social [...]. Assim, a criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas realidade social construída por juízos atributivos, determinados, primariamente pelas meta-regras e, apenas secundariamente, pelos tipos penais: juízes e tribunais seriam instituições determinantes da realidade, mediante sentenças atributivas de qualidade aos imputados, com estigmatização, mudança de status e de identidade social do condenado[24].

Fácil então é de se observar que o sistema vigente não encontra respaldo no sentimento de justiça social, afastando-se a dogmática jurídico-penal das garantias fundamentais. A pena distanciou-se de sua função social, tornando-se um sinônimo de opressão. Dessa forma, a solução do conflito pelas partes envolvidas é a oportunidade de discussão sem o posicionamento da instância judicial como detentora e provedora da verdade. A restauração tem de substituir a busca pela verdade. As decisões das instâncias que detém o poder jurisdicional, que mantém ofensor e ofendido distanciados, afasta, da mesma forma, qualquer possibilidade de consenso entre o Estado, a vítima e o ofensor. No viés contrário vem o processo restaurativo trazendo a ênfase no diálogo, destacando as razões e contrarrazões que devem ser consideradas na mediação penal, o que faz

[22] SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.80.
[23] SANTOS, Juarez Cirino. Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.25-26.
[24] SANTOS, Juarez Cirino. Anatomia de uma Criminologia Crítica. Apud: BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.11-12.

resultar em uma transformação do modelo jurídico positivista, que determinou o sinônimo de ordem como a imposição da lei pela aplicação da sanção por meio dos detentores do poder jurisdicional[25].

A apresentação de uma resposta individualizada, baseada no caso concreto e nas posições igualitárias da vítima, do ofendido e da comunidade, representada pelo Estado, objetiva, sumariamente, a restauração daquilo que foi perdido, seja uma perda material ou moral da vítima. Dessa forma, abre-se dentro do processo penal uma possibilidade de diálogo, negociação e resolução dos conflitos, baseados nos princípios do consenso e da resolução alternativa e efetiva do antagonismo, sendo estes princípios protagonistas para a superação do sistema punitivo baseado na aplicação da pena, que encontra-se fragilizado e prestes a declarar falência valendo-se do caos instaurado no atual sistema de punição que está em vigência no Brasil[26].

3 Abolicionismo e Vitimologia

A crise da legitimação do direito situa-se para além dos preceitos componentes de seus postulados científicos, alcançando, no âmbito jurídico-criminal, argumentos que autorizam a sua práxis, visto serem contestadas as finalidades propostas por seu modelo[27].

Aplica-se ao abolicionismo a deslegitimação da pena criminal. As desvantagens trazidas do direito penal estatal têm maior influência na sociedade do que seus benefícios. Segundo Roxin, eles partem da ideia de que por meio de um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual, ou melhor por meio de um combate às causas sociais da delinquência[28].

Nesse viés contempla-se que a deslegitimação do sistema autoriza o movimento abolicionista que, no ensejo das denúncias suscitadas pela criminologia crítica, surgiu como expressão maior de contestação da ideologia punitiva, visando a substituição do sistema penal por modos diferenciados de resolução dos conflitos[29].

Os ideais trazidos pelo abolicionismo pretendem superar as formas punitivas e não apenas a pena de prisão[30]. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos, em uma primeira perspectiva pelo fato de que os delitos não teriam uma realidade ontológica e, de outro vértice, porque o sistema penal não auxiliaria a resolução dos conflitos[31].

---

[25] SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia-intercessões ético-discursivas. Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2895.

[26] SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia-intercessões ético-discursivas. Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2896.

[27] Nesse sentido é a afirmativa de Silvia-Sanchez, ao dispor que "*sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho Penal)*". SILVIA SANCHEZ, Jesús-Maria. Aproximación al derecho penal contemporâneo. Barcelona: JM BOSCH, 1992, p. 16. Apud: OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça: Da ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

[28] ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.3.

[29] OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça: Ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p.44.

[30] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. *In:* Barcelona: Anthropos, 2005, p. 157-218. Apud: PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.39.

[31]LARRAURI, Elena. La Herencia de la criminología Crítica. Madrid: Siglo XXI de España; México D.F.: Siglo XXI Editores, 2000, p.198.

A vitimologia, especialmente o papel da vítima no contexto jurídico-criminal da atualidade passou a ser repensado, uma vez que as considerações iluministas afastaram as formas participativas do ofendido na resolução dos conflitos. Enaltecer a vítima é dar ao processo penal um novo viés, resgatando um elemento na constituição do processo que foi, ao longo dos anos, esquecido. Ademais, a vitimologia traz consigo um maior interesse pela situação concreta, de onde ocorreu o fato e partindo da interação entre as partes, utilizando, para tanto, medidas de prevenção[32], da mesma sorte que é um meio de pensar a alteração do processo penal[33].

A construção do atual modelo punitivo deu-se pela estruturação do pensamento contratualista que atribuiu ao Estado a prerrogativa legítima de instrumentalizar a pacificação social, utilizando-se de seu aparato técnico-burocrático para penalizar aos que fossem de afronta aos preceitos normativos, simbolicamente apaziguando as angústias do sujeito vitimado no caso concreto, ainda que de forma indireta[34].

Nesse sentido, o direito penal acabou por afastar a vítima ao evidenciar apenas a proteção ao bem jurídico, negligenciando o dano causado à vítima e a necessidade de efetiva reparação[35]. A anulação da vítima e de sua capacidade de autorrepresentação, a condicionou a ser um mero objeto, ou um agente passivo sobre o qual recai o delito, afastando do conflito quaisquer que fossem suas pretensões subjetivas, despersonalizando e reduzindo suas individuais ambições em detrimento daquelas pretendidas pela sociedade[36].

A vitimologia trouxe, especialmente, o fracasso do sistema penal em dar assistência à vítima, uma vez que atua apenas no sentido de obrigar a vítima a recorrer ao Estado, por meio do processo penal, que pede a punição do ofensor, sem qualquer outra participação da vítima[37].

Finalmente, é preciso deixar claro que a vitimologia e a justiça restaurativa são movimentos distintos, havendo entre elas pontos de intercessão. A vitimologia inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento[38], uma vez que a justiça restaurativa não está limitada a um movimento restrito às vítimas, mas também com o ofensor e com a comunidade envolvidos no conflito.

---

[32] GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. Principios de Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, 2 ed, p.694. Apud: PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

[33] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

[34] OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.47.

[35] Tal esquecimento fica evidente nas teorias dos fins/missões da pena e do direito penal. Acerca dos fins, missões, ou funções (as denominações são diversas) da pena e do direito penal (HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho penal. Tirant lo Blanch: Valencia, 1989, p. 99 – 167). Apud: PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

[36] A neutralização da vítima decorre do fato de o que âmbito científico reservado *à figura da vítima é asséptico, segregado de notas emocionais e individuais que acabaram por causar uma desigual, discriminada e personificada ação da Justiça, sendo que todas as vítimas são a mesma vítima.* (ORTIZ HERRERA, Silvia. Situación actual de la víctima en la Justicia Penal. Repercusión de las recientes propuestas de modificación del sistema sancionatório. Madrid: Revista de Estudios Penitenciarios, 1999, p. 69. Apud: OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.49).

[37] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.52.

[38] JACCOUD, Myléne. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 165.

4 Justiça Restaurativa como Novo Modelo de Punição

Justiça Restaurativa trata-se de um termo amplo, uma vez que seu conceito encontra-se em fase de desenvolvimento e discussão, especialmente porque, em termos práticos, é uma alternativa ao sistema punitivo bastante recente, não havendo uma construção ideológica linear para definir em termos fechados o significado de Justiça Restaurativa.

Nesse diapasão, Azevedo, indica forma ampla e restritiva do conceito de justiça restaurativa, trazendo-a como uma proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre as vítimas, os ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: a) a adequada responsabilização por danos lesivos; b) a assistência material e moral de vítimas; c) a inclusão de ofensores na comunidade; d) o empoderamento das partes; e) a solidariedade; f) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; g) a humanização das relações processuais em conflitos penais; e, h) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente presentes no conflito[39].

Nesse diagrama, faz-se mister remeter à ideia do favor libertatis e de humanização do sistema penal, projeto iniciado no Iluminismo, mas, atualmente, enfraquecido. Não é sem razões cabíveis que a sociedade vive em subsequente sentimento de insegurança, uma fobia social que clama ao direito penal resultados positivos. Mostra-se lógico o norte de traçar metas objetivando alterativas que possam se amoldar à realidade social punitiva. Da mesma sorte que é cogente reorganizar a noção de subsidiariedade (ultima ratio), correspondendo-a como manifestação de interação do direito penal com outros ramos do direito e, especialmente, outras formas de resolução dos conflitos[40].

A participação ativa da vítima na resolução do conflito penal estabelecido, é um provimento relegitimante, que constrói a confiança da coletividade no ordenamento jurídico, trazendo ao direito penal a manutenção dos valores do convívio comunitário, resultando em um modelo consensual ao redor das regras do ordenamento jurídico, atribuindo às decisões penais um papel positivo na solução dos conflitos, sendo desnecessária a punição aflitiva, passando a prática restaurativa a executar um papel não mais retributivo, mas com função reveladora e transformadora da relação entre ofensor e ofendido[41].

Em especial, portanto, pode-se referir que a justiça restaurativa baseia-se em um princípio de redefinição do crime, que deixa de ser concebido como uma violação contra o Estado ou somente como uma transgressão de uma norma jurídica[42]. Assim, destaca-se que a justiça restaurativa não toma como foco central o delito, mas as consequências do delito e as relações sociais que são afetadas com a conduta. Na visão de Justiça Restaurativa tem-se o crime como um ato ou ação, que causa dano a outra pessoa ou à comunidade, reconhecido em uma espectro relacional, ou seja, tanto nas relações interpessoais, quanto nas relações pessoais com as instituições e as normas, formando,

---

[39] AZEVEDO, André Gomma de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma breve apresentação de uma inovação espistemológica na autocomposição penal. IN:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p.135-162.

[40] BORBA, Andrea Zimmermann. Justiça Restaurativa: uma leitura constitucional a partir do garantismo. Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica, Itajaí, 2009. p.40.

[41] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 7-9.

[42] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 7-9.

portanto, um conflito interpessoal e, nessa relação de conflito, o que pretende-se restaurar não são os fatos pretéritos, mas as consequências futuras que aquele delito tomou dentro da relação entre ofensor, ofendido e sociedade, e, diante desta tríade, busca-se uma solução individualizada baseada no caso concreto[43].

Assim, a inclusão da vítima não implica na exigência da exclusão do Estado no âmbito do controle, mas deve-se apenas rever o processo penal para que a vítima desenvolva uma postura ativa[44].

Logo, tem-se que perceber, diante da atualidade estatal: a verificação das necessidades do ofendido, especialmente do sentimento de segurança, que normalmente são perdidas com a ocorrência do delito; a vítima deve expressar a angústia sobre a situação vivenciada, em especial com relação à figura do ofensor; e, finalmente, a justiça restaurativa, especialmente por meio da mediação penal deve preservar a vítima e trazer um canal de comunicação, afim de romper com os estereótipos construídos a cerca do ofensor[45]. Logo, por meio da restauração pretende-se um avanço no processo penal, na medida do equilíbrio das relações sociais, o que objetiva o impedimento à revitimização e, dentro do possível, que o dano seja reparado[46].

5 Relação da Justiça Restaurativa e do Atual Modelo Punitivista Baseado na Pena

A posteriori a demonstração da Justiça Restaurativa de maneira abrangente, tratando especialmente de suas características, passa-se a analisar a relação entre o atual modelo de Justiça Criminal com a Justiça Restaurativa, que nas lições de Pallamolla, ambos são totalmente excludentes e possuem formas absolutamente diferentes de lidar com o delito[47].

Fácil é vislumbrar que o atual modelo de justiça criminal está ponderado na questão da punição, veiculado ao paradigma da justiça retributiva, ou seja, aquele em que a culpa deve ser imputada a alguém, o processo é o meio da justiça e, pelo não cumprimento dos ditames legais, é que se estipula o delito, baseado em um tipo penal e em uma punição expressa. Porém após se estabelecer a culpa dentro do processo penal, as garantias e direitos processuais são largamente negligenciados, especialmente pelo fato de que, a culpa do infrator está baseada no olhar ao passado, na tentativa, por vezes frustrada, de reconstituir os fatos ocorridos em tempo pretérito, para, na busca pela verdade, visualizar se há ou não culpa por parte do infrator e, em havendo esta culpa, a aplicação de uma pena. Dessa maneira, a relação do atual processo penal com a culpa, afasta-se, claramente, da ação delituosa, uma vez, que vislumbra-se apenas o ofensor, sem que haja uma relação íntima entre os acontecimentos que vieram a tornar a atividade de violação aos preceitos legais, daquela vítima ofendida, com seu ofensor[48].

---

[43] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 27 – 32.
[44] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 170.
[45] ZEHR, Howard. Changing Lenses: A new focus for crime and justice. 3 ed. Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005, p.191.
[46] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 177.
[47] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.68.
[48] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.69.

Ainda nesse diapasão, percebe-se que dentro da atual ideia de justiça criminal, o Estado toma o papel da vítima, a exclui do processo penal e é o responsável por gerir as questões veiculadas do delito cometido. Desse modo o que tem-se é um dualismo processual, ou seja, de um lado está o Estado e de outro, o ofensor, sendo a vítima afastada de qualquer relação que exista nessa esfera de discussão penal[49].

Assim, finalmente chega-se a perspectiva restaurativa. Para Scuro Neto, o modelo de justiça restaurativa pretende estabelecer uma correspondência entre sentença judicial e o sentimento de justiça nos implicados no delito, ou seja, vítima e infrator[50]. Para Jaccoud, o Estado na Justiça Restaurativa terá papel de responsabilizador dos envolvidos e os objetivos da restauração estão pautados na satisfação dos principais implicados na infração[51].

Ademais, no curso do pensamento sobre a aplicação prática da justiça restaurativa, há a preocupação sobre sua colocação dentro do sistema penal: se ela poderia estar inserida ao atual modelo, de forma a completa-lo, ou se atuaria de forma isolada, como uma alternativa ao sistema criminal[52].

Ainda, a Justiça Restaurativa está pautada no princípio da alteridade que é responsável pela vedação da incriminação de conduta meramente subjetiva, ou que não ofenda qualquer bem jurídico, dessa sorte, Giamberardino traz a alteridade baseada no fato de que a responsabilização pelo dano causado apenas se faz possível dentro de uma estrutura prática que evite conscientemente a ativação dos mecanismos de desumanização recíproca entre responsável ou acusado pelo ato e os sujeitos vitimizados[53].

Dessa maneira, a interação social é ponto essencial ao encontro face a face entre autor e vítima, pelo fato de que não há abstração ou padrão de hostilidade que resista à subjetividade do encontro entre as partes[54], o encontro entre vítima e ofensor, existindo ou não anonimato na ocorrência do delito, representa uma tentativa para evitar esquemas tipificados de um em relação ao outro, como disserta Giamberardino, tipificações tais quais 'monstro agressor' ou a 'vítima coisificada', que sejam capazes de sustentar padrões de hostilidade fundados em abstrações[55].

---

[49] ZEHR, Howard. Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 174-175.

[50] SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa 'real' e 'possível'. *In:* Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004, p. 36.

[51] JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 168.

[52] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.78.

[53] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.112.

[54] BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade. *In:* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.113.

[55] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.114.

6 Críticas à Implementação da Justiça Restaurativa: A Falta de Legitimidade do Sistema Penal

A utilização de práticas restaurativas, especialmente àquelas que caminham em conjunto ao sistema de justiça criminal, como "forma de extensão da rede de controle penal e à questão das garantias do ofensor nos processos e resultados restaurativos" devem ser visualizados de maneira cautelosa, para evitar que, assim como o atual modelo de aplicação de pena no sistema punitivo, a justiça restaurativa, torne-se um outro modelo falido, sem um dinamismo e um resultado satisfatório[56].

A crise da legitimidade penal é um dos aspectos principais à aplicação da Justiça Restaurativa e, tanto é real, que repete-se em diversos países, que vão buscar novas abordagens do conflito, bem como as reivindicações das vítimas[57].

Ao olhar para a realidade brasileira, pode-se dizer que dentre os fatores sociológicos, a crise da legitimidade penal é o principal fator, conjuntamente à crise das modalidades de regulação social, que manifesta-se pela falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário, ao fracasso das políticas públicas de contenção da violência, ao esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime, déficits de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais, entre outros fatores[58].

O modelo de Estado pautado na democracia que traz consigo a liberdade e a igualdade para todos, denominado de Estado Social, gera grandes riscos à sociedade, uma vez que é imposto para o Estado o dever de gerar segurança para todos os integrantes da sociedade[59].

Desta sorte, válidas são as lições trazidas por ANDRADE que enunciam que olhar para os resultados da criminalização, da mesma sorte que olhar para as agências de controle de criminalizam e para seus destinatários, bem como, olhar para as ações e decisões dos controladores e do destino dos controlados, permite que seja observada própria ação de retorno da dogmática penal. Logo, há uma declarada ambiguidade entre as promessas declaradas de garantismo e exigências latentes de regulação social, que pode ser encontrada facilmente na prisão[60].

Desta maneira, países periféricos, como o Brasil, cedem ao Estado Social o Estado Penal que apresenta uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade[61].

Logo, o que percebe-se é que o sistema penal apenas será legítimo quando detiver discurso racional e sua atuação estiver de acordo pleno com este discurso jurídico-penal, não sendo mera utopia. Desta maneira, o sistema penal será legítimo se seu discurso for racional e sua atuação estiver de acordo com este discurso de racionalidade[62].

---

[56] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.132.

[57] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.132.

[58] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e degestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 30.

[59] OST, François. O tempo do direito. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 317.

[60] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. Revista Sequencia, nº 57, p.257, dez. 2008.

[61] BITENCOURT, Cesar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 11, p. 118, 2006.

[62] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.135.

Neste sentido, as decisões e as interpretações penais estariam vinculadas às decisões judiciais penais e às punições que delas derivam à legalidade e à conduta do imputado, objetivamente considerada em relação ao fato-crime por ele cometido, e não, subjetivamente, em relação à sua pessoa, exorcizando por essa via a submissão do imputado à arbitrariedade judicial[63].

Logo, no âmbito penal a estagnação do sistema de justiça e a inadequação do tratamento dispensados ao conflito fazem com que o sistema perca legitimidade. Schuch[64], neste sentido, indica:

A violência social é tomada como um sintoma e expressão de relações não harmônicas e, sobretudo, desintegradas. O perigo da anomia, da não existência de valores que fundamentem uma existência social comum, é chave para instaurar a procura de novas práticas que substituam o modelo conflitivo. (...) Do risco, ou seja, do diagnóstico de uma violência constante e difusa, viria a necessidade de uma restauração de laços, de relacionamentos.

Desta maneira, o real aumento da violência, o desrespeito aos direitos civis e a incapacidade do sistema de justiça criminal para administrar os conflitos sociais, fazem com que a doutrina tente desenvolver alternativas capazes de reduzir a violência e os danos causados pelo sistema criminal. Assim, o projeto de Justiça Restaurativa vincula-se ao processo de reformulação judicial que está se desenvolvendo no Brasil, para que se enfatizem as estruturas judiciais ao contexto da democracia[65].

A Justiça Restaurativa passa a ser uma alternativa para "qualificar a administração da justiça, contribuir para o incremento da democracia e, por conseguinte, tornar a justiça mais democrática, pois funciona por meio da sociedade civil, mas nunca é independente do Estado"[66]. Oxhorn e Slakmon[67], indicam ainda que em locais onde a democracia é altamente desigual, como o que ocorre no Brasil, o sistema de justiça tende a refletir e perpetuar as desigualdades sócio-econômicas existentes. O projeto de Justiça Restaurativa, portanto, deve ser inserido no ideal da redução das desigualdades perpetuadas e reproduzidas pelo sistema de justiça criminal, na medida em que se objetive maior democratização e acessibilidade às pessoas menos favorecidas no contexto social e econômico[68].

7 Considerações Finais

No momento em que a criminologia, especialmente por meio da reação social, ganha foco, movimentos alternativos recebem ênfase, como o abolicionismo, que desempenha importante papel

---

[63] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. Revista Sequencia, nº 57, p.253, dez. 2008.

[64] SCHUCH, Patrice. Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da "Justiça Restaurativa" no Brasil. 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.

[65] SCHUCH, Patrice. Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da "Justiça Restaurativa" no Brasil. 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.

[66] OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 188.

[67] OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 196.

[68] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.139.

no desenvolvimento do movimento restaurativo. A vitimologia também exerce papel sumariamente importante na construção das bases da justiça restaurativa.

Ao longo das análises, o que percebe-se é que a Justiça Restaurativa não tem conceito fechado e nem quaisquer pontos absolutamente impositivos quanto a sua aplicabilidade. O que busca-se especialmente com ela é mediação penal, com a utilização, especial, de círculos restaurativos, em que a vítima encontra-se com seu ofensor e a partir desse momento, com a ajuda de um mediador, as partes realizam um acordo que substitui o processo penal tradicional.

Não pode-se dizer que Justiça Restaurativa não é uma forma de punição, pois ela, sem dúvidas, representa uma forma de se punir, porém por meio de um modelo diferente, quando não há pena, mas um acordo entre as partes, que deve ser cumprido e, após seu cumprimento, havendo trânsito em julgado da divergência penal.

Logo, a responsabilização do ofensor é o critério absoluto da restauração, não há previsão de punir ou mesmo de impor a confissão sobre o delito, mas fazer com que o ofensor compreenda a amplitude do ato que cometeu e indicar os caminhos para o reconhecimento da austeridade do delito dentro das relações da vítima e da comunidade e, desta forma, fazer com o que haja a reparação do dano.

Solene é a apresentação de que o ofensor não pode optar por não responder sobre o dano causado. Existe esta necessidade, pelo fato de que, deverá haver uma linha tênue que separe a punição por meio da pena e da utilização dos meios restaurativos, afim de evitar que exista o bis in idem.

A regulamentação da justiça restaurativa dentro da justiça criminal é essencial, para que não haja confusão, inaplicabilidade pelos Tribunais ou discricionariedade para seu emprego, uma vez que, ao tratar de uma forma alternativa ao atual sistema de punição, um dos objetivos das práticas restaurativas é justamente a minimização do uso da pena de prisão e, consquentemente, da redução das taxas de criminalidade.

O que deve-se deixar claro é que os olhos devem, dentro das práticas restaurativas, estarem voltados ao controle formal, especialmente para que sejam evitados os usos da justiça restaurativa apenas para os crimes de bagatela ou casos que não possuam o mínimo suporte probatório sobre autoria e materialidade delitivas, que sejam capazes de reduzir a discricionariedade na decisão do envio dos casos aos programas de restauração.

Finalmente, o que é válido deixar claro é que acredita-se que o uso da Justiça Restaurativa deve ser cada vez mais ampliado, havendo incentivo institucional e comunitário ao desenvolvimento de projetos que visem a implementação das práticas de restauração. E sendo impossível não citar Pallamolla, quando o tema é justiça restaurativa, sem dúvida a prática tem muito a ensinar à teoria[69], uma vez que é na prática que visualizar-se-á a capacidade de introdução da Justiça Restaurativa no Brasil, abrindo caminhos para a construção de um sistema penal mais justo, humanitário e democrático.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro.* Revista Sequencia, nº 57, p.257, dez. 2008.

[69] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.200.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro.* Revista Sequencia, nº 57, p.253, dez. 2008.

AZEVEDO, André Gomma de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma breve apresentação de uma inovação espistemológica na autocomposição penal. IN:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p.135-162.
BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.25-26.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade. *In:* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo.* Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.113.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 11, p. 118, 2006.
BORBA, Andrea Zimmermann. *Justiça Restaurativa: uma leitura constitucional a partir do garantismo*. Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica, Itajaí, 2009. p.40.
CHRISTIE, Nila. Limits to Pain. 1981, p.35. *Apud:* SILVA, Karina Duarte Rocha da. *Justiça Restaurativa e sua aplicação no Brasil.* Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de bacharel em Direito, Brasília, 2007. Sem publicação. p.13.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de penas.* São Paulo: RT, 1998, p.31.
FONSECA , Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p.133.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p.184.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista.* Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 81, 2014.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista.* Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 82, 2014.

GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. Principios de Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, 2 ed, p.694. *Apud:* PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo.* Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.112.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo.* Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.114.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Gárcia-Pablos. *Criminologia.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho penal. Tirant lo Blanch: Valencia, 1989, p. 99 – 167. *Apud:* PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

JACCOUD, Myléne. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 165.
JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 168.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la criminología Crítica*. Madrid: Siglo XXI de España; México D.F.: Siglo XXI Editores, 2000, p.198.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*: Ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p.44.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.47.
OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 317.

ORTIZ HERRERA, Silvia. Situación actual de la víctima en la Justicia Penal. Repercusión de las recientes propuestas de modificación del sistema sancionatório. Madrid: Revista de Estudios Penitenciarios, 1999, p. 69. *Apud:* OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.49.

OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 188.
OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p.

196.
PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista.* Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. v.6, n.1, p.83, 2014.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46 – 200.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Principios orientadores del constitucionalismo social*. *In:* Barcelona: Anthropos, 2005, p. 157-218. *Apud:* PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.39.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.3.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.80.

SANTOS, Juarez Cirino. Anatomia de uma Criminologia Crítica. *Apud:* BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.* Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.11-12.

SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.* Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.25-26.

SCHUCH, Patrice. *Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da "Justiça Restaurativa" no Brasil.* 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.
SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa 'real' e 'possível'. *In: Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos.* Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004, p. 36.
SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e degestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 30.
SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 7-9.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 27 – 32.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 170.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 177.

SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia-intercessões ético-discursivas.* Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2895.

SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia-intercessões ético-discursivas.* Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2896.
SILVIA SANCHEZ, Jesús-Maria. Aproximación al derecho penal contemporâneo. Barcelona: JM BOSCH, 1992, p. 16. *Apud:* OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*: Da ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *A interpretação penal como reflexo do modelo de Estado. A busca por uma interpretação penal legítima no Estado Democrático de Direito.* Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro.* Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Revan, 2003, p.43.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro:* parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 258.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.* 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p.94-95.

ZEHR, Howard. Changing Lenses: A new focus for crime and justice. 3 ed. Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005, p.191.

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.* São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 174-175.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: COMUNIDADE EM UM MUNDO DE ESTRANHOS

Patricia Manente Melhem,
Mestre em Direito (UFPR); melhem12@hotmail.com.

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo debater a questão da participação da comunidade nas práticas restaurativas, notadamente no que se refere a conflitos criminais. Trata-se de pesquisa de abordagem qualitativa, apresentando-se aqui os resultados de pesquisa exploratória cuja coleta de dados se deu mediante questionários respondidos por facilitadores de práticas restaurativas no âmbito criminal de diversos locais do Brasil. O referencial teórico foi abordado mediante revisão bibliográfica, relacionando ideias principais da denominada Escola de Chicago e do pensamento do sociólogo Zygmunt Bauman às premissas da Justiça Restaurativa. Obteve-se, desde novembro de 2016 até abril de 2017, 17 respostas aos questionários, das quais 13 afirmaram que há participação da comunidade nos círculos e 10 informaram que há responsabilização da própria comunidade após o processo restaurativo. Quanto a o que se entende por comunidade as respostas variam entre familiares, vizinhos e professores a representantes das redes de proteção social. Verifica-se assim a importância do debate acerca da comunidade nas práticas restaurativas bem como o papel fundamental que vem desempenhando nas experiências já existentes em todo o país no sentido de substituir a fragilidade e impessoalidade dos relacionamentos modernos por um paradigma comunitário de justiça.

Palavras-chave: Escola de Chicago. Modernidade Líquida. Justiça Restaurativa. Comunidade.

1 Introdução

Pensar sobre Justiça Restaurativa é pensar sobre alternativas aos modos como a sociedade vem procurando resolver os conflitos que lhes são nota intrínseca. Em geral, predomina a busca pelo Estado para solução dos litígios, verificando-se um grande protagonismo do Poder Judiciário ao mesmo tempo em que a confiança nele é baixa, conforme pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas em 2016. Ao apresentar o relatório da pesquisa mencionada, seus autores assim se referem à percepção sobre o Poder Judiciário:

> A crise no sistema de Justiça não é um fenômeno recente. As pesquisas mostram que, ao menos quanto à eficiência do Judiciário, do ponto de vista do tempo e da burocratização de seus serviços, a sua legitimidade vem sendo questionada desde o início da década de 1980. De lá para cá, e com maior intensidade a partir de 2000, alguns trabalhos levantaram dados sobre as atividades do Judiciário, como o número de processos novos e em andamento a cada ano. [70]

[70] Pesquisa realizada em 2016 pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, divulgada como ICJ Brasil – Índice de Confiança na Justiça demonstrou que apenas 29% dos brasileiros confia no Poder Judiciário. (CUNHA, 2016).

Um dos elementos analisados no levantamento de dados da pesquisa foram as respostas dadas à pergunta que apresentava determinadas situações e questionava se a pessoa levaria tal situação ao Judiciário ou não.[71] Esse subíndice alcançou nota 8,6 (sendo o máximo 10,0), o que revela que apesar da desconfiança as pessoas ainda têm no Judiciário a instância legítima para a solução de seus conflitos.

Diante do referido contexto, faz-se sempre necessário pensar em novas possibilidades para a prevenção e solução de conflitos em nossa sociedade. Soluções que não sejam procuradas apenas porque são as únicas disponíveis e sim porque os cidadãos confiam e sentem-se nelas ouvidos e respeitados, soluções que não sejam meramente formais mas que oportunizem aos envolvidos a possível satisfação com os resultados alcançados. Daí o interesse pela Justiça Restaurativa.

A Justiça Restaurativa é apresentada como um modelo de solução de conflitos voltado à satisfação das necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade. A partir do envolvimento efetivo dos diretamente afetados por um conflito, não apenas representados mas falando em nome próprio, responsabilizando-se pelas causas e consequências dos fatos discutidos, proporciona-se um modelo material de Justiça, em que os participantes a experimentam concretamente como um valor e não apenas como um poder.

Assim, muito tem sido falado sobre a Justiça Restaurativa como um modelo comunitário de justiça, em que a própria comunidade participa dos processos decisórios e posteriormente funciona como espécie de fiscal do cumprimento de tudo o que vem a ser acordado em um processo restaurativo.

É neste ponto que se observa a confluência das propostas restaurativas com as observações feitas há mais de um século pela Escola de Chicago ao analisar o convívio social nas grandes cidades e com as reflexões de Bauman sobre o desfazimento dos laços sociais na modernidade líquida. O envolvimento comunitário propugnado pela Justiça Restaurativa afigura-se como um contraponto à sociedade individualista e competitiva em que em geral convivemos. Uma sociedade em que as pessoas não se conhecem e nem desejam conhecer-se, menos ainda envolver-se nos conflitos uns dos outros. Tal sociedade de estranhos é bem descrita nas pesquisas da Escola de Chicago, bem como também é tratada por Bauman sobre a sensação de solidão mesmo em meio à multidão.

Traz-se aqui então o questionamento acerca da possibilidade das práticas restaurativas desenvolverem o senso comunitário talvez faltante hoje em nossa realidade. Importante pensar sobre quem é a comunidade a que se referem os autores que pensam a Justiça Restaurativa e com que intencionalidade seus representantes vêm participando de círculos ou outros processos restaurativos.

Assim, o presente trabalho inicia-se com um delineamento de algumas das premissas da Escola de Chicago, passando a temas tratados por Zygmunt Bauman notadamente na obra Confiança e Medo na Cidade, chegando então à Justiça Restaurativa como uma possibilidade de resgate de vínculos e da responsabilização comunitária.

Apresenta-se aqui ainda, de forma introdutória, o caminho percorrido para a coleta dos dados comentados no presente trabalho, que são pequena parte da pesquisa de doutorado da autora. Os dados são oriundos de pesquisa realizada mediante a utilização da plataforma Google Forms. O link com o questionário foi enviado em duas etapas, para participantes de grupos relacionados à

[71] Nesse sentido, o ICJBrasil, criado há oito anos, é composto por dois subíndices: (i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, por meio do qual procuramos identificar a atitude da popula-ção, se ela recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos ou não.

Justiça Restaurativa, em todo o Brasil, grupos estes que mantém sua comunicação por meio do aplicativo Whatsapp.

Na primeira etapa, entre julho e novembro de 2016, objetivava-se identificar o âmbito de atuação dos facilitadores, por meio do seguinte questionamento: "Em quais áreas exerce a Justiça Restaurativa?", sendo disponibilizadas como resposta as seguintes opções: "Crime, Violência contra a Mulher, Cível, Família, Infância e Juventude, Execução Penal, Escolas, Empresas, Juizado Especial Criminal e Outros". Identificando-se os sujeitos que assinalaram as respostas que envolviam o âmbito criminal, foi-lhes enviado um segundo questionário, que, de dezembro de 2016 a abril de 2017, havia obtido 17 respostas. Entre outras questões, os sujeitos foram convidados a responder: "Há a participação da comunidade nos círculos?", obtendo-se 13 respostas afirmativas, perguntando-se: "Já houve ocasiões em que a própria comunidade também assumiu responsabilidades diante de um problema criminal, após o processo restaurativo?", 10 informaram que há responsabilização da própria comunidade após o processo restaurativo.

Quanto à indicação de quem são os representantes da comunidade nos processos restaurativos, em pergunta aberta, as respostas variam entre lideranças comunitárias, vizinhos, professores e diretores de escola, família e profissionais dos CRAS e CREAS, também mencionados como redes.

A representatividade da comunidade escolar nas respostas demonstra como as práticas são mais numerosas no que se refere à sócio educação, em casos de adolescentes em conflito com a lei.

A referida pesquisa permanece em andamento.

2 Escola De Chicago: Estranhos Próximos

As ideias da Escola de Chicago nascem na Universidade de mesmo nome, situada na cidade de Chicago que foi o verdadeiro laboratório de seus precursores. Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade (1997, p. 269), apresentam a Escola de Chicago, explicando a centralidade da cidade como objeto de pesquisa, uma vez que o seu crescimento:

> [...] colocou a cidade e os seus modelos de convivência e interacção no centro das preocupações dos teóricos e moralistas dos fins do século XIX e princípios do século XX. Pelas suas dimensões sem precedentes, pela sua heterogeneidade étnica e cultural, pelo anonimato e atomismo da sua interacção, a cidade moderna caracteriza-se pela ruptura dos mecanismos tradicionais de controlo (família, vizinhança, religião, escola) e pela pluralidade, praticamente sem limites, das alternativas de conduta.

Os pesquisadores da Escola de Chicago, a partir de métodos e técnicas de pesquisa das ciências sociais, dedicam-se a estudar o convívio urbano e suas influências nos comportamentos, bem como na criminalidade das grandes cidades. Suas conclusões certamente são fruto do fato da Universidade de Chicago ter sido a primeira universidade estadunidense a ter um departamento de sociologia. É o que afirma Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 140): "A expansão da classe média e trabalhadora, com a vinda de grandes levas de imigrantes e migrantes para as cidades que se transformam em centros industriais dinâmicos, cria um diversificado ambiente intelectual, dentro do qual evoluíram as ciências sociais."

Ao introduzir a obra "The City", de Robert E. Park, Ernest W. Burgess e Roderick D. McKenzie, Morris Janowitz (1984) afirma:

> From the period 1915-1940, the writings of the Chicago school of urban sociology were extensive and their impact was diverse. The key figures had a lasting impact on scholarly research into urban affairs, and raised fundamental issues of social and political policy. Their efforts even spilled over into the humanistic disciplines.

Zaffaroni faz um breve retrospecto das relações entre Criminologia e Sociologia, comentando sobre as origens de ambas e a necessidade de maior contato, demonstrando como Durkheim e Max Weber deram origem à sociologia funcionalista e sistêmica e Tarde e Simmel abriram o caminho do que seria chamado de interacionismo (2013, p. 127). Aborda então o crescimento da Criminologia Sociológica nos Estados Unidos, grande beneficiário da 1ª Guerra Mundial, para onde confluíram imigrantes de diversos países:

> Estados Unidos estaba em la cresta de la ola: le llovían capitales, millones de emigrados europeos, sus ciudades crecían de modo incontenible, el melting pot era más pot que melting, la especulación financiera alcanzaba el nivel de un verdadero orgasmo económico. Todo esto creaba problemas, pero se los encaraba com el optismo propio de quien ganó la loteria. (2013, p. 129).

Era este também o contexto da cidade de Chicago, aonde surgirá então a Teoria Ecológica entre os anos 1920 e 1930.[72]

Vários autores podem ser lembrados neste contexto, destacando-se William I. Thomas (que revolucionou a metodologia da pesquisa usando fontes empíricas como cartas, autobiografias, etc), Robert Park (trazendo conceitos da ecologia) e Ernest Burgess (com a divisão das cidades em zonas concêntricas) (ZAFFARONI, 2013, p. 137). Observam que em áreas de maior desorganização social, a criminalidade seria maior.

Passaremos a abordar brevemente as ideias dos mencionados autores, A Ecologia Criminal, "é o próprio princípio ecológico que, aplicado aos problemas humanos e sociais, postula a sua equacionação na perspectiva do equilíbrio duma comunidade humana com o seu ambiente concreto" (DIAS;ANDRADE, 1997, p. 270). Explica Davi de Paiva Costa Tangerino (2011, p. 115): "ecologia é o estudo dos seres vivos, não como indivíduos, mas como membros de uma complexa rede de organismos conexos', e pode ser dividida em vegetal, animal e, de acordo com os sociólogos de Chicago, humana".

Haveria uma direta relação entre a organização do espaço e a criminalidade, sendo o crime um produto social da vida urbana. Da ecologia os autores buscam os conceitos de simbiose e de invasão, dominação e sucessão. Concluindo que o crime não depende unicamente do indivíduo, mas muito mais do ambiente e grupos a que pertence. Em tal análise do ambiente surge a Teoria das Zonas Concêntricas, que verifica que há diversas cidades dentro da cidade e que busca demonstrar de que forma as cidades geralmente estão organizadas, apontando que haveria uma zona central, por eles denominada loop, ao redor da qual se espalha o restante da cidade em círculos concêntricos, sendo que a criminalidade diminui do centro para as margens.

Uma das críticas opostas à Escola de Chicago é que explicaria apenas a criminalidade das camadas mais pobres da população, pois suas primeiras observações dirigiram-se especificamente

[72] "Como los mayores conflictos producidos por la súbita explosión económica acontecian en las ciudades y en ellas se tenía una general sensación de desorganización, era natural que los investigadores sociales racionales centraran su atención en la sociologia urbana, que fue lo que hizo el Instituto de Sociología de la Universidad de Chicago en primeras décadas del siglo pasado. La ciudad era ideal, pues Chicago había pasado de cuatro mil a tres millones de habitantes en un siglo. (ZAFFARONI, 2013, p. 135).

aos cortiços que se formavam nas zonas mais próximas às áreas comerciais da cidade, considerando a necessidade das pessoas ali residirem para que não precisassem se deslocar de longas distâncias para trabalhar. Seriam os espaços menos agradáveis da cidade, feios, barulhentos, mal cheirosos, desorganizados e que, por tudo isso, eram ocupados de maneira precária, por pessoas que não pretendiam permanecer no local por muito tempo, mas apenas enquanto não tivessem melhores condições para morar em lugar melhor. Assim, os vínculos formados entre os indivíduos também seriam precários, passageiros, não se formando aí os laços de comunidade a que nos referimos no presente trabalho.

Porém, a despeito de realmente tais observações serem aplicáveis a ambientes ocupados por indivíduos de classes economicamente fragilizadas, a mesma "estranheza" nos relacionamentos pode ser observada no convívio urbano também em outros âmbitos. A cidade submete o indivíduo a estímulos, conduzindo à impessoalidade, à liberdade, ao anonimato e ao distanciamento tanto físico quanto emocional. Assim, a cidade rompe os mecanismos tradicionais de controle dos comportamentos, pois "os contatos da cidade podem ser face a face, mas são, não obstante, impessoais, transitórios e segmentários" (WIRTH apud FREITAS, 2002, p. 34). De acordo com os mencionados autores, "a cidade não é somente um amontoado de homens individuais e de convenções sociais decorrentes do agrupamento humano", ela é um estado de espírito (SHECAIRA, 2004, p. 151).

Não se trata de idealizar a vida em cidades menores, no interior, ou considerar o momento atual como sempre pior do que tempos passados, caindo-se em mero saudosismo, mas apenas de constatar que as exigências capitalistas, a sociedade de massas e de riscos em que hoje vivemos, impacta os relacionamentos humanos geral. Exemplo simples é recordar como há algum tempo atrás, quando uma família se ausentava de casa, para uma viagem em férias, era comum avisar os vizinhos para que vigiassem a casa ou até mesmo entregava-se as chaves para eventual emergência. Hoje, prefere-se sair às escondidas para que não se torne notório o fato de que a residência estará desocupada por alguns dias. Inclusive, 87% dos entrevistados na pesquisa mencionada na introdução afirmaram que procurariam o Poder Judiciário para solucionar questões relacionadas à "relação de vizinhança" (CUNHA, 2016).

Trata-se apenas de um possível recorte da realidade, mas é importante conhecer a contribuição dada pela Escola de Chicago considerando que a partir dela, "a explicação do crime passou cada vez mais a buscar-se na divergência entre a cultura dominante (ideologicamente igualitária) e a estrutura sócio-econômica de classes, que reparte desigualmente as oportunidades de acesso" (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 282). Assim, continuam ainda hoje relevantes e passíveis de análise, "continuam a explorar-se as potencialidades da tese central da escola de Chicago sobre o carácter criminógeno da cidade, mas em termos completamente novos, correspondentes às transformações entretanto registradas no processo de urbanização" (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 284).

Há portanto, grande convergência entre as premissas da Escola de Chicago e demais escolas que tratam da sociologia criminal, bem como às reflexões relacionadas à comunidade na modernidade líquida de Bauman.

Retoma-se aqui a pesquisa sobre a confiança no Poder Judiciário, mencionada na introdução do presente trabalho, aduzindo que tal pesquisa apresentou situações aos entrevistados para que dissessem se procurariam o Poder Judiciário ou não e estas referiam-se ao contexto do convívio nas cidades:

> As situações hipotéticas foram construídas com o objetivo de procurar relacionar conflitos nos quais a população das metrópoles urbanas pode se envolver e que podem suscitar processos na Justiça Comum e na Justiça Especial do Trabalho, excluindo-se as questões relativas à área penal, quando as pessoas envolvidas nem sempre têm liberdade de decidir se procuram ou não o Judiciário.(CUNHA, 2016, GRIFO NOSSO)

Interessante destacar a opção pela exclusão dos conflitos criminais na pesquisa e a observação da ausência de liberdade aos envolvidos para procurar, ou não, o Poder Judiciário.

3 Modernidade Líquida e Comunidade

Na obra "Confiança e medo na cidade", observando como se organizam as relações sociais na modernidade, Bauman proocura identificar as razões dos temores da sociedade moderna.

Seu conceito de Modernidade Líquida foi por ele mesmo assim sintetizado:

> Um momento em que a sociabilidade humana experimenta uma transformação sintetizada nos seguintes processos: a metamorfose do cidadão, sujeito de direitos, em indivíduo em busca de afirmação no espaço social; a passagem de estruturas de solidariedade coletiva para as de disputa e competição; o enfraquecimento dos sistemas de proteção estatal às intempéries da vida, gerando um permanente ambiente de incerteza; a colocação da responsabilidade por eventuais fracassos no plano individual; o fim da perspectiva do planejamento a longo prazo; e o divórcio e a iminente apartação total entre poder e política. (OLIVEIRA, 2009)

Na modernidade líquida os seres humanos vivem em relacionamentos transitórios, passageiros, evita-se a criação de vínculos fortes e duradouros. O maior acesso à comunicação e aos transportes permite que cada um escolha aonde e com quem prefere estar e mude de opinião com imensa facilidade, assim que a permanência já não sirva mais a seus interesses. Bauman (2004, p. 26) traz a ideia de "casais semi separados", um símbolo da transitoriedade e desapego modernos:

> CSSs — "casais semi-separados", "revolucionários do relacionamento", que "romperam a sufocante bolha do casal" e "seguem seus próprios caminhos" Sua dança a dois é em tempo parcial. Odeiam a idéia de compartilhar o lar e as atividades domésticas, preferindo manter domicílios, contas bancárias e círculos de amizade separados, e estarem juntos quando estão a fim. Tal como o trabalho ao estilo antigo, hoje dividido numa sucessão de horários flexíveis, tarefas únicas ou projetos de curto prazo, e da mesma forma que a compra ou o aluguel de uma propriedade, que agora tende a ser substituída pela ocupação time-share e pelos pacotes de fim de semana, o casamento ao estilo antigo, "até que a morte nos separe", já desestabilizado pela coabitação "vamos ver como funciona", reconhecidamente temporária, é substituído pelo "ficar juntos", de horário parcial ou flexível.

Conclui-se que essa modernidade líquida se revela nos contatos e relacionamentos humanos e impacta na maneira como as pessoas se organizam em grupos, sozinhas ou em casais. Na obra anteriormente mencionada, o autor trata das transformações dos espaços e convívio urbanos, a partir de fluxos de população e o medo que isso pode gerar. Seu palco é a Europa do século XX, principalmente Milão, mas pode ser estendido a todas as cidades globais. Os autores analisados são os cidadãos e estrangeiros, tocados pela relação de forças entre a globalização e os vínculos locais.

Observa que, apesar de vivermos em cidades cada vez seguras, sentimos cada vez medo (BAUMAN, 2009, p. 9). Dialoga com vários autores que também refletem sobre a sensação de insegurança. Em poucas palavras: as cidades se transformaram em depósitos de problemas causados pela globalização. Os cidadãos e aqueles que foram eleitos como seus representantes estão diante de uma tarefa que não podem nem sonhar em resolver: a tarefa de encontrar soluções locais para contradições globais (BAUMAN, 2009, p. 20).

A modernidade criou indivíduos sem vínculos e por isso amedrontados. Diante do excesso de individualismo, o Estado Social foi uma tentativa de se recuperar uma rede de proteção social, porém, novamente o medo se amplia com a desregulamentação.

> Os medos modernos tiveram início com a redução do controle estatal (a chamada desregulamentação) e suas consequências individualistas, no momento em que o parentesco entre homem e homem - aparentemente eterno, ou pelo menos presente desde tempos imemoriais -, assim como os vínculos amigáveis estabelecidos dentro de uma comunidade ou de uma corporação, foi fragilizado ou até rompido. O modo como a modernidade sólida administrava o medo tendia a substituir os laços "naturais" - irreparavelmente danificados - por outros laços, artificiais, que assumiam a forma de associações, sindicatos e coletivos part-time (quase permanentes, no entanto, pois consolidados pela rotina diariamente partilhada).

Ausentes os vínculos e as proteções que estes lhes trariam, as pessoas buscam "uma válvula de escape para uma ansiedade longamente acumulada" (BAUMAN, 2000, p. 15). Formam-se comunidades passageiras, etéreas, formadas em torno de algum fato que cause mobilização social, medo de um inimigo em comum, mas que se desfaz assim que uma nova notícia passar a chamar mais atenção. São relações instáveis que não se dão no interesse de proteção mútua mas sim na busca do efeito catártico de um ódio coletivo.

Cabe aqui salientar a importância de se refletir sobre o papel da comunidade nas práticas restaurativas para que não experimentem apenas esse tipo de laço provisório apontado pelo autor.

Bauman nos apresenta os conceitos de Mixofobia e Mixofilia, que coexistem não apenas em cada cidade, mas também em cada cidadão. Trata-se claramente de uma coexistência incômoda e muito significativa (2009, p. 25). Trata-se dos dois impulsos existentes no indivíduo e na cidade: o medo do estranho, a aversão a misturar-se e por outro lado a tendência a procurar o diferente, o interesse pela aventura que o outro pode representar, "Talvez assim se viva algo precioso, algo que não se conhecia antes daquele momento. E é possível fazer novos amigos, bons amigos, que estarão conosco pela vida inteira." (2009, p. 49).[73]

4 Justiça Restaurativa: Um Paradigma Comunitário de Justiça

Ao se procurar conceituar Justiça Restaurativa encontramos duas dificuldades principais, primeiramente o fato de se tratar de algo que não é necessariamente novo mas que se encontra permanentemente em construção. Em segundo lugar, todo conceito tentaria aprisionar em simplificações uma realidade extremamente complexa, que abrange desde práticas realizadas em escolas, ambientes de trabalho, associações, entre outros, até rotinas existentes junto ao Poder

[73] É nessa riqueza trazida pelo outro que a contação de histórias nos processos circulares pretende inserir os envolvidos em conflitos, conforme comentaremos a seguir.

Judiciário, abrange desde a promoção de vínculos e diálogo, até a deliberação sobre possíveis compromissos a partir do cometimento de graves crimes.

Então, tem-se preferido afirmar que a Justiça Restaurativa é um modelo de solução de conflitos direcionado a valores e não necessariamente a procedimentos.

Trata-se de algo ainda com ares de novidade no Brasil, apesar de uma expansão cada mais significativa, é um movimento de origem bastante remota e hoje presente em diversos países, procurando atualizar a mentalidade dos profissionais do Direito e de toda a sociedade sobre as formas de resolução de conflitos.

As práticas restaurativas procuram atenuar a sensação de alienação das pessoas dos seus próprios problemas, empoderando-as, dando-lhes oportunidade de participação na construção das consequências jurídicas de seus embates. A principal intenção é efetivamente restaurar as relações humanas por trás dos interesses resistidos, permitir a manutenção do convívio entre as partes e destas com a comunidade, incentivar a confiança nos demais sujeitos e na sua capacidade de admitir responsabilidades e cumprir compromissos. Este é o ponto que mais nos chama atenção aos objetivos do presente trabalho: As práticas restaurativas geram confiança na comunidade.

É necessário estar aberto à uma redefinição de papéis. A justiça retributiva é baseada na ideia de punição, quando o que se verifica na realidade é que nem sempre satisfaz as partes e menos ainda à sociedade, levando-se em conta que o excesso de punição até o presente momento falha cada vez mais em conter a reincidência.

Aduz Alisson Morris:

> Muito embora os valores, processos e práticas da justiça restaurativa já existam há algum tempo, ocorreu, na década de 90, um ressurgimento internacional do interesse sobre o assunto (ver, por exemplo, Zehr 1990; Van Ness e Strong 1997)10, por um lado como uma reação à perceptível ineficiência e alto custo (humano e financeiro) dos procedimentos da justiça convencional e, por outro, como uma reação ao fracasso desses sistemas convencionais em responsabilizar expressiva ou significativamente os infratores ou em atingir adequadamente as necessidades e interesses das vítimas (2005, p. 440).

Ocorre então o interesse por este "novo" modelo para solução de conflitos. Daniel Achutti (2014, p. 33) descreve esta procura por alternativas:

> Nos últimos anos têm surgido, em diversos países, um conjunto de procedimentos judiciais ou extrajudiciais de resolução ou administração de conflitos que se utilizam de mecanismos como a negociação, conciliação, mediação e/ou arbitragem, inclusive no âmbito criminal. Na base da escala encontra-se a autorregulação e a autocomposição de litígios, como ou sem recurso a uma terceira parte com o papel de conselheiro ou informador sobre os direitos das partes. Segue-se a conciliação, depois a mediação e por último um conjunto de processos particulares de arbitragem e formas híbridas que se aproximam dos modos jurisdicionais de resolução de conflitos.

É necessário ver o crime não apenas como uma ofensa ao Estado, mas antes dele à vítima e à comunidade e é por isso que a participação da comunidade se mostra cada vez mais relevante para se verificar o quão restaurativa é uma prática.

A Resolução 2012/02 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas procura esclarecer a terminologia em torno das práticas restaurativas, pontuando que:

> 1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos
> 2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles).

Em 2007, quando da realização de Audiência Pública para discutir a Justiça Restaurativa no Brasil, a apresentação dos anais do evento assim afirmava:

> Assim, a proposta de uma Justiça Restaurativa que desafogue o Poder Judiciário e ao mesmo tempo permita uma participação real e efetiva da sociedade na mediação de delitos entre vítimas e transgressores pode ser uma das alternativas factíveis para o abrandamento do estado de violência por que passa a sociedade brasileira. (BRASIL, 2007 GRIFO NOSSO).

O destaque dado à participação da comunidade se dá tendo em conta que está é quem de fato está próxima às pessoas envolvidas no conflito. Melhor do que ninguém, os membros de uma comunidade aonde tenha ocorrido um conflito poderão opinar sobre ele e terão condições de observar se os compromissos assumidos no processo restaurativo estão sendo cumpridos, exercendo tal fiscalização de forma natural, na continuidade do convívio com os envolvidos.

A afirmação acima já demonstra a adesão a uma concepção de comunidade representada por pessoas próximas às pessoas em conflito, vizinhos, amigos, familiares, colegas de trabalho. A pesquisa realizada pela autora, que será adiante melhor explicitada, demonstrou que vem sendo esta também a concepção adotada pela maior parte dos facilitadores de práticas restaurativas em face do cometimento de crimes.

Há também a possibilidade de se entender que a comunidade possa ser representada ao se incluir pessoas que façam parte das redes de proteção social, assistentes sociais, psicólogos e outros profissionais atuantes nos Centro de Referência de Assistência Social e outros órgãos públicos (por exemplo na área de serviços de saúde), que possam acompanhar o diálogo e eventualmente encaminhar os participantes para outros serviços que se façam necessários, admitindo-se que há vários conflitos que não serão plenamente sanados pela participação em um círculo mas que precisarão de uma assistência integral às partes, muitas vezes sendo encaminhadas a outras políticas públicas a serem desenvolvidas pelo Estado. Também foi o que se observou na pesquisa junto aos facilitadores.

Certamente a participação em um círculo ou outra prática restaurativa não é fórmula mágica para o estabelecimento de perenes laços comunitários. John Braithwaite, ao comentar a realização de “peace forums”, na África do Sul, os observa como um ápice da contínua participação da comunidade, o que os permitiu mover-se de uma “community of care” para uma “community of life” (BRAITHWAITE;STRANG, 2001, p. 3). Porém, mesmo que não se atinja este ponto, não se pode negar que ainda assim os resultados são muito mais positivos no sentido de empoderamento e responsabilização comunitária do que o que ocorre no paradigma retributivo. Ainda que não permaneça um sentimento de comunidade entre os participantes, após as práticas, ao menos a solução foi comunitária. Além disso, a participação no processo oferece a todos o acesso a um novo repertório para o diálogo, discussões, confronto entre discordâncias, que pode, ainda que aos poucos, espraiar-se para a sua conduta em geral, dentro e fora de um círculo restaurativo.

Os processos circulares, de acordo com o modelo ensinado por Kay Pranis e seguido em diversas das experiências brasileiras, traz a transformação a partir da simplicidade, a simplicidade da possibilidade de falar e ser ouvido, a simplicidade da abertura ao conhecimento do outro e a consequente identificação com ele. É o contraponto à triste reflexão de Bauman: "Quando a solidariedade é substituída pela competição, os indivíduos se
sentem abandonados a si mesmos, entregues a seus próprios recursos – escassos e claramente inadequados." (BAUMAN, 2009, p. 13). A efetiva participação da comunidade em um círculo afirma às pessoas envolvidas: não importa o que aconteceu, ainda temos algo em comum. "Quando os participantes contam suas histórias, descobrem que são parecidos em aspectos inesperados" (PRANIS, 2010, p. 59).

Notadamente no que se refere a conflitos criminais, vê-se a participação da comunidade como uma forma de sinalizar ao indivíduo que causou o dano que ele continua, apesar disso, sendo parte da comunidade, que ainda há interesse em ouvir sua história e em permitir que proponha e assuma medidas necessárias para que juntos procure-se minimizar a dor causada e sofria. Tal oportunidade é verdadeira revolução em uma sociedade em que

> Assim como aqueles que são excluídos do trabalho, os criminosos (ou seja, os que estão destinados à prisão, já estão presos, vigiados pela polícia ou simplesmente fichados) deixaram de ser vistos como excluídos provisoriamente da normalidade da vida social. Não são mais encarados como pessoas que seriam "reeducadas", "reabilitadas" e "restituídas à comunidade" na primeira ocasião, mas vêem-se definitivamente afastadas para as margens, inaptas para serem "socialmente recicladas": indivíduos que precisam ser impedidos de criar problemas e mantidos a distância da comunidade respeitosa das leis. (BAUMAN, 2009, p. 15).

Kay Pranis, grande defensora das práticas circulares com a participação da comunidade, traz a fala de um participante de um círculo que afirmou: "Estamos todos famintos de comunidade. É um lugar maravilhoso para ir e dizer algo sabendo que você vai ser ouvido. Esta é uma alternativa a simplesmente dividir as pessoas entre nós e eles" (PRANIS, 2010, p. 81).

Observe-se que não é a presença da comunidade que dá o caráter restaurativo à prática e sim o respeito aos valores restaurativos. A sensibilidade para se perceber quais casos podem ser encaminhados para práticas restaurativas é fundamental, assim como é necessário ter cuidado para detectar em que situações pode não ser adequado ter a participação de membros da comunidade: "For matters that involve delicacy and intimacy – such as sexual abuse of one child by another – the value of privacy may be of more profound significance than openness of a restorative process to all community stakeholders" (BRAITHWAITE; STRANG, 2001, p. 2).

É necessário que os participantes percebam que foram chamados a participar porque continuam sendo importantes para a comunidade, contrariamente do que ocorre na justiça retributiva em que só se demonstra o quão dispensáveis os autores de atos desviantes são.

Voltando-se novamente aos resultados da pesquisa preliminar realizada pela autora, é relevante notar que nenhum dos facilitadores que respondeu ao questionário indicou a si mesmo como representante da comunidade, talvez ainda remanescendo muito do modelo tradicional de justiça, havendo ainda por parte dos facilitadores uma postura de separação em relação às pessoas participantes dos círculos ou outras práticas por eles conduzidos. Nesse sentido, muito relevante o alerta de Fernanda Rosenblatt (2014, p. 54):

> A ideia de que membros leigos da comunidade têm mais "conhecimento local" também pressupõe que os programas restaurativos serão capazes de recrutar um grupo de voluntários leigos verdadeiramente representativos da comunidade na qual o crime ocorreu. Entretanto, na prática, esses membros leigos podem representar uma seção muito limitada da população que vive naquela comunidade, e, portanto, podem ter pouquíssimo em comum com o infrator e/ou a vítima (Walgrave, 2012). Por exemplo, principalmente quando se tratam de leigos voluntários, a tendência tem sido o recrutamento de membros comunitários oriundos da classe média (e, em sua maioria, brancos), porque esses podem dispor do seu tempo (para a realização de trabalhos voluntários) sem maiores prejuízos financeiros (Crawford e Newburn, 2003) – enquanto que o sistema de justiça criminal, seletivo como é, comumente trabalha com uma clientela oriunda das camadas mais pobres da população. Com efeito, até mesmo diante das políticas de diversidade de contratação, os profissionais podem ter mais em comum com o infrator e/ou com a vítima, ou podem estar mais aptos a "falar a mesma língua" das partes, do que membros leigos da comunidade

É de se compreender que assim seja no que se refere a conflitos criminais, em que o protagonismo do Estado é ainda mais destacado, identificando-se então os facilitadores, ainda que voluntários, como mais a serviço do Estado do que da comunidade, o que pouco contribui para o empoderamento de todos os envolvidos. Essa é uma hipótese que surge da presente reflexão e que posteriormente pode vir a ser melhor explorada em novas pesquisas.

4.1 Da Participação da Comunidade na Construção da Legislação Relacionada à Justiça Restaurativa

Em se tratando da defesa e implementação efetiva de um novo modelo de solução de conflitos que contemple de fato a participação e responsabilização da comunidade em suas práticas e resultados, faz-se relevante apontar a necessidade da participação da comunidade também nos debates e processo legislativo que venha a resultar no tratamento legal do tema.

Considerando a tradição jurídica brasileira bem como a formação dos profissionais do Direito, não raras vezes ao se tratar de Justiça Restaurativa algumas das primeiras questões levantadas são: em que lei isto está previsto? O que ocorreria com os prazos prescricionais? E a obrigatoriedade da ação penal?

Se é assim, se não for possível escapar de se dar uma resposta legislativa aos anseios por organização da Justiça Restaurativa, a construção desta resposta deve ser também comunitária. Uma justiça comunitária só se efetivará por meio de uma legislação também comunitária. Relevante a ponderação sobre um direito penal democrática, trazida por Antony Duff (2015, p. 30):

> Un derecho penal democrático no es algo que "ellos" (un soberano, una élite gobernante) nos inpongam a "nosotros" como sus súbditos, ni algo que "nosotros" les inpongamos a "ellos": es un derecho que nos inponemos a nosotros mismos y unos a otros, como miembros em pie de igualdad del sistema político.

Observa-se o protagonismo do Poder Judiciário no início e expansão das práticas restaurativas em todo o país. Porém, atualmente já se vê iniciativas das mais diversas em escolas, associações, entidades policiais, instituições de saúde, entre outros. Assim, dada a importância da palavra e da escuta em qualquer prática restaurativa, também estes setores da comunidade devem

ser ouvidos. Facilitadores e pessoas que já participaram de processos circulares, profissionais externos ao âmbito do Direito devem ser ouvidos, principalmente aqueles que atuam na prática aplicando as mais variadas técnicas restaurativas, assim como na capacitação de facilitadores e instrutores.

A própria resolução 225 do Conselho Nacional de Justiça valoriza este aspecto comunitário ao justificar a resolução:

> Considerando que, diante da complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados não só os aspectos relacionais individuais, mas também, os comunitários, institucionais e sociais que contribuem para o seu surgimento, estabelecendo-se fluxos e procedimentos que cuidem dessas dimensões e promovam mudanças de paradigmas, bem como, provendo-se espaços apropriados e adequados; (CNJ, 2016, GRIFO NOSSO).

Recentemente o Deputado Paulo Teixeira, relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei 8045 de 2010, do Senado Federal, que trata do Código de Processo Penal, apresentou requerimento de realização de seminário para apresentação dos trabalhos de reuniões técnicas relacionadas ao tema e sugeriu uma lista de convidados envolvendo advogados, professores, juízes promotores, defensor público, entre outros. Trata-se de iniciativa importante de incorporação dos anseios sociais no debate sobre a lei, porém, tal debate não deve ser restrito a profissionais da área do Direito.

5 Considerações Finais

Defende-se aqui que a abordagem comunitária da Justiça Restaurativa deve ser radical e deve existir em todos os âmbitos em que ela é trabalhada, seja em debates acadêmicos, na prática dos processos circulares, na assunção de responsabilidades após os círculos, assim como na discussão sobre eventual legislação sobre o tema.

É relevante destacar a importância da participação da comunidade em todos os debates sobre a possível inclusão das práticas restaurativas no ordenamento jurídico brasileiro. Tal debate não pode ficar reservado a membros do Poder Judiciário ou ao interesse acadêmico. Facilitadores que diariamente experimentam a realidade da Justiça Restaurativa, com suas dificuldades e potencialidades, devem ser ouvidos na construção deste novo paradigma de justiça.

A participação da comunidade não deve se dar no sentido apenas de promoção da vergonha ou constrangimento dos envolvidos, ou para facilitar a fiscalização do cumprimento de acordos assumidos, mas principalmente com a intenção de co-responsabilidade tanto pelos danos causados como pelas medidas a serem tomadas para a reparação dos danos e dos fatores que desencadearam estes danos. Tal participação deve contribuir para o fortalecimento de vínculos entre toda a comunidade e entre esta e os envolvidos em eventual conflito.

Não raras vezes quando diante de críticas às práticas restaurativas, os seus próprios entusiastas a defendem afirmando que encarar a vítima face a face ou sua família e comunidade, perante a comunidade também do autor do fato, é muito mais constrangedor do que meramente comparecer a uma audiência conduzida por juízes ou promotores desconhecidos. Outra vez apelamos à dor, ao constrangimento, à aflitividade para justificar nossas práticas. Outra vez

desejamos que o autor de um ato desviante sofra. Temos ali a presença da comunidade, mas temos sentimento de comunidade?

Ainda, verifica-se que quanto maior a participação da comunidade, dentro e fora de um círculo, assumindo responsabilidades a partir das práticas restaurativas, mais verdadeiramente restaurativa foi a prática e maior o seu potencial de "contaminação" de senso comunitário aos participantes diretos e indiretos.

A comunidade que se pretende construir com valores restaurativos é e será sempre também uma comunidade aberta. O reforço dos laços entre seus membros não importa em considerar-se diferentes ou melhores do que outros grupos. Se os laços entre si servirem para excluir o outro já não estamos mais falando sobre comunidades restaurativas.

A Justiça Restaurativa tem potencial para promover a reaproximação entre pessoas entre pessoas que talvez pensassem ser próximas mas nada soubessem umas das outras. É o que se vê quando da realização de círculos de diálogo ou fortalecimento de vínculos. Em se tratando de conflitos criminais, nem sempre há laços para serem restaurados entre os envolvidos entre si, mas talvez entre eles e a comunidade, que lhes mostrará, talvez pela primeira vez, a possibilidade de ser atentamente ouvido e respeitado.

Por fim, conclui-se citando-se novamente Bauman: "A enorme tarefa que temos diante de nós, gostemos ou não, e que há de marcar nossa vida inteira: a tarefa de tornar humana a comunidade dos homens" (BAUMAN, 2009, p. 51).

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Modelos contemporâneos de justiça criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. *Pensar a justiça restaurativa no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

CNJ. *Resolução 225.* 2016. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CUNHA, Luciana C. (e outros). *Relatório ICJ Brasil – 1º semestre de 2016*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17204>. Acesso em: 21 abr 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

_____, Zygmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather. *Restorative justice and civil society*. Nova York: Cambridge University Press, 2001.

BURGESS, Ernest W.; PARK, Robert E.; MCKENZIE, Roderick D. *The city*: sugestions for investigation of human bahavior in the urban enviroment. Chicago: University of Chicago Press, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

DUFF, Antony. *Sobre el castigo*: por uma justicia penal que hable la lenguaje de la comunidade. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

JUSTIÇA 21. *Resolução 2002/12 da ONU* - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL. Disponível em: http://justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.U_JNjxt0zDc. Acesso em 2 /08/2014.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa.in: Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD), 2005.

OLIVEIRA, Denis de. *A utopia possível na sociedade líquida*. Entrevista com Zygmunt Bauman. São Paulo: Revista Cult. nº 138, Ano 12, ago/2009.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROSENBLATT, Fernanda. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 43-61, jan.-jun. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia e os problemas da atualidade.* São Paulo: Atlas, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La cuestion criminal*. 5 ed. Buenos Aires: Planeta, 2013.

JUSTIÇA RESTAURATIVA APLICADA AOS CRIMES PATRIMONIAIS-UMA TERCEIRA VIA PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda[74]

Resumo:

Nos tempos atuais, é notória a percepção de que o sistema penal não vem tendo eficácia enquanto sistema de controle social para punir delitos. Nesse sentido, é necessário a aplicação de novas formas de resolução do conflito como uma terceira via para soluções de casos na esfera penal. Nesse contexto, surge a Justiça Restaurativa como instrumento alternativo utilizado como política criminal, significando um novo modelo de justiça criminal no qual vítima, ofensor e muitas vezes, a comunidade são protagonistas para restaurarem as relações que foram quebradas em razão do delito. Nesse sentido, o Direito Penal assume um aspecto de *ultima ratio*, já que a intervenção do Estado deve ser mínima, deixando para os verdadeiros " donos do conflito", assumirem a responsabilidade por suas ações, refletindo sobre as consequências desencadeadas por estes atos, utilizando-se, para isso, novos conceitos e novos procedimentos para encontrarem a pacificação das relações. O objetivo da nossa pesquisa é demonstrar a possibilidade da aplicação das práticas restaurativas aos casos de crimes patrimoniais, funcionando como uma forma de abolicionismo penal, *à priori* na fase pré-processual.

Palavras-Chave: Sistema penal. Resolução do conflito.Terceira via. Justiça Restaurativa.

Abstract:

Nowadays, the perception that the penal system is not effective as a system of social control to punish crimes is notorious. In this sense, new forms of conflict resolution represents as a third way to solve cases in the criminal sphere. In this context, Restorative Justice appears as an alternative instrument used as a criminal policy, meaning a new model of criminal justice in which victim, offender and often the community are protagonists to restore relationships that have been broken due to crime. In this sense, criminal law assumes a ultima ratio aspect, since state intervention must be minimal, leaving the true "owners of the conflict" to take responsibility for their actions, reflecting on the consequences triggered by these acts, using For this, new concepts and new procedures to find the pacification of the relations. The objective of our research is to demonstrate the possibility of applying restorative practices to cases of property crimes, functioning as a form of penal abolitionism, a priori in the pre-procedural phase.

Keywords: Criminal system. Resolution of the conflict. Third way. Restorative Justice.

[74] Defensora Pública Titular da Vara de Execuções Penas e Medidas Alternativas do Estado da Bahia. Mestre em Direito (UFPE). Aluna do Doutorado em Direito pela UBA.Especialista Internacional em Segurança Pública pela Universidade do Estado da Bahia em convênio com a Università Degli Studi di Padova (2013-2014). Pesquisadora UNEB/CNPQ. E-mail: andreatourinho@gmail.com.

1 Introdução:

A ideia de que o positivismo jurídico é o único fundamento para ser utilizado como principal instrumento de aplicação do Juiz, já está ultrapassado nos dias atuais. É certo que o juiz não pode se afastar da lei para realizar a sua prestação jurisdicional, mas não podemos esquecer que alguns mecanismos já estão sendo utilizados para resolver questões que exigem um conhecimento mais multidisciplinar em *se fazer direito.*

Nas últimas décadas, no que concerne aos conflitos de ordem penal, assistiu-se a um grande aumento da criminalidade em grande parte dos países da América Latina, evidenciando-se a incapacidade estatal de chegar à solução efetiva destes impasses sociais apenas através do rigor excessivo da aplicação da lei penal. Ao contrário, o que se viu nos últimos tempos, foi a enorme segregação dos indivíduos na inserção ao sistema prisional, ao cárcere, e no endurecimento das leis, que nada resolveram para a diminuição da criminalidade.

Desta forma, constata-se a incapacidade das instituições estatais em atender as necessidades da população, cada vez mais descrente do poder estatal, enquanto detentor do *jus puniendi,* haja vista o elevado índice de criminalidade, deixando o poder estatal enfraquecido pela falta de confiança do povo nas instituições, que teve como consequência a crise de legitimidade.

Diante de tal quadro, é patente a constatação da necessidade de ruptura com o sistema punitivo arcaico, abrindo oportunidade para uma nova forma de combate ao crime, com reformas substanciais na legislação, de modo a ser buscar maior eficiência na resposta aos conflitos sociais.[75] Nesse diapasão, a Justiça Restaurativa se apresentou como um modelo alternativo renovador, demonstrando que é possível solucionar conflitos através da pacificação social, de modo a se adquirir novamente a confiança nos mecanismos estatais, com o consequente fortalecimento das estruturas democráticas. É possível definir quatro categorias de reformas melhorias nos sistemas de defesa pública, tais como: assistência judicial e programas de informação e apoio, resolução alternativa de conflitos – RAC, estruturas de justiça paralela, como alternativas ao sistema penal.

A resolução alternativa de conflitos busca diminuir o volume de processos no sistema judicial, dando soluções mais rápidas e mais eficazes, significando uma possibilidade de aplicação, a crimes patrimoniais, podendo contribuir para o desencarceramento em massa, desde que sejam acompanhados de políticas públicas, antes da formação da ação penal. Tal é a importância desta nova forma de resolução, que a Organização dos Estados Americanos já discutiu tal sistemática e apoiou o início das experiências.

Da análise da relação do Estado face ao delito, sobretudo na formação da culpa e consequente formação da ação penal, percebe-se que, a atividade jurisdicional apenas se preocupa em apontar uma solução para o infrator, dando uma resposta à sociedade, de modo que esta não descambe no terreno da vingança privada. A função da pena, nessa situação, só pode ser compreendida sob o ponto de vista retributivo, deixando a vítima no completo esquecimento, denominado no que se chama de *processo de neutralização da vítima*.

Nesse entendimento, o Estado delimita suas funções na lógica estratégica linear, a partir da materialidade do delito e na busca da "verdade objetiva", interessando-se muito mais pelo delito e

[75] Cf. PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org.). Justiça Restaurativa. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005, p. 250.

pela chamada segurança social – que muitos juízes afirmam se direcionar –, em vez de se preocuparem com os atores do drama penal, qual sejam vítima e infrator.[76]

Com o paradigma restaurativo, através da técnica de mediação penal, se busca encontrar um ponto de equilíbrio entre o delito, a vítima e a sociedade, para, refletindo que, muitas vezes, é preferível – e mais importante –restabelecer as relações entre os envolvidos no conflito a recorrer à pena como única solução para o problema. Nas palavras de Nils Christie, o Estado que por muito tempo foi considerado um " ladrão de conflitos", na perspectiva restaurativa, passa para a devolução às partes de um litígio que somente a elas pertence.[77]

2 A Mediação Penal: Quando o Consenso Integra o Procedimento Criminal.

Em razão das mudanças ocorridas nas últimas décadas, surgiram mecanismos não punitivos ou informais de controle social. Dentre esses mecanismos informais, a mediação penal apareceu como uma opção para solucionar conflitos na esfera penal, fazendo parte da técnica de justiça restaurativa, mormente nas práticas restaurativas, muitas vezes informais.

A mediação penal, assim, surgiu como um mecanismo implantado com êxito em vários países europeus, e em alguns países da América Latina, os quais se firmaram por aproximar vítima, ofensor e a sociedade, e incentivaram que estes participassem do conflito e encontrassem soluções, por si só, com ajuda de um terceiro imparcial, sem necessidade, no entanto, de que seus direitos fossem protegidos por órgãos estranhos à sua vontade.

É certo que em alguns países da América Latina – a exemplo de Brasil e Argentina, propulsores do chamado *realismo jurídico-penal periférico* –, a função de controle social, emanada pelo Estado, provocou mais violência do que prevenção de delito. O sistema penal vigente é fruto desse descompasso histórico, iniciado desde a escravidão.

Foi nessa vertente que histórica, exercida por proprietários de terras, penas de morte privadas, assassinatos de dissidentes, repressões em massa, recrutamento forçado de negros e mestiços, diversas arbitrariedades expressadas através de torturas, prisões sem processo, corrupção desenfreada, entre outras atrocidades, culminando na formação de uma *cultura prisional* como solução e seleção das classes desprivilegiadas.[78]

Fatores sociais preponderante deram início a esse "descontrole" punitivo, recaindo sobre a população em condições de extrema pobreza, com um sistema de justiça criminal desigual, o que converteu o direito penal em um instrumento a favor das classes dominantes.

No caso de Brasil e Argentina, na década de 1980, o processo de abertura política influenciou também as mudanças dentro do sistema penal, essenciais para a sua reestruturação nos moldes do capitalista neoliberal, resultando em protestos por mais direitos, menos prisões, e ainda, exprimindo a ineficácia dos mecanismos de integração social, o que suscitou, no seio da sociedade civil organizada, exigências por um controle penal garantidor dos direitos dos cidadãos. Nessa linha de pensamento, o cárcere sempre foi a ponta do iceberg do sistema de justiça penal, já se

[76] Cf. NEUMAN, Elias. Victimologia Y Control Social: las víctimas del sistema penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994, p.231.

[77] CHRISTIE, Nils. Los conflictos con pertenecía. Trad. Alberto Bovino y Fabricio Gauriglia. *In:* Dos delitos y de las víctimas. Julio B. J. Maier (compilador). Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

[78] Cf. ZAFFARONI, Raul; OLIVEIRA, Edmundo. Criminologia e Política criminal. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p.22.

apresentando o problema da superpopulação, além de demonstrar que a ressocialização era uma palavra desacreditada pelos criminólogos e operadores do direito penal.

O objetivo da proposta de implementação da mediação penal como forma de solução de conflitos é apenas uma consequência histórica dessas manifestações exigidas pela sociedade civil latino-americana, que guarda problemas sociais e históricos comuns, expressada na enorme desigualdade social e controle punitivo extremo, que se proliferam através dos ideais de *lei e ordem,* marcantes nas práticas dos agentes públicos que fazem parte do sistema de justiça criminal.

O grande giro ideológico que a justiça restaurativa apresentado através da técnica da mediação penal, está na possibilidade de oferecer aos envolvidos o enfrentamento dos seus problemas pessoais em conjunto e compreenderem-se mutuamente, reconhecendo, assim, as necessidades e culpas recíprocas, passando a resolver questões a partir daquele momento, ou seja, com uma perspectiva futurista, dirimindo os rancores, os ódios e sentimentos negativos que foram trazidos pela relação do delito. Destarte, a partir desse encontro, vítima e ofensor, há uma mudança comportamental no momento em que os envolvidos passam a se conhecer de uma forma diferente, pois com esse procedimento reparatório, as partes podem opinar por aquilo que melhor lhes convém.

Como bem assinala Achutti, (2014), a adoção da justiça Restaurativa no Brasil, poderá reduzir tanto o uso da justiça criminal quanto os índices de encarceramento, de forma a colaborar para a redução da incidência dos tentáculos do sistema penal na sociedade, como a pena de prisão, penas alternativas, suspensão condicional do processo ou da pena, transação penal, livramento condicional, etc.[79]

Por outra parte, o procedimento restaurativo pode ser realizado antes mesmo da ação penal se formar, servindo como verdadeira ilustração para o abolicionismo penal, que tanto defendeu Louk Hulsman, na medida em que o modelo formal de justiça criminal deve ser superado por mecanismos descentralizadores, de administração de conflitos que permitam uma maior flexibilização nas formas de compreensão sobre a situação problema, em que estão envolvidos os verdadeiros donos do conflito, procurando dissolver a ideia de que a única solução possível reside na intervenção do sistema penal.[80]

Esse processo perpassa por três princípios fundamentais: voluntariedade dos intervenientes, imparcialidade e neutralidade do mediador, além de ser um procedimento de cunho confidencial, e atualmente são utilizados em centros de mediação, como práticas restaurativas. Em alguns países já estão previstas em leis processuais, como é o caso da Colômbia. [81]

---

[79] ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal-contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil, p.129.

[80] HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. Revista Verve, n.8.2005.

[81] Cf. Código Procesal colombiano- ARTÍCULO 518. DEFINICIONES. Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad. ARTÍCULO 519. REGLAS GENERALES. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas: 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación. 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito. 3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. 4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de

A configuração típica de um processo de mediação abrange quatro fases: a primeira fase inicia-se quando a entidade responsável pela seleção de casos envia o relatório da situação para os serviços de mediação (delegacia local, de bairro, por exemplo), responsáveis por selecionar os casos que podem ser mediados no Núcleo Restaurativo.

No procedimento dos Juizados Especiais, o mediador analisa a situação dos envolvidos em separado, verificando se estes estão em condições psicológicas para se encontrarem, de maneira que esse encontro transcorra construtiva e harmoniosamente.

Na fase posterior, os envolvidos encontram-se na presença do mediador, apresentando a sua versão dos fatos, expressando seus sentimentos e emoções. É o momento em que tentam acordar quanto à natureza e à extensão do dano, de modo a identificar os atos necessários à reparação – é a sessão (ou sessões) de mediação propriamente dita, e, por fim, a entidade responsável pela monitorização do acordo verifica o seu cumprimento.

Essa prática é semelhante à mediação vítima-infrator, mas, diferentemente daquela, envolve um conjunto de pessoas que, de alguma maneira, possuem uma relação com os envolvidos no processo, a saber: familiares, grupos comunitários, polícia, serviços sociais e advogados, as quais procuram demonstrar ao infrator a preocupação da comunidade para com ele, fazendo-o refletir sobre seus atos. É nesse âmbito que se edifica o conceito restaurativo – originário de *reintegrative shame*, ou vergonha reintegradora, em oposição a *disintegrative shame*, traduzido em vergonha desintegradora ou estigmatização – alcunhado por John Braithwaite. O jovem infrator é exposto à censura da comunidade, que denuncia a sua conduta como inaceitável, mas que simultaneamente assume o compromisso de reparar os erros por ele cometidos.[82]

Esse tipo de prática restaurativa é bem aceito na composição dos conflitos na Justiça Juvenil, em cuja instância o Estado deve intervir corretivamente, mas de uma forma educativa, refreando o ato infracional, permitindo ao menor desenvolver a sua personalidade de forma essencialmente responsável. Nas escolas com alto índice de violência, as práticas restaurativas, através dos Círculos Restaurativos, contribuem para integração, reflexão e prevenção criminal.

Na argentina, a reparação do dano foi instituída pela Ley l27.147 de junho de 2015, que reformou questões essenciais do Código penal Argentino.[83] Ademais, recentemente foi editada a lei que instituiu a pratica restaurativa, através da ley 13.433,[84] que possibilitou o Ministério Público utilizar dentro dos mecanismos de resolução de conflitos, a mediação e a conciliação com o objetivo de pacificar o conflito, procurando a reconciliação entre as partes, para possibilitar a reparação

---

la pena. 5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto. 6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

[82] BRAITHWAITE, John. Crime and Justice, University of Chicago, 1999, Apud. KEMELMAJER, Aída. Justiça Restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad – 1ª edição- Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 172.

[83] Entre otras nuevas instituciones la reforma de la ley citada incorporó al art. 59 del Código Penal, como nuevo inc..6),” la reparación del daño como causa de exclusión de la punibilidad estos términos: “Art. 59. La acción penal se extinguirá: por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes”.

[84] Cf. Ley 13.433 de la provincia de Buenos Aires: Art.1: Establécese el presente régimen de resolución alternativa de conflictos penales, que se instrumentará en el ámbito del Ministerio Público, por el procedimiento establecido en la presente Ley y en el marco de lo dispuesto en los artículos 38° y 45° inciso 3) de la Ley 12.061, artículos 56 bis, 86 y 87 de la Ley 11.922 y modificatorias. art. 2: Finalidad. El Ministerio Público utilizará dentro de los mecanismos de resolución de conflictos, la mediación y la conciliación a los fines de pacificar el conflicto, procurar la reconciliación entre las partes, posibilitar la reparación voluntaria del daño causado, evitar la revictimación, promover la autocomposición en un marco jurisdiccional y con pleno respeto de las garantías constitucionales, neutralizando a su vez, los prejuicios derivados del proceso penal.

voluntaria do dano causado, evitando, assim, a revitimação, para promover a auto composição, mesmo tendo as práticas restaurativas sido implementadas desde 1996.[85]

No Brasil, apesar de não haver ainda lei específica que regule a matéria, as práticas restaurativas já são realizadas como forma de prevenção, seja na justiça juvenil, ou como técnica pré judicial antes da formação do procedimento criminal, em algumas delegacias, ou através de projetos pilotos, como também nos centros de resolução de conflitos, além de serem realizadas em alguns Juizados Especiais Criminais, demonstrando que a mediação penal é, portanto, uma das técnicas da Justiça Restaurativa que vêm trazendo grandes mudanças dentro da atual forma de se entender um novo sistema punitivo, tanto em relação ao menor quanto ao indivíduo adulto.

Em Portugal, essa nova forma de negociação, na esfera penal, está sendo utilizada por meio de proteção legal, fundamentada na Lei nº 21/2007, dentro do Sistema de Mediação Penal, podendo ser apreciados os crimes semi públicos contra as pessoas e contra o patrimônio, e também os crimes particulares, desde que puníveis com pena de prisão não superior a 5(cinco) anos ou com sanção diferente da pena de prisão.

Em alguns países como Canadá, Austrália e Nova Zelândia, a mediação destacou-se com o procedimento de Justiça Restaurativa, sobretudo como manifestação contrária à justiça tradicional, a qual se mostrava ineficaz.[86]

Na Nova Zelândia, criou-se um procedimento que se tornou um exemplo para outras culturas, quando foi editado o *Children, Young Persons and Their families Act*, pelo qual a família passou a ser instância privilegiada na tomada de decisões quanto às consequências derivadas da prática do ato infracional do jovem.[87]

São resultados dos processos restaurativos os acordos que estipulam responsabilidades entre os envolvidos, podendo incluir a reparação do dano, a restituição de algum bem e a prestação de serviço à comunidade, sempre com a finalidade de atender às necessidades individuais e coletivas de todas as partes.

3 Uma Proposta de Mediação Penal no Âmbito dos Crimes Patrimoniais

Como já assinalado anteriormente, é possível que a prática restaurativa, possa funcionar como uma proposta antes da formação de qualquer procedimento criminal, podendo inclusive, suspender o procedimento penal. Essa atuação, ou seja, existindo antes de se iniciar o procedimento penal, poderia ser uma alternativa, por exemplo, que abrangesse crimes patrimoniais sem violência, diminuindo a atuação da justiça.

---

[85] Na América Latina, a Argentina teve sua primeira experiência em mediação, na cidade de Buenos Aires, m 1996, incentivada pelo Ministério da Justiça, quando profissionais e estudantes do Centro de Formação Profissional da Faculdade de Direito da Universidade de Em Buenos Aires (UBA), através do serviço de assistência jurídica gratuita, começaram a resolver conflitos da área penal, mediante a adoção de práticas restaurativas, como a mediação penal. Hoje, a mediação é uma profissão regulamentada, desenvolvida em diversas províncias, através de seus Centros de Mediação Comunitária.

[86] Em 1974, em Ontário, Canadá, um membro da seita menotonita, Mark Yantzi, cansado de esperar uma solução judicial para os constantes ataques a sua propriedade realizados por menores de idade, aconselhou ao juiz que esses jovens assumissem suas responsabilidades, reparando os danos causados. Passados alguns meses, a prática dialogal tornou-se uma constante, e os jovens e vítimas puderam dividir as experiências oriundas do delito. Vide HUTGTON, ÀLVAREZ y GREGORIO. Resolución alternativa. cit., p.157.

[87] Cf. SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e mediação penal - o novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 82.

É certo que, nesse entendimento, diferentemente do que ocorreu com a Lei 9.099/95, que originou os Juizados Especiais Criminais, a proposta de abarcar os crimes patrimoniais sem violência, permitiria ao arguido e ao ofendido utilizar a mediação penal para resolver extrajudicialmente o conflito penal.

Como vem sendo utilizado essa prática de mediação penal no Sistema de Mediação Penal de Portugal, que se apresenta com algumas características, como a informalidade, flexibilidade, gratuidade, voluntariedade e confidencialidade, e tendo a participação de um mediador, promove a aproximação entre o arguido e o ofendido e os apoia, na tentativa de encontrarem um acordo que permita a reparação dos danos causados pelo delito e a restauração da paz social.

Podendo ser abarcados pela Mediação Penal, os crimes contra o patrimônio, puníveis com pena de prisão não superior a 5(cinco) anos ou com sanção diferente da pena de prisão.

Caberia ao Ministério Público a função de designar um mediador, nas seguintes hipóteses: na fase inquisitorial, desde que existem indícios de crime e que o arguido seja seu agente; se entender que a mediação pode responder às exigências de prevenção; ou, ainda por solicitação do ofendido e do arguido, tudo feito sem as formalidades de um Juizado, mas atentando aos princípios da legalidade (os direitos e garantias constitucionais seriam observados), bem como haveria uma oportunidade regrada, como princípio que colaboraria para o desenvolvimento da mediação e consequente consolidação da prevenção.

O acordo oriundo da mediação penal teria um conteúdo livre, consoante o que fosse celebrado entre as partes; não incluindo, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou deveres que se prolonguem por mais de seis meses. Nesse entendimento, podem ser possíveis acordos celebrados com pagamento de uma determinada quantia pecuniária (reparação material), pedido de desculpas, reconstrução ou reparação do bem danificado.

Como ocorre em Portugal, esse tipo de procedimento apresenta algumas vantagens, tais como: o ofendido tem uma participação ativa na resolução do conflito que o atingiu; o arguido toma consciência do impacto da sua conduta e se responsabiliza pelas suas consequências; representa uma aproximação da justiça penal aos cidadãos, além de ser gratuito, célere e pode ajudar a descongestionar a justiça criminal.

Em Portugal, por exemplo, se for obtido um acordo, este é comunicado ao Ministério Público e equivale a uma desistência da queixa. Se não houver acordo, o processo prossegue pela via judicial.

Em outros países da Europa, a mediação penal é utilizada, a exemplo dos países nórdicos, bem como, na Alemanha, Inglaterra e França, entre outros, sendo comumente denominada de reparação ou terceira via, possuindo suas peculiaridades a depender da região.

4 Conclusões Finais

As sugestões apresentadas no presente trabalho podem contribuir para uma mudança de paradigma, dentro do atual sistema punitivo, atendendo os princípios norteadores da justiça restaurativa, principalmente, resgatando o poder dos envolvidos na situação problema, resolvam questões decisivas para recuperarem as relações que foram quebradas em razão do delito. Vale destacar a importância das práticas restaurativas em alcançar os verdadeiros aos anseios das comunidades carentes, que têm dificuldades ao acesso à justiça formal, bem como desconhecem alguns de seus direitos fundamentais.

O Programa de Mediação de Conflitos pode ser desenvolvido em escolas, universidades, fóruns, rádios, jornais, centros comunitários, empresas, desde que os envolvidos se disponibilizem, através do diálogo, a resolverem mutuamente o conflito.

O tema provoca uma mudança de paradigma, entretanto, a necessidade de se utilizar novas formas alternativas de solução dos conflitos deve ser vista como uma nova uma alternativa para se realizar uma justiça mais eficaz, e, em nosso caso, apresentamos um modelo exitoso em países da Europa e na América latina.

No tocante aos crimes patrimoniais, é necessário refletir a importância das práticas restaurativas que possam resultar de acordos estabelecidos pelas próprias partes, na fase pré processual, evitando assim, que seja instaurado qualquer procedimento penal, que estigmatiza o envolvido e não proporciona a vítima o seu papel de protagonista do seu próprio conflito.

Por outro lado, a informalização proporciona novos paradigmas procedimentais, renovando estruturas arcaicas, que não alcançam eficácia. Como bem assinala Achutti(2014), é fundamental perceber a importância do papel exercido por operadores com formação não jurídicas, como forma de oportunizar uma compreensão mais ampla dos conflitos, para além da mera classificação legal a der atribuída aos fatos.[88]

Dessa forma, como a justiça restaurativa é modelo exitoso, sobretudo por significar a redução da intervenção estatal, mormente se abarcar crimes patrimoniais, sem violência, poderá provocar uma redução ao encarceramento e formação de procedimentos criminais, atuando como mecanismo preventivo na fase pré processual.

Ademais, a participação de profissionais metajurídicos na condução dos procedimentos, agregando benefícios da interdisciplinaridade, para dirimir conflitos, bem como na busca da satisfação das necessidades das partes, poderão contribuir com uma maior eficácia e como assinala Pallamolla(2007, p. 375), e redução das desigualdades oriundas do sistema de justiça criminal, tornando-o acessível, sobretudo aos menos favorecidos social e economicamente, os quais constituem a maior clientela do sistema penal.[89]

Diferentemente do que ocorreu com a Lei 9.099/95, que originou os Juizados Especiais Criminais, a proposta de abarcar, por exemplo, os crimes patrimoniais sem violência, permitiria ao arguido e ao ofendido utilizar a mediação penal para resolver extrajudicialmente o conflito penal e, com isso, reduziriam demasiado o problema da estigmatização seletiva dos indivíduos que não oportunidades de emprego e educação.

Apesar dos impasses resultantes da não regulamentação da justiça restaurativa no Brasil, faz-se mister apontar que eventual lei que venha instituir a justiça restaurativa, proporcionando a mediação penal como prática, deverá ser diferenciada das formalidades do sistema de justiça, sem, no entanto, deixar de entrecruzar o sistema penal, significando, assim, uma terceira via para resolução de conflitos na esfera penal

Referências

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal*-contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

[88] ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal-contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014, p.249.

[89] Cf. PALLAMOLLA. Raffaella. Justiça restaurativa*:* da teoria à prática. São Paulo: IBCCrim, 2009, p.375.

ADORNO, Sérgio. *Violência, Controle Social e Cidadania:* Dilemas da Administração da Justiça Criminal no Brasil. Revista Crítica de Ciências Sociais nº 41, Coimbra, p. 101/127, 1994.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema penal máximo x cidadania mínima: Códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Projeto para uma investigação comparado sobre crimes de colarinho branco na América Latina. In: *Revista de Direito Penal.* vol. 25, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

ARÉCHAGA, Patrícia; BRANDONI, Florencia y RISOLIA, Matilde (comps.). *La trama de papel:* sobre el proceso de mediación y la mediación penal. 1ª Ed. Buenos Aires: Galerna, 2005.

ARNAUD, André-Jean (Coord.). *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito.* Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. Os Princípios de Política Criminal das Recentes Reformas e Projetos de Reforma na América Latina. In: *Revista de Direito Penal.* Vol. 29, Rio de Janeiro, Forense, p. 81/101, 1981.

BARATTA. Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal.* 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, [2002].

BATISTA, Nilo; KOSOSVSKI, Ester. *Tributo a Louk Hulsman*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BERGALLI, Roberto. *El Control Penal en el Marco de la Sociología Juridica*.In: Oñati Proceedings nº 10, IISJL, Oñati, p. 25/45, 1991.

BRAITHWAITE, John. *Crime and Justice.* University of Chicago, 1999 - Restorative Justice and Responsive Regulation, Oxford University Press, New York, 2002.

CARNELUTTI, Francesco (tradução de José Antônio Cardinalli). *As Misérias do Processo Penal.* São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CODIGO PENAL E LEYES COMPLEMENTARIAS. Buenos Aires, Editorial Estudio, 1999.

COSTA, José de Faria. *Diversão (desjuridiciarização) e Mediação:* Que rumos? separata Do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1985.

CHRISTIE, Nils. *Los conflictos com pertencia.* Trad. Alberto Bovino e Fabrício Gauriglia. *Dos delitos y de lãs víctimas*. Julio B. J. Maier (compilador). Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O instituto da dispensa da pena:* algumas notas. Revista de Legislação e de jurisprudência, Coimbra Editora, Ano 123, 1990/1991.

EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. *Mediación penal:* de la práctica a la teoría. 1ª Ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005.

FOUCAULT, Michel *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

GHIRINGHELLI, Rodrigo de Azevedo e Salo de Carvalho (Orgs.). *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal.* Sapucaia do Sul: Notadez, 2006.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. *A construção da Justiça Restaurativa no Brasil:* o impacto na justiça criminal. http:/www.justiciarestaurativa.org/news/renatoarticle. Acesso em 11.08.2010.

HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladys S.: GREGORIO, Carlos G. *Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal:* La mediación penal y los programas víctima-victimario. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

HIRSCH, Andrew Von. Retribución y prevención como elementos de justificación de la pena. In: *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo.* Traducido por Adán Nieto Martín. Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

HULSMAN, Louk. *Práticas punitivas:* um pensamento diferente. Traduzido por Helena Singer. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, nº 14, 1996.

_____.CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas:* o sistema penal em questão. 2 ed. Niterói, Luam, 1977.

_____A aposta por uma teoria da abolição do sistema penal. *Revista Verve*, n.8, 2005.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justiça Restaurativa:* posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad – 1ª edição. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

_____. "En búsqueda de la Tercera Vía. La llamada ´Justicia Restaurativa´, ´Reparativa´, ´Re integrativa´ o ´Restitutiva´". *Revista de Derecho de Familia N°33*, Buenos Aires. Lexis-Nexis, 2005.

LEITE, Andre Lamas. *Mediação Penal de Adultos:* um novo paradigma de justiça? Análise crítica da Lei nº 21/ 2007, de 12 de junho. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. *Basic principles on the use of restorative justice programes in criminal matters.* ECOSOC. Res. 2000/14. Adotada em: 27 de julho.

NEUMAN, Elias. *Victimologia Y Control Social:* las víctimas del sistema penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e alternativas à prisão.* Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PALLAMOLLA. Raffaella. *Justiça restaurativa:* da teoria à prática. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PARKER, L. Lynette. Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Em torno da jurisdição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Sistema Acusatório:* a conformação constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Barros de. *Processo Penal eficiente e ética da vingança:* em busca de uma criminologia não violenta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. *Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad.* Trad.J. Maier., Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993.

_____*La reparación en el sistema de los fines de la pena.* Trad. J. Maier y E. Carranza, en obra coletiva. Buenos Aires: Ad Hoc., 1992.

SANTOS, Cláudia. *A "redescoberta" da vítima e o direito processual penal português".* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora: 2010, vol. III, p. 1133 a 1153.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e mediação penal*: *o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007

SLAKMON, C.; DE VITTO; GOMES PINTO, Renato Sócrates (Org.). *Justiça Restaurativa.* Coletânea de artigos. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

VELHO, Gilberto e ALVITO, Marcos (org.). *Cidadania e Violência.* Rio de Janeiro, Ed. UFRJ e FGV,1996.

VIRGOLINI, Julio. El Control Social y Su Articulación con El Sistema Penal.In: ZAFFARONI et al., *El Sistema Penal Argentino*. Buenos Aires, Ad Hoc, 1992.

YOUNG, Jock. Recent Paradigms in Criminology. In: MAGUIRE et alii, The Oxford Handbook of Criminology, Oxford, Clarendon Press, p. 69/124, 1997.

XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel; MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de (et AL). *Redesenhando a Execução Penal:* a superação da lógica dos benefícios. Salvador: Jus Podium/ Faculdade Baiana de Direito, 20010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul (Coord.). *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final).* Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986.

_____. La legislación anti-droga latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário. In: *Fascículos de Ciências Penais.* nº 2, p. 16/25, 1990.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro, Revan, 1991.

_____. OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política criminal.* Rio de Janeiro: GZ ED., 2010.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: o novo foco sobre o crime e justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio:* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Trad. Vívian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcelino Jr, Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
O EMPODERAMENTO DA MULHER E A RESPONSABILIZAÇÃO DO OFENSOR

Jurema Carolina da Silveira Gomes.
Juíza de Direito.
Membro da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
Email: jcsg@tjpr.jus.br.

Paloma Machado Graf.
Assistente de Juiz de 1º Grau e
mestranda em Ciências Sociais pela UEPG.
Membro da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.
Email: pmgr@tjpr.jus.br.

Resumo:

Este artigo visa discorrer acerca da Justiça Restaurativa como alternativa para a mudança de conduta no enfrentamento da violência doméstica e familiar. A utilização das práticas restaurativas para o combate da violência contra a mulher se mostra estratégia eficaz no sentido de empoderar a vítima e de gerar senso de responsabilização ao agressor pelos danos causados, conforme visto no Projeto "Circulando Relacionamentos" executado na cidade de Ponta Grossa/Paraná. A metodologia circular, com base nos princípios da Justiça Restaurativa, tem se mostrado produtiva nos litígios interpessoais, ante a possibilidade de reparação do dano, mesmo que de forma simbólica, proporcionando às partes uma opção para a resolução do conflito de forma inclusiva, voluntária e focada na responsabilização.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Empoderamento. Violência doméstica e familiar. Responsabilização.

1 Introdução.

Quando se fala em violência doméstica e familiar, a resposta imediata que nos ocorre é a necessidade de punição ao agressor, como se fosse esse, o único meio possível de acabar com a violência contra a mulher.

No entanto, deve-se levar em conta que a violência contra a mulher geralmente ocorre no seio familiar e, após a sua prática, por vezes persiste o vínculo entre os envolvidos diante da relação continuada decorrente dos laços familiares construídos e agora destruídos, que, em verdade, merece um tratamento diferenciado.

Infelizmente, as agressões e ofensas contra a mulher estão tão banalizadas em nossa sociedade, em razão da grande influência social e cultural do patriarcado, que a busca de alternativas para eliminá-la ainda é vista com preconceito e como desnecessária, porquanto forçado pelo ditado popular que "em briga de marido e mulher ninguém mete a colher".

Com o intuito de romper paradigmas e pesquisar acerca de formas mais adequadas de resolução de conflitos que possuam um resultado efetivo e perene, foi idealizado e implementado o

Projeto “Circulando Relacionamentos” para aqueles envolvidos em casos de violência doméstica e familiar – em parceria entre o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Ponta Grossa - CEJUSC/PG, o Juizado da Violência Doméstica e a Delegacia da Mulher, todos da Cidade de Ponta Grossa/PR – que além de oficinas reflexivas, proporciona o empoderamento da mulher e a responsabilização do ofensor pelos danos causados.

2 A conjuntura do feminino: uma breve retrospectiva sócia- histórica- cultural da condição da mulher.

Ao discorrer sobre gênero, imprescindível, preliminarmente, traçar um panorama histórico sobre a vida das mulheres desde os tempos mais remotos, para entender e identificar o surgimento das condições atribuídas ao feminino hodiernamente, como consequência da construção da história da humanidade.

O ser humano, nos primórdios da Pré-História (surgimento do homem na Terra até 4000 a.C), como qualquer outro animal, apenas se relacionava com o outro por força do instinto de sobrevivência. O relacionamento era tido como uma conexão sexual de duração limitada, condicionada à necessidade de preservação da espécie e sobrevivência dos descendentes, isso, referindo-se ao homem irracional, instintivo e condicionado (GUSMÃO, 1985, p. 571).

Com a evolução da espécie e o aparecimento da sociedade, surgiu a comunidade primitiva, ou seja, uma organização consciente de indivíduos mais complexa. Nessa fase, as mulheres e os homens possuíam a mesma importância, tendo em vista que o trabalho era realizado de forma coletiva, em que eram atribuídas às mulheres diversas atividades, como por exemplo, o cultivo da terra e tarefas domésticas, que assegurava, juntamente com os homens, o sustento do grupo.

Segundo a escritora Zuleika Alambert (2004, p. 27):

> Na aurora da humanidade não podemos falar na existência de desigualdades entre o homem e a mulher. Naquele tempo, não existiam povos, nem Estados separados; os seres humanos viviam em pequenos grupos (hordas) e, depois em famílias e tribos. Vivendo em meio hostil, os seres humanos tinham que se manter agregados, solidários entre si, para sobreviver e se defender dos animais ferozes e das intempéries. Quem se marginalizava perecia. Logo, não havia uma superioridade cultural entre homens e mulheres. Ninguém dispunha de propriedade. A família não existia e, portanto, a desigualdade era desconhecida.
> A formação das genes comunitárias constitui o primeiro passo na evolução da sociedade humana. (...)
> As genes ou tribos eram constituídas de grandes uniões de grupos humanos vinculados por parentesco. Acabaram por se dividir em clãs.
> Entre os clãs existiram os maternos (gerações eram transmitidas por linhas matrilineares), desconhecendo-se o pai da criança. O período matrilinear durou milênios. Nessa organização, inicialmente, a mulher teve papel preponderante. Ela trabalhava a terra, domesticava animais, cuidava de crianças, velhos e doentes, além de criar vasilhames, utilizar o fogo, preparar unguentos, poções, enquanto o homem ia à caça de alimentos. Era muito respeitada por suas atribuições.

À mulher primitiva – diversamente do imaginário caricato da mulher puxada pelos cabelos – era atribuída a condição de criadora e transmissora de hábitos culturais, porquanto responsável pela origem da pecuária (domesticação de animais), da agricultura, da fabricação de cerâmicas e da

medicina caseira.

Com a posterior invenção do instrumento de arado, criado para substituir a enxada rudimentar que a mulher utilizava no cultivo da terra, surgiram as primeiras ideias conceituais de patriarcado, considerado assim um regime de exploração e dominação em relação à mulher (ALAMBERT, 2004, p. 28). A partir da nova ferramenta, além do trabalho atribuído ao homem se tornar mais respeitado e valorizado, as terras foram divididas, originando as delimitações de propriedade. Formaram-se as primeiras aldeias que, consequentemente, se transformaram em cidades, Estados e impérios (HENKIN, 2004).

Ao desconstituir os princípios inerentes das comunidades igualitárias, em que o homem e a mulher viviam em regime de parceria, a lei do mais forte passou a vigorar e reger a formação das novas sociedades.

Na Idade Antiga (de 4000 a.C. até 476 d.C.), a mulher era discriminada e o regime patriarcal era o modelo da família ateniense (Grécia). A família era numerosa e o chefe da família (homem) tinha o direito de julgar os filhos, sendo, ao mesmo tempo, o sacerdote e soberano absoluto, cultuado pelos descendentes ao falecer. Era vedado às mulheres o direito de ter amizade e de receber qualquer outra instrução que não fosse o labor doméstico, além de ser tratada apenas como um instrumento de procriação (GUSMÃO, 1985, p. 561 -564).

Em Roma, a organização familiar era autocrática com o poder *paterfamilias*[90], que se consubstanciava em um conjunto de várias famílias naturais sob a gerência de um mesmo pai, que era o detentor único da capacidade jurídica plena e a mulher estava sob o poder do homem (GUSMÃO, 1985, p. 571).

As mulheres romanas gozavam de maior (porém discreta) autonomia, comparada às que viveram na Grécia Antiga, porquanto detinham considerável liberdade pessoal e política. No entanto, as romanas sofriam diversas restrições, como por exemplo, em relação à sua capacidade jurídica, pois eram impedidas de ser titulares de quaisquer bens ou de poder familiar, já que pertenciam ao homem, fosse ele o pai, o marido, o tutor ou o chefe da família (COSTA, 1987, p. 43.).

Nas famílias romanas, em que pese o casamento ser regulado pelo Estado, este não detinha muitos poderes para legislar sobre existência, efeitos e finalidade do matrimônio, porquanto aquelas entendiam a união conjugal como uma consequência natural da sociedade e decorrente do consenso das partes, com base na espontaneidade e decisão de cada indivíduo (GUSMÃO, 1985, p. 571).

As pesquisas mais recentes indicam que com a queda do Império Romano e início da Idade Média (de 476 d.C. até 1453), as mulheres adquiriram maior liberdade e a sociedade concedia certo espaço para manifestações político-religiosas, ao contrário do que se acreditava anteriormente – de que aquele foi um período integralmente obscuro e que as mulheres eram vistas unicamente como símbolo do pecado e feitiçaria.

Em que pese as atrocidades executadas pela Inquisição Medieval naquela época, de certa forma, conforme explica Paulo Gusmão, o cristianismo humanizou o poder que o *paterfamiliais* detinha sobre a mulher (GUSMÃO, 1985, p. 571).

A mulher medieval, sob o refúgio da Igreja, superou a condição de inferioridade perpetuada na Idade Antiga e não era mais tratada como objeto na relação de escravidão ao homem, mas sim como parte de destaque na relação familiar. Exercia função de mãe, esposa e filha, bem como, ocupava diversos outros papéis perante a sociedade ao desempenhar profissões e usufruir o direito de voto.

---

[90] A palavra *paterfamilias*é entendida aqui como o ascendente mais velho, o chefe da família Romana.

Segundo a historiadora Regine Pernoud (1978, p. 95):

> (…) certas mulheres desfrutaram na Igreja, e devido à sua função na Igreja, dum extraordinário poder na Idade Média. Algumas abadessas eram autênticos senhores feudais, cujo poder era respeitado de um modo igual ao dos outros senhores; algumas usavam báculo, como o bispo; administravam muitas vezes vastos territórios com aldeias, paróquias. 91
> [...]
> Nos atos notariais é muito frequente ver uma mulher casada agir por si própria, abrindo, por exemplo, uma loja ou um negócio, e isto sem ser obrigada a apresentar uma autorização do marido. Finalmente, os registros das derramas (nós diríamos os registros dos recebedores), quando nos foram conservados, como é o caso de Paris, no fim do século XIII, mostram uma multidão de mulheres que exerciam profissões: professora, médica, boticária, educadora, tintureira, copista, miniaturista, encadernadora, etc.

Já na Idade Moderna (de 1453 até 1789), os direitos do homem continuaram a se sobrepor ao da mulher e a natureza feminina limitava-se ao papel de ser esposa e mãe. O escritor irlandês Richard Steel, no século XVII, descreveu claramente, em uma frase, qual era o papel desempenhado pela mulher na Idade Moderna: *"*Uma mulher é uma filha, uma irmã, uma esposa, e uma mãe, um mero apêndice da Raça Humana*"*.

Com a chegada da Idade Contemporânea (de 1789 até aos dias atuais) se deu início à uma nova perspectiva para a mulher, incluindo a consciência da dignidade da pessoa humana e elencando o feminino como sujeito de direitos.

O caminho histórico percorrido pela mulher brasileira não foi diferente. O contexto sociocultural demonstra uma trajetória densa, porquanto era obrigada a exercer posições a ela impostas pelo homem sob fundamentos de ser subjugada, característica essa determinada à mulher pelo legado da cultura patriarcal.

No Brasil, desde o Período Colonial, Imperial e até mesmo no início da República, a mulher era vista como propriedade do homem, sendo negado a ela o acesso aos recursos que lhe pudessem atribuir conhecimentos e informações.

Oportuno colacionar trecho do artigo "Na época do Brasil colonial, lei permitia que marido assassinasse a própria mulher", escrito por Ricardo Westin e Cintia Sasse (2013) que relata a condição da mulher na história brasileira:

> O Brasil evoluiu, mas certos comportamentos arcaicos não acompanharam. Em pleno século 21, a violência contra a mulher, das surras aos assassinatos, atinge índices chocantes. Trata-se de uma "arraigadíssima tradição patriarcal", segundo a historiadora Mary del Priore, autora de Histórias Íntimas —sexualidade e erotismo na história do Brasil (editora Planeta):
> — Na Colônia, no Império e até nos primórdios da República, a função jurídica da mulher era ser subserviente ao marido. Da mesma forma que era dono da fazenda e dos escravos, o homem era dono da mulher. Se ela não o obedecia, sofria as sanções.
> As sanções eram pesadíssimas. Os arquivos paroquiais dos séculos 18 e 19 estão -repletos de relatos de senhoras que apanhavam com varas cravejadas de espinhos, que eram obrigadas a dormir ao relento, que ficavam proibidas de comer por vários dias e até que eram amarradas ao pé da cama enquanto o marido, no mesmo aposento, deitava-se com a amante. As esposas eram tão brutalizadas que os bispos, em certos casos, atendiam-lhes as súplicas e concediam a separação de corpos.

A consequência dessa herança patriarcal é a sombra de uma tolerância velada que os homens detêm prerrogativas soberanas de provar virilidade por meio da autoridade e do poder que exercem sobre as mulheres de suas vidas – sejam elas mães, esposas, filhas ou irmãs. Essa permissividade se tornou senso comum na história brasileira.

Contextualmente, a posição histórica da mulher através dos tempos revela que as circunstâncias que ensejaram sua pretensa vulnerabilidade são decorrentes da imputação coercitiva de certos papéis interpretados em cada cenário da vida – desde a infância até a velhice.

A violência contra a mulher ainda estar enraizada culturalmente na sociedade brasileira, porém, iniciou-se uma gradual e progressiva inquietação coletiva para que haja a efetiva e duradoura resposta no tratamento dessa questão social.

3 Perspectiva atual: a violência contra a mulher.

Atualmente os diversos coletivos, grupos, ONGS e associações feministas reivindicam os direitos das mulheres, com enfoque no empoderamento feminino.

No entanto, ainda muito se vê casos de violência doméstica, piores do que os vistos em séculos passados. Isso porque já não bastasse os repetidos motivos pelos quais as mulheres são agredidas, o empoderamento feminino também se tornou um pretexto pelo qual as mulheres são espancadas, como visto no Relatório Violência contra a Mulher feito na União Europeia, elaborado pela Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais (FRA), publicado no ano de 2014, onde mostram que aa Dinamarca é o pais com mais incidência de violência doméstica (52%), seguida da Finlândia (47%) e da Suécia (46%).

Tais informações mostram que o desenvolvimento de um país em nada modifica a realidade da violência contra a mulher.

Isso porque ao conquistar direitos, e uma aparente igualdade em certos funções e cargos profissionais, a mulher continua sendo cobrada acerca do seu exercício integral e ininterrupto de papel de mãe e esposa.

No livro Agressão conjugal mútua: justiça restaurativa e Lei Maria da Penha, Ivonete Granjeiro (2012, p. 142), lista as 3 (três) características fundamentais que ensejam a violência doméstica:

> A hierarquia de gênero, entendida como a supremacia de um dos atores na relação e a negação ou submissão do outro (em geral, o feminino é invisibilizado ou inferiorizado);
> A relação de conjugalidade, constituída em bases afetivas e com projeto de vida em comum; e
> A habitualidade, que é o "padrão sistemático da violência, por um lado, e a ausência de uma proteção afetiva por outro" (p. 142).

A violência doméstica e familiar danifica as relações afetivas atribuindo a representação dos papéis de vítima e ofensor repetidamente, aumentando a vitimização do indivíduo que sofreu a ofensa, ao ser tratada como mera informante do processo criminal, sem prerrogativas de participação e informação.

Durante a instrução criminal, a mulher por muitas vezes é revitimizada, repetindo o padrão de ser sem voz, incapaz de obter respostas acerca dos motivos que a colocaram naquela situação.

O questionamento consequente é: qual a resposta satisfatória à uma vítima de violência doméstica para que esta possa deixar a posição de vítima se tornar sobrevivente, seguir com sua vida e sair do ciclo de violência fortalecida?

A informação, o conhecimento, a obtenção de respostas e o empoderamento têm sido a resposta para essa mudança de foco conforme visto na prática.

Consta no mesmo estudo constante no Relatório feito na União Europeia que:

> Quando inquiridas sobre o tipo de ajuda que teria sido útil, mulheres referem que, após o incidente de violência mais grave que sofreram, teriam acima de tudo desejado encontrar alguém que as escutasse e apoiasse (33%-54%), consoante o autor e o tipo de violência, ser protegidas (12%-25%) e receber outras ajudas de ordem prática (13%-21%).

Uma pesquisa efetuada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, aponta que 80% (oitenta por cento) das vítimas de violência doméstica não desejam a pena de prisão para os autores da agressão. Imperioso colacionar trecho do artigo que esclarecem quais são as alternativas almejadas pelas vítimas:

> Entre as alternativas apontadas por essas vítimas, 40% disseram que os agressores – com quem ela mantém ou manteve uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto – devem fazer tratamento psicológicos e/ou com assistentes sociais, 30% acham que eles deveriam frequentar grupos de agressores para se conscientizarem, 10% acham que a prestação de serviços a comunidade é a melhor alternativa penal.

Para a professora de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro e coordenadora da pesquisa acima, a pena de prisão não é a melhor solução para esses casos. Nesse sentido, esclarece:

> A função do Judiciário não é só impor uma pena de reclusão, que impede que ele pague a pensão para o filho, e joga o agressor em um ambiente extremamente machista e que fomenta a violência. O Estado tem que atuar mais na prevenção, pensar em medidas que viabilizem uma educação não sexista a médio e longo prazo.

4 Justiça Restaurativa e violência doméstica e familiar: o empoderamento da mulher e a responsabilização do ofensor.

Nils Christie (1998, p.14) descreve que o papel do Estado é o que atua como controlador social, como aquele que "subtrai os conflitos das partes, transformam-nos em casos e as impede de participar diretamente da sua solução".

Caetano Duarte (2006, p. 47), explica que nesta via tradicionalista de atuação do Estado, "a emoção do drama social gerado pelo evento criminoso passou a ficar na mão de um procurador público, mais interessado na satisfação do cumprimento da norma, através da condenação do delinquente, do que na satisfação dos particulares anseios de justiça da vítima".

Assim, nota-se que apenas a utilização do método tradicional retributivo imposto pela atuação estatal, conforme previsto no Direito Penal, como única ferramenta pedagogia de política-social, acaba por insculpir no sistema jurídico penal uma carga que este não pé capaz de carregar

(SILVA-SANCHEZ, 2011, p. 79).

O poder simbólico atribuído ao Direito Penal por vezes prejudica a vítima de um crime. Isso porque insiste na atribuição de papéis culturalmente construídos, de forma estigmatizante e excludente.

Marília Montenegro Pessoa de Mello, esclarece acerca de tal pensamento (2010):

> O Direito Penal não constitui meio idôneo para fazer política social, e as mulheres não podem buscar a sua emancipação através do poder punitivo e sua carga simbólica. Punir pessoas determinadas para utilizá-las como efeitos simbólicos para os demais significa a coisificação dos seres humanos. A própria mulher, historicamente, foi vítima dessa carga simbólica do Direito Penal, quando só poderia ser considerada vítima de determinados crimes quando fosse honesta, ou seja, quando se portasse da maneira adequada na visão masculina.

O castigo e o sofrimento, como forma de provar o poder simbólico da lei, não tem o condão de combater a violência doméstica e familiar, tendo em vista que acabam por coisificar o ser humano.

Portanto, o Direito Penal, ao utilizar o fardo simbólico como dispositivo para tratar a violência baseada no gênero, diminui a importância da complexidade que envolvem as relações continuadas violência, causando desigualdade entre os tratamentos, reforçando a ideia do patriarcado e vulnerabilidade da mulher.

Ora, limitar-se a imposição de penas sem adentar em questões culturais e sociais de política pedagógica subjetiva do sujeito, tendo a se criar um círculo vicioso de punições sem sentido e significado.

As expectativas e as necessidades da mulher não são ouvidas durante a instrução criminal, tendo em vista que o delito é visto somente como uma violação da lei e não como um rompimento de relações. Assim, as partes passam a desacreditar do sistema em que não se sentem incluídas e tendem a mentir para suprir suas próprias necessidades que não foram ouvidas pelo Estado.

Em contrapartida ao modelo tradicionalista retributivo, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução de n° 125/2010, dispôs sobre uma Política Judiciária Nacional para tratar adequadamente os conflitos, de forma a devolver às partes a responsabilidade e as decisões sobre suas vidas e contendas.

Nos últimos 7 (sete) anos o Poder Judiciário Brasileiro tem dado especial atenção às normas alternativas de resolução de conflitos, a fim de fomentar a cultura de pacificação social, solução e prevenção de litígios por meio dos métodos autocompositivos e princípios restaurativos.

A Justiça Restaurativa ganhou espaço institucional nos Estados Unidos da América, Canadá e Nova Zelândia, a partir das décadas de 1970 e 1980, por meio da utilização de técnicas das comunidades aborígenes e indígenas dos maoris e dos navajos para a resolução de seus conflitos.

Com a finalidade de incentivar e regulamentar a Justiça Restaurativa, a Organização das Nações Unidas - ONU emitiu as Resoluções de n° 1999/26, 2000/14 e 2002/12 sobre o assunto.

A abordagem restaurativa como parte integrante do sistema político-social da justiça criminal surgiu da (RODRIGUES, 2008):

> (...) intersecção de linhas de crítica várias da justiça penal. Assentada na idéia de que a justiça penal falhou naqueles que deveriam ser os seus objetivos primeiros: não logra ressocializar ao agente reintegrando-o enquanto cidadão preparado para respeitar as normas; não garante a satisfação das necessidades concretas da vítima, correspondendo mal às suas expectativas de superação

> dos problemas comuns nem tem conseguido garantir a pacificação de sociedades alarmadas pela violência e pela criminalidade.

Tony Marshall (Apud, FROESTAD, SHEARING, 2005, p. 79) explica que "A justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro. "

Segundo Silva (2009, p. 148), a Justiça Restaurativa é uma forma diferenciada de lidar com conflito, em que as necessidades dos indivíduos envolvidos são acolhidas a fim de tratar do dano causado. Veja-se:

> Comportando a Justiça Restaurativa uma maneira diferente de refletir o delito e as consequências deste, pode ser identificada como um de seus traços distintivos o fato de a resposta à transgressão não vir do repertório de medidas punitivas que estão codificadas. Levando em conta que o ato delituoso ofende a vítima e a comunidade, que acarreta rompimento nas dimensões vítima/delinquente/comunidade, a resposta deve embasar-se nas necessidades da vítima e da comunidade e não na necessidade de destacar a culpa do ofensor, sua periculosidade, seus antecedentes. A ênfase é dada à situação fática: o dano causado, o trauma sofrido, o drama experimentado, assim, os esforços devem ser empreendidos no sentido desse prejuízo, reduzindo-o ao mínimo, restaurando-o ao máximo.

Para Marcos Rolim (2004, p. 18):

> No modelo de Justiça restaurativa, com efeito, parte-se do princípio de que todo o dano imposto (...) rompo o equilíbrio das relações sociais em uma comunidade dada. Esta ruptura produz um conjunto de situações indesejáveis, parte delas diretamente perceptíveis como sofrimento ou dor daquele que foi diretamente atingido pelo dano. (...). Para a justiça restaurativa a principal preocupação após a notícia do fato é a de restabelecer as reações sociais; vale dizer: reconstruir o equilíbrio rompido.

Diante da aparente desigualdade entre as partes envolvidas em casos de Violência Doméstica e Familiar, a Justiça Restaurativa surge como possível ferramenta para que essa disparidade não seja empecilho para a resolução do conflito.

A transcendência do atendimento do conflito interpessoal que o Poder Judiciário Brasileiro vem proporcionando aos jurisdicionados na seara autocompositiva, ensejou a elaboração do Projeto Piloto "Circulando Relacionamentos".

5 Projeto Circulando Relacionamentos.

O Projeto "Circulando Relacionamentos", teve início no ano de 2015, e toma como fundamento o artigo 26, parágrafo 8° da Constituição Federal de 1988, da Lei n° 11.340/2006 e nas Resoluções do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (Conselho Nacional de Justiça), com o propósito de ofertar as práticas restaurativas aos jurisdicionados que desejarem participar dessa nova metodologia de resolução de conflito e proporcionar o empoderamento da mulher e a responsabilização do ofensor pelos danos causados.

O desenvolvimento do projeto se dá da seguinte forma:

Os atendidos pela Delegacia da Mulher e Vara de Violência Doméstica são convidados à participarem do Projeto. Após serem informados acerca das diretrizes e objetivos, caso aceirem participar, devem assinar o Termo de Compromisso Livre e Esclarecido.

Aos envolvidos no conflito é oportunizado que possam restaurar as relações, se assim desejarem, ou, não sendo o caso, chegarem a um consenso quanto à reparação dos danos resultantes do conflito, bem como, estabelecer um termo de compromisso para formação do convívio pacífico, abarcando todo e qualquer tipo de divergência ainda existente, seja familiar, cível ou criminal – na medida do possível e respeitando a norma legal vigente e a disponibilidade ou indisponibilidade da ação.

A ideia do projeto não tem intuito de substituir a prestação jurisdicional própria da tida "Justiça Retributiva" ou "Justiça Tradicional", muito menos semear a ideia de impunidade ao ofensor, para que utilize tal procedimento como barganha. A proposta visa ofertar uma metodologia integrada para o enfrentamento da violência doméstica, com bases na formação do diálogo e assunção de responsabilidades e obrigações dos envolvidos – onde o agressor tem oportunidade de reconhecer e se responsabilizar pelos atos praticados e diante disso, ter consciência de que muito mais que violar a lei, causou um dano a alguém. E esse dano deve ser reparado, mesmo que simbolicamente.

Importante ressaltar que o uso de métodos autocompositivos em casos de violência doméstica não importa em substituição da pena ou aplicação de medidas despenalizadoras, vedada pela Lei n° 11.340/2006, mas sim como um complemento à efetiva aplicação da própria lei, com atribuição de responsabilização e obrigações ao ofensor e reparação de danos a vítima.

Imperioso ressaltar a crescente vertente de trabalho mais aprofundado com os agressores de violência doméstica e familiar, porquanto ao tratar o agressor tente-se evitar que este continue a propagar a violência em seus novos relacionamentos, colocando um fim ao ciclo da violência doméstica e familiar.

Em que pese a importância do diferenciado atendimento do agressor para que este se responsabilize, o resgate da autoestima e o empoderamento da mulher, vítima de violência doméstica, é a meta que igualmente deve ser considerada.

Como consequência, o que se espera, é conter as reincidências neste tipo de conduta criminosa ante a consciência e o entendimento acerca da conduta praticada.

As ofensas decorrentes da violência doméstica e familiar precisam ser analisadas com mais profundidade, de acordo com cada caso em concreto, para que se oportunize o conhecimento da história do outro e identifique a origem da violência perpetrada. A prestação das respostas acerca dos fatos que motivaram as suas condutas é elemento tão importante quanto a estruturação processual, pois as necessidades de conhecimento e informações devem ser supridas a fim de elevar a parte agredida de vítima, à sobrevivente.

Mostrar às partes que existem outras ferramentas alternativas, para que possam resolver seus próprios conflitos de forma segura e duradoura, que tenham conhecimento acerca de suas responsabilizações e obrigações, constitui a idealização do senso comunitário que auxilia dissipar os costumes de violência contra a mulher, bem como, promover a autonomia da mulher pela participação na escolha do procedimento e das decisões a serem tomadas.

O tradicional sistema de justiça, por vezes usurpa a vontade dos envolvidos no processo criminal, posto que possui um único objetivo: o de punir o transgressor com foco em sua culpa, sem refletir acerca da responsabilização e de reparação do dano que este possui perante a sua vítima. Esse sistema não considera a vítima como parte no processamento das informações e não apresenta sentido/significado da punição ao ofensor.

O procedimento circular baseado na metodologia ensinada por Kay Pranis (2010) e nos princípios da Justiça Restaurativa, apresenta aos envolvidos em caso de violência doméstica uma opção mais inclusiva e participativa, pois a construção do consenso em conjunto (autor e receptor do fato) produz soluções que atendem às suas necessidades e a sua implantação é mais célere, efetiva e perene, em virtude do compromisso voluntário assumido por eles.

Conforme destaca Pranis (2010), a metodologia de trabalho central dos círculos é a contação de histórias. Por meio desse compartilhamento de vivências, os participantes se tornam capazes de aproximar-se mais uns dos outros, construindo novas narrativas para suas vidas, aprendendo e ensinando novas lições. A riqueza do trabalho reside no fato da pessoa não receber ordens ou conselhos ao relatar suas dificuldades, mas aprender pela simples partilha de histórias de sofrimento, dor, lutas e superação.

Ao contar uma história, o sujeito pode refletir sobre si mesmo, mostrando aos demais, esse modo de compreender e lidar com as experiências. Ao mesmo tempo, pode-se perceber qual a visão que este sujeito tem de si mesmo e do conflito no qual está inserido. Quando se fala em voz alta para os outros, pode-se ouvir de um modo diferente e a realidade se torna mais transparente.

Para acolher isso de forma ampla e humanizada, o círculo mostra-se como uma metodologia de extrema riqueza, por se apresentar como elemento essencial para abarcar as mais variadas emoções, tais como dor, medo, silêncio, alegria, raiva, frustrações e os mais variados paradoxos (PRANIS, 2010).

Vale ressaltar que em recente entrevista, a Ministra Presidente do Supremo Tribunal Federal manifestou favorável à aplicação da Justiça Restaurativa no atendimento de famílias envolvidas em conflitos domésticos, tendo em vista a importância de se valorizar a família no combate da violência doméstica e familiar.

Necessário apresentar às partes envolvidas em casos de violência doméstica e familiar um ambiente propício para a formação do diálogo respeitoso e seguro, através dos elementos essenciais dos processos circulares restaurativos, a assunção de compromissos se torna mais eficaz por serem elaborados de forma voluntária, considerando os valores humanos universais de respeito, solidariedade, honestidade e de tolerância.

6 Considerações finais

Após alguns atendimentos realizados por conta do projeto e das oficinas, notou-se que tanto a vítima quanto o agressor são parte de um ciclo de violência familiar e que ambos merecem oportunidade de dialogar em um ambiente seguro, de escuta ativa e de expressão autêntica, a fim de proporcionar empoderamento, responsabilização e reparação de danos.

Consoante já manifestado, a ideia aqui apresentada não tem intuito de substituir ou concorrer com a prestação jurisdicional tradicional, já que a resposta restaurativa e a retributiva pode acontecer concomitantemente. Muito menos foi concebida para afrouxar qualquer possibilidade de punição do ofensor.

A originalidade da proposta decorre justamente da execução de uma metodologia integrativa para o enfrentamento da violência doméstica, sustentada na assunção de responsabilidades e obrigações dos envolvidos como resposta para as desavenças por meio do diálogo e empoderamento da mulher.

Insta salientar que geralmente nesse tipo de relação não há somente vítimas e agressores, mas sim, pessoas que buscam a felicidade, na medida do possível, conforme foram ensinadas para tanto.

A busca por relacionamentos saudáveis não é trabalho fácil, tendo em vista a construção social a que cada sujeito está submetido, considerando a sua criação e adversidades que muitos encontram nas relações familiares. Nesse sentido, a forma que exterioriza seus sentimentos acaba por ser violenta, seja fisicamente, moralmente ou psicologicamente.

Muitas vezes, o autor do fato e o receptor do fato possuem histórias parecidas e o diálogo permite que eles encontrem denominadores em comum que os mostram vulneráveis, sem máscaras, para que se vejam como seres humanos, repletos de sentimentos e de emoções que foram maculados e precisam ser reparados, restaurados, sem necessariamente, reconciliarem-se.

Não se pode negar que o Poder Judiciário é o responsável por proporcionar uma resposta enérgica acerca do cometimento de um crime, porém, a atuação retributiva não pode ser considerada a única capaz de conferir uma resposta satisfatória acerca do conflito de violência doméstica e familiar.

Ao oportunizar às partes a criação de um espaço de diálogo seguro, deve-se confiar aos próprios protagonistas daquela história, a capacidade de resolver o conflito e pactuar acerca da responsabilização e reparação do dano, mesmo que simbólica.

Referências.

____. *A Mulher na História. Actas do Colóquio sobre a temática da Mulher*. Disponível em: http://www.academia.edu/924842/A_Mulher_na_Hist%C3%B3ria._Actas_do_Col%C3%B3quio_sobre_a_tem%C3%A1tica_da_Mulher. Acessado em: 12/01/2016.

ALAMBERT, Zuleika. *A História da mulher*. A mulher na história. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira/FAP; Abaré, 2004.

BRASIL. Presidência da República. Cidadania e Justiça. Disponível em: http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/9-fatos-que-voce-precisa-saber-sobre-a-lei-maria-da-penha. Acessado em 18/01/2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acessado em: 12/01/2016.

CHRISTIE, Nils. Conversa com um Abolicionista Minimalista. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 6, nº 21, janeiro-março, 1998, Revista dos Tribunais. Entrevista. p. 14.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio*: constituição, invalidade, dissolução. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. Ed. Tradução de Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FROESTAD, J.; SHEARING, C. *Prática da Justiça: o modelo zwelethemba de Justiça Restaurativa.* In, Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima. *Agressão conjugal mútua*: justiça restaurativa e Lei Maria da Penha. Curitiba: Juruá, 2012.

GUSMÂO, Paulo D. *Dicionário de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

HENKIN, Rosana Monti. *O patriarcado e a luta das mulheres.* Disponível em: http://www.discursividade.cepad.net.br/EDICOES/14/Arquivos/henkin.pdf. Acessado em 01.06.2017.

PERNOUD, Regine. *O Mito da Idade Média.* Lisboa: Publicações Europa-América, 1978.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. Teoria e Prática. Série da reflexão a prática. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *O sistema punitivo: perspectivas de evolução. In: FRANCO, Alberto Silva et al. Justiça Penal portuguesa e brasileira: colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.
ROLIM, M. *Justiça Restaurativa: para além da punição*. In: ROLIM, M. et al. Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos? Textos para debates. Porto Alegre: IAJ, 2004.

SILVA-SANCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* São Paulo Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Maria Coeli Nobre da. *Justiça de proximidade (restorative justice): instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima.* Curitiba: Juruá, 2009.

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

____. *Direito sociedade e cultura na chamada idade média*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/30680/direito-sociedade-e-cultura-na-chamada-idade-media. Acessado em 29/03/2016.

____. *Na época do Brasil colonial, lei permitia que marido assassinasse a própria mulher*.Disponível em: http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/especiais/2013/07/04/na-epoca-do-brasil-colonial-lei-permitia-que-marido-assassinasse-a-propria-mulher. Acessado em: 29/03/2016.

____.*Mapa da Violência de 2015*. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acessado em: 18.05.2016.

____.*Violência contra as mulheres: um inquérito à escala da União Europeia.* Disponível em: fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_pt.pdf. Acessado em: 21.02.2017.

____. *Violência Doméstica. 80% das mulheres não querem a prisão do agressor*. Disponível em: http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2015-05-03/violencia-domestica-80-das-mulheres-nao-querem-a-prisao-do-agressor.html. Acessado em 18.05.2016.

____.*Visões sobre a mulher na Idade Moderna.* Disponível em: http://www.biuvicente.com/blog/?p=16. Acessado em: 12/01.2016.

____. *Relatório Violência contra a Mulher.* Acessado em: fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_pt.pdf.

PRÁTICAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM PETRÓPOLIS (RJ) EM PERSPECTIVA EMPÍRICA

Klever Paulo Leal Filpo
Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP). Pesquisador do INCT/InEAC/UFF
klever.filpo@yahoo.com.br

Maria Badia Medici
Carolina Gomes Ronck
Alunas da Graduação em Direito da UCP, pesquisadoras do GIPAC/UCP[92]

Resumo:

Trata-se de pesquisa empírica qualitativa, incluindo observações, estudo de casos e entrevistas realizadas na cidade de Petrópolis, RJ, mais especificamente nas Varas/Juizados Criminais, a partir do ano de 2016. Tem caráter incipiente e está vinculada a bolsa de iniciação científica. Pretende-se observar, compreender e descrever a utilização de práticas restaurativas em causas criminais, que têm lugar nesses juízos, por meio do emprego da mediação e do chamado "Grupo Reflexivo dos Homens Agressores" para casos de violência doméstica. As observações e entrevistas realizadas até o momento sugerem que a mediação é recebida e utilizada de forma tímida no contexto observado, mas sua importância é bastante enaltecida por alguns atores no plano do discurso, sobretudo os juízes. Quanto ao grupo de homens agressores, há relatos de bons resultados por parte de quem passou por essa experiência. O trabalho empírico prossegue e a proposta tem por objetivo compartilhar alguns dados de campo com os colegas do GT. A pesquisa conta com auxílio financeiro de órgãos de fomento: CNPq-Brasil, FAPERJ e FDC/UCP.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Pesquisa Empírica. Mediação. Homens Agressores

1 Introdução

A Justiça restaurativa faz parte da política pública de segurança que tem por objetivo a prevenção do crime, sendo considerada uma estratégia de administração institucional de conflitos (KANT DE LIMA, 2009). O termo "restaurativa" é aqui adotado em seu sentido mais amplo, para incluir as técnicas utilizadas pelos tribunais na administração dos conflitos de interesses, tendo por escopo a restauração das relações sociais, como, por exemplo: entre a vítima e o autor do crime; entre o autor do crime e a sociedade; entre pessoas ou grupos que vivam em situação de tensão e com alta possibilidade de se verem envolvidos em práticas delituosas (violência doméstica; lesões corporais; crimes contra a honra; dentre outros), adotando, neste último exemplo, um caráter até mesmo preventivo.

[92] A pesquisa conta com recursos do CNPq-Brasil e Fundo Celso da Rocha Miranda (Fundação Dom Cintra) na modalidade de bolsa de iniciação científica.

Para Sica (2007, p. 10), a justiça restaurativa é uma prática ou, mais precisamente, um conjunto de práticas em busca de uma teoria. Sob a denominação de justiça restaurativa encaixa-se a proposta de promover entre os protagonistas do conflito traduzido em um tipo penal, iniciativas de solidariedade, de diálogo, de entendimento, programas de reconciliação, dentre outros, na expectativa de restaurar as relações sociais rompidas pela ocorrência criminosa.

A pesquisa de que trata este texto vem sendo realizada no contexto do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa Empírica sobre Administração de Conflitos (GIPAC), ligado ao Mestrado em Direito da UCP, cujo objetivo é realizar pesquisas empíricas tendo como objeto das instituições Judiciárias e correlatas e as formas judiciais e extrajudiciais de administração de conflitos. Nesse grupo atuam mestres, mestrandos, graduandos, bolsistas de iniciação científica e Jovens Talentos da FAPERJ[93]. Alguns desses estudantes acumulam suas atividades acadêmicas com outras de estágio, sobretudo em órgãos públicos. Um deles, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

No âmbito desse Tribunal, alguns estagiam em Varas Criminais e no Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Esses estudantes relataram, no grupo de pesquisa, a experiência interessante que vinha sendo realizada na Comarca (mais especificamente o Fórum Regional de Itaipava) com o grupo reflexivo de homens agressores. Assim, surgiu a proposta de realizar pesquisa empírica buscando compreender e descrever essa prática. Se possível, associada às práticas de mediação também levadas a efeito no mesmo espaço judiciário, envolvendo a composição de danos cíveis nas ações penais submetidas ao rito da Lei 9.099/95.

Tanto a mediação como o referido grupo reflexivo são aqui considerados, a priori, práticas restaurativas para efeito de delimitação do objeto da pesquisa, ou seja, para serem abordados empiricamente por meio de observações e entrevistas. O projeto de pesquisa foi contemplado com bolsas de iniciação científica, tendo como proposta observar, compreender e descrever a utilização de práticas restaurativas em causas criminais, que têm lugar nesses juízos, por meio do emprego da mediação e do chamado "Grupo Reflexivo dos Homens Agressores" para casos de violência doméstica.

Por se tratar de pesquisa em andamento e ainda incipiente, a proposta do *paper* é colocar sob discussão no GT alguns dados já obtidos em abordagem exploratória, e que permitem pensar nas dificuldades de efetivação concreta das práticas restaurativas, o que parece vir ao encontro da proposta do grupo.

2 Mediação no Contexto das Práticas Restaurativas

Achutti (2014) informa que várias práticas podem ser inseridas dentro do conceito de práticas restaurativas. Para Sica (2007, p. 10), em um sentido amplo, pode ser entendida como restaurativa qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime. A introdução da mediação como método eficaz para tratamento de questões penais, embora controvertida, encontra muitos simpatizantes e geralmente é situada no bojo dessas práticas restaurativas acima citadas.

[93] Agradecemos à Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa no Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ) o apoio financeiro recebido não apenas na execução da pesquisa (no caso dos Jovens Talentos) como na concessão de diárias e passagens que permitiram nossa participação no evento Sociology Of Law 2017 em Canoas-RS. Edital FAPERJ Nº 12/2015 - Apoio Emergencial para os Programas e Cursos de Pós-graduação Stricto Sensu do Estado do Rio de Janeiro – 2015. Professor Proponente do Projeto e Titular do auxílio Financeiro: Professor Rodrigo Grazinoli Garrido.

No caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o uso da mediação na esfera penal é expressamente admitido no artigo 2º da Resolução n. 19/2009, com o seguinte teor:

> A mediação pode ter lugar antes mesmo da distribuição da ação e ainda que na pendência de recursos interpostos pelas partes, e não se limita aos processos de natureza civil, aí incluídas, preferencialmente, as questões referentes a consumo, família, a relações de vizinhança e todas as demais de trato continuado, mas se estende, também, às ações penais privadas; às públicas que versem sobre infrações de menor potencial ofensivo ou não, quando sujeitas a representação; às públicas incondicionadas de infrações de menor potencial ofensivo quando houver vítima direta, sujeita, entretanto, à apreciação do MP e d o Juiz a aceitação do acordo como forma de encerramento do processo por falta de justa causa, e bem assim às demais ações penais públicas, como cláusula ou condição de eventual suspensão do cumprimento da pena ou do processo.

Entretanto, algumas observações de campo parecem apontar no sentido de que essa possibilidade (de emprego da mediação em casos criminais) vem sendo explorada quase exclusivamente no plano teórico e acadêmico; no âmbito de projetos isolados ainda incipientes; ou por meio de percepções bastante particulares de alguns magistrados que, na direção de seus juízos, vêm estimulando o seu uso (MELLO e LUPETTI BAPTISTA, 2011).

São exemplos a atividade descrita por Veloso e Felipe (2012) no Núcleo Preventivo de Mediação Penal em Contagem, Minas Gerais, "que tem por objeto a prevenção e resolução de conflitos sociais com histórico e/ou indícios de violência doméstica" (VELOSO e FELIPE, 2012, p. 10) e atividades semelhantes também identificadas em Juizados de Violência Doméstica em Petrópolis, que descreveremos mais adiante.

Afora esses casos, que nos pareceram exceções, nos ambientes forenses em que a pesquisa de campo foi realizada, os operadores do direito, na esfera criminal, não estão familiarizados com o tema da mediação de conflitos, nem conseguem mencionar exemplos de práticas restaurativas que tenham presenciado e cujos resultados tenham sido por eles claramente percebidos.

Alguns de nossos entrevistados são conciliadores de JECRIM ou advogados que atuam em Varas Criminais. Em geral, quando indagados a respeito da experiência da mediação no espectro criminal, os entrevistados costumam informar que esta tem o seu espaço garantido dentro das causas submetidas aos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs), regidos pela Lei 9.099/95. Quando perguntado se no juizado em que trabalhavam os casos envolvendo relações continuadas (conflitos entre vizinhos e entre parentes, por exemplo) eram encaminhados ao centro de mediação da Comarca, a resposta mais corriqueira foi de que tal medida não se fazia necessária, porquanto dentro do rito próprio desses juizados já estava prevista a conciliação. "No JECRIM não precisa mediação. Isso já é mais ou menos o que é feito na conciliação", respondeu um dos entrevistados.

Esse posicionamento abriu margem para duas hipóteses a serem investigadas: ou realmente os conciliadores dos juizados criminais vêm adotando técnicas de mediação nas audiências preliminares, ou trata-se de um equívoco desses profissionais entrevistados, ao confundirem a mediação com a conciliação. Para esclarecer essa dúvida tornou-se necessário acompanhar algumas audiências de conciliação de JECRIM para verificar o uso das técnicas mediativas supostamente empregadas nessas oportunidades.

Embora fuja ao escopo deste artigo fazer uma longa digressão sobre o procedimento nos juizados especiais criminais, é pertinente situar a conciliação no âmbito desse procedimento. Segundo Pacheco (2005, p. 704), a conciliação no JECRIM corresponde à tentativa de composição dos danos cíveis eventualmente causados pela prática da infração penal. Essa conciliação, ainda

segundo o mesmo autor, pode ser conduzida pelo juiz ou conciliador sob sua orientação. A composição dos danos cíveis é sugerida às partes (autor do fato criminoso e vítima) em uma audiência preliminar. Sendo obtida, é reduzida por escrito e homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível (idem, p. 704), que tem eficácia de título que pode ser executado no juízo cível.

Havendo conciliação, variadas situações podem ocorrer, a depender da natureza da ação. Em se tratando de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação, a composição do dano cível resulta na renúncia tácita ao direito de queixa ou de representação. Nesses casos, o processo não seguirá adiante. Embora haja divergências doutrinárias a respeito, Pacheco (2005, p. 704-705) identifica, aqui, hipóteses de extinção da punibilidade. O mesmo autor explica que, nos crimes de ação penal pública condicionada, o Ministério Público não pode prosseguir sem a representação, pois falta condição de procedibilidade.

Por outro lado, em sendo hipótese de ação penal pública incondicionada, a conciliação obtida entre autor do fato e vítima não impedem, a rigor, o prosseguimento da ação. Nesse caso, o Ministério Público deverá verificar se é possível o arquivamento do feito por um dos motivos previstos em lei. Não sendo o caso, poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a ser especificada na proposta (RANGEL, 2005, p. 590-591). É o que se denomina de transação penal, uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública (RANGEL, 2005, p. 591).

Aceita a proposta pelo autor da infração, o juiz aplica a pena restritiva ou a multa, e esta não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir a concessão do mesmo benefício no prazo de cinco anos. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a conciliação que se realiza nesses órgãos de justiça tem por objetivo propiciar uma solução abreviada para o processo, o que efetivamente acontece em muitos casos mediante, tão somente, a composição dos danos, isto é, o ressarcimento proporcional ao ofendido ou a reposição das coisas ao seu status anterior.

Assim, conciliação cível e criminal operam de forma semelhante, no que diz respeito ao seu papel de dar cabo de processos em andamento. Porém, diferente do que foi informado em entrevistas por alguns conciliadores de juizados criminais, nesses espaços de conciliação destinados à composição dos danos cíveis, dentro dos limites da pesquisa realizada, não foi observado o emprego de práticas mediativas, tampouco o encaminhamento dos casos para o centro de mediação. Em geral, nas audiências de conciliação observadas durante a pesquisa de campo, salvo raras exceções, os conciliadores partiram diretamente para o oferecimento da proposta de transação penal formulada pelo Ministério Público, sem esclarecer para as partes quanto à possibilidade de composição de danos, equivalente à conciliação, e sem assegurar algum tempo para uma retratação, ou para a comunicação entre agressor e vítima, ou algo que o valha.

Segundo um conciliador indagado a esse respeito, isso acontece particularmente nas audiências em que as partes, ofensor e ofendido, estão acompanhadas de advogados, porque nesses casos os conciliadores presumem que já tenham sido anteriormente orientadas pelos patronos sobre o procedimento, tornando inúteis maiores esforços para conciliá-las (sobre esse ponto, cf. SOUZA NETO, 2000). Nesses casos é que a comunicação (algum diálogo humano) é ainda menos perceptível.

Também foi observado que esses juizados operam no limite de sua capacidade, no sentido de que há muitos processos para serem trabalhados. Isso faz com que as audiências sejam rápidas, pois não há tempo a perder. Nessa perspectiva, tal como foi observado em outros momentos, usar a mediação seria um problema, pois ela é considerada perda de tempo por alguns atores entrevistados.

Nem todos, porém, pensam dessa forma. O depoimento de um juiz demonstrou que ele próprio estava apostando suas fichas na mediação para solucionar conflitos ou melhorar a comunicação de pessoas envolvidas em situações conflituosas, especialmente quando estas são partes em variados processos. Disse ele:

> A mediação é adequada para qualquer tipo de conflito, até mesmo causas criminais. Ela vai trabalhar aquilo que o processo tradicional não cuida, que são as emoções. Muitas demandas são causadas porque as pessoas não sabem lidar bem com os outros. Eu mesmo, como juiz de juizado criminal, cuido de muitos casos de agressões envolvendo familiares e vizinhos, por exemplo. É comum ter problemas nesses condomínios. A vizinha de cima varre a sujeira para o apartamento de baixo e a vizinha de baixo, então, rega as plantas para cima. Um caso como este pode gerar múltiplos processos. Eu costumo dizer para essas partes que estão agindo como "faveladas" e mando o caso para a mediação. Tenho tido bons resultados porque a mediação trabalha nas questões de fundo, ou seja, nas emoções que deram origem àquele ou aqueles conflitos.

Uma explicação possível para essa divergência é que não faz parte da formação dos conciliadores de JECRIM o aprendizado de técnicas de mediação. Mesmo porque não parece estar disseminada, dentro do campo, a percepção de que a restauração de relacionamentos pode evitar o ajuizamento de novas demandas, contribuindo, assim, para controlar o número de novos litígios. Ao contrário disso, aparentemente o olhar dos operadores a quem competem os atos processuais, juízes e conciliadores em geral, está mais voltado para o encerramento dos processos já em curso, objetivo para o qual a conciliação está mais vocacionada, além de demandar menos tempo e recursos do que a mediação. Se o objetivo é encerrar processos, a conciliação promete resultados mais imediatos do que a mediação (KESSLER, 2009), além do que, como já afirmado linhas acima, esta é bem menos conhecida no meio jurídico, especialmente por aqueles que têm formação jurídica em sentido estrito.

3 O Grupo Reflexivo dos Homens Agressores

No plano normativo, pode-se dizer que as práticas restaurativas têm lugar, no Brasil, por conta da resolução número 225/2016 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Elas surgem num contexto onde a Justiça Tradicional parece não mais corresponder às expectativas de solução de conflitos, principalmente na esfera Penal, da sociedade contemporânea. Essa percepção parece ser compartilhada na academia pelos autores que têm produzido de forma mais expressiva nesse campo (v. g. PALLAMOLLA, 2009; ACHUTTI, 2014 e ROSENBLATT, 2017). Engessada em moldes primitivos, a Justiça Tradicional tem como principal objetivo de resolução da violência e suas conseqüências, a punição. Já a Justiça Restaurativa é linha de pensamento que propõe respostas diferentes em vista do cometimento do crime, mas seus limites não estão tão bem delineados.

Como anota Rosenblatt (2017), a justiça restaurativa é apontada na literatura anglo-saxã como um dos mais significativos desenvolvimentos da justiça criminal das últimas décadas, bem como do pensamento e da prática criminológica contemporânea. E a autora explica que:

> De fato, fora do Brasil, o movimento restaurativo tem invadido ambientes acadêmicos e não acadêmicos, com uma oferta crescente de cursos, eventos e publicações dedicados ao tema, e com leis e discursos políticos cada vez mais engajados e atentos à possibilidade restaurativa de abordagem dos conflitos.

> Diante da realidade estrangeira, a literatura nacional tem reclamado que o espaço acadêmico para debates sobre a justiça restaurativa ainda é restrito no Brasil. Impende destacar, entretanto, que a justiça restaurativa, além de relativamente desconhecida dentro do País, ainda constitui um modelo muito confuso fora dele. Com efeito, ainda são muitos os problemas em torno dos fundamentos teóricos da justiça restaurativa, de modo que não existe uma "teoria restaurativa" pronta e acabada, a ser traduzida e transplantada para o Brasil.

Esse esclarecimento parece importante porque de fato não é tarefa simples informar se uma determinada prática, como estas mencionadas neste *paper*, são ou não incluídas nesse rol de práticas restaurativas. Com efeito, as práticas restaurativas costumam investir no diálogo entre os sujeitos envolvidos e afetados pelo crime, bem como na reparação, humanização e proporcionalidade da pena, assistência à vítima, flexibilidade na aplicação do Direito Penal e, por fim, no resgate da convivência harmônica no espaço social afetado pelo crime, e seu entorno.

Como mediação e o grupo reflexivo encontrados no campo ostentam, aqui e ali, algumas dessas características, assumimos que sejam práticas de justiça restaurativa, até mesmo porque nossa proposta é abordar empiricamente esse objeto, não nos interessando, nesse momento, maior rigidez teórica.

No caso do grupo de reflexão de homens agressores, aqui considerado, este tem lugar em uma sala dentro do JECRIM-Juizado Especial Criminal do fórum de Itaipava, Petrópolis, RJ, em funcionamento há cerca de cinco anos. Os frequentadores do grupo são os "Homens Agressores" (homens que praticaram o crime de violência contra a mulher) e uma psicóloga funcionária do Tribunal é quem conduz o trabalho, que ocorre semanalmente, às terças-feiras, no fórum de Itaipava. A capacidade é de 10 a 14 participantes para cada sessão.

O trabalho observado nesse espaço faz parte de uma iniciativa institucional do TJERJ, de certa forma normatizada pelo tribunal por meio de documento da Escola da Magistratura (EMERJ) denominado de "Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Infratores" disponível na internet. Na apresentação desse documento, lê-se (TJERJ, 2017, sem página):

> O grande alcance social e caráter inovador da Lei Maria da Penha têm como um dos principais destaques a previsão da adoção de medidas punitivas em relação ao agressor, com vistas à prevenção, redução e interrupção do ciclo de violência, através da inclusão em grupos reflexivos com perspectiva de promover mudanças de atitudes e comportamento sobre a violência de gênero (art. 45 da Lei 11.340/2006).
>
> O trabalho de grupo com homens agressores de violência doméstica e familiar contra a mulher implementado pelo TJ-RJ antecede a promulgação da Lei Maria da Penha, evidenciando a posição de vanguarda por parte de alguns magistrados do Poder Judiciário Estadual.
>
> Ciente da importância do trabalho realizado pelos diversos Juizados no atendimento ao homem agressor, a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica do Poder Judiciário do Rio de Janeiro - CEJEM promoveu o I Workshop – Grupo Reflexivo de Homens Agressores em abril/2012, com a apresentação de trabalho das equipes multidisciplinares de cinco Juizados e do Instituto de Estudos da Religião- ISER. Ao término da apresentação, foi formado um grupo de trabalho com vista à padronização dos grupos reflexivos e dos respectivos sistemas de avaliação.
>
> A padronização resultou na reunião dos aspectos identificados como comuns a todos os grupos no tocante à estrutura, funcionamento e avaliação, preservando a autonomia das equipes multidisciplinares em relação à escolha da fundamentação teórica, das técnicas adotadas e da adequação dos temas das reuniões à peculiaridade da cada grupo.
>
> A partir desse trabalho, conclui-se pela necessidade de ser desenvolvido o Programa em tela para, através de forma planejada e coordenada, sistematizar

> o trabalho de grupo reflexivo nos Juízos com atribuição das ações de violência doméstica."

O documento em questão aponta as diretrizes do TJERJ para o funcionamento do grupo. Agora era necessário observar a prática. Nossa primeira interlocutora nesse trabalho de campo foi a psicóloga encarregada do grupo na Comarca de Petrópolis. Ela explicou que o nome do Grupo "Reflexivo" guarda relação estreita com o seu objetivo principal: a prática da empatia. O trabalho consiste em levar os participantes a uma reflexão, por meio de certas dinâmicas, em que o agressor se coloca no lugar da mulher e, a partir disso, consegue enxergar o quão danosa sua atitude foi para a mesma. Pedimos autorização para assistir algumas sessões mas, por hora, nosso acesso não foi permitido. Esperamos em breve contornar esse obstáculo. Assim, nossa descrição está calcada na fala de nossos entrevistados.

Tais dinâmicas, segundo a psicóloga responsável pelo grupo, acontecem por meio de filmes, documentários, músicas e slides, que auxiliam o grupo a reconhecer que a prática de agressão contra a mulher gera danos muitas vezes irreversíveis e extremamente lesivos a todos os sujeitos envolvidos, mas, principalmente, à mulher. Quando possível, as sessões são co-conduzidas por assistente social lotada no mesmo fórum tratando, portanto, de uma abordagem multidisciplinar – no dizer de nossa interlocutora.

A Lei 11.340/2006 (que criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal – Lei Maria da Penha) é amplamente discutida no grupo, bem como o problema da Violência contra a mulher, contextualizada como um fenômeno mais amplo e as diversas causas a ele associadas: aspectos sociais, culturais, religiosos, problemas de desemprego, desorganização do espaço urbano, etc. Saúde relacionada a questões de alcoolismo, drogas, doenças sexualmente transmissíveis, transtornos mentais e a outros de interesse do grupo. Relações familiares, aspectos emocionais e afetivos de uma relação a dois (ciúmes, traição, confiança). Cabendo à equipe multidisciplinar avaliar a seleção e ordem dos temas relacionados, bem como a inclusão de outros, a partir do levantamento dos interesses e necessidades de cada grupo.

Segundo nos foi explicado, os participantes do grupo são escolhidos por sorteio, e foi dito que ser sorteado, na ótica da psicóloga entrevistada, é um verdadeiro "privilégio", expressão que foi entendida como associada à qualidade do trabalho e assistência ali prestados. Mas que também pode significar, de certa forma, um abrandamento das consequências penais da prática da violência contra a mulher, o que necessita ser melhor investigado no curso da pesquisa, por se tratar de uma consequência, a princípio, não compatível com os propósitos da Lei Maria da Penha.

Percebemos que existem algumas contraindicações para participar do grupo como: abusador sexual, dependente químico com comprometimento, portador de transtornos psiquiátricos, autor de crimes dolosos contra a vida, participantes que apresentam comportamento prejudicial ao funcionamento do grupo. Quando isso é percebido já dentro do grupo, a equipe multidisciplinar informa ao Juízo as ocorrências de contraindicação à inserção ou permanência nos Grupos Reflexivos, sugerindo o encaminhamento para serviços especializados da rede social.

Para que os homens sintam-se mais à vontade, são feitas perguntas pessoais a cada um deles, bem como a demonstração de interesse em suas histórias de vida. Busca-se compreender o porquê da ação por meio da aproximação. Outro fator que auxilia as partes a "se abrirem" é a proibição de visitas ao Grupo Reflexivo; quando ocorreram, observou-se retraimento total dos participantes. Esse foi um relato da entrevistada. No nosso caso, o argumento prejudicou o

ingresso nesse espaço para as observações que consideramos necessárias e até cruciais ao desenvolvimento da pesquisa.

A duração de cada grupo é de até 10 semanas. Concluído um grupo, outro é iniciado com os participantes "sorteados" pelo juiz. Embora tenha sido explicado que se trata de um sorteio, algumas audiências assistidas nos levaram a crer que se trata de indicação pessoal, por critérios subjetivos, do magistrado.

Quanto aos resultados, foi informado que os homens agressores conversam entre si, também, o que os ajuda a darem forças um para o outro em prol da mudança coletiva. E que mediante essas dinâmicas a maior parte dos homens agressores sai "com a mentalidade totalmente reformada". Por fim, foi dito que "o número de reincidência nunca esteve tão baixo", impressão esta reforçada por falas dispersas de juízes, estagiários e advogados entrevistados no Fórum.

4 Considerações finais

Como dito ao início, trata-se de pesquisa incipiente. Temos apenas alguns dados iniciais, auferidos em trabalho de campo. Contudo, os mesmos podem ser compartilhados para suscitar reflexões interessantes e empiricamente relevantes. Elencamos abaixo algumas das percepções iniciais da pesquisa.

Em primeiro lugar, percebeu-se que tanto a mediação em sede criminal, como a iniciativa do grupo reflexivo parecem encaixar-se razoavelmente no contexto das práticas restaurativas. Mas, enquanto no plano da teoria existe grande entusiasmo acerca das possibilidades e qualidades da via restaurativa, as práticas observadas indicam que, no contexto da pesquisa e até o momento, trata-se de iniciativas concretas muito tímidas e de reduzidíssimas dimensões, à qual muito poucos aderiram ou à qual muito poucos têm acesso.

É bem verdade que, aqui, não se pode pretender aferir resultados em termos quantitativos. Afinal, o que as práticas restaurativas se propõem a fazer é aperfeiçoar, dar mais qualidade, à resposta estatal e social às práticas consideradas criminosas, especialmente restaurando a harmonia do grupo social afetado. Assim, seria inadequado, ao nosso sentir, aferir resultados por meio de estatísticas, número de acordos, ausência de reincidências, dentre outros correlatos. Mas o que queremos dizer é que essas práticas, no contexto, considerado, não têm nem mesmo visibilidade suficiente para serem reconhecidas pelos atores do campo como práticas legítimas no contexto considerado.

Vejam que os interlocutores conseguem identificar a conciliação como uma prática comum na esfera dos JECRIM, mas não a mediação propriamente dita. Ao mesmo tempo em que poucos ouviram falar no grupo reflexivo aqui referido, a despeito de funcionar há anos.

Essa percepção parece incompatível com o entusiasmo encontrado na teoria pertinente à justiça restaurativa, que enxerga nela, e com razão, um novo modelo de justiça, uma nova forma de administrar conflitos, de modo mais efetivo. Na prática observada, apenas os atores que lidam diretamente com essas ferramentas sabem de que se trata, e sempre consideram que as mesmas contribuem de forma positiva para a melhoria da prestação jurisdicional.

É uma questão interessante, que merece maiores reflexões tanto no plano teórico como prático.

Vislumbramos que, no prolongamento da pesquisa, poderemos manter contato com as pessoas envolvidas na utilização dessas práticas, sobretudo agressores e vítimas, a fim de permitir

melhor compreensão e descrição dos seus efeitos, em termos qualitativos. E esperamos poder retornar, em 2018, com mais dados para serem compartilhados no GT, em momento de maior maturidade da pesquisa.

Referências

ACHUTTI, Daniel. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125/2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos>. Acesso em 10 nov. 2013.

_____ . Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Códigos Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Lei 11.340 de 07 de agosto de 2006 - Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Códigos Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT DE LIMA, Roberto. A Justiça Restaurativa e o 'Novo Paradigma da Segurança Pública': análise da implementação de conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Projeto de Pesquisa Científica Ref. Edital MCT/CNPq n. 70/2009. INCT/INEAC, 2009.

KESSLER, Amalia D. Deciding Against Conciliation: The Nineteenth-Century Rejection of a European Transplant and the Rise of a Distinctively American Ideal of Adversarial Adjudication. Stanford Law Public Working Paper n. 1229249. Stanford Law School. 2009.

MARTÍN, Nuria Belloso. A Mediação. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Orgs.). Justiça Restaurativa e Mediação – políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora. Unijuí, 2011.

MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e Significados. Dilemas – Revista de Estudos de Conflitos e Controle Social. IFCS/UFRJ. Rio de Janeiro. v. 4, n. 1, jan./mar. 2011.

PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal: Teoria, Críticas e Práxis. Niterói: Impetus, 2005.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp.185-240.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. Disponível em < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>. Acesso em 10 mai. 2017.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO¸João Baptista de Mello e. Mediação em Juízo – abordagem prática para obtenção de um acordo justo. São Paulo: Atlas, 2000.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Atos Normativos Atinentes à Mediação de Conflitos. Disponível em <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em 10 ago. 2013.
_____. Padronização do Grupo Reflexivo dos Homens Agressores. Disponível em: < http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume14/volume14_padronizacao.pdf>. Acesso em 20 abr. 2017.

VELOSO, Letícia; FELIPE, Ana Paula Faria. Mediação Penal - Um Novo Modelo de Justiça. Congresso Internacional Interdisciplinar em Ciências Sociais e Humanidades. Niterói RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de Setembro de 2012, ISSN 2316-266X. Disponível em <http://www.aninter.com.br>, acesso em 10 jun. 2014.

PRÁTICA RESTAURATIVA E ALTERIDADE: A PRÁTICA RESTAURATIVA COMO PARTE DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO

Adriana Accioly Gomes Massa:
Mestre em organizações e desenvolvimento. Supervisora Educacional da Escola do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Membro da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado Paraná, facilitadora e instrutora de Processo Circular Restaurativo - Círculo de Construção de Paz pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Email: adriaccioly@gmail.com.

Paloma Machado Graf:
Mestranda em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Assistente de juiz de direito de 1º grau, membro da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado Paraná, facilitadora e instrutora de Processo Circular Restaurativo - Círculo de Construção de Paz pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Email: pmgr@tjpr.jus.br.

Resumo:

A proposta do artigo é refletir acerca da possibilidade de inclusão das práticas restaurativas no processo de formação e capacitação dos agentes penitenciários, ante a necessidade de inclusão desses profissionais no paradigma restaurativo, impactando nas relações de trabalho como também na interação, trato e convivência com os apenados. Os princípios que norteiam a Justiça Restaurativa, aplicados nas relações interpessoais, proporcionam aos indivíduos envolvidos em contendas, a capacidade de transformar os próprios conflitos de forma eficiente e perene. Isso porque não há como tratar da justiça restaurativa de forma isolada ou linear, pois não se trata de uma teoria ou metodologia apenas, mas uma nova forma de se relacionar, atuante no sentido de transformar as violências estruturais e relacionais em um novo contrato relacional em que se predomina o ser autêntico consigo e com outro, rompendo ciclos de violência que perpetuam pela dificuldade ou descaso com as questões eminentemente humanas, de conexão entre as pessoas, necessidades que nos conectam ao invés de nos afastar. Diante disso, evidente a importância de se qualificar e sensibilizar o agente que atua diretamente com a violência estrutural, institucional e relacional e que muitas vezes retroalimentam esse ciclo de escaladas da violência.

Palavras-chave: agente penitenciário. prática restaurativa. sensibilização e transformação.

1 Introdução.

Contemplar os atores sociais que integram o sistema penitenciário na teia de conversações restaurativas, composta por diversos profissionais como professores, juízes, assistentes sociais, promotores de justiça, defensores públicos, educadores sociais e outros, é buscar sistemicamente abarcar de maneira integrativa as diferentes facetas de um mesmo objeto de trabalho e estudo atinente às diversas expressões da hodierna sociedade, como violências, conflitos, crimes e infrações penais, buscando ressignificar e transformar a realidade concreta permeada do sentimento comum paradoxal de esgotamento e frustração, mas também de soluções que buscam fazer “mais

do mesmo", reproduzindo a violência e os mecanismos de controle e poder desvirtuados pelo autoritarismo e individualismo.

Nesse sentido, a disseminação da justiça restaurativa e das práticas restaurativas são relevantes, pois rompem com o paradigma da culpa, da violência, do controle introduzindo um paradigma pautado no respeito e na conexão entre todos.

A partir dessa compreensão de que estamos todos conectados por uma teia de relacionamentos, se percebe que quando rompida, todos são afetados – inclusive o próprio sistema carcerário.

Assim, ao tratar da violência com violência, além de nos afastarmos da nossa humanidade, da nossa essência, sentimos os danos causados por esta, gerando mais violência e afetando a todos, tendo em vista nossa conectividade afeta cada um de forma diferente.

É dessa percepção sistêmico-integrativa – da conectividade, da interconexão, a qual não inclui apenas os iguais, mas os diferentes, sendo a diversidade que traz a riqueza e a vida, incluindo interconexão e individualidade, em um mecanismo autopoiético de organização da vida – que a justiça restaurativa se baseia, trazendo princípios restaurativos, ou seja, princípios que possam restaurar ou endireitar as coisas, na medida do possível.

Esse endireitar ou recompor a teia relacional se dá a partir da compreensão do dano causado e das necessidades, buscando por meio de processos participativos e cooperativos, envolvendo vítimas, ofensores, interessados e a comunidade, pensar nas formas de reparação do dano, a partir da responsabilização que gera obrigações e não mais da culpa ou punição.

Imagina agora quando acontece a quebra da teia relacional pela ocorrência de um crime, essa quebra pode ser considerada pelo rompimento de um mecanismo homeostático do sistema, que ao romper, necessita se recompor e como será essa recomposição sem que todos os envolvidos participem? Quando a resposta ao dano é fornecida apenas por um agente que atua para punir ou penalizar aquele que aparece como causador do dano, sem perceber todos os envolvidos naquele fato? Quando a solução não tem como valor principal o respeito por todos os envolvidos, seja vítima, ofensor, comunidade, apenas atua com violência e punição junto aquele que gerou aparentemente o dano, como se recompõe a teia relacional? Aparentemente, porque esse dano pode ter sido desencadeado por outros danos "mal" restaurados, apenas em um mecanismo de reprodução ou transferência da violência ou do dano.

Enfim, esses questionamentos serão tratados no artigo, porém sem a pretensão de fornecer respostas prontas ou acabadas, mas buscando a reflexão do papel de cada ator social na teia relacional de nossa sociedade, especialmente, aqui nesse estudo, a importância de levar esses questionamentos para dentro do sistema que cumpre a função de executar o modelo da punição na forma de controle e autoritarismo, mas podendo se utilizar de ferramentas e princípios proporcionados pela Justiça Restaurativa.

2 O ambiente prisional e Justiça Restaurativa.

Para Nils Christie (1998, p.14) o Estado exerce o papel de controlador social, tendo em vista que ele "subtrai os conflitos das partes, transformam-nos em casos e as impede de participar diretamente da sua solução".

Caetano Duarte (2006, p. 47), explica que nesta via tradicionalista de atuação do Estado, "a emoção do drama social gerado pelo evento criminoso passou a ficar na mão de um procurador

público, mais interessado na satisfação do cumprimento da norma, através da condenação do delinquente, do que na satisfação dos particulares anseios de justiça da vítima".

A própria construção moderna, contratualista, delegou ao Estado o monopólio da punição, suprimindo a autotutela, quando do descumprimento da lei e desde então o Estado passou a se apropriar dos conflitos, substituindo a ideia de dano pela infração, não dando importância as vítimas, já que o seu papel é inquisitório e punitivo, conforme ressalta Achutti (2014).

Nessa mesma linha, Achutti questiona se o sistema moderno, que tem o monopólio da gestão do crime, é o único meio legítimo de se administrar conflitos na hodierna sociedade complexa. O sistema atual tem como base as ideias advindas da racionalidade moderna, como a universalidade, igualdade e objetividade, ou seja, se contrapõe a lógica da singularidade dos conflitos criminais, até mesmo por não considerar o delito como um conflito, que causou danos a uma pessoa real, pois está imerso na ideia que o dano foi causado ao Estado, ente abstrato. Essa lógica não consegue abarcar a complexidade da teia social traçada na sociedade contemporânea.

Nesse sentido e em contrapartida ao modelo tradicionalista, o Conselho Nacional de Justiça, por meio das Resoluções de n° 125/2010 e n° 225/2016, propõe uma Política Judiciária Nacional para tratar adequadamente os conflitos, de forma a devolver às partes a responsabilidade e as decisões sobre suas vidas e contendas, ou seja, em contraposição ao modelo da racionalidade moderna, busca trazer a lógica da singularidade dos conflitos, empoderando ou (re)empodenando[94] as pessoas envolvidas no conflitos, em um processo de co-responsabilização.

Tony Marshall explica que "a justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro." (FROESTAD, J.; SHEARING, 2005.)

Pode-se dizer que nos últimos 10 (dez) anos, o Poder Judiciário tem dado especial atenção às normas alternativas de resolução de conflitos, a fim de fomentar a cultura de pacificação social, solução e prevenção de litígios por meio dos métodos consensuais de solução de conflitos e princípios restaurativos.

O Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária do ano de 2015, efetuado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, preceitua que devem ser apontadas alternativas penais, como por exemplo:

> (...) a priorização da justiça restaurativa e da mediação penal, como primeira opção da política pública, com vistas à superação do paradigma punitivo e combate à cultura do encarceramento. Para tanto, são definidas estratégias para o enfrentamento ao uso abusivo da prisão provisória, que atualmente é um dos principais mecanismos de entrada no sistema prisional. (p. 5)
> (...)
> Apesar dos avanços alcançados pela política de alternativas penais nos últimos anos, a privação de liberdade segue sendo o mecanismo central da política criminal brasileira. É necessário inverter essa equação, de modo que as alternativas penais se tornem a primeira opção para o controle de infrações penais.
> O investimento nas alternativas penais deve implicar no combate à cultura do encarceramento e na revisão de procedimentos que envolvem desde as práticas policiais, passando por todas as fases do processo penal, até o momento da execução penal. No escopo das alternativas penais, a justiça restaurativa e a mediação penal devem ter lugar de destaque, de modo a fomentar modelos que superem o paradigma punitivo de política criminal. (p.8)

[94] (Re)empoderando no sentido de devolver o poder que as pessoas tinham até quase o final do periodo mediévico, o qual foi tomado pelo Estado.

Assim, evidente a ocorrência de uma lenta, porém, crescente mudança no olhar em relação ao sistema punitivo brasileiro a fim de superar o paradigma tradicional (retributivo) punitivo e combater a cultura do encarceramento.

Nesse aspecto a introdução de práticas restaurativas no Judiciário tem trazido boas experiências, isso porque o processo participativo dos envolvidos em um conflito traz maior eficácia às decisões construídas consensualmente, além de um maior sentimento de justiça e legitimidade. Ademais, a abertura para a participação dos envolvidos traz um senso de co-responsabilização e aumenta o senso de pertencimento, levando a maior compreensão e cumprimento daquilo que foi acordado.

Importante uma distinção quanto às nomenclaturas utilizadas. Primeiramente, práticas restaurativas é um termo utilizado para tratar de todas as praticas que contemplam o processo participativo consensual, o dialogo, a restauração das relações a partir de novas interconexões, abrangendo inclusive praticas de fortalecimento de vínculos, sem a necessidade de um conflito e também transcendendo a uma aplicação meramente judicial ou institucional.

Já a justiça restaurativa pode ser compreendida a como um novo paradigma que compreende o conflito criminal de modo diferenciado, não mais de forma impessoal ou objetiva, mas considerando a singularidade, complexidade, especificidade e diversidade das relações. Trata-se, assim, de um paradigma que vem transformar a maneira como as sociedades contemporâneas concebem o crime ou outros comportamentos considerados problemáticos.

Para Zehr (2012, p.49), a justiça restaurativa:

> É um processo para envolver tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o reestabelecimento das pessoas e endireitas as coisas, na medida do possível.

Nesse aspecto, a compreensão da justiça restaurativa e a vivência em práticas restaurativas como parte do processo de formação do agente penitenciário, pode contribuir para novas conexões inter-relacionais, seja entre os agentes e os internos, seja entre eles próprios ou entre os agentes e seus superiores hierárquicos. Ademais, esse processo formativo por contribuir também no ressignificado do conceito de punição, precavendo a continuidade no ciclo de violência, que hoje é reproduzido institucionalmente, especialmente no sistema prisional.

Toda violência que não é transformada é transferida. Nesse sentido, se não há transformação não há a interrupção do ciclo da violência, o qual se alastra nos mais diversos níveis relacionais e institucionais.

Oportuno colacionar trecho de Silva e Saliba (2008, p. 2886) sobre a Justiça Restaurativa:

> A reivindicação de um modelo de justiça criminal menos autoritário, mais inclusivo, mais participativo, menos traumático, mais legítimo e eficaz, que a justiça restaurativa propugna, não pode, portanto, ser considerado como simples modismo ingênuo, romântico ou passageiro. As promessas não cumpridas, os ideais ainda não alcançados do Iluminismo permanecem ainda relevantes e oportunos, como irrefragável conquista civilizatória. O diferencial é que a complexidade do mundo moderno não mais se permite fundar em razões 'dogmáticas', puramente acadêmicas, de 'cima para baixo'. A ética do discurso (que se apropria de uma reflexão sobre a linguagem, a comunicação, para bem sinalizar a indispensável exigência de uma mínima aceitação de valores, princípios, como premissa fundamental nas relações

> sociais e de poder) reivindica uma racionalidade compartilhada, dialogada, participativa, como única forma viável de se promover o primado do bem comum, num mundo de valores em constante mutação. E a 'justiça restauradora' resgata, restaura o valioso poder simbólico, comunicacional, em perspectiva dialógica, das esperadas censuras (e por vezes inevitáveis sanções) aplicadas pelo sistema penal.

Tal medida pode, futuramente, se estender para averiguar a possibilidade do uso das práticas restaurativas como forma de inclusão do apenado de volta ao ambiente familiar e comunitários, com a participação de todos os envolvidos no percurso executório da pena.

Atualmente, vê-se pelas notícias jornalísticas e pela grande reincidência entre os presos que a pena de prisão não tem servido para o cumprimento do seu papel que um dia foi designado: a ressocialização.

A prisão, quando do seu surgimento, não tinha como finalidade o castigo, mas sim acautelamento do condenado, com intuito de preservá-lo até a data do seu julgamento. Posteriormente, a chamada "sociedade disciplinar" por Foucault surgiu no final do século XVIII a fim de reorganizar o sistema penal da Europa, momento em que rompeu com sistema antigo da relação do crime com religiosidade ou moralidade.

No entanto, com o passar dos anos, nota-se uma superlotação das cadeias e penitenciárias tendo em vista a política criminal que prioriza a punição e o castigo do que a ressocialização do indivíduo encarcerado.

Nesse sentido, explica, Rafaella da Porciuncula Pallamola (2009, p. 31):

> (…) Foucault reproduz as críticas feitas ainda em 1820 e 1845 e observa que estas permanecem as mesmas até hoje, variando, apenas, em termos quantitativos: as prisões não reduzem a taxa de criminalidade – mesmo que se aumente, multiplique ou transforme as prisões, a criminalidade permanece a mesma ou aumenta; a detenção provoca a reincidência; a prisão fabrica delinquentes em razão das condições a que submete os apenados; a prisão favorece a organização de delinquentes solidários entre si e hierarquizados; os que são libertados da prisão estão condenados à reincidência, devido às condições de vigilância a que são submetidos; por fim, a prisão fabrica, indiretamente, delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria.

Isso faz com que o encarceramento não seja considerado a resposta mais efetiva para a ressocialização do sujeito, até porque, ante a superlotação e descaso com os direitos mais básicos, o apenado se sente injustiçado pelo Estado punitivo e incute no agente penitenciário, já desgastado pelo trabalho exaustivo e perigoso, a culpa pela situação a qual está submetido.

Portanto, o ambiente carcerário pode parecer não ser o mais adequado para aplicação e práticas tão sensíveis e humanas, mas é exatamente nesses ambientes, em que a reprodução da violência é evidenciadas, que a prática restaurativa produz mais e melhores resultados. É um resgate da humanização do humano e de todos os valores inerentes a essa condição humana.

3 A prática restaurativa e o agente penitenciário.

As práticas restaurativas dentro do ambiente carcerário proporcionam pequenas grandes mudanças no cotidiano dos envolvidos. Isso porque, essa mudança micro, possui um efeito macro, quando analisado o resultado final de uma prática restaurativa.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em conjunto com a Secretaria de Segurança Pública do Estado lançaram em novembro de 2016, uma penitenciária modelo no Brasil, chamada Unidade de Progressão da Penitenciária Central do Estado.

Esta Unidade Prisional, situada na cidade de Piraquara/PR tem como desiderato a mudança do olhar em relação aos presos e a forma que estes são tratados. Além disso, traz como finalidade a efetiva ressocialização dos presos, por meio dos atores e autoridades envolvidos do atendimento da população carcerária.

Diante desse propósito, foi ofertado aos agentes penitenciários e servidores envolvidos na atividade penitenciária a realização do Curso de Capacitação em Justiça Restaurativa com ênfase em Círculos de Construção de Paz e certificado pela Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em conjunto com a Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário.

Em um primeiro momento, foram selecionados cerca de 50 (cinquenta) agentes penitenciários para a realização de uma sensibilização acerca do processo circular, que foi realizado em 2 (dois) dias para que se pudesse apresentar o conceito e as propostas restaurativas.

Posteriormente, mediante voluntariedade dos agentes participantes da sensibilização, foi ofertado o curso completo para cerca de 30 (trinta) agentes, os quais efetivamente participaram do Curso de Capacitação com duração de 4 (quatro) dias.

Para as práticas restaurativas, um dos princípios norteadores mais importantes é a voluntariedade. Isso porque tal preceito é fundamental para que a pratica restaurativa seja sincera e transformativa, ao contrário do modelo unilateral e impositivo já utilizado pelo Estado.

A intenção nessa fase inicial do projeto, foi a de capacitar os agentes para que esses sejam capazes de identificar os conflitos latentes e possíveis de intervenção pelo diálogo entre os agentes, presos e entre agentes e presos, com o intuito de empoderar a equipe para o atendimento da situação conflituosa, para uma resolução positiva de conflitos internos.

A capacitação em práticas restaurativas e princípios básicos da comunicação não-violenta procura levar os participantes à reflexões, que iniciam com um processo de autoavaliação, do como "eu" funciono e qual o impacto do "meu" funcionamento na "minha" teia relacional, ou seja a capacitação fornece prerrogativas para o entendimento da complexidade da construção do indivíduo, do impacto de suas ações e da importância do desenvolvimento de habilidades empáticas quanto a dor e sofrimento alheios, entendendo que toda dor ou dano de um afeta a todos.

Imperioso destacar que ambas as propostas, da sensibilização e da capacitação, foram elaboradas e desenvolvidas especificamente para os agentes penitenciários, em consideração as peculiaridades os envolvidos, adaptado às demandas pessoais da própria categoria que se sentia excluída da atenção tanto do Poder Judiciário quanto da Secretaria de Segurança Pública.

Assim, foi visto que, primeiramente, antes de preparar os agentes para que estes possam resolver os conflitos internos cotidianos do fluxo de atendimento dentro de uma Penitenciária, se fazia necessário uma atenção especial para esses enquanto indivíduos marcados pelo peso do ofício que exercem.

Isso porque se faz necessário que o próprio sujeito facilitador compreenda os efeitos das práticas restaurativas em sua própria vida, a fim de conheça os resultados disso em suas relações interpessoais para que daí possa proporcionar o mesmo aos demais. Essa questão é muito importante, tendo em vista a necessidade de preparação dos indivíduos que irão facilitar o diálogo entre pessoas envolvidas em um conflito.

Oportuno colacionar trechos de 3 (três) depoimentos de Agentes Penitenciários que participaram do curso e enviaram por meio eletrônico, acerca de como o curso impactou em suas vidas. Os nomes permanecerão em sigilo tendo em vista a confidencialidade atinente às práticas desenvolvidas:

> Agente 1:
> "Participar do curso em JR fez eu me sentir mais confiante no trabalho e na vida pessoal. Ou, como se repetiu várias vezes durante o curso, me sinto "empoderado"! Mas neste caso, o poder vem do conhecimento e de práticas positivas para vivermos em sociedade de forma mais harmônica!
> É impressionante a transformação quando simplesmente aprendemos a ser mais ouvintes, do que fiel defensor de nossas próprias ideias, e que muitas vezes são as mesmas, mas que conflitam pelo simples fato de não serem suas.
> No profissional, pelo fato de trabalhar com pessoas que, em sua maioria vieram de um ambiente extremamente conflitante, onde geralmente impera a lei do mais forte, e a imposição do medo como demonstração de poder, a JR nos dá ferramentas que permite "baixar a guarda" desses indivíduos, e com isso, os mesmos passam a ser mais suscetíveis ao tratamento penal. Na minha opinião, a prática e o aprimoramento em JR deveria ser uma constante e extensivo a todos os profissionais envolvidos no tratamento penal." (sic)

> Agente 2:
> "O curso teve uma grande importância para minha vida pessoal e profissional (...) Na minha vida pessoal cresceu necessidade restauração foi imensa. Comecei a fazer mudanças dentro da minha casa, " Antes mesmo iniciou dentro de mim. Então comecei a observar mais as necessidades das minhas filhas e do meu marido, estimulando a contar com mais clareza o que era necessário para ter um convívio harmonioso. (...) Com os apenados na Unidade procuro transmitir os valores sociais. Eu tenho um detento que trabalha p mim no almoxarifado. Todos os dias pergunto p ele como se sente. faz um enorme diferença. Não pratiquei o círculo da paz. Queria muitooooo. vai chegar a hora certa. (...) Enfim. São várias coisas que me fez ter outro olhar p vida. Tem mais detalhes sobre este apenado. Ouço as " histórias" de vida deles que sinto a necessidade de fazer algo. Porém como agente penitenciário não podemos nos envolver emocionalmente. Algumas cautelas precisam ser tomadas. Mas dentro das minhas possibilidades sem infligir as normas legais eu busco fazer o melhor p eles, o simples fato de ouvi Los já faz mudanças." (sic).

> Agente 3:
> "Já tem um tempo que tenho buscado uma forma de melhorar como pessoa, como ser humano, e o curso da JR me fez enxergar algumas coisas de forma diferente.
> Como pessoa: fez com que eu me visse com mais atenção, me observasse com mais cuidado, que primeiro eu tenho que estar tratada e saudável para assim ajudar outras pessoas a se tratarem também. Depois de expor no curso e no grupo algumas situações que vivi, pude observar que aquilo que me incomodava já não era tão grande assim, que não tinha mais necessidade de me sentir machucada, ofendida ou com vergonha. Passei a encarar os problemas e adversidades de uma forma mais leve e tentando enxergar de vários pontos.
> Profissional: comecei a divisar meus colegas de trabalho com mais cuidado e atenção, busco conhecer um pouco mais de cada um, procuro não fazer um pré julgamento a respeito de suas atitudes, principalmente as que me

> incomodam. Isso faz com que o ambiente fique mais harmônico, ao menos pra mim, e espero que pra eles também.
> Minha mentalidade com relação aos presos mudou, depois do curso procuro entender um pouco mais o que leva uma pessoa a cometer algo que infrinja nossas Leis, algo que nós como sociedade reprovamos, muitas vezes repugnamos, algo que prejudique não só a outrem, mas também a ela e seus familiares. Passei e olhar com mais cuidado essas pessoas que ali vivem. Resumindo me tornou mais feliz e grata!" (sic)

A sensibilização foi necessária para mostrar aos participantes a importância da mudança do olhar para o sujeito, bem como, colocar em pauta a heterogeneidade das relações humanas a fim de promover a transcendência da visão individualista para considerar que este é resultado de todos os acontecimentos de sua vida, com os efeitos culturais, sociais, educacionais e econômicos suportados.

A reflexão proporcionada durante as sensibilizações buscou apresentar a complexidade das relações interpessoais e como o sistema impacta na vida dos indivíduos. É nesse contexto, que o trabalho de criação e desenvolvimento da capacitação e sensibilização de agentes penitenciários na Unidade Prisional modelo em Piraquara- Paraná, almeja para a administração dos conflitos dentro do sistema prisional.

Sabe-se que implementar uma cultura de pacificação social e de respeito aos direitos humanos dentro do sistema prisional não é tarefa fácil, tendo em vista a resistência encontrada dentro da própria unidade, pelos agentes que não se sentem incluídos e acolhidos pelas tradicionais propostas de atendimento diferenciado aos presos.

Não seria outra a reação dos agentes, porquanto, por muitas vezes, estes não são consultados ou informados sobre as atividades que serão administradas dentro do ambiente carcerário, o que de certa forma causa desconforto ante ao sentimento de anulabilidade da importância do seu papel como agente em contato direto com os presos.

Portanto, para que haja a transformação de um profissional e do seu ambiente de trabalho, com intuito de que esse torne um facilitador de Círculos Restaurativos ou Círculos de Construção de Paz, indispensável que este se desprenda de preconceitos para que possa exercer a função com esteio no altruísmo e empatia, sustentando a sua conduta nos preceitos básicos de respeito, tolerância, paciência, humildade, generosidade, escuta ativa, entrega e disposição, utilizando-os como instrumentos imprescindíveis para desempenhar seu trabalho.

A atuação do agente penitenciário como facilitador se baseia de na interpretação do significado dos alertas acerca das necessidades não supridas. O ambiente carcerário, em que pese em um primeiro momento, não se mostrar o mais acessível e adequado para tratar de assuntos difíceis, a comunicação mais humana poderá ser muito produtiva quando há um esforço intencional e verdadeiro em auxiliar o outro.

Sabe que o conflito surge, geralmente, de opiniões divergentes entre os sujeitos, trazendo a ideia maniqueísta de certo e errado. Ao se tornarem opositores, os sujeitos se afastam da possibilidade de vislumbrar um entendimento para a solução de determinado conflito, diante da dificuldade de comunicação por não respeitarem, em muitos casos a fala e a escuta uns dos outros.

Diante disso, com a evolução da sociedade contratualista, a humanidade cria a figura do Estado, como um terceiro lado ou elemento, como se fosse o único capaz de resolver conflitos, de forma imparcial e eficiente, partindo da interpretação dos fatos narrados dentro de um processo.

No entanto, a partir dessa concepção, os sujeitos deixam de ser pessoas e passam a ser autor, réu, testemunha, informantes, perdendo sua verdade identidade de sujeitos que sofreram ou cometeram um dano e isso de alguma forma precisa ser reparado.

Os envolvidos em um conflito perdem sua identidade e, consequentemente, a capacidade de se reconhecer no outro, a humanidade comum que nos une, transferindo para uma terceira pessoa, estranha à lide, a capacidade de resolver seus problemas.

Assim, o que se propõe nas práticas restaurativas, é a possibilidade desse terceiro lado, o indivíduo alheio, se constituir dentro daquilo que se denomina como facilitador (a), e na presente proposta, que seja o Agente Penitenciário, habilitado e capacitado para proporcionar aos diferentes sujeitos envolvidos em um conflito, o diálogo – por meio da fala assertiva e escuta ativa – com o reconhecimento destes como indivíduos capazes de solucionarem seus próprios conflitos, com base nos princípios da alteridade, empatia e humanidade .

4 A transformação das relações dentro do ambiente penitenciário.

Imperioso constar na finalização deste artigo breve relato acerca dos cursos de Capacitação em Justiça Restaurativa com Ênfase em Círculos de Construção de Paz ministrados para os agentes penitenciários atuantes na Unidade de Progressão da Penitenciária Central do Estado do Paraná.

Assim, como bem disse Carl Jung: "Conheça todas as teorias, domine todas as técnicas, mas ao tocar uma alma humana, seja apenas outra alma humana." Portanto, além da capacitação teórica fornecida pelo curso, foi necessário relacionar esse conhecimento com a práxis e, nesse sentido, proporcionar aos agentes penitenciários capacitados que sejam remetidos à humanização em relação às pessoas que serão atendidas por este dentro do ambiente prisional, bem como, consigo mesmos.

Kay Pranis (2010), norte-americana que ensina acerca dos Círculos de Construção de Paz, descreve que o processo circular é um de contação de histórias, onde se narram vivências e experiências de vida, sejam elas histórias de glória, de luta, de sofrimento ou de amor. Sentados em círculo, os participantes criam um ambiente seguro para que possam, de forma confidencial e voluntária, compartilhar suas histórias de dor, alegria, sofrimento, vitória e superação, a fim de reconhecer-se no outro como humano e motivar a transformação pessoal dos envolvidos. Essa metodologia é baseada na cultura de não violência que prioriza a identificação das necessidades não supridas dos sujeitos e da comunidade, a fim de melhor compreender a gênese do conflito, se o caso, ou do sofrimento individual.

Arun Gandhi diz que (Apud, ROSENBERG, 2006):

> A não-violência não é uma estratégia que se possa utilizar hoje e descartar amanhã, nem é algo que nos torne dóceis ou facilmente influenciáveis. Trata-se, isto sim, de inculcar atitudes positivas em lugar das atitudes negativas que nos dominam. [...] A não-violência significa permitirmos que venha à tona aquilo que existe de positivo em nós e que sejamos dominados pelo amor, respeito, compreensão, gratidão, compaixão e preocupação com os outros em vez de sermos pelas atitudes egocêntricas, egoístas, gananciosas, odientas, preconceituosas, suspeitosas e agressivas que costumam dominar nosso pensamento. [...] O mundo em que vivemos é aquilo que fazemos dele. Se hoje é impiedoso, foi porque nossas atitudes o tornaram assim. Se mudarmos a nós mesmos, poderemos mudar o mundo, e essa mudança começará por nossa linguagem e nossos métodos de comunicação.

Foram realizados 3 (três) cursos até o presente momento para cerca de 55 (cinquenta e cinco) agentes penitenciários e servidores vinculados ao sistema.

Durante o curso, foi possível perceber a necessidade de atenção, respeito e cuidado que os agentes penitenciários precisam para bem desenvolver suas funções. Pelo relato dos agentes participantes, esses apresentaram várias demandas quanto à segurança, alimentação, higiene e condições básicas necessárias que envolviam a prática do serviço. No entanto, muitas dessas demandas não eram sequer conhecidas dos superiores hierárquicos para que pudessem sem discutidas e averiguadas, tendo em vista a falta de união e diálogo entre os próprios agentes.

Assim, se fez necessário proporcionar a reflexão de que eles seriam capazes de apresentar as demandas para os superiores, e que isso faz parte do empoderamento da classe, como unidade integrada que trabalha em conjunto para manter a segurança e direitos.

Os 4 (quatro) dias de curso são utilizados para a desconstrução do sujeito que usa uma armadura para esconder os sentimentos e emoções, por medo de mostrar sua vulnerabilidade, diante do trabalho que desenvolvem, que é iminentemente desgastante e, de certa forma, perigoso.

Nesse mesmos 4 (quatro) dias, também foi necessário proporcionar uma nova construção do sujeito como aquele capaz de identificar a humanidade existente no outro, para que possa olhar além da condição que aquele outro se apresenta.

5 Considerações Finais

Tendo em vista que a contemporaneidade trouxe a liquidez das relações e que o cuidado e a preocupação com o outro deixa de fazer parte do cotidiano, a prática restaurativa surge como um resgate da humanidade em comum existente nos indivíduos.

O conceito de alteridade precisa ser pensado para além das relações superficiais, para que o indivíduo possa se aprofundar na plenitude do humano, superando as diferenças.

Esse instrumento de se colocar no lugar do outro possibilita que o sujeito consiga entender ou compreender uma situação pela perspectiva do outro, para que então, possa ser tratado com respeito e dignidade.

A capacitação em processos circulares oferta aos agentes penitenciários a qualificação para lidar com conversas mais difíceis e, por isso, necessária adequada preparação dos (as) facilitadores (as) para administrar conflitos entre os próprios servidores ou entre os encarcerados para melhor atender do diálogo.

A filosofia apresentada pelos processos autocompositivos fundada na cultura de não-violência, partem dos pressupostos de que todos somos seres humanos que possuem carga emocional e cultural de envolvimento com o outro. Assim, em que pese a ligação com o outro, a autopreparação e o autocuidado servem como demarcações das funções de facilitar conflitos, principalmente, em situações de crises.

A utilização de ferramentas e técnicas intrínsecas dos processos circulares auxilia os agentes penitenciários na construção de soluções mais adequadas para os conflitos dentro do ambiente prisional, porquanto proporciona o aprimoramento e qualificação da função exercida por este.

Diante do explanado, as atribuições agente penitenciário que atua como um facilitador, nos remete ao sentido literal de seu significado, qual seja, facilitar o diálogo entre pessoas. Ao resgatar os ensinamentos ancestrais de nossos antepassados, reassumimos nossa capacidade de resolver os conflitos e proporcionamos aos nossos semelhantes, esse mesmo empoderamento, atuando com respeito à dignidade do outro, a fim de encontrar a solução mais adequada para o caso concreto.

Referências

ALRS - Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. *Relatório da Subcomissão da Situação Carcerária.* Porto Alegre: Editora ALRS, 2012.

ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga.* Civitas – Revista de Ciências Sociais, Volume 13, nº 1, Jan-Abr de 2013.Págs. 154-181.
_____ *Justiça Restaurativa e abolicionismo penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHRISTIE, Nils. *Conversa com um Abolicionista Minimalista*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 6, nº 21, janeiro-março, 1998, Revista dos Tribunais. Entrevista.

DUARTE, Caetano. *Justiça Restaurativa*. Sub Judice – Justiça e Sociedade, Lisboa, Ideias, n. 37, 2006.

FROESTAD, J.; SHEARING, C. *Prática da Justiça:* o modelo zwelethemba de Justiça Restaurativa. *In*: Slakmon, C., R. De Vitto; R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD)

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História da violência nas prisões.* São Paulo: Editora Vozes. 1988.

FROESTAD, J.; SHEARING, C. *Prática da Justiça: o modelo zwelethemba de Justiça Restaurativa. In* Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.). Justiça Restaurativa Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

NASSARO, Adilson Luís Franco. *O policial militar pacificador social: emprego da mediação e da conciliação no policiamento preventivo.* Tese apresentada Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo. São Paulo. 2012.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática.* São Paulo: Editora IBCCRIM, 2009.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares. Teoria e Prática*. Série da reflexão a prática. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2010.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Souza. *Justiça Restaurativa: Um caminho para a humanização do direito.* São Paulo: Editora Juruá. 2012.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não -violenta.* Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. 3º Ed. São Paulo: Ágora, 2006.

SILVA, Eliezer Gomes da; SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa, sistema penal, direito e democracia – intercessões ético-discursivas*. In: XVII Encontro Nacional do CONPEDI, 2008, Anais Eletrônico... Brasília, 2008. Disponível em: <// http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/04_890.pdf >

ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: teoria e prática*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Manual de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná* – 2015. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/7836487/Manual+JR++NUPEMEC+TJPR.pdf/2dee4c67 - fc1a-40ae-a896-9b86a7d631a1 Acessado em 06.04.2017.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA À CRISE DA LEGITIMIDADE DO ATUAL SISTEMA PENAL

Karoline Freire Oliveira
Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil (PR).
Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Bolsista CAPES.
Editora da Revista Direitos Fundamentais e Democracia (A1).
Advogada. karolinef2904@gmail.com

Resumo:

O presente estudo aponta a contextualização do sistema punitivo por meio da pena e a crise na atual aplicabilidade da função da pena no ordenamento jurídico brasileiro, que fez trazer à baila a apresentação da Justiça Restaurativa. Deste modo foram identificados outros modelos que objetivam alterar ou complementar o modelo de sistema punitivo por meio da pena, quais sejam: abolicionismo e vitimologia. A partir de sua contextualização no ordenamento jurídico, enfatizaram-se as figuras do ofensor, ofendido e comunidade, como tríade essencial à mediação na Justiça Restaurativa, contemplando a visão punitivista desta modalidade de aplicação no processo penal, com bases na responsabilidade na alteridade.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Sistema retributivo. Reformas penais.

1 Introdução

Apresenta-se e analisa-se a Justiça Restaurativa e sua real vinculação ao sistema de justiça criminal. A insatisfação com o atual modelo de punição adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que vê na restrição da liberdade, uma maneira eficaz de diminuir os índices de ocorrência de delitos, não surte efeitos. A superpopulação carcerária transborda em dicotômica apresentação pelo Estado daquilo que é denominado de ressocialização, para algo utópico e sem quaisquer aplicabilidades positivas ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta seara, vislumbra-se a real necessidade de apresentar algo que, embora faça parte de um sistema punitivo, admita a mediação penal como centro da resolução de conflitos que se instauram entre vítima, ofensor e a comunidade. Assim, indica-se a análise crítica da Justiça Restaurativa e de sua capacidade de aplicabilidade ao sistema jurídico brasileiro.

Faz-se uma análise preponderante da atual política penal, com a indicação do sistema de pena retributivo em crise, abarcando a prisão como o instituto de correção, situação que pode ser entendida como a aplicação da proteção dos bens jurídicos, deixando invisíveis a vítima e a comunidade que sofreram a agressão, o que culmina em uma sociedade meramente punitiva por meio da aplicação de pena.

Logo, a partir do momento em que o Estado tratou o dano a partir da visão de infração, as vítimas deixaram que participar de fases processuais de sumária importância, tal qual sua resolução, à vista que, suas vontades foram descaracterizadas pela atual política processual penal do ordenamento jurídico brasileiro.

Diante dessa temática, o que se percebe é a administração confusa, caótica e não eficiente dos meios utilizados para "punir", no sentindo de que, baseia-se na utopia da igualdade e da universalidade, que resulta na ideia de quebra da sistematização da norma e de delito e não de conflito que resulta em um dano.

O modelo restaurativo, que ainda se encontra com sua definição em construção, vez que seus preceitos são recentes e pautados em discussões sobre aplicação e instauração no sistema de política punitiva que foge da aplicação da pena.

Tem-se como principais instrumentos da Justiça Restaurativa a relegitimação da vítima, que constrói maior confiança quanto à coletividade no ordenamento jurídico e retoma ao direito penal questões veiculadas ao convívio em comunidade, resultando em um modelo consensual ao redor das regras do ordenamento jurídico. Dessa forma, às decisões penais atribuir-se-ia um papel positivo na resolução dos conflitos, sendo desnecessária a punição com base na aflição, no medo e na incongruência com os preceitos sociais, passando a prática restaurativa a trazer não mais um modelo baseado na retribuição, mas em uma relação no estabelecimento de conexão entre ofensor, ofendido e comunidade para o consenso sobre o delito ocorrido.

Ademais, no encadeamento restaurativo o princípio da alteridade fica evidente e deve ser respeitado, uma vez que é por meio dele que veda-se a incriminação de conduta meramente subjetiva, sendo que a mediação penal é a interação social e ponto essencial ao encontro face a face entre autor e vítima, pelo fato de que não há abstração ou padrão de hostilidade que resista à subjetividade do encontro entre as partes.

2 Justiça Restaurativa como Alternativa à Crise da Legitimidade do Atual Sistema Penal.

O objetivo central da prisão baseou-se no instinto de correção, de modo que, o poder codificado de punir acoplava-se em um poder disciplinar de vigiar. Assim, as leis passam a punir de modo seletivo os indivíduos infratores, da sorte que, a requalificação do sujeito de direito pela pena torna-se um instrumento de prática de novo delito, da forma que o direito passa a ter um papel inverso e torna-se um "contradireito", conforme denominou Foucault, tornando-se um conteúdo altamente efetivo e institucionalizado das formas jurídicas[95].

Logo, os conflitos sociais estão veiculados às estruturas de poder, sendo que o sistema penal está baseado na imposição de penas, que, em sua evolução, passaram a ganhar viés público, no sentido de que, com a desenvolvimento sócio-político havia a necessidade de preservar a estabilidade das relações sociais por meio da aplicação de uma pena pública[96].

O objetivo da pena, portanto, seria a manutenção da ordem por meio do Estado, bem como em dar à sociedade a eficaz segurança das relações sociais. Com a pena, tem-se apenas a proteção do bem jurídico[97] e são esquecidas a comunidade social e a vítima do delito, dando margem a uma grande crise do sistema punitivo que é atualmente adotado no Brasil, permitindo análises profundas e detalhadas de outros meios sancionatórios, que não apenas a restrição da liberdade para tornar o sistema de administração criminal mais efetivo para a tríade que está envolvida na ocorrência do delito: o ofensor, a vítima e o Estado, que representa o interesse social.

---

[95] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p.184.
[96] DOTTI, René Ariel. Bases e Alternativas para o sistema de penas. São Paulo: RT, 1998, p.31.
[97] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 258.

Michel Foucault denomina a sociedade na qual o Estado desempenha funções corretivas, em conjunto às demais, denominadas "penitenciárias", representadas pelas práticas de aprisionamento, como "sociedade punitiva"[98], existindo, especialmente destacado pelo autor no século XIX, uma colonização das instituições jurídicas por meio dos mecanismos disciplinares que

> (...) ao fazer da detenção a pena por excelência, ela [nova legislação] introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz 'igual', um aparelho judiciário que se pretende autônomo, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, 'pena das sociedades civilizadas'99.

Ademais, ainda para FOUCAULT, a punição ganha um novo formato, tal qual um poder disciplinar, tendo como objetivo a normalização, produzindo uma 'penalidade da norma' que é irredutível em seus princípios, da mesma sorte que seu funcionamento é baseado na penalidade tradicional da lei. Assim, a origem do funcionamento jurídico-antropológico que perpassa toda a história da penalidade não está na superposição à justiça criminal das ciências humanas, e nas exigências próprias a essa nova racionalidade ou ao humanismo que ela trará consigo; ele tem seu ponto de formação nessa técnica disciplinar que faz funcionar esses novos mecanismos de sanção normatizadora [100].

Assim, ao longo da existência do modelo baseado na punição por meio da pena, diversas mudanças foram sendo realizadas para preencher as lacunas deixadas ao longo dos anos. Instituiu-se o critério da proporcionalidade entre o ato, surgiu a ideia de reabilitação, bem como as penas alternativas. Porém, visualiza-se com as penas alternativas à restrição de liberdade o não ingresso efetivo ao sistema penal como forma de substituição do cárcere, mas adicionaram-se ao encarceramento, aumentando o campo de atuação do controle formal [101].

O controle penal, por meio de um Estado penal onipresente, é um inegável fenômeno planetário, que fora desenvolvido nos Estados Unidos e na Europa e, mais tarde, expandiu-se para o mundo como uma forma de 'marketing ideológico', não deve ser procurado como uma forma de expansão da criminalidade, mas no amplo quadro de transformações conhecidas pelo nome de globalização, centralmente na dualidade: mercado onipresente e excludente e o Estado, baseado na economia, na soberania e, por diversas vezes, ausente, porém, penalmente atuante[102].

A ampliação das possibilidades de alteração da pena restritiva de liberdade, especialmente representada pelas penas alternativas, formaram uma enorme cadeia de ineficácia, pois de nada serviram para alterar a situação do sistema penal, isso porque, a pena de prisão e as penas alternativas passaram a representar uma mesma interpretação do crime e da justiça, que, para Zehr, abrange que: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e, é a violação da lei que define o crime[103].

---

[98] FONSECA , Marcio Alves da. Michel Foucault e o direito. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.133.

[99] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 81, 2014.

[100] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 82, 2014.

[101] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. v.6, n.1, p.83, 2014.

[102] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Movimentos Contemporâneos do Crime. p. 2.

[103] ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Partindo desse diapasão, a norma penal tem como destinatário todo indivíduo da sociedade sem qualquer distinção[104], havendo uma nítida vinculação entre a pena e o interesse da sociedade na proteção dos bens jurídicos, aos seus valores e à estabilização social[105]. Porém, aos olhos dos criminologistas contemporâneos, nos moldes atuais, o sistema punitivo baseado na pena demonstra-se desigual na sua aplicação, conforme as observações realizadas por ZAFFARONI E BATISTA[106], na indicação sobre o processo de criminalização[107], que acarreta em uma contínua crise do sistema punitivo por meio da pena, que permite a visualização de outras alternativas que sejam capazes de auxiliar e guiar o sistema penal para um formato que garanta, especialmente, a igualdade e a justiça social, sendo imprescindível que não exista apenas o ato de punir do ofensor, mas que exista uma relação direta entre ofendido e ofensor para a pacificação de conflitos.

Para Nils Christie o conflito propriamente dito representa o bem subtraído mais importante. Os conflitos são elementos importantes na vida social. As vítimas de crime, no entanto, perdem o direito de participar na solução deles. Desse modo percebe-se que o Estado subtrai os conflitos das partes para si[108].

Assim, deve-se visualizar que a necessidade de uma proposta de interpretação das situações conflituosas que busque uma atitude anti-reducionista, uma vez que o crime não é um tumor ou uma epidemia, mas um grave problema entre pessoas e a sociedade[109].

Suxberger, nesse sentido, enfatiza que o crime é um problema "da" comunidade, que nasce "na" comunidade e deve ser resolvido "pela" comunidade[110].

Os sinais de fracasso do sistema punitivo são evidentes, especialmente pelo fato de o mesmo estar sobrecarregado pelas funções de resoluções dos conflitos, como meio de controle social do delito[111]. As normas penais e sociais estão em dissonância e denotam a falibilidade e a desigualdade do sistema penal vigente. A prisão dentro desse sistema funciona como principal instrumento de perpetuação do modelo punitivo baseado na aplicação da pena, com objetivos aparentes e ocultos.

---

[104] Cita-se BATISTA: "O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. [...]. O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade na expressão de Von Liszt, 'só a pena necessária é justa' -, quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais e ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade da pessoa humana a pena deveria, disse certa ocasião Roxin, ser vista como o serviço militar ou o pagamentos de impostos -, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela." (BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.25-26).

[105] ZAFFARONI e PIERANGELI: "o direito penal deve cumprir um objetivo de segurança jurídica que não se diferencia substancialmente, da defesa social entendida. [...]. O direito penal à medida que vai se aproximando de sua meta asseguradora, cumpre também a função formadora de cidadão." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p.94-95).

[106] ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Revan, 2003, p.43.

[107] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. Direito Penal Brasileiro. Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Revan, 2003, p.43.

[108] CHRISTIE, Nila. Limits to Pain. 1981, p.35. Apud: SILVA, Karina Duarte Rocha da. Justiça Restaurativa e sua aplicação no Brasil. Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de bacharel em Direito, Brasília, 2007. Sem publicação. p.13.

[109] GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Gárcia-Pablos. Criminologia. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310.

[110] SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A interpretação penal como reflexo do modelo de Estado. A busca por uma interpretação penal legítima no Estado Democrático de Direito. Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.

[111] BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.25-26.

Os objetivos ideológicos do aparelho penal se resumem nas metas de repressão da criminalidade e de controle e redução do crime. Os objetivos reais do aparelho penal constituem numa dupla reprodução; reprodução da criminalidade pelo recorte de formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados e reprodução das relações sociais, porque a repressão daquela criminalidade funciona como tática de submissão ao poder empregada pelas classes dominantes[112].

Ademais, a privação de liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, mediante desclassificação social objetiva e a representação da execução da pena privativa de liberdade como a máxima desintegração social do condenado. Ainda, a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado que excluem a reintegração social e realizam a chamada self fulfilling prophecy, ou seja, uma profecia autorrealizada que é um prognóstico que, ao se tornar crença, provoca sua própria concretização e com isso atrai disposições aparentemente inevitáveis de carreiras criminosas. Nesse aspecto pode-se destacar ainda que esta prognose negativa está fundada em indicadores sociais desfavoráveis, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções no sistema de controle. Finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência e, portanto, maior a formação de carreiras criminosas[113].

Atualmente o pensamento vigente baseia-se na racionalização do poder punitivo estatal, bem como, pelo destaque às garantias fundamentais do indivíduo. Porém, a operacionalidade do sistema punitivo está concentrada nos operadores das agências de poder que são as definidoras do conceito do que é delito ou do que é lícito perante o ordenamento jurídico estatal. Dessa forma, a criminalidade não seria um dado ontológico, mas realidade social constituída pelo sistema de justiça criminal por meio de deficiência e da reação social [...]. Assim, a criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas realidade social construída por juízos atributivos, determinados, primariamente pelas meta-regras e, apenas secundariamente, pelos tipos penais: juízes e tribunais seriam instituições determinantes da realidade, mediante sentenças atributivas de qualidade aos imputados, com estigmatização, mudança de status e de identidade social do condenado[114].

Fácil então é de se observar que o sistema vigente não encontra respaldo no sentimento de justiça social, afastando-se a dogmática jurídico-penal das garantias fundamentais. A pena distanciou-se de sua função social, tornando-se um sinônimo de opressão. Dessa forma, a solução do conflito pelas partes envolvidas é a oportunidade de discussão sem o posicionamento da instância judicial como detentora e provedora da verdade. A restauração tem de substituir a busca pela verdade. As decisões das instâncias que detém o poder jurisdicional, que mantém ofensor e ofendido distanciados, afasta, da mesma forma, qualquer possibilidade de consenso entre o Estado, a vítima e o ofensor. No viés contrário vem o processo restaurativo trazendo a ênfase no diálogo, destacando as razões e contrarrazões que devem ser consideradas na mediação penal, o que faz

---

[112] SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.80.

[113] SANTOS, Juarez Cirino. Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.25-26.

[114] SANTOS, Juarez Cirino. Anatomia de uma Criminologia Crítica. Apud: BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.11-12.

resultar em uma transformação do modelo jurídico positivista, que determinou o sinônimo de ordem como a imposição da lei pela aplicação da sanção por meio dos detentores do poder jurisdicional[115].

A apresentação de uma resposta individualizada, baseada no caso concreto e nas posições igualitárias da vítima, do ofendido e da comunidade, representada pelo Estado, objetiva, sumariamente, a restauração daquilo que foi perdido, seja uma perda material ou moral da vítima. Dessa forma, abre-se dentro do processo penal uma possibilidade de diálogo, negociação e resolução dos conflitos, baseados nos princípios do consenso e da resolução alternativa e efetiva do antagonismo, sendo estes princípios protagonistas para a superação do sistema punitivo baseado na aplicação da pena, que encontra-se fragilizado e prestes a declarar falência valendo-se do caos instaurado no atual sistema de punição que está em vigência no Brasil[116].

3 Abolicionismo e Vitimologia

A crise da legitimação do direito situa-se para além dos preceitos componentes de seus postulados científicos, alcançando, no âmbito jurídico-criminal, argumentos que autorizam a sua práxis, visto serem contestadas as finalidades propostas por seu modelo[117].

Aplica-se ao abolicionismo a deslegitimação da pena criminal. As desvantagens trazidas do direito penal estatal têm maior influência na sociedade do que seus benefícios. Segundo Roxin, eles partem da ideia de que por meio de um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual, ou melhor por meio de um combate às causas sociais da delinquência[118].

Nesse viés contempla-se que a deslegitimação do sistema autoriza o movimento abolicionista que, no ensejo das denúncias suscitadas pela criminologia crítica, surgiu como expressão maior de contestação da ideologia punitiva, visando a substituição do sistema penal por modos diferenciados de resolução dos conflitos[119].

Os ideais trazidos pelo abolicionismo pretendem superar as formas punitivas e não apenas a pena de prisão[120]. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos, em uma primeira perspectiva pelo fato de que os delitos não teriam uma realidade ontológica e, de outro vértice, porque o sistema penal não auxiliaria a resolução dos conflitos[121].

---

[115] SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia- intercessões ético-discursivas. Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2895.

[116] SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia- intercessões ético-discursivas. Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2896.

[117] Nesse sentido é a afirmativa de Silvia-Sanchez, ao dispor que "*sigue discutiéndose acerca de cuál es la legitimación empírica de la intervención penal (la función social del Derecho Penal)*". SILVIA SANCHEZ, Jesús-Maria. Aproximación al derecho penal contemporâneo. Barcelona: JM BOSCH, 1992, p. 16. Apud: OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça: Da ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

[118] ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.3.

[119] OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça: Ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p.44.

[120] RIVERA BEIRAS, Iñaki. Principios orientadores del constitucionalismo social. *In:* Barcelona: Anthropos, 2005, p. 157-218. Apud: PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.39.

[121]LARRAURI, Elena. La Herencia de la criminología Crítica. Madrid: Siglo XXI de España; México D.F.: Siglo XXI Editores, 2000, p.198.

A vitimologia, especialmente o papel da vítima no contexto jurídico-criminal da atualidade passou a ser repensado, uma vez que as considerações iluministas afastaram as formas participativas do ofendido na resolução dos conflitos. Enaltecer a vítima é dar ao processo penal um novo viés, resgatando um elemento na constituição do processo que foi, ao longo dos anos, esquecido. Ademais, a vitimologia traz consigo um maior interesse pela situação concreta, de onde ocorreu o fato e partindo da interação entre as partes, utilizando, para tanto, medidas de prevenção[122], da mesma sorte que é um meio de pensar a alteração do processo penal[123].

A construção do atual modelo punitivo deu-se pela estruturação do pensamento contratualista que atribuiu ao Estado a prerrogativa legítima de instrumentalizar a pacificação social, utilizando-se de seu aparato técnico-burocrático para penalizar aos que fossem de afronta aos preceitos normativos, simbolicamente apaziguando as angústias do sujeito vitimado no caso concreto, ainda que de forma indireta[124].

Nesse sentido, o direito penal acabou por afastar a vítima ao evidenciar apenas a proteção ao bem jurídico, negligenciando o dano causado à vítima e a necessidade de efetiva reparação[125]. A anulação da vítima e de sua capacidade de autorrepresentação, a condicionou a ser um mero objeto, ou um agente passivo sobre o qual recai o delito, afastando do conflito quaisquer que fossem suas pretensões subjetivas, despersonalizando e reduzindo suas individuais ambições em detrimento daquelas pretendidas pela sociedade[126].

A vitimologia trouxe, especialmente, o fracasso do sistema penal em dar assistência à vítima, uma vez que atua apenas no sentido de obrigar a vítima a recorrer ao Estado, por meio do processo penal, que pede a punição do ofensor, sem qualquer outra participação da vítima[127].

Finalmente, é preciso deixar claro que a vitimologia e a justiça restaurativa são movimentos distintos, havendo entre elas pontos de intercessão. A vitimologia inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu advento[128], uma vez que a justiça restaurativa não está limitada a um movimento restrito às vítimas, mas também com o ofensor e com a comunidade envolvidos no conflito.

---

[122] GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. Principios de Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, 2 ed, p.694. Apud: PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

[123] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

[124] OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.47.

[125] Tal esquecimento fica evidente nas teorias dos fins/missões da pena e do direito penal. Acerca dos fins, missões, ou funções (as denominações são diversas) da pena e do direito penal (HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho penal. Tirant lo Blanch: Valencia, 1989, p. 99 – 167). Apud: PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

[126] A neutralização da vítima decorre do fato de o que âmbito científico reservado *à figura da vítima é asséptico, segregado de notas emocionais e individuais que acabaram por causar uma desigual, discriminada e personificada ação da Justiça, sendo que todas as vítimas são a mesma vítima.* (ORTIZ HERRERA, Silvia. Situación actual de la víctima en la Justicia Penal. Repercusión de las recientes propuestas de modificación del sistema sancionatório. Madrid: Revista de Estudios Penitenciarios, 1999, p. 69. Apud: OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação Penal & Justiça. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.49).

[127] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.52.

[128] JACCOUD, Myléne. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 165.

4 Justiça Restaurativa como Novo Modelo de Punição

Justiça Restaurativa trata-se de um termo amplo, uma vez que seu conceito encontra-se em fase de desenvolvimento e discussão, especialmente porque, em termos práticos, é uma alternativa ao sistema punitivo bastante recente, não havendo uma construção ideológica linear para definir em termos fechados o significado de Justiça Restaurativa.

Nesse diapasão, Azevedo, indica forma ampla e restritiva do conceito de justiça restaurativa, trazendo-a como uma proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre as vítimas, os ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: a) a adequada responsabilização por danos lesivos; b) a assistência material e moral de vítimas; c) a inclusão de ofensores na comunidade; d) o empoderamento das partes; e) a solidariedade; f) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; g) a humanização das relações processuais em conflitos penais; e, h) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente presentes no conflito[129].

Nesse diagrama, faz-se mister remeter à ideia do favor libertatis e de humanização do sistema penal, projeto iniciado no Iluminismo, mas, atualmente, enfraquecido. Não é sem razões cabíveis que a sociedade vive em subsequente sentimento de insegurança, uma fobia social que clama ao direito penal resultados positivos. Mostra-se lógico o norte de traçar metas objetivando alterativas que possam se amoldar à realidade social punitiva. Da mesma sorte que é cogente reorganizar a noção de subsidiariedade (ultima ratio), correspondendo-a como manifestação de interação do direito penal com outros ramos do direito e, especialmente, outras formas de resolução dos conflitos[130].

A participação ativa da vítima na resolução do conflito penal estabelecido, é um provimento relegitimante, que constrói a confiança da coletividade no ordenamento jurídico, trazendo ao direito penal a manutenção dos valores do convívio comunitário, resultando em um modelo consensual ao redor das regras do ordenamento jurídico, atribuindo às decisões penais um papel positivo na solução dos conflitos, sendo desnecessária a punição aflitiva, passando a prática restaurativa a executar um papel não mais retributivo, mas com função reveladora e transformadora da relação entre ofensor e ofendido[131].

Em especial, portanto, pode-se referir que a justiça restaurativa baseia-se em um princípio de redefinição do crime, que deixa de ser concebido como uma violação contra o Estado ou somente como uma transgressão de uma norma jurídica[132]. Assim, destaca-se que a justiça restaurativa não toma como foco central o delito, mas as consequências do delito e as relações sociais que são afetadas com a conduta. Na visão de Justiça Restaurativa tem-se o crime como um ato ou ação, que causa dano a outra pessoa ou à comunidade, reconhecido em uma espectro relacional, ou seja, tanto nas relações interpessoais, quanto nas relações pessoais com as instituições e as normas, formando,

---

[129] AZEVEDO, André Gomma de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma breve apresentação de uma inovação espistemológica na autocomposição penal. IN:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p.135-162.

[130] BORBA, Andrea Zimmermann. Justiça Restaurativa: uma leitura constitucional a partir do garantismo. Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica, Itajaí, 2009. p.40.

[131] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 7-9.

[132] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 7-9.

portanto, um conflito interpessoal e, nessa relação de conflito, o que pretende-se restaurar não são os fatos pretéritos, mas as consequências futuras que aquele delito tomou dentro da relação entre ofensor, ofendido e sociedade, e, diante desta tríade, busca-se uma solução individualizada baseada no caso concreto[133].

Assim, a inclusão da vítima não implica na exigência da exclusão do Estado no âmbito do controle, mas deve-se apenas rever o processo penal para que a vítima desenvolva uma postura ativa[134].

Logo, tem-se que perceber, diante da atualidade estatal: a verificação das necessidades do ofendido, especialmente do sentimento de segurança, que normalmente são perdidas com a ocorrência do delito; a vítima deve expressar a angústia sobre a situação vivenciada, em especial com relação à figura do ofensor; e, finalmente, a justiça restaurativa, especialmente por meio da mediação penal deve preservar a vítima e trazer um canal de comunicação, afim de romper com os estereótipos construídos a cerca do ofensor[135]. Logo, por meio da restauração pretende-se um avanço no processo penal, na medida do equilíbrio das relações sociais, o que objetiva o impedimento à revitimização e, dentro do possível, que o dano seja reparado[136].

5 Relação da Justiça Restaurativa e do Atual Modelo Punitivista Baseado na Pena

A posteriori a demonstração da Justiça Restaurativa de maneira abrangente, tratando especialmente de suas características, passa-se a analisar a relação entre o atual modelo de Justiça Criminal com a Justiça Restaurativa, que nas lições de Pallamolla, ambos são totalmente excludentes e possuem formas absolutamente diferentes de lidar com o delito[137].

Fácil é vislumbrar que o atual modelo de justiça criminal está ponderado na questão da punição, veiculado ao paradigma da justiça retributiva, ou seja, aquele em que a culpa deve ser imputada a alguém, o processo é o meio da justiça e, pelo não cumprimento dos ditames legais, é que se estipula o delito, baseado em um tipo penal e em uma punição expressa. Porém após se estabelecer a culpa dentro do processo penal, as garantias e direitos processuais são largamente negligenciados, especialmente pelo fato de que, a culpa do infrator está baseada no olhar ao passado, na tentativa, por vezes frustrada, de reconstituir os fatos ocorridos em tempo pretérito, para, na busca pela verdade, visualizar se há ou não culpa por parte do infrator e, em havendo esta culpa, a aplicação de uma pena. Dessa maneira, a relação do atual processo penal com a culpa, afasta-se, claramente, da ação delituosa, uma vez, que vislumbra-se apenas o ofensor, sem que haja uma relação íntima entre os acontecimentos que vieram a tornar a atividade de violação aos preceitos legais, daquela vítima ofendida, com seu ofensor[138].

---

[133] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 27 – 32.

[134] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 170.

[135] ZEHR, Howard. Changing Lenses: A new focus for crime and justice. 3 ed. Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005, p.191.

[136] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 177.

[137] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.68.

[138] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.69.

Ainda nesse diapasão, percebe-se que dentro da atual ideia de justiça criminal, o Estado toma o papel da vítima, a exclui do processo penal e é o responsável por gerir as questões veiculadas do delito cometido. Desse modo o que tem-se é um dualismo processual, ou seja, de um lado está o Estado e de outro, o ofensor, sendo a vítima afastada de qualquer relação que exista nessa esfera de discussão penal[139].

Assim, finalmente chega-se a perspectiva restaurativa. Para Scuro Neto, o modelo de justiça restaurativa pretende estabelecer uma correspondência entre sentença judicial e o sentimento de justiça nos implicados no delito, ou seja, vítima e infrator[140]. Para Jaccoud, o Estado na Justiça Restaurativa terá papel de responsabilizador dos envolvidos e os objetivos da restauração estão pautados na satisfação dos principais implicados na infração[141].

Ademais, no curso do pensamento sobre a aplicação prática da justiça restaurativa, há a preocupação sobre sua colocação dentro do sistema penal: se ela poderia estar inserida ao atual modelo, de forma a completa-lo, ou se atuaria de forma isolada, como uma alternativa ao sistema criminal[142].

Ainda, a Justiça Restaurativa está pautada no princípio da alteridade que é responsável pela vedação da incriminação de conduta meramente subjetiva, ou que não ofenda qualquer bem jurídico, dessa sorte, Giamberardino traz a alteridade baseada no fato de que a responsabilização pelo dano causado apenas se faz possível dentro de uma estrutura prática que evite conscientemente a ativação dos mecanismos de desumanização recíproca entre responsável ou acusado pelo ato e os sujeitos vitimizados[143].

Dessa maneira, a interação social é ponto essencial ao encontro face a face entre autor e vítima, pelo fato de que não há abstração ou padrão de hostilidade que resista à subjetividade do encontro entre as partes[144], o encontro entre vítima e ofensor, existindo ou não anonimato na ocorrência do delito, representa uma tentativa para evitar esquemas tipificados de um em relação ao outro, como disserta Giamberardino, tipificações tais quais ‘monstro agressor’ ou a ‘vítima coisificada’, que sejam capazes de sustentar padrões de hostilidade fundados em abstrações[145].

---

[139] ZEHR, Howard. Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 174-175.

[140] SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa ‘real’ e ‘possível’. *In:* Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004, p. 36.

[141] JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 168.

[142] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.78.

[143] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.112.

[144] BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade. *In:* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.113.

[145] GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.114.

6 Críticas à Implementação da Justiça Restaurativa: A Falta de Legitimidade do Sistema Penal

A utilização de práticas restaurativas, especialmente àquelas que caminham em conjunto ao sistema de justiça criminal, como "forma de extensão da rede de controle penal e à questão das garantias do ofensor nos processos e resultados restaurativos" devem ser visualizados de maneira cautelosa, para evitar que, assim como o atual modelo de aplicação de pena no sistema punitivo, a justiça restaurativa, torne-se um outro modelo falido, sem um dinamismo e um resultado satisfatório[146].

A crise da legitimidade penal é um dos aspectos principais à aplicação da Justiça Restaurativa e, tanto é real, que repete-se em diversos países, que vão buscar novas abordagens do conflito, bem como as reivindicações das vítimas[147].

Ao olhar para a realidade brasileira, pode-se dizer que dentre os fatores sociológicos, a crise da legitimidade penal é o principal fator, conjuntamente à crise das modalidades de regulação social, que manifesta-se pela falta de credibilidade e eficiência do sistema judiciário, ao fracasso das políticas públicas de contenção da violência, ao esgotamento do modelo repressivo de gestão do crime, déficits de comunicação e de participação agravados pelas práticas autoritárias das agências judiciais, entre outros fatores[148].

O modelo de Estado pautado na democracia que traz consigo a liberdade e a igualdade para todos, denominado de Estado Social, gera grandes riscos à sociedade, uma vez que é imposto para o Estado o dever de gerar segurança para todos os integrantes da sociedade[149].

Desta sorte, válidas são as lições trazidas por ANDRADE que enunciam que olhar para os resultados da criminalização, da mesma sorte que olhar para as agências de controle de criminalizam e para seus destinatários, bem como, olhar para as ações e decisões dos controladores e do destino dos controlados, permite que seja observada própria ação de retorno da dogmática penal. Logo, há uma declarada ambiguidade entre as promessas declaradas de garantismo e exigências latentes de regulação social, que pode ser encontrada facilmente na prisão[150].

Desta maneira, países periféricos, como o Brasil, cedem ao Estado Social o Estado Penal que apresenta uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade[151].

Logo, o que percebe-se é que o sistema penal apenas será legítimo quando detiver discurso racional e sua atuação estiver de acordo pleno com este discurso jurídico-penal, não sendo mera utopia. Desta maneira, o sistema penal será legítimo se seu discurso for racional e sua atuação estiver de acordo com este discurso de racionalidade[152].

---

[146] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.132.

[147] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.132.

[148] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e degestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 30.

[149] OST, François. O tempo do direito. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 317.

[150] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. Revista Sequencia, nº 57, p.257, dez. 2008.

[151] BITENCOURT, Cesar Roberto. Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 11, p. 118, 2006.

[152] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.135.

Neste sentido, as decisões e as interpretações penais estariam vinculadas às decisões judiciais penais e às punições que delas derivam à legalidade e à conduta do imputado, objetivamente considerada em relação ao fato-crime por ele cometido, e não, subjetivamente, em relação à sua pessoa, exorcizando por essa via a submissão do imputado à arbitrariedade judicial[153].

Logo, no âmbito penal a estagnação do sistema de justiça e a inadequação do tratamento dispensados ao conflito fazem com que o sistema perca legitimidade. Schuch[154], neste sentido, indica:

A violência social é tomada como um sintoma e expressão de relações não harmônicas e, sobretudo, desintegradas. O perigo da anomia, da não existência de valores que fundamentem uma existência social comum, é chave para instaurar a procura de novas práticas que substituam o modelo conflitivo. (...) Do risco, ou seja, do diagnóstico de uma violência constante e difusa, viria a necessidade de uma restauração de laços, de relacionamentos.

Desta maneira, o real aumento da violência, o desrespeito aos direitos civis e a incapacidade do sistema de justiça criminal para administrar os conflitos sociais, fazem com que a doutrina tente desenvolver alternativas capazes de reduzir a violência e os danos causados pelo sistema criminal. Assim, o projeto de Justiça Restaurativa vincula-se ao processo de reformulação judicial que está se desenvolvendo no Brasil, para que se enfatizem as estruturas judiciais ao contexto da democracia[155].

A Justiça Restaurativa passa a ser uma alternativa para "qualificar a administração da justiça, contribuir para o incremento da democracia e, por conseguinte, tornar a justiça mais democrática, pois funciona por meio da sociedade civil, mas nunca é independente do Estado"[156]. Oxhorn e Slakmon[157], indicam ainda que em locais onde a democracia é altamente desigual, como o que ocorre no Brasil, o sistema de justiça tende a refletir e perpetuar as desigualdades sócio-econômicas existentes. O projeto de Justiça Restaurativa, portanto, deve ser inserido no ideal da redução das desigualdades perpetuadas e reproduzidas pelo sistema de justiça criminal, na medida em que se objetive maior democratização e acessibilidade às pessoas menos favorecidas no contexto social e econômico[158].

7 Considerações Finais

No momento em que a criminologia, especialmente por meio da reação social, ganha foco, movimentos alternativos recebem ênfase, como o abolicionismo, que desempenha importante papel

---

[153] ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro. Revista Sequencia, nº 57, p.253, dez. 2008.

[154] SCHUCH, Patrice. Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da "Justiça Restaurativa" no Brasil. 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.

[155] SCHUCH, Patrice. Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da "Justiça Restaurativa" no Brasil. 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.

[156] OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 188.

[157] OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 196.

[158] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.139.

no desenvolvimento do movimento restaurativo. A vitimologia também exerce papel sumariamente importante na construção das bases da justiça restaurativa.

Ao longo das análises, o que percebe-se é que a Justiça Restaurativa não tem conceito fechado e nem quaisquer pontos absolutamente impositivos quanto a sua aplicabilidade. O que busca-se especialmente com ela é mediação penal, com a utilização, especial, de círculos restaurativos, em que a vítima encontra-se com seu ofensor e a partir desse momento, com a ajuda de um mediador, as partes realizam um acordo que substitui o processo penal tradicional.

Não pode-se dizer que Justiça Restaurativa não é uma forma de punição, pois ela, sem dúvidas, representa uma forma de se punir, porém por meio de um modelo diferente, quando não há pena, mas um acordo entre as partes, que deve ser cumprido e, após seu cumprimento, havendo trânsito em julgado da divergência penal.

Logo, a responsabilização do ofensor é o critério absoluto da restauração, não há previsão de punir ou mesmo de impor a confissão sobre o delito, mas fazer com que o ofensor compreenda a amplitude do ato que cometeu e indicar os caminhos para o reconhecimento da austeridade do delito dentro das relações da vítima e da comunidade e, desta forma, fazer com o que haja a reparação do dano.

Solene é a apresentação de que o ofensor não pode optar por não responder sobre o dano causado. Existe esta necessidade, pelo fato de que, deverá haver uma linha tênue que separe a punição por meio da pena e da utilização dos meios restaurativos, afim de evitar que exista o bis in idem.

A regulamentação da justiça restaurativa dentro da justiça criminal é essencial, para que não haja confusão, inaplicabilidade pelos Tribunais ou discricionariedade para seu emprego, uma vez que, ao tratar de uma forma alternativa ao atual sistema de punição, um dos objetivos das práticas restaurativas é justamente a minimização do uso da pena de prisão e, consquentemente, da redução das taxas de criminalidade.

O que deve-se deixar claro é que os olhos devem, dentro das práticas restaurativas, estarem voltados ao controle formal, especialmente para que sejam evitados os usos da justiça restaurativa apenas para os crimes de bagatela ou casos que não possuam o mínimo suporte probatório sobre autoria e materialidade delitivas, que sejam capazes de reduzir a discricionariedade na decisão do envio dos casos aos programas de restauração.

Finalmente, o que é válido deixar claro é que acredita-se que o uso da Justiça Restaurativa deve ser cada vez mais ampliado, havendo incentivo institucional e comunitário ao desenvolvimento de projetos que visem a implementação das práticas de restauração. E sendo impossível não citar Pallamolla, quando o tema é justiça restaurativa, sem dúvida a prática tem muito a ensinar à teoria[159], uma vez que é na prática que visualizar-se-á a capacidade de introdução da Justiça Restaurativa no Brasil, abrindo caminhos para a construção de um sistema penal mais justo, humanitário e democrático.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro.* Revista Sequencia, nº 57, p.257, dez. 2008.

[159] PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.200.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro.* Revista Sequencia, nº 57, p.253, dez. 2008.

AZEVEDO, André Gomma de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma breve apresentação de uma inovação espistemológica na autocomposição penal. IN:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p.135-162.
BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.25-26.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade. *In:* GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo.* Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.113.

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 11, p. 118, 2006.
BORBA, Andrea Zimmermann. *Justiça Restaurativa: uma leitura constitucional a partir do garantismo*. Dissertação submetida à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção do título de mestre em Ciência Jurídica, Itajaí, 2009. p.40.
CHRISTIE, Nila. Limits to Pain. 1981, p.35. *Apud:* SILVA, Karina Duarte Rocha da. *Justiça Restaurativa e sua aplicação no Brasil.* Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de bacharel em Direito, Brasília, 2007. Sem publicação. p.13.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o sistema de penas.* São Paulo: RT, 1998, p.31.
FONSECA , Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p.133.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p.184.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista.* Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 81, 2014.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 30 ed. Petrópolis: Vozes, 2001. *In:* PALAMOLLA, Rafaella; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista.* Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, v.6, n.1, p. 82, 2014.

GARRIDO, V., STANGELAND, P., REDONDO, S. Principios de Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, 2 ed, p.694. *Apud:* PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo.* Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.112.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo.* Dissertação submetida à Universidade Federal do Paraná – UFPR, para obtenção do título de doutor em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Paraná, Curitiba, 2014. p.114.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio Gárcia-Pablos. *Criminologia.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 310.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la criminología y al Derecho penal. Tirant lo Blanch: Valencia, 1989, p. 99 – 167. *Apud:* PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46.

JACCOUD, Myléne. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In*: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 165.
JACCOUD, Mylène. Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 168.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la criminología Crítica*. Madrid: Siglo XXI de España; México D.F.: Siglo XXI Editores, 2000, p.198.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*: Ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das práticas restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p.44.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.47.
OST, François. *O tempo do direito*. Bauru, SP: Edusc, 2005, p. 317.

ORTIZ HERRERA, Silvia. Situación actual de la víctima en la Justicia Penal. Repercusión de las recientes propuestas de modificación del sistema sancionatório. Madrid: Revista de Estudios Penitenciarios, 1999, p. 69. *Apud:* OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*. Da ética da alteridade como fundamento filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Jaruá, 2013, p.49.

OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p. 188.
OXHORN, Philip e SLAKMON, Catherine. Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática. A construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. *In:* SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org). *Justiça Restaurativa.* Brasília/DF: Ministério Público e PNUD, 2005, p.

196.
PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula; ACHUTTI, Daniel. *Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista.* Porto Alegre: Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. v.6, n.1, p.83, 2014.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.46 – 200.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Principios orientadores del constitucionalismo social*. *In:* Barcelona: Anthropos, 2005, p. 157-218. *Apud:* PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.39.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.3.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.80.

SANTOS, Juarez Cirino. Anatomia de uma Criminologia Crítica. *Apud:* BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.* Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.11-12.

SANTOS, Juarez Cirino. *Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.* Curitiba: Lumen Júris, 2005, p.25-26.

SCHUCH, Patrice. *Direitos e Afetos: Análise Etnográfica da "Justiça Restaurativa" no Brasil.* 30º Encontro Anual da ANPOCS, 2006.
SCURO NETO, Pedro. Por uma Justiça Restaurativa 'real' e 'possível'. *In: Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos.* Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça – IAJ, 2004, p. 36.
SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e degestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 30.
SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 7-9.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 27 – 32.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 170.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal.* O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 177.

SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia-intercessões ético-discursivas.* Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2895.

SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa, sistema penal, direito e democracia-intercessões ético-discursivas.* Brasília: Anais do XVII Congresso do CONPEDI, 2008, p.2896.
SILVIA SANCHEZ, Jesús-Maria. Aproximación al derecho penal contemporâneo. Barcelona: JM BOSCH, 1992, p. 16. *Apud:* OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação Penal & Justiça*: Da ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas. Curitiba: Juruá, 2013, p. 38.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *A interpretação penal como reflexo do modelo de Estado. A busca por uma interpretação penal legítima no Estado Democrático de Direito.* Dissertação submetida à Faculdade da Direito da Universidade de Brasília para obtenção do título de mestre em Direito, Brasília, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro.* Primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. São Paulo: Revan, 2003, p.43.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro:* parte geral. 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 258.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral.* 5 ed. São Paulo: RT, 2006, p.94-95.

ZEHR, Howard. Changing Lenses: A new focus for crime and justice. 3 ed. Waterloo, Ontário: Herald Press, 2005, p.191.

ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.* São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 174-175.

AS COMISSÕES DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA REDE MUNICIPAL DE ENSINO DE SÃO PAULO

Elaine Aparecida Pereira
(Doutoranda da PUCSP – PEPG em Educação: História, Política, Sociedade)
elaineh78@uol.com.br

Paulo Roberto Rodrigues Simões
(Professor da Rede Municipal de Ensino de São Paulo)
professorpaulosimoes@gmail.com

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo analisar a proposta de criação das Comissões de Mediação de Conflitos (CMC) nas escolas da Rede Municipal de Ensino de São Paulo, prevista na Lei nº16.134/2015, bem como apresentar resultados parciais de pesquisa realizada durante o curso "Mediação de Conflitos na Perspectiva da Cultura de Paz e Não Violência", oferecido à profissionais da educação responsáveis pela implantação e implementação das CMC nas unidades escolares, em que os autores desse artigo participaram como formadores. São apresentados no artigo dados coletados referentes: 1) as formas de prevenção e enfrentamento das manifestações de violência, indisciplina e incivilidade utilizadas pelas escolas; 2) a relação entre escola e a família diante da presença de tais fenômenos e 3) a reação da comunidade escolar (gestores, professores, funcionários, pais e alunos) frente a proposta de constituição das CMC nas escolas. A pesquisa foi realizada com profissionais da educação envolvidos na constituição das CMC nas unidades escolares, dentre eles, diretores, coordenadores, professores e assistentes técnicos educacionais, de 22 EMEF´s, por meio da aplicação de questionário. Os resultados da pesquisa revelam, entre outras questões, que a maioria das EMEF´s pesquisadas utilizam o diálogo como principal recurso no enfrentamento das manifestações de violência, indisciplina e incivilidade, que metade destas adotam projetos como forma de prevenção e que grande parte da comunidade escolar reagiu positivamente frente a proposta de implantação das CMC nas escolas. A pesquisa conclui que a maioria das escolas previnem e se preocupam com tais fenômenos e já realizam a mediação de conflitos, embora não de forma sistematizada.

Palavras-chave: Escola. Violência. Mediação de conflitos.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo discutir a proposta de implantação das Comissões de Mediação de Conflitos (CMC) em todas as escolas da rede municipal de ensino da cidade de São Paulo, prevista na Lei nº16.134/2015, por meio da análise do documento, assim como apresentar parte dos dados coletados em pesquisa realizada durante curso de formação oferecido a membros das CMC. Neste trabalho, serão apresentadas informações referentes as formas de combate à violência, indisciplina e incivilidade, adotadas por Escolas Municipais de Ensino Fundamental

(EMEF's), a relação da escola com a família no enfrentamento de tais questões e a reação da comunidade escolar frente a legislação que orienta a constituição das CMC nas unidades.

A discussão sobre as diferentes formas de manifestação da indisciplina, da incivilidade e da violência nas escolas tornou-se recorrente entre educadores, pais, sociedade civil e vem ganhando espaço na grande mídia brasileira, aumentando o clima de insegurança e desconfiança nas escolas e sobre as escolas. Dados publicados pelo Observatório Europeu da Violência Escolar (DEBARBIEUX; BLAYA, 2002) revelam que este fenômeno não ocorre apenas no Brasil, mas está presente em muitos países da Europa, como França, Alemanha, Inglaterra, Bélgica, entre outros. Diante de tal fenômeno, vários desafios são postos, o primeiro deles é identificar se o que denominamos de violência na escola realmente pode ser conceituado de tal forma. Esse exercício, no entanto, não é fácil diante da complexidade de fenômenos que se manifestam de forma imbricada no cotidiano escolar e dos estereótipos ou rótulos reservados a certos comportamentos considerados prejudiciais a convivência escolar e ao ambiente necessário para a aprendizagem.

Charlot (2002), afirma que a violência não é um fenômeno novo, surgido nos anos 1980 intensificado nos anos 1990, uma vez que há registros de explosões de violência em escolas de 2º Grau já no século XIX, mas assume formas novas. Os ataques ou insultos dirigidos aos professores parece ser algo novo, além do envolvimento de alunos cada vez mais jovens em situações de violência. A violência na escola deixou de ser, portanto, um fenômeno acidental para se tornar uma questão estrutural, tratada muitas vezes de forma genérica, exigindo dos pesquisadores do tema um esforço para distinguir conceitualmente as diversas manifestações categorizadas como violência na escola. Dessa forma, segundo o autor, seria necessário diferenciar a violência na escola, aquela que adentra o espaço escolar, da violência à escola, expressa em depredações e agressões contra professores, e ainda a violência da escola, que se manifesta na própria organização institucional de maneira simbólica.

Sobre a violência na escola que não é oriunda desta, mas é reflexo do contexto social, Ianni (2002) aponta que a sociedade é em si uma fábrica de violência social, cujos ideais de "progresso" e "civilização" tendem a encobrir as desigualdades e brutalidades cotidianas. Para o autor:

> A violência está presente e evidente, escondida e latente, em muitos lugares, nos mais diversos setores da vida social, envolvendo indivíduos e coletividades, objetividades e subjetividades. É um fenômeno eminentemente histórico, no sentido de que se constitui no curso dos modos de organização social e técnica do trabalho e da produção, das formas de sociabilidade e dos jogos de forças sociais. (IANNI, 2002, p.13)

Nesse sentido, a violência na escola não pode ser compreendida como um fenômeno endógeno, mas como expressão de uma estrutura social que é em si violenta. Para além desta, segundo Charlot (2002), coexistem na escola outros comportamentos distintos da violência tal como a reconhecemos de imediato, caracterizada pelo ataque a lei mediante o uso da força, identificados por pesquisadores europeus como transgressão e incivilidade. A primeira é identificada como comportamentos contrários ao regulamento interno da instituição, o não cumprimento de regras, e a segunda como comportamentos contrários, especificamente, às regras da boa convivência, como empurrões, xingamentos, grosserias repetidas cotidianamente.

De acordo com o pesquisador belga Blomart (2002), o fenômeno da incivilidade seria uma faceta da violência ou uma forma de violência que tem se manifestado com frequência no ambiente escolar em que o uso da disciplina severa como, por exemplo, a exclusão do aluno tem se tornado

menos eficaz e menos apropriada para o seu enfrentamento. Sobre o fenômeno da violência no contexto belga, o autor afirma:

> (...) ela (violência) vem lentamente aumentando nas escolas primárias, sob a forma de incivilidade. Esse 'comportamento anti-social' cotidiano toma diversas formas (ruído permanente, rudeza, recusa a trabalhar, passividade, hostilidade e zombaria) e envenena a atmosfera das salas de aula, avilta os professores e desgasta sua energia e, ao mesmo tempo, degrada as relações entre os adultos, entre as crianças e entre crianças e adultos. (BLOMART, 2002, p. 35)

Para o pesquisador francês Debarbieux (2002), a discussão presente nas pesquisas sobre o que se poderia chamar de "microviolência" ou intimidação, que se enquadraria na categoria de "incivilidade", tem demonstrado relevância uma vez que o fenômeno da violência não deve ser tratado como um todo indivisível, em sua generalidade. De outro modo, o autor aponta que "o uso excessivo do conceito de incivilidade pode levar a uma superqualificação da desordem escolar, o que significaria uma percepção equivocada do que realmente está em questão (...)" (DEBARBIEUX, 2002, p. 28).

As considerações apresentadas pelos autores revelam a complexidade do fenômeno da violência e a recente discussão acerca da necessidade de se diferenciar e conceituar comportamentos que se distinguem da facilmente reconhecida violência física. Essa diferenciação torna-se necessário visto que o enfrentamento de cada fenômeno em específico também deve ser particularizado e não generalizado. A discussão pode se tornar ainda mais complexa quando se trata da questão da presença de diversos conflito no interior da escola. Com relação a definição deste conceito, afirma Chrispino:

> Conflito é toda opinião divergente ou maneira diferente de ver ou interpretar algum acontecimento. A partir disso, todos os que vivemos em sociedade temos a experiência do conflito. Desde os conflitos próprios da infância, passamos pelos conflitos pessoais da adolescência e, hoje, visitados pela maturidade, continuamos a conviver com o conflito intrapessoal (ir/não ir, fazer/não fazer, falar/não falar, comprar/não comprar, vender/não vender, casar/não casar etc.) ou interpessoal, sobre o qual nos deteremos. São exemplos de conflito interpessoal a briga de vizinhos, a separação familiar, a guerra e o desentendimento entre alunos. (CHRISPINO; CHRISPINO apud CHRISPINO, 2007, p.15)

No Brasil, para além da violência, expressa em suas diversas formas, o aumento dos conflitos presentes no ambiente escolar pode estar relacionado também ao processo de universalização do ensino público, ocorrido nas últimas décadas do século XX, uma vez que a escola passou a atender não apenas um número maior de alunos, mas também possibilitou a convivência de grupos sociais heterogêneos quanto às condições socioeconômicas, étnicas, religiosas, culturais, de gênero, entre outras. Conforme nos aponta Candau (2012), a universalização da escolarização no Brasil não foi acompanhada da discussão acerca do caráter monocultural presente na dinâmica do sistema escolar, "tanto no que se refere ao conteúdo do currículo quanto às relações entre os diferentes atores, às estratégias utilizadas nas salas de aula, aos valores privilegiados etc" (CANDAU, 2012, p. 243). Essa forma de tratar o heterogêneo como homogêneo também se caracteriza, portanto, como uma expressão da violência simbólica da escola.

Concomitante a expansão do ensino público, em meio ao processo de democratização da sociedade e da luta por garantia de direitos, cresce também os conflitos dentro da comunidade escolar. Se antes a escola se caracterizava como uma instituição destinada a grupos homogêneos e

fechada em si mesma, esse contexto mais democrático apresenta novas demandas, como o atendimento irrestrito a todas as crianças em idade escolar, a implantação da gestão democrática, a articulação com órgãos externos, como a rede de proteção social, expandindo o contato com as famílias e possibilitando com isso a intensificação de conflitos de diversas naturezas. A escola, dessa forma, torna-se o lugar privilegiado do conflito.

Na concepção de diferentes autores que discutem a questão da violência na escola, como Chrispino (2007) e Schilling (2009), os conflitos são positivos, cabendo à escola reconhecer o seu valor e a importância de lidar com questões conflituosas entre os membros da comunidade escolar. Sobre esse aspecto do conflito aponta Chrispino:

> O conflito, pois, é parte integrante da vida e da atividade social, quer contemporânea, quer antiga. Ainda no esforço de entendimento do conceito, podemos dizer que o conflito se origina da diferença de interesses, de desejos e de aspirações. Percebe-se que não existe aqui a noção estrita de erro e de acerto, mas de posições que são defendidas frente a outras, diferentes. (CHRISPINO, 2007, p.16)

Diante da complexidade das novas demandas e desafios apresentados à escola e do contexto histórico fortemente marcado pela violência nas últimas décadas, como característica da estrutura social que se manifesta no interior da instituição e permeia as relações entre os diversos membros da comunidade escolar, nem sempre o diálogo é visto como uma ferramenta possível para a resolução de conflitos. Ao contrário, se observa uma forte tendência a judicialização das relações escolares, conforme nos apontam Chrispino; Chrispino (2008).

> Os autores apresentam uma série de exemplos de decisões judiciais, coletadas em diversos tribunais estaduais e superiores, de situações em que a escola ou os professores foram condenados a indenizar os alunos por danos morais após denúncia e abertura de processo por ocorrências como impedir o aluno de ir ao banheiro, acusar o aluno de ser ladrão na frente de todos, ser negligente ante o ato de violência contra um aluno durante a aula, entre outras.
>
> Ainda de acordo com os autores, a atuação da justiça no universo das relações escolares tem ocorrido em grande número porque os atores envolvidos não estão sabendo lidar com as novas demandas da educação, com a mudança no perfil dos alunos e a diversidade, não têm conhecimento sobre as novas obrigações decorrentes desses dispositivos legais, que explicitam deveres e garantem direitos, e não são capazes de perceber os problemas específicos da escola.
>
> Nesse sentido, muitos problemas inerentes a vida escolar, como os conflitos entre alunos e entre alunos e professores, além das situações de violência, estão sendo encaminhados à órgãos externos a instituição escolar, como o Conselho Tutelar e até mesmo a instâncias do poder judiciário como tribunais estaduais e superiores, indicando uma tendência a impossibilidade do diálogo entre os membros da comunidade escolar e a dificuldade da instituição de resolver seus problemas internos.

2 As Comissões de Mediação de Conflitos

Conforme mencionado anteriormente, a questão da violência e dos conflitos no interior da escola têm se tornado tema central nas discussões entre os educadores, além de afetar diretamente a aprendizagem dos alunos, em decorrência do clima de insegurança, fragiliza a prática docente e

prejudica a socialização. Assim sendo, a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo, em Março de 2015, criou a Lei nº 16.134 que dispõe sobre a criação de Comissões de Mediação de Conflitos (CMC), cujas comissões devem ser constituídas em todas as escolas da Rede Municipal de Ensino, compostas por representantes dos gestores, professores, pais de alunos e alunos, com o objetivo de atuar na prevenção e resolução de conflitos que envolvam alunos, professores e servidores da comunidade escolar. A lei em questão foi regulamentada por meio do Decreto nº 56.560 de Outubro do mesmo ano e implantada a partir da Portaria nº 2.974, de Abril de 2016, que estabeleceu um prazo de 60 dias, a contar da data de publicação, para a constituição das CMC em todas as unidades.

A mediação de conflitos é uma prática advinda do campo do direito, com o objetivo de solucionar conflitos rotineiros através do diálogo entre as partes envolvidas com a mediação de uma terceira pessoa. Essa prática, segundo Viana (2009), é utilizada por diversos povos, desde a Antiguidade, e tem se institucionalizado em vários países como EUA e França, nas últimas décadas do século XX. Originalmente, nestes países, a mediação de conflitos era utilizada para resolver, principalmente, conflitos trabalhistas e comunitários.

A implantação da mediação de conflitos nas escolas é recente. No Brasil, há algumas experiências apresentadas em pesquisas; porém, resultam em práticas isoladas desenvolvidas internamente em unidades escolares e não se caracterizam como programas de redes de ensino destinados a abranger todas as escolas. Como exemplo dessa prática, podemos citar a Secretaria da Educação do Estado de São Paulo que criou no ano de 2010, dentro do programa Sistema de Proteção Escolar, a figura do Professor Mediador Escolar e Comunitário (PMEC) com a função de mediar conflitos no interior da escola e desenvolver o diálogo com outros agentes da comunidade em que a escola está inserida. No entanto, não são todas as unidades que possuem a presença desse profissional, depende das demandas de cada unidade escolar, e mesmo assim, é necessário solicitar autorização aos órgãos competentes, conforme orientações expressas em documento oficial que norteia o Programa de Proteção Escolar.

Para Sampaio e Braga Neto (2007), a mediação na escola é um importante instrumento para a resolução de conflitos, visto que tem como premissa a construção do diálogo e da escuta ativa, possibilitando as partes envolvidas expressarem seus pontos de vista, sentimentos e anseios. Dessa forma, a implantação da mediação de conflitos nas escolas pode reduzir os níveis de violência e de abstenções e ajudar tanto os jovens quanto os adultos a aprofundar a compreensão sobre si próprios e os demais. Segundo os autores:

> Muda-se o paradigma de que os adultos devem resolver os conflitos para os jovens, fazendo que estes e as crianças se responsabilizem desde pequenos por seus atos e opções. Esse processo permite reconhecer que o jovem é competente para participar da solução de seus próprios conflitos e, com isso, alimentam-se o crescimento, a auto-estima e ensinam-se atitudes básicas para a sua formação, ou seja, escutar, ouvir o outro e enfrentar conflitos de forma pacífica. (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007, p. 108)

A questão da formação integral do aluno é intensamente discutida por Adorno (2012). Segundo o autor, não basta a escola oferecer a formação intelectual, ela precisa se preocupar também com a formação política e da personalidade ou do caráter das crianças e jovens. A preocupação com a formação integral está relacionada à concepção de Adorno em oferecer uma educação capaz de combater a barbárie. Sobre essa questão aponta o autor:

> Como educação contra a barbárie no fundo não pretendo nada além do que o último adolescente do campo se envergonhe quando, por exemplo, agride um

> colega com rudeza ou se comporta de um modo brutal com uma moça; quero que por meio do sistema educacional as pessoas comecem a ser inteiramente tomadas pela aversão à violência física. (ADORNO, 2012, p. 165)

Nesse sentido, quando Adorno (2012) afirma que a primeira de todas as exigências para a educação é que Auschwitz não se repita ele está se referindo ao fato de que nenhum de nós está livre dos traços da barbárie, visto que, tanto subjetivamente, quanto objetivamente, as condições que conduziram a humanidade ao fascismo continuam existindo. O conceito de barbárie é definido, pelo autor, da seguinte forma:

> Entendo por barbárie algo muito simples, ou seja, que, estando na civilização do mais alto desenvolvimento tecnológico, as pessoas se encontrem atrasadas de um modo peculiarmente disforme em relação a sua própria civilização – e não apenas por não terem em sua arrasadora maioria experimentado a formação nos termos correspondentes ao conceito de civilização, mas por se encontrarem tomadas por uma agressividade primitiva, um ódio primitivo ou, na terminologia culta, um impulso de destruição, que contribui para aumentar ainda mais o perigo de que toda esta civilização venha a explodir, aliás uma tendência imanente que a caracteriza. (Adorno, 1995a, p.155)

De acordo com a Portaria nº 2.974/2016, diferentemente do uso da mediação de conflitos no campo jurídico, na escola esta ferramenta deverá exercer, essencialmente, um papel preventivo, objetivando a redução das diferentes formas de violência além de atuar na prevenção e na resolução dos conflitos escolares que prejudiquem o processo educativo e envolvam educandos, professores e servidores. Nesse sentido, é importante destacar que o documento admite o conflito como algo inerente às relações humanas em que adultos, jovens e crianças podem aprender a lidar com estes de forma crítica, reflexiva e transformadora. Sobre essa questão, considerando que a barbárie continuará a existir enquanto persistirem as condições para tal, Adorno (2012) afirma que é necessário uma educação dirigida para a autorreflexão crítica evitando, portanto, que as pessoas se agridam sem refletir a respeito de si próprias.

Outro aspecto importante destacado no documento refere-se ao reconhecimento da presença de conflitos e da necessidade de sua mediação não apenas entre os alunos ou entre professores e alunos, mas entre os próprios servidores, apontando para a importância de uma convivência democrática. Esse tema tem sido pouco discutido no interior da escola em que se costuma admitir problemas de relacionamento entre os discentes ou entre os discentes e docentes, mas pouco se fala sobre os conflitos entre os próprios profissionais da educação ou destes com a comunidade.

O documento destaca como atribuições das CMC nas unidades as seguintes ações:

> I – mediar conflitos ocorridos no interior da Unidade Educacional que envolvam educandos(as) e Profissionais da Educação; II – orientar a comunidade escolar por meio da mediação independente e imparcial, sugerindo medidas para a resolução dos conflitos; III – identificar as causas das diferentes formas de violência no âmbito escolar; IV – identificar as áreas que apresentem risco de violência nas Unidades Educacionais; V – apresentar soluções e encaminhamentos à Equipe Gestora da Unidade Educacional para equacionamento dos problemas enfrentados. (SÃO PAULO, Portaria Nº 2.974, 12 de Abril de 2016)

As atribuições das CMC apresentadas evidenciam o seu papel preventivo destacando a necessidade de se identificar a natureza dos conflitos ou das manifestações de violência no interior da escola, suas possíveis causas e as áreas de incidência do fenômeno. Essa proposta vai ao encontro da ideia defendida por Charlot (2002) que ressalta a necessidade de se conceituar de

maneira precisa os diferentes comportamentos generalizados como violência, a fim de garantir um efetivo enfrentamento do problema. Além disso, a perspectiva de lidar com tais fenômenos de maneira preventiva, obriga a escola a romper com uma postura de indiferença frente a essas manifestações. Para Adorno (2012), a "passividade inofensiva constitui ela própria, provavelmente, apenas uma forma de barbárie, na medida em que está pronta para contemplar o horror e se omitir no momento decisivo". (ADORNO, 2012, p.164)

A portaria também apresenta uma preocupação com a articulação entre a CMC, o Projeto Político Pedagógico (PPP) e o currículo, indicando que todos esses eixos estão imbricados na prevenção da violência. Assim, embora o ato da mediação em si, desenvolvido pelas CMC, contribua para a resolução de conflitos, favorece e estimula o diálogo entre as partes envolvidas, possibilitando conhecer a gênese do conflito com o objetivo de superar as diferentes formas de preconceito e discriminação, do racismo e da xenofobia. Conforme define o documento, não é desconsiderado a relevância de um projeto pedagógico, expresso no currículo, que contemple a valorização da diversidade étnico-racial, de gênero, cultural e no pluralismo de crenças e ideias como forma de prevenção da violência.

Outras noções propostas pelo documento referem-se à valorização e promoção do protagonismo infantojuvenil, o incentivo à autonomia, à responsabilidade e à solidariedade, não apenas de maneira formal, mas como exercício efetivo diante dos conflitos levando os envolvidos à reflexão e à corresponsabilização. Além dessas questões, estão presentes ainda a preocupação com a promoção dos direitos humanos e a articulação entre a escola e a rede de proteção social, o que indica o reconhecimento da violência presente na escola não como um fenômeno de ordem moral, endógeno, maniqueísta e isolado, mas como expressão de uma estrutura social.

Cabe ressaltar que a portaria sugere a responsabilização dos envolvidos em atos de violência e incivilidades por meio da reflexão, além disso a ideia de punição, castigo ou qualquer referência a posturas autoritárias ausente no documento. A legislação enfatiza a ideia de prevenção, por meio da articulação de várias frentes (diagnóstico das manifestações de violência, PPP, currículo, rede de proteção social, etc) e, dessa forma, rompe com uma cultura escolar que tende a individualizar as manifestações de violência e a analisá-las sob o julgo da moral. Essa conduta autoritária que perdurou muito tempo nas escolas, de acordo com Adorno (2012), se por um lado ela prejudica o objetivo educacional, visto que o sofrimento não forja o caráter, por outro lado, o apelo a vínculos de compromisso também não basta, por isso a mediação de conflitos em si, realizada de forma pontual, isolada de outras ações, dificilmente atingirá seu objetivo. Com relação a essa questão aponta o autor:

> É plausível para o entendimento humano sadio evocar compromissos que detenham o que é sádico, destrutivo, desagregador, mediante um enfático 'não déves'. Ainda assim considero ser uma ilusão imaginar alguma utilidade no apelo a vínculos de compromisso ou até mesmo na exigência de que se reestabeleçam vinculações de compromisso para que o mundo e as pessoas sejam melhores. A falsidade de compromisso que se exige somente para que provoquem alguma coisa – mesmo que esta seja boa -, sem que eles sejam experimentados por si mesmos como sendo substanciais para as pessoas percebe-se muito prontamente. (ADORNO, 2012, p.124)

De acordo com a proposta ainda, a CMC não deve se limitar ao ato de mediar conflitos, mas deve estar envolvida, inclusive, nas discussões acerca de um currículo, articulado com o PPP da unidade, que contemplasse a temática dos Direitos Humanos e, portanto, da diversidade. Embora essa proposição apresente avanços em relação as medidas estritamente punitivas desarticuladas com

as práticas pedagógicas, Adorno (2012) nos indica a insuficiência da formação intelectual, ou seja, não basta trabalhar determinado conteúdo de maneira formal, é necessário a experiência. Dessa forma, a escola deve sair do plano da abstração e demonstrar disposição para experimentar certos conceitos como o de democracia, por exemplo, o que implicaria o envolvimento de toda a comunidade escolar e não apenas ações pontuais promovidas por alguns professores. Essa tarefa não é fácil visto que a escola não está isolada da sociedade, muitas vezes, autoritária e violenta.

Além disso, não é possível tratar de certos conteúdos como Direitos Humanos, sem trabalhar a realidade objetiva, caracterizada por uma estrutura social cuja essência é a exploração e a desigualdade, de forma crítica. Sendo assim, embora Adorno (2012) reconheça a importância da escola na adaptação do indivíduo à sociedade, afirma ser necessário também desenvolver uma reflexão crítica por parte do aluno acerca da sociedade, tal como está, possibilitando sua superação. As condições para o exercício da crítica e a contraposição, segundo o autor, são o esclarecimento e a autonomia do indivíduo.

O reconhecimento da importância do papel da escola na formação do indivíduo esclarecido e autônomo não significa desconsiderar as limitações da instituição visto que "enquanto a sociedade gerar a barbárie a partir de si mesma, a escola tem apenas condições mínimas de resistir a isto". (ADORNO, 2012, p.116). No entanto, "este deve ser o objetivo da escola, por mais restritos que sejam seus alcances e possibilidades (...) somente ela pode apontar para a desbarbarização da humanidade, na medida em que se conscientiza disso". (ADORNO, 2012, p.116)

Nesse sentido, é possível reconhecer aspectos progressistas no documento uma vez que este não restringe a atuação da CMC ao pós fato, com o intuito de promover uma conciliação entre as partes, mesmo que momentânea e formal, mas pretende intervir em várias frentes possibilitando não apenas a prevenção, no sentido da contenção, mas propõe uma mudança na concepção de enfrentamento ao problema da violência. Assim se, por um lado, a criação da CMC, por meio de legislação, não deixa de ser expressão da judicialização das relações escolares visto que tende a institucionalizar as relações, com o risco de tornar-se um "tribunal inquisitório" dentro da escola, caso a lei seja mal interpretada ou intencionalmente deturpada, por outro lado, ela impõe a comunidade escolar que reflita sobre o cotidiano e sobre a qualidade das relações entre os seus membros, agindo possivelmente como um espelho que mostra aquilo que se quer ocultar ou que não é possível enxergar dada a complexidade da vida escolar.

3 Resultados da Pesquisa

A partir da publicação da Portaria nº 2.974, a Secretaria Municipal de Educação mobilizou as 13 Diretorias Regionais de Educação (DRE) a fim de organizar e oferecer cursos de formação aos profissionais da educação, viabilizando a implementação e implantação das Comissões de Mediação de Conflitos (CMC). A presente pesquisa foi realizada em uma DRE da Zona Leste da cidade de São Paulo, durante o curso "Mediação de Conflitos na Perspectiva da Cultura de Paz e Não Violência", no qual os autores desse artigo participaram como formadores.

O curso foi organizado em cinco encontros em que foram abordados: conceito e histórico da mediação de conflitos, função social da escola, violência, indisciplina, incivilidade, autoridade e autoritarismo, rede de proteção social, além da legislação para implantação das CMC nas unidades. Participaram da formação representantes de mais de 100 unidades, dos segmentos: Centro de Educação Infantil (CEI), Escola Municipal de Educação Infantil (EMEI) e Escola Municipal de

Ensino Fundamental (EMEF) da DRE em questão, entre eles, professores, coordenadores, diretores e assistentes técnicos educacionais. No entanto, serão apresentados neste trabalho apenas os dados coletados entre representantes de 22 EMEF´s, membros das CMC nas unidades, que participaram da pesquisa.

Para coleta de dados foi aplicado um questionário contendo 13 questões, sendo 10 abertas e 03 fechadas, referentes as formas de manifestações de violência, indisciplina e incivilidade na escola, medidas adotadas como estratégias de prevenção ou combate a tais fenômenos, a relação da escola com a família no enfretamento de tais questões e o posicionamento da comunidade escolar frente a proposta de implantação das CMC nas unidades. O questionário foi entregue no meio do curso, para que os participantes tivessem tempo suficiente para responder juntamente com os demais membros das CMC nas unidades, e foi recolhido no último encontro.

Os dados coletados revelaram que o tema da violência, da indisciplina e da incivilidade estão presentes no cotiando escolar, no entanto, não são discutidos de forma sistematizada em todas as unidades, visto que apenas 13 EMEF´s afirmaram ter essa prática. Além destas, 04 afirmaram que discutem, mas não o suficiente e 05 disseram que o tema não é objeto de discussão sistematizada. Quanto ao envolvimento das famílias nas discussões sobre tais fenômenos, 02 unidades afirmaram que as famílias não participam desses debates, 07 afirmaram que o tema é abordado com as famílias apenas nas reuniões de Conselho de Escola, 16 informaram que esta prática ocorre apenas nas reuniões de pais e 08 destacaram que tratam do tema no momento em que as famílias são convocadas mediante situações pontuais envolvendo conflitos entre alunos ou entre professores e alunos.

Quanto às manifestações de violência, indisciplina e incivilidades, as informações coletadas indicam que são fenômenos presentes nas 22 EMEF´s pesquisadas e que todas elas se utilizam de estratégias para prevenir esses comportamentos. Dentre os mecanismos adotados estão: o investimento na formação de professores (03 escolas); o desenvolvimento de projetos diversos como jogos escolares, cinema na escola, olímpiadas do conhecimentos, entre outros (11 escolas); a apresentação de filmes sobre a temática (04 escolas); o diálogo (09 escolas); a implantação de Grêmios Estudantis (04 escolas); a aplicação do Regimento Escolar (05 escolas); intervenções no intervalo como divisão de turmas e distribuição de jogos (03 escolas); a proposta de alunos monitores (02 escolas), entre outros.

Além do trabalho de prevenção, os participantes também apresentaram diversas ações adotadas no tratamento frente as situações de violência, indisciplina e incivilidades ocorridas no cotidiano escolar. Dentre as ações mais recorrentes estão: o diálogo (19 escolas); a convocação dos responsáveis (14 escolas); o registro de ocorrência (08 escolas); recorrem a órgãos externos à escola, como o Conselho Tutelar (05 escolas); solicitam o apoio da direção (03 escolas), reuniões com pais (02 escolas); entre outras.

No que se refere a implantação das CMC nas unidades, a grande maioria dos participantes afirmou que a comunidades escolar acolheu a proposta de forma positiva. Dentre as 22 EMEF´s foram identificados os seguintes resultados: 17 escolas aceitaram bem a proposta; 03 escolas afirmaram que sentem receio e que precisam de mais informações e 02 escolas demonstraram resistência uma vez que os membros da CMC não serão remunerados ou obterão qualquer vantagem por participar.

Os resultados da pesquisa indicam, portanto, que os problemas de violência, indisciplina e incivilidade estão presentes no interior de todas as escolas participantes do estudo e que existe uma preocupação por parte dos profissionais da educação em prevenir estes fenômenos utilizando

recursos diversos, principalmente, projetos e o diálogo. No entanto, um elemento importante de ser destacado se refere ao fato de grande parte das escolas não discutir sistematicamente o tema.

Além disso, os dados revelam que a participação da família no enfrentamento destes fenômenos ocorre de forma pontual, geralmente, após a manifestação de tais comportamentos. Nesse sentido, talvez as CMC foram bem aceitas pela comunidade escolar, na grande maioria das unidades pesquisadas, pelo fato de prever a participação dos pais na sua constituição garantindo um envolvimento direto das famílias nas discussões sobre a prevenção de tais fenômenos.

Vale destacar que os dados coletados apresentam limites visto que não possibilitam a compreensão das manifestações da violência, da indisciplina e da incivilidade quanto as suas especificidades, no sentido de identificar quais fenômenos são mais recorrentes nas unidades, a sua periodicidade, quais as diferentes formas de enfrentamento, entre outros aspectos importantes. Embora no questionário constasse a diferenciação dos termos, optou-se por apresentar perguntas genéricas como: "Quais trabalhos a escola já realiza para prevenção de situações de violência, indisciplina e incivilidade? "

Essa escolha metodológica atendia a preocupação de utilizar o instrumento como um primeiro diagnóstico da presença desses fenômenos na escola, sem a intenção de se aprofundar nas especificidades de cada comportamento, visto que estávamos no início do curso para implementação das CMC e ainda não havia ocorrido discussões acerca dos conceitos. Estes foram apresentados no questionário com a intenção de provocar estranhamento e promover o debate, desnaturalizando a generalização do termo violência. O instrumento foi utilizado pelas unidades como uma ferramenta inicial para problematização das relações e possíveis caminhos para atuação das CMC.

4 Considerações Finais

A escola é um espaço de socialização e aprendizagem onde se estabelece múltiplas relações, interações sociais, além de uma comunicação pessoal e dinâmica entre os diversos atores sociais. Nesse sentido, por ser uma instituição social, a dinâmica das relações e interações sociais é permeada diretamente pelos contextos socioeconômicos, históricos e culturais onde se desenvolvem, possibilitando a interação dos sujeitos com o território no qual está inserido permitindo conhecer e vivenciar a diferença.

Um dos grandes desafios presentes no cotidiano escolar é a manifestação dos emergentes conflitos constituídos a partir da intersecção entre classe, raça, gênero, religião, cultura e geracional. Assim, podemos considerar que questões conflituosas que fazem parte do cotidiano escolar se manifestam em forma de fenômenos como indisciplinas, incivilidades e violências e estão inseridos em um contexto social mais amplo e complexo.

Nesse novo contexto escolar, que deixa de ser o lugar protegido dos conflitos destinado a socialização de grupos homogêneos, o enfrentamento à diversas manifestações da barbárie se torna urgente. Talvez, a forte aceitação da comunidade escolar frente a proposta de implantação das CMC expresse o anseio por alternativas que ofereçam respostas a tal situação, visto que as escolas têm apresentado dificuldade no trato da questão recorrendo, inclusive, à órgãos externos como o Conselho Tutelar, a Vara da Infância e Juventude, entre outros.

Dessa forma, se reconhece a relevância da proposta de constituição das CMC nas unidades da Rede Municipal de Ensino de São Paulo como a possibilidade da construção de um espaço

problematizador das relações no interior das instituições e fomentador de discussões acerca dos Direitos Humanos. Embora exista atualmente a tendência a judicialização das relações escolares, em que a CMC poderia ser a expressão da institucionalização e burocratização das relações, é importante destacar o seu caráter preventivo no combate à barbárie. Esse aspecto preventivo destacado na Lei nº16.134/2015 revela uma política pública que pretende considerar o fenômeno na sua complexidade, considerando a interação entre indivíduo e coletivo, entre o micro e o macro, evitando a posição de culpabilizar o sujeito desconsiderando o contexto social em que este está inserido.

Referências

ADORNO, Theodor W. *Educação e Emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BLOMART, Janine. Evitando a violência no ambiente das escolas primárias. In: DEBARBIEUX, Eric; BLAYA, Catherine. (Orgs.). *Violência nas Escolas*: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

DEBARBIEUX, Eric. Cientistas, políticos e violência: rumo a uma comunidade científica europeia para lidar com a violência nas escolas? In: _____; BLAYA, Catherine. (Orgs.). *Violência nas Escolas*: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

_____; BLAYA, Catherine. (Orgs.). *Violência nas Escolas*: dez abordagens europeias. Brasília: UNESCO, 2002.

CAUDAU, Vera Maria F. Diferenças Culturais, Interculturalidade e Educação em Direitos Humanos. *Revista Educação e Sociedade*, Campinas, v. 33, n. 118, jan/mar 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/es/v33n118/v33n118a15.pdf. Acesso: maio de 2017.

CHARLOT, Bernard. A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam a questão. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 4, n. 8, jul/dez 2002, p. 432-443. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/soc/n8/n8a16. Acesso: maio de 2017.

CHRISPINO, Álvaro. Gestão do Conflito Escolar: da classificação dos conflitos aos modelos de mediação. *Ensaio*: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v.15, n.54, p. 11-28, jan./mar. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ensaio/v15n54/a02v1554.pdf. Acesso: maio de 2017.

CHRISPINO, Álvaro, CHRISPINO, Raquel S. P. A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. *Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas em Educação*, Rio de Janeiro, vol.16, no.58, p. 9-30, jan./mar. 2008.

IANNI, Otávio. A violência na sociedade contemporânea. *Revista Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 7, n. 12, 2002.
Disponível em: http://seer.fclar.unesp.br/estudos/article/view/644. Acesso: maio de 2017.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2007.

SÃO PAULO (município). Lei nº16.134, de 12 de março de 2015. Dispõe sobre a criação da Comissão de Mediação de Conflito na Rede Municipal de Ensino da Cidade de São Paulo.

SÃO PAULO (município). *Decreto nº 56.560*, de 29 de outubro de 2015. Regulamenta a Lei nº 16.134, de 12 de março de 2015, que dispõe sobre a criação da Comissão de Mediação de Conflitos – CMC nas escolas da rede municipal de ensino.

SÃO PAULO (município). *Portaria nº 2.974*, de abril de 2016. Dispõe sobre a implantação e implementação da Comissão de Mediação de Conflitos – CMC nas Unidades Educacionais da Rede Municipal de Ensino, prevista na Lei nº 16.134/2015, regulamentada pelo Decreto nº 56.560/2015, e dá outras providências.

SCHILLING, Flávia. Violência nas escolas: explicitações, conexões. In: *Enfrentamento à violência nas escolas*. Cadernos Temáticos dos Desafios Educacionais Contemporâneos, v.4. Paraná: Secretária de Estado da Educação, 2008. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/cadernos_tematicos/tematico_violencia_vol2.pdf. Acesso: maio de 2017.



ANAIS

GT: ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA I: PROMOVER A CIDADANIA.
Coordenador: Diógenes Ribeiro (Unilasalle)

Canoas, 2017.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ENTRE O "LEGOCENTRISMO"[1], OS ANSEIOS POR UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA, E A VIA EXTRAJUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CELERIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Sul e Minas.
Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Fadisp;
afoadv.doc@gmail.com

Clarindo Ferreira Araújo Filho
Doutorando pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Fadisp;
clarindoaraujo@yahoo.com.br

Resumo:

O principal objetivo deste artigo é realçar algumas das mudanças que foram implementadas no novo Código de Processo Civil sancionado pela Presidência da República em 16 de março de 2015, com destaque para aquelas relativas à utilização da via extrajudicial nas situações de inventário e partilhas, separações e divórcios, como também, na instituição de novos instrumentos, como por exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ao mesmo tempo há uma ordem posta, pela cultura jurídica arraigada ao legocentrismo, ao *habitus*. Além da doutrina foram utilizados conhecimentos da antropologia, da sociologia e do Direito comparado com intuito de retratar ora os avanços, ora a timidez da nova legislação que se apresenta. Adota-se a metodologia de cunho qualitativo e utilizou-se a pesquisa bibliográfica como principal meio de pesquisa. Novas reestruturações dos códigos se apresentam, recentemente do Código Civil em 2002, e agora do Código de Processo Civil de 2015, projetados como resultados tendentes à consolidação desse processo democrático e a estabilização e maturidade das nossas instituições. O novo CPC traz avanços significativos, dentre eles pode-se destacar a evolução e melhoria do acesso à justiça, simplificação de procedimentos, valorização da via extrajudicial, dentre tantas outras inovações, também, como forma de estabelecer estruturas mais próximas dos anseios da sociedade, que exige uma justiça mais eficaz e, principalmente, de proteção dos direitos individuais e da coletividade. Conclui-se que, apesar do legocentrismo, do *habitus*, houve avanços significativos do novo CPC, com vistas ao acesso à justiça, simplificação de procedimentos, valorização da via extrajudicial, dentre tantas outras inovações, também, como forma de estabelecer estruturas mais próximas dos anseios da sociedade, que exige uma justiça mais eficaz.

Palavras-chave: Direito Processual. Código de Processo Civil. Cultura Jurídica.

[1] Fenômenos sociais descritos de forma pormenorizada por Günther Frankenberg em sua obra "A Gramática da Constituição e do Direito". (FRANKENBERG, 2007). Neste ponto vale lembrar os ensinamentos de Jünger Habermas: "Uma teoria da justiça diretamente normativa e que, ao tentar justificar princípios para a construção de uma sociedade bem ordenada, opera num plano situado acima das instituições e tradições existentes, tem que enfrentar o problema da relação entre ideia e realidade [...] O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais na normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente. " (HABERMAS, 2003, p. 245-246)

1 Introdução

Com a sanção do novo Código de Processo Civil[2] (CPC) surgem, a cada dia, inúmeras especulações sobre quais serão as dificuldades de ordem prática na aplicação da norma. Ora, o novo CPC, segundo diversos autores apontam, aparentemente, encontra-se permeado por cláusulas gerais, princípios, inovações e conceitos imprecisos, o que, a priori, favoreceria um considerável número de possibilidades de interpretação e, por conseguinte, certa fragilização da segurança jurídica, num processo semelhante ao que ocorreu com o Código Civil de 2002[3] em relação a algumas mudanças implementadas à época (CÂMARA E RIBEIRO, 2015; MACEDO, 2012; RIBEIRO, 2015; TARTUCE E MAZZEI, 2015).

Isso tende a ocorrer de acordo com Lenio Streck (2001) porque uma parcela dos operadores jurídicos encontra-se abstraída pela vastidão e complexidade do edifício teórico, algo que vem sendo construído ao longo do tempo, de forma robusta e imbricada e que trata da aplicação, eficácia e efetividade das normas legais brasileiras. Para Streck (2001), o "sentido comum teórico" influencia os operadores do direito como um todo, tendente a torná-los acríticos em relação à dogmática jurídica.[4][5]

> [...] existem mil sintomas no funcionamento do direito e nas convicções mais divulgadas entre os juristas que revelam de maneira inequívoca a falência do descrito modelo dogmático, o qual deixou de responder ao que efetivamente é o direito e aos propósitos e expectativas que procura satisfazer. Ainda que não se observe um modelo canônico que apareça com força e consenso suficientes, permitindo reconhecê-lo como substituto do dogmático, não cabem dúvidas de que as exigências deste – reiteremos – já não se respeitam na prática jurídica; por outro lado, suas insuficiências consolidam o pedido da doutrina em favor de sua superação, desde que não coincida com o modelo a substituir [...] (VIGO, 2005, p. 40).

Muito provavelmente, antecipando uma série de imbróglios, o poder legislativo buscou aplicar novas técnicas visando adequar, da melhor forma possível, o conjunto dos procedimentos. Ao exigir, por exemplo, do julgador fundamentações mais robustas "de sorte que a decisão revele claramente os motivos de incidência do dispositivo e os contornos semânticos empregados na delimitação de termos

---

[2] Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

[3] Lei 10. 406, de 10 de janeiro de 2002.

[4] Neste sentido: "[...], porém, envolvidos no interior do sentido comum teórico, não se dão conta dos paradoxos, até porque, como um mito – que só o é para quem nele acredita – também o paradoxo só é "paradoxal" para quem tem a auto compreensão de sua existência! É evidente que a formação desse sentido comum teórico tem uma relação direta com o processo de aprendizagem nas escolas de Direito". (STRECK, 2001, p. 43)

[5] "Como saber "operacional", domina no âmbito do campo jurídico o modelo assentado na ideia de que o processo interpretativo possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance a "interpretação correta", o "exato sentido da norma", "o exclusivo conteúdo/sentido da lei", "o verdadeiro significado do vocábulo", "o real sentido da regra jurídica", etc. Pode-se dizer que o pensamento dogmático do Direito acredita na possibilidade de que o intérprete extrai o sentido da norma, com se este estivesse contido da própria norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Trabalha, pois, com os textos no plano meramente epistemológico, olvidando o processo ontológico da compreensão". (STRECK, 2002, p. 47)

vagos, conceitos indeterminados e princípios", como disposto no parágrafo 1º do artigo 489[6] do novo CPC (RIBEIRO, 2015, p. 1).

Por um lado, Streck ressalta a existência dos "órfãos científicos", os operadores do Direito delimitados apenas pelo *habitus* e no aguardo de que o resultado do "processo hermenêutico-dogmático lhes aponte o (correto) caminho, dizendo para eles o que é que a lei diz (ou "quis dizer") " (STRECK, 2002, p. 46). Há, por outro lado, os que procuram uma atuação mais prospectiva, levantando os pontos dúbios e sugerindo caminhos e soluções.

Como em boa parte dos processos de criação e discussão de novas normas é possível estabelecer as proposições em dois grupos. O primeiro formado pelas leis que promovem mudanças radicais, exemplificativamente, a inclusão do instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). E, no segundo, normas que modificam de maneira incremental a legislação ora vigente (BRASIL, 2007), como por exemplo, o caso da nova normatização do inventário e partilhas, e também da separação e do divórcio, por parte do CPC (BRASIL, 2015).

Este artigo tem por objetivo discutir as influências do etnocentrismo e do legocentrismo, na maneira como os legisladores, os grupos de pressão política, estudiosos e doutrinadores empenhados em propor mudanças radicais, exemplifique-se: o IRDR, quanto outras incrementais – inventário e partilhas, separação e divórcio – no texto do novo CPC (Lei No 13.105, de 16 de março de 2015), sancionado pela Presidente da República.

O objeto da pesquisa é a busca por uma ordem jurídica justa que vá além do legocentrismo, do *habitus* e alcance especialmente pela via extrajudicial e consensual a solução dos conflitos a partir da dinâmica do CPC de 2015. O problema da pesquisa é a crise do judiciário e a necessidade de desburocratizar, tornar ágil, eficiente e eficaz os meios e solução de conflitos abraçando a proposta do CPC/2015. Dividimos o artigo em tópicos. Inicialmente, apresentamos as mudanças e resistências trazidas pelo novo CPC numa ótica principiológica e os entraves interpretativos a sua implementação. No segundo tópico tratamos das influências endógenas e exógenas na tentativa de novas codificações que transita entre: mudança radical e incremental, nos valemos dos autores Almeida e carvalho (2013); Frankenberg, (2007); Geertz (2008); Lévi-Strauss, (1983), entre outros. No terceiro tópico analisamos o novo CPC entre as mudanças previsíveis, as necessárias e as difíceis, tendo como referencial teórico Nunes, (2015); Tartuce e Mazzei (2015); Theodoro Júnior, (2003); Parodi e Santos, (2007). Concluímos que há uma cultura jurídica arraigada ao "legocentrismo" ao *habitus* que precisa ser suplantado pelo uso dos meios consensuais na pacificação das diversas formas de conflituosidade social. O legislador demonstra a busca de novos desafios e meios de prestação dos serviços forenses e extrajudiciais, desburocratizando mecanismos e procedimentos com o intuito de acelerar o resultado na prestação jurisdicional, a valorização da pessoa e, em consequência, a promoção da paz e justiça sociais com o novo CPC.

[6] *In verbis:* "Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que: (I) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; […]" (BRASIL, 2015, p. 101).

2 Influências endógenas e exógenas nas tentativas de novas codificações: entre a mudança radical e a mudança incremental.

Legisladores, doutrinadores, enfim, os operadores do Direito, devem estabelecer uma proposta sistematizada quando da análise dos estudos de Direito comparado, pois tais estudos, de regra, são utilizados para subsidiar a tomada de decisões na reformulação ou elaboração de novas leis e de seus efeitos consequentes.

Com uma perspectiva transformadora, mantendo uma visão crítica, tais análises podem indicar a relação necessária à solução de muitos problemas sociais. Para esse exame e com referencial no Direito comparado, em vez de se posicionar de forma neutra e com um "status racional"[7], deve-se estabelecer, a priori, uma postura de "observadores partícipes", projetando e contribuindo para o exercício de autocrítica e autorreflexão construtivista (FRANKENBERG, 2007). São essas perspectivas que reforçam a aplicação de inovações radicais e/ou incrementais, tanto na legislação quanto na interpretação jurídica, em razão dos paradoxos e princípios contrapostos e presentes no cotidiano do moderno Estado democrático de direito.

> A compreensão moderna da democracia distingue-se da clássica por se relacionar com um tipo de direitos dotado de três características principais, a saber: o direito moderno é positivo, cogente e estruturado individualisticamente. Ele resulta de normas produzidas por um legislador e sancionadas pelo Estado, tendo como alvo a garantia de liberdades subjetivas. De acordo com uma interpretação liberal, a autodeterminação democrática dos cidadãos somente se realiza através do medium desse direito, que assegura estruturalmente as liberdades, porém de tal sorte que a ideia de uma "dominação das leis" (rule of law), que se concretiza historicamente na ideia dos direitos humanos e da soberania popular, passa a ser vista como uma segunda fonte de legitimação. Isso levanta a questão sobre a relação entre o princípio democrático e o Estado de direito. (HABERMAS, 2003, p. 153).

Ora, ainda de acordo com Frankenberg (2007), cientistas sociais e, dentre eles os estudiosos comparadores, carecem de atenção redobrada para muitas armadilhas embutidas em certas premissas tidas como universais, tais como: as ideias de funcionalidade, de necessidade e da pretensa universalidade do Direito. Comparações críticas deveriam considerar *a priori* a força do "legocentrismo", como também, de outros importantes fenômenos sociais, e a própria cultura, que, via de regra, interpenetram a prática, a formação e o *habitus.*

A cultura, por exemplo, assumiria um papel decisivo, quando considerada em suas múltiplas facetas. No entanto, alerta Geertz (2008), necessário fugir de teorizações "ecléticas", como abordou Clyde Kluckhohn em sua obra "Antropologia: um espelho para o homem", para quem a cultura poderia assumir pelo menos onze significados[8] (KLUCKHOHN, 1972).

---

[7] Neste sentido Almeida e Carvalho (2013) afirmam que as comparações realizadas nos tratados de Direito comparado apresentam uma tendência tanto de atualidade como de horizontalidade, ou seja, tratam na maioria das vezes das situações contemporâneas vivenciadas pelos sistemas jurídicos pesquisados e analisados. Isto termina por distinguir os comparadores de outros estudiosos de disciplinas jurídicas relacionadas, como por exemplo, a história comparativa do direito e a própria história do direito, essa última que necessariamente requer uma visão vertical.

[8] "[...] (1) "o modo de vida global de um povo"; (2) "o legado social que o indivíduo adquire do seu grupo"; (3) "uma forma de pensar, sentir e acreditar"; (4) "uma abstração do comportamento"; (5) "uma teoria, elaborada pelo antropólogo, sobre a forma pela qual um grupo de pessoas se comporta realmente"; (6) "um celeiro de aprendizagem em comum"; (7) "um conjunto de orientações padronizadas para os problemas recorrentes"; (8) "comportamento aprendido"; (9) "um mecanismo para a regulamentação normativa do comportamento"; (10)

Para Claude Lévi-Strauss apreender a cultura de um povo em toda a sua riqueza e nuances não é uma tarefa simples, pois o observador dificilmente consegue colocar-se em um ponto em que as percepções sobre a sua própria cultura não causem interferências significativas nos seus *insights*. (LÉVI-STRAUSS, 1983).

> A riqueza de uma cultura, ou do desenrolar de uma das suas fases, não existe a título de propriedade intrínseca: ela é função da situação em que se encontra o observador relativamente a ela, do número e diversidade dos interesses que ele aí investe. Recorrendo a uma outra imagem, pode dizer-se que as culturas se assemelham a comboios que circulam mais ou menos depressa, cada um deles sobre a sua própria via e numa direção diferente. Os que rodam a par do nosso apresentam-se nos de maneira mais durável; podemos observar à vontade o tipo de carruagens, a fisionomia e a mímica dos viajantes através dos vidros dos nossos compartimentos respectivos. Enquanto que, numa outra via, oblíqua ou paralela, um comboio passa no outro sentido e dele não recebemos senão uma imagem confusa e depressa desaparecida, dificilmente identificável, as mais das vezes reduzida a uma mancha momentânea do nosso campo visual, que não nos dá qualquer informação sobre o próprio acontecimento e que só nos irrita, porque interrompe a contemplação plácida da paisagem que serve de pano de fundo aos nossos devaneios. Ora qualquer membro de uma cultura está tão estreitamente solidário com ela como esse viajante idealizado o está com o seu comboio. (LÉVI-STRAUSS, 1983, p. 30-31).

Isto também explica, em parte, porque o ecletismo pode nos levar a um sentimento de frustração. Afinal, cabe ao estudioso escolher entre as inúmeras possibilidades proveitosas que estão diante de si, e em contrapartida abandona outras porque, naquele momento, aparentam ser menos valiosas. Neste sentido, convém levar em conta o conceito de cultura descrito no pensamento weberiano.

> [...] o homem é um animal amarrado a teias de significados que ele mesmo teceu, assumo a cultura como sendo essas teias e a sua análise; portanto, não como uma ciência experimental em busca de leis, mas como uma ciência interpretativa, à procura do significado. É justamente uma explicação que eu procuro, ao construir expressões sociais enigmáticas na sua superfície. (GEERTZ, 2008, p. 4)

E, analogamente, o mesmo ocorre quando das influências de múltiplos fenômenos endógenos e exógenos presentes em quaisquer formas de organizações humanas, como por exemplo o "isomorfismo organizacional"[9], que interfere na percepção e na tomada de decisões no campo do Direito e de outras ciências sociais (DIMAGGIO E POWELL, 1991; FRANKENBERG, 2007; JONES, 2010).

O isomorfismo coercitivo pode ser percebido quando uma organização passa a aderir a determinados valores e normas pela pressão sofrida por parte de outras organizações ou mesmo da sociedade. Um fornecedor que depende de compras governamentais, por exemplo, terá de passar a adotar valores, normas e procedimentos, de uma maneira que possa atender aos requisitos do cliente.

"um conjunto de técnicas para se ajustar tanto ao ambiente externo como em relação aos outros homens"; (11) "precipitado da história" [...]" (KLUCKHOHN APUD GEERTZ, 2008, p. 3).

[9] "Conforme as organizações crescem, elas podem copiar uma da outra estratégias, estruturas e culturas e tentar adotar certos comportamentos por acreditarem que isso aumentará suas chances de sobrevivência. Como resultado, o isomorfismo organizacional – processo pelo qual as organizações em uma população se tornam mais parecidas ou semelhantes – aumenta. Foram identificados três processos que explicam por que as organizações se tornam mais parecidas: o isomorfismo coercitivo, o isomorfismo mimético e o isomorfismo normativo" (JONES, 2010, p. 260).

Ou ainda, quando a organização é obrigada a rever suas práticas de respeito ao meio ambiente para obedecer a uma nova legislação (DIMAGGIO E POWELL, 1991; JONES, 2010)

Uma lei que altere o processo eleitoral e a quantidade de representantes, por exemplo, impõe ao parlamento ajustar-se às novas regras. Da mesma forma, o novo CPC inova o sistema jurídico e aos atores envolvidos restarão se acomodarem à legislação.

O isomorfismo mimético ocorre quando as organizações passam de forma intencional a imitar e copiar práticas e estratégias umas das outras como uma maneira de ampliar a sua legitimidade perante o mercado, os fornecedores, as agências governamentais, etc. (DIMAGGIO E POWELL, 1991; JONES, 2010).

> Embora imitar as organizações mais bem-sucedidas em uma população aumente suas chances de sobrevivência e sucesso, há um limite para o quanto uma nova organização deve procurar imitar as já existentes. A primeira organização de um setor ganha uma vantagem de ser pioneira; se os seguidores se moldarem de modo muito semelhante à organização pioneira, poderá não haver razão alguma para os clientes quererem experimentá-los. Cada organização deve desenvolver algumas competências peculiares para se diferenciar e definir o nicho onde terão acesso a mais recursos. (JONES, 2010, p. 260).

A similitude do isomorfismo mimético pode ser sentida na justiça, exemplificativamente, quando os operadores do direito não conseguem romper o engessamento provocado pelo *habitus*, conforme a descrição proposta por Streck (2002) na parte introdutória desse trabalho.

Por último, o isomorfismo normativo, resultante da adoção de um conjunto semelhante de normas e valores por parte de organizações que convivem em um mesmo ambiente, setor, região, país, etc. Ora, gestores e funcionários comumente se alternam entre as organizações, levando consigo valores e normas que eram seguidos pelos seus antigos empregadores. (DIMAGGIO E POWELL, 1991; JONES, 2010).

> A maioria das empresas em um setor recruta seus administradores de outras empresas do mesmo setor, por exemplo [...] as organizações também adquirem indiretamente conjuntos específicos de valores e normas através de associações industriais, comerciais e profissionais. Através de reuniões, contatos pessoais e publicações, essas associações promovem ideias e normas específicas a seus membros. Devido a essa influência indireta, as organizações dentro de um setor passam a desenvolver uma visão semelhante do mundo. (JONES, 2010, p. 260).

Em geral, nos três Poderes, por exemplo, o isomorfismo normativo se evidencia quando servidores passam a ocupar cargos ou outras funções, levando consigo valores e formas de trabalhar que eram costumeiramente utilizadas em suas antigas atribuições.

Para Frankenberg (2007), em alerta aos comparadores, enfim, aos estudiosos do Direito, e, por conseguinte aos legisladores, a uma análise mais aprofundada sob todos os prismas possíveis, evitando concentrar-se apenas em se tentar criar uma ordem racional para as histórias e, por consequência para as diferenças do Direito. O que se poderia levar a armadilha, exemplificativamente, do isomorfismo organizacional.[10]

[10] "Embora o isomorfismo organizacional possa ajudar as novas organizações em crescimento a desenvolverem estabilidade e legitimidade, ele apresenta algumas desvantagens. As formas como as organizações aprenderam a operar podem se tornar desatualizadas e o resultado é a baixa eficácia. Além disso, a pressão para imitar os concorrentes e vencê-los em seu próprio jogo pode reduzir o incentivo à experiência, de modo que o nível de inovação declina. " (JONES, 2010, p. 260).

Frankenberg (2007) adverte que o Direito comparado poderia se transformar em um verdadeiro instrumento de legitimação e libertação, desde que se respeite a premissa de não aceitar como axiomático o conceito jurídico e a ideia de Direito, e partir em direção a uma nova avaliação a respeito da consciência crítica do Direito. Essa busca epistemológica se validaria com o engajamento dos mecanismos de autocrítica e mesmo como forma de questionar a centralidade do Direito comparado e a característica da neutralidade sempre presente.

Em relação ao Direito comparado é preciso romper a barreira do etnocentrismo[11], fenômeno que pode ser entendido como uma espécie de "contrapartida sociológica" ao egocentrismo. Em outras palavras, a diferença entre etnocentrismo e egocentrismo é que, ao contrário do indivíduo que se considera uma espécie de centro do universo, uma razão responsável por toda significação e existência, no etnocentrismo é a cultura inteira que se posiciona nessa condição (FRANKENBERG, 2007).

Analogamente ao que acontece no egocentrismo, segundo Johnson (1997), o etnocentrismo atua como uma espécie de lente, pela qual a consciência crítica acerca do mundo é percebida e interpretada de forma relativizada, tomando-se para tanto um único viés cultural, e, consequentemente, excluindo-se as demais possibilidades. O etnocentrismo não pode ser reduzido a uma espécie de problema, e sim compreendido como uma consequência relacionada diretamente com a cultura e com a realidade social que é construída em seu interior. Ele pode chegar a se tornar um problema quando utilizado ideologicamente para distorcer a visão sobre outras culturas e com isso justificar quaisquer formas de opressão.

Segundo Frankenberg (2007), há entre os enciclopedistas os que proclamam ser possível levar em conta toda cultura jurídica, sem esquecer de nenhuma delas e, ainda assim, não proclamar nenhum juízo de valor. Há aqueles que fazem comparações dogmáticas dos tratados e que acreditam tão-somente no fruto das comparações racionais, todas elas circunscritas ao controle jurídico-científico, e por um universalismo que também está presente na argumentação jurídica.

Uma perspectiva diferente não pode ser simplesmente tomada como uma falha cognitiva, ou mesmo, um desvio ou problema emocional. Ou ainda, como uma pregação ideológica manipuladora ou uma falha psicológica-social que pudesse ser remediada por uma prescrição ética, fundamentada em conceitos moralmente aprovados pela cultura vigente. Ao contrário, é indispensável encarar perspectivas diferentes como constructos relevantes formadores da consciência crítica de qualquer ser humano (FRANKENBERG, 2007; GEERTZ, 2008).

A ideia de cultura, também, deve levar em conta que nascer e/ou ser socializado em uma certa cultura significa construir uma série de perspectivas relacionadas com o ambiente que está sendo vivenciado, perspectivas estas que normalmente são aceitas dentro daquela cultura. Isto nos torna vítimas/beneficiários de nossa própria cultura, no entanto, é possível romper com tal determinismo.

---

[11] Sobre o etnocentrismo Claude Lévi-Strauss afirma: "E, no entanto, parece que a diversidade das culturas raramente surgiu aos homens tal como é: um fenômeno natural, resultante das relações diretas ou indiretas entre as sociedades; sempre se viu nela, pelo contrário, uma espécie de monstruosidade ou de escândalo; nestas matérias, o progresso do conhecimento não consistiu tanto em dissipar esta ilusão em proveito de uma visão mais exata como em aceitá-la ou em encontrar o meio de a ela se resignar. A atitude mais antiga e que repousa, sem dúvida, sobre fundamentos psicológicos sólidos, pois que tende a reaparecer em cada um de nós quando somos colocados numa situação inesperada, consiste em repudiar pura e simplesmente as formas culturais, morais, religiosas, sociais e estéticas mais afastadas daquelas com que nos identificamos. "Costumes de selvagem", "isso não é nosso", "não deveríamos permitir isso", etc., um sem número de reações grosseiras que traduzem este mesmo calafrio, esta mesma repulsa, em presença de maneiras de viver, de crer ou de pensar que não são estranhas. Deste modo a Antiguidade confundia tudo que não participava da cultura grega (depois Greco romana) sob o nome de bárbaro; em seguida, a civilização ocidental utilizou o termo de selvagem no mesmo sentido. " (LÉVY-STRAUSS, 1952, p. 19-20)

Uma mente educada numa cultura ocidental não está fadada a pensar somente dentro dessa perspectiva.

A parte disso, devemos ser partícipes de uma determinada cultura e, também, observadores atentos de uma outra. Para superar qualquer perspectiva reducionista devemos reconhecer que utilizamos nossa cultura construída, também, para compreensão do novo e o diferente, ponderando sobre os achados dessa busca e submetendo-os a avaliações autocríticas (FRANKENBERG, 2007).

Não obstante a utilização sistemática e inevitável de certos conceitos e códigos inerentes à própria língua e cultura e necessários ao exercício das comparações, não se deve estabelecer ideias preconcebidas no sentido de criar imposições racionais ou de se usar uma estrutura, como se fosse determinístico (e possível!) Ter-se em mão uma "receita infalível", uma fórmula a impedir a adesão a novas perspectivas possíveis.

Necessário ultrapassar o paradigma das "interpretações autênticas e categorias universais" presentes nos estudos de Direito comparado. As comparações deveriam ser, antes de tudo, legítimas operações de autorreflexão. Para isso, o comparador deveria ter uma visão clara de seu duplo papel – "sujeito jurídico/destinatário jurídico" – e não apenas a postura de mero "observador neutro" (FRANKENBERG, 2007).

O egocentrismo, como um prisma que cria a ilusão de Direito como forma reduzida, uma espécie de constructo sócio jurídico monolítico, homogeneizado, ou uma fórmula necessária à trajetória natural de qualquer sociedade humana deve ser superado. O Direito não deve ser disposto a dar respostas racionais, otimizado da solução de conflitos, apaziguador da ordem social e promotor da harmonia e da solidariedade, tão somente (FRANKENBERG, 2007).

Por fim, vale ressaltar que os estudos de Direito comparado podem servir para municiar o poder legiferaste, bem como os operadores do Direito a fim de repensar o sistema jurídico visando à justiça social e a construção de um Estado democrático de direito em que não existam tantos excluídos. O poder judiciário brasileiro, por exemplo, encontra-se com uma carga sobre-humana de processos, demandas que se avolumam dia a dia em escala progressiva na busca, pela sociedade, da resolução dos seus conflitos; por outro lado, não obstante esse aumento, o sistema ainda continua moroso, caro e incapaz de satisfazer a contento os atuais anseios da sociedade.

3 O novo CPC entre as mudanças previsíveis, as necessárias e as difíceis.

Com a inovação do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) no sistema jurídico, apresenta-se como excelente instrumento e a expectativa em potencial à celeridade dos processos e, também, pode ser considerado, de imediato, uma mudança de difícil aplicação[12].

Trata-se de uma técnica que tem como objetivo subsidiar a atribuição do grau de importância de certos litígios repetitivos, por meio de uma "cisão da cognição". Isso deverá ocorrer por meio da aplicação do "procedimento-modelo" ou "procedimento-padrão". Uma maneira na qual torna mais

[12] Aqui vale lembrar os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior quando da sanção do Código Civil de 2002: "A adoção de um sistema normativo inspirado em conceitos abertos e cláusulas gerais tem, é certo, suas virtudes, mas apresenta, também, riscos e perigos que não são poucos nem pequenos. Uma norma legal em branco evidentemente permite ao juiz preencher o claro legislativo de modo a aproximar -se mais da justiça do caso concreto. O aplicador da lei, contudo, sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais sobre os que a ordem jurídica adotou como indispensáveis ao sistema geral de organização social legislada [...]" (THEODORO JÚNIOR, 2003, p. 15-16).

prático apreciar um determinado grupo de questões comuns que estão inseridas em casos similares, mas mantendo o poder de decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário.[13]

Guarda similitude à repercussão geral no âmbito do STF (artes. 103, § 3º da CF; 543-A e 543-B, do CPC) e ao recurso repetitivo no STJ (art. 543-C do CPC), ambos julgados em grau de recurso, posto que o IRDR deverá ocorrer no âmbito do juízo originário. Também uma ideia similar ao que ocorre no Direito alemão – *Musterverfahren* – e utilizada naquele país desde 2005 por meio da lei *Kapitalanleger-Musterverfahrengesetz – KapMuG*, - uma norma experimental e originalmente concebida para ser aplicada em litígios relacionados ao mercado de capitais alemão, mas que aos poucos foi-se incorporando ao sistema jurídico do país e passou a ser aplicada não somente nos litígios de fundo econômico, e que agora pretende-se adaptar ao sistema jurídico nacional em âmbito geral (NUNES, 2015).

Por outro lado, tem-se entre as medidas previsíveis e as necessárias aquelas propostas tendentes a pacificar o caso de algumas situações legais relacionadas ao inventário e à partilha[14], que pela visão de Tartuce e Mazzei (2015) estão sujeitas a um duplo influxo – direito material e direito processual – pois as normas que tratam do inventário e a partilha constam do Código Civil (artigos 1.991 a 2.027), e, também, do novo Código de Processo Civil[15] (artigos 625 a 688).

Necessário, por exemplo, atentar para a diferenciação entre a Ação Rescisória de Partilha (CPC) e a Ação de Petição de Herança (Código Civil). Essa última recebeu uma consideração diferenciada no Código Civil de 2002 (artigos 1.824 a 1.828), muito embora não tenha sido incluída na codificação processual (TARTUCE E MAZZEI, 2015).

> Ocorre que, nada obstante a situação peculiar, o Código de Processo Civil em vigor prevê ação rescisória de partilha em favor do herdeiro preterido -nos termos do art. 1.030, III, do CPC, é rescindível a partilha julgada por sentença se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja-. O uso da expressão "herdeiro preterido" pela legislação processual pode levar a uma confusão com a ação de petição de herança, pois, como é curial, a legitimidade ativa para a segunda ação, consoante se infere do art. 1.824 do Código Civil, é do herdeiro que postula o reconhecimento de seu direito sucessório – artigo 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua, sendo, por tal passo, tratado pela doutrina como herdeiro preterido – [...] a ação de petição de herança tem duplo objetivo: (a) reconhecimento judicial da qualidade sucessória do requerente e (b) a restituição de bens da

[13] "Nestes termos, a parte "comum" será dimensionada pelo tribunal de segundo grau mediante ampla cognição (art. 980, caput), audiência pública para obtenção de subsídios argumentativos (art. 980, §1º) e análise panorâmica "de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários" (art. 981, §2º). Uma vez dimensionado no acórdão os fundamentos determinantes padronizáveis das causas repetitivas, caberá ao juízo de primeiro grau aplicá-los dialogicamente. " (NUNES, 2015, p. 1).

[14] "Denomina-se inventário a ação que tem por finalidade a averiguação e a distribuição dos bens integrantes do patrimônio da pessoa falecida, distribuindo-se entre aqueles que possuem direito sucessório. Atualmente, admite-se, ainda, o inventário negativo para declaração de inexistência de patrimônio a ser partilhada o pelo falecido. O art. 983 do CPC esclarece que o prazo para a abertura do inventário será de 60 dias a contar da abertura da sucessão, devendo findar-se nos 12 meses subsequentes. Há expressa, todavia, autorização para que o magistrado possa estender, até mesmo de ofício, os citados prazos [...]" (GAIO JÚNIOR, 2008, p. 346-347).

[15] "Tal fato permite facilmente verificar que no tratamento do tema é possível localizar dispositivos com feição bifronte, bem assim heterotróficos, sendo fundamental a busca de simbiose interpretativa entre os diplomas de direito material e de processo. A análise do fenômeno acima permite observar com maior facilidade que alguns dispositivos trazidos no Projeto de novo CPC não devem ser vistos apenas a partir da matriz processual; como possuem superfície e/ou consequências de direito material, reputa-se necessária a verificação de sua compatibilidade com as previsões legais de direito material, notadamente as inseridas no bojo do Código Civil em vigor. " (TARTUCE E MAZZEI, 2015, p. 3).

> herança, eliminando a indevida retenção pelo demandado(s) [...]" (TARTUCE E MAZZEI, 2015, p. 4).

Segundo Tarte e Mezei (2015) essa "disputa de espaço" entre o Código Civil de 2002 (artigos 1.824 a 1.828) e o CPC (artigo 1.030, III), ainda vigente, parece ter sido apaziguada pela redação do artigo 673, III, pois em termos práticos "muito embora a legislação processual pudesse ser mais clara, tem-se que o escopo da ação rescisória de partilha prevista no CPC (e agora repetida no texto projetado) em nada se confunde com a ação de petição de herança"[16] (TARTUCE E MAZZEI, 2015, p. 6).

Outro aspecto relevante no novo CPC é o aprofundamento da busca pela simplificação de procedimentos, a exemplo do que ocorreu na reforma do Código Civil em 2002, que possibilitou a via alternativa nos procedimentos de separação, divórcio, e ainda inventário e partilha, nos casos em que existam partes maiores e capazes e consenso entre elas. Sem prejuízo da via judicial, a utilização do procedimento administrativo apresenta maior celeridade, economia e bastante eficiência, com isso contribuindo com o judiciário em se concentrar esforços na solução dos conflitos judicia lizados que é de sua competência exclusiva (PARODI E SANTOS, 2007).

> Todo o mundo ocidental de raízes romanísticas tem procurado modernizar o ordenamento positivo processual seguindo orientação mais ou menos similar, cuja preocupação dominante é a de superar a visão liberal herdada do século XIX, excessivamente individualista e pouco atenta ao resultado prático da resposta jurisdicional. A nova orientação, dominada pelos ares do Estado Social de Direito, assume compromisso, a um só tempo, com a celeridade processual e com a justiça mais humana a ser proporcionada àqueles que clamam pela tutela jurídica. Vários são os expedientes a que recorrem os legisladores reformistas, podendo-se ressaltar, no entanto, a recorrente perseguição a duas metas: a desburocratização do processo, para reduzir sua duração temporal, e a valorização de métodos alternativos de solução de conflito, dentre os quais se destaca a conciliação (seja judicial ou extrajudicial). (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 6).

No caso específico das separações e divórcios, o novo CPC promove uma abrangência maior em comparação com a legislação vigente, que só contempla os casos de separação consensual ou de divórcio consensual (direto ou por conversão) prescindindo da via judicial; com isso, amplia às partes o acesso aos meios administrativos[17] na solução de conflitos, conforme a disposição

---

[16] "Em suma, o ponto de diferenciação mais evidente das ações - Há outros pontos de divergência entre as ações, não podendo se esquecer, por exemplo, que a ação de petição de herança deve receber status de ação real, pois a herança (em sua universalidade) deve ser tratada como bem imóvel (art. 80, II, do Código Civil) - está, como se percebe, no fato de a ação rescisória (prevista na legislação processual) somente ter espaço quando aquele que se julgar preterido venha postular a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha – [...] 1. A ação rescisória não é o remédio processual adequado a ser manejado pelos herdeiros que não participaram do processo de inventário, buscando atacar a partilha homologada em procedimento sem contencioso. 2. Inteligência das regras dos artes. 1.824 e 1.825 do Código Civil de 2002. 3. Doutrina e jurisprudência acerca do tema" (STJ, Resp. 940.455/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª T., j. 17.05.2011, DJe 23.05.2011). Tal não ocorre na petição de herança que, por sua vez, pressupõe de modo mais vulgar justamente a não participação do herdeiro no inventário, pois a postulação principal é justamente o "reconhecimento do direito sucessório" do autor, segundo se extrai do disposto no art. 1.824 do Código Civil. " (TARTUCE E MAZZEI, 2015, p. 7).

[17] Hoje, o CPC prevê que: "Em todos os casos de separação consensual ou de divórcio consensual (direto ou por conversão) há circunstâncias em que a lei dispensa o procedimento judicial de jurisdição voluntária e permite às partes o acesso à via administrativa para obter tanto a separação como o divórcio extrajudicialmente, sem depender sequer da posterior homologação em juízo. Para tanto, os cônjuges (ou ex-cônjuges) deverão recorrer a um tabelião para reduzir a escritura pública o acordo a que chegaram. Terão de fazê-lo, porém, com assistência de advogado comum, ou de advogados diversos (um para cada consorte), que acompanharão o ato notarial e firmarão a escritura juntamente com o tabelião e as partes (art. 1.124 -A, § 2º). A Lei nº 11.965, de 03.07.2009, acrescentou ao § 2º deste artigo a previsão de

da Parte Especial - Livro I - Título III, no Capítulo XV, Seção IV, que trata do "Divórcio e da separação consensuais, da extinção consensual de união estável e da alteração do regime de bens do matrimônio". [18]

Ao se concentrar nas mãos dos notários[19] as atividades consensuais relacionadas com as separações, divórcios, inventários e partilhas, dentre outras atribuições, facilita-se a vida das pessoas envolvidas, pois todo procedimento notarial e registral apresenta menor carga de burocracia e gastos, pois além da possibilidade de previsão de gratuidade para certos atos, ainda, que a tabela de emolumentos de notas e de registros prevê preços menores em relação às tabelas de custas judiciais vigentes nos Estados para os mesmos atos. (PARODI E SANTOS, 2007).

Bastos e Luz (2008) lembram, a título de argumentação, que o modelo adotado pelos legisladores brasileiros difere tanto do modelo escandinavo, como do modelo de total privatização dos serviços jurídicos e psicológicos nos casos de separação e divórcio[20]. No Brasil, os casos em que se atribuem as separações e divórcios extrajudiciais a um notário ainda se mostram incipientes, mas já demonstram um avanço, posto "que possui a função de regulação jurídica da dissolução matrimonial [...] caso em que o legislador optou pelo modelo em que tais atos da vida civil e familiar são desenvolvidos perante um notário. Atuando em colaboração e cooperação mútua do advogado [...]" (BASTOS E LUZ, 2008, p. 139).

A valorização da via extrajudicial e da função notarial podem também ser analisada em diversos outros dispositivos do novo CPC, dentre eles, destacam-se a Parte Especial -Livro I: Título I Procedimento Comum, no Capítulo XII Das Provas, Seção III – Da Ata Notarial[21]; Título III Dos

---

que os hipossuficientes podem ser assistidos por defensor público. A escritura pública assim lavrada "não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis" (CPC, art. 1.124 -A, § 1º). A validade da separação ou divórcio por via notarial está legalmente subordinada às seguintes exigências traçadas pelo art. 1.124 -A: a) inexistência de filhos menores ou incapazes do casal (caput); b) observância dos prazos legais para obtenção da separação consensual ou do divórcio consensual (caput); c) inclusão na escritura das disposições relativas: (i) à descrição e partilha dos bens comuns; (si) à pensão alimentícia que um cônjuge prestará, eventualmente, ao outro; e (si) ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento (caput); d)assistência dos contratantes por advogado comum, ou por advogado de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (§ 2º). Para os necessitados, a lei garante a gratuidade da escritura e demais atos notariais, com a expedição de translado e o registro no cartório civil e imobiliário. Para obtenção do benefício legal, será suficiente a declaração pelo interessado de que é pobre, sob as penas da lei (§ 3º) (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 2.650-2651).

[18] *In verbis*: "Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. § 1o A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2o O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. " (BRASIL, 2015, p. 170)

[19] Neste sentido Bastos e Luz (2008) ressaltam a importância do trabalho notarial: "[...] desta forma, o notário, ao ser chamado a intervir nas separações e divórcios consensuais, não se limita a autenticar ou verter para a forma pública o acordo de vontades estabelecido entre os separando ou aqueles que pretendem se divorciar. Relegar a atuação notarial como meramente chancelada a do trabalho desenvolvido pelo advogado, seria um formalismo desmedido, mesmo porque, por definição constitucional, este é essencial para a repartição da justiça. Assim, bastaria sua intervenção para que o ato fosse válido [...]" (BASTOS E LUZ, 2008, p. 139).

[20] "[...] a) modelo escandinavo, que é realizado perante uma autoridade administra ativa, composto de assistência jurídica, psicológica e social, destinado a melhor compreensão pelos intervenientes de seus direitos e obrigações. Podendo, como no caso da Suécia e Islândia, haver uma mediação familiar, vez que nestes países se permite o divórcio extrajudicial mesmo quando envolvidos filhos menores; b) o modelo de completa privatização dos serviços jurídicos e psicológicos, com a intervenção de advogados e mediadores de maneira estritamente privada. E, quando do acordo, este deve ser enviado ao oficial do registro civil (oficie de leta civil) [...]" (BASTOS E LUZ, 2008, p. 139).

[21] *In verbais*: "Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial". (BRASIL, 2015, p. 81).

Procedimentos Especiais: a) no Capítulo VI – Do Inventário e Partilha, Seção I – das Disposições gerais[22]; b) no Capítulo XII – Da Homologação do Penhor Legal[23].

Apenas a título de proposta inovadora e não sancionado, mas que constava como Emendas e Sugestões rejeitadas e suprimidas pela Comissão Temporária do CPC sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados, o referente à Inclusão do §5º ao artigo 553 do Capítulo I – Da ação de Consignação em pagamento, no Título III – Dos Procedimentos Especiais.[24]

Ainda, importante instrumento e que há muito é a expectativa dos tabeliães de notas e registradores de imóveis, com arrimo aos princípios da legalidade, segurança jurídica, publicidade, eficiência, etc., e os muitos trabalhos acadêmicos desenvolvidos na seara da usucapião administrativa, o novo CPC apresenta no Livro Complementar, o artigo 1.071 e que altera o Título V, no Capítulo III, da Lei de Registros Públicos (Lei 6015/73), que passará a vigorar acrescida do artigo 216-A.[25]

4 Considerações finais

Impensável dissociar o sistema jurídico de um país das influências culturais, dentre outros fatores e variáveis, que se acumularam nos séculos da história. Somos as influências do colonialismo e da cultura lusitana; das consequências da monarquia, do regime escravocrata, da luta pela independência e, mais recentemente, na República, dos períodos de exceção e da Constituição de 1988.

São esses traços característicos da formação multirracial, social e cultural brasileiras, e de tantos outros aspectos, que também contribuíram, de certa forma, à formatação do nosso legocentrismo, guardadas as proporções à nossa realidade enquanto democracia incipiente. Somos essa democracia jovem, com instituições e sistema jurídico que tem se mantido em equilíbrio, com a participação ativa da sociedade por todo esse processo, ainda que lentas sejam as transformações na busca pela estabilização do sistema como um todo.

Novas reestruturações dos códigos se apresentam, recentemente do Código Civil em 2002, e agora do Código de Processo Civil de 2015, projetados como resultados tendentes à consolidação desse processo democrático e a estabilização e maturidade das nossas instituições

---

[22] "Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.§ 2ºO tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial." (BRASIL, 2015, p. 134).

[23] "Art. 703. § 2º A homologação do penhor legal poderá ser promovida pela via extrajudicial mediante requerimento, que conterá os requisitos previstos no § 1º deste artigo, do credor a notário de sua livre escolha. § 3º Recebido o requerimento, o notário promoverá a notificação extrajudicial do devedor para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar o débito ou impugnar sua cobrança, alegando por escrito uma das causas previstas no art. 704, hipótese em que o procedimento será encaminhado ao juízo competente para decisão. § 4ºTranscorrido o prazo sem manifestação do devedor, o notário formalizará a homologação do penhor legal por escritura pública". (BRASIL, 2015, p. 161-162).

[24] "Art. 553 [...] § 5º. O procedimento extrajudicial é aplicável à consignação de aluguéis". (BRASIL, 2014, p. 144).

[25] "Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com: I – ata notarial lavrada pelo tabelião da circunscrição em que situado o imóvel, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso, e suas circunstâncias; [...]" (BRASIL, 2015, p. 308-310)

O novo CPC traz avanços significativos, dentre eles pode-se destacar a evolução e melhoria do acesso à justiça, simplificação de procedimentos, valorização da via extrajudicial, dentre tantas outras inovações, também, como forma de estabelecer estruturas mais próximas dos anseios da sociedade, que exige uma justiça mais eficaz e, principalmente, de proteção dos direitos individuais e da coletividade.

Dessa forma, é parte desse processo de vanguarda do Estado democrático de direito, a concretização e fortalecimento dos seus ideais de justiça, e o novo Código de Processo Civil prenuncia a adoção de instrumentos com maior efetividade, com espectros mais amplos e postos à disposição da sociedade como garantia de acesso à tutela jurisdicional assegurada na Constituição Federal.

Por fim, ao ampliar, ainda que timidamente, a utilização da via extrajudicial e de outros meios na pacificação das diversas formas de conflitualidade social, o legislador demonstra a busca de novos desafios e meios de prestação dos serviços forenses e extrajudiciais, desburocratizando mecanismos e procedimentos com o intuito de acelerar o resultado na prestação jurisdicional, a valorização da pessoa e, em consequência, a promoção da paz e justiça sociais.

Referências

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2013.

BASTOS, Eliene Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (coords.). *Família e Jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. *Resolução Nº. 35*, de 24 de abril de 2007. Disciplina a aplicação da Lei no. 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro; Portal CNJ; Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, DF: CNJ, 2007. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atosadministrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12151-resolu-no-35-de-24-de-abril-de-2007. Acesso em 09 fev. 2015.

_____. *Projeto de Lei no. 6.025*, de 2005. Proposta de Redação Final. Congresso Nacional. Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei no. 6.025, de 2005, ao Projeto de Lei no.8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do "Código de Processo Civil" (Revogam a Lei no. 5.869, de 1973). Brasília, DF: Congresso Nacional, 2014. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/3/art20140326-01.pdf. Acesso em 15.02.2015

_____. *Lei Nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2105. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/3/art20150317-03.pdf. Acesso em 23 março de 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas; RIBEIRO, Marcelo. *Por uma interpretação democrática do novo CPC*. Portal Justificando.com. 2015. Disponível em: http://justificando.com/2015/02/13/por-uma-interpretacao-democratica-do-novo-cpc/. Acesso em 17.02.2015.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. (compiladores). *El Nuevo Institucionalismo em el Análisis Organizacional.* Chicago/London: U. of Chicago Press, 1991. Disponível em:

http://www.izt.uam.mx/sotraem/Bibliografia/PowellwalterINTRODUCCION.pdf. Acesso em 24 de março de 2015.

FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*; Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Direito Processual Civil*, vol. 2: cumprimento da sentença, processo de execução, processo cautelar e procedimentos especiais; Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2008.

HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Era das transições*. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*; Rio de Janeiro, RJ: LTC, 2008.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*: guia prático da linguagem sociológica; Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Ed., 1997.

JONES, Gareth R. *Teoria das organizações*. São Paulo, SP: Pearson Education do Brasil, 2010.

KLUCKHOHN, Clyde. *Antropologia*: um espelho para o homem. Itatiaia, 1972.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e História*. Lisboa, Portugal: Editora Presença, 1952.

_____. *O Olhar Distanciado*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1983.

MACEDO, Elaine Harzheim (org.). *Comentários ao projeto de lei n. 8.046/2010*. [recurso eletrônico]: proposta de um novo código de processo civil; Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2012.

NUNES, Dierle; *O IRDR do Novo CPC*: este "estranho" que merece ser compreendido; Portal Justificando.com. 2015. Disponível em: http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-sercompreendido/.Acesso em 19.02.2015.

PARODI, Ana Cecília; SANTOS, Clarice Ribeiro. *Inventário e Rompimento Conjugal por Escritura*: Praticando a Lei 11.441/2007. Campinas, SP: Russelli Editora, 2007.

RIBEIRO, Marcelo. *Os desafios hermenêuticos do novo CPC*. Portal Justificando.com. 2015. Disponível em: http://justificando.com/2014/12/25/os-desafioshermeneuticos-novo-cpc/. Acesso em 17.02.2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri*: símbolos e rituais; Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2002.

TARTUCE, Fernanda; MAZZEI, Rodrigo. *Inventário e partilha no projeto de novo CPC*: pontos de destaque na relação entre os direitos material e processual; Portal da RKL Advocacia. 2015. Belo Horizonte, MG: RKL, 2015.Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20150216181613.pdf. Acesso em 18.02.2015 às 01:48h.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao Novo Código Civil*: dos defeitos do negócio jurídico ao final do livro III. Volume III. tomo I. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2003.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2010.

_____. *Código de Processo Civil Anotado*. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014.

VIGO, Rodolfo Luís. *Interpretação jurídica*: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIOEDUCATIVAS PRIVATIVAS DA LIBERDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BAIRRO DA PAZ- PARALELA/SALVADOR-BA

Nildes Carvalho da Silva
Doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA).
Presidente da Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários, Acidentários e Consumidor (ABPREV).
Fundadora ex- Presidente da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/ Bahia.
Autora de livros em direito previdenciário e trabalhista.
Palestrante internacional. E-mail: advocacia_nildescarvalho@hotmail.com

Maria Célia Carvalho da Silva
Bacharel em Direito pela Faculdade Mauricio de Nassau;
Presidente da Associação Beneficente dos Moradores do Bairro da Paz (ABEMPAZ).

Marildes Carvalho da Silva
Acadêmica de Direito pela Faculdade Batista Brasileira, cursando o 9ª semestre;
Diretora executiva da Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários, Acidentários e Consumidor (ABPREV).

Resumo:

Objetiva promover o acesso à justiça por meio da orientação jurídica gratuita e realizar uma investigação sistemática sobre procedimento de apuração de ato infracional atribuído aos adolescentes residentes no Bairro da Paz, que convivem entre a violência, o tratamento dado à questão dos direitos fundamentais e a aplicação das medidas socioeducativas privativas da liberdade.

Palavras-chave: acesso à justiça. Comunidade. jovens e adolescentes. direito e garantias.

1 Introdução

A Associação Beneficente dos Moradores do Bairro da Paz (ABEMPAZ), representada por sua presidente e bacharel em direito, Maria Célia Carvalho da Silva, em parceria com a Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários Acidentários e Consumidor (ABPREV), representada por sua presidente e advogada Dra. Nildes Carvalho da Silva, criaram o Projeto de Acesso à Justiça, que disponibilizam serviços de orientação jurídica gratuita, denominado de *"Aplicação das medidas socioeducativas privativas da liberdade e direitos fundamentais no Bairro da Paz"* , diante da realidade vivenciada pelos os jovens e adolescentes da comunidade, que ao cometerem atos infracionais, não tem seus direitos constitucionais respeitados e são tratados como verdadeiros marginais ao infligirem a lei. Este projeto objetiva combater a falta de acesso à justiça por meio de advogado (a), as injustiças enfrentadas pelos jovens e adolescentes e o drama vivenciados por seus famílias e moradores do bairro.

O Bairro da Paz perfaz uma grande extensão de terras de propriedade privada, ocupada por posseiros desde 1986, ficando conhecida como a Invasão das Malvinas. O nome do bairro, foi

escolhido pelos próprios moradores e pela Bacharel em Direito, Srª. Maria Célia Carvalho da Silva, presidente fundadora da Associação Beneficente dos Moradores do Bairro da Paz (ABEMPAZ), desde 1987. O Bairro da Paz está localizado na Avenida Paralela, área nobre da Cidade do Salvador, na Bahia/Brasil.

A Presidente da ABEMPAZ, Maria Célia Carvalho da Silva, por ter fundado o Bairro da Paz, bem como, por lutar desde 1986, à frente da associação, para consolidação do direito à moradia dos milhares de moradores, juntos aos órgãos públicos estaduais, municipais e federais, bem como os administrativos e judiciais, conseguiu reivindicar melhorias para comunidade, no sentido de consolidar os direito constitucionais, fundamentais: como o direito à moradia, à saúde, à educação, direitos sociais, culturais, políticos e de infraestrutura, no sentido, do reconhecimento dos direitos dos moradores, pelas autoridades públicas. Afirma, ainda que: "estas áreas foram ocupadas, por trabalhadores sem teto, assim considerados posseiros, assalariados de baixa renda, outros subempregados e desempregados que buscavam uma moradia e a fixação em um local próprio, com terras até 250m², nas quais pudessem residirem com seus filhos e parentes (crianças, jovens, adolescentes, adulto e idosos).

Outrossim, a Presidente da ABEMPAZ, Maria Célia Carvalho da Silva, informa que mesmo depois de tantas lutas, o Bairro da Paz, ainda necessita de atenção especial, por parte dos poderes públicos no sentidos de criação de politicas públicas, voltadas para os moradores, haja vista, ser um bairro formado por milhares de pessoas de baixa renda, e que apresenta problemas estruturais de infraestruturas, culturais, sociais e familiares, bem como, de aproveitamento dos jovens no mercado de trabalho, atrelados a falta de criação de cursos profissionalizantes, cursos de capacitação, cursos preparatórios que levem em considerações o perfil dos jovens e adolescentes; e para ingressos nas universidades, objetivando combater, prevenir a violência e resgatar os jovens e adolescentes do mundo do crime.

A violência cresce no mundo contemporâneo, violando o direito à vida, fundamental dos Direitos Humanos. Este processo envolve "os jovens brasileiros, particularmente, os de 15 aos 24 anos, são a parcela da sociedade que está mais exposta a violência, quer como vítima, quer como agentes" (WAISELFISC, p.7, 2005).

O presente trabalho pretende analisar o projeto de acesso à justiça, que orienta os moradores sobre o procedimento de apuração de ato infracional atribuído aos adolescentes residentes no Bairro da Paz, especificamente nos casos de aplicação de medidas sócio-educativas privativas de liberdade previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Realizar uma investigação sistemática sobre procedimento de apuração de ato infracional atribuído aos adolescentes, que convivem entre a violência, o tratamento dado à questão dos direitos fundamentais e da aplicação das medidas sócio - educativas privativas da liberdade visa promover o acesso à justiça por meio da orientação Jurídica.

2 Das Medidas Sócioeducativas Privativas da Liberdade e Direitos Fundamentais

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, no Brasil, que estabelece a positivação dos direitos e garantias fundamentais, alicerçado nos direitos humanos de destaque quanto à dignidade da pessoa humana, como fundamento do núcleo básico de todo o ordenamento jurídico. Piovesan (2015, p.89) enfatiza que:

> a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do País, inerente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional.

No Estado moderno, principalmente no constitucional democrático, são vedadas violações aos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, bem como, das crianças, jovens e adolescentes.

No Brasil, existe a previsão de intervenção do Poder Judiciário, na ordem constitucional brasileira, para combater lesão a direitos, no qual é inafastável da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – CF, de 1988).

A Constituição Federal trata no artigo 5º, das garantias fundamentais do cidadão, destinados também à proteção as garantias das crianças e adolescentes. A legislação específica está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), aplicável às pessoas na faixa etária entre 12 e 18 anos, podendo-se, excepcionalmente, estender sua aplicação a jovens com até 21 anos incompletos, conforme previsto no art. 2º do ECA.

As Medidas socioeducativas são medidas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais e estão previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Apesar de configurarem resposta à prática de um delito, apresentam um caráter predominantemente educativo e não punitivo.

O papel do Judiciário deve ser o de buscar o engajamento de todos na resolução do problema e criar obrigações de resultado, frente à Vara de Execução de Medidas Socioeducativas, estabelecendo parâmetros que caracterizem o acompanhamento e avaliação da execução das medidas, bem como inspecionar os estabelecimentos e os órgãos encarregados do cumprimento das medidas socioeducativas, além de promover ações para o aprimoramento do sistema de execução dessas medidas adotando mecanismos processuais para pressionar os agentes estatais a cumprirem as políticas públicas elaboradas pelos próprios órgãos envolvidos. Todavia, as sentenças proferidas pelos juízes da Vara da Infância, da Juventude e da Vara Regional de Atos Infracionais da Infância e da Juventude cabe recurso de apelação.

O Judiciário não estabelece em caráter impositivo, os meios para a solução do problema, pois, quem deve estabelecer o como agir são os Juízes das Varas da Infância e da Juventude, por ser competente para proferir sentenças socioeducativas, após análise da capacidade do adolescente de cumprir a medida, das circunstâncias do fato e da gravidade da infração.

A medida socioeducativa privativa da liberdade será aplicada pela autoridade judiciária quando o ato infracional praticado pelo adolescente se enquadrar nas situações previstas no art. 122, incisos I, II e III, do ECA. A internação possui o caráter provisório ou estrito, está sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

A execução da pena está consagrada sob o manto das garantias legais previstas, no direito constitucional, nos direitos humanos, em vários estatutos legais, a nível internacional, existentes em várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU.

Neste sentido, poderá o adolescente sofrer somente a advertência, estabelecida no art. 115 do ECA, que nada mais é que uma repreensão judicial, com o objetivo de sensibilizar e esclarecer o adolescente sobre as consequências de uma reincidência infracional. Outrossim, pode ser obrigado a reparar o dano, conforme previsão no art. 116 do ECA, que servira para ressarcir por parte do adolescente do dano ou prejuízo econômico causado à vítima. Podendo também, prestar serviços à comunidade, conforme prever o art. 117 do ECA, durante o período máximo de seis meses e oito

horas semanais. A execução das medidas socioeducativas podem ser de prestação de serviços à comunidade (PSC), liberdade assistida (LA), semiliberdade e internação.

Neste sentido, poderá o adolescente em conflito com a lei, ser acompanhado, auxiliado para que possa ser orientado por equipes multidisciplinares, por período mínimo de seis meses, objetivando oferecer atendimento nas diversas áreas de políticas públicas, como saúde, educação, cultura, esporte, lazer e profissionalização, com vistas à sua promoção social e de sua família, bem como inserção no mercado de trabalho. Todavia, poderá, quando do preenchimento dos requisitos, possuir liberdade assistida, conforme previsão nos arts. 118 e 119 do ECA, podendo permanecer no Semiliberdade, conforme art. 120 do ECA, com restrição da sua liberdade, o que possibilita a realização de atividades externas, sendo obrigatórias a escolarização e a profissionalização. O jovem poderá permanecer com a família aos finais de semana, se possuir autorização.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal afastou a imputabilidade do menor de dezoito anos, estabelecendo em seu lugar uma responsabilidade sócio-educativa. Porém, o que a toda vista não se pode negar é a carga de reprovabilidade da conduta do adolescente, o próprio Estatuto prevê a manutenção da internação do adolescente provisoriamente para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública (Lei 8.069/1990, art. 174), especialmente nas condições em que geralmente são executadas. A semiliberdade e a internação são medidas sócio-educativas, buscam a reeducação e reinserção do jovem na sociedade, mas, também, são aplicadas para a defesa social.

O enfoque será o processual, buscando através da remissão aos princípios de regência da matéria, um tratamento garantista para o adolescente que se vê compelido a cumprir uma medida privativa de liberdade.

Neste diapasão, mesmo distanciando-se de todas as maneiras de um Direito penal juvenil, não se pode interditar o adolescente, especificamente em relação a essas duas medidas, todas as salvaguardas processuais para que as restrições ao direito fundamental à liberdade se façam em um cenário o mais garantista possível, reconhecidas pela Constituição Federal e pelo ECA.

As Medidas sócio-educativas privativas de liberdade, regem-se por princípios de que a internação é a resposta concebida pelo ECA, a uma maior periculosidade do adolescente, verificada, em cada caso concreto, pela grave ameaça ou violência a pessoa cometida por este.

Estas circunstâncias do ato infracional fazem com que a reação estatal seja mais severa, e demande uma maior atenção do poder público para os labores de ressocialização do jovem infrator. Ademais, acarreta obrigações irremediáveis para o Estado, entre outras, de uma idônea gestão dos centros de internamento e um eficaz planejamento da execução da sentença sócio-educativa privativa de liberdade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece duas medidas privativas de liberdade: o regime de semiliberdade e a internação. De acordo com o art. 227, § 3º, V da Constituição e art. 121 do Estatuto, a internação – e por extensão a semiliberdade, por ser também uma medida privativa de liberdade, está sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Para chegar-se à execução da medida privativa de liberdade - concretizadora da pretensão socioeducativa do ECA nos casos em que se requeira tal intervenção –, há que se respeitar criteriosamente os direitos e garantias estabelecidos nos artigos 106 a 111 desse diploma.

As particularidades processuais estatutárias são importantes, pois são necessária a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, "para a imposição das medidas socioeducativas, ressalvada a hipótese de remissão e a medida de advertência"(art. 114).

A Internação provisória, está prevista no ECA, artigo 108, vejamos: "*A internação, antes da sentença, pode ser determinada pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias".* Parágrafo único. A decisão deverá ser fundamentada e basear-se em indícios suficientes de autoria e materialidade, demonstrada a necessidade imperiosa da medida (art. 122, § 2º, ECA).

Desta forma o art. 123, parágrafo único, estabelece que: "durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas", o que, não ocorre na maioria das unidades da Federação (leia-se: presídios juvenis) –, sem conferir a este o direito a defesa técnica por advogado, como disposto no art. 111, III do ECA e inciso LV, do art. 5.º da Constituição Federal, falta assistência jurídica integral ao adolescente por ocasião da oitiva informal realizada pelo MP, momento crucial do processo infracional, quando se tomam medidas importantes, que vão repercutir até o final da intervenção jurisdicional. A preservação dos direitos do adolescente faz-se necessária, bem como a presença do defensor para evitar a privação de liberdade.

3 Da Necessidade de Politicas Públicas Frente à Aplicação das Medidas Sócioeducativas Privativas da Liberdade

A política socioeducativa deve está atrelado às demais ações políticas voltadas para a juventude em nosso país. Portanto, mesmo que as medidas socioeducativas sejam uma resposta sancionatória do Estado, no sentido, de sanção jurídico, de controle social, que visa evitar a prática de novos atos infracionais por jovens e adolescentes, deve objetivar diminuir a vulnerabilidade do infrator ao sistema tradicional de controle, devendo ser usado para aplicação das sanções legais permitidas e estabelecidas Estatuto da Criança e do Adolescente e não as impostas pelas autoridades ao seu bel prazer.

Isso por que, o Poder Judiciário brasileiro, como um dos três poderes do Estado, tem como atribuição a função judiciária do cumprimento de normas e leis judiciais e constitucionais. O Poder Judiciário possui a função de defender os direitos dos cidadãos de forma individual ou coletiva, promovendo a justiça e resolvendo os prováveis conflitos que possam surgir na sociedade, por meio da apuração, da investigação, punição e julgamento.

A partir da sentença o menor passa à tutela do Estado, perde o seu direito de liberdade, mas continuam no mundo jurídico seus direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença.

Segundo Norberto Bobbio, na interpretação do professor Celso Lafer, quando afirma: "qual é o direito fundamental do homem segundo a sua natureza? O direito do mais forte, como queria Spinoza, ou o direito à liberdade, como queria Kant?":.

> Atualmente, quem não pensa que é evidente que não se deve torturar os prisioneiros? Todavia, durante séculos, a tortura foi aceita e defendida como procedimento judiciário normal. [...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como maior prova histórica até hoje dada do consensus omnium gentiu sobre um determinado sistema de valores (BOBBIO, 2004, p. 26).

Assim, em um sistema democrático de direito, deve-se manter a dignidade das crianças e dos adolescentes, seus direitos, inclusive o direito à vida. Neste sentido, se faz necessária a efetivação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais no sistema da aplicação das medidas sócios educativas, visto que já estão positivados no ordenamento jurídico brasileiro, como afirma DALLARI (2004,p.14):

> Os direitos humanos e fundamentais são iguais para todos os seres humanos, e esses direitos continuam existindo mesmo para aqueles que cometem crimes ou praticam atos que prejudicam as pessoas ou sociedade. Nesse caso, aquele que praticou um ato contrário ao bem ou interesse de outrem, deve sofrer a punição legal[..], mas, não lhe retira a condição de pessoa humana, detentora dos direitos humanos.

Outrossim, a noção de poder não pode mais ser entendida e centralizada na figura do soberano, pois os direitos humanos constituem liberdades e garantias fundamentais inerentes a pessoa humana que não pode ficar subjugadas aos desmandos do poder do soberano estatal. Portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem em conjunto com a Carta das Nações Unidas, constituem marcos históricos de consagração da dignidade da pessoa humana, que asseguram a concessão de efetivação da justiça, da igualdade e da liberdade.

Neste sentido se faz necessário, a repartição de competências, como estabelecido na Constituição Federal brasileira, nos artigos 24, inciso XV e 34, inciso VII, para o devido cumprimento de suas atribuições do sistema complexo de equilíbrio federativo, dos poderes da União (artigo 21 e 22), deixando poderes remanescentes para os Estados (artigo 25, parágrafo 1º) e poderes definidos para os municípios (artigo 30), podendo ter ações e atuações paralelas entre a União, os estados e os municípios (artigo 23) como, por exemplo, aquelas voltadas ao combate às causas da pobreza e de marginalização, para promoção da integração social voltadas para a proteção da infância .

Neste sentido, faz se necessários programas socioeducativos em meio aberto da competência dos municípios e a formulação, execução das medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, no sentido de reinserir os jovens.

4 Do Projeto de Acesso à Justiça no Bairro da Paz

A Associação Beneficente dos Moradores do Bairro da Paz (ABEMPAZ), representada por sua presidente e Bacharel em Direito, Maria Célia Carvalho da Silva, em parceria com a Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários Acidentários e Consumidor (ABPREV), representada por sua presidente e advogada Dra. Nildes Carvalho da Silva, criaram o Projeto de Acesso à Justiça, que disponibilizam serviços de orientação jurídica gratuita, denominado de *"Aplicação das medidas socioeducativas privativas da liberdade e direitos fundamentais no Bairro da Paz"* , diante da realidade vivenciada pelos os jovens e adolescentes da comunidade, que ao cometerem atos infracionais, não tem seus direitos constitucionais respeitados e são tratados como verdadeiros marginais ao infligirem a lei. Este projeto objetiva combater a falta de acesso à justiça por meio de advogado (a), as injustiças enfrentadas pelos jovens e adolescentes e os dramas vivenciados por seus famílias e moradores do bairro.

Projeto de acesso à justiça, de serviços de orientação jurídica gratuita, denominado de *"Aplicação das medidas socioeducativas privativas da liberdade e direitos fundamentais no Bairro da Paz"*, não pretende substituir o Estado de garantidor do devido processo legal, que deve cumprir o que determina o ECA, a Constituição Federal de 1988, os diplomas legais e internacionais, mas pretende com este projeto exercer e cumprir com o seu papel de cidadania; não se esquecendo o que prescreve o art. 7º, do ECA: *"A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".*

Ressalta-se a importância das garantias constitucionais e dos direitos fundamentais para os jovens e adolescentes infratores, residentes no Bairro da Paz (comunidade com quase 100 mil habitantes, segundo dados do IBGE, 2007), que praticaram atos inflacionais, frente à falta de acesso à justiça e à aplicação das medidas socioeducativas.

Nesse sentido, de acordo com a aspiração do Estatuto de conferir subjetividade plena ao adolescente, tampouco deveria poder o magistrado decretar a internação do mesmo sem ouvi-lo, pois tal prática fere os princípios da ampla defesa e do contraditório. E fere de gravidade, quando se sabe que, na maioria das vezes, o Ministério Público (MP), requer o internamento após ouvir o adolescente trazido da delegacia, sem que este possa dispor do defensor constitucionalmente garantido.

O juiz nesse caso se ouvisse o adolescente assistido por advogado, cristalizaria a intervenção do terceiro imparcial na tomada da decisão privativa de liberdade (juiz de garantia), pois o MP pode agir para a proteção do adolescente (e o faz na maioria das vezes), mas também, o pode fazê-lo para a manutenção da ordem pública e particularmente neste caso age como persecutor.

Faz-se necessário a substituição de medidas, o art. 99 do ECA, também é fonte de divergência doutrinária e jurisprudencial, exigindo pois o trabalho interpretativo daqueles comprometidos com a doutrina da proteção integral ao adolescente. Estabelece o citado art. 99: As medidas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo; este capítulo trata: "Das medidas específicas de proteção".

Neste sentido, o art. 113, do ECA, inserto no capítulo: "Das medidas socioeducativas", determina aplicar-se a este capítulo o disposto no art. 99, portanto, também as medidas socioeducativas poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo. Porém, deve-se observar que aqui igualmente vigorar a regra de ouro: *qualquer privação de liberdade imposta ao adolescente deve vir precedida do devido processo legal*. Neste sentido, o único caso em que se pode dar aplicação combinada aos artigos 99 e 113 do ECA para substituir uma medida por outra privativa de liberdade, é entre *a semiliberdade e a internação*, pois sempre são aplicadas depois de um processo contraditório. Qualquer substituição de medidas que sancione o adolescente à internação, por exemplo, pelo incumprimento de outra medida aplicada em processo que não verificou a autoria e a materialidade dos fatos é inconstitucional, por ferir os incisos LIII e LIV, do art. 5º da Constituição Federal.

A maioridade do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda nos dias atuais, não tem sua efetividade determinada pela Constituição Federal, mediante políticas públicas, voltadas para mudança da realidade de exclusão dos jovens e adolescentes pobres, sem tetos e os marginalizados. Garantir o acesso à justiça aos jovens e adolescentes, por meio de orientação jurídica, se faz necessário para acesso ao devido processo legal, bem como, uma oportunidade de garantir o respeito à dignidade, em meio à exclusão social e a falta de oportunidades de acesso democratizante: à educação, ao lazer, a cultura, bem como a falta de acesso à justiça e a defensor constitucionalmente garantido.

5 Da Realização das Atividade Desenvolvidas no Projeto de Acesso à Justiça

O Projeto de acesso à justiça, de serviços de orientação jurídica gratuita, denominado de *"Aplicação das medidas socioeducativas privativas da liberdade e direitos fundamentais no Bairro da Paz"*, iniciou-se, em setembro de 2007, realizado na sede da Associação Beneficente dos Moradores do Bairro da Paz, localizada na Rua da Resistência, nº. 202, Bairro da Paz, Salvador-Bahia e posteriormente na sede da Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários,

Acidentários e Consumidor- ABPREV, localizada nas Ruas das Vassouras, Edifício Bomfim, sala 41, Centro, Salvador-Bahia-Brasil, após os crescentes casos de violência em volvendo os jovens e adolescentes do Bairro da Paz e adjacências, foi necessário a tomada de providências no sentido de garantir na comunidade, os direitos constitucionais, quando violados e principalmente o direito à liberdade, fundamental dos direitos humanos.

O processo envolve os jovens, adolescentes, moradores e as famílias, voltado particularmente para os adolescentes de 14 aos 18 anos, são a parcela da sociedade que está mais exposta a violência, quer como vítima, quer como agentes, sendo alvo fácil ao desrespeito, estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente, e na Constituição Federal do Brasil.

Os adolescentes residentes no Bairro da Paz são jovens que infelizmente, estão à margem da sociedade, por falta de oportunidade e políticas públicas de inclusão e socialização (atividades culturais, desportivas, de lazer, bem como o relacionamento familiar e as interações com grupo de amigos). Contudo, as dimensões socializadoras e o debate sobre as drogas.

O presente trabalho pretende promover o acesso à justiça, por meio de orientação jurídica com advogada e analisar o procedimento de apuração de ato infracional atribuído aos adolescentes residentes no Bairro da Paz, especificamente nos casos de aplicação de medidas socioeducativas privativas de liberdade previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988, afastaram a imputabilidade do menor de dezoito anos, estabelecendo em seu lugar uma responsabilidade socioeducativa. Porém, o que a toda vista não se pode negar é a carga de reprovabilidade da conduta do adolescente, o próprio Estatuto prevê a manutenção da internação do adolescente provisoriamente para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública (Lei 8.069/1990, art. 174), especialmente nas condições em que geralmente são executadas. A semiliberdade e a internação são medidas socioeducativas, buscam a reeducação e reinserção do jovem na sociedade, mas, também, são aplicadas para a defesa social.

Assim, todo o atendimento de orientação jurídica inicialmente era realizado aos sábados das 8:00h as 13:00h e posteriormente na sede da ABPREV às terças – feiras e quartas-feiras, a partir do preenchimento do roteiro de abordagem que contém todos os dados do requerente do serviço. Após análise do histórico é feito à orientação jurídica, para resolução do(s) problema(s), relacionado(s) ao(s) adolescente(s) e o encaminhamento ao (s) órgão(s) governamenta(l)(is), quais sejam (Defensoria Pública, Ministério Público, Juizados da Infância e Juventude, etc.) e não governamentais (Conselho Tutelar, etc.), para garantia dos Direitos Humanos e Aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, para efetivação do direito a cidadania ativa com a inclusão dos jovens e adolescentes, nos projetos disponibilizados pelo governo ou município dentro ou fora da comunidade.

Na projeção da pesquisa, e no nosso posicionamento, afirma a advogada, Dra. Nildes Carvalho da Silva, presidente da ABPREV, como pesquisadora julga-se necessário, fazer uma distinção conceitual entre metodologia e métodos, não só pela dialética do discurso, mas, sobretudo, pela nossa postura diante da realidade. A metodologia é a disciplina que orienta o pesquisador no processo de investigação a tomar decisões e selecionar conceitos e hipóteses, dados e técnicas. Através dela, avaliamos e experimentamos os vários métodos disponíveis para a pesquisa. Já o Método é a estratégia de pesquisa que reúne os modos efetivos de captar e processar informações: técnicas.

A metodologia desta pesquisa é o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (entendida também como o acesso à justiça, o desrespeito aos direitos fundamentais e processuais dos adolescentes) – sua aplicação, que vem gerando inclusive decisões judiciais completamente dissociadas da letra do ECA. O Estatuto prevê, como se sabe um tipo de internação, também chamado internação-sanção, por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta

(art. 122, III), numa práxis que se define com a união de teoria e prática, ação e reflexão. Estamos convencidos de que a internação-sanção, só pode ser aplicada naqueles processos em que foi assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório ao adolescente, enfim o devido processo legal.

Assim, como somos participante-observador das atividades realizadas na práxis do Projeto de acesso à justiça, de serviços de orientação jurídica gratuita, denominado de *"Aplicação das medidas socioeducativas privativas da liberdade e direitos fundamentais no Bairro da Paz*, e co-responsável pelas mudanças pretendidas, optamos como método para esta pesquisa trabalhamos com a Pesquisa-ação. Thiollent (2004, p.7) afirma que " a pesquisa-ação, além da participação, supõe uma forma de ação planejada de caráter social, educacional, técnico outro".

O método: fazer, refletir, avaliar. A metodologia: o produto como acesso à justiça e seu processo de produção como advogada. Os atores: os jovens e os adolescentes, as famílias, a comunidade do Bairro da Paz, o Estado, as entidades que aplicam medidas sócio-educativas privativas de liberdade. A praxiologia: uma teoria associada a uma prática para atingir um objetivo. A pesquisa ação: nos atendimentos realizados, no acompanhamento individualizado com as famílias dos jovens, adolescentes, moradores na orientação jurídica.

Neste processo, todos os sujeitos são comunicantes e participam com a diversidade das suas qualidades, portanto, uma múltipla referencialidade de ações entre sujeitos e coisas; meio social e realidade. A construção está focada a partir da realidade dos sujeitos com uma implicação crítica desta realidade e a consideração das suas alteridades como instrumento de criação, reflexão e ação proativa. As avaliações estão voltadas para as dimensões qualitativas, através de testemunhos, depoimentos, reportagens, questionários, entrevistas, palestras e observações participantes. Os produtos resultantes das ações também são instrumentos de reflexão e elaboração de sínteses para o fazer e o pensar da Pesquisa.

6 Resumo dos Resultados

As informações coletadas junto às experiências analisadas mostram situações em que se deve enfatizar a importância das garantias constitucionais e os direitos fundamentais aos adolescentes, na Aplicação das Medidas Socioeducativas Privativas da Liberdade e Direitos Fundamentais no Bairro da Paz- ex- Invasão das Malvinas, Paralela/Salvador-BA, devendo ser aplicada também aos jovens pobres, como os que moram neste bairro, comunidade com quase 100 mil habitantes, pois, são excluídos da sociedade, ao praticarem atos inflacionais.

Os Resultados alcançados podem ser percebidos quando se combate as injustiças sociais, como por exemplo, conseguir por pedido de liberdade provisória, a liberação de um jovem inocente a pedido de seus familiares, como no caso de um jovem X, que cumpria Medidas Socioeducativas Privativas da Liberdade, em um estabelecimento X (durante um ano e meio), ocorre que, ao completar 18 anos e cumprir o período estabelecido como medida adotada (Alvará de Soltura expedido), foi lhe imputado um crime disposto nos artigos 163, III e 288 ambos do Código Penal Brasileiro. Foi preso em 21/01/2008 e levado para uma Delegacia desta Capital.

Afirma a Dra. Nildes Carvalho da Silva, que ao analisar o caso junto com a sua equipe, o processo foi elaborado através de irregularidades, pois não existiu o estado de flagrante e ninguém havia presenciado o crime cometido pelo jovem X, porém, os monitores que acusaram os dois jovens, X e Y, de crime de dano pela quebra de um DVC e formação de quadrilha dentro do próprio estabelecimento, com outros menores que neste período já, havia completado 18 anos e por ter

denunciado os maus tratos ao diretor do estabelecimento que vinham sofrendo, quando do cumprimento das medidas socioeducativas, pelos adolescentes no estabelecimento, foram vitimas de imputações de crimes que não cometeram.

Neste sentido, Dra. Nildes Carvalho da Silva , ao fazer a defesa de um dos acusados (jovem X) em parceria com outros advogados, concluíram que eram improcedes a imputações das práticas do delito tipificado no art. 163, III, do CP, haja vista ter o requerente negado sua participação no Auto de Prisão, instaurado na Delegacia CP, nesta Capital, bem como afirmou em seu depoimento prestado no Interrogatório, ao MM. Juízo da Vara, desta Capital, que: "no ato que ocorreu à ação delituosa se encontrava nas dependências da padaria trabalhando; que quando voltou ao alojamento o aparelho de DVD já estava quebrado, não podendo o interrogado informar quem o quebrou, tudo isso aconteceu porque ambos denunciaram fato de que o monitor os estava espancando com barra de ferro".

A falta do devido processo legal foi decisiva para prisão dos jovens em uma delegacia, pelo período de dois meses e dez dias, mesmo afirmando que não cometeram nenhum crime e seriam liberados do cumprimento das medida socioeducativas impostas e já havia completado 18 (dezoito) anos de idade e seriam liberados desta instituição. Todavia, como os adolescentes, inicialmente não tinham advogados, permaneceram presos como verdadeiros marginais, por crimes que não haviam cometidos e que poderia ter sido substituída por pena de multa.

Logo sendo, a liberdade um bem jurídico de notável importância, o mais relevante depois da vida, sendo que alguns o colocam em posição de primazia, em detrimento da própria vida, somente permitindo a sua restrição em caso de excepcionais elencados em Lei.

Nesse sentido, de acordo com a aspiração do Estatuto da Criança e do Adolescente, de conferir subjetividade plena ao adolescente, tampouco deveria o mesmo ser vitima e sofrer maus-tratos, ao cumprir a Aplicação das Medidas Socioeducativas Privativas da Liberdade, exigindo, pois o trabalho de proteção integral aos adolescentes.

Neste sentido vale destacar que o adolescente X, que teve o acompanhamento da Dra. Nildes Carvalho da Silva, foi posto em liberdade em audiência judicial com a juíza. Todavia, o jovem Y, que teve como defensor a Defensoria Pública, continuou preso.

7 Equipe Profissional do Programa ou Projeto

A Aplicação das medidas socioeducativas privativas da liberdade em sua execução têm que está consagrada sob o manto das garantias legais previstas, no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA, no direito constitucional, nos direitos humanos, nos estatutos legais, a nível nacional e internacional existentes nas convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos no tratamento do preso. Neste sentido, diante da demanda se faz necessário a ampliação do projeto para abarcar todos os jovens, adolescentes, seus familiares não somente da comunidade mais dos demais bairros que vivenciam estes mesmo problemas. Os profissionais envolvidos, no projeto são:

Maria Célia Carvalho da Silva, Bacharel em Direito e presidente e fundadora da Associação Beneficente dos Moradores do Bairro da Paz, desde 1987, diretora geral da Creche Escola Unidas Venceremos, que durante 22 anos, assistiu as crianças, jovens e adolescentes do Bairro da Paz. Atua como coordenadora e multiplicadora do projeto, junto com a comunidade. Atua na realização das orientação jurídica gratuita e trabalha junto com a comunidade e com a diretoria da associação.

Nildes Carvalho da Silva- É doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Bacharel em Direito pela Faculdade Maurício de Nassau e Advogada. Licenciatura em

Teologia Catequética pelo Instituto de Ciências Religiosas Lumen Christi: Arquidiocese de São Salvador. Licenciatura em Filosofia pela Faculdade Batista Brasileira (FBB). Possui Pós-graduação em Gestão Pública, pela Universidade do Estado da Bahia e Pós-graduação em Direito Previdenciário e Processo Previdenciário, pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Foi aluna do Mestrado, Programa de Pós-graduação e Contemporaneidade - PPGEduc da UNEB. Presidente da Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários, Acidentários e Consumidor (ABPREV/ABPREV BRASIL). Presidente da Comissão Internacional dos Alunos do Doutorado da Universidade de Buenos Aires – UBA. É autora do projeto de criação e ex- Presidente da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/BA. Fundadora e ex- Diretora Executiva do Instituto dos Advogados Previdenciário da Bahia (IAPE/BA).. Professora Universitária. Autora de livros em direito previdenciário e trabalhista. Palestrante internacional. Atua como coordenadora do projeto, advogada e na realização das orientações jurídica gratuita para comunidade do Bairro da Paz e com sua equipe de advogado (a) e auxiliares.

Marildes Carvalho da Silva – É acadêmica de direito pela Faculdade Batista Brasileira. Atua como subcoordenadora do projeto, e auxilia administrativamente na realização das orientações jurídica gratuita para comunidade do Bairro da Paz .

8 Considerações finais

A Associação Beneficente dos Moradores do Bairro da Paz (ABEMPAZ), representada por sua presidente e bacharel em direito, Maria Célia Carvalho da Silva, em parceria com a Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários Acidentários e Consumidor (ABPREV), tendo como sua presidente a Dra. Nildes Carvalho da Silva, ao disponibilizar o serviço de orientação jurídica, não pretende fazer o papel do Estado e sim, cumprir com o seu papel de cidadania, no sentido de combater as injustiça vivenciadas hodiernamente.

Como objetivam o crescimento do projeto diante do crescimento da demanda por pessoas que necessitam ter acesso à justiça, estão aberta a fazer novas parcerias com órgãos, governamentais e não governamentais, diante do custo gerado com o projeto.

As coordenadoras enfatiza o respeito ao ECA de proteção as crianças e o adolescentes, como o direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Neste sentido, por se tratar de um projeto inovador no Bairro da Paz, para os jovens e adolescentes, que convivem entre a violência, o tratamento dado à questão dos direitos fundamentais, ratificam a necessidade de criação de políticas pública inovadoras para as comunidades que possam promover o acesso à justiça por meio da orientação jurídica gratuita.

Referências

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. 1988

_____. Criança urgente: a lei. São Paulo: Columbus, 1990.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6ª reimpressão. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. *O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 34, 1994.

CURY, Amaral e Silva, MANOEL (coord.) *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Malheiros. 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2 ed. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública.* 3. ed. São Paulo: RT, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989.

MILARÉ, Edis. *A ação civil Pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1989.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e alternativas à Prisão.* Rio de Janeiro: Forense. 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Moacir e GONÇALVES, Níveo Geraldo. *Conselho Tutelar Justiça da Infância e da Juventude e Liberdade Assistida*- Del Rey- 1990.

TAVARES, José de Farias. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.* 2ª Ed.. Forense: Rio de Janeiro. 1992.

THIOLLENTE, Michel. *Metodologia de pesquisa-ação*. 13 ed. São Paulo: Cortez, 2004.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência IV*: os jovens do Brasil. Brasília: UNESCO, Instituto Ayrton Senna, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

ACESSO À JUSTIÇA NA MADRE PELLETIER: PERSPECTIVAS DE EMPODERAMENTO

Priscila Vargas Mello,
mestre, priscilavargasm@gmail.com

Simone Schroeder,
doutoranda, schroeder02@gmail.com

Resumo:

O estudo tem como objetivo apresentar os impactos da prática extensionista realizada na Penitenciária Feminina Madre Pelletier desde 2005. Apresentamos a extensão universitária como instrumento de efetivação do acesso à justiça no cárcere feminino, mediante dados que atestam as transformações da comunidade e dos alunos envolvidos nessa prática. Sistematizamos o estudo a partir da abordagem empírica. Analisamos dados coletados a partir do registro das observações dos encontros extensionistas (restringindo-se aos registros dos anos de 2013 a 2016) e entrevistas aplicadas aos últimos participantes do grupo de alunos e mulheres privadas da liberdade, especificamente entre os anos de 2013 e 2016. A extensão universitária, enquanto instrumento de transformação da comunidade, constitui ponte fundamental entre o ensino superior e as necessidades da comunidade que estão no entorno da universidade. Constatamos que os alunos são qualificados de forma "social" quanto aos problemas que se referem ao sistema de justiça criminal e, por consequência, viabilizamos o acesso à justiça penal das mulheres aprisionadas, a partir do diálogo construído entre academia e comunidade. A extensão universitária constitui ferramenta de formação da comunidade acadêmica e, ao mesmo tempo, atenua em parte os efeitos nefastos do aprisionamento. Além disso, muito mais do que permitir auxílio e transformação ao território que cerca o espaço acadêmico, permite o resgate da humanidade perdida e constrói pontes para empoderamento de todos os sujeitos envolvidos.

Palavras-chaves: Acesso à justiça penal. Mulheres. extensão universitária.

1 Introdução

O estudo tem como objetivo apresentar os impactos da prática extensionista realizada na Penitenciária Feminina Madre Pelletier desde 2005. Apresentamos a extensão universitária como instrumento de efetivação do acesso à justiça no cárcere feminino, mediante dados que atestam as transformações da comunidade e dos alunos envolvidos nessa prática.

A extensão universitária, enquanto instrumento de transformação da comunidade, constitui ponte fundamental entre o ensino superior e as necessidades da comunidade que circulam o território da universidade. Constatamos que os alunos são qualificados de forma "social" quanto aos problemas que se referem ao sistema de justiça criminal e, por consequência, facilitamos o acesso à justiça penal das mulheres aprisionadas, a partir do diálogo construído entre academia e comunidade.

Especificamente quanto ao acesso à justiça penal das mulheres aprisionadas, desenvolvemos a hipótese de que a extensão universitária viabiliza o acesso à informação, permite a contextualização

das demandas criminais e auxilia no empoderamento dessas mulheres quanto às suas garantias e direitos. Segundo Garland, o motivo pelo qual os criminosos passaram a ser vistos como sujeitos não detentores de direito e cidadania perpassa a ideia de que a comunidade se convence de que tais sujeitos são o "outro", o "sujeito perigoso" a ser combatido e excluído do espaço público. Em sentido semelhante, Honneth (2008, p.70) trabalha com a ideia de *reificação*, ou seja, "[...] a reificação pressupõe que nós nem percebamos mais nas outras pessoas as suas características que as tornam propriamente exemplares do gênero humano: tratar alguém como uma 'coisa' significa justamente tomá-la(o) como 'algo', despido de quaisquer características ou habilidades humanas". A reificação consiste em não reconhecer no outro as características ou elementos que lhe conferem a condição de ser humano. É uma forma de agir pela qual se vê o sujeito como um objeto inanimado, coisificado, ao qual a violação de direitos é justificada.

Dessa forma, a extensão universitária também permite o resgate da condição humana tão desprestigiada nos sujeitos que estão vinculados ao cumprimento de penas no sistema de justiça criminal. A extensão universitária constitui ferramenta de formação da comunidade acadêmica e, ao mesmo tempo, atenua em parte os efeitos nefastos do aprisionamento. Além disso, muito mais do que permitir auxílio e transformação ao território que cerca o espaço acadêmico, permite o resgate da humanidade perdida e constrói pontes para empoderamento de todos os sujeitos envolvidos, pois "A abertura de diálogo entre a comunidade e a prisão pode flexibilizar o fechamento característico da instituição prisional, possibilitando assim a redução do impacto da prisão sobre a vida do condenado e de todos que de alguma forma se relacionam com ele" (BRAGA, 2012, p.91).

Sistematizamos o estudo a partir da abordagem empírica. Analisamos dados coletados a partir do registro das observações dos encontros extensionistas (restringindo-se aos registros dos anos de 2013 a 2016) e entrevistas aplicadas aos últimos participantes do grupo de alunos e mulheres privadas da liberdade, especificamente entre os anos de 2013 e 2016. Em razão do volume de registros, optamos pela análise de seis entrevistas: três alunos e três mulheres privadas da liberdade. Também utilizamos da técnica de análise de documentos; e a análise de referencial bibliográfico referente ao tema. Para fins de preservar a identidade dos participantes da pesquisa, optamos por não degravar suas falas, razão pelas quais encontram-se dissolvidas em nossos escritos. Em momentos específicos fazemos rápidas referências que permitem demonstramos nossas hipóteses sem violar a imagem daqueles que participam da extensão analisada.

2 De Qual Lugar Falamos?

> "(...) o que deve ser objeto de luta é o funcionamento do sistema penal e do aparelho judiciário na sociedade. Pois são eles que geram os ilegalismos que os fazem jogar uns contra os outros". (FOUCAULT, 2012, p.35)

Apresentamos esse ensaio com o objetivo de apresentar os impactos de prática extensionista realizada na Penitenciária Feminina Madre Pelletier desde 2005. Compreendemos que a extensão universitária constitui ferramenta capaz de contribuir para a facilitação do acesso à justiça e empoderamento de mulheres aprisionadas, partindo da experiência com aquelas que se encontram aprisionadas na Madre Pelletier.

Para cumprir com nossa tarefa, imprescindível salientarmos nosso local de fala. Segundo Louro (2007, p.212) "(...) nada é inocente, desde a escolha do objeto, das questões, dos procedimentos

investigativos até, obviamente, as formas que utilizamos para dizer tudo isso". Partirmos dessa constatação justamente porque falamos a partir de um local específico. Falamos a partir de nossas experiências e vivências construídas no cárcere feminino. Falamos de mulheres, de pessoas concretas, com as quais dialogamos e convivemos semanalmente.

Dialogamos, ainda, a partir de um referencial teórico comprometido com a criminologia crítica, especialmente porque compartilhamos da percepção de Andrade (2012, p.136) ao referir que "[...] a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça)".

Tais esclarecimentos são importantes, pois essas convicções constituem nosso *ser pesquisadora* e nos identifica enquanto mulheres vinculadas a uma realidade concreta e comprometidas com a construção de um direito que não articule, apenas, percepções dogmáticas dissociadas da realidade, mas que procure, de certa forma, amenizar sua distribuição seletiva e dirigindo o seu olhar para determinado grupo que não consegue ser ouvido pelo discurso latente e predominante de nossa academia.

Assim pondera Freire (1996, p.77):

> Ninguém pode estar no mundo, com o mundo e com os outros de forma neutra. Não posso estar no mundo de luvas nas mãos constatando apenas. A acomodação em mim é apenas o caminho para a inserção, que implica decisão, escolha, intervenção na realidade. Há perguntas a serem feitas insistentemente por todos nós e que nos fazem ver a impossibilidade de estudar por estudar. De estudar descomprometidamente como se misteriosamente, de repente, nada tivéssemos que ver com o mundo, um lá fora e distante mundo, alheado de nós e nós dele Em favor de que estudo? Em favor de quem? Contra que estudo? Contra quem estudo?

Especialmente a partir das indagações propostas por Freire, esclarecemos que estudamos (ou melhor) que nos comprometemos com a extensão universitária uma vez que essa configura instrumento de efetivação (ou melhor, tentativa de) efetivação do acesso à Justiça penal no cárcere. Portanto, por mais que a abordagem de nosso estudo tenha o objetivo de "amarrar" nossa subjetividade, nos deslocamos no campo da extensão universitária - e da pesquisa empírica no direito - com os olhos epistemológicos que temos, com o compromisso de compreender o sistema de justiça criminal como lugar no qual prepondera a desigualdade social e o descompromisso com os direitos humanos.

Ainda, não desconsideramos os saberes das mulheres que vivenciam o aprisionamento feminino na Madre Pelletier, ainda com Freire (1996, p.81) entendemos que não podemos de maneira alguma "[...] desconsiderar seu saber de experiência feito. Sua explicação do mundo de que faz parte a compreensão de sua própria presença no mundo". Portanto, quando ouvimos dessas mulheres que a *"Tudo na justiça é do avesso"*, "*A gente é humana e não cachorro"* ou "*Talvez eu seja um pouco amarga em razão de tudo que passei na prisão"*, pensamos em diversas questões, sendo fundamental esclarecer três delas.

Primeiro, quem são os (futuros) operadores jurídicos que preparamos nas universidades? Será que compreendem a complexa realidade existente para além dos livros, cadernos e dos próprios processos judiciais? Segundo Santos (2007, p.71) "[...] as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade", sendo necessário a busca de uma *revolução democrática nas faculdades de direito,*

justamente porque "[...] o ensino jurídico até hoje praticado (180 anos depois da implantação dos primeiros cursos em São Paulo e Olinda) parte do pressuposto de que o conhecimento do sistema jurídico é suficiente para a obtenção de êxito no processo de ensino-aprendizagem" (SANTOS, 2007, p.73). Dessa forma, a extensão universitária rompe com esse paradigma. O ensino jurídico não é suficiente, não prepara os operadores jurídicos e profissionais para as complexidades e dilemas que experimentamos no sistema de justiça criminal. O conhecimento da técnica jurídica é fundamental, mas mais ainda é a necessidade de (re)pensá-la no contexto do sistema que hoje vivenciamos, o qual, basicamente, consiste na busca constante de *inimigos*, passíveis de serem selecionados, absorvidos e fulminados pelo sistema de justiça criminal (ZAFFAROI, 2010).[26]

Segundo, é fundamental a construção de pesquisas que levem em consideração o olhar feminino acerca da prisão, pois o sistema de justiça criminal ainda comporta práticas que desconsideram as especificidades femininas (BUGLIONE, 2000; MENDES, 2014). A extensão universitária que promovemos é uma importante janela nesse diálogo. A partir do contato com as mulheres temos acesso às restrições que lhe são impostas, não só no sentido material, mas, também, jurídico e afetivo. A rede prisional se mistura em numerosos nós que envolvem mulheres, além das privações que atingem a todos, existem especificidades em relação a elas. As mulheres sofrem diferentes sobrecargas quando comparadas aos vínculos externos, submetem-se a privações afetivas, materiais e inúmeros rótulos e estigmas.[27] Na visão de Flávia Piovesan (2010, p.49):

> Torna-se, contudo, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. [...] Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Especialmente quanto ao acesso à Justiça penal, percebemos que a vivência do processo possui algumas perspectivas distintas daquelas experimentadas pela experiência masculina, o que já desenvolvemos em outros espaços (MELLO, 2016). Dessa forma, pensar o cárcere a partir do olhar feminino possibilita a produção de conhecimento que leva em consideração vozes que foram (e ainda

[26] Zaffaroni (2010) desenvolve a ideia do *Autoritarismo Penal Cool Latino-Americano*. Em síntese, trata-se da referência às políticas proibicionistas e violadoras de direitos humanos inerentes ao funcionamento de nossos sistemas de justiça criminal (uso arbitrário da prisão, desrespeito às garantias processuais, atuação massiva tanto da criminalização primária, secundária, etc.). A crítica consiste no fraco desenvolvimento epistemológico do *autoritarismo cool*, que, na verdade, apenas repete (ou repercute) o discurso produzido massivamente (e acriticamente) pelos meios de comunicação e demais agências sociais. Enquanto a condição de inimigo produzida nos séculos passados possuía certo "brilho perverso" (ou seja, notório desenvolvimento teórico, ainda que a partir de bases/fundamentos duvidosos) hoje o *autoritarismo cool* exige combate do inimigo que não se sabe muito bem identificar (ou melhor, que se identifica arbitrariamente, a partir de interesses políticos e econômicos); sustenta-se, sempre, atuação repressiva e violadora de direitos humanos; mostram-se ausentes fundamentos reflexivos ou que apresentem substancialidade ao projeto penal desenvolvido.

[27] Não obstante, o inciso I do artigo 5º da Constituição Federal, é ainda mais específico quando alude que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*. A isonomia prevista na Constituição remete a um dever de não discriminação (CRUZ, 2003, p.21), no sentido de que não se pode tratar determinado grupo ou uma categoria de pessoas com a intenção de prejudicá-las, o que denota a discriminação negativa. Por outro lado, há também a discriminação positiva que faz menção à ideia de um dever de igualizar, através de "uma obrigação constitucional de adotar medidas concretas em favor de pessoas que estejam em situação de desvantagem". (MARMELSTEIN, 2011, p.82). Neste viés, acerca da proteção dos direitos fundamentais, Marmelstein (2011, p.271) enfatiza que, sendo os direitos fundamentais escolhidos pelo povo, através do poder constituinte, e representando os valores mais básicos e importantes, seriam, estes, dignos de proteção normativa privilegiada. Tendo em vista que "são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político."

são) por muitas vezes deslegitimadas, simplesmente por se encontrarem aprisionadas e, por consequência, usurpadas (equivocadamente) da condição de sujeitos de direitos. Trata-se também de dar visibilidade a determinada experiência de sofrimento moral, que deve ser compreendida como "[...] a associação com o sentimento de não possuir o *status* de um parceiro da interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de autorrespeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos." (HONNETH, 2003, p.216-217). A extensão possibilita a combinação entre a experiência feminina e o reconhecimento moral daquelas mulheres que se encontram em situação de extremo sofrimento e abandono (especialmente jurídico).

Terceiro, a extensão universitária, além de contribuir à formação discente e compensar certas necessidades que encontramos na comunidade atendida, contribui para a emancipação de todos os envolvidos, por meio da troca de saberes, de experiências e de perspectivas. A extensão universitária permite retomar a realidade e, de certo ponto, salientar que o outro é tão humano quanto ao seu observador/interlocutor. Trata-se do caminho inverso daquilo que Honneth identifica como *reificação*. A reificação consiste em não reconhecer no outro as características ou elementos que lhe conferem a condição de ser humano. É uma forma de agir pela qual se vê o sujeito como um objeto inanimado, coisificado, ao qual a violação de direitos é justificada (HONNETH, 2008, p.70). Logo, a extensão visa trilhar o caminho ao avesso, contextualizando o conhecimento dogmático com à pesquisa e com valores que privilegiem a dignidade humana, através de atuação combativa acerca da violação de direitos que observamos diariamente nos cárceres brasileiros.

Como salienta Freire (1996, p.78) "Não é na resignação mas na *rebeldia* em face das injustiças que nos afirmamos". E a extensão possibilita exatamente isso, uma rebeldia comprometida com os direitos humanos e com a necessidade de construção de um direito que leve à efetivação das necessidades dos sujeitos privados da liberdade.

3 Extensão Universitária e Empoderamento

A extensão universitária corresponde à atividade realizada pelas universidades no sentido de levar o conhecimento às comunidades e de promover a reflexão de todos os participantes (comunidade e alunos extensionistas). Dessa maneira, a atividade de extensão serve para que o aluno se depare com diferenças que talvez ele antes não tenha percebido e, a partir disso, promover substancial reflexão sobre o confronto estabelecido entre o que foi aprendido em sala de aula e o que se vê na prática (CANTO E SILVEIRA, 2009, p.14).

Segundo Canto e Silveira (2009, p.14) as atividades de extensão são "[...] entendidas como uma das funções que compõem os pilares do fazer universitário, estando no mesmo patamar de atividade curricular que o ensino e a pesquisa e caracterizando-se como o elo de integração do pensar e fazer, da relação teoria e prática na produção do conhecimento, devem buscar intervenções na realidade em uma perspectiva libertadora e transformadora da autonomia do sujeito".

Há o Plano Nacional de Extensão Universitária, o qual compreende a extensão como "A indissociabilidade entre ensino e pesquisa. É, ainda, um processo interdisciplinar, educativo, cultural, científico e político que promove a interação transformadora entre a Universidade e outros setores da

sociedade". Sendo assim, ao falarmos de extensão universitária – que corresponde ao fenômeno por meio do qual a universidade sai da esfera acadêmica e vai ao encontro do social - devemos ter em mente aspectos a serem observados pelo agente da extensão.

Como alerta Santos (2007, p.73), a extensão universitária no direito não deve ser compreendida como simples aplicação de palestras e atendimentos jurídicos. Quando desenvolvida mediante uso exclusivo dessa metodologia (palestra) e ensino (jurídico), tende a se limitar pelo próprio contexto do direito. Ou seja, o direito não possui as respostas para os problemas sociais, ele é apenas um em um universo de saberes que, uma vez articulados, produzirão potencialidades de efetiva intervenção social. Portanto, se a extensão universitária pode (e deve) ser vista como uma ferramenta capaz de interferir no social, por meio da qual a universidade dialoga diretamente com a comunidade de seu entorno e, ainda, capaz de produzir tamanha reflexão em seus participantes, nada mais coerente que a sua prática não corresponda a atuações de natureza estritamente jurídicas. Não podemos esquecer que "É necessário partir da ideia de que a dogmática jurídica é apenas um dos saberes jurídicos que vigoram na sociedade e de que todos merecem ser estudados nas faculdades para que se possa avaliar do seu relativo valor" (SANTOS, 2007, p.75).

Pertinente a análise de Honneth (2003, p.213-224) quanto ao reconhecimento jurídico, pois, assim como o amor, o direito também possui sua limitação, pois não assegura a particularização dos indivíduos. Ou seja, o reconhecimento jurídico é anônimo, cumpre satisfatoriamente a ampliação do reconhecimento, mas sacrifica a individuação. Necessita-se de uma terceira forma de reconhecimento, aquela que se dá pela estima, pelo caráter de solidariedade, permitindo que os indivíduos façam uso simbólico da sociedade, exercendo sua autonomia, satisfazendo suas expectativas de reconhecimento moral, atingindo a autorrealização em sentido criativo e cultural (o direito, ainda que estabeleça garantias universais para todos os seres humanos, é incapaz de incutir o respeito em uma dimensão moral, mesmo que permeando relações diárias entre os indivíduos nos espaços públicos e privados; o direito não é suficiente para garantir que as pessoas se reconheçam como seres autônomos passíveis de desejos, objetivos, perspectivas e concepções de vida distintas), o que tendemos a construir em uma dimensão de estima, a partir do reconhecimento das identidades coletivas e de seus papeis sociais. Portanto, será na experiência do desrespeito, da frustração da expectativa de reconhecimento que encontraremos as fontes para o desencadeamento de movimentos sociais e de lutas políticas preocupadas em buscar o reconhecimento de grupos e indivíduos, seja na dimensão jurídica (mediante a criação de dispositivos jurídicos que alcancem direitos e garantias universalmente), seja na dimensão da estima, (na medida em que satisfazer-se cultural e criativamente é fundamental para a construção subjetiva dos indivíduos e de suas relações com seus pares e outros indivíduos).

Honneth (2003, p.206-207) compreende a estima como certo prestígio ou reputação "[...] referem-se somente ao grau de reconhecimento social que o indivíduo merece para sua forma de autorrealização, porque de algum modo contribui com ela à implementação de prática dos objetivos da sociedade, abstratamente definidos;". Podemos pensar a estima como uma pessoa na condição de ser aceita e reconhecida como sujeito, justamente pelo fato de assimilar os valores socialmente aceitos. Aqui não temos o objetivo de discutir como os valores atribuídos aos sujeitos privados da liberdade são construídos em nossa sociedade, embora seja visível o autoritarismo e o populismo que compõem os discursos sobre encarceramento na sociedade brasileira (ZAFFARONI, 2010; CARVALHO, 2017). Mas nossa referência consiste em esclarecer que, ainda que as mulheres presas participantes da extensão universitária vivenciem claro sofrimento moral e, praticamente, completo não conhecimento de sua condição humana, cabe ressaltar que a prática extensionista viabiliza certa recuperação de sua autoestima.

Nesse sentido, é o relato da participante A.:

> O projeto me ajudou muito. Muitas coisas que eu pensava, que eu também tinha dúvida do meu processo. Tinha uma época que meu deus, eu pensava que nunca mais ia sair da cadeia e nessas reuniões eu ia percebendo que ia ter fim, que minha pena ia ter fim, entendeu? Comeu muito tempo da minha vida. Foram sete anos dentro de uma cadeia. No final começou a vim tudo. Eu comecei a ficar fraca, ficar forte, né? Mas com os conselhos tudo eu comecei me animar. Eu vou conseguir, eu sou capaz de ser feliz. Tudo começou num dia que eu tava muito revoltada, revoltada com a vida, mandaram eu dar um abraço numa árvore. Mas né, passou a vontade, a raiva, tudo. Mas como assim? Um temporal lá fora. Daí eu fui no encontro das gurias ali na quinta. Me disseram que quando eu tivesse revoltada era para eu olhar uma árvore e dar um abraço. Mas como? Que árvore? Eu só vejo grade e muro, né? Daí eu fui no atendimento na enfermaria e quando eu vi uma árvore me atirei na frente e abracei. Agarrei a árvore. Fiquei pensando nas coisas. E no fim eu consegui, hoje me considero uma vencedora.

Ainda, no mesmo caminho responde L.:

> Pra mim é como se toda a quinta-feira a gente conseguisse passar um degrauzinho a mais na escada, é como se vindo pra cá [encontro extensionista] agente pudesse mudar um pouco as coisas. Não ser só um número. A tua voz é ouvida, tu aprende, troca conhecimento, tu troca experiências. Em cada uma das gurias que vieram pra cá, que eu conheci até hoje, agente troca experiências, emoções, sentimentos, agente se conhece. O projeto além de me ensinar a me conhecer mais e a conhecer os outros, porque muitas vezes o sofrimento dos outros pra mim era só uma história triste, hoje em dia eu já olho de outra forma. O projeto pra mim é uma bandeira. Sabe aquela bandeira que tu levanta assim vamos mudar as coisas. Eu vou falar, eu sei do que eu to falando, ta errado. Tem que mudar e eu não tenho medo de falar. O projeto me ensinou isso, não ter medo de falar.

Especialmente em relação à percepção dos alunos participantes, vejamos a fala de J.:

> Eu não sei explicar o motivo que eu vou ou a razão de continuar indo ao Madre Pelletier. Eu sei que eu gosto muito desse projeto. Eu sei que ele acrescenta muito não só na minha formação prática, mas na minha formação como pessoa. Eu me sinto muito mal quando eu não posso ir em virtude de outro compromisso, porque eu sei que as mulheres que estão lá, estão lá nos esperando toda quinta-feira. E até mesmo quando uma das integrantes não pode ir por algum motivo, elas perguntam, elas questionam se está tudo bem e o motivo pelo qual a fulana não pode ir. Isso demonstra a importância do trabalho que elas desenvolvem lá e é muito gratificante poder fazer parte disso.

Claro está que a extensão universitária faz parte de um universo maior do que a assistência à comunidade. Trata-se de ferramenta de ensino, de pesquisa e de atuação no social. Além disso, também pode ser compreendida como atividade que contribui ao empoderamento do público alvo e daqueles que a desenvolvem, justamente por estar pautada no diálogo, na reflexão e na análise dos graves problemas que assolam nossa realidade social.

Como extraímos de Honneth (2003) não é possível pensar o sujeito longe do social, pois é a partir da interação que ele forma-se e (re)significa suas experiências. E sua interação com o outro contribuirá ainda mais nesse caminho de reconhecimento, reflexão e construção social. A extensão universitária, portanto, constitui ferramenta de empoderamento porque tende a facilitar o acesso à informação (conhecimento jurídico acerca dos direitos das pessoas privadas da liberdade e do

funcionamento do processo penal), permite o diálogo (sujeitos de diferentes realidades se encontram e constroem juntos a solução para seus problemas), humaniza as relações (todos estão sujeitos ao mesmo círculo de atividades) e possibilita a reflexão crítica quanto ao funcionamento do sistema de justiça criminal (Quem são essas mulheres aprisionadas? Quais delitos cometeram? De que forma compreendem a justiça e atuação dos operadores jurídicos? Como pensamos nossa atuação profissional – presente e futura - a partir das situações problemas que vivenciamos durante nossas práticas?).

Dessa forma, seguimos com as lições de Freire (1996, p.79), pois compreendemos a extensão universitária como ferramenta de empoderamento, reflexão e resistência:

> Não se trata obviamente de impor à população expoliada e sofrida que se rebele, que se mobilize, que se organize para defender-se, vale dizer, para mudar o mundo. Trata-se, na verdade – não importa se trabalhamos com alfabetização, com saúde, com evangelização ou com todas elas -, de, simultaneamente com o trabalho específico de cada um desses campos, desafiar os grupos populares para que percebam, em termos críticos, a violência e a profunda injustiça que caracterizam sua situação concreta. Mais ainda, que sua situação concreta não é destino certo ou vontade de Deus, algo que pode ser mudado.

Dessa forma, a extensão universitária também permite o resgate da condição humana tão desprestigiada nos sujeitos que estão vinculados ao cumprimento de penas no sistema de justiça criminal. A extensão universitária constitui ferramenta de formação da comunidade acadêmica e, ao mesmo tempo, atenua em parte os efeitos nefastos do aprisionamento. Além disso, muito mais do que permitir auxílio e transformação ao território que cerca o espaço acadêmico, permite o resgate da humanidade perdida e constrói pontes para empoderamento de todos os sujeitos envolvidos.

4 Uma Experiência na Madre Pelletier

Para contextualizar o trabalho desenvolvido resgatamos elementos da história dessa prática, o que faremos a seguir. No final do primeiro semestre de 2005 presenciamos o início do Projeto Interdisciplinar de *Extensão nas Comunidades Urbanas*[28]. (UNIRITTER, 2006, p.11). O núcleo organiza-se a partir de diversas ações extensionistas que têm origem nas áreas do conhecimento desenvolvidas institucionalmente, mediante parcerias com comunidades, organizações e instituições públicas, privadas e/ou pertencentes ao Terceiro Setor. A partir dessa construção, o Núcleo de execução penal (NEP) iniciou suas atividades junto à penitenciária feminina Madre Pelletier. Pensávamos no seguinte sentido: se a execução da pena está vinculada aos princípios e às garantias

[28] É necessário considerar que a noção de Comunidades Urbanas remete à ambivalência que possui internamente e à possibilidade de transformação que lhe é inerente. Trata-se de espaços sociais contraditórios, que combinam autoafirmação com expectativas de soluções e respostas, oriundas, muitas vezes, do meio externo, para seus problemas concretos. A atividade extensionista não poderá ter a pretensão da resolução das questões de modo imediatista, assistencial ou completo. A extensão universitária pode desenvolver um trabalho de integração ou intermediação (sem imposição), permitindo o acesso das comunidades a saberes e tecnologias, e contribuindo efetivamente para a resolução de questões concretas e para novos conhecimentos com vistas à auto-organização e ações. Desta maneira, a extensão universitária, igualmente, valoriza e transforma a dinâmica cotidiana de forma compartilhada. (UNIRITTER, 2006, p.11)

do Estado de Direito[29] e à política criminal definida na Constituição Federal, os direitos fundamentais devem ser preservados (Gomes Filho, 2001, p.23). Seguindo Canotilho, entendíamos que as garantias traduziam-se no direito dos cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de seus direitos, inclusive reconhecendo meios processuais adequados a exigi-los[4] (CANOTILHO,1998, p.376).

Dessa forma, a proposta inicial do NEP, em 2005, era realizar assistência judiciária às detentas. Esses foram os primeiros passos, no sentido de oferecermos oficinas de informações sobre direitos e deveres segundo a Lei de execução penal, procedimentos e mecanismos existentes que embasassem a estrutura da execução da pena. Todavia, nos deparamos com o fato de que a metodologia jurídica, por si só, era insuficiente para viabilizar medidas transformados daquele espaço, constatação que também observamos nos escritos de Santos (2007, p.73-74).

Começamos a pensar em alternativas para construir a extensão a partir de metodologia interdisciplinar, vinculando diferentes saberes. Iniciamos nosso diálogo com a psicologia. Diversas ideias surgiram, bem como grupos de discussão de variados temas, conversas sobre as trajetórias de vidas das presas, discussões em grupo com os filhos das mulheres aprisionadas, diálogo com os técnicos do local, entre outras.

Porém, como o projeto de extensão busca uma construção a partir de diversas atividades e não uma resposta simultânea em cima da percepção de uma via, ou seja, na perspectiva de uma comunidade em relação à outra, houve a necessidade de alterar a metodologia e buscar novas alternativas. Sendo assim percebemos que a extensão não pode se vincular a uma atividade estritamente assistencial. O assistencialismo inibe a função criadora, não permite a construção de alternativas e nos insere numa rotina burocrática, sem o viés emancipatório que tanto buscamos. Quando nos deparamos com isso compreendemos que a atividade deveria ser novamente estruturada.

Assim, foi necessário conhecer o público-alvo, criar outros mecanismos de intervenção para evitar algumas formas de interlocução com a comunidade, na medida em que se entendia que uma ação isolada atrelada a uma só percepção poderia reproduzir uma lógica puramente assistencialista. Além das possibilidades de trabalho serem bastante diversificadas, tínhamos que lidar com os constantes pedidos da direção do local e com as expectativas do direito, da psicologia e, sobretudo, das presas. Em diversos momentos questionamos como construir uma atividade em conjunto com as apenadas, possibilitando que elas fossem, também, construtoras desse processo?

A partir do diálogo entre as comunidades prisional e acadêmica decidimos conhecer as necessidades, as vulnerabilidades e as expectativas das mulheres aprisionadas para que tivéssemos um novo olhar. Isto é, não bastava sanar dúvidas processuais, buscar informações de processos ou explicar institutos jurídicos, tampouco construir nossos encontros a partir de relatos e expectativas pessoais, sem um direcionamento que englobasse todos os saberes em disputa, pois o projeto somente poderia ser construído se houvesse uma investigação sobre as necessidades da (e na) comunidade envolvida. Aqui apreendemos a essencialidade do tripé da extensão, construído a partir do ensino, da pesquisa e da atuação na comunidade. A extensão universitária visa o contato e o diálogo como a comunidade do seu entorno, pretende viabilizar a construção de conhecimento atento às necessidades dos grupos vulneráveis, logo, não podemos nos separar de um ensino comprometido com o desvelamento de outros olhares, tampouco da pesquisa científica, que nos oferece os suportes epistemológicos necessários ao debate crítico do nosso objeto de trabalho.

Hoje nossa metodologia envolve o levantamento bibliográfico, leitura e debate de pesquisas que tenham como objeto de discussão o aprisionamento feminino, desde o aporte criminológico até

[29] Nas palavras de Gomes Filho (2001, p.23), "A moderna concepção de Estado de Direito traduz, basicamente, uma ideologia de limitação de poder, onde esse se exercia de forma despótica e arbitrária".

contribuições que advenham de outras áreas do conhecimento (psicologia, filosofia, sociologia, pedagogia); debatemos essas leituras previamente com o grupo de alunos participantes, de forma que possam problematizar epistemologicamente o universo dessas mulheres e munir sua formação com saberes que não são articulados nos bancos universitários. Realizamos pesquisa empírica para identificar o perfil das mulheres encarceradas na Madre Pelettier com o objetivo de identificar as fragilidades do jurídico nessa realidade (CASTILHOS; SCHROEDER, 2016). Dessa forma, conseguimos projetar nossas atividades a partir do ensino, da pesquisa e da atuação na comunidade.

Traçamos o perfil das detentas, do delito cometido, o conhecimento que possuem referente ao seu processo, a relação com a família, o conhecimento sobre as regras da casa prisional, o conhecimento sobre o direito à saúde, o conhecimento sobre as sanções aplicadas no âmbito da execução da pena e os efeitos dali decorrentes. Através dos dados coletados (SCHROEDER; RUDNICKI, 2012, p.120) foi possível verificar que a grande maioria das detentas privadas da liberdade cumprindo pena na unidade é jovem, na faixa etária entre 19 e 29 anos, onde se vislumbrou o desconhecimento em relação ao que são faltas graves, mas que entendem a aplicação das sanções, a constatação da carência de defesa técnica, a ineficiência quanto à questão da saúde, bem como a ausência das visitas íntimas. Ressalte-se que grande parte das entrevistadas (63,4%) está detida sem sentença, isto é, são presas provisórias. As detentas revelaram que o retorno em relação às suas postulações jurídicas é moroso. Também, se verificou que não há um atendimento efetivo em relação à assistência jurídica.

Ademais, o direito à informação no curso da execução da pena é desencontrado, 56,5% responderam que tinham informações a respeito dos atos considerados faltas graves e das sanções previstas, mas 21% responderam de forma afirmativa que havia a possibilidade de sanções coletivas. De outra parte, 29,9% disseram que não conheciam o direito de recorrer ao advogado quando houvesse a instauração de procedimento administrativo disciplinar, no cometimento de falta grave. E, na maioria dos casos, 60%, as mulheres na penitenciária Madre Pelletier, estão envolvidas com o tráfico de entorpecentes, 13,5% em relação ao roubo, 10% em relação ao furto, sendo que os homicídios são 5,8% e o latrocínio chega a 3,2%. Além disso, das entrevistadas, somente 24% são presas reincidentes. Nos encontros com o grupo de extensão e com as detentas há questionamentos e percepções confusas e desencontradas sobre a reincidência, delitos hediondos e aspectos envolvendo o sistema progressivo, além do indulto. Algumas por desconhecerem, e outras, com o intuito de auxiliar, costumam opinar nas situações processuais de outras, mas acabam criando uma rede de informações infundadas, gerando insegurança e maior ansiedade no encarceramento. Esses resultados foram analisados com as comunidades acadêmica e prisional e apontamos possíveis alternativas de intervenção entre a academia, a comunidade e o poder público, com o objetivo geral de contribuir com atividades que facilitassem o direito de acesso à justiça no cárcere.

A partir desse breve contexto temos consciência de que a concretização desse projeto depende de sua adequação às realidades, às necessidades e aos diálogos que lhe tangenciam. Continuamente pensamos no nosso propósito e, ainda que tenhamos nossas posições quanto à não funcionalidade da prisão e dos diversos problemas que são inerentes ao seu projeto institucional e social, permanecemos com o pensamento firme no sentido de que só é possível intervir na realidade e contribuir para novos caminhos ingressando nesses espaços, compartilhando saberes, rompendo com as lógicas autoritárias e dando sentido para tudo aquilo que aprendemos. Aliado a isso, sempre investimos em uma maior integração, na medida em que os alunos participantes conheçam a realidade prisional na comunidade feminina, aproximando-os de uma realidade diversa da sua e com a qual se depararão no futuro ao assumirem os papéis de operadores jurídicos.

Nossa proposta reside na perspectiva de trabalho permanente e conjunto com os diversos saberes, buscando trazer um novo olhar com encaminhamentos efetivos. Por fim, com a atividade extensionista buscamos: a superação do estado de indiferença social e estatal em relação àqueles que cumprem pena privativa da liberdade e àqueles que trabalham junto à execução penal; aprimorar a atuação da comunidade acadêmica através de políticas públicas; e trazer a transdisciplinaridade na atuação, no sentido de revelar o "invisível" ocultado pelo discurso oficial.

5 Considerações Finais

A partir das experiências de extensão desenvolvidas na comunidade prisional vivenciamos inquietações no sentido de verificar como a Universidade - em contato com a comunidade prisional - pode desenvolver políticas públicas que fomentem o desenvolvimento da cidadania na comunidade e no entorno, aproximando as instituições envolvidas e, por consequência, os públicos que elas comportam. Assim, trabalhamos os direitos fundamentais vinculados à execução da pena, como se desenvolve o acesso à justiça junto às apenadas que estão no regime fechado, bem como buscamos alternativas para qualificá-las no âmbito do trabalho prisional, mediante atuação conjunta do direito, do design, da psicologia e da nutrição (SCHROEDER et al, 2010).

A academia, por meio do trabalho extensionista, busca contribuir na construção de alternativas de inclusão e de acesso à justiça, e neste sentido tem desenvolvido tais atividades buscando parcerias junto ao poder público para minimizar os entraves inerentes à execução da pena privativa de liberdade das mulheres recolhidas na Madre Pelletier. Ao reafirmar a necessidade de interlocução entre a Universidade e a comunidade prisional, a extensão trabalha com o elo de empoderamento e acesso à informação; investe na expansão do conhecimento de direitos e/ou deveres propondo novo olhar acerca da cidadania (SCHROEDER et al, 2010).

Assim, a extensão na Madre Pelletier tem o intuito de contribuir como efetiva política pública destinada ao atendimento de uma demanda social, no tocante aos direitos de defesa durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, incorporando metas do Plano Nacional de Segurança Pública. Por outro lado, também assegura a implementação de projetos sociais envolvendo a integração do direito, design, a psicologia e a nutrição para promover a inclusão social, através do incremento de oficinas de criação a serem desenvolvidas dentro da prisão. Buscamos inclusão (e reconhecimento) dessas mulheres no âmbito jurídico, psicológico e a possibilidade de socialização com trabalho qualificado, onde discentes e docentes possam contribuir com qualificação técnica para evitar o retorno ao cárcere. O empoderamento é relevante na rede sustentável e social objetivando ultrapassar os muros prisionais.

Por fim, a partir da vivência construída na Madre Pelletier, diversos aspectos precisam ser pensados. É necessário desvelar quem são as mulheres privadas da liberdade, o que elas pensam em relação ao aprisionamento, além disso, as dificuldades vivenciadas no cárcere, em razão do gênero. Somente levando em consideração as vozes dessas mulheres será possível construir uma prática extensionista comprometida com o empoderamento de seus participantes e também reveladora das limitações diárias do sistema de justiça criminal. Talvez, este espaço prisional que se abre ao diálogo possa transformar o conflito em empoderamento, a invisibilidade em novas ações e a prisão feminina se desvelar através do diálogo e da aproximação com a Universidade, com novas trocas de saberes e pertencimento.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia, Criticismo e Crítica do controle penal. In: _____. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012. p.47-177.

BRAGA, A. G. M. (2012). Reintegração social: discursos e práticas na prisão-um estudo comparado. (Tese de Doutorado). Universidade de São Paulo, Brasil. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07062013-140255/pt-br.php>. Acesso em 17 maio 2017.

BRASIL. Política Nacional de Extensão Universitária. Manaus – AM, Maio de 2012. Disponível em: <http://www.proec.ufpr.br/downloads/extensao/2012/legislacao/Politica%20Nacional%20de%20Extensao%20Universitaria%20maio2016.pdf>

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 2000. v.5, n.9/10, p.203-219.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma Penalogia Crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. In: CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Sofrimento e Clausura no Brasil contemporâneo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CASTILHOS, T. O.; SCHROEDER, S. . Motivação e Cárcere: um diálogo crítico. In: AZEVEDO E SOUZA, Bernardo; LAZZARI, Felipe da Silveira. (Org.). DEMOCRACIA E(M) SISTEMA PENAL. 1ed.Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016, v. 1, p. 13-30.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença:* as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência / Álvaro Ricardo de Souza Cruz. – Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FARIA, D.S.. Construção Conceitual da Extensão Universitária na América Latina. Brasília:2001.

FOUCAULT, Michel. Segurança, Penalidade e Prisão. *Dos Suplícios às Celas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p.32-36.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*: saberes necessários à prática educativa. 30.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle:* Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2.ed. São Paulo: Editora 34, 2003.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas Revista de Ciências Sociais*, v.8, n.1, 2008. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/civitas/article/view/4322>. Acesso em 01 dez. 2015.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação: as afinidades políticas às tensões teórico-metodológicas. *Educação em Revista* (46), 2007, pp. 201-218.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais.* 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, P. V. (2016). *As mulheres presas e o acesso à justiça penal:* ignorância de quê(m). Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Coordenadores: Daniel Sarmento, Daniela Ikawa e Flávia Piovesan. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.p.49.

RUDNICKI, Dani; SCHROEDER, Simone. Uma Visão Contemporânea da Pena de Prisão. In: RUDNICKI, Dani. (Coord.). *Sistema Penal e Direitos Humanos (im)possíveis interlocuções*. Porto Alegre: Uniritter, 2012. p.104–131.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça.* São Paulo: Cortez, 2007.

SCHROEDER, Simone et al. Penitenciária Feminina Madre Pelettier: Uma Construção Interdisciplinar para o Acesso à Justiça. *Direito e Psicologia*, p.171–192, 2010.

SCHROEDER, Simone; Dani Rudnicki. Sistema penal e direitos humanos (im)possíveis interlocuções /organizador Dani Rudnicki – Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2012.p.123.

SILVEIRA, R.; CANTO, Maria José Azevedo do . Extensão e Formação no Ensino Superior: da prática assistencialista à perspectiva transformadora. In: Raquel da Silva Silveira e Maria José Azevedo do Canto. (Org.). Direito e Comunidade: Perspectivas em Extensão. Porto Alegre: UniRitter, 2009, v. , p. 11-28.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Buscando o Inimigo: de Satã ao Direito Penal Cool. In: _____; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal.* Rio de Janeiro: GZ, 2010.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS AÇÕES COLETIVAS E O ALCANCE DECISÓRIO NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS

Sílvia Levenfus,
graduanda em Direito pela Escola Superior do Ministério Público
silvialevenfus@gmail.com

Resumo:

O presente estudo visa analisar a atuação do Ministério Público em relação à tutela dos direitos transindividuais, especificamente na ação civil pública. Parte-se do estudo da tutela dos direitos coletivos difusos, coletivos e individuais homogêneos, abordando-se em que medida as decisões prolatadas nas demandas coletivas possuem reflexos nas ações individuais. É possível a verificação da legitimidade ativa do *parquet* para o ajuizamento das ações que versam acerca de direitos individuais homogêneos, assim como a apuração de sua atuação como legitimado frente à ação civil pública. Depreende-se, nesse sentido, a relevância do estudo desta ação, assim como o fenômeno de judicialização coletiva de demandas, na medida em que traz repercussões no momento atual e funciona como instrumento de promoção da cidadania.

Palavras-chave: Ação Civil Pública. Ministério Público. Ações individuais

1 Introdução

O conflito é inerente ao Direito. Assim sendo, inevitável a ocorrência de conflitos que prejudiquem à coletividade. Por isso, tem-se como fundamental as ações coletivas, na medida em que visam melhor proteger os lesados conjuntamente.

O surgimento da ação civil pública (Lei nº7.347/85) fez com que esta se tornasse a principal ação coletiva para a defesa dos direitos metaindividuais. Neste panorama, busca-se o aclaramento dos direitos a qual esta lei visa proteger, mais conhecidos como direitos coletivos *latu sensu*, os quais abrangem os direitos difusos, direitos coletivos *strictu sensu* e os individuais homogêneos. Ademais, o presente estudo ainda visa à melhor compreensão da Lei 7.347/85, de forma a que seja possível o entendimento da evolução quanto às situações em que cabíveis o seu ajuizamento (art. 1º da lei), tendo em vista o advento da Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Outrossim, a ação civil pública prevê determinados legitimados para a sua propositura. Dentre eles, preocupa-se este trabalho com a atuação do Ministério Público como co-legitimado, assim como se é possível a sua atuação no que tange à proteção dos direitos individuais homogêneos.

No que tange ao ajuizamento coletivo, questiona-se, para fins deste estudo, acerca da repercussão das ações coletivas frente ao ajuizamento concomitante às ações individuais, procurando-se demonstrar os reflexos de ambas frente aos fenômenos da litispendência e da coisa julgada. Procura-se ainda, a verificação do benefício da ação civil pública e em que medida é capaz de promover a cidadania.

1.DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL

Na segunda metade do século XX, ganharam peso os direitos metaindividuais, também chamados de direitos transindividuais ou direitos coletivos *lato sensu.* Tais abrangem três espécies,

quais sejam, os direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos. Essa classificação encontra-se prevista no Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III. Estes direitos são aptos a serem tutelados por meio da ação civil pública.

Os interesses transindividuais e sua tutela coletiva pairam entre o interesse publico e o privado, sendo compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Tais interesses, embora excedam o âmbito individual, não chegam a constituir um interesse público. (MAZZILLI, 2012).

O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor utilizou os termos interesses e direitos como sinônimos. Conforme Watanabe, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para qualquer diferenciação ontológica entre eles. (LENZA, 2008).

É possível, ainda, uma mesma ação civil pública ou coletiva, tratar de mais de um interesse transindividual.

1.1 Direitos difusos.

Caracterizam-se como direitos difusos aqueles transindividuais de natureza indivisível e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato, a qual inexiste vínculo comum de natureza jurídica.

Como exemplo de direitos difusos, pode-se mencionar os moradores atingidos por um dano ambiental. Tem-se que o elo do grupo será a característica de que todos habitam a região atingida. Esses direitos não são subespécie de interesse público, na medida em que os difusos são indivisíveis e, por conseqüência a suposta indenização cabível também será indivisível. No exemplo do dano ambiental, o ocorrido atingiu um numero indeterminável de pessoas, impossibilitando a repartição de indenização entre os lesados do grupo. (MAZZILI, 2012)

Outrossim, pode-se também mencionar outros exemplos de direitos difusos, tais como a publicidade enganosa ou abusiva, escrita ou televisionada que acaba por afetar número incalculável de pessoas (sem que estas tenham uma relação jurídica base). Ainda, a preservação da moralidade administrativa, proteção do meio ambiente, entre outros.

1.2 Direitos coletivos *strictu sensu*

São direitos coletivos aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe ligadas entre si pela mesma relação jurídica base. Conclui-se, portanto, que a lesão ao grupo será decorrente da própria relação jurídica que une os sujeitos. Comparando-se com os direitos difusos, tem-se que também são indivisíveis.

A ação coletiva que visa à nulidade de cláusula abusiva em contrato de adesão é um exemplo disso. Nesta, a sentença de procedência determinará a ilegalidade da cláusula para todos, independentemente de quem tenha dois ou três contratos, não sendo possível conferir um bem divisível aos lesados. (MAZZILI, 2012). Os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil e os contribuintes de determinado imposto também podem ser utilizados como exemplificação. Reiterando sempre que a relação-base necessita ser anterior à lesão.

1.3 Direitos individuais homogêneos

Assim entendidos como os direitos acidentalmente coletivos, do qual necessitam a decorrência comum e envolvimento com grande número de pessoas, sendo estas determináveis. Compreende-se que o objeto da pretensão é divisível, pois cada integrante terá direito divisível. Não é necessário que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais. O que tem em comum esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária, questões de direito ou fato que lhes conferem características de homogeneidade.

Os consumidores que compraram carros do mesmo lote produzido com defeito de série é um exemplo disso. Cada qual terá direito à reparação devida. Ademais, está em jogo a tutela de interesses individuais homogêneos quando há ações civis públicas ajuizadas em face do aumento abusivo ou inconstitucional de planos de saúde, mensalidades escolares, tarifas de serviço.

Acerca dos direitos individuais homogêneos, Mendes assim entende (2012, p.30):

> Junte-se a isso que é no âmbito dos direitos individuais homogêneos que as ações coletivas têm a maior significação sob o prisma da economia processual, na medida em que podem funcionar como solução para o problema da multiplicação e pulverização de ações individuais, diante de questões comuns de fato e de direitos, que podem e devem ser enfrentadas de modo conjunto e global, possibilitando, inclusive, que o órgão julgador leve em consideração todas as implicações decorrentes do julgamento

2 Cabimento da Ação Civil Pública

O cabimento da ação civil pública (Lei 7.347/85) é possível para a proteção do meio ambiente, consumidores, bens e direito de valor histórico, artístico, estético, turístico, paisagístico, ordem econômica, urbanística, honra, dignidade de grupos raciais, étnicos religiosos, patrimônio público e social, assim como qualquer outro interesse ou direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Entretanto, nem sempre foi assim. A proteção prevista atualmente somente foi possível mediante evoluções legislativas, mais especificamente o surgimento da Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, o qual permitiram a ampliação do objeto de proteção.

Inicialmente, a lei apenas era cabível para as hipóteses previstas de forma taxativa na lei, os quais eram os direitos difusos previstos nos incisos I a III (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Isso porque, o anteprojeto não foi sancionado integralmente. Foi José Sarney quem vetou a norma que previa a aplicação da lei a qualquer outro interesse difuso (artigos 4º e 5º, II). Segundo Gavronski (2006):

> Ironicamente, foi o primeiro presidente da chamada Nova república, em plena abertura democrática, que vetou o dispositivo mais avançado encaminhado ao Congresso Nacional pelo último presidente do regime militar, João Figueiredo, impondo duro revés à tutela coletiva!

Com o surgimento da Constituição de 1988, os artigos 5º (inciso XXXV) e Art.129, III, acabaram por inserir norma de extensão tão ampla quanto a que fora vetada anteriormente. A conseqüência foi a viabilização de uma tutela global dos interesses coletivos. Ressalta-se que com advento do Código de Defesa do Consumidor houve a previsão em seu parágrafo 1º, do art. 81, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A inovação desta legislação encontra-se na criação de uma nova espécie de direitos coletivos (*latu sensu*): os direitos individuais homogêneos.

A previsão do capítulo III (arts.91-100) do Código de Defesa do Consumidor permitiu com que fosse incluído a denominação ação civil também para a defesa coletiva dos direitos e interesses individuais homogêneos. Isto somente foi possível devido à integração ocorrida por esta legislação e pela Lei da Ação Civil Pública com o art. 90 da primeira. A partir disso, houve uma ampliação às ações ajuizadas, às regras pertinentes à lei da Lei 7.347/85 e ao Código de Processo Civil, naquilo que compatíveis. Posto isto, ambos estão interligados, existindo perfeita integração entre estes estatutos legais. Foi esta integração que possibilitou as alterações no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, oportunizando a utilização desta lei também para a proteção de qualquer interesse difuso, coletivo e homogêneo.

Traz-se à luz pensamento de Gavronski (2006, p. 29):

> Em poucas palavras, pode-se dizer que a finalidade maior dessa ação é garantir o acesso à justiça de todos os direitos ou interesses coletivos (lato sensu); viabilizar a tutela jurisdicional coletiva na sua plenitude, enfim. Com tal intuito, o legislador revolucionou, em muitos pontos, o processo civil e elegeu um rol de legitimados (art. 5º) da estrutura estatal e da sociedade civil que têm a missão de representar adequadamente a sociedade ou os titulares desses interesses-

Quanto à inclusão da proteção à honra, à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social, recentemente as Leis 12.966/2014 e 13.004/2014, respectivamente, incluíram nas finalidades da ação civil pública tal proteção. Ademais, desde a sua edição, a Lei 7.347/85 também abrange a imposição de obrigações de fazer ou não fazer. Isto é previsto no art. 3º da lei, no qual a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação.

Por fim, no Brasil, é de importância o surgimento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, posto que a primeira possibilitou a defesa dos interesses de grupos, já a segunda, distinguiu os interesses transindividuais em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos (MAZZILLI, 2012). A Lei da Ação Civil Pública representou um marco com relação à evolução instrumental do processo coletivo e de todo processo civil (LEONEL, 2013, p119).

Ressalte-se, ademais, que conforme o §único do art. 1º da lei, não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

3 Legitimidade Do Parquet

A legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública é conferida ao Ministério Público, à Defensoria Pública; à União, aos Estados; ao Distrito Federal; aos Municípios; às autarquias; às empresas públicas; à fundações ou sociedades de economia mista; e às associações que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e que tenha entre seus fins institucionais a defesa do a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Art. 5º da Lei 7.347/85).

Em todos os casos, é importante ressaltar que se trata de legitimação extraordinária, posto que ocorre a defesa em nome próprio de interesse alheio. Para Barbosa Moreira, a legitimação ordinária seria quando existisse coincidência entre a situação legitimante e a deduzida a juízo. Já a extraordinária, seria quando a parte integrasse na relação processual como substituta. (PINTO, 2005).

De todos os legitimados, o Ministério Público é o mais atuante de todos, na medida e que a promoção da ação civil pública é uma de suas funções constitucionais. A legitimidade para promover a Ação Civil Pública decorre da própria Constituição Federal, a qual atribuiu ao órgão a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, impondo-lhe a tarefa de zelar pelos poderes públicos, assim como o de proteger o patrimônio público e social e os interesses transindividuais. Observa-se tal mediante verificação dos artigos 127 e 129, III da Constituição Federal.

Em que pese a literalidade dos artigos constitucionais referirem que incumbe ao órgão a defesa destes direitos, reconheceu-se mediante legislação posterior (Código de Defesa do Consumidor) que tal incumbência abrange todas as espécies de direitos transindividuais, conforme o art. 81, incisos I, II e III deste Código. A Súmula n. 07 do Conselho Superior do Ministério Público De São Paulo assim constou:

> O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81, III, c/c o art. 82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21 da Lei nº 7.347/85 (LACP), que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes

O que se pretende ressaltar, portanto, é que o Ministério Público detém a legitimidade para a propositura da ação civil pública na defesa de direitos difusos, coletivos e, inclusive, direitos individuais homogêneos. Entretanto, quanto ao último, deve o *parquet* estar atento em sua atuação, sempre em observância com o disposto no art. 82, §1º do Código de Defesa do Consumidor. Ou seja, somente deverá atuar se tratando de direitos homogêneos quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Conforme Zavascki (2010), os direitos individuais homogêneos não são irrestritamente tuteláveis pelo Ministério Público. Somente poderá o *parquet* os proteger, nas hipóteses previstas em lei, sejam elas o direito dos consumidores, previsão no art. 82, I da Lei 8.078/90 (Código de Defesa

do Consumidor) ou quando essa tutela assumir relevante interesse social. O STJ[30] e o STF[31] já julgaram neste sentido.

Após a verificação que o *parquet* detém legitimidade para o ajuizamento de ações que versam os direitos metaindividuais, é importante reiterar, conforme já mencionado, o seu importante papel como colegimitado na Lei 7.347/85. Segundo Cachapuz (1996, p.141):

> Tendo em vista o especial tratamento conferido à relevância da função do MP como órgão auxiliar da Justiça, essencial é a análise da importância de sua participação nos processos de Ação Civil Pública. Não como custus legis, mas na tarefa constitucional de "titular supremo" desta ação coletiva.

Tem-se, portanto, que o *parquet* é o principal legitimado para a propositura da ação em comento. O órgão é visto como o mais bem preparado dos legitimados na defesa dos interesses coletivos, e os números têm demonstrado exatamente isto, pois é notório que a maioria das ações civis públicas ajuizadas até o presente momento foram propostas pelo Ministério Público. Contudo, em que pese seja o mais atuante, o órgão não está obrigado a ajuizar a ação civil pública, pois é somente um colegitimado. Outrossim, também não está obrigado a dar prosseguimento no feito quando ocorre o abandono da ação por associação, nem poderá desistir da ação após o seu ajuizamento, pois é o titular dos direitos tutelados. O motivo pelo qual os outros legitimados não são tão ativos, se explica pela recente experiência democrática brasileira.

No que se refere à atuação do Ministério Público na Lei 7.347/85, tal pode se dar ou como fiscal da lei ou como parte. Conforme o §1º do art.5º desta legislação, nos casos em que o *parquet* não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica. A participação do *parquet* como tal nos casos em que não atua como autor é sobremaneira importante, pois as matérias versadas em sede de Ação Civil Pública são de interesse de toda a sociedade.

Questiona-se ainda, se a atuação conjunta do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual afrontaria o princípio federativo ou da indivisibilidade do Ministério Público. Depreende-se que se trata de um único Ministério Público, o qual representa processualmente dois órgãos distintos, não se tratando de litisconsórcio. Conforme Zavascki (2010), a legitimidade de cada órgão do Ministério Público para o ajuizamento de Ação Civil Pública tem relação com o âmbito de suas atribuições e é fixado segundo o princípio constitucional da competência residual. Portanto, será de atribuição do Ministério Público local toda aquela que não estiver conferida, por força de lei, a órgão da União.

4 Repercussão da Tutela Coletiva

É possível o ajuizamento de ações tanto individual como coletivo. Não se configura, portanto, empecilho o ajuizamento de ação individual, mesmo tendo a possibilidade de ser beneficiado pela ação coletiva. Isso porque, poderia se configurar situação constrangedora ao fazer com que o consumidor individual aguardasse o término da ação coletiva para que pudesse propor a sua ação.

---

[30] Superior Tribunal de Justiça, AgInt no AREsp 961.976/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 03/02/2017; Superior Tribunal de Justiça, REsp 1254428/MG, Rel. Ministro João Otávio Noronhal, Terceira Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016).

[31] Superior Tribunal Federal, . RE 793667 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, Processo eletrônico DJe-054 Divulgação 20-03-2017 Publicado em 21-03-2017).

Contudo, não é possível o prosseguimento concomitante de ambas as ações, na medida em que se corre o risco de proferimento de decisões contraditórias. Resta necessário saber, neste sentido, quais as repercussões da ação civil pública e seus reflexos nas demandas individuais.

4.1 Litispendência

Do art. 301, §§ 1° e 2° do Código de Processo Civil Brasileiro se extrai o conceito de litispendência. Segundo este, verificada a ocorrência desta situação, o segundo processo seria extinto sem julgamento de mérito, como bem prevê o art. 485, V, do Código de Processo Civil Brasileiro. Entretanto, em se tratando de ações coletivas ajuizadas concomitantemente a ações individuais, a questão da litispendência é analisada de forma diversa. É o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor que dispõe acerca disso. Após a sua análise, conclui-se que as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Mesmo a existência de uma ação coletiva e outra individual, aparentemente semelhantes, não seria possível se falar em litispendência, pois as ações apresentariam pedidos, causas de pedir e partes distintas.

Todavia, para ser beneficiado com a não ocorrência de litispendência em relação à correspondente ação coletiva, é necessário que o sujeito que ajuizou demanda individual, após o efetivo conhecimento nos autos da existência da correspondente ação coletiva, ou requeria a suspensão do seu processo individual no prazo de 30 dias (se quiser pela ação coletiva ser beneficiado) ou prossiga em seu processo individual (se não for do seu interesse aguardar decisão da ação coletiva). Observa-se, contudo, que caso a ação coletiva venha a ser julgada improcedente, tal decisão não pode vir a prejudicar interesses individuais, conforme se denota do art. 103, §1º. Resta, portanto, a possibilidade de requerimento ao juiz o prosseguimento de seu processo. Na medida em que não ocorre litispendência entre as duas ações, possível será obter sentença favorável individual, mesmo que a coletiva não tenha o sido. Outra situação ocorre, quando o sujeito não providencia a suspensão do processo, resultando em sua exclusão dos efeitos da sentença coletiva (em caso de procedência).

No que tange às ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos e as ações individuais concomitantes, não resta claro qual a solução proposta pelo art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. Posto que confusa esta redação, aplicável o referido artigo a toda e qualquer ação coletiva, em defesa de direitos difusos, de direitos coletivos ou de direitos individuais homogêneos (GIDI, 1995, p.218). Ainda, MENDES (2012) refere que quanto ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, a primeira parte da norma faz menção às ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos e a segunda aprte do artigo se refere aos interesses coletivos e individuais homogêneos. O autor refere que a doutrina tem interpretado como aplicável a todas as categorias coletivas ambas as partes do art.104.

4.2 Decisão e coisa julgada

Quanto à coisa julgada, consiste na qualidade dos efeitos da sentença que, quando não couber mais recurso, tornam-se imutáveis. Pode projetar efeitos externos, impedindo que idêntica demanda volte a ser proposta. É necessária a distinção entre coisa julgada formal e material (MANCUSO, 2006). A formal é fenômeno interno ao processo. Já a material é a que repercute na vida prática, tanto

vinculando as partes como também se expandindo no plano coletivo. Não há peculiaridades no que concerne à coisa julgada formal, nas ações civis públicas. Pela razão de ter o efeito de repercussão na vida prática, é que somente poderemos falar em coisa julgada material nas ações coletivas, pois resolvido o mérito diante da sentença definitiva.

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor disciplinou o fenômeno da coisa julgada no âmbito dos direitos metaindividuais, em conformidade com as ações coletivas. Conforme a previsão legal, quanto aos (i) direitos difusos: a coisa julgada será *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas; (ii) direitos coletivos: a coisa julgada se operará *ultra partes*, ressalvada a improcedência por falta de prova- se o magistrado julgar a ação improcedente por insuficiência de provas, não haverá formação de coisa julgada material, apenas formal, sendo plenamente possível a propositura da mesma ação futuramente, desde que instruída com prova nova, capaz de alterar algo da ação anterior; (iii) direitos individuais homogêneos: a coisa julgada terá efeito *erga omnes* em caso de procedência; em caso de improcedência, haverá coisa julgada *inter partes*.

Neste sentido, apenas na hipótese em que sobrevier sentença de procedência do pedido coletivo, é que ocorrerá a extensão *erga omnes* ou *ultra partes*. Exemplo disso é quando determinada sentença já transitada em julgado considera uma propaganda enganosa e ordena a sua retirada do ar (tutela a direito difuso) ou se condena uma escola a reduzir preços face ao limite legal (tutela a direito coletivo). Diante de tais considerações, tem-se que, se não houvesse essa previsão de extensão *erga omnes*, sobreviriam muitas ações semelhantes, objetivando mesma pretensão, causa de pedir e pedido, apenas divergindo quanto às partes. O resultado disso seria emperrar cada vez mais a atividade judicial. Ocorre que, nos casos em que improcedente tal só é relevante na medida em que possibilita o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva. Nesses casos, essa sentença jamais prejudicará os lesados individuais, a não ser que tenham intervido no processo como assistentes litisconsorciais do autor. Posto isto, não é impedimento para o ajuizamento de ações individuais, a sentença que declarar improcedente processo coletivo.

Quanto ao benefício da coisa julgada, caberia à esta a garantia da estabilidade e da segurança nas relações jurídicas decididas jurisdicionalmente pelo Estado (MAZZILLI, 2012).

5 Considerações Finais

Mesmo após mais de 30 anos de seu surgimento, o estudo da ação civil pública ainda representa enorme importância. Isso porque, a Lei 7.347/85 é um dos mais importantes instrumentos processuais, o qual visa assegurar a participação democrática da sociedade na formação da vontade política do estado e na proteção dos bens e interesses que lhe são caros. Neste sentido, a ação civil pública deve ser celebrada como instrumento de conquista para toda a sociedade, na medida em que visa a proteção de direitos fundamentais, relacionados aos direitos transindividuais.

Acaba por ser um meio de assegurar o direito constitucional de acesso à justiça, pois, apesar de pessoas físicas não deterem de legitimidade para proporem essa ação, a lei criou mecanismos permitindo o exercício da cidadania por qualquer do povo. O Art. 6º da Lei da Ação Civil Pública é um exemplo disso, o qual faculta a qualquer pessoa provocar a iniciativa do Ministério Público, para a propositura da ação civil pública. Outro exemplo disso é o artigo 5º da mesma lei, no qual estabelece os legitimados para a propositura, dos quais inclui as associações. Posto isto, tem-se que esta lei é um mecanismo que vem beneficiando muitos lesados, na medida em que é um meio de reparação bem menos oneroso ao prejudicado e trata-se de um procedimento mais célere.

Ademais, verificou-se o importante papel do Ministério Público como colegitimado no ajuizamento da ação civil pública, assim como a sua legitimidade ativa na atuação, inclusive de direitos individuais homogêneos. Quanto à repercussão da tutela coletiva, apurou-se de que forma a coisa julgada e a litispendência, refletem nas ações coletivas concomitantemente às ações individuais. Se fez possível o estudo de que o ajuizamento de ações coletivas não induz à litispendência frente ao trâmite concomitante de demandas individuais e entendeu-se que o indivíduo pode aderir à ação coletiva, requerendo a suspensão em 30 dias da sua ação individual ou prosseguir com a sua ação, mas não sendo beneficiado pela ação coletiva, em caso de procedência. Quanto à coisa julgada, observou-se que, apenas na hipótese em que sobrevier sentença de procedência do pedido coletivo, é que ocorrerá a extensão erga omnes ou ultra partes.

Revela-se, por fim, o importante papel da Lei 7.347/85, sendo necessária para a continuação e exercício efetivo da justiça na sociedade contemporânea. Espera-se que as ações civis públicas sempre objetivem a busca da justiça, de forma a proporcionar a reparação aos afetados.

Referências

ALVIM, Arruda. Ação civil pública – Sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos:* efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CACHAPUZ, Maria Claudia. *Ação* civil pública: a tutela jurídica consagrada e o uso abusivo em discussão. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n.37, p. 129-156, 1996

COSTA, Geovana Specht Vital da. *Das espécies de legitimidade ativa na tutela dos interesses difusos*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, 01 jan. 2012. Disponível em: http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/43-volume-4-numero-1-trimestre-01-01-2013-a-31-03-2013/1184-das-especies-de-legitimidade-ativa-na-tutela-dos-interesses-difusos - Acesso em: 19-Maio-2017

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Considerações sobre o interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Édis (Coord). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 59-71

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Das origens ao futuro da lei de ação civil pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade. In: MILARÉ, Édis (Coord). *A ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 17-32

_____. *Tutela coletiva*: visão geral e atuação extrajudicial. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Legitimidade para agir em ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 14. São Paulo: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - Revista dos Tribunais, fevereiro, 1995, p.58-59

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007 (Coleção Sinopses Jurídicas; v. 26).

JR, Didier Fredie; JR, Hermes Zaneti. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. Editora Jus Podivm, 2014. v.4.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas*: história, teoria e prática. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel**.** *Novo curso de processo civil*. Volume 3. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

NETO, Jorge Pedro. *O Ministério Público e as ações em defesa dos direitos transindividuais*: uma análise evolutiva. ESMP revista, Ceará, nº1, ano I, 2009. Disponível em:http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/ed1/artigos/ministerio-publico-principais-acoes-defesa-direito-difuso-e-coletivo.pdf- Acesso em 20/05/2017

NOGUEIRA, Rachel Furtado. *Litispendência no âmbito do processo coletivo.* Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 mar. 2015. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,litispendencia-no-ambito-do-processo-coletivo,52818.html- Acesso em 18/05/2017

OLIVEIRA, Frederico Guilherme Fonseca Torres de Oliveira. Ação Civil Pública- Legitimidade do Ministério Público. In: ARRUDA, Alvim; ARRUDA, Eduardo Arruda (Coord.). *Revista Autônoma de Processo*. Curitiba: Juruá, n.3, 2007.

OLIVEIRA, Rodrigo Ladeira de. A legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura de ação civil pública. In: *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 37, n. 22, nov. 2011, p.351-407

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública*: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In: MILARÉ, Édis. *Ação civil pública após 20 anos*: efetividade e desafios. São Paulo: RT, p. 111/138

ZAVASCKI, Teori Albino**.** *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009

_____. *Ação civil pública:* competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009.

TRANSGENERIDADE E O ACESSO À JUSTIÇA: ANÁLISE NO SISTEMA CARCERÁRIO

Marcela Fernandes Dornelles
Mestranda em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle.
Advogada. Pós-Graduada em Processo Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis.
Graduada em Direito pela Universidade La Salle. marceladorneles@hotmail.com

Resumo:

O objetivo principal desse trabalho é analisar como o ordenamento jurídico vigente regulamenta a situação da população transgênera no sistema prisional a partir da problematização do binarismo de gênero que embasa o sistema prisional. Assim, o presente artigo visa através do entendimento do conceito de pessoas trans, refletir com base no princípio da individualização da pena, como o Estado regulamenta os casos de transtorno de identidade de gênero, especificamente de pessoas que nascem com o sexo biológico masculino, mas se reconhecem como mulheres, no cumprimento da pena. Para tanto a metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Transgênero. Princípio da individualização da pena. Sistema Prisional.

1 Introdução

O estudo tem por objetivo analisar o sistema penal que se constrói a partir de uma lógica binária de separação de população por gênero, ignorando que algumas pessoas não se enquadram nesta estrutura imposta. Nesse sentido, o sistema, em suas práticas de neutralização, vitimiza as individualidades em prol de uma padronização. Em tal contexto, as pessoas trans, em especial os não cirurgiados, sofrem violações de ordem profunda, constituindo-se num grupo de alta vulnerabilidade que tem seus direitos cerceados de diversas formas, numa amplitude que supera a das violências convencionais no interior do cárcere.

Como resultado, a pesquisa busca analisar de que forma o ordenamento jurídico visa solucionar a problematização do sistema binário do cárcere e as pessoas com transtorno de gênero em situação de privação de liberdade, principalmente sob o princípio da individualização da pena e o entendimento do conceito de pessoas trans.

Desta forma, necessário realizar uma análise da individualização da pena não só no processo de conhecimento, mas também no processo de execução. Essa individualização seria a de tornar-se única a pessoa, pois será na individualização que terá a análise do perfil e das possíveis consequências de determinada sanção.

O objetivo é relacionar o delinquente a uma pena adequada a este, já que cada pessoa tem uma personalidade e deve receber um tratamento diferenciado de acordo com a sua individualidade. Essa garantia de individualização assegura para o condenado à preservação dos direitos humanos, em que o Estado é obrigado, como um sistema garantista, a preservar, por ser um princípio constitucional irrenunciável.

É na execução penal que se deve reconhecer a prevalência pessoal do indivíduo, onde cabe à autoridade judicial ter como critérios a integridade física e o livre desenvolvimento da personalidade

do condenado. Nesta fase, ocorre uma divergência entre o direito penal mínimo e o direito penal máximo, em que, o que se deve prevalecer é o direito penal mínimo, de maneira a não se tornar automática a forma de penalização.

O Código Penal Brasileiro deveria deixar em aberto para às autoridades judiciais examinarem o indivíduo em conformidade com as suas necessidades e, perante essas necessidades, redirecionaria o local de cumprimento da pena. Essa maneira de individualização teria um olhar para o presente e, principalmente para o futuro, com o enfoque de o sentenciante ter cumprido de uma forma mais eficaz a sua pena, e ter proporcionado oportunidades para o seu livre desenvolvimento, para um bom retorno ao convívio social e respeitando sua dignidade.

Intenta-se buscar um direito que não seja o automático, descriminando no Código Penal Brasileiro, e sim nas necessidades concretas do indivíduo, pois as leis episódicas e circunstanciais, que aumentam ou diminuam a pena ou o rigor no seu cumprimento, se afastam do princípio da individualização, tratando todos os condenados como se fosse a mesma pessoa.

Assim, a grande problemática deste trabalho é o fenômeno social da transgeneridade versos a posição imatura seja da doutrina e do ordenamento jurídico, principalmente no tocante ao tratamento penal de pessoas trans, trazendo a baila deste modo uma discussão de singular importância relativa ao direito ao cumprimento da pena de forma individualizada, com tratamento digno, uma das matrizes fundamentais do constitucionalismo moderno, evidenciando o quanto esse parâmetro pode ser cruel e o quanto é preciso ir-se além da própria ideia de diferença, observando a multiplicidade de singularidades, de expressões e de formas de ser do sujeito.

2 Conceito de Trans.

Ainda vive-se em uma sociedade regida por preceitos pautados num patriarcado capitalista e cristão, em que a sujeição e dominação rege silenciosamente quaisquer relações, e a discordância ao modelo imposto está condenada à intolerância e à repulsa. (Freyre, 2011)

Como tudo que nos cerca, a sexualidade foi compreendida em um contexto social e histórico, assim a heterossexualidade[32] é que deveria ser mantida e naturalizada. (Miskolci, 2009)

Desta forma, ao longo dos anos foram criadas siglas para conceituar tudo aquilo que foge ao conceito da "naturalidade", ou seja, à heterossexualidade, remetendo-se à classificação binária de gênero (masculino e feminino). Logo, as siglas criadas são para indicar o "diferente".

Assim, a expressão trans é um termo "guarda-chuva", utilizado por algumas das pessoas que se declaram em situações de trânsito identitário de gênero. As pessoas trans, em maioria, podem ser consideradas sujeitos que vivenciam experiências entre gêneros. Por terem um gênero atribuído na gestação e/ou nascimento que não as contemplam (feminino/masculino) e pelo fato de se identificarem com o gênero distinto deste, vivenciam experiências entre gêneros. Estão entre o gênero de atribuição e o de identificação[33].

Portanto, o termo trans é usado para dar voz a todos os "transgressores do corpo, gênero e sexo", que desconstroem e reconstroem seus corpos e seus gêneros. Ao transformarem-se,

[32] Heterossexualidade significa o único tipo de orientação sexual ―normal, o que faz com que todos os demais tipos de sexualidade humana sejam considerados anti-naturais e sóciodesviantes.

[33] FILHO. Eduardo Meinberg de Albuquerque Maranhão. "Inclusão" de travestis e transexuais através do nome social e mudança de prenome: diálogos iniciais com Karen Schwach e outras fontes. Oralidades, ano 6, n. 11, jan./jul. 2012, p.92.

transmutarem-se, criam nessa sociedade normatizada pela heterossexualidade, novas formas de enfrentamento social.

Filho (2012, p. 92), explica que:

> todas (ou quase todas) pessoas, trans, percorrem diferentes trânsitos e hibridismos identitários relativos a marcadores sociais distintos. As pessoas são caldeirões identitários onde expressões, impressões, identificações e declarações – próprias e alheias – sofrem processo de (des/re) aquecimento a partir de contexto relacional, em que identidades e identificações são derretidas, resfriadas, solidificadas, fragmentadas – derretidas de novo –, em constante processo de adaptação e amoldamento.

Importante esclarecer, apesar da dificuldade de se conceituar, que os autores costumam usar o termo transgênero para definir as pessoas que não se identificam com o gênero atribuído ao nascimento (termo amplo, abrangendo os transexuais e travestis) e transexuais para definir pessoas que além de não se identificarem com o gênero biológico, desejam ou aceitariam passar por tratamentos cirúrgicos ou apenas hormonal[34].

No entanto, tentar trazer rigidez às classificações não é o caminho mais adequado, em razão da complexidade da questão de gênero, tendo em vista, por exemplo, que nem toda travesti se identifica como mulher, e nem toda transexual rejeita o seu órgão sexual de nascimento[35].

Desta forma, no presente trabalho, usar-se-à a expressão transexual e transgênero para designar pessoas com transtorno de identidade de gênero, e ainda a terminologia trans pautada na construção teórica de autores como Butler (2003), Bento (2008), Filho (212) e Louro (1997), que usam desta forma para falar de todas as pessoas que, de alguma forma, transformam-se e transitam entre os gêneros. Assim, pessoas trans seriam transexuais, transgêneros, travestis, crossdressers e performistas que usam da imagem para construir seus personagens.

Também, a expressão "transexual" (indicado pela sigla "T") na medicina é utilizada para designar pessoas com transtorno psiquiátrico de identidade de gênero (CID/ICD-10F64.2).

Ainda que o manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais[36], tenha alterado a nomenclatura que se refere à transexualidade para o termo "disforia de gênero", de maneira a velar a discriminação, não a retirou do rol de doença; Já a última versão da Classificação Internacional de Doenças[37], considera explicitamente o transtorno de identidade de gênero como patologia.

Este diagnóstico de doença causa profundo sofrimento no indivíduo que sente e passa por este processo de transformação do gênero biológico. Considerar e tratar um sujeito transgênero de portador de patologia é algo estigmatizante, e um incentivo à exclusão social e ao preconceito.

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2014), afirma que "considerar o outro como doente é muito mais fácil que ver nele um igual, com trajetórias diferentes, mas, sobretudo, com a mesma cidadania dos demais integrantes da sociedade.

A mesma autora, ressalta a importância de despatologizar o transtorno de gênero, e da mesma forma, lutar pelos direitos humanos, cidadania, democracia e reconhecimento identitário dos transgêneros.

---

[34] MELOTTO, Amanda Oliari e RUDOLFO, Fernanda Mambrini. Transgênero e o reconhecimento do direito à identidade de gênero: avanços rumo à democracia sexual. Direitos Humanos e diversidade. Paraná. 2015.

[35] LIMA, Heloisa Bezerra, e, NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. Transgeneridade e Cárcere: Diálogos sobre uma criminologia transfeminista. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/6444/5256.

[36] 5ª Ed- DSM-5, publicado pela Associação Americana de Psiquiatria.

[37] CID 10, publicada pela Organização mundial de Saúde- OMS.

Assim, a transgeneridade pode ser considerada um transtorno de identidade no qual a pessoa se sente diversa do seu sexo biológico. A anatomia não é compatível com a percepção pessoal de gênero, fazendo com que o sujeito se sinta em um corpo que não é o seu.

Maria Helena Diniz (1998- p.604), define a transexualidade, como:

> "Transexual: Medicina legal e pscicologia forense. 1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto (Hojda), sendo, portanto, um hermafrodita psíquico (H.Benjamin). 2. Aquele que, apesar de aparentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto mediante cirurgia passa para outro sexo (Othon Sidou). Tal intervenção cirúrgica para a mulher consiste na retirada dos seios, fechamento da vagina e confecção de pênis artificial, e para o homem, na emasculação e posterior implantação de uma vagina (Paulo Matos Peixoto). 3. Para a Associação Paulista de Medicina, é o indivíduo com identificação psicossexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los. 4. Aquele que, tendo morfologia genital masculina, sente-se psicologicamente mulher, rejeitando seu papel de "gênero" masculino até buscar a alteração de sua anatomia para assumir aparência física feminina. Correspondentemente, há mulheres em situação análoga (Aldo Pereira)".

Já Sutter (1993- p. 105), afirma que:

> "A incompatibilidade entre sexo biológico e a identificação psicológica num mesmo indivíduo é chamada de transexualismo pela grande maioria dos estudiosos."

Pelos conceitos referidos percebe-se que o transtorno de identidade de gênero não é um sentimento transitório, e sim, uma condição que define o próprio sujeito, pressupõe uma incompatibilidade entre o sexo biológico e a identidade psíquica de forma irreversível.

A incompatibilidade entre o sexo biológico e a percepção pessoal de gênero, podem gerar transtornos psíquicos e sociais, que trazem prejuízos ao indivíduo quando não tratados desde o início.

O Conselho Federal de Medicina autoriza que pessoas trans realizem a operação de redesignação de sexo, contudo, o diagnóstico do transtorno de gênero possuí critérios dispostos na Resolução n. 1.955/2010, entre eles que o transexualismo não seja confundido com qualquer outra anomalia de caráter psicológico ou de intersexualidade, tampouco sejam episódicos.

Por tanto, aspecto fundamental para o diagnóstico do transtorno de identidade de gênero é o critério psicológico, neste contexto, tem-se a explicação de Jean Laplanche (1970- p.295):

> "Quando nasce um menino ou menina, mesmo que tenha externamente os órgãos sexuais bem definidos, não podemos afirmar que essa criança possua uma identificação sexual, ou seja, uma identificação de gênero. Esta depende de fatores psicossociais, que vão surgindo durante o desenvolvimento infantil. Entendemos a identidade como um processo psicológico pelo qual o indivíduo assimila um aspecto, uma propriedade, um atributo do outro e se transforma, total ou parcialmente, segundo modelo desta pessoa."

Portanto, a consciência que se tem de ser do gênero masculino ou feminino é, adquirida e influenciada pelos comportamentos e atitudes dos pais, familiares e do meio social a que esta inserido, além da percepção e interiorização das experiências vividas.

Assim, o transtorno de identidade de gênero pode manifestar-se na infância ou, ainda, na fase adulta. Na infância não há ainda uma rejeição direta aos genitais. Os meninos mostram preferência em vestir-se com roupas femininas e nas brincadeiras exercem papéis sociais femininos, por exemplo, querer brincar de mãe. O mesmo sucede com as meninas: recusam-se a vestir-se com roupas

femininas, optam por brincadeiras socialmente aceitos por meninos, como, por exemplo, querer fantasiar-se de "Batman". Os heróis dessas crianças correspondem ao sexo oposto ao seu. Tal comportamento pode surgir muito cedo, mas é somente na idade escolar que os pais procuram profissionais na área da saúde. Essas crianças geralmente possuem dificuldades de vínculo, são introvertidas e recusam-se insistentemente a ir à escola. Existe uma sensação de hostilidade em relação ao próprio corpo, com a tendência a entrar em ostracismo, o que, somado ao isolamento, leva a um sentimento de profunda baixa estima[38].

Neste contexto, há destaque para o sofrimento mental e as consequências que dele podem decorrer, principalmente em um ambiente carcerário, como a existência de um indivíduo isolado ou vítima de abusos físicos, cujo reconhecimento só é feito por meio de sua identidade sexual.

Compreender a transgeneridade sob o aspecto psicológico e psiquiátrico da pessoa, como sendo o não reconhecimento da forma física que é inerente ao indivíduo e que o gênero do qual é oriundo não se assemelha ao gênero psíquico que de fato o constitui, é abrir espaço para que se possa falar em direitos essenciais, como a individualização da pena.

3 Princípio da Individualização da Pena.

A Constituição Federal de 1988, consagrou o princípio da individualização da pena, ao enunciar no inciso XLVI, do Art. 5°, que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as de privação ou restrição de liberdade, de perda de bens, de multa, de prestação social alternativa e de suspensão ou interdição de direitos.

O princípio da individualização da pena, para Luiz Vicente Cernichiaro[39], propõe a necessidade de adaptação da pena ao condenado, consideradas suas características pessoais e as peculiaridades do delito.

Assim, a individualização da pena é um caminho para a resposta do Estado, observada nas fases: legal, judicial e de execução. Assim, na fase legal, a pena é individualizada na lei, mediante critérios sociais, econômicos, ideológicos ou políticos[40]. Nesta fase, o princípio é utilizado como limitador do poder de criação do legislador, protegendo o cidadão, impedindo que o legislador comine conduta de sanções cruéis, infamantes e desumanas.

Na fase judicial, a pena é individualizada na sentença, quando o juiz indicará a justa medida da pena necessária aos fins sociais de retribuição e de prevenção geral e especial contra a criminalidade. A limitação judicial é em nome da proibição do excesso.

Na terceira fase, a garantia da individualização aponta que a execução da pena na quantidade e no regime indicados na sentença não pode sofrer desvios, configuradores de ilegalidades, suscetíveis de apontamento e de erradicação em procedimento próprio, como consta na Lei. 7.210/84.

Desta forma, a garantia da individualização da pena constitui um conjunto de ações, de um lado o legislador, e de outro os magistrados da sentença e da execução, de acordo com as competências constitucionais atribuídas, que confere ao legislador o poder para ditar os tipos penais e de estabelecer as penas e, aos magistrados, o de atuar no caso concreto para delimitar o âmbito da efetiva intervenção do Estado na esfera de liberdade de seus cidadãos.

---

[38] DAVID ARAÚJO. Luiz Alberto. A proteção Constitucional do Transexual. São Paulo. Editora saraiva. 2000. p. 52

[39] Cernichiaro, Luiz Vicente . Direito Penal na Constituição, São Paulo: RT, 1990, p.98.

[40] Paganella Boschi, José Antonio. Individualização da Pena. Crítica a Execução Penal. Coordenador Saulo de Carvalho. Lumen Juris, 2007, Rio de Janeiro.

Portanto, a individualização da pena significa o tratamento jurídico penal adequado ao delinquente com seu delito.

A Lei de Execução Penal dispõe da seguinte maneira: "a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado". Desta forma, a individualização da pena é a busca da readaptação do condenado ao convívio social[41], visando ao condenado a pena justa e correspondente ao mal praticado, que é aquela suficiente e necessária à repressão e prevenção da conduta ilícita, atentando para o seu perfil e aos efeitos do crime. Dessa forma, o condenado torna-se único e diferenciado dos coautores ou partícipes.

Esta atividade reflete o princípio constitucional que assegura direito fundamental e irrenunciável do condenado. A individualização da pena na execução está ligada ao sistema garantista do Estado, objetivando a preservação dos direitos fundamentais do preso.

Pretende-se que o estudo da Lei de Execução Penal, enfoque a atividade individualizadora do juiz da execução, a quem compete proporcionar condições adequadas de cumprimento da pena, conforme a pessoa do condenado e da realidade por ele vivida durante a execução da pena, de forma a tornar efetiva a condenação e também proporcionar a harmônica integração social, conforme o artigo 1º, da Lei nº 72.210/84 (Lei de Execução Penal).

Na sua individualização, a pena deve assegurar a sua integridade física e psíquica do condenado, assegurando a livre reflexão sobre os atos praticados e a vida futura, sem interferir na sua personalidade. Ou seja, a ele devem ser assegurados as condições necessárias e os estímulos adequados para que possa induzi-lo à regeneração, que é sempre um movimento de dentro para fora, sem interferir no livre arbítrio. A prevenção geral especial não pode ser descurada nos processos da execução penal.

A execução penal está vinculada aos princípios e garantias do Estado de Direito. É uma maneira de assegurar aos condenados, na execução penal, os direitos fundamentais invioláveis e indisponíveis, como a dignidade humana. Um dos exemplos dessa garantia aos condenados é o art.1º da LEP, que consiste na vinculação do juiz da execução à legalidade e também a efetivação durante a pena os princípios do direito penal garantista, evitando que os direitos fundamentais sejam violados. A execução da pena não tem como finalidade a segregação, ao contrário, a sua intenção é a de proporcionar condições de interação do condenado, para que este possa se sentir incorporado na sociedade e possibilitar meios para a sua integração social[42].

Sob o aspecto da individualização da pena, VEIGA (2016), manifesta:

> A personalidade dos transgêneros cuja palavra dá origem a várias espécies de denominações, sejam elas "transexuais" (aqueles que fizeram ou não cirurgia de redesignação sexual, mas que reconhecem-se com gênero diverso do sexo biológico ou de nascença – que é o que consta nos documentos oficiais) quanto "travestis" (que são pessoas que se apresentam com aparência de gênero diversa do sexo biológico que consta nos documentos de identificação, ainda que não possuam gênero diverso); fica impedida de ser desenvolvida com segurança quando tais pessoas encontram-se presas em local para pessoas do gênero diverso do que elas se reconhecem, pois o preconceito e ódio são repelidos com violência física, psicológica ou moral[43].

Cabe à execução penal oferecer todas as oportunidades, quer sejam reeducativas quer

[41] Exposição de motivos da Lei nº 7.210/84.
[42] BARROS, Carmem Silva de Moraes. A Individualização da Pena na Execução Penal. São Paulo: RT, 2001, p.128
[43] VEIGA JUNIOR, Helio**.** O direito de pertencer a si mesmo. A despatologização o transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ressocializadores ou integradores. A execução assegura ao condenado a integridade moral, a dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade.

4 Trans e o Sistema Penitenciário

Quando se refere ao binarismo no sistema penitenciário, leva-se em conta a ótica constitutiva do sistema penitenciário ocidental completamente atrelada ao sexo genital do sujeito, dividindo a população entre homens e mulheres (classificados por sua genitália).

Por sua vez, a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) traça condições de concretização do cárcere que estão muito distantes da realidade brasileira. Ademais, ratifica-se o fato desta silenciar na questão das pessoas trans, limitando-se a uma divisão sexual (masculino e feminino), não concretizando princípios norteadores da Constituição de 1988, entre eles o da individualização da pena.

A divisão sexual-anatômica do cárcere brasileiro é ratificada pela LEP (L. 7.210/84). Verifica-se a segregação pelo sexo a partir da leitura dos artigos:

> Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009).
> Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Dessa maneira, os critérios binários são afirmados. Todavia, grupos de indivíduos como os denominados trans fogem dos padrões impostos pelo sexo e, portanto, acabam tendo sua dignidade desrespeitada. Desta forma, configura-se a problemática frente ao binarismo presente nos sistemas penitenciários ocidentais. Ou seja, tem-se que, aquilo que foge do padrão hetero-normativo, não recebe atenção devida do nosso ordenamento jurídico.

E ainda, ressalta-se que não há qualquer investigação ou critério quanto à prisão dos indivíduos trans, tampouco acompanhamento psicológico, resumindo-se a uma avaliação biológica: caso tenham pênis vão para a masculina. A questão é que há falta completa de dados sobre os indivíduos trans na prisão masculina ou então (falsa) conformidade que estas não fazem parte da realidade brasileira penal. Pela literalidade da lei, as pessoas com aparência feminina seriam encaminhadas para a penitenciária feminina, mas como não há nenhum regulamento sobre como o sistema deve agir com esses indivíduos, não há como aferir normatividade e conseqüente garantia do direito dessas pessoas não serem tratadas como indivíduos do sexo masculino quando da constatação do órgão sexual masculino.

Assim, neste contexto de exclusão e desamparo de efetividade de direitos fundamentais, tem-se a reflexão de GOFFMANN (2008):

> "O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamento, degradações,

> humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente mortificado."

Ocorre que a prisão, enquanto instituição tradicional, existe e é formulada de acordo com esse binarismo, já que é fruto da sociedade brasileira/ocidental e, portanto, ostenta as mesmas configurações de toda a conjuntura social de onde se originou, o que acaba por colidir necessariamente com o valor de justiça e os princípios constitucionais que devem basilar a execução da pena. A referida LEP, portanto, incorre em erro quando tenta classificar sob ditames relativamente rígidos uma identidade que é fluida; ela simplesmente desconsidera que existem pessoas trans que não rejeitam a genitália masculina, bem como travestis que não necessariamente identifiquem-se como mulheres.

Por outro lado, o sistema penitenciário enquanto instituição total foi assim definido em razão do seu isolamento com relação ao mundo exterior. Nas palavras de GOFMANN, tem-se que:

> "Toda instituição conquista parte do tempo e do interesse se seus participantes e lhes dá algo de um mundo; em resumo, toda instituição tem tendências de "fechamento". Seu "fechamento" ou seu caráter total é simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo e por proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico- por exemplo, portas fechadas, paredes altas, arame farpado, fossos, água, florestas ou pântanos. A tais instituições dou o nome de instituições totais[44]."

Assim, dentro de tais instituições, descobre-se um processo de desculturação daqueles que ali se inserem, gerando a gradual incapacitação para o mundo exterior, fato fundamental para o controle pelo cárcere daqueles indivíduos. Dessa forma, notáveis no funcionamento da prisão a série de processos de mortificação da individualidade construída nos momentos anteriores à inserção na instituição, que podem se dar não só através de ações físicas diretas, mas principalmente devido a própria estruturação da cadeia (GOFFMAN, 2008).

Desta forma, por ter a prisão regras próprias ela exerce de forma progressiva o exercício do poder punitivo, extrapolando as margens da legalidade. "Trata-se ao mesmo tempo de tornar penalizáveis as frações mais tênues da conduta, e de dar uma função punitiva aos elementos aparentemente indiferentes do aparelho disciplinar" (FOUCUALT, 1997).

É ainda nessa esfera de controle total que há o controle da expressão da sexualidade e do gênero. De acordo com Foucault (1997), a punição de caráter disciplinar no cárcere funciona de acordo com uma polarização entre valores considerados de bem ou de mal, objetivando a concretização de processos de normalização. Baratta (2002), por sua vez, aponta para a influência dos valores da cultura burguesa e individualista nas leis penais, o que ocorre também dentro das prisões, constatando-se de maneira fácil a aplicação desses mesmos valores no poder disciplinar, concluindo assim que a cadeia é uma reprodução da realidade social exterior. Assim, sobre as características da prisão, observa-se que:

> [...] na sua estrutura mais elementar elas não são mais do que a ampliação, em sua forma menos mistificada e "pura", das características títpicas da sociedade capitalista: são relações sociais baseadas no egoísmo e na violência ilegal, no interior das quais os indivíduos socialmente mais débeis são constrangidos a papéis de submissão e de exploração. (BARATTA, 2002, p. 186).

[44] GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. São Paulo: Ed. Perspectivas;2008, p.16.

Baratta (2002) problematiza a ausência de conhecimento dos juízes sobre a realidade social da população marginalizada, citando a existência de preconceitos e estereótipos, que juntamente com a aplicação do senso comum, são apontados como elementos de forte influência na aplicação da lei penal.

Direcionando a questão para a população transgênera o preconceito já presente de forma disseminada na sociedade, o direito penal cria contornos muito específicos, que certamente têm um peso para essas pessoas que não pode ser desconsiderado, levando-se em conta a análise realizada pelo mencionado autor. Essencial, portanto, o incentivo da visibilidade trans, como uma das formas de enfrentamento do preconceito presente em toda sociedade, bem como que é reproduzido pelo judiciário no momento da jurisdição e pelas demais instituições do Estado em seu funcionamento.

E ainda, destaca-se que todos aqueles presentes na estrutura social do cárcere (apenadas e apenados, agentes, administradores, familiares de pessoas em situação de privação de liberdade, etc.) estão imbuídos com determinada carga social de pressupostos e preconceitos em torno das questões de gênero; e é justamente a "intensidade" dessa carga quem legitima ou proporciona graves violações e desrespeitos a população trans do cárcere. Se na sociedade exterior esses sujeitos já possuem grande marginalização, na sociedade do interior do cárcere essa marginalização adquire proporções astronômicas.

O ambiente prisional, em si, é caracterizado por uma notória naturalidade nas questões sexuais e de gênero. No interior do cárcere, um ambiente que muitas vezes comporta privações afetivo-sexuais, há a ocorrência muito comum de relações homoafetivas, mesmo quando os sujeitos consideravam (e continuam se considerando) heterossexuais.

Por outro lado, essa naturalidade pode representar extremos: o estupro carcerário de estupradores (que, via de regra, vítima homens) é um fruto da grande volatilidade das identidades de gênero instabilizadas pelo fenômeno do encarceramento[45],mas pretensamente carregada de uma noção de justiça.

Necessário perseguir formas para solução dessa situação de violação de direitos. Contudo, não se pode olvidar que qualquer legislação só terá eficácia e será justa quando compreender de forma adequada os conflitos de gênero, partindo de uma dimensão que contemple as identidades de gênero atreladas aos indivíduos em questão. Não é razoável tentar regulamentar essa matéria sob parâmetros viciados e demasiadamente rígidos, bem como exigir laudos médicos, fazendo da identidade de gênero uma patologia. Ao contrário: tratar de gênero, principalmente em se tratando do sistema prisional, é tarefa que requer especial cuidado, em via de que não se coadune com desrespeitos e violações de direitos. A importância imensurável que se reconhece hoje na justiça, na igualdade e no reconhecimento das diferenças deve nortear todo e qualquer esforço neste sentido, acompanhado de estudos profundos e sólidos que possam, futuramente, apontar a direção mais correta e humana para tais conflitos.

Essa problemática demonstra claramente a necessidade de estudos no trato de pessoas trans e o seu difícil enquadramento no sistema penitenciário brasileiro, binário, que desconsidera na prática a dignidade humana e em especial desse grupo de pessoas principalmente no ignorar sua identidade de gênero, encarcerando-os, normalmente e independentemente de critérios próprios. Bento comenta a dificuldade de enquadramento dos transexuais:

---

[45] MARQUES JUNIOR, Gessé. "Quem entra com estupro é estuprado": avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere. 2007. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2007.

> A polêmica de como definir o grupo [transexuais] está relacionada à própria problemática transexual; a pluralidade de experiências de vidas e de respostas para os conflitos existentes para a relação entre corpo, identidade de gênero; e sexualidade se reflete na hora que se tenta encontrar um termo que feche, cristalize e substancialize suas histórias[46].

Portanto, necessário uma nova formulação tal como prediz AGNOLETI[47]:

> (...) novos direitos devem ser formulados para atender às suas necessidades humanas peculiares, e urge que direitos fundamentais tradicionais sejam repensados à luz da emergência de novas identidades sexuais, o que requer uma mudança de paradigmas e mentalidades daqueles que formulam normas e políticas públicas.

O que se pretende com este artigo é refletir sobre as particularidades dos indivíduos que são violentamente desrespeitadas no sistema prisional, com absoluta omissão do ordenamento jurídico. O sistema binário, tal qual hoje entendido, se mostra inadequado para inserção de pessoas com transtorno de gênero. Por isso, é necessário compreender a subjetividade travesti da forma citada por KULICK[48].

Quando passamos a conceber masculinidade e feminilidade não como algo imediatamente oriundo de (ou aderido a) corpos biologicamente macho e fêmea, mas, ao contrário, como signos ou processos que são trazidos à baila ou acionados através de certas práticas específicas, então estaremos em posição de começar a compreender muito melhor a subjetividade trans.

Portanto, não se objetiva solucionar o problema, mas mostrar que é preciso pensar formas de respeitar essas diferenças.

5 Considerações Finais

A individualização da pena é um princípio constitucional expresso (art.5º, XLVI), representando assim, um direito humano e uma garantia fundamental.

Trata-se do direito do acusado, se condenado, a obtenção de uma pena justa, livre de padronizações, dessa maneira, em uma condição individualizada do ser humano, em que há vida e personalidades singularizadas.

A fase de execução penal, a individualização é voltada para o presente e futuro, com o objetivo de propiciar o livre desenvolvimento do condenado, proporcionando no seu futuro, um retorno para o convívio social. Mas para que isto aconteça, são necessárias condições para o sujeito, condições estas que favoreçam o condenado no presente e no futuro para conseguir uma vida digna.

É inquestionável que o cárcere brasileiro funciona dentro do sistema binário, como fora comprovado na LEP. Contudo, é preciso atentar para o fato de que esse sistema binário exclui indivíduos transgêneros e vai de encontro a princípios constitucionais estabelecidos na nossa Carta Maior. A dignidade da pessoa humana e o princípio da isonomia são desrespeitados a fim de manter as estruturas.

---

[46] BENTO, Berenice. O que é Transexualidade. São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção Primeiros Passos. p. 220.

[47] AGNOLETI, Michelle. Notas para uma cidadania travesti. In: VI Encontro Anual da ANDHEP – Cidades, Direitos Humanos e Desenvolvimento. 16 a 18 de setembro de 2010, UnB, Brasília (DF), acessado em <http://www.sistemasmart.com.br/andhep2010/arquivos/29_8_2010_18_3_24.pdf>, 20/05/2017

[48] KULICK, Don. Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008. p. 242.

A questão do cumprimento de pena por pessoas trans dentro do sistema carcerário ainda passa, obrigatoriamente, por uma questão social muito mais ampla, complexa e, em certa medida, desumana. A estrutura carcerária se limita a representar e reconstruir aquilo que ocorre, de forma quase legitimada, em seu exterior. Por isso, ainda é difícil tratar de dar resoluções quando na dependência de concepções ainda pouco compreendidas pela sociedade como um todo; a própria situação carcerária é compreendida em toda sua decrepitude como justa e merecida por uns, o que torna o debate – tão necessário – ainda difícil e mal compreendido.

A conjuntura, por outro lado, aponta quase que de forma obtusa para o desconhecimento do legislador para questões de transtorno de gênero, o que é igualmente preocupante, tendo em vista princípios e disposições constitucionais que, se originalmente tratavam das diferenças entre os sexos, agora visam dirimir, atenuar e combater os conflitos de gênero. Importa, portanto, realizar críticas que visem contribuir com uma legislação humanizada e adequada às diferentes concepções particulares de gênero, para que não se propiciem violações originadas por esses conflitos. Relacionar prisão e gênero ainda continua um árduo encargo; ambas são questões imensamente controvertidas cuja gravidade se constata facilmente no número de mortes diariamente por elas perpetradas. Tratam-se de problemas institucionalizados fortemente na sociedade e na cultura brasileira; por isso é imensamente importante suscitar debates e criticar, de forma arrazoada e fundamentada, a vigência de um modelo insustentável de caracterização de gêneros.

De encontro, vemos também que a instituição prisional que abriga as pessoas com transtorno de gênero precisa de um olhar urgente para transformação da pena privativa de liberdade em ressocialização. Quando presas, pessoas trans não estão encarceradas apenas como criminosas, mas a sua liberdade de ser humano e sua dignidade é reduzida a mais um número em cadeias superlotadas. Suas construções de gênero são negadas, quando, em alguns casos, suas características mais específicas são retiradas como forma de castigo. Cortam-se cabelos, mudam-se roupas e exige-se uma postura mais brutalizada, aproximando-as de um ideal de gênero imposto atribuído no nascimento. Nestes casos é notável o quanto ainda o assunto está longe de ser encerrado, exigindo uma aproximação maior para que seu entendimento seja eficaz na aplicação da Lei de Execução Penal.

É fundamental para a criminologia a incorporação de estudos aprofundados sobre gênero, trazendo para si a multiplicidade de aspectos que estão contidas em suas teorizações e que muito tem a contribuir para a crítica as práticas discriminatórias perpetuadas e alternativas errôneas encampadas no âmbito das ciências criminais para lidar com a criminalidade

Assim, mostra-se que o aprisionamento de pessoas trans, em especial os não-cirurgiados nas penitenciárias masculinas de acordo com sistema binário-sexual de gênero é algo problemático e de necessária discussão frente à realidade social.

Os pontos abordados neste artigo ajudam a direcionar um pouco o olhar para melhor compreensão do tema. Também, importa-se com a reflexão do tema sob o prisma da constituição vigente de 1988.

Considera-se, também, de fundamental importância a contribuição dos estudos de violência de gênero, no Brasil, para compreensão do tema e para colaboração com o surgimento de novas pesquisas que possam contribuir para a prevenção e o enfrentamento do problema.

Referências

BARATA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan; 2013.

BENTO, Berenice. *O que é Transexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 2008. Coleção Primeiros Passos.

BIELINSKI. Diego, Caíque Borges, César Macêdo, Lays Caceres. *Direitos humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero*: o combate à discriminação e a luta por direitos. Disponível em: http://sinus.org.br/2012/wp-content/uploads/07-SoCHum.pdf.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *A Jurisprudência Brasileira da Transexualidade*: Uma reflexão à luz de Dworkin. Seqüência (Florianópolis), n. 67, p. 277-308, dez. 2013 . Disponível em https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/30345.

CANOTILHO JJG. *Direito constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina; 2007. p. 430.

CARVALHO. Lucas Saldanha. *A Retificação do Nome no Registro Civil como Mecanismo de Acesso à Cidadania para Transexuais e Travestis*. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/lucas_carvalho_2016_1.pdf.

CERNICHIARO, Luiz Vicente . *Direito Penal na Constituição*, São Paulo: RT, 1990, p.98.

DAVID ARAÚJO. Luiz Alberto. *A proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo. Editora saraiva. 2000.

DIAS, Maria Berenice. *Um histórico da patologização da transexualidade e uma conclusão evidente*: a diversidade é saudável. Revista Gênero & Direito, n. 2, 2014. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/viewFile/20049/11794>. Acesso em: 02 abril 2017.

DINIZ, Maria Helena. Transexual, in *Dicionário jurídico*, São Paulo, Saraiva, 1998, v.4, p. 604.

FERREIRA. Guilherme Gomes. *Travestis e Prisões*: A Experiência Social e a Materialidade do Sexo e do Gênero sob o Lusco- Fusco do Cárcere. Dissertação. PUCRS.

FILHO. Eduardo Meinberg de Albuquerque Maranhão. *"Inclusão" de travestis e transexuais através do nome social e mudança de prenome*: diálogos iniciais com Karen Schwach e outras fontes. Oralidades, ano 6, n. 11, jan./jul. 2012.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Ed. Perspectivas;2002.

KULICK, Don. *Travesti*: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

LANZ. Leticía. *O Corpo da Roupa*: A pessoa transgênera entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero. Dissertação. UFPR.

LAPLANCHE, Jean. *Vocabulário da psicanálise*. 5. ed. Santos: Martins Fontes, 1970.

Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 20 de maio de 2017.

LIMA, Heloisa Bezerra, e, NASCIMENTO, Raul Victor Rodrigues do. *Transgeneridade e Cárcere*: Diálogos sobre uma criminologia transfeminista. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/download/6444/5256.

MARQUES JUNIOR, Gessé. "*Quem entra com estupro é estuprado":* avaliações e representações de juízes e promotores frente à violência no cárcere. 2007. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2007.

MELOTTO, Amanda Oliari e RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Transgênero e o reconhecimento do direito à identidade de gênero*: avanços rumo à democracia sexual. Direitos Humanos e diversidade. Paraná. 2015.

PAGANELLA BOSCHI. José Antônio. *Individualização da Pena*. Crítica a Execução Penal. Coordenador Saulo de Carvalho. Lumen Juris, 2007, Rio de Janeiro.

ROBALO. Diego. VOZES TRANS: *Um estudo etnográfico sobre a construção da identidade de gênero das pessoas trans*. Dissertação. PUCRS.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. Diversidade sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e Direito Homoafetivo*. São Paulo: RT, 2011.

SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 1*: Leis de Introdução e parte geral. 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VEIGA JUNIOR, Hélio. *O direito de pertencer a si mesmo***.** A despatologização o transexualismo e sua regulamentação jurídica como um direito fundamental ao gênero. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COMO A TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO VIA WEB, AUXILIA O ACESSO À INFORMAÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Hegel Marcos Gomes da Silveira

Resumo:

O Acesso á informação é um dos direitos fundamentais garantindo ela constituição Federal (artº.l) e regulamentada pela Lei de Acesso à Informação(LAI) Lei nº 12.534; de 2011 Resolução TCE –RS , a Tecnologia de informação via WEB, o uso da internet é um novo marco para o acesso de dados para à população, que poderá acessar ás ações, planejamento e execução das atividades dos três poderes e. O Tribunal de Contas, órgão auxiliar da Assembléia Legislativa tem por escopo o controle dos atos que envolvam o erário público, fazendo um papel de fiscalização. O presente artigo aborda como o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul fornece dados ao cidadão para que possa realizar consultas sobre os dados disponíveis em sua página via Web, e até que ponto isto está auxiliando o avanço no sentido de possibilitar um maior avanço da promoçãoda cidadania.

Palavras-chave: acesso ao direito. à informação. tecnologia de informação via Web. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

1 Introdução

O acesso ao direito, o acesso às informações, é um assunto que tem despertado diversas discussões e entraves, e a utilização das tecnologias de informação, notadamente via web, na rede mundial de computadores, abre um novo espaço de discussão, também tendo em vista a necessidade de garantir esses direitos, promovendo a justiça e a cidadania.

O Tribunal de Contas é instituição autônoma, com independência financeira e administrativa, uma vez que a todos poderes fiscaliza na função administrativa, sendo indispensável que não esteja à mercê de qualquer pressão advinda daqueles sujeitos a sua fiscalização. Instrumento, portanto, muito importante na defesa da cidadania.

A Cidadania pode ser definida como a faculdade de participar ativamente da vida do governo e de seu povo, conforme Dallari, 2007, Princípios constitucionais da Administração Pública, seus efeitos, suas atribuições. Os princípios são a base norteadora, auxiliam na construção de leis e jurisprudências. Sem esses princípios na administração publica o ato se tornará nulo.

.

2 - Princípios fundamentais na Constituição federal de 1988

O Brasil tem apresentado e demonstrando esforços no sentido de aplicar e incorporar os princípios constitucionais que orientam a administração pública, quais sejam a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A palavra princípio possui vários significados e, portanto, quando a referência é princípio da expressão princípios fundamentais do Título I da Constituição Federal,não é na acepção de começo,

início, mas sim, no sentido de "mandamento nuclear de um sistema" (cf. SILVA, 2005, 91)"(...)mandamento nuclear,de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas.Compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe.dá sentido harmônico". (BANDEIRA DE MELLO, 2005, p.450).

Os princípios formam uma base dentro do direito administrativo, Segundo José Cretella Junior *appud* Maria Sylvia Zanella de Pietro, "princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido são os alicerces da ciência" (2015).

Assim, os princípios são as normas fundamentais de um sistema.

A Constituição Federal, em seu artigo 37 estabelece cinco princípios básicos e a administração pública direta e indireta, vejamos:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na doutrina encontramos outros princípios ligado a administração publica, porem nosso estudo será com base nos princípios que são o eixo da administração publica, pois está exposto na carta magna. A sociedade necessita saber o que acontece, e democracia se baseia na vontade popular, bem como na expressão desta vontade, através da opinião pública, e para isso tem que dados sobre o que acontece, com as receitas e despesas do Estado, dos órgãos a eles vinculados, a arrecadação dos tributos e o que se fazem deles.

O Direito à informação é a condição sine qua non, como fonte essencial para que os direitos sejam implementados, cobrados e modificados, se assim achar necessário.O direito à informação é um direito fundamental e autônomo frente aos demais direitos fundamentais, expressos no art. 5 da Constituição Federal de 1988 O acesso à informação pública como forma de garantia de direitos humanos do cidadão, a Declaração Universal dos Direitos Humanos Nações Unidas, em seu art.19:

"Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

Portanto o direito fundamental da informação, contribui para que todos os cidadãos tenham a mesma possibilidade de atuar, agir, não ficando nenhum favorecimento, benesses, ou privilégio, das quais poderiam advir benefícios, vantagens econômicas e de influências políticas.

3 A Era da Informação e as Tecnologias da Informação e Comunicação

A Era da Informação um termo frequentemente utilizado para designar os avanços tecnológicos da Terceira Revolução Industrial e difusão de um *ciberespaço,* um meio de comunicação instrumentalizado pela informática e pela internet.Essa expressão também para isso terá que aprender ondes estãoé uma forma de observar os avanços das técnicas atuais de transformação da sociedade em comparação a outras anteriores. Atualmente a era da informação possibilita a ampliação da capacidade de armazenamento e memorização de informações, dados e formas de conhecimentos. A mundialização dos dados, ligados na internet, compartilhando informações, divulgando impressões e difundindo formas de cultura e saberes.Desta forma, esse processo de formação e integração espacial

ocasionado pelas técnicas digitais, Com isso acarretauma grande velocidade de dados e de fluxos econômicos, sociais e culturais.

A possibilidade de cada vez maior de utilização de tecnologias da informação e comunicação, notadamente a redemundial de computadores, e o acesso às informações via Web, apresenta uma nova forma de controle social, possibilitando uma maior compreensão da estrutura do Estado e suas relações com a sociedade civil, bem como a possibilidade maior na defesa dos direitos dos cidadãos, promovendo a cidadania, possibilitando o acesso a seus direitos e a justiça.

O cidadão pode fiscalizar mais, cobrar, e para isso deverá saber o modus operandi desse sistema de informações, o direito de receber informações claras, integras, originais, autênticas, o que levará certamente a um patamar de cidadania mais eficaz e eficiente na defesa de seus direitos e coibindo atos de arbítrio de quem ocupa o poder em determinado momento.

A ampliação dos usuários da internet, a comunicação quase que imediata de informação e em tempo de real do que acontece em toda a parte do mundo, e a possibilidade de compartilhamento dessas informações e dados, além de dar instrumentos às pessoas saberem o que acontece, dá a possibilidade de manifestação imediata, a uma ampla comunidade que utilizam as redes sócias, sendo contra ou a favor, sobre os atos de um ato demando de alguma autoridade pública, ou a fatos na sociedade.

Assim essa pluralidade de vozes que acompanham os fatos, isso acarretará que a constância de prestação de contas, o Estado tende a se aperfeiçoar a sua divulgação em suas páginas eletrônicas

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, como a tecnologia de informação via Web, auxilia o acesso à informação no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

A Lei 12.527 de 19-11-2011,que Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Esta lei têm inovações como constituir sujeitos passivos, as entidades da Administração direta e indireta no âmbito dos três poderes , mas também entidades privadas sem fins lucrativos que recebem ver as ou subvenções do poder público, na proporção de seus recebimentos (at. 2, par. Único); dispões que a divulgação seja espontânea, independentemente de solicitação, relativo a informações de interesse público, denomina-se de transparência ativa (art3, II) e enfatiza o uso dos meios eletrônicos de comunicação(internet) colocando as informações na rede mundial de computadores (art. 8,§2).

Sendo assim a Lei de Acesso à Informação (LAI) - Lei nº 12.527/2011 - é um instrumento de transparência pública que permite aos cidadãos solicitarem, aos órgãos públicos, informações de interesse pessoal ou coletivo. De acordo com o Artigo nº 5 da LAI "é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão". .De acordo com a Lei 12.527, informações constituem-se em "dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato".

Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades públicas, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

Da mesma forma, o artigo 41 Lei 8.666/93 de 21 de junho de 1993 que Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, com o objetivo de acompanhar, fiscalizar sobre os atos originados das despesas públicas diz que “ § 1 qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade da aplicação dessa lei”.

Vale lembrar a Lei nº8.429 que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício ressalta em seu art.”11. que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os princípios de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdada às instituições e notadamente: [...]IV- negar publicidade aos atos oficiais. No dizer de, Meirelles, a “publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. A publicidade dos atos de gestão das despesas públicas relaciona-se com a eficácia e com o controle institucional. A transparência pública, correlaciona-se diretamente com a cidadania, com a participação do povo, tendo acessoàs informações, para seu conhecimento e para fiscalização, com eficiência na gestão de recursos e com maior controle social sobre os atos dos agentes e dos recursos públicos.

E informação, nas palavras de Doug Laney “ a informação só é útil quando pode ser plenamente utilizada. A informação é a matéria-prima, a e a plenitude de seu uso não depende só de sua existência ou disponibilização”. Deve-se ter ferramentas e sistema que possibilite que se possa auferir as informações que sejamprimária, íntegra, autêntica e atualizada. E que sejam de fácil acesso a quem deseja acessá-las. ’

Acesso à justiça

4 O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul - RS

Nesse contexto, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul analisa periodicamente o cumprimento, por parte dos entes jurisdicionados, aos preceitos da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011) e da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente na parte alterada pela Lei de Transparência da Gestão Fiscal (Leis Complementares Federais nº 101/2000 e 131/2009). Na esfera municipal, os itens avaliados pela Auditoria seguem os critérios previstos na Instrução Normativa TCE-RS nº 09, de 27 de maio de 2015, a qual poderá ser utilizada como norma orientadora para estruturação das informações publicadas nos respectivos sites oficiais. Conforme diz a Lei 12.527 no:

> Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
> I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;
> II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;
> III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;
> IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;
> V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;
> VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos
> Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.
> § 1º Na divulgação das informações a que se refere o **caput**, deverão constar, no mínimo:

> I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;
> II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;
> III - registros das despesas;
> IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;
> V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e
> VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.
> § 2º Para cumprimento do disposto no **caput**, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).
> § 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:
> I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;
> II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;
> III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;
> IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;
> V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;
> VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;
> VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e
> VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.
> § 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).
> Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:
> I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:
> a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
> b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
> c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e
> II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

Controle social é o acompanhamento sistemático e atento que o cidadão - individualmente ou por meio de suas entidades associativas e representativas - faz do uso do dinheiro público por parte dos governos. No Portal do Controle Social você terá informações para também exercer este que é um direito da cidadania: zelar pelo bom uso dos recursos públicos. No Portal do Controle Social você terá informações para também exercer este que é um direito da cidadania: zelar pelo bom uso dos recursos públicos.

Com a modernização das análises das contas públicas municipais, implantada pelo Tribunal de Contas nos últimos anos, ficou mais fácil tornar disponíveis as informações.municipais, que se

constitui em banco de dados dos sistemas orçamentário e financeiro, e demais controles internos, destinados ao exercício tempestivo do controle externo das finanças públicas municipais.

Bem como o acesso aos Relatórios da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) os balanços orçamentários e demonstrativos de resultados, por município e entidade), às Demonstrações Contábeis e pode fazer consultas ao andamento das obras públicas nos municípios, bem como as Licitações e Contratos municipais. Consultas, Licitações Municipais, Contratos Municipais, Relatórios da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) Demonstrações Contábeis,Obras públicas nos municípios.Relatório - Julgamento das Contas dos Prefeitos pelas Câmaras Municipais

Um exemplo é o órgão de ouvidoria que o TCE-RS dispõe para quem deseja realizar consultas, em que há indicadores, dados que por si só, demonstram a importância, quanto a recebimento de denúncias, reclamações, sugestões, elogios, e qualquer manifestação que desejar fazê-lo, segue demonstração:



Há outras orientações a que servirão aos jurisdicionados como forma de orientação para boas práticas na cultura da transparência, tais como:

Cartilha Acesso à Informação na Prática - O que publicar no Portal? Orientações para Prefeituras e Câmaras

Orientações para o Encerramento de Mandato 3ª Edição – 2016
Cartilha de Fiscalização dos Recursos do Fundeb dos Municípios
Cartilha de Racionalização da Cobrança da Dívida Ativa Municipal
Normas de Auditoria Governamental
Série de Sumários Executivos
Revistas do Parecer Prévio
Guia Prático de Admissões e Inativações
Aspectos Relevantes da Legislação do FUNDEB
X-ERCO

Informação Técnica sobre a Renegociação da Dívida Estadual com a União
Orientações do Tribunal de Contas para gestores municipais - 2014
Cartilha de Manutenção das Obras de Arte Especiais (OAE)
Guia para Fiscalização de Concursos Públicos
Cartilha de Acessibilidade em prédios públicos - O que pode melhorar?
Revista do Parecer Prévio 2009
Licenciamento Ambiental

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, como a tecnologia de informação via Web, auxilia o acesso à informação no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, analisa, regularmente o cumprimento, por parte dos entes jurisdicionados, aos preceitos da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011) e da Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente na parte alterada pela Lei de Transparência da Gestão Fiscal (Leis Complementares Federais nº 101/2000 e 131/2009 O acesso à informação compreende o direito de obter dados sobre atividades exercidas pelos órgãos e pelas entidades, inclusive as relativas a sua política, organização e serviços.Para uma melhor efetivação da transparência, as informações públicas divulgadaspelos Municípios, em suas páginas eletrônicas (sites) estando à disposição de consultas, de modo a facilitar a quem possa se interessar e acessar.O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul examina , através do Sistema de Cadastro – SISCAD, o qual dá a possibilidade de manter um Cadastro único, sobre aqueles que o TCE –RS mantém seus jurisdicionados. Isto dá a possibilidade de uma constante atualização dos administradores, do tempo de seus exercícios, de seus dados. Isto possibilita de manter atualizado em tempo real as informações referentes às receitas e despesas, pois ficam disponíveis até o primeiro dia útil subsequente à data de seus dados de sua contabilidade.O Registro de Despesas, enquanto execução de despesa pública, deverá detalhar o número, valor do empenho , a sua liquidação e pagamento e a sua classificação orçamentária Bem como o registrode receitas , sua natureza, valores de arrecadação administrador gerenciará o cadastro de pessoas vinculadas.Umdos meios para se aferir os dados de seus jurisdicionados, órgão e entidade do poder público os poderes executivos, legislativos, é que estes dados estejam à disposição de quem queira consultar esses dados, e um dos meios mais suscetíveis de consultar é através da internet, na rede mundial de computadores. O pedido de informações Via internet, conforme a Lei 12.527:

Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.

§ 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.

§ 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.

O TCE-RS dispõe de uma Ouvidoria, sendo disponível um documento (formulário específico) para solicitação de informação. Não é necessário exigir motivos para que se preste informações, basta apenas a manifestação de acessar às informações. E O TCE-RS também verifica se os seus jurisdicionados oferecem a possibilidade das pessoas têm a possibilidade de acessar e expor suas dúvidas, questionamentos, críticas, elogios, ou qualquer outra manifestação perante os órgão fiscalizados pelo TCE-RS.

Na Lei 12;527/2011 em seu art. 8 § 4 dispõe que:

"Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º, mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira, nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maiode 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Nos portais devem conter relatório estatístico anual, sobre como o acesso a informação se deu, conter também informações sobre a organização nas páginas eletrônicas dos poderes Executivos e Legislativos, informando as competências, a estrutura da organização, os horários em que as repartições atendem bem como, seu respectivos telefones.,

Através da WEB, também é possível acompanhar o que dispõe a Lei Complementar 101/200 em seu capítulo IX, que trata da transparência, controle e fiscalização e de sua transparência de Gestão Fiscal em seu artigo 048/17:

Art. 48.São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Em seu artigo 7, inciso VII alínea a, em que se coloca os dados gerais para acompanhamento de programas, ações, projetos e obras:

a- à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos.

Estes instrumentos de planejamento da Administração Pública (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes de Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual

Um dos dados muito importante, dentre tantos, há a informação referente às licitações, em seu artigo 8§ 1 inciso V:

V - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

Recentemente o TCE- RS está possibilitando o Sistema informatizado desenvolvido de Licitações e Contratos (licitaCon qual monitora as licitações e contratos administrativos), em todas as suas fases. Estando a relação dos procedimentos licitatórios, e a relação dos contratos celebrados. Este é um fator que possibilita um maior controle externo pelo tribunal de Contas, e por qualquer cidadão que deseja acessar os dados via Web.

O TCE consta com canal de comunicação com o cidadão, o " fale conosco" – ouvidoria,há a possibilidade de atender os usuários com necessidades especiais. Os serviços e atividade de interesses coletivo do poder executivo das atividades típicas da prefeitura, do poder legislativo, as leis do município, bem como o controle externo como o julgamento das contas do preito bem como o teor de seus julgamentos.

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em seu portal possibilidade em sua página a possibilidade de fiscalização e controle dos jurisdicionados através de realização de consultas. Há o Sistema de Controle Externo que é constituído pelo Boletim de Legislação Municipal (BLM) pelo Sistema Informatizado de Auditoria de Pessoal (SIAPES), pelo (SAPIEM) Sistema de Pensões e Inativações da Esfera Municipal, (SAPIEM), pelo Sistema de Informações para Auditoria e Prestação de Contas (SIAPC); Sistema de Controle de Obras Públicas (SISCOP), (Sistema de Informações para Companhias e Entidades (SISCOE),O Sistema de Cadastro (SISCAD), O Tribunal

de Contas do Estado, a fim de otimizar seus processos internos e externos, tem disponibilizado cada vez mais serviços através da rede mundial de computadores: a Internet, (TCEnet). O sistema de contratos e licitações(licitaCon).

O TCE-RS em suas publicações, apresenta em seus estudos e pesquisas, como a análise dos planos de educação dos municípios do RS, resultado da avaliação da transparência passiva no RS, estudo acerca da educação infantil, bem como sua avaliação.

Os diagnósticos das ouvidorias dos poderes executivos e legislativos municipais. Indicadores municipais, saneamento de resíduos sólidos, percepção do público frente ao TCE-RS, administração municipal tributária, transporte escolar, transparências dos portais do RS, transporte coletivo urbano, diagnóstico da situação dos Conselhos Tutelares, diagnóstico da manutenção das obras especiais(OAE), trabalhos em parcerias com o TCU e marco regulatório das OSCs. Estas publicações, auxiliam e orientam os gestores, a comunidade em geral, e todas os cidadãos como é que se encontram os dados referentes aos municípios, ao poder Executivo, ao poder Legislativo.

O TCE-RS atua também julgando as contas julgadas irregulares ou receberam pareceres desfavoráveis nos oitos últimos anos o envolvendo gestores, que teve quinhentos e trinta e oito processos. Estes dados foram entregues a presidente do TRE-RS a desembargadora Liselena Ribeiro. Na relação contou os nomes dos gestores que podem ser considerados inelegíveis pela justiça eleitoral para o pleito com base na Lei da Ficha Limpa (ZH, 01/08/2016).

Analisaremos algumas publicações referentes aos estudo e pesquisas mencionados, à guisa de exemplo para ver o alcance em que está atuando o TCE-RS, e escolhemos os três seguintes, no tocante a educação infantil no ano de 2014, a prática dos municípios frente a transparência e os diagnósticos das ouvidorias dos executivos e legislativos municipais, como amostra

Uma das formas a qual o TCE-RS vem atuando, é o estudo eferente a Radiografia da Educação Infantil no ano de 2014, em sua página 06 do referido relatório: afirma que:

"A atuação do TCE-RS nessa seara vem apresentando resultados positivos. Em 2008, oEstado ocupava a 19ª posição em termos de taxa de atendimento de matrículas na educação infantil, avançando, em 2014, para a 10ª posição. Além disso, nos 45 municípios auditados de forma contínua pelo TCE-RS desde 2009 (baseado em informações de 2008), o aumento das vagas foi de 49,5% de 2008 a 2014, ao passo que, no mesmo período, os demais 452 Municípios apresentaram um aumento de 39%. Soboutra ótica, temos que os 45 referidos entes locaistiveram, até 2014, um incremento de42.098 vagas, enquanto os demais 452 criaram, nesseperíodo, 64.733 novas vagas.

E outra forma que o TCS –RS realiza sua fiscalização e orientação para uma melhor prática nas ações é o que consta relatório de transparência dos municípios gaúchos com avaliação realizada em 2016, em sua página 39:

"Desde 2012, a Corte de Contas vem alertando os gestores sobre o tema, mais recentemente, imputando multa àqueles que tratam otema com desídia.Vale lembrar quede acordo com a Resolução nº 1.009/2014, em seu artigo 2º, inciso XIX, o descumprimento das exigências de acesso à informação previstas na Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2012, e/ou na Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, pode ensejar a emissão de parecer prévio desfavorávelà aprovação das contas ou julgamento pela irregularidade das contas dos agentes públicos pelo Tribunal de Contas do Estado".

Entretanto cabe ressaltar mesmo que o Tribunal de Contas aponta para reprovação das contas de um determinado gestor, e julgando a irregularidade dessas contas, este parecer não é definitivo, pois caberá, se forem contas municipais, do aval da decisão, do legislativo municipal, que poderá aceitar ou rejeitar o parecer emitido pelo Tribunal de Contas, portanto o parecer, neste caso, não é

definitivo. No fundo dependerá de se o Executivo municipal tem no legislativo, base de sustentação de seu governo e de sua administração, que o apoiem ou não. Pois o Legislativo municipal pode aceitar ou não o julgamento do TCE-RE, referente as contas irregulares de um gestor, no caso, municipal.

Por fim o diagnóstico das ouvidorias dos executivos e legislativos municipais, Realizado pela Ouvidoria do TCE-RS em seu canal de controle social, em sua página 24.

Assim, dada a importância dessas estruturas, o Tribunal de Contas do Estado propôs-se a elaborar um diagnóstico, detalhando seus modos e condições de funcionamento, modos e condições, modos e condições defuncionamento, as características de sua composiçãoe a sua forma de relacionamento comos cidadãos, bem assim se dispõem do instrumental necessário à sua atuação.Dos resultados obtidos, é possível concluir que o assunto ainda demanda atenção eatuação por parte dos governantes e da sociedade..Inicialmente, chama a atenção o baixo percentual d eMunicípios que dispõem Brasil, 2012, -.127-147e Ouvidorias para se comunicar com a população local(21% dos Legislativos e 27% dosExecutivos). São poucos Órgãos (aproximadamente 10%) que dispõem de norma regulamentadora, que uniformize os procedimentos comuns e norteie os servidores quantoaos prazos de recebimento e envio de respostas conclusivas aos demandantes, fundamentais para o bom funcionamento e eficácia das Ouvidorias.

Assim através dessas atuações o TCE-RS possibilita quando analisa as vagas de educação infantil um modo de agir, e garantir para que a população que necessita de um local para que possa trabalhar, deixando seus filhos e assim, auxiliando na manutenção de recursos financeiros para a sua família.

Quanto as Ouvidorias cabe ressaltar a sua importância como um canal entra a sociedade e o poder público, dando orientações, subsídios e para implementação de políticas públicas. Agindo assim, da a possibilidade de efetivar o princípio democrático, permitindo aos cidadão atuarem junto ao poder público e a administração pública.

Referente a análise da transparência nos municípios gaúchos, possibilita divulgar dados, e gera também uma cultura de transparência e de acesso à informação.

O portal do TCE-RS oferece em janelas de seu site, portal de dados abertos, o “Fiscalize Cidadão”, e no canal TCE há a possibilidade de acompanhar a tramitação e o julgamento ao vivo da pauta do pleno, bem como de suas Câmaras.

5 Conclusão:

A tecnologia de informação via Web, pela internet, na rede mundial de computadores, auxilia o acesso à informação no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, O acesso à informação como acesso ao direito, a justiça e promovendo a cidadania, forjando a cultura de dados abertos, transparência, informando aos cidadãos, e proporcionando aos gestores orientações para o boa atuação. Instituindo, inclusive, prêmio para as boas práticas na internet nos anos de 2014 e 2015. Cabe avanço, maior quanto a transparência, mas a cultura das informações mais acessíveis ao cidadão já se transforma em realidade e podendo ser ampliada.

A era da informação, juntamente com as tecnologias da informação e comunicação, possibilitam um novo patamar de atuação, podendo o cidadão em tempo real, receber, acompanhar, demandar o que lhe for necessário, Bem como cabe à Administração pública uma necessidade de responder às demandas de seus administrados e atendê-las.

O acesso a informação como direito, e a transparência assim, aparece como um dos principais modo da eficiência na gestão pública. Através da consolidação da cultura da transparência, há uma troca entre os interesses da população e do Estado o que resultará uma melhor prestação de serviços públicos. Para tanto, a Administração Pública, deverá atender às demandas tendo informações atualizadas e fidedignas, Quanto mais informações precisas, haverá mais esclarecimento à população e mais instrumentos para alcançar uma boa gestão. O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul oportuniza dados abertos e fortalece a cultura da transparência. Aponta ao TRE-RS sobre gestores que estão com as contas irregulares, solicita que as administrações do Executivo e Legislativo faça concursos públicos, onda há muitos CCs. Os apontamentos, os pareceres do TCE-RE, entretanto não são impositivas, pois de posse do julgamento de contas, deverá passar pelo legislativo municipal que aceita ou não. Mas ressalta-se que esses dados podem ser acompanhados via web, pelo site do TCE-RS.

Assim o acesso à informação pública, é um instrumento, é um direito para a consolidação e efetivação da cidadania e a efetivação da dignidade humana, do respeito ao cidadão, dando-lhes mais oportunidade de atuação.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editora.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios da definição dos princípios jurídicos. 5 ª edição. São Paulo. Malheiros 2006.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil, DF, Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informação previsto no inciso XXXIII do Art. 5º, no inciso II do §3 do Art. 37 e no §2 do Art.216, da Constituição Federal, altera a Lei nº8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº11.111, de 5 de maio de 2205, e dispositivos da Lei 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em http:// www. planalto.gov.br/ccivil.

_____Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993.Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

_____Lei 8.429 de 02 de junho de 1992.Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

_____. Lei Complementar Nº 101 de 4 de Novembro de 2000, que estabelece normas de finanças voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em <http:// www.planalto.gov.br

_____. Lei Complementar Nº 131, de 27 de maio de 2009.Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em <http:// www.planalto.gov.br

_____ Guia para Criação da seção de acesso à informação nos sítios eletrônicos dos órgãos e entidades federais. 2012. Disponível em <http://www2.br/unirio/lai/Guia_lei_acesso2012

_____Guia para criação de seção de acesso à informação nos sítios eletrônicos dos órgãos e entidades estaduais e municipais. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/BrasilTransparente/GuiaTranspaenciaAtiva_EstadosMunicipios.pdf>

DALLARI, Dalmo de Abreu. Teoria Geral do Estado. 26° edição. São Paulo. Saraiva 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28º edição. São Paulo. Atlas .

JÚNIOR, José Cretella. Revista de Informação Legislativa 97:7.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29º edição São Paulo Malheiros Editores.2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeia de. Curso de Direito Administrativo. 17 edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2004. Silva, José Afonso da Silva

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Resolução 217ª(III)

SILVA, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional aplicado. 14.ª edição São Paulo Malheiros, 1997.

GONÇALVES, Maria Eduarda. Direito da informação novos direitos e formas de regulação na sociedade de informação. Coimbra: 2003

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Indicadores Municipais. Disponível em <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/tcers/consultas/indicadores.

_____ Educação infantil. < http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/tcers/estudos

_____ Diagnóstico das ouvidorias. Dos Executivos e Legislativos Municipais. http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/diagnostico_ouvidorias.pdf.

_____ Transparência dos Portais do RS <http:// www1,tce.rs.gov.br.portal.Estudos e pareces/avaliação_portais_rs

_____ Instrução normativa TCR – RS Nº09 De 27 de maio de 2015 são os itens avaliados nas auditorias para os municípios, o qual poderá ser utilizada como orientação para a estruturação das informações publicadas nos sites oficiais.

RIO GRANDE DO SUL. (1989) Constituição do Estado do Rio Grande do Sul. Edição CORAG. 2014 Porto Alegre

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: ACESSO AO DIREITO E À JUSTIÇA II: PROMOVER A CIDADANIA.
Coordenador: João Pedroso (CES)

Canoas, 2017.

PROCESSO, DEMOCRACIA E COMPLEXIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES

Paulo Junior Trindade dos Santos
Gabriela Samrla Moller
Cesar Marció

Resumo:

A filosofia nasce nas obras de Plutarco, nos diálogos entre Cícero e Demóstenes, onde os debates públicos desenvolviam-se por diálogos concernentes aos problemas comuns, dando vazão à Democracia Participativa. O grande erro de Platão foi dizer que a filosofia resolvia tudo na sociedade; o que incidiu nas teorias sofísticas e valorativas, que nascem da invenção de um debate interminativo, dado por valorações limitadas por um positivismo argumentativo. Nesse sentido, é necessária uma teoria hermenêutica filosófica da argumentação, pois deixa as valorações de lado e adentra no existir, dado que na atualidade a Democracia está imersa em uma sociedade em um constante movimento (ou a sociedade está imersa em uma Democracia em constante movimento?). Diante de tais movimentos, os fundamentos da Democracia e os seus pilares básicos não podem restar submergidos por correntes positivistas formais, que buscam derrubá-la em prol de supostos bens maiores, que se assemelham à uma Democracia utilitarista e quantitativa. O discurso de "salvação" busca trazer respostas rápidas a problemas profundos, porém, a Democracia é um processo gradual, marcado pela legitimidade e pelo respeito à dignidade humana. Os riscos de ultrapassar os liames democráticos são sempre eminência fundamentados em subterfúgio de contingências sociais, como é exposto no quadro político-histórico dos tempos recentes. O Direito, no meio dessa contingência, por meio da jurisdição, apresenta um meio efetivo de Democracia Participativa junto ao Processo, razão pela qual a reflexão entre Direito e Democracia é mais do que fundamental para o realce dos contornos Democráticos. Necessário resgatar a reflexão junto ao pensamento dos principais processualistas, os quais construíram a noção da Democracia junto ao processo. As metáforas vivas não são somente metáforas, pois existiram ao ocorrerem nos fenômenos e por isso a Democracia não entra em um consenso, pois é hermenêutica; está sempre aberta às confluências do mundo.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Democracia. Processo. Instrumento Democrático. Contraditório.

1 Introdução

Como bem aponta Zagrebelsky (ZAGREBELSKY, 1996.P.10.), nosso tempo não é o da exaltação da Democracia, senão de sua crítica, a qual desmascara suas fraquezas, suas opacidades e seus enganos, na busca de uma Democracia como finalidade, e não somente como meio. No mesmo sentido, Jean Luc-Nancy (NANCY, 2010. P. 79.) assevera que Democracia é o nome de uma mutação da sociedade com respeito a seus fins históricos, como <ser de fins>, no sentido kantiano, de maneira que não é o nome de uma autogestão da humanidade racional como verdade definitiva no céu das ideias, mas sim o nome de uma humanidade que se encontra exposta à ausência de todo fim determinado.

Vivemos uma homogeneidade das esferas e da ordem, o que converteu a Democracia a uma forma de governo e um modo de vida social. Nas palavras de Rancière (RANCIÈRE, 2010. P.81.), para que exista verdadeira Democracia procedimental, é necessário que, no mínimo, certo grau de igualdade *em direitos* seja garantido aos cidadãos, pois este é o instrumento que necessitam ter para formar-se em juízo quanto à defesa de suas formações políticas na defesa de seus interesses e ideias.

Que a mudança é permanente e dificulta ações que tornam estático o que conflui, observa-se eminentemente. De fato, há uma história micro-macro-física-cósmica em que já aparece o princípio de evolução através de uma criação sucessiva de ordem sempre aumentada, de objetos sempre mais complexos e por isso improváveis e os acontecimentos não operam somente no nível do genótipo, mas também do fenótipo, pois a existência fenomenal é uma sucessão de acontecimentos: os aprendizados são frutos da educação parental e do contato entre o indivíduo e o ambiente (MORIN, 1977. P. 47-48.). De fato, em uma sociedade *ultracomplexa*, tanto em termos sociais, como em termos de adaptação e direito (CARBONNIER, 2001.), o verdadeiro desafio nesses termos é apresentar um *sentido de ordenação* que seja capaz de lidar com as confluências sem que com isso obste seu desenvolvimento natural como *conflito* e reivindicação de direitos através do reconhecimento.

O Processo e a Democracia denotam a abertura para os debates sociais, uma vez que a Democracia baseada em números sustenta em seus pilares uma igualdade que nega as confluências e a complexidade. O Judiciário é dotado de atividade capaz de contrapor os elementos danosos da Democracia Representativa, frente à corrupção e por questão de validade de atos antidemocráticos.

Nesse sentido, acerta Pontes de Miranda ao asseverar que a Democracia deve evitar arbitrariedades.

Dado que a qualidade dos elementos comunicativos restou perdida pela quantidade, tendo como sintomática a invasão de elementos corruptivos, a igualdade que outrora adornava os discursos - dada a semântica de cunho positivo que carrega - é trocada por uma igualdade de números, utilitarista, baseada na homogeneização da vida pela *segurança social.* A igualdade começa pelo acesso, pelo reconhecimento do *logos* em termos aristotélicos, o que antecede o debate construtivo, nesse sentido, o Judiciário é o elemento chave de uma Democracia, pois é capaz de escutar aqueles que ainda não possuem *logos* político.

O desafio para a Democracia, na qual o Direito insere-se como defesa e desdobramento, num local em que os limites de comunicação foram perdidos pela imensa quantidade de pessoas, bem como dos elementos corruptivos, haja a hibridização do sistema entre a democracia representativa e de outro uma democracia na qual o cidadão pode participar. Nesse segundo caso, o ser detém de igualdade e acesso, mas que isso não faz com que o ser faça parte desse sistema.

A Constituição Federal é um dos aportes para reconhecer a *existência*, entendida esta como o ser do ente homem (*Dasein*), a qual deve ser resgatada, em termos atuais de política, sociedade e complexidade, pela construção judicial. Os princípios e elementos fulcrais do Estado estão inertes, e devem eles ser construídos junto à realidade para fazer o ser existir. Para que ocorra o equilíbrio social no bojo político voltado ao ditame democrático deve haver reflexão e diálogo, sem que com isso se deixe de reconhecer a Filosofia Política.

O processo judicial faz reavivar a Democracia participativa pela reestruturação da Democracia representativa. Portanto, é um procedimento público no qual se torna politicamente em um espaço de debate Democrático, assim redimensionando o ser a um renovado espírito participativo. Também, por ser o processo um procedimento ele passa a ser uma fonte normativa criada pelas sentenças que se realizam judicialmente.

Nasce esta realidade conformativa com a possibilidade de participação popular através do processo, como meio de escuta daqueles que não possuem *logos* político, pois na atualidade o Processo é mais do que um instrumento jurídico delineado pela CF, sendo também um instrumento político, ou um instrumento revolucionário.

2 O Processo e a Democracia Crítica: Uma Relação Necessária

Viver sob a Democracia crítica é negar a forma dogmática da Democracia, a qual, de um lado, não conhece os limites por acreditar possuir a verdade e outras, de outro, por não saber o que é verdade deduzem que tudo está permitido (ZAGREBELSKY, 1996.P.110.). A Democracia se exaspera em ser a melhor expressão que acompanha as contingências do ser para que ele se emancipe e que seja capaz de incessantemente reconhecer a parcela dos sem-parcela, pois por sempre se reiventar, o homem é conflito social e novas formas de expressão, que não pode oprimir o outro.

O processo judicial exige novas concepções capazes de atender de forma adequada às novas realidades sensíveis da sociedade, pela emancipação, o que demonstra ser imperiosa a necessidade de os processualistas evoluírem em suas concepções e regras tidas como imutáveis (RIBEIRO, 2004. P. 15.) para que seja possível superar o conceito tradicional do processo, baseado tradicionalmente como sequência de atos que se desenvolvem progressivamente com o objeto de resolver, mediante um juízo de autoridade o conflito posto à decisão (COUTURE, 1958. p. 122-123.); por uma renovada dimensão que torna o processo revolucionário (SATTA, 1971. p. 14.).

> El proceso judicial es por su naturaleza público; políticamente es un espacio de debate democrático, y procesalmente un sistema jurídico en el que convergen situaciones jurídicas diversas, activas y pasivas, siendo las estelares las pasivas de cargas, para los sujetos procesales partes y los deberes-poderes para el sujeto procesal supraordinado, el juez, estando íncita la relación entre dichos sujetos en torno a un mismo objeto: la pretensión procesal. El proceso judicial es también desde la teoría del derecho, una fuente de creación de una norma jurídica, la sentencia judicial. (BEDOYA, 2017.)
> (…)
> Há mais. O processo é o canal por que se exerce a jurisdição: esta, por sua vez, inclui-se entre as manifestações essenciais do poder estatal. Não pode o processo, por conseguinte, deixar de constituir fenômeno politicamente relevante. As decisões dos juízes são decisões de órgãos do Estado, como as dos legisladores e as dos administradores: concorrem com umas e outras para a definição de rumos da sociedade politicamente organizada. A diferenciação entre essas categorias nasceu, firmou-se e desenvolveu-se menos como sinal de diversidade ontológica do que com opção de conveniência – inspirada provavelmente, de inicio, em considerações de ordem prática relacionadas com a necessidade da divisão do trabalho, que a crescente complexidade social gerava, e depois também, nas sociedades que afastaram do absolutismo, em certa prevenção contra a excessiva concentração do poder, aliada à crença na eficácia de mecanismos de controle recíproco dos órgãos (impropriamente ditos poderes) do Estado. (MOREIRA, 1957. P. 20-21.)

Uma nova visão do processo transcende as teorias que delimitam este em ser o instrumento do direito substancial (DINAMARCO, 1988. p. 116.) da jurisdição ou mera relação jurídica, pois o

processo integrou-se ao sistema jurídico por meio das garantias processuais constitucionalizadas democraticamente.

Justifica-se essa atuação em razão de essa política atuar reconhecendo *pontualmente* as reivindicações sociais. Disso extrai-se que muitas das expressões de violências irracionais ocorram, pois são a única via para exprimir a dimensão que excede o particular. O *stablishment* político somente reconhece plenamente a distância entre igualdade puramente formal e sua efetiva atualização ou realização; ao apoiar-se sobre uma base de universadidade, combate as diferenças por medidas jurídicas, psicológicas e sociais, que cingem os grupos em suas particularidades para solucionar *em parte* os problemas (Zizek, defesa da intolerancia), o que elementiza a face de uma Democracia representativa homogeneizadora.

Com a manifestação de sociedades complexas[1] que exigem uma reinvenção das instituições como restabelecimento do mundo sensível em seu aspecto de civilização e respeito ao outro, com o objetivo de uma igualdade substancial pelo reconhecimento da existência, o Processo deve exasperar o fenômeno[2] através da aproximação fenomênica pela hermenêutica filosófica, sendo nesse sentido os resquícios do positivismo e da produção de legislação como nocividade sistêmica no mundo, por não permitir essa exasperação. Enquanto apreensão do fenômeno social e cultural, o processo "es expresión del contexto en que se desarolla" (FAVELA; KAPLAN, 1981. p. 140.), situação que é sentida na própria lei procesual, pois, conforme assevera Calamandrei (CALAMANDREI, 1960. p. 48-49.), o que dá a fisionomía típica ao processo não é a lei procesual, senão o costume que o põe em prática e que "consigue, por encima del querer del particular y por encima del querer del Estado dentro del propio proceso." (BERNAL, 1943. p. 16-17.), no sentido de resolver o conflito.

2.1 Por uma nova visão do processo a partir da Democracia Crítica

As orientações políticas normalmente reconhecidas nos textos constitucionais refletem-se no processo, que está condicionado às orientações políticas dos textos constitucionais e para uma verdadeira tradução dos fenómenos sociais, devem unir-se mais ampliamente à sociedade (FAVELA; KAPLAN, 1981. p. 140.), que exaspera o Dasein.

O Processo é a garantia de existencia do Estado como unidade política organizada pelo Direito, junto à ideia fundamental que de "el orden jurídico vale por sí, debe valer como orden, independientemente de la bondad o - maldad de su contenido" (BERNAL, 1943. p. 15.). Por ser a ordem jurídica o elemento da manutenção do Estado Democrático de Direito, o processo não pode ser considerado uma simples abstração ou instrumento *ahistórico*, sem dimensões concretas. Sobretudo, unido à Democracia crítica, o processo deve ser considerado um instrumento jurídico resposta de um fenômeno social (democrático), sobre o qual influem, necessariamente, as condições

[1]La sociedad moderna se caracteriza cada vez más por la diversidad de sus componentes. Representantes de los más distintos intereses étnicos, políticos, económicos, culturales, religiosos, nacionales, etc., conviven en las grandes ciudades, fenómeno éste que tiende hacia la formación de la *ciudad universal*. La convergencia de esos componentes sociales ante los tribunales de justicia representa un desafío para el sistema de comunicación procesal, el cual se ve compelido a armonizar los distintos universos significativos y constelaciones de valor de que aquellos son portadores en los canales comunes de díalogo que representan los diversos procedimientos judiciales. (SÁNCHEZ, 2012.)

[2]La vie collective d´un pays: también el proceso no es sino un aspecto de esta vida, y las leyes procesales no son otra cosa que una frágil red a través de cuyas mallas presiona y a veces desborda la realidad social. (CALAMANDREI, 1960. p. 49.)

sociais, económicas, políticas e culturais do contexto em que é concebido. Em um mundo no qual as relações sociais e econômicas estão cada vez mais complexas (FAVELA; KAPLAN, 1981. p. 140.).

O Processo não deve ser tido como mera abstração elaborada pelo Poder Legislativo, mas sim deve ser ressaltada a sua realidade, de fazer nascer o direito como "meglio difendible nella riflessione teoretica e nell´esperienza pratica una prospettica processuale," (MORO, 2012. p. 14.), o que respeita o Dasein, e afasta a visão de que os "… que participan en él en concreto, y que no son muñecos mecánicos construidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres; estas últimas pueden ser, desafortunadamente, malas costumbres." (CALAMANDREI, 1960. p. 55-56.).

A celebração do direito como experiência concreta é a superação da instituição jurídica fruto da neutralidade iluminista, que reduziu o político a jurídico substitui-se hoje a instrumentalização do jurídico pelo político (SILVA, 1997, p. 201.).

> Como la función del gobierno incluye tanto el mantenimiento del equilibrio social como programas de transformación social, y no sólo lo uno o lo otro, los procesos legales muestran tanto la resolución de conflictos como la implementación de políticas, a menudo en combinaciones complejas y ambiguas. (DAMASKA, 1986. p. 28)

Para além da concepção clássica, o processo é por sua natureza, público, o que fundamenta em sua essência um espaço de debate democrático exercido pelo meio dialético do contraditório, onde são discutidos os diversos ângulos dos fatos e os desdobramentos do direito, cuja discussão legitima a atuação jurisdicional, que deve observar a defesa do direito unido à realidade sensível. A pretensão processual é o que une as partes e o juiz e o seu desvelar incide em uma fonte de criação de uma norma jurídica, a sentença judicial.

3 O Processo Como Reflexo da Sociedade: a Democracia Crítica Como Fundamento

O sistema processual de uma sociedade deve ser o reflexo de um Estado de Direito Democrático, pois uma das formas para conhecer se um Estado é Democrático é observar o modelo processual que ele possui, bem como o respeito que existe à sentença, bem como a motivação e a fundamentação que a envolvem (BENÍTEZ GIRALT, 2006. p. 80.). Uma sociedade muito conflitiva pode socorrer-se mais a jurisdição ou ser oprimida por ela, e uma qualidade de jurisdição muito baixa ou muito alta podem diminuir seu recurso a ela. A existência da jurisdição exige uma cultura jurisdicional, pois a jurisdição é uma função social (CALDANI, 2007. P. 13.).

As Constituições Democráticas reconhecem que o Direito emana do povo, ou seja, o povo é o legitimador do Direito, cujos objetivos devem ser compatibilizados com a Constituição garantista, que sem efetividade resulta em um não prosperar da Democracia, estabelecendo-se uma necessária conexão entre uma e outra, sobre a qual o Direito é construído. Nesse sentido, as sociedades mais conservadoras e evolutivas costumam a dar um maior protagonismo aos juízes, e as mais novas costumam a dar uma maior atenção aos legisladores e contratantes (CALDANI, 2007. P. 53.).

Dentro dessa concepção, retira-se principalmente que sem a participação da sociedade na construção do Direito não ocorre Democracia.

O Processo, como todos os campos do Direito, é permeado por esse sentido de Democracia fundada na participação do ser e concomitantemente ao fato de a democratização do Estado alçar o processo à condição de garantia constitucional, também a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política (PASSOS; GRINOVER; DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 95.), devendo ser reconhecida a efetivação e reconhecimento de direitos.

Diferentemente do reconhecimento do Direito em sentido *amplo* (legislação) o reconhecimento de um Direito criado a partir da situação fenomênica, com a observação da hermenêutica constitucional responde às exigências democráticas de participação dos cidadãos, que tende a "penetrar nos meandros processuais, onde as garantias constitucionalmente previstas dão ao individuo meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque um aprimoramento do debate democrático." (RIBEIRO, 2010. p. 96.).

Esse quadro fica claro ao se considerar que "la jurisdicción surge como una necesidad a consecuencia de la restricion cada vez mayor de la acción directa de las partes" (MÉNDEZ , 1979. P. 117-118.), ou seja, a jurisdição por si já é uma resposta à ausência de participação do ser junto ao Estado.

> En un ordenamiento democrático, la ley expresa (o debería expresar) una exigencia popular que vive en la conciencia de todos los integrantes de la sociedad, por lo tanto, la salvación de los regímenes democráticos radica en la circunstancia de que para hacer vivir una democracia no es suficiente la razón codificada por los preceptos de una Constitución Democrática, sino que se requiere detrás de la Ley Fundamental se encuentre la laboriosa presencia de las costumbres democráticas con las que se predenta y se sepa traducirla, día a día, en una concreta, razonada y razonable realidad. (CALAMANDREI, 1960. p. 56.)

As garantias processuais são exigências democráticas e o Processo deve sempre atuar no sentido de reformular seus sentidos na medida em que ocorrem os fluxos sociais. Em uma sociedade como a nossa, conforme exposto, é necessário que o Processo seja capaz de se adaptar às novas contenções e dar respostas de Direito que são capazes de tutelar o bem jurídico envolvido pelo conflito.

A influencia da política no Processo deve-se dar ao ressalvar a independência do juiz em respeito ao principio da divisão dos poderes (CALAMANDREI, 1960. p. 87.), pois o Juiz terá como dever "através do processo, realizará a participação efetiva da população frente as problemáticas individuais e sociais que venham a se por." (THAMAY, 2011. p. 86.) E em decorrência do alto nível de participatividade por meio do processo, maior será a justiça. (THAMAY, 2011. p. 86.).

Conforme bem aponta Rosemiro Ferreira Leal (LEAL, 2016. P.62.), o processo é um bloco de condicionantes do exercício da jurisdição, na solução de conflitos e da validade da tutela judicacional, que, por sua vez, é o provimento construído pelos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada do processo. Desta feita, importante que o precedente seja analisado junto com a (re)construção do fenômeno conflitual e seja desvelado diante ao jogo processual de perguntas e respostas firmados pelo contraditório como elemento democrático, ampliando o debate posto em discussão e na posterior motivação do juiz, ampliando e garantindo a aplicação dos princípios processuais que garantem a afirmação dos direitos fundamentais e da democracia junto ao Processo.

Supera-se a ideia de um Processo como condição de meio para a realização de direitos já formulados para a de um instrumento de formulação e de realização dos direitos (PASSOS; GRINOVER; DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 95). Complemente-se que o processo torna-

se assim um misto de efetivação, realização e criação do direito, "o conceito de decisão no direito processual da modernidade, já constitucionalmente positivado por conteúdos proposicionais de operacionalização jurídica da Democracia." (LEAL, 2002, p 28.).

Dessa forma, o processo incluso no modelo de Estado Democrático de Direito supera o que foi dilapidado nas Constituições Democráticas, obtendo-se na atualidade um processo justo como meio de realização da Democracia, como resultado de uma nova organização social-política.

3.1 Democracia Participativa Via Processo Judicial

Nas palavras de Ovídio Batista "Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se", não mais configurando-se junto à uma limitada Democracia da representatividade, devem ser pensados novos termos ao Estado e, principalmente, ao Direito que manifesta a organização do ser no Estado.

Por uma Democracia participativa, o Poder Judiciário, através do processo, conflui *locus* de maior participação do ser "... da democracia vigente com vistas a proporcionar, ainda que de maneira singela, uma nova alternativa para o florescimento de um espírito participativo do indivíduo na concretização da democracia contemporânea" (RIBEIRO, 2010. P. 95-96.), no qual o individuo é figurante apenas como cidadão e onde o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re)qualificação do povo, para além de mero ícone (RIBEIRO, 2010. P. 100.).

O Judiciário como instância do *escutar o que os membros da sociedade* têm a dizer, busca uma solução eficaz que, sendo colocada em prática, pode gerar, em decorrência do alto nível de participatividade, maior efetividade da justiça, realizando a função social de vários institutos de direito material para os cidadãos (THAMAY, 2011. p. 86-87.). A participação do cidadão pela busca da tutela jurídica "... dei nuovi diritti sta próprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre societâ, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di siora degli altri pubblici poteri." (THAMAY, 2011. p. 86-87.).

Pelo que se observa, o direito desemboca das decisões políticas tomadas pelo Parlamento, tendo como trabalho a transição "de la política en derecho, el legislador no toma en consideración el caso particular, la lite ya surgida y preanunciada, el acto del conflicto individual," (CALAMANDREI, 1960. p. 69-70.) o que ocorre "extrayendo de este diagnostico social, hecho no sobre el caso individual sino sobre un gran número de ellos, la previsión de que en el futuro ciertos comportamientos típicos pueden dar lugar a determinados conflictos de intereses entre los co-asociados, establece anticipadamente, de manera general a hipotética, aquello que debe valer como justo para todos los casos que tengan en concreto los caracteres del tipo abstractamente determinado (CALAMANDREI, 1960. p. 70.).

O instrumento de que se vale o poder político para assegurar a efetividade do modelo adotado é o direito[3], pois o direito situa-se "... no mundo da cultura, é uma criação do homem, uma das muitas formas pelas quais tenta compreender o existente para sobre ele interagir, conformando-

[3]Não prescinde ele, portanto, do homem. Nem para a sua formulação nem para sua efetivação. E o meio de que se vale o poder politico para formular e realizar o direito é o processo, em suas várias manifestações. (PASSOS; DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 85-86.)

o e direcionando-o no sentido do atendimento de suas necessidades e realização de suas expectativas." (PASSOS; DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 85-86.).

Inexiste pureza do direito, pois vê-se contaminado pelo político e o econômico, sendo assim, o processo como instrumento que "parece" ser neutro, estritamente técnico, carregando também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas (PASSOS; DINAMARCO; WATANABE, 1988. p. 83.).

4 Conclusão

Uma Democracia crítica deseja retirar o povo da passividade e também da mera reatividade. Aspira a converte-lo em uma força ativa capaz de iniciativas e, portanto, de projetos políticos elaborados por nada mais que ele mesmo. Um povo que seja sujeito da política, e não objeto ou instrumento (ZAGREBELSKY, 1996.P.114.).

O Processo como Democracia participativa transcende tudo o que o limita a ser um instrumento notadamente jurídico que o vê somente como resolução de conflitos ou como série de procedimentos no qual a jurisdição atua. As novas conjecturas sociais demonstram que a sociedade tornou um complexo e plural, superando o que era visto como mecânico.

A Democracia participativa não é anarquista (Democracia Radical), mas, sim, reflete diretamente no que diz respeito ao espirito participativo do cidadão (ativo). Supera-se a obscuridade do individualismo do Estado liberal de Direito e que este faz-se reativo posteriormente no Estado Social de Direito.

O Processo deve ser um ouvir e o escutar, reflexo do exercício necessário para que exista a dialética construtora, pois esta é capaz de desvelar os conflitos e legitimar a atuação da jurisdição, haja vista a filosofia prática exercitada pela democracia no debate frente ao jogo processual, realizada conjuntamente com a leitura constitucional, que serve para o resgate existencial e humano do ser, o qual foi construído metafisicamente como ente pela modernidade como Estado De Direito.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. *Novo Processo Civil Imantado pelo Constitucionalismo Contemporâneo*. V. 18, n. 31. Rio de Janeiro: Revista SJRJ, ago. 2011.

BENÍTEZ GIRALT, Rafael. *El papel del juez en la democracia*: un acercamiento teórico. 1ª Ed. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial (CNJ-ECJ), 2006.

BERNAL, Antonio Martínez. *La misión del proceso en el sistema del derecho***.** Fecha de publicación. Editor/es: Murcia: Universidad de Murcia, 1943.

BERTOLINO, Pedro J.. *El Derecho al Proceso Judicial.* Bogotá: Editorial Temís S.A., 2003.

CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CALDANI, Miguel Angel Ciuro. *Filosofia de la Jurisdicción*. Con Especial Referencia a la Posible Constituion de un Tribunal Judicial del Mercosur. Primera Edición. Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. . Pour une sociologie du droit sans rigueur, 10ème éd., LGDJ, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera Edición (Póstuma). Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

BEDOYA, Julia Victoria Montaño. *Constitucionalización del Proceso Judicial Civil Panamericano.* Disponível em: < http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ponencia_IPDP_Bedoya_colmbia.pd>. Acessado em: 01-06-2017.

[1]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. V. 56. 4º Trimestre de 1987. Rio de Janeiro: Forense, 1957. P. 20-21

DAMASKA, Mirjan R.. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1986.

DENTI, Vittorio. *Giustizia e Partezipazione dei Nuovi Diritti*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DINAMARCO, Cândido R. *Escopos Políticos do Processo*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini;

DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

ELLUL, Jacques. *Politización y Soluciones Políticas*. Traducido de, K. s. Templeton (Jr.) y B. M. Hartwell (comps.) The Politization of Society. In: Liberty Press, Indianapolis. Derechos cedidas por Liberty Fund, Inc., Indianapo1is, EE.UU.

FAVELA, José Ovalle. *Sistemas Jurídicos y Políticos, Proceso y Sociedad*.In: KAPLAN, Marcos (Compilador). *Estado derecho y sociedade*. Serie J? Enseñanza del Derecho y Material Didáctico. Núm. 3. México: Instituto de Investigaciones Juridicas, Universidad Nacional Autonóma de México, 1981.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo.* Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Editora Landy, 2002.

MÉNDEZ, Ramos Francisco. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Librería Bosch, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre a Multiplicidade de Perspectivas no Estudo do Processo. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*. V. 56. 4º Trimestre de 1987. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MORIN, Edgar. *Cultura de Massas no Século XX*: O espírito do tempo, Necrose. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo***:** Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

NANCY, Jean-Luc. Democracia finita e infinita. Em: AGAMBEN, Giorgio. *Democracia, en que estado?* Buenos Aires: Promete, 2010.

PASSOS, J. J. Calmon de. Democracia, Participação e Processo. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

RANCIÈRE, Jacques. *Las democracias contra la democracia.* Em: AGAMBEN, Giorgio. Democracia, en que estado? Buenos Aires: Promete, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2004.

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. *Proceso, Democracia y Humanizacion.* Ponencia presentada al Seminario Internacional de Derecho Comparado denominado: "Ziviljustizsysteme, Zivilgerichtsverfahren und Juristenberufe im internationalen Vergleich", dirigido por los profesores Dr. Peter Guilles y Dr. Takeshi Kojima y que tuvo lugar en la ciudad de Frankfurt a.M. en los meses de enero y febrero de 1992. Disponível em: < http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2013/rivero13.htm>. Acessado em: 05-08-2012.

SATTA, Salvatore. *Derecho Procesal Civil III.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.

SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofia de la Interpretacion del Derecho.* Segunda Edicion. México:Editorial Porrúa, S.A., 1973.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THAMAY, Rennan Faria. *A Democracia efetivada através do Processo Civil.* Lex Humana, v. 3, n. 2, 2011.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Garantismo Procesal Contra Actuación Judicial de Oficio.* Valencia: Tlrant lo Blllanch, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Crucifixión y La Democracia.* Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

O PROCESSO NA PÓS-MODERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

Fernando Barros Martinhago
Bacharel em Direito pela Escola Superior de Criciúma - ESUCRI.
Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – PPGD/UNESC.
Participante do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito - NUPED. Taxista PROSUP/CAPES. fernando.phn7@gmail.com

Francisco Pizzette Nunes
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC.
Professor e Coordenador do Curso de Graduação em Direito da Escola Superior de Criciúma – ESUCRI. francisco.pizzette@gmail.com

Resumo:

O presente estudo trata da função social do processo sob a perspectiva do paradigma pós-moderno e da aplicação da audiência pública e da arbitragem como instrumentos pós-modernos de participação popular a serem utilizados como soluções para a atual crise do Poder Judiciário. Ao final do estudo, conclui-se que a audiência pública e a arbitragem são instrumentos aptos para a construção de uma cultura processual mais democrática, tornando viável a participação popular nas deliberações judiciais.

Palavras-Chave: Processo. Pós-Modernidade. Audiência Pública. Arbitragem. Democracia.

Abstract:

The present study deals with the social function of the process from the perspective of the postmodern paradigm and the application of public hearing and arbitration as postmodern instruments of popular participation to be used as solutions to the current crisis of the judiciary. At the end of the study, it was concluded that public hearings and arbitration are suitable instruments for the construction of a more democratic process culture, making popular participation feasible in judicial deliberations.

Keywords: Process. Postmodernity. Public Hearing. Arbitration. Democracy.

1 Introdução

Desde a civilização romana até sociedades modernas, a teoria processual evoluiu e tem acompanhando a sociedade. Ocorre que mesmo após todos estes anos de constante evolução, vive-se atualmente no Brasil uma "crise no Poder Judiciário" devido ao número excessivo de demandas judiciais, ocasionadas em parte pelo enfraquecimento dos vínculos sociais.

Nesse sentido, este estudo tem como objetivo analisar o processo e a sua função social pacificadora sob a perspectiva do paradigma da Pós-Modernidade e apresentar os institutos da audiência pública e da arbitragem como instrumentos pós-modernos, de teor democrático-deliberativo, que podem ser utilizados como soluções aptas a amenizar a atual crise evidenciada no Poder Judiciário.

2 O Paradigma da Pós-Modernidade e a Função Social do Processo

O primeiro passo que deve ser dado em direção a um processo judicial de cunho participativo é adotar a noção de paradigma para confrontar universos distintos e assim repensar o atual modelo aplicado, buscando encontrar soluções aptas para os problemas evidenciados atualmente (PILATI, 2015).

O paradigma da modernidade representou a superação de um "misticismo finalista" que trazia consigo uma série de respostas pré-determinadas as quais engessavam o modo de pensar, uma vez que consistiam numa série de conceitos prontos e acabados. Esse misticismo de caráter finalístico foi superado pelo racionalismo moderno, o qual, em tese, possibilitaria uma reanálise conceitual constante e, portanto, flexibilizaria a evolução destes. Porém, com o passar tempo, a modernidade; que tinha por objetivo inicial a reanálise e evolução constante de conceitos antes considerados como finalizados; acabou novamente engessando o modo de pensar, desta vez através do uso da razão, construindo novamente respostas pré-determinadas (GIDDENS, 1991).

Tal situação acabou levando alguns autores a repensar o paradigma da modernidade, fazendo surgir assim à teoria do paradigma da pós-modernidade.

Neste prisma, Anthony Giddens (1991, p. 59-60) destaca que "a modernidade não é perturbadora apenas devido à circularidade da razão, mas porque a natureza desta circularidade é decisivamente intrigante", uma vez que o compromisso da razão se fundamenta em nome da própria razão.

O referido autor ainda destaca que a Modernidade se revela de modo enigmático em sua essência, pois "fomos deixados com perguntas que uma vez pareceram ser respostas", ou seja, o que antes se apresentou como solução para as problemáticas evidenciadas na era pré-moderna hoje se apresenta como duvidoso perante a atual modernidade (GIDDENS, 1991, p.60).

Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 76-77) destaca que:

> O paradigma cultural da modernidade constitui-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extinguir-se-á antes de este ultimo deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas promessas como o défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como de vazio ou de crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas, à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.

Em outras palavras, embora o paradigma da Modernidade tenha representado num primeiro momento um grande avanço pela superação do misticismo através da razão, hodiernamente este tem se mostrado insatisfatório, gerando uma sensação de vazio ou crise e fazendo surgir a necessidade de uma transição paradigmática que encontraria espaço numa possível Pós-Modernidade.

De forma consonante, Alain Touraine (2009, p. 100), em sua obra "Crítica da Modernidade", destaca que a principal força da modernidade "se esgota à medida em que as mudanças se intensificam e aumenta a densidade em homens, em capitais, em bens de consumo, em instrumentos de controle social e em armas". O referido autor destaca ainda que este esgotamento é inevitável uma vez que a modernidade se considera não uma nova ordem, mas sim um movimento que tem por objetivo uma "destruição criadora" de conceitos e entendimentos até então postos como absolutos (TOURAINE, 2009)

Zygmunt Bauman (2001, p.10), em sua obra " Modernidade Líquida", utiliza como metáfora a solidez e a fluidez das substâncias para representar o que seria modernidade e pós-modernidade, respectivamente:

> Os tempos modernos encontraram os sólidos pré-modernos em estado avançado de desintegração; e um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derretê-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portanto, administrável.

Partindo da premissa de Bauman, a Modernidade tratou de desconstruir a solidez da pré-modernidade para assim criar uma nova solidez, pretensamente "duradoura" e confiável, que tornaria o mundo previsível e administrável. Cumpre salientar que, conforme o referido autor, a Modernidade, ao romper com o misticismo pré-moderno, acabou por se fundamentar num racionalismo exacerbado (BAUMAN, 2001).

> Os primeiros sólidos a derreter e os primeiros sagrados a profanar eram as lealdades tradicionais, os direitos costumeiros e as obrigações que atavam pés e mãos, impediam os movimentos e restringiam as iniciativas. Para poder construir seriamente uma nova ordem (verdadeiramente sólida!) era necessário primeiro livrar-se do entulho com que a velha ordem sobrecarregava os construtores. "Derreter os sólidos" significava, antes e acima de tudo, eliminar as obrigações 'irrelevantes" que impediam a via do cálculo racional dos efeitos [...]. Por isso mesmo, essa forma de "derreter os sólidos" deixava toda a complexa rede de relações sociais no ar - nua, desprotegida e exposta, impotente para resistir às regras de ação e aos critérios de racionalidade inspirados pelos negócios, quanto mais para competir efetivamente com eles (BAUMAN, 2001, p.10-11).

Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos (2003), afirma que o projeto da Modernidade se cumpriu em excesso, e, igualmente, em faltas irreparáveis. Segundo o referido autor, a relação entre o moderno e o pós-moderno é contraditória, pois não se trata de uma ruptura total como defendem alguns, ou de uma simples continuidade como afirmam outros, mas se trata de uma situação de transição onde em alguns momentos há rupturas e em outros há continuidade, sendo que combinação destes elementos podem variar de acordo com o período ou país que está sendo objeto de análise (SANTOS, 2003).

Numa perspectiva semelhante, Bauman (2001, p. 10) destaca que o objetivo desta transição não deve ser acabar com os sólidos que a modernidade construiu e construir um "admirável mundo novo" isentos de pretensões de solidez para sempre, mas visa, isto sim, "limpar a área para novos e

aperfeiçoados sólidos; para substituir o conjunto herdado de sólidos deficientes e defeituosos por outro conjunto, aperfeiçoado e preferivelmente perfeito […]". Neste mesmo sentido José Isaac Pilati (2015) ressalta que a Pós-Modernidade não deve excluir a modernidade, mas sim transformá-la, renovando práticas jurídicas de mediação de conflitos em massa, cujo as formas contemporâneas de resolução de conflitos não se prestam a solucionar.

A teoria critica pós-moderna é afirmativa na medida em que procura incansavelmente por soluções através da reciclagem das realidades. Prefere correr o risco de ser neutralizada e absorvida do que o de se eximir de encontrar respostas nos imensos arsenais de dominação e manipulação que a modernidade acumulou ao longo dos anos (SANTOS, 2003).

Conforme Pilati (2015, p. 24) ressalta, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88; especialmente após a Emenda Constitucional n° 45 – EC/45; "a pós-modernidade jurídica começa a mostrar a face, na direção de uma construção do ordenamento jurídico, no Brasil". A nova noção de soberania (com)partilhada com a Sociedade, aliada aos direitos sociais, à função social, à uma nova política judiciária, bem como a todos os novos conceitos, pressupostos, e categorias que surgiram com o advento da CRFB/88 e com a EC/45, apontam para uma "reconstrução do sistema jurídico para fazer frente a uma nova complexidade" que passa a surgir (PILATI, 2015, p.24).

Cumpre salientar que a Pós-Modernidade jurídica não se trata de uma proclamação de direitos ou de um conjunto sem utilidade de princípios hermenêuticos pertencentes à Modernidade, mas sim de uma nova prática legitimada pela constituição que anseia em operar uma nova teoria jurídica. Teoria esta que seja capaz de redefinir objetos, sujeitos, e processos, e, ao mesmo tempo, abrir espaço para a criação de novas práticas jurídicas em favor da tricotomia Estado-Individuo-Sociedade, reintroduzindo na mediação do direito a dimensão coletiva (PILATI, 2015).

Nesta perspectiva, pretende-se chamar atenção para o atual modelo do processo civil. Em linhas gerais, após todas as reformas liberais, sociais e neoliberais experimentadas ao longo da Modernidade, o processo é visto hoje sob uma perspectiva socializadora, como um instrumento estatal que tem por objetivo a pacificação social. Entretanto, conforme Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 98) destaca, é importante lembrar que o único aspecto da socialização processual que se implementou no Brasil após todas estas reformas processuais foi o de "reforçar o papel da magistratura e a credulidade de sua superioridade, ao se partir de um suposto privilégio cognitivo, que encontra suas bases no âmbito da teoria do processo" (NUNES, 2012, p.98).

Hodiernamente as sociedades modernas tem gerado um número expressivo de demandas judiciais, pois até as questões mais simples acabam sendo judicializadas. Essa tendência à uma hiperjudicialização dos conflitos acaba abarrotando o Poder Judiciário, e, consequentemente, gera maior morosidade na prestação jurisdicional (PORTO, 2016). Diante de tal situação foi promulgada a Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015, popularmente conhecida como “Novo Código de Processo Civil”, o qual surgiu com o objetivo de ser uma resposta para esta "morosidade da prestação jurisdicional" (PORTO, 2016, p.47).

Faz-se necessário destacar de antemão que a nova codificação não será capaz de sozinha resolver o problema da hiperjudicialização nas sociedades contemporâneas. Não é o método de processamento dos litígios a única causa responsável pela morosidade da prestação jurisdicional. Existem outros diversos fatores que contribuem para o agravamento desta situação, fatores este de natureza conjuntural, humana, de conveniência ideológica, entre outros. Segundo Sérgio Gilberto Porto (2016, p. 48), no momento “enfrentamos uma eloquente desumanização do processo judicial e brutais contradições no comportamento da comunidade jurídica, pois não há, [...] compromisso incondicionado com a busca da solução dos conflitos de interesse e pacificação social”.

Acerca da busca pela celeridade processual, Fredie Didier Junior et al. (2016) destaca que tal preocupação foi fomentada por um movimento em busca da efetividade do processo, partindo do entendimento de que uma prestação jurisdicional tardia representaria uma outra forma de injustiça. O referido autor ressalta ainda que a demora na resolução de um litígio implica em um prejuízo a todos litigantes. Autor e réu acabam perdendo em razão do injustificado prolongamento da lide, de modo que o dano gerado aos litigantes não decorre da derrota em relação à pretensão deduzida, mas sim de um "dano marginal", que pode aqui ser entendido como "aquele que sofrem os litigantes em razão de deficiências na tramitação dos processos [...]" (DIDIER JUNIOR, et al., 2016, p.77).

Neste prisma, o supracitado autor complementa seu raciocínio afirmando que:

> De fato, ao dormitar pelo judiciário, a falta de solução torna-se uma "pendência"de vida, gerando incerteza sobre como aquela relação jurídica controversa será desenhada e definida judicialmente, quais os contornos da responsabilidade das partes a respeitos, a repercussão patrimonial ou pessoal que uma solução futura terá, dentro outras consideração que podem influenciar decisões de vida sobre mudança de domicílio, fazer uma viagem, comprar um imóvel, pagar uma dívida, etc. Como dizia Carnelutti, se a lide é uma doença social, tem que ser curada rapidamente. "Quanto menos dura a doença, mais é vantajoso para a sociedade" (DIDIER JUNIOR, et al., 2016, p.77).

De outro modo, acerca do princípio da função social do processo, o artigo 8° da Lei 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, é claro ao prever que:

> Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência (BRASIL, 2016b).

É possível perceber que o Novo Código de Processo Civil tratou de reforçar ainda mais a função social do processo como elemento de suma importância a ser observado pelos juízes. Mas eis que surge o seguinte questionamento: o que pode ser compreendido por função social do processo?

Conforme preceitua Pilati (2012, p. 76) o conceito de função social, dentre outros aspectos pressupõe:

> [...] a autonomia política, jurídica e (extra) patrimonial do coletivo: sujeito próprio (a coletividade), autonomia dos bens respectivos (da coletividade e não do Estado como pessoa jurídica separada da população), soberania de leis participativas (distintas das leis representativas do Parlamento) e tutela jurídica com especificidade própria (na dimensão de ágora). [...] É categoria de soberania participativa.

De acordo com Stênio Rolim de Oliveira e Francysco Pablo Feitosa Gonçalves (2016), o processo possui uma importante função social na medida em que tem o potencial para ser um importante instrumento de pacificação e manutenção da organização, estabilidade e coerência, os quais são elementos essenciais à Sociedade. Segundo os referidos autores, se faz necessário destacar que a "atuação do Estado-juiz tem por finalidade precípua a pacificação social, ela deve se desenrolar de forma a que as decisões proferidas, [...] satisfaçam as concepções sociais de justiça" (OLIVEIRA; GONÇALVES, 2016, p.6-7).

Diante de todo o exposto até o presente momento, pode se observar que, dentre diversos entendimentos, o princípio da função social do processo visa assegurar que as concepções sociais de justiça sejam satisfeitas para que assim o processo possa cumprir o seu principal objetivo, o de instrumento eficaz de pacificação social.

3 A Teoria da Audiência Pública e Sua Aplicação na Resolução dos Conflitos de Ordem Coletiva

Dentre as principais inovações da CRFB/1988, pode-se destacar a premissa máxima insculpida no artigo 1°, parágrafo único, que estabelece que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição" (BRASIL, 2016a).

Segundo Pilati (2015, p. 24-25) no momento em que tal premissa foi inserida na atual constituição, se operou uma mudança radical de compartilhamento da soberania estatal com a Sociedade e abriu-se espaço para a criação de novas formas de produção do Direito, pois possibilitou à Sociedade “a participação direta em leis, em processos administrativos e judiciais, em outros atos, seja por audiência pública e consulta pública, seja por outros instrumentos de participação”.

Neste sentido cabe destacar que a audiência pública, ao contrário do que se pode pensar, não se trata de mera consulta pública, mas sim de um "processo de deliberação que se conclui como decisão coletivamente construída pelos condôminos do objeto" (PILATI, 2015, p.49). Cabe destacar também que a audiência pública é um processo convocado e presidido por uma autoridade competente que ocorre com a participação dos titulares de um bem coletivo, que atuam como sujeitos de direito num espaço onde ninguém pode dispor individualmente deste bem, de forma que a decisão precisa ser construída coletivamente e observando os interesses dos titulares do bem. Logo, a audiência pública possui efeito de criação de direito coletivo através da participação direta e efetiva da sociedade, sendo que o papel do juiz neste caso se resume em convocar, coordenar, interrogar e homologar, ou não, a decisão coletiva (PILATI, 2015).

Segundo Maria Helena Backes (2014, p. 16), sob o prisma constitucional é possível caracterizar as audiências públicas como "[...] instrumentos processuais fundados no caráter democrático, estabelecido pela atual Constituição Federal que prevê, de forma plural, a participação da sociedade civil na formação do Estado". A autora supracitada destaca que, do ponto de vista processual-finalístico, as audiências públicas são:

> [...] instrumentos que auxiliam a tomada de decisões, permitindo o diálogo entre a autoridade que decide e a sociedade que conhece as peculiaridades do objeto da decisão, seja pela expertise na área, seja por seu sujeito direto ou indireto dos efeitos da decisão que seguirá, uma vez que sua condução se dá, necessariamente, pela oralidade e é pautada pela elevada transparência, atribuindo maior substrato factual para a autoridade que decide, além de ampliar a legitimidade dessa decisão (BACKES, 2014, p.16).

Tal entendimento é fruto de um novo paradigma estabelecido pela atual Constituição Federal, que inova ao ampliar o rol de direitos sociais e coletivos, reconhece um novo conceito de Estado através da lógica democrática e transforma a base do ordenamento jurídico (BACKES,

2014). De forma consonante, José Miguel Garcia Medina, Alexandre Freire e Alonso Freire (2016) apontam que a audiência pública tem como exigência a convocação de pessoas com experiência e autoridade no objeto de seu interesse, a fim de esclarecer determinadas questões técnicas, políticas, jurídicas, administrativas e econômicas, bem como para promover a aplicação de uma jurisdição constitucional mais democrática.

A audiência pública, quando realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, é concebida como instrumento técnico para esclarecimento de matéria controvertida que se encontre distante dos conhecimentos jurídicos, resultando num espaço de ampliação da legitimidade das decisões proferidas pela Suprema Corte (MEDINA; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso, 2016).

As primeiras audiências públicas realizadas pelo STF tinham por objetivo a busca de informações técnicas para subsidiar o entendimento dos Ministros para posterior resolução do litígio sob analise. Assim, a prioridade da audiência pública neste primeiro momento foi a convocação de profissionais da sociedade civil bem como dos setores governamentais diretamente envolvidos no assunto e que comungam de conhecimento a respeito deste (SILVA; AJOUZ, 2013, p.135).

No que diz respeito ao aspecto normativo, o fundamento constitucional para a realização das audiências públicas está previsto no artigo 58, §2°, II da CRFB/88, que estabelece que:

> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. [...] § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: [...] II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil [...] (BRASIL, 2016a)

.

Neste sentido, cumpre salientar que, ainda que não exista previsão constitucional para a realização das audiências públicas no âmbito do Poder Judiciário, a interpretação extensiva do dispositivo constitucional supracitado, somado ao princípio democrático, permitem a conclusão de que a aplicação deste instituto se estende além do Poder Legislativo, abrangendo agências reguladoras e o Poder Judiciário (LACOMBE; LEGALE; JOHANN, 2014).

Ademais, embora não haja regulamentação em pormenores, nem previsão constitucional para a aplicação da audiência pública no âmbito do Poder Judiciário, hodiernamente, esta encontra fundamentação infraconstitucional na Lei n° 9.868/99; que dispõe sobre o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade; e na Lei n° 9.882/99; que se dispõe sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (BRASIL, 2016c; BRASIL, 2016d).

No entanto, as audiências públicas realizadas no âmbito do Poder Judiciário possuem finalidade distinta daquelas realizadas pela administração pública em qualquer uma das casas do Congresso Nacional no âmbito do processo legislativo, uma vez que não tem por objetivo dar publicidade ao processo; mesmo porque este já é público; muito menos subsidiar uma decisão político-governamental (SILVEIRA, 2010). É possível afirmar que as inovações trazidas pelas leis supracitadas representam uma contribuição para a interpretação pluralista da Constituição na medida em que estas possibilitam que experts e pessoas interessadas da sociedade se convertam em verdadeiros "interpretes do direito estatal, o que torna pluralista o processo de formação e de desenvolvimento posterior dessa decisão, por meio da democracia e de uma hermenêutica constitucional que propiciam uma mediação específica entre Estado e sociedade" (PRADO E SILVA; SANTOS; PAULINO, 2015, p.243).

Cabe destacar que, em que pese a interpretação extensiva que estende à esfera do Poder Judiciário a realização de audiências públicas, atualmente a realização de audiências públicas no

Judiciário se restringe ao STF, e carecendo de regulamentação nas demais instâncias do Poder Judiciário (PRADO E SILVA; SANTOS; PAULINO, 2015, p.244).

Além disso, a partir de uma análise das audiências públicas realizadas até o presente momento no STF, é possível perceber que não há ampla participação popular, visto que a restrição à "pessoas com autoridade e experiência no tema" representa um filtro que delimita quais indivíduos poderão participar, o que acaba limitando a participação apenas à comunidade científica. Deste modo, os movimentos populares e a sociedade civil são alocados em uma posição secundária devido a primazia do argumento tecnocrático sobre o democrático (PRADO E SILVA; SANTOS; PAULINO, 2015, p.243).

José Isaac Pilati (2015, p. 50-51) ainda destaca que a emergência das audiências públicas como foro para a resolução de conflitos coletivos expressa a falência de um paradigma processual moderno, de teor individualista e representativo, e aponta para o alvorecer de uma nova realidade jurisdicional:

> A inegável inserção constitucional da participação política no Brasil, e consequentemente, da audiência pública como instrumento processual de solução dos conflitos de massa nos tempos contemporâneos, é resultado direto da falência do modelo individualista de jurisdição, inspirado nas codificações que se estampam no Código Civil, na CLT, no Código de Processo Civil. O surgimento de outras vias alternativas de solução de controvérsia, como a mediação e a arbitragem, é sintoma dessa realidade de transição paradigmática.

Nesse viés, a audiência pública exige o contexto de democracia direta, uma vez que representa a soberania da sociedade, tratando-se de um instrumento de iure constituendo (em que se constrói direito novo para a espécie) mais do que de iure constituto (em que mais se interpretam leis preexistentes) (PILATI, 2015). Ainda que as Audiências Públicas sejam originárias das funções estatais administrativas e legislativas, é importante salientar também que elas devem ser constituídas a partir da possibilidade de participação social e baseadas no caráter de pluralidade democrática apresentado pela CRFB/88 (BACKES, 2014).

Portanto, é possível identificar o instituto jurídico da audiência pública como um instrumento processual de caráter pós-moderno, o qual pode ser utilizado como uma alternativa apta a solucionar a atual "crise do Poder Judiciário", ao menos no que tange aos assuntos de ordem coletiva, pois trata-se de uma via jurisdicional que demanda uma participação democrática e de teor deliberativo.

4 A Arbitragem Sob o Prisma do Novo CPC e Sua Aplicação na Resolução Dos Conflitos Individuais

Hodiernamente o significado de "acesso à justiça" tem sido constantemente limitado ao simples acesso ao Poder Judiciário. Porém, diante do número expressivo de demandas que tem contribuído para a morosidade da prestação jurisdicional, entende-se que há a necessidade de se ampliar o significado desta expressão no intuito de abranger também outras formas de solução de conflitos, tanto adjudicatórias como autocompositivas (CAHALI; RODOVALHO; FREIRE, 2016, p.133).

O acesso à justiça está amplamente vinculado ao binômio possibilidade-viabilidade de acessar o sistema jurídico em igualdade de condições, sendo que tal prerrogativa foi conquistada democraticamente como um dos mais básicos dos direitos humanos. Sob este prisma, José Luiz Bolzan de Morais e Fabiana Marion Spengler (2008, p. 31) afirmam que o acesso à justiça também esta vinculado com a:

> [...] busca da tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos. Esta preocupação evidencia a permanente busca pela efetividade do Direito e da Justiça no caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito. É só assim que se estará efetivando a chamada Justiça Social, expressão da tentativa de adicionar ao Estado de direito uma dimensão social.

Atualmente há inúmeros fatores que comprometem e obstruem o acesso à justiça. Dentre eles podem se destacar as limitações jurídicas como a *legitimatio ad causam ativa*, que é estritamente individividualista e se restringe a dar a cada um aquilo que é seu, não mantendo uma visão solidária que procura encontrar soluções condizentes com os interesses dos litigantes (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.32-33).

Neste sentido, se faz necessário salientar que a função jurisdicional, que é comumente vinculada à ideia de "dizer o direito" na fase cognição do processo ou quando necessário executá-lo de modo coercitivo, deve ser compreendida de maneira mais ampla que a simples formulação da norma jurídica concreta a partir da lei abstrata. A função jurisdicional no processo civil tem como finalidade assegurar que o juiz é garantidor além dos direitos individuais, também dos direitos fundamentais de natureza coletiva, pública e social (CAHALI; RODOVALHO; FREIRE, 2016, p.134).

Neste prisma, é possível levantar os seguintes questionamentos: o Estado-juiz é o único sujeito apto a titularizar tal função? A arbitragem, tal como é hoje, não estaria incluída entre os objetivos da jurisdição?

No intuito de responder tais indagações, Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho, e Alexandre Freire (2016, p. 134), discorrem o seguinte :

> Sabe-se que a via arbitral será sempre mais adequada quanto maior for interesse das partes em dirimir o conflito de maneira eficiente, com o fim de dar continuidade à relação jurídica existente entre elas. Isso ocorre, muito frequentemente, em litígios entre sociedades comerciais, cujas relações são continuadas e onde há interesse em que as divergências sejam solucionadas por um expert de maneira a permitir o rápido prosseguimento das atividades econômicas praticadas. Neste ponto, o instituto não se distancia do processo judicial, eis que cumpre o mesmo objetivo jurisdicional, iluminado pelo objetivo de tutelar direitos e solucionar conflitos, na perspectiva contemporânea de acesso a justiça.

De acordo com os autores supracitados, o juiz não é o único sujeito apto a exercer a função jurisdicional de garantidor de direitos, podendo a arbitragem também ser utilizada como instrumento apto para a resolução de conflitos e para a tutela de direitos, contribuindo para a solução da presente crise evidenciada no Poder Judiciário devido ao numero excessivo de demandas (CAHALI; RODOVALHO; FREIRE, 2016).

Ao contrário da audiência pública que possui uma natureza especifica para resolução dos conflitos coletivos, a arbitragem possui um caráter individual, ou seja, sua aplicação é mais voltada para a resolução de conflitos individuais. Dentre diversos conceitos pode se afirmar que a arbitragem se trata de uma técnica que tem por objetivo solucionar o interesse de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sendo que o objeto da lide necessariamente precisa ser disponível para as partes, isto é, não pode versar sobre direitos indisponíveis ou de ordem pública ou coletiva (GUILHERME, 2014).

Ao se analisar o instituto da arbitragem como estratégia de tratamento de controvérsias, é primordial compreender as suas origens junto ao processo civil romano do período clássico, denominado como ordo iudiciorum privatorum, pois o "o árbitro moderno é figura análoga ao juiz privado romano (iudex), e o compromisso arbitral, a atual roupagem da litis contestatio" (MORAIS; SPENGLER, 2008, p.168). No período clássico, Roma não intervinha na resolução dos litígios através de um magistrado responsável por resolver a causa, mas reservava aos particulares a incumbencia de solucionar as controvérsias da vida quotidiana (MORAIS; SPENGLER, 2008).

José Isaac Pilati (2015, p. 81) destaca que o pretor romano ouvia as partes, indicava os limites da lide, e elaborava o roteiro dos procedimentos a serem seguidos, em seguida nomeando um *iudex* ou *arbitri* particular para colher as provas e decidir o litígio.

> O processo, assim, corria em duas fases: perante o pretor (in iure), o qual elaborava a fórmula; perante o juiz ou árbitros (apud iudicem), os quais colhiam as provas e sentenciavam, devolvendo o caso à execução, ante o pretor. Assim, era um Judiciário que não congestionava, em face do grande número de cidadãos que podiam ser nomeados às causas; e por outro lado, era uma jurisdição que se mantinha próxima da aspiração e do pensamento da coletividade, haja vista serem os próprios cidadãos os delegados da autoridade jurisdicional que haviam elegido (PILATI, 2012, p.81).

Embora muitos autores considerem o direito romano como sendo eminentemente privado, José Isaac Pilati (2012), ao analisar o instituto da Jurisdição Delegada, ressalta a natureza publicista de tal instituto, pois permitia ao pretor delegar a atribuição jurisdicional a um particular para que este decidisse o litígio das partes, possibilitando que um grande número de cidadãos fossem nomeados a julgar os litígios das partes.

Entretanto, com o passar do tempo, o "Estado" Romano passou a regular e controlar o método privado de tratamento litígios até o ponto em que o assumiu por completo. Deste modo, é possível perceber que, em sua origem, o direito processual romano era eminentemente privado, porém com o tempo acabou evoluindo para uma estrutura estatal de ordem pública (MORAIS; SPENGLER, 2008).

No Brasil, o instituto da arbitragem teve uma trajetória semelhante. Inicialmente possuía grande força e era frequentemente utilizado para a resolução de conflitos, porém, com o passar dos anos, foi esquecido e teve um papel marginal no âmbito jurisdicional brasileiro. Contudo, a Lei n° 9.307/96 promete resgatar o protagonismo da arbitragem, visando a correção dos principais pontos que acarretaram em seu enfraquecimento e desuso, adequando-a conforme os novos padrões contemporâneos (MORAIS; SPENGLER, 2008).

A referida lei de arbitragem em seu artigo 1°, "caput", estabelece que poderão se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos patrimoniais disponíveis, aqueles que, segundo a lei, são considerados pessoas capazes para contratar (BRASIL, 2016e). Já o Artigo 2° da referida lei, disciplina o seguinte:

> 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.
> § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
> § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (BRASIL, 2016e).

Faz-se necessário destacar também que a decisão do arbitro sobre o objeto em lide possui os mesmos efeitos que uma sentença proferida por um juiz, pois, conforme o artigo 18, da Lei n° 9.307/96, o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença proferida por ele não está sujeita a homologação ou recurso pelo judiciário (BRASIL, 2016e). Assim, ao decidir sobre o conflito, o árbitro judicial exerce um poder que lhe foi delegado espontaneamente pelas partes em litígio. Estas, em comum acordo, dispõem livremente de sua autonomia e delegam a competência jurisdicional para uma ou mais pessoas decidam em seu nome. Ou seja, trata-se de uma convenção privada na qual o arbitro não está investido de função estatal (GUILHERME, 2014).

No ano de 2015 foi publicada a lei n° 13.129, que alterou alguns dispositivos da lei de arbitragem e ampliou ainda mais a sua aplicação. Dentre as principais inovações, destaca-se a possibilidade da Administração Pública se utilizar da arbitragem para dirimir determinados conflitos (BRASIL, 2016f).

Ademais, é interessante destacar que, a exemplo de Thomas Hobbes (2014, p. 126), alguns autores consideram a arbitragem como um instrumento apto à aplicação da justiça distributiva que, segundo o clássico, seria a aplicação da verdadeira justiça:

> Chamamos justiça distributiva a que é exercida por um árbitro, isto é, o ato daquele que define o que é justo. Se o árbitro, recebendo a confiança daqueles que o escolheram, corresponder à confiança nele depositada, dizemos que praticou justiça distributiva, dando a cada um o que lhe era devido. Essa é uma distribuição justa. Equidade seria o nome mais apropriado para essa justiça, que é, também, uma lei natural [...].

Acerca da arbitragem há ainda dois pontos que merecem grande destaque: a cláusula compromissória ou cláusula arbitral e o compromisso arbitral.

A primeira se dá quando as partes, ao firmarem um contrato, estabelecem uma cláusula determinando que no caso de haver um futuro conflito entre elas este será resolvido através da arbitragem. Cabe ressaltar que tal cláusula é autônoma ao próprio contrato firmado entre as partes, de modo que, mesmo que seja declarado a nulidade ou vícios no contrato, esta não será necessariamente declarada nula (GUILHERME, 2014).

O segundo ponto a ser destacado é o compromisso arbitral, que ocorre quando as partes renunciam a jurisdição estatal e submetem o seu conflito atual à apreciação e decisão de um árbitro ou tribunal arbitral por eles indicados. O compromisso arbitral pode ser antecedido ou não por uma cláusula arbitral, pois pode ser derivado de um contrato prévio que continha a cláusula arbitral ou de uma situação inesperada que gerou um conflito entre as partes, sendo que estas, de comum acordo, aceitaram resolve-lo através da arbitragem. Destaca-se que o compromisso arbitral é mais antigo que a cláusula arbitral, pois o mesmo já era utilizado desde a Roma antiga por ser considerado como uma forma mais justa de resolução dos conflitos (GUILHERME, 2014, p.81).

Resta salientar que o Novo Código de Processo Civil, dentre as inúmeras inovações que trouxe ao longo de seu texto, em seu artigo 3º é marcado pela absorção da garantia constitucional do

livre acesso ao Judiciário; prevista no artigo 5°, XXXV da CRFB/88; e pelo reconhecimento de outras modalidades de resolução de conflitos, dentre elas a arbitragem.

> Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
> §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
> §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
> §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2016b).

O §1° do supracitado artigo 3°, possui dois propósitos distintos, sendo um deles ostensivo e outro simbólico. O propósito ostensivo tem por objetivo demonstrar que o processo arbitral se submete a um microssistema jurídico próprio, tendo o Código de Processo Civil aplicação subsidiaria. Por outro lado, o propósito simbólico tem por objetivo relacionar a arbitragem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, evitando discussões sobre o mérito da sentença arbitral (DIDIER JUNIOR, 2013).

Neste sentido, o novo código, ao reconhecer expressamente a arbitragem como instrumento apto para resolução de litígios, reconhece concomitantemente que esta é também uma das formas de se concretizar o princípio da jurisdição, que no Brasil é considerado inafastável e universal, e também que há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC, e outra a jurisdição civil de caráter arbitral, regulada por dispositivo normativo próprio (DIDIER JUNIOR, 2013).

Diante de todo o exposto, é possível identificar a arbitragem como um instrumento apto para a resolução de litígios individuais de caráter pós-moderno, uma vez que concede poderes para que particulares decidam sobre o litígio das partes, podendo para tanto também ser considerada como uma das soluções para a atual crise evidenciada no judiciário.

5 Considerações Finais

O presente estudo buscou inicialmente verificar o significado da função social do processo sob a perspectiva do paradigma da Pós-Modernidade, com a finalidade de identificar possíveis soluções para atual crise evidenciada no Poder Judiciário.

A pesquisa também dedicou-se a observar os institutos jurídicos da Audiência Pública e da Arbitragem, pressupondo que estes representam instrumentos pós-modernos de resolução de conflitos, respectivamente, no plano coletivo e no individual respectivamente, pois possibilitam a participação popular no processo de tomada de decisão.

Deste modo, é possível afirmar que os institutos jurídicos da Audiência Pública e a Arbitragem podem contribuir com a superação da atual crise evidenciada no Poder Judiciário; decorrente de um paradigma processual de cunho individualistas, abstrato e que se opera no plano representativo; uma vez que ambos possibilitam a participação popular nos moldes de uma democracia deliberativa, conforme prevê o parágrafo único do artigo 1° da CRFB/88.

Destaca-se ainda a importância da continuidade de pesquisas sobre a democratização do processo judicial diante da evidência de um novo paradigma jurídico, de teor pós-moderno, exigindo para tanto múltiplos olhares e diferentes perspectivas a fim de se chegar a um consenso acerca desta nova dimensão jurisdicional.

Por fim, é necessário salientar o entendimento dos autores de que o presente estudo não pode ser considerado como finalizado, mas deve servir como subsídio para futuras pesquisas e debates.

Referências:

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BACKES, Maria Helena. *A Audiência Pública Jurisdicional no Estado constitucional:* uma análise crítica das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal. – 2014. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 de out.2016a.

_____. *Código de Processo Civil*. Brasília: 2015. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2016b.

_____. *Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2016c.

_____. *Lei n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Brasília: 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2016d.

_____. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe Sobre a Arbitragem. Brasília: 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 01 de novembro de 2016e.

_____. *Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos 70
casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2016f.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem:* estudos sobre a lei n. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. *Normas Fundamentais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v.8). Salvador: Juspodvm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A arbitragem no novo Código de Processo Civil (versão da Câmara dos Deputados, dep. Paulo Teixeira). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, Ano 79, n° 4°, p.73-81, (outubro/dezembro), 2013.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*. 3. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 12.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. A Audiência Pública tornou-se Instrumento de Legitimidade. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2013-jul-04/audiencias-publicas-tornaram-stf-instrumento-legitimidade-popular?imprimir=1>. Acesso em: 04 de novembro de 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem:* alternativas à jurisdição!. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático:* uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

PILATI. José Isaac. *Digesto de Justiniano:* livro segundo: jurisdição. Florianópolis: Ed. da UFSC; FUNJAB, 2013.

_____. *Audiência Pública na Justiça do Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris,2012.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania Processual:* processo constitucional e o novo processo civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

PRADO E SILVA, Laís Sales do; SANTOS G., Murillo; PAULINO, Vírginia Juliane Adami. Audiências públicas: histórico, conceito, características e estudo de caso. A&C: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 15, n. 62, (outubro/dezembro.2015) Belo Horizonte: Fórum, 2015.

ROCHA, Caio Cesar Vieira (Coord.); SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.). *Arbitragem e Mediação:* a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVEIRA, Flavio Pavlov da. *A Audiência Pública como um Instrumento Indutor do modelo de Democracia Deliberativo-Procedimental de Jürgen Habermas.* 2010. 163 f.. Dissertação (Mestrado) - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus de Santo Ângelo, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-graduação em Direito, Santo Ângelo, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice:* o social e o político na pós-modernidade. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.

TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

VIEIRA, Reginaldo de Souza. *A Cidadania na República Participativa:* pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os conselhos de saúde. 2013. 540 f.. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2013.

ACESSO À JUSTIÇA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA A PARTIR DA PERSPECTIVA DE CAPPELLETTI E GARTH EM TEMPOS DE MUNDIALIZAÇÃO DO DIREITO

Dra. Valéria Ribas do Nascimento,
Pós-doutorado em andamento na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), com período de pesquisa na "Universidad de Sevilla" (US); Mestre em Direito Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC); Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSM; Professora Adjunta do Departamento de Direito da UFSM. Coordenadora do Núcleo do Direito Constitucional (NDC) da UFSM, com bolsa de fomento do CNPQ/CAPES Edital Chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES n.º 07/2011. E-mail: valribas@terra.com.br

Thaís Bordin Anelli.
Advogada. Mestrado em andamento pelo Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), com Bolsa de fomento CAPES. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Pesquisadora Integrante do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da UFSM. E-mail: thaisanelli@hotmail.com

Resumo:

Ao se vivenciar o fenômeno da mundialização do direito, no qual experiências globais são constantemente compartilhadas, as dificuldades de acesso à justiça também são comuns. Logo, a presente pesquisa tem por objetivo investigar as seguintes problemáticas: o que de fato representa o termo ‘‘acesso à justiça’’? Quais os obstáculos que devem ser enfrentados para o efetivo acesso à justiça? E quais as soluções práticas para o enfrentamento dos problemas desse acesso? Assim, buscam-se essas respostas pela abordagem hermenêutica- fenomenológica, pois nela há observação de soluções através dos fatos da realidade, superando-se as digressões meramente teóricas. Utiliza-se ainda, o método de procedimento de revisão bibliográfica, em especial de livros, artigos científicos, *sites* oficiais de Estado e legislação pertinente, a fim de que se encontrem explicações sobre a atual situação do acesso à justiça, no Brasil. O marco teórico da pesquisa pauta-se nas lições de Mauro Cappelletti, Bryant Garth, Boaventura de Sousa Santos, Jullie Allard, Antoine Garapon, entre outros. O estudo identifica as barreiras de acesso ao Poder Judiciário, bem como apresenta as possíveis soluções e, ainda, infere um alerta sobre os limites dessas saídas para o caminhar à justiça. A pesquisa tem como conclusão de que as saídas não devem ser executadas de modo isolado e sim conjuntamente para ter efetivo resultado de acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Estado brasileiro. mundialização do direito.

ACCESS TO JUSTICE: THE BRAZILIAN EXPERIENCE FROM THE PERSPECTIVE OF CAPPELLETTI AND GARTH IN TIMES OF GLOBALIZATION OF THE LAW

Abstract:

When experiencing the phenomenon of the globalization of law, in which global experiences are constantly shared, the difficulties of access to justice are also common. Therefore, the present research aims to investigate the following problems: what does the term "access to justice" actually represent? What obstacles must be faced for effective access to justice? And what practical solutions to the problems of access? Thus, these responses are sought through the hermeneutic-phenomenological approach, since in it there is observation of solutions through the facts of reality, surpassing the purely theoretical digressions. The bibliographic review procedure, especially of books, scientific articles, official State websites and relevant legislation, is also used to explain the current situation of access to justice in Brazil. The theoretical framework of the research is based on the lessons of Mauro Cappelletti, Bryant Garth, Boaventura de Sousa Santos, Jullie Allard, Antoine Garapon, among others. The study identifies the barriers to access to the Judiciary, as well as presents the possible solutions and also infers an alert about the limits of these exits to the path to justice. The research concludes that exits should not be carried out in isolation, but jointly to have an effective result of access to justice.

Key words: Access to justice. Brazilian state. globalization of law.

1 Introdução

Em tempos de mundialização do direito, no qual há maior interação entre Cortes Supremas, Estados e povos. As consequências de problemas mundiais são sentidas em muitos pontos do globo, ainda que distâncias em quilômetros os separem. Essa movimentação de povos, Estados e Cortes judiciais estabelece a troca de experiências de um direito sem fronteiras. Desse modo, o assunto de acesso à justiça, englobando-se todos os empecilhos envolvidos, pode ser tratado pelo direito de Norte, Sul, Leste e Oeste desse mundo.

Então, da necessidade de se explorar com mais detalhes as discussões acerca da temática de acesso à justiça, busca-se as lições do italiano Mauro Cappelletti e do americano Bryant Garth para se responder a alguns questionamentos: 1. O que de fato representa o termo “acesso à justiça”? 2. Quais os obstáculos que devem ser enfrentados para o efetivo acesso à justiça? 3. E quais as soluções práticas para os problemas do acesso à justiça?

Assim, no intuito de abordar as respostas às questões acima é que se dedicam as linhas que seguem na presente investigação. Para isso, especificando-se a metodologia empregada no trabalho, optou-se pela abordagem hermenêutica-fenomenológica, pois essa abordagem se dá pela inserção do intérprete no contexto dos fatos, para obtenção de sentido, de compreensão. E o método de procedimento eleito é o da revisão bibliográfica, em especial de livros, artigos científicos, *sites* oficiais de Estado e legislação pertinente.

A presente pesquisa está dividida em três partes. A primeira refere-se aos obstáculos que dificultam/impedem o caminhar para o acesso à justiça, explicitando-se qual o significado do termo acesso à justiça. Na segunda parte, são elencadas algumas soluções práticas para a retomada do

caminhar em direção ao acesso à justiça. A terceira e última fase da pesquisa são debatidas as limitações e riscos do enfoque de acesso à justiça: pela reflexão da oposição tradicional à inovação.

E passadas as explicações de pesquisa, debruça-se, então, sobre o tema de acesso à justiça.

2 Os Obstáculos que Dificultam/Impedem o Caminhar Para o Acesso à Justiça

A relevância do assunto em comento está sobretudo pautada em uma premissa essencial: de nada adiante se ter a titularidade de direitos (e deveres), se não se pode acessá-los. Como bem explicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth, "a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 11).

Logo, ao responder o primeiro questionamento da pesquisa, tem-se que o acesso à justiça pode ser interpretado como um "requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar o direito de todos" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 12).

Cuida-se ainda, que o termo acesso à justiça é de difícil conceituação, mas é possível que se estabeleçam duas significações. A primeira é que o sistema jurídico deve ser acessível a todos, já a segunda refere-se ao resultado. O acesso à justiça, na segunda vertente está interligado à obtenção de um resultado justo. Nesses termos, "deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 8).

O enfoque que se quer dar neste estudo está atrelado ao primeiro significado, desse modo, pretende-se delinear quais são os problemas de acesso à justiça na sociedade contemporânea, a partir dos impedimentos que se tem para chegar ao sistema jurídico.

E para responder à segunda pergunta (Quais os obstáculos que devem ser enfrentados para o efetivo acesso à justiça?), passa-se a apontar três desses empecilhos de trajeto, conforme prelecionam Mauro Cappelletti e Bryant Garth. São eles: custas judiciais elevadas; possibilidade das partes; problemas especiais dos interesses difusos.

O obstáculo inaugural refere-se ao valor das custas judiciais. Essas taxas são elevadíssimas e, muitas vezes, tornam-se a razão para não ingresso de ação perante o Poder Judiciário, vez que as partes não podem suportar tais valores.

Para se ter noção do elevado valor das custas judicias, no Estado do Rio Grande do Sul, o valor de alçada das ações de conhecimento, execução, cautelares, embargos de devedor, ações criminais (dentre outras) está estipulado em R$ 8.647,50, de vigência de janeiro de 2017 (RIO GRANDE DO SUL, 2014, s/p).

Ou seja, a monta que a parte deve desprender é frequentemente levada em consideração para se acessar (ou não) à justiça, já que esse valor é tão alto. Ressalta-se que o valor de alçada é definido pela Taxa Única dos Serviços Judiciais, que "abrange todos os atos processuais, inclusive os relativos aos serviços de distribuidor, contador, partidor, escrivão e oficial de justiça", conforme indica a legislação estadual gaúcha, Lei n. 14.634, de 15 de dezembro de 2014, em seu artigo segundo (RIO GRANDE DO SUL, 2014, s/p).

Além disso, superada a fase do ingresso da ação, em muitos sistemas jurídicos, como no caso do brasileiro, há o instituto da sucumbência. Esses honorários sucumbências agravam ainda mais a situação de desproporcionalidade das custas. Pois, aquele que perde no litígio, deve arcar com os honorários dos advogados da parte adversa, são os conhecidos "honorários do perdedor". "A penalidade para o vencido em países que adotam o princípio da sucumbência é aproximadamente

duas vezes maior – ele pagará os custos de ambas as partes" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 17).

A segunda barreira do acesso à justiça é a possibilidade das partes. Em outras palavras, esse termo envolve as qualificações dos sujeitos em um litígio. Essas características de cada parte já condicionam vantagens ou desvantagens na corrida de acesso ao Poder Judiciário.

Em obra sobre os juízes legisladores, Mauro Cappelletti também adverte sobre essas disparidades das partes, nos seguintes termos: "o acesso ao processo judiciário é cheio de obstáculos e dificuldades de toda natureza, de modo a tornar, frequentemente pouco 'iguais' as chances das partes" (CAPPELLETTI, 1993, p. 100).

Então, uma das características consideradas como vantagens das partes é conexa aos recursos financeiros (ligando-se ao primeiro empecilho do valor das custas). Assim, "pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas [...] elas podem pagar para litigar" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 21).

Outra particularidade importante das partes é o conhecimento de cada uma delas. Explica-se, muitas vezes as pessoas nem sabem que são titulares de alguns direitos, ou nem conhecem a existência desses. Isto é o que os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominam de aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 22).

Para esses professores, "num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres" (1988, p. 22-23). Esse impedimento da informação das partes afeta toda a população, como no exemplo de contratos de consumo. Pois, "falta-lhes (para a população) o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 23).

A terceira, e última, adjetivação das partes diz respeito aos "litigantes eventuais" e aos "litigantes habituais". O segundo grupo (os habituais) possuem vantagens claras em face dos primeiros, isso porque eles já "conhecem o caminho de acesso à justiça", pelos seguintes motivos inter-relacionados: 1. Maior experiência com o Direito; 2. Economia de escalas (por estratégias processuais); 3. Diluição de riscos das demandas pelo maior número de casos, dentre outros benefícios (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 25).

Sobre o último dos impedimentos, citam-se os problemas especiais dos interesses difusos e se esclarece, desde logo, que "difusos" são os interesses fragmentados de uma coletividade que não se pode identificar cada indivíduo beneficiado/prejudicado especificadamente. São eles: "o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 27).

Dessa maneira, "o problema básico que eles apresentam [...] é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 26).

Outro empecilho é conectado à questão da reunião da coletividade titular dos direitos difusos. Portanto, "as várias partes interessadas, mesmo quando lhes seja possível organizar-se e demandar, podem estar dispersas, carecer da necessária informação ou simplesmente serem incapazes de combinar uma estratégia comum" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 27).

No mais, alerta-se que essas três barreiras apresentadas (custas judiciais elevadas, possibilidades das partes e problemas especiais dos interesses difusos) devem ser encaradas e solucionadas conjuntamente, e não combatidas isoladamente, pois elas são conexas entre si.

Desse modo, “deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem ser simplesmente eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 29).

Apresentados os empecilhos do trajeto, passa-se a refletir acerca das saídas para essas barreiras, para então responder ao derradeiro questionamento da presente pesquisa (quais as soluções práticas para os problemas do acesso à justiça?).

3 Algumas Soluções Práticas Para a Retomada do Caminhar em Direção ao Acesso à Justiça

Estabelecidas as demarcações sobre os problemas do acesso à justiça, dedica-se nessa a e Garth), cita o exemplo brasileiro da atuação da Defensoria Pública na assistência Jurídica, para o autor:

> Tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à justiça, a proposta de construção de uma defensoria pública, nos moldes como está prevista sua atuação no Brasil, acumula diferentes vantagens potenciais: universalização do acesso através de assistência prestada por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim; assistência jurídica especializada para defesa de interesses coletivos e difusos; diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos, e ainda, atuação na educação para os direitos (SANTOS, 2007, p. 32).

E quanto ao segundo remédio para ampliar o acesso à justiça e vencer as barreiras do caminho, traz-se a saída relacionada ao obstáculo dos problemas especiais com os interesses difusos. Essa solução está atrelada à representação desses interesses. Explicam os autores em comento que “centrando seu foco de preocupação especificadamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p.49).

Essa reflexão sobre processo civil reúne a atuação dos Poderes de Estado. O Poder Judiciário (pelo papel dos tribunais) se incumbiu de fazer juntamente com o Poder Legislativo, a mudança no instituto da legitimidade para propor a ação (legitimidade ativa). Ou seja, “as reformas legislativas [...] estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 50).

Uma ressalva importante que fazem os professores italiano e americano é que em ações judiciais desses direitos de interesses difusos e coletivos (ou grupais) necessita-se o apoio técnico de outras áreas, de um conhecimento interdisciplinar. Assim, “a reivindicação de novos direitos exige, muitas vezes, qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo” (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 52).

Para elucidar o explicado nos três parágrafos anteriores, busca-se no exemplo da legislação infraconstitucional brasileira a aplicação prática dessa onda reformista. A lei n. 7.347, de 1985, trata da Ação Civil Pública, por essa lei fica estabelecido, conforme sua ementa, a proteção contra danos causados “ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (BRASIL, 1985).

Sobre a legitimidade ativa, verifica-se nessa lei brasileira a ampliação do rol de legitimados ativos. Assim, incluíram-se, além da Defensoria Pública, do Ministério Público e dos entes da Administração Pública Direta e Indireta, as associações cujas finalidades institucionais sejam "a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico", conforme preceitua o seu art. 5º (BRASIL, 1985).

Comprovando-se dessa maneira, o caráter interdisciplinar que a legislação ordinária brasileira intenta em ampliar. Vez que a participação desses grupos além-assuntos (conhecimentos) jurídicos é estendida no rol da legitimidade ativa para propor tal ação. E, afora de se valer de alterações legislativas e jurídicas, o Poder Executivo também colaborou nessa vibração transformadora.

As Ações de Governo são consideradas "outras soluções governamentais para o problema (de acesso à justiça) – de modo especial, a criação de agências públicas regulamentadoras altamente especializadas, para garantir certos direitos do público", e ainda, direitos de interesses difusos e coletivos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 52).

No Brasil, as Agências Reguladoras foram recepcionadas a partir do ano de 1995, e foram inspiradas no modelo de criação dos Estados Unidos da América. De tal modo, ensina Fernanda Marinela que esses entes especializados "são autarquias de regime estatal, instituídas em razão do fim do monopólio estatal e são responsáveis pela regulamentação, controle e fiscalização de serviços públicos, atividades e bens transferidos ao setor privado" (MARINELA, 2013, p. 138).

Por essas finalidades, tais como a de fiscalização é que se aumenta a tutela desses direitos difusos. Por exemplo, a atuação da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica - Lei n. 9.427/1996) que disciplina e controla a atuação de serviços públicos propriamente ditos. Ou ainda, a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil – Lei n. 11.182/2005) com o objetivo de regular e fiscalizar as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (MARINELA, 2013, p. 139).

E, por uma reflexão cruzada, é possível conectar também essa segunda onda transformadora (de representação nos interesses coletivos), com a barreira da possibilidade das partes. Uma vez que, na problemática da possibilidade das partes, o fator do conhecimento dos sujeitos envolvidos (sobre ter ou não titularidade de determinados direitos) esbarrava na ignorância de informação (muitas vezes técnicas).

Portanto, com o auxílio técnico dessas Agências Reguladoras é que se amenizam as insuficiências de cognição das partes. E por efeito ricochete, aumenta-se a tutela dos interesses coletivos, como o do consumidor na seara aeronáutica.

Ao avançar nesse mar de transformações de acesso à justiça, apresenta-se, então a terceira "onda" de solução prática desse contexto problemático. Essa terceira saída está atrelada justamente à atenção que se depreende sobre o tema em comento.

Por isso, essa resposta ao problema é a mudança da concepção mais ampla de acesso à justiça. Desse modo, "o progresso na obtenção de assistência jurídica e da busca de mecanismos para representação de interesses 'públicos' é essencial para proporcionar um significativo acesso à justiça", que são respectivamente a primeira e segunda ondas (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 67).

Entretanto, percebe-se que apesar de ressaltar o sucesso desses avanços, é preciso ter consciência de suas limitações. Por esse motivo, a preocupação está exatamente em "encontrar *representação* efetiva para interesses antes não representados ou mal representados". Assim, "o

novo enfoque de acesso à justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 67).

Nesse sentido, para Mauro Cappelletti e Bryant Gartho o terceiro enfoque é uma reunião de fatores mais complexos que as ondas citadas anteriormente:

> Essa "terceira onda" de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas, e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos de "o enfoque do acesso à justiça" por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas, mas tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 67/68) (grifos no original).

Com isso, é passível de raciocínio que essa terceira onda apresenta uma solução mais complexa. Informa-se que o acesso à justiça não será resolvido pela situação "A", "B" ou "C". E sim pelo conjunto de todas essas (talvez até mesmo um alfabeto completo).

Com referência à ampliação da atuação do Poder Judiciário para aumento do enfoque ao acesso à justiça, têm-se transformações relacionadas com o sistema judiciário regular. Assim, importante se faz a presença de sistemas que englobem processos mais simplificados.

Os autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth ensinam que essa simplificação de processos no sistema regular jurídico é relacionada a um novo "sistema destinado a servir às pessoas comuns, tanto como autores como réus, deve ser caracterizado pelos baixos custos, informalidades e rapidez, por julgadores ativos e pela utilização do conhecimento técnicos bem como jurídicos" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 93).

No caso do Brasil, desde o ano de 1995, foram instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais – JEC e JECrim (Lei n. 9.099/1995). Os processos nesses juizados são pautados pelos princípios da "oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação", de acordo com seu art. 2º (BRASIL, 1995, s/p).

Essa mudança de sistema regular do judiciário, no Brasil, ampliou significativamente o acesso à justiça. Recorda-se que um dos empecilhos no caminhar desse acesso são as custas judiciais elevadas. Pois bem, nos juizados especiais, há isenção de custas até a fase recursal, e a desnecessidade de advogados até essa instância, conforme art. 55, da referida lei (BRASIL, 1995, s/p).

Mister fazer alusão, também, ao fato de que antigamente esses juizados eram denominados de Juizados de Pequenas Causas. Entretanto, essa adjetivação "pequenas causas" não traduz a significação de causas fáceis. Para os autores, "pequenas causas, afinal, não são necessariamente simples ou desimportantes; elas podem envolver leis complexas em casos de vital importância para os litigantes [...]" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 97).

Dada a importância das causas para cada litigante é que essas não devem ser tratadas como processos de segunda classe, ou como não se tivessem relevância jurídica ou social. Dessa maneira, o desafio de se encarar a justiça, obtendo-se acesso a ela, transpassa também pela vontade dos futuros e prováveis litigantes.

Nesse sentido, "o desafio é criar foros que sejam atraentes para os indivíduos, não apenas do ponto de vista econômico, mas também físico e psicológico, de modo que eles se sintam à vontade e confiantes para utilizá-los" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 97).

Dessa maneira, após apresentar os obstáculos de acesso à justiça, bem como as prováveis soluções para tais impedimentos, passa-se, então, a encaminhar essa pesquisa para seu encerramento. Nessa última parte, serão discutidos acerca dos limites e riscos do enfoque de acesso à justiça.

4 Reflexão Sobre as Limitações e Riscos do Enfoque de Acesso à Justiça: da Oposição Tradicional à Inovação

A partir das ondas reformistas dos sistemas jurídicos ao redor do mundo, apresentadas na segunda parte da pesquisa, vislumbrou-se um cenário de necessidade de transformação da tradicional maneira de acessar à justiça para modernas técnicas de ampliação desse caminho.

Não se pode, entretanto, concluir que houve um significativo avanço e que os problemas se resolveram/resolvem. Não se trata de fazer oposição aos otimistas. Refere-se sim, à chamada de atenção para a realidade, de como se está tentando ampliar esse acesso (há quase quatro décadas-datada da primeira versão dos estudos de Cappelletti e Garth).

Nesta linha de raciocínio sobre ser realista com relação a determinado assunto, ensina o professor Mayhew que "devemos reservar-nos o direito de ser céticos quanto às possibilidades de realização desses programas (de ampliação do acesso à justiça), até que tenham sido cuidadosamente estudados" (MAYHEW *apud* CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 155).

Encarar as dificuldades com realidade, significa acautelar-se para que mudanças essencialmente jurídicas não se transmutem para mudanças de cunho meramente políticos, sociais ou econômicas. Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth, "é preciso que se reconheça, que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 161).

Outro alerta que, apesar de conhecido não se exagera em reprisar a informação, trata sobre o fato de que as soluções de sistemas jurídicos alienígenas nem sempre se encaixam perfeitamente aos problemas das realidades pátrias. Mesmo que se vivencie tempos de mundialização do direito, conforme se explicará mais adiante na presente pesquisa. É importante notar que essas reformas jurídicas "não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos", e ainda, "mesmo se transplantadas 'com sucesso', uma instituição pode, de fato, operar de forma inteiramente diversa num ambiente diverso" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 162).

Ainda, é possível indicar como outra limitação do enfoque à justiça o excesso de especialização dos tribunais. Isso torna o ato de julgar muito estreito, deixando os magistrados isolados de outros temas. Como prelecionam os professores americano e italiano, "um juiz especializado pode tornar-se também muito isolado, desenvolvendo perspectiva demasiado estreita" (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 163).

E, é justamente esse isolamento que se quer combater, conforme explicado na primeira parte da pesquisa. Uma vez que as soluções não podem ser enfrentadas uma a uma e sim conjuntamente. Pois, caso se enfrente a barreira do acesso à justiça pela estrita especialização dos tribunais, acaba-se por gerar outro obstáculo (esse da extrema especialização).

Como maneira de driblar esse isolamento da magistratura, outro fenômeno vem sendo observado na sociedade atual, os diálogos entre juízes. Nesse sentido, Julie Allard e Antoine Garapon denominam esse movimento de comércio entre juízes (ALLARD, GARAPON, 2005, p.9).

Esse comércio dos magistrados auxilia na troca de experiências jurídicas e decisões, em tempos de mundialização do direito. Para esses autores, "o direito tornou-se num bem intercambiável. Transpõe as fronteiras como se fosse um produto de exportação. Passa de uma esfera nacional para outra, por vezes infiltrando-se sem visto de entrada" (ALLARD, GARAPON, 2005, p.7).

Do mesmo modo, ensinam Allard e Garapon que em tempos de mundialização do direito, é cada vez mais comum o comércio entre os juízes. Sendo que essa "expressão apresenta o mérito para remeter a duas facetas da mundialização do direito: é simultaneamente uma rede de trocas, intercâmbios, e uma forma de sociabilidade nascida do desejo de estabelecer relações sólidas" (ALLARD, GARAPON, 2005, p.9).

Dessa forma, operar reformas de acesso à justiça envolve o (re)conhecimento atento sobre os limites e as possibilidades submergidas nessa questão. Não se refere a mudar justiça para que seja mais rápida ou de maior abertura ao público sem recursos financeiros. Refere-se sim, a ampliar a possibilidade de ingresso na/para justiça, vencidos todos (ou quase todos) os obstáculos do caminho.

Por fim, indica-se que não se ambicionou nessa pesquisa apresentar um cenário pessimista de que é difícil ampliar o acesso à justiça. Pretendeu-se sim, demonstrada a necessidade de mudança, o convite à reflexão e ao diálogo desse tema que desde 1978 é ainda atual.[4]

5 Considerações Finais

Ao se encarar problemas antigos, como o de acesso à justiça, a partir de uma perspectiva realista e atual dos fatos, pode-se até se desapontar com as tamanhas dificuldades que devem ser (conjuntamente) enfrentadas nesse árduo trajeto. Entretanto, não se deve perder o foco e enfoque a esse desafio. E, justamente, por isso é que essa pesquisa se dedicou a analisar uma obra de quase quarenta anos de criação com temática relevante e (infelizmente) ainda contemporânea.

Posicionou-se o estudo no espaço/tempo de mundialização do direito, na qual é possível se avaliar as conversas entre os sistemas jurídicos e as trocas de experiências para soluções de obstáculos comuns. Sobre esses empecilhos, baseou-se em três grandes desafios: o referente à dificuldade de acesso pelas elevadas custas, o da disparidade entre as partes e a falta de tutela de interesses coletivos e difusos.

Assim, foram apresentadas soluções práticas brasileiras e exemplos pelo mundo. Em terras *brasilis*, abordou-se a legislação específica de assistência jurídica, o modelo de Defensoria Pública, a lei de Ação Civil Pública e dos Juizados Especiais. E também os exemplos de ondas reformistas do instituto da assistência jurídica gratuita pelos países França, Canadá, Estados Unidos e Áustria.

Conclui-se, oferecido o cenário dos problemas no caminhar do acesso à justiça (pelo sentido de se chegar ao Poder Judiciário), a transposição dos obstáculos trabalhados não é tarefa de um ato só. É um verdadeiro procedimento, agrupando-se uma sequência de atos, já que solucionando um problema (como o das custas), deve-se refletir quanto ao problema das partes (qualificação das partes). E essa construção de soluções é efetiva quando realizada em conjunto. Unindo-se inclusive, áreas além do direito.

[4] A primeira edição da obra em análise tinha como título original: *Access to Justice: The worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*. Do ano de 1978, com diversas versões atualizadas, nesses quase 40 anos de obra, o texto ainda é atual e fomentador de debates ao redor do mundo.

Considera-se, então, que longe da pretensão de apresentação de respostas fixas e eternas para esses empecilhos de se acessar à justiça, objetivou-se trazer à tona esse diálogo necessário sobre a real situação para então, buscar-se a ampliação do acesso à justiça. Atentando-se, é claro, aos limites e riscos das mudanças para/no acesso a tão tradicional justiça.

Referências

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização:* a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2005

BRASIL. Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. *Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.* Brasília: Diário Oficial da União publicado em 13/02/1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm>. Acesso em 12 de jan. 2017.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.* Brasília: Diário Oficial da União publicado em 25/07/1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 14 de jan. 2017.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.* Brasília: Diário Oficial da União publicado em 27/09/1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 15 de jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1988.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Lei n. 14.634, de 15 de dezembro de 2014. *Institui a Taxa Única de Serviços Judiciais.* Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 2014. Publicado no Diário Oficial do Estado em 16/12/2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/processos/tabelas_de_custas/legislacao_regimento_de_custas/doc/LEI_14634_2014.pdf >. Acesso em 12 de jan. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. rev e amp. São Paulo: Cortez, 2007. 120 p. Disponível em:<http://sociologial.dominiotemporario.com/doc/REVOLUCAO_DEMOCRATICA_JUSTICA.pdf>. Acesso em 20 de jan. 2017

O ESTADO DE AUSTERIDADE JUSTIFICADO PELO NOVO ÓDIO À DEMOCRACIA EM PORTO ALEGRE: EXAME DE UM CASO PRÁTICO

Cláudio Hiran Alves Duarte[5]

Resumo:

O objeto do artigo é o estudo da implementação do Estado de Austeridade no Município de Porto Alegre através do acordo de cooperação firmado em 2017 com a Organização da Sociedade Civil denominada *Comunitas*, com o objetivo de examinar suas implicações para o acesso a direitos sociais e à construção da cidadania. Após a apresentação do acordo e de suas principais características, são apresentados o Estado de Austeridade, com base em António Casimiro Ferreira, e o discurso que Jacques Rancière chama de "Ódio à Democracia", confrontando-se os seus conteúdos e presumindo-se, como conclusão, os seus efeitos na cidade que ficou conhecida internacionalmente pela efetivação de direitos através do orçamento participativo.

Palavras-chave: Austeridade. Cidadania. Democracia. Direito.

Abstract:

The object of the article is the study of the implementation of Austerity State in the city of Porto Alegre through the cooperation agreement signed in 2017 with the Civil society organization called Comunitas, aiming to examine their implications for access to social rights and the construction of citizenship. After the presentation of the agreement and of its main features, Austerity State is shown, based on António Casimiro Ferreira, and the speech that Jacques Rancière calls "Democracy hate", confronting their content and assuming, as a conclusion, its effects in the city that became known internationally for the execution of rights through the participatory budget.

Keywords: Austerity. Citizenship. Democracy. Right

1 Introdução

Porto Alegre[6] inicia o ano de 2017 com o anúncio do caos em seu orçamento público. A receita seria insuficiente até mesmo para pagar a remuneração dos servidores públicos municipais durante o ano, segundo o novo prefeito[7], eleito no ano anterior. Haverá corte de despesas em todas as áreas e uma escolha precisa ser feita: ou se reduz a despesa com servidores públicos ou a despesa com a assistência às crianças, assegura o novo governo municipal em discurso repetido nos meios de comunicação.

Para enfrentar essa situação de quase insolvência ele pede o sacrifício e a ajuda de todos. Firma um acordo de cooperação com a Organização da Sociedade Civil denominada *Comunitas*

[5]Discente do Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* - UNILASALLE

[6]Cidade que se situa no Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.

[7]Cf. informações disponíveis à consulta no portal da Prefeitura de Porto Alegre: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portal_apmpa (consultado nos meses de janeiro a abril de 2017).

para "[...] desenvolver e implementar ações de melhoria da eficiência pública, tomando por base, modelo um [*sic*] de governança compartilhada", conforme consta na cláusula primeira do termo que o formaliza[8].

A "governança compartilhada" dar-se-á pelos "[...] parceiros técnicos da COMUNITAS, a saber: FALCONI (INDG), e demais parceiros envolvidos no PROJETO [...]"[9], todos eles grandes empresas citadas no documento: bancos, construtoras, mineradoras, empresas de consultoria de resultados (caso da Falconi). Nenhum seguimento da sociedade civil que não esteja constituído sob a forma empresarial integra a rede de parceiros técnicos da *Comunitas* e, por conseguinte, todas as demais formas associativas estão excluídas do modelo de governança compartilhada e do acesso célere a informações consideradas sigilosas, como as que são protegidas pelo sigilo fiscal.[10]

Essas são as principais características do acordo de cooperação celebrado com a *Comunitas*. Consequentemente são suspensas as assembleias do orçamento participativo e o prefeito "[...] diz que [o] período de dois anos servirá para a discussão de um novo formato para o OP."[11]

O ano de 2017 também inicia com outro discurso, que reforça e justifica o anterior: o futuro da democracia dependeria da necessidade de limitá-la em sua amplitude para tomar decisões. Esse discurso foi a principal pauta da 30ª edição do Fórum da Liberdade.[12] Ele é coerente com a liberdade defendida nesse fórum, mas contraditório com a liberdade em sentido mais amplo e totalmente antagônico com a democracia que distinguia Porto Alegre e fazia com que ela fosse reconhecida pela Organização das Nações Unidas como sendo o local onde era exercida uma das quarenta melhores práticas de gestão pública urbana no mundo: justamente o orçamento participativo[13] agora suspenso.

Quais as implicações da substituição do orçamento participativo pelo modelo de governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas*? Quais são os discursos que a justificam e quais efeitos ela produzirá na democracia local?

A busca de respostas inicia com alguns apontamentos sobre o método dialético e percorrerá a apresentação do Estado de Austeridade e do discurso que Jacques Rancière chama de "Ódio à Democracia" para finalizar com a apresentação do ambiente em que eles se desenvolvem e, nesse ambiente, examinar o acesso a direitos sociais e à construção da cidadania.

2 Apontamentos sobre o método dialético

A governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas* não é o orçamento participativo. Dizer isso é muito diferente de dizer: a governança assim compartilhada é o não-orçamento participativo. Este texto se ocupa da segunda negação, que é interna[14] e é a única que

[8]Os dados estão disponíveis no processo administrativo eletrônico *Sei* 1700000069760, http://sei.procempa.com.br/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisa_rapida&id_protocolo=1400001545917&infra_sistema=100000093&infra_unidade_atual=110001780&infra_hash=cdb3c61218500cde73967bffad42978f19c85230bace8ad411d2363fa59ed69b (consultado em 25/04/2017).

[9]Idem.

[10]Conforme a cláusula quarta do acordo "[...] O MUNICÍPIO deverá disponibilizar dados sigilosos [...]"

[11]Disponível em http:/zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2017/04/suspensao-das-assembleias-coloca-em-xeque-orcamento-participativo-de-porto-alegre-9762659.h... (consultado em 15/05/2017).

[12]Disponível em http://www.correiopovo.com.br (consultado em 15/03/2017).

[13]Disponível em http://www2.portoalegre.rs.gov.br/op/default.php?p_secao=1 (consultado em 24/04/2017).

[14]Cfe. Marilena Chaui: "[...] A negação interna é aquela na qual um ser é a supressão de seu outro, de seu negativo." (1995, 203).

pode revelar o que está sendo suprimido, ao contrário da primeira, que é externa e leva a equívocos. Explico melhor: na negação externa a contradição dá-se entre um positivo contrário a outro positivo (p. ex.: quando se diz o caderno não é a árvore, o "não" significa um falso negativo porque ambos continuam existindo e pode-se prosseguir dizendo: o caderno não é a arvore, não é a mesa, não é isto ou aquilo), já na negação interna (p. ex.: o caderno é a não-árvore) não há a preservação de dois positivos, mas a supressão do que é negado (no exemplo, o caderno é a árvore negada como árvore, não se trata de uma árvore que virou caderno, mas de uma árvore que deixa de existir porque existe o caderno).

A hipótese investigada aqui é a da impossibilidade de existir o orçamento participativo no Estado de Austeridade (justificado pelo novo ódio à democracia) e de a governança compartilhada ser a mera concretização dessa impossibilidade: um exemplo empírico, um caso prático em âmbito municipal de extinção da democracia direta no projeto de lei orçamentária.[15]

O método dialético é o escolhido porque utiliza o movimento interno das contradições e exige a negação como impulso. E, ainda, porque é o mesmo método utilizado pelo referencial teórico de fundo: a crítica da Economia Política feita por Karl Marx. Através dessa crítica é que são lidas as apresentações do Estado de Austeridade, feita por António Casimiro Ferreira, e do novo "Ódio à Democracia", identificado por Jacques Rancière.

Contradições não faltam, elas batem à mente toda hora: ouvimos que viver mais é ruim, já que quebra a previdência social; assistimos uma cruzada moral contra a corrupção sem que uma crítica sequer seja feita ao sistema que transforma pessoas em mercadorias e, portanto, em coisas negociáveis; somos forçados a estudar a hipótese de extinção de uma maneira de democracia direta justo no momento em que os meios de comunicação possibilitam a participação de todos e em tempo real; somos forçados a trabalhar mais, quando há tecnologia que poderia nos libertar do trabalho...

O que falta é tomar essas contradições como método ou, ao menos, questionar se elas podem ser desconsideradas nas pesquisas sobre a vida em sociedade. E como considera-las sem duvidar[16] da capacidade civilizatória da sociedade atual?

O Estado de Austeridade e o novo "Ódio à Democracia" são sinais fortes do esgotamento dessa capacidade.

3 O Estado de Austeridade e o novo "Ódio à Democracia"

O Estado de Austeridade é o atual arranjo institucional em que se refina a transferência dos custos da recuperação do sistema financeiro para os indivíduos, sob a justificativa de não haver alternativas[17] (FERREIRA, 2012, p. 13), como fica evidente no discurso citado criticamente por António Casimro Ferreira (2012, p. 44) abaixo transcrito:

[15]Através das assembleias do orçamento participativo era elaborada uma parte do projeto de orçamento a ser submetido ao legislativo municipal.

[16]Um dos significados de dúvida em grego é "*a-poria*", que quer dizer "ausência de passagem". Cfe. Hector Benoit: "[...] A dúvida é o movimento negativo que irrompe no choque contraditório das múltiplas imagens. Paralisa a certeza existente [...] A dúvida, *aporia*, ausência de passagem, coloca o indivíduo diante do nada das suas imagens [...] de ideal de cidade." (BENOIT, 1996, p. 12)

[17]Conforme António Casimiro Ferreira: "O Estado de austeridade [...] não carece de trocas entre a questão social e as questões da lei e da ordem, na medida em que afirma não existirem alternativas de combate à crise, a não ser as que residem numa transferência clara dos seus custos para a sociedade [...] uniformizando sob o signo da austeridade o

> [...] Os gastos do Estado estrangulam a economia e a sua redução é necessária para o crescimento econômico. Não se deve taxar os mais ricos, pois deixariam de produzir riquezas e todos ficariam a perder. Não se pode taxar mais os rendimentos do capital, senão este fugirá para outros países. A raiz do problema está nos privilégios excessivos dos trabalhadores em geral [...] não há alternativas às políticas em curso [...]

Como entender a reprodução e a grande aceitação desse discurso que sustenta abertamente a necessidade de os pobres sustentarem os ricos?

Certamente há muitas explicações para as suas causas. A hipótese que utilizo aqui foi pensada por Marx. Conforme recorda César Benjamin[18], ele destacou três tendências da sociedade que surgia no início do século XIX: a) ela aumentaria incessantemente a transformação de bens, materiais ou simbólicos, em mercadoria e no limite tudo seria transformado em mercadoria; b) ela ampliaria o espaço para circulação de mercadorias; e c) ela seria compelida a inventar sempre novos bens e necessidades (como as "necessidades do estômago" são limitadas, esses novos bens e necessidades seriam voltados à fantasia, que é ilimitada). Para tanto ela realizaria uma revolução tecnológica incessante, formaria um sistema mundo e, para criar o novo ser humano portador das novas necessidades, alteraria profundamente a cultura e as formas de sociabilidade. Nenhum obstáculo externo a deteria; porém, os obstáculos internos precisariam ser sucessivamente superados, pois para se valorizar, o Capital precisa abandonar a sua forma preferida ("riqueza abstrata") e passar pela produção organizando o trabalho e encarnando-se em coisas com valor de uso[19], num processo demorado e cheio de riscos. Melhor – continua César Benjamin − seria acumular capital sem retirá-lo da condição de riqueza abstrata, fazendo o próprio dinheiro render mais dinheiro. Marx chamou essa forma de acumulação de D – D' e considerou que ela teria peso crescente e aumentaria a instabilidade, pois a valorização sem trabalho é fictícia.

Foi o que se viu em 2008 com a crise das hipotecas *subprime* desencadeada pela falência do banco de investimentos Lehman Brothers em 15 de setembro daquele ano. Crises como essa põem em questão o potencial civilizatório do sistema. Suas consequências são mais sentidas por quem se encontra em situação mais vulnerável: a natureza e o trabalho vivo. O Estado de Austeridade apresenta-lhes a conta e justifica o aumento da exploração com uma frase repetida mil vezes: não há alternativas, "não há almoço grátis".

Em âmbito nacional o Governo brasileiro apresenta a conta desvinculando receitas que deveriam ser repartidas com os Estados e Municípios e destinadas às ações de inclusão social,[20] reformando a Constituição[21] para instituir o novo regime fiscal que congela por vinte anos os gastos com direitos sociais, e prossegue apresentando-a através de outras medidas destinadas a produzir superávit primário com o objetivo de garantir receitas para a conta de capitais (a conta através da qual são pagos os agentes do sistema financeiro).

---

repertório de medidas da nova ordem social: impostos, cortes salariais, cortes nas pensões e subsídios, reforma no sistema de saúde, flexibilização negativa do sistema de trabalho [...] dá agora lugar ao Estado de emergência social, clamando pelo sacrifício em nome do bem comum e reorientando o sistema de deveres e obrigações (cf. Priban, 2007:5)." (Op.cit., p. 37). O texto de Jiri Priban citado chama-se *Liquid Society and Its Law.*

[18]Em artigo publicado com o título Karl Marx manda lembranças, no jornal Folha de São Paulo, edição de 20/09/2008. Disponível em http://www.folha.com.br (consultado em 08/12/2016).

[19]Valor de uso como mero suporte do valor de troca.

[20]O que provocou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 415/2016 (ADPF 415/2016) em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

[21]Através da Proposta de Emenda à Constituição n. 241/2016 aprovada como Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016.

Leva a sério e concretiza, pois, o discurso acima citado criticamente por António Casimro Ferreira, que transforma em necessidade a exploração (os pobres deveriam sustentar os ricos, segundo esse discurso).

As consequências são graves para os Municípios. É neles que a multidão pobre vive e apresenta as suas carências. Porto Alegre sente o impacto dessas medidas de austeridade (dessas refinadas ações de repasse dos custos do sistema financeiro aos seus habitantes) e no lugar de resistir[22] a elas faz o contrário, aprofunda a ideia de austeridade através do discurso de seu prefeito e do novo "ódio à democracia" que aparece de maneira clara no pronunciamento do Presidente do Instituto de Estudos Empresariais (IEE) realizado na 30ª edição do Fórum da Liberdade[23]: "[...] Entendemos que o futuro da democracia depende justamente da compreensão da sociedade sobre a limitação da sua utilidade como modelo de tomada de decisões coletivas."

Essa limitação somada à governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas* e à suspensão das assembleias do orçamento participativo significa que apenas as empresas podem se organizar[24] por dentro do Estado em âmbito municipal para tomar decisões coletivas e criar receitas, através de "[...] ações de melhoria da eficiência pública [...]"[25], que servirão naturalmente para pagar fornecedores, ou seja, a essas mesmas empresas. Durante os próximos dois anos em que permanecem suspensas as assembleias do orçamento participativo não poderão surgir novas demandas nesse ambiente, o que equivale a dizer que apenas as empresas demandarão através da governança compartilhada.

Diminuem-se os limites da democracia para tomar decisões coletivas e diminui-se o número de participantes que deliberam. Numa frase: refina-se a democracia sem "demos", como forma de permitir à nova gestão pública seguir as tendências do setor privado e fazer o "povo[26]" desaparecer da cena política. Exatamente o que está acontecendo em Porto Alegre[27]: o papel do "povo" "[...] na tomada de decisões é substituído por uma aristocracia tecnocrática e a soberania popular, pela soberania do mercado.", conforme aponta Yannis Stavrakakis[28] com base em Jacques Rancière.

Ao defender a imposição de limites para a democracia, o Presidente do Instituto de Estudos Empresariais reproduz nitidamente o novo "ódio à democracia" e apresenta-se como mais um de seus porta-vozes já identificados por Jacques Rancière (2014, pp. 9 e 10) nos seguintes termos:

> [...] Seus porta-vozes habitam todos os países que se declaram não apenas Estados Democráticos, mas democracias tout court. Nenhum reivindica uma democracia mais real. Ao contrário, todos dizem que ela já é real demais.

---

[22]Poderia aderir ao polo ativo na ADPF 415/2016 ou organizar uma resistência civil e pacífica através da democracia direta já organizada nas assembleias do orçamento participativo, com o objetivo de pressionar o Governo Federal a mudar o rumo da política econômica, por exemplo. Poderia, ainda, como terceiro interessado aderir à defesa do crédito tributário de 25 bilhões lançado contra a empresa Itaú Unibanco Holding e em debate no CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), processo n. 16327.720680/2013-61. Embora se trate de crédito de tributos federais, o interesse local existe em razão de seu valor ser partilhável com os municípios através do fundo de participação.

[23]Disponível em http://www.correiopovo.com.br (consultado em 15/03/2017).

[24]Como parceiros técnicos da *Comunitas*.

[25]Trecho da cláusula primeira do convênio celebrado com a *Comunitas*.

[26]Prefiro substituir "povo" por "aqueles que vivem do próprio trabalho" ou por "demos" (aqueles que não possuem título para governar), porque "povo" simplesmente é uma abstração sem sentido, embora altamente funcional para proteger os interesses "daqueles que não vivem do próprio trabalho".

[27]Como exemplo de construção de uma suposta "aristocracia tecnocrata" o prefeito criou em 2017 um "banco de talentos" e em contradição com o seu discurso de austeridade encaminhou projeto de lei ao legislativo local com o objetivo de possibilitar que três secretários municipais recebam subsídios superiores ao seus (do prefeito). Fatos disponíveis à consulta no portal da Prefeitura de Porto Alegre: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portal_apmpa

[28]Disponível em http://www.printfriendly.com (consultado em 27/12/2016). Disponível ainda em: outraspalavras.net/posts/o-triste-espetaculo-da-democracia-sem-demos/

> Nenhum se queixa das instituições [...] É do povo e de seus costumes que eles se queixam, não das instituições de seu poder [...]

E o "povo"[29], a multidão pobre que habita as cidades, tem o costume de querer serviços de saúde e educação públicas, querer habitação, transporte, aposentadoria, trabalhar menos, ter direitos e, mais do que tê-los, quer gozá-los. Costumes que provocam o novo "[...] ódio à democracia [que] pode ser resumido então em uma tese simples: só existe uma democracia boa, a que reprime a catástrofe da civilização democrática [...]" (RANCIÈRE, 2014, p. 8). Essa multidão deveria calar suas necessidades, entender que "não há almoço grátis" e que não há alternativas à necessidade de sustentar os ricos através do aumento da exploração de sua força de trabalho, conforme repete o discurso conduzido pela ideia de austeridade.

4 O orçamento participativo e a governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas*

O orçamento participativo é uma forma de exercício da democracia e, como tal, expande a civilização democrática ao desvelar suas desigualdades e tornar públicas relações que o regime representativo esconde ao dividi-las em públicas e privadas.

Quanto mais os representados dispensam a representação e passam a exercer diretamente a defesa de seus interesses, mais justificativas são exigidas do regime representativo para que ele possa continuar a existir – por que apenas determinadas questões podem ser objeto de deliberação através do voto direto dos interessados?

Convém não esquecer que "[...] a representação nunca foi um sistema inventado para amenizar o impacto do crescimento das populações." (RANCIÈRE, 2014, p. 69), ela é em sua origem o exato oposto da democracia[30] e continua sendo. A justificativa que afirma ser possível a "democracia direta" apenas em pequenas localidades, como as cidades gregas antigas onde a população inteira cabia na praça pública, carece de sentido diante da comunicação em tempo real que a tecnologia permite. O que sustenta a representação não é alguma eventual dificuldade para deliberar, mas o financiamento que garante a redução do número de deliberantes. O regime representativo precisa ser financiado, o que o torna permeável à corrupção econômica e da própria democracia.

Tencionar o regime representativo e demonstrar suas mazelas é uma das funções do orçamento participativo, uma característica que lhe é inerente. Outra importante característica está em politizar o cotidiano e construir uma sociabilidade nova tanto pelo encontro, quanto pela colisão de interesses. Quando alguém defende diretamente um determinado interesse percebe a importância de poder fazê-lo e, se essa faculdade é importante para ele, terá de reconhecê-la para os outros e não lhes poderá recusá-la só pelo fato de defenderem um interesse oposto ao seu. Exercita-se, assim, a tolerância no conflito e o reconhecimento da importância de considerar o outro um legítimo na convivência, alguém com igual dignidade para opinar.

---

[29]Entendido no sentido de "demos".

[30]Cfe. Rancière: "[...] Ninguém ignorava isso nos tempos das revoluções norte-americana e francesa. Os Pais Fundadores e muitos de seus seguidores franceses viam nela justamente o meio de a elite exercer de fato, em nome do povo, o poder que ela é obrigada a reconhecer a ele [...]" (2014, p. 70).

Soma-se a essas características outra: a politização do cotidiano ajuda a revelar a sua complexidade. Ao se debater sobre a destinação de um determinado recurso público ou sobre a sua falta, por mais irrisório que ele seja, percebe-se que ele está ligado a uma rede de outras situações e decisões. A existência ou a falta de recursos para os serviços de saúde e educação poder estar, por exemplo, relacionada à decisão que o CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) proferir no processo n. 16327.720680/2013-61, relativo ao crédito tributário de 25 bilhões lançado contra a empresa Itaú Unibanco Holding, que poderá irrigar os municípios através do fundo de participação na receita federal, caso venha a ser efetivado – preocupação que dificilmente a governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas* terá porque a empresa Itaú Unibanco é justamente um desses parceiros.

Muitas outras qualidades que caracterizam o orçamento participativo poderiam ser lembradas. Dado às dimensões do texto é preferível parar e colocar as que já foram citadas (criação de nova sociabilidade com a construção da tolerância no conflito e do respeito pelo outro; politização do cotidiano e descoberta de sua complexidade) frente a uma das três tendências apontadas por Marx (referidas no terceiro tópico): a sociedade que surgia no século XIX seria compelida a inventar sempre novos bens e necessidades voltados à fantasia e criaria o novo ser humano portador das novas necessidades, alterando profundamente a cultura e as formas de sociabilidade. Não é preciso argumentar muito para demonstrar que as características do orçamento participativo forçam uma tendência contrária a essa −quem se organiza para efetivar o direito à saúde, à educação, à cultura ou ao bem-estar proporcionado pelo esporte integrativo[31], não votará em propostas que destinam valores vultosos do orçamento público para a construção de estádios de futebol para a copa do mundo ou para coisas do gênero, por mais eloquente que seja a fantasia de jogador.

Sabemos que o "novo ser humano" sugerido na tendência apontada por Marx é facilmente identificável por suas características consumistas, individualistas, imediatistas e narcísicas, além de uma estética infantilizada. É o oposto de quem se preocupa com as relações e coisas públicas. Não é difícil encontrá-lo por aí. Se não quisermos pensar em uma pessoa, pensemos em um brinquedo: a boneca *barbie* e seu mundinho encantado e simplório que apaixona a muitos como revela Rosangela Moro em sua entrevista à revista Claudia.[32]

Nas assembleias do orçamento participativo a *barbie* não quer se dar o trabalho de votar e não quer ver o seu mundinho questionado. O exercício democrático que lá se realiza é permeado em última instância por uma tendência de sociedade que quer ser construída diretamente pelos seus integrantes, sem as mediações da desigualdade,[33] sem deixar a construção do destino nas mãos dos especialistas. Essa tendência pressiona o governo e as relações instituídas pelo regime

[31]A competição não é inerente ao esporte e sim à distinção pela vitória, algo muito diferente criado e valorizado conforme a cultura, ao contrário da integração. Mesmo um "solitário" alpinista produz integração ao praticar o alpinismo: integra os outros à sua conquista ao demonstrar que a escalada é possível de ser realizada.

[32]Questionada sobre o que não lhe foi perguntado ou sobre o que ela gostaria de dizer e ainda não disse, respondeu: "Anotei umas coisinhas (tirou um caderninho da bolsa). Tem uma muito bacana, relacionada a mim: uma associação catarinense elegeu madrinhas para vestirem bonequinhas que foram, depois, à leilão. Achei sensacional uma Barbie de Rosangela, com o mesmo coque e vestido preto que usei em Nova York (acompanhando Moro, premiado pela revista Time). Não sei por quanto saiu a minha Barbie, mas fiquei lisonjeada.". Disponível em http://claudia.abril.com.br/noticias/entrevist-quem-e-rosangela-moro/ (consultado em 26/05/2017).

[33]Ou sem as mediações que Luiz Alberto Warat chamava de "igualdade imaginária", aquelas que "[...] apagando as diferenças entre os homens, força-os a convencionais rituais de comportamento, formas de se alegrar e sofrer totalmente estereotipadas. Desta maneira, a igualdade termina convertida em um antídoto contra a autonomia." (WARAT, 1992, p. 41).

representativo, que não querem ser pressionados e buscam proteção na tecnocracia, apresentada como sendo um "corpo técnico e a-político".

A governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas* assegura-lhes proteção e facilita a tendência oposta, a que foi identificada por Marx. A tendência que não quer passar pelos conflitos sociais, nem admitir que eles existem e que são o resultado de interesses opostos.

A pretensa condição "a-política" da tecnocracia esconde a sua primeira função política:[34] que é justamente a de negar a política até fazê-la desaparecer, ser inteiramente substituída pela mera administração dos conflitos sociais, como se não existissem forças e interesses antagônicos na sociedade.

Para a tecnocracia todos têm os mesmos interesses e buscam o bem-comum, entendido este de maneira idealizada, como se ele fosse um lugar encantado ao qual se chega pelo caminho do crescimento econômico e guiado pelo único sujeito capaz de construí-lo: a empresa. Sendo o bom e único guia, a empresa não pode ser atrapalhada, onerada com a remuneração do trabalho e o pagamento de tributos, na longa jornada rumo ao bem-comum. Nessa abstração[35] de bem-comum o fato de apenas o trabalho produzir valor é apagado com o uso de uma série de divisões: a primeira delas é a conhecida divisão do trabalho com a separação dos produtores diretos do controle dos processos produtivos e dos resultados da produção; a segunda é a que acaba justificando todas as outras: a (pré)divisão das inteligências, amparada na multiplicação da ideia de desigualdade das inteligências.

A ideia de desigualdade das inteligências engendra uma série de distinções, entre elas a da tecnocracia. Na escola, por exemplo, distingue mestre como inteligentes e os alunos como ignorantes; nas discussões sobre os problemas sociais distingue os especialistas (tecnocratas da *Comunitas*) como inteligentes e os que sentem os efeitos desses problemas como ignorantes que necessitariam dos especialistas para resolvê-los ou encontrar soluções. Não é preciso muito para perceber que essa ideia é equivocada e só esconde os interesses que há por trás dela. Mestres e alunos sempre ignoram alguma coisa e contam com inteligência para aprendê-la, são ao mesmo tempo, portanto, inteligentes e ignorantes, uns aprendem com os outros; os especialistas, na maioria das vezes, apenas reproduzem as necessidades da economia de mercado como se fossem as mesmas dos considerados ignorantes.

A governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas* se utiliza dessa ideia de desigualdade das inteligências como entrave ao processo de emancipação que o orçamento participativo ajudava a construir. Ela é extremamente conservadora, conforme demostra Jaques Rancière (2004, p. 65) em sentido mais amplo:

> [...] O que embrutece o povo não é a falta de instrução, mas a crença na inferioridade de sua inteligência. E o que embrutece os 'inferiores' embrutece, ao mesmo tempo, os 'superiores'. Pois só verifica sua inteligência aquele que fala a um semelhante, capaz de verificar a igualdade das duas inteligências. Ora, o espírito superior se condena a jamais ser compreendido

[34]Cfe. Warat "[...] O conceito de política referia-se ao que era comum a todos e não ao processo de formação de um corpo independente de profissionais e administradores que tomassem o lugar do espaço público, respaldados por um conjunto de representações idealizantes. Desta forma, a democracia passou [passa] a ser uma dimensão simbólica que legitima a ação profissional e administrativa de um conjunto de relações de poder." (WARAT, 1992, p. 3).

[35]Abstração empírica porque produz resultados empíricos bem sólidos. Uma "abstração empírica" não é um conceito usual ou fácil de ser entendido, mas bastante útil para compreender a diferença entre o que é "empírico" e o que é "concreto". Um exemplo tomado de Ruy Fausto ajuda a expor a diferença: "[...] A riqueza é uma abstração empírica: é uma ideia falsamente concreta (empírica), incompleta nela mesma (ela não tem sentido autônomo, mas só em relação a um conjunto de conceitos que ela recusa). [...]" (FAUSTO, 1983, p. 42).

> pelos inferiores. Ele só se assegura de sua inteligência desqualificando aqueles que poderiam recusar esse reconhecimento. [...]

A tecnocracia dos parceiros técnicos da *Comunitas* reforça a crença na inferioridade da inteligência do "demos" porque não pode se arriscar a ouvir das "inteligências inferiores", dos que não são especialistas, que poderia ser uma medida "inteligente" aderir à defesa do crédito tributário de 25 bilhões lançado contra a empresa Itaú Unibanco Holding, no processo n. 16327.720680/2013-61 do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais). Essa medida colide com os interesses de seus parceiros "técnicos". O Itaú Unibanco é um desses parceiros técnicos.

Não podendo se arriscar assim, a tecnocracia coloca no lugar da diferença de interesses a ideia de desigualdade das inteligências, retira o "demos" da democracia e apresenta-se como o "especialista", a "inteligência superior e a-política", "técnica", que irá resolver os problemas agravados pelas características recessivas do Estado de Austeridade, sem referir que o seu guia para o crescimento econômico, a empresa, tende a se transformar em rentista e, nessa condição, no principal interessado em implementar e manter o Estado de Austeridade para garantir o máximo de superávit primário para pagar a conta de capitais (a conta que interessa aos rentistas), através da qual se realiza a transferência dos custos do sistema financeiro para os indivíduos (FERREIRA, 2012, p. 13).

Essa tendência, propositadamente desconsiderada pela tecnocracia, também foi há muito identificada por Marx e é reafirmada por um autor contemporâneo que sublinha a tendência de "[...] O empresário [...] se transformar em rentista [...] [e de] o capital se reproduz[ir] sozinho, mais rápido do que cresce a produção. [fazendo] O passado devora[r] o futuro." (PIKETTY, 2014, p. 555).

É evidente que tal guia coloca em risco seus seguidores, levando-os por um caminho muito acidentado e cheio de perigos. Para se proteger, eles recorrem ao Judiciário e nele defendem os direitos que ainda lhes restam, buscam a Justiça.

Foi o que fizeram alguns do "demos" contra a governança compartilhada dos parceiros técnicos da *Comunitas*. Ajuizaram uma ação popular[36] em que foi proferida decisão liminar suspendendo a tecnocracia nos seguintes termos:

> [...] DEFIRO A MEDIDA LIINAR PLEITEADA para o fim de suspender o Acordo de Cooperação celebrado entre o Município de Porto Alegre e a OSCIP Comunitas para a realização do projeto 'Juntos pelo Desenvolvimento Sustentável.

A decisão está fundamentada no restrito exame da legislação[37] que normatiza as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), fundamentos diversos dos que são aqui utilizados para caracterizar o orçamento participativo e a governança através da *Comunitas* e apontar as diferenças consideradas mais significativas.

É significativo o fato de essa legislação servir de obstáculo à implementação do Estado de Austeridade através da substituição do orçamento participativo pela governança com a *Comunitas* porque revela a rejeição pelo Direito da emergência[38] que esse Estado quer impor. Ele não é inevitável.

---

[36]Processo n. 9016860-65.2017.8.21.0001 que tramita na 3ª Vara da Fazenda Pública do Foro de Porto Alegre, RS.

[37]Leis 9.970/1999 e 13.019/2014.

[38]Cf. António Casimiro Ferreira: "O Estado de austeridade [...] não carece de trocas entre a questão social e as questões da lei e da ordem [...]" (Op. cit., p. 37).

5 Conclusões:

O tema deste artigo é a implementação do Estado de Austeridade no Município de Porto Alegre através do acordo de cooperação firmado em 2017 com a Organização da Sociedade Civil denominada *Comunitas*. E o problema que pretende resolver é descobrir as implicações dessa implementação para o acesso a direitos sociais e à construção da cidadania.

Como a implementação do Estado de Austeridade se dá em nível local de maneira mais aguda através da substituição do orçamento participativo pelo modelo de governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas*, justificada pelo novo "ódio à democracia", é preciso descobrir antes as implicações dessa substituição, o que foi feito através da apresentação das principais características de um e de outra, que se revelaram antagônicas e excludentes.

As características do orçamento participativo reforçam o exercício da democracia ("direta") e tencionam o regime representativo, negam a ideia de desigualdade das inteligências, politizam o cotidiano e, assim, facilitam a sociabilidade tolerante e integrativa, favorecendo e construindo a tendência emancipatória da sociedade. No orçamento participativo há democracia com "demos".

Por sua vez, as características da governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas* reforçam o regime representativo e as divisões que ele oculta, favorecem a tendência à expansão da sociedade com a sociabilidade embrutecida que a ideia de desigualdade das inteligências ajuda a construir. Na governança compartilhada com os parceiros técnicos da *Comunitas* a democracia passa a ser uma dimensão simbólica que legitima a ação profissional e administrativa de um conjunto de relações de poder (WARAT, 1992, p. 3). O "demos" é substituído pela tecnocracia.

Implicações, portanto, muito conservadoras e nocivas para o acesso a direitos sociais e à construção da cidadania.

Sem espaço para defender seus interesses e direitos no orçamento participativo, o "demos" procura o Judiciário e tende a aumentar essa procura, reforçando a tendência de judicialização da política.

Referências

BENJAMIN, César. *Karl Marx manda lembranças*. *In* jornal Folha de São Paulo, edição de 20/09/2008. Disponível em http://www.folha.com.br (consultado em 08/12/2016).

BENOIT, Hector. *Sócrates – o nascimento da razão negativa.* São Paulo: Ed. Moderna, 1995.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia.* São Paulo: Ed. Ática, 1995.

FAUSTO, Ruy. *Marx – Lógica & Política.* Tomo I. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

FERREIRA, António Casimiro. *A Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica, 2012.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no século XXI.* Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio à Democracia.* São Paulo: Boitempo, 2014.

STAVRAKAKIS, Yannis. *O Triste Espetáculo da Democracia sem Demos.* Entrevista disponível em *http://www.printfriendly.com* (consultado em 27/12/2016). Disponível ainda em: outraspalavras.net/posts/o-triste-espetaculo-da-democracia-sem-demos/

WARAT, Luís Alberto. *A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade*. Revista Sequência n. 24. Florianópolis: Editora da UFSC, 1992

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: TUTELA DOS CONSUMIDORES E DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO.
Coordenadores: Ricardo Aronne (Unilasalle) e Roberto Senise Liboa (FMU)

Canoas, 2017.

O DIREITO BANCÁRIO E SUAS CURIOSIDADES

Celso Lopes Seus.
Mestre em Direito e Sociedade pelo UNILASALLE.
celsoseus@hotmail.com

Resumo:

Este artigo pretende apresentar o Direito Bancário Brasileiro em suas curiosidades. O novel direito, além de ser insuficientemente conhecido, porque difuso e cindido em público e em privado, relaciona-se com praticamente todos os ramos do direito. Seus institutos soem ser compreendidos, separadamente, apenas por operadores do direito que trabalham com as instituições financeiras, e, ainda, pelas autoridades legais que disciplinam esse específico tipo de pessoa jurídica. A metodologia utilizada para elaborar este artigo foi a de realizar pesquisa empírica a partir dos órgãos reguladores, BACEN e CVM, a fim de identificar os institutos mais evidentes, haja vista que não é possível reuni-los no espaço singelo de um artigo acadêmico. O BACEN se utiliza de institutos próprios para a regulação da atividade financeira em três dos quatro campos de atuação da instituição financeira banco. A CVM atua especificamente na regulação da atividade financeira de remuneração da riqueza depositada nas instituições financeiras, também se utilizando de institutos próprios. Os resultados foram reunidos com a intenção de destacá-los observada uma provável metodologia que facilite a compreensão do Direito Bancário Brasileiro como um todo. Em conclusão, a apresentação dos institutos objeto da pesquisa permitirá uma primeira aproximação com esse específico ramo do direito para a sua compreensão.

Palavras-chave. Direito Bancário. Institutos. Pesquisa empírica. Autoridades legais. Curiosidades.

1 Introdução.

O Direito Bancário, enquanto novel direito, além de ser insuficientemente conhecido, porque difuso e cindido em público e em privado, relaciona-se com praticamente todos os ramos do direito. Ele decorre diretamente e exatamente da existência de dois importantes fatores econômicos: a circulação da riqueza, mensurada através da moeda, e do crédito, que é o uso alheio dessa riqueza. Ambos quais têm umbilical relação, cuja origem comum é o comércio terrestre e o marítimo, ainda em plena expansão no Século XXI. A partir desse binômio riqueza-crédito, surge o principal elemento que cria o Direito Bancário e o caracteriza: a moeda.

Entretanto, a ele agregam-se outros institutos os quais são destacados a partir das principais instituições públicas que o controlam: o Banco Central do Brasil[1] e a Comissão de Valores Mobiliários[2]. Em ambos órgãos públicos há forte presença e influência das instituições privadas, as quais participam desde espaços próprios nos colegiados respectivos até a colaborarem e exigirem a elaboração de atos normativos capazes de darem segurança à atividade financeira, em especial, e ao

[1] www.bacen.gov.br.
[2] www.cvm.gov.br.

Sistema Financeiro Nacional, em particular. Esses são os marcos regulatórios do Direito Bancário Público.

Entretanto, o Direito Bancário Privado mesmo caracterizando-se por ser subordinado à regulação da atividade bancária, seus institutos são bastante diversos e têm origem em outras ciências, como o direito: a legislação que disciplina a concessão do crédito, tributos, o contrato de trabalho do bancário, consumidor; a economia: a inflação, as reservas cambiais, o volume de dinheiro propriamente dito em circulação etc.; a sociologia: a evolução cultural do cliente bancário e suas novas necessidades econômicas; a pedagogia: a educação para o uso das tecnologias bancárias e o correto consumo de crédito, entre outras.

Mas o novo cenário que se apresenta para o SFN está fora do âmbito material, por assim dizer. Trata-se do Direito Digital. Pouco provável que em vinte anos o perfil da agência bancária tenha qualquer semelhança com o atual. Estudos indicam o fim do caixa bancário em menos de uma década. Tudo isso implica em profundas alterações no dia-a-dia da atividade financeira, o que exigirá um ser humano capaz de lidar com tecnologias que estão em um contínuo evoluir.

Como o propósito destas linhas é o de apresentar curiosidades sobre o Direito Bancário, um olhar histórico sobre o *thema* permitirá, sem qualquer pretensão satisfativa, trazer informações insólitas ao conhecimento geral, tais como: o contexto bíblico, a evolução do Direito Bancário na História do Brasil, o dinheiro circulante, reservas cambiais e outros, a seguir.

2 A nomenclatura *Direito Bancário* e suas disciplinas jurídicas.

Direito Bancário não é a correta nomenclatura: o ideal seria "Direito da Moeda e do Crédito", porque não existem apenas "bancos". Há pelo menos vinte e cinco tipos de instituições financeiras, conforme a LC 105/2001[3], todas operando com o binômio riqueza-crédito; em consequência, o conjunto de dispositivos jurídicos que regulam essas IF's não pertence aos bancos, mas àquele conjunto de empresas.

Além disso, as obrigações que decorrem dessas atividades têm efetivo reflexo na seara de um grande conjunto de subdivisões do direito bancário: direitos humanos, direito internacional, direito constitucional, direito tributário, direito penal, direito econômico, direito administrativo, direito civil, direito do trabalho, direito do consumidor, direito processual civil e processual penal.

Direitos Humanos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, A Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção Americana dos Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos são documentos que contêm dispositivos jurídicos tendentes à erradicação da miséria que ainda grassa em 3/5 da população mundial e visa dar ao ser humano condições mínimas de dignidade material. Para tanto, é necessária a intervenção econômica para alcançar esses objetivos.

Direito Internacional traz as vinculações jurídicas do FMI Fundo Monetário Internacional[4], do Banco Mundial e do BIS[5] - Bank for International Settlements, ou Banco Internacional de Compensações, que controla os bancos centrais de um grande conjunto de país; por exemplo, as

[3] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm
[4] http://www.imf.org/
[5] www.bis.org

normas do BIS não têm sanção: ou os bancos aderentes cumprem as regras ou estão fora de quaisquer compromissos internacionais.

Direito Constitucional. A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, no Título VII - Ordem Econômica, artigo 192, traz a primeira referência ao Sistema Financeiro Nacional numa carta política brasileira.

Direito Eleitoral. O controle jurídico das prestações de contas das campanhas eleitorais se dá a partir de contas correntes bancárias que são criadas com essa exata finalidade.

Direito Tributário. Três impostos incidem sobre a atividade de concessão de crédito: o imposto de renda, o de operações financeiras, e a CPMF, que não deixou de existir no cenário político brasileiro: ela tem alíquota zero. O ISS é um imposto cobrado em nível municipal de operações de arrendamento mercantil.

Direito Penal. Há legislação específica relativa aos crimes realizados contra a Ordem Tributária e o Sistema Financeiro Nacional.

Direito Econômico. As condições de macroeconomia e de microeconomia que a atividade bancária faz intervenção direta, como o custo do empréstimo do dinheiro, é importante elemento efetor da economia, haja vista que o controle da inflação se dá pela fixação da taxa SELIC.

Direito Administrativo. A regulação e sancionamento da atividade bancária, que se dá através do BACEN, com os atos regulatórios; da CVM nas questões das operações passivas, assim compreendidas aquelas da cooptação e da remuneração do excedente de riqueza, e do CADE[6], no que se refere ao indesejável fenômeno da concentração bancária.

Direito Civil, através da disciplina do mútuo de dinheiro, dos juros e de diversos tipos de instrumentos de crédito, com ou sem disciplina jurídica, por exemplo, artigos 104 e 425 do Código Civil; além da profusa legislação sobre instrumentos contratuais típicos, como a cédula de crédito bancário e o empréstimo consignado.

Direito do Trabalho. Há específicos artigos que tratam do contrato de trabalho das "casas bancárias", o que traz a caracterização dos cargos de gerência, bem como dos cargos de confiança.

Direito do Consumidor, porque o crédito é um bem econômico de relevante valor à disposição do consumidor, que faz uso da riqueza alheia depositada em instituições financeiras, embora a intensa discussão se o crédito é um bem ou é um serviço.

Direito Processual Civil na revisão dos contratos bancários, na responsabilidade civil das IF's bem como na cobrança de dívidas; e do abuso de direito econômico e do dano moral que será tipo ímpar quando provém da atividade financeira.

Direito Processual Penal por se tratar de ação penal típica incondicionada no efeito mais grave que é a legislação própria com a sanção penal para o banqueiro.

Direito Bancário Público e Direito Bancário Privado.

Bruno Miragem (Direito Bancário, 2013, pp. 23-26) faz uma divisão clara: a atividade estatal disciplinada através do Banco Central, regula o Direito Bancário Privado, e outra, da Comissão de Valores Mobiliários, regula o que se chamaria de Direito Bancário Público.

Segundo esse autor, o Direito Bancário desenvolve-se:

> sob o influxo de três fenômenos de grande repercussão para o desenvolvimento de seus fundamentos e sua aplicabilidade prática. Primeiro, a retomada do crédito por grandes contingentes da população (...). O segundo fenômeno decorrente da crescente internacionalização do fluxo de capitais (...) a estimular a aproximação/uniformização da técnica bancária (...). E, por fim, o terceiro fenômeno, que é o de um ambiente de estímulo à criação de novos

[6] www.cade.gov.br

> instrumentos financeiros e, consequentemente, a necessidade de sua regulação jurídica (...).

Percebe-se que o Direito Bancário é uma disciplina jurídica extremamente complexa, observável o fenômeno através das disciplinas antes referidas, impondo estudos altamente especializados e exclusivos em cada um daqueles diplomas. Há legislação intensa especialmente em nível regulatório, que se caracteriza pela mutabilidade e pelo detalhamento.

3 As quatro funções Sistema Financeiro Nacional.

O Sistema Financeiro Nacional realiza quatro tipos essenciais de funções. A primeira, é a de captação de poupança, absorvendo o excedente da riqueza disponível no setor produtivo. A segunda, é a oferta de crédito para consumo, o que permite a aquisição de bens de consumo permanentes ou não, e a contratação de serviços os mais variados. A terceira, é a de recebimento de obrigações de direito público – coletoria de impostos, e de direito privado – recebimento de miríades de obrigações que decorrem de atos civis e atos empresariais. A quarta, é a função pagadoria de salários, vencimentos, soldos e benefícios previdenciários.

Há diversas instituições de direito privado que açambarcam as instituições financeiras conforme as suas diversas espécies. Duas, entretanto, têm relevante destaque nesse mister: A FEBRABAN[7] e a BOVESPA[8]. A Federação Brasileira de Bancos atua como grande sindicato patronal. A BOVESPA é a bolsa de valores do Brasil, por excelência.

4 Sistema Financeiro Nacional em números.

O SFN[9] trabalha com números impressionantes, mesmo para países ricos, dadas as circunstâncias que fazem o Brasil ser o quinto maior país do mundo em extensão territorial e em população, e o décimo em volume de riquezas. A força econômica brasileira é bastante expressiva quantitativa e qualitativamente. A circulação dessa força se dá especialmente através das instituições financeiras, as quais devem obedecer a complexa legislação regulatória do SFN. O Banco Central do Brasil está imediatamente abaixo do Conselho Monetário Nacional, mas é o órgão da administração federal pública indireta, por excelência, com as específicas funções de administrar o SFN.

Mas ele não é uma agência reguladora, é o BACEN do Brasil, a exemplo de tantos outros. Segundo o BACEN[10]:

> PIB brasileiro em fevereiro de 2017: R$6.307.075.000.000,00
> Meio circulante no dia 1º de abril de 2017: R$208.947.637.080,34;
> Número de cédulas da segunda família do real: 4.841.200.064;
> Número de cédulas da primeira família do real: 998.920.142;

[7] www.febraban.org.br
[8] www.b3.com.br
[9] http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r199812/texto.asp?idpai=revsfn199812
[10] http://www4.bcb.gov.br/adm/mecir/Resposta.asp

Ativos bancários[11] em 2014: R$7,3 trilhões de reais (moeda escritural).
Recursos de crédito destinados à pessoa jurídica: 24,1% do PIB;
Recursos de crédito destinados à pessoa natural: 24,8% do PIB;
Rendimento médio do brasileiro em janeiro de 2017:
Setor privado: R$1.783,98; variação em 4 trimestres: -1,29%
Setor público: R$3.309,00; variação em 4 trimestres: 2,30%
Reservas cambiais brasileiras em março de 2017: US$ 375.397 milhões.
Reservas cambiais brasileiras em março de 1986: US$6.000 milhões.
Proporção entre as reservas cambiais 1986/2017: 1/62.
Instituições financeiras autorizadas a operar no Brasil: 326.
Bancos – independentemente da espécie: 166.
Bancos e os clientes em milhões e o número de agências[12]:
1º Banco do Brasil – 35,9 – 7.555.
2º Bradesco – 23,1 – 9.228.
3º ITAÚ-UNIBANCO – 21,9 – 4.942.
4º CEF – 19,2 – 5.468;
5º SANTANDER – 9,2 – 2.973.
6º BANRISUL – 2,6 – 674.
7º Banco do Nordeste do Brasil – 0,81 – 355.
8º Banco Regional de Brasília – 0,47 – 141.
População bancarizada[13]: 86,5 milhões em julho/2015.
Agências bancárias – dados inconsistentes.
Correspondentes bancários[14]: 160.000 aproximadamente em 2012, segundo a FEBRABAN;
Postos de atendimento de todos os tipos de IF[15]: 15996 em 2014
Terminais de autoatendimento:
Tarifas bancárias – aumento[16] de 169% entre 2013 e 2015 e
Mobile banking – Brasil, 34%, Turquia 61%, EUA e China 51%;

A tecnologia bancária foi objeto de estudo da FEBRABAN que trouxe importantes dados comparativos para mostrar a evolução do SFN[17]

O BACEN disponibiliza planilha Excel que contém informações referentes às principais operações realizadas dentro do Sistema de Pagamentos Brasileiro – SPB,

Ano	Cheque	Cartão de Débito[2]	Cartão de Crédito	Débito Direto [3, 4]	Transferência de Crédito[5]
2008	2.554	107	220	133	15.872
2009	2.502	128	263	1.921	15.328

[11] http://www.valor.com.br/financas/4006542/bancarizacao-avanca-no-brasil-e-atinge-60-da-populacao-que-trabalha
[12] A tabela do BACEN apresenta inconsistências na sequência de agências, o que implica necessariamente em números menores.
[13] http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-07/populacao-brasileira-com-conta-bancaria-atinge-863-milhoes-de-pessoas
[14] http://convergecom.com.br/tiinside/services/15/06/2016/bancarizacao-no-brasil-dos-correspondentes-as-fintechs/
[15] http://www.bcb.gov.br/fis/info/download.asp
[16] http://convergecom.com.br/tiinside/services/15/06/2016/bancarizacao-no-brasil-dos-correspondentes-as-fintechs/
[17] https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Relatorio%20-%20Pesquisa%20FEBRABAN%20de%20Tecnologia%20Banc%C3%A1ria%202015.pdf

2010	2.691	159	332	2.064	17.223
2011	2.786	196	401	2.470	20.150
2012	2.891	237	465	3.802	25.189
2013	2.917	293	534	5.570	30.235
2014	2.801	348	594	5.026	32.139
2015	2.543	390	653	4.313	33.969
Fonte: Banco Central do Brasil e bancos					
[1] Inclusive transferência de crédito, débito direto e cheques sem liquidação interbancária.					
[2] Anos de 2010–2011, dados revisados. 2015, dado revisado em 11.11.2016.					
[3] A partir de 2009 inclui as operações em que as instituições financeiras são as beneficiárias dos pagamentos.					
[4, 5] 2013–2014, dados revisados pelo Banco HSBC. 2009–2012, exclui operações do Banco HSBC.					

5 Bancos convencionais.

Os bancos convencionais são aqueles dotados de agência física que realiza pelo menos as duas primeiras funções do SFN. Dentre as várias espécies, a de maior número de número de agências são os bancos múltiplos, entre os quais destacam-se entre os públicos: Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e o BANRISUL, todos considerados grandes bancos. Nos bancos privados tem-se o Itaú, o BRADESCO, o Santander, o Safra, o BTG Pactual e o Banco Votorantim. O Unibanco, o Citi e o HSBC foram adquiridos. Apenas o Citi remanesceu, mas sem atividade de varejo. Isso significa que o SFN está em efetivo processo de implosão e de concentração da oferta de crédito, o que é totalmente desaconselhável.

6 Bancos virtuais.

O que caracteriza o banco que é convencional são as estruturas físicas baseadas em agência-pessoal-papel, o que traz custos elevados, além de estruturas de suporte não menos dispendiosas e também complexas. Os bancos virtuais surgiram com estrutura, acesso a operações de crédito e débito, recebimentos/pagamentos sempre através da web, inclusive com o uso de *smartphones.* São as chamadas *startups*, cuja especificidade na atividade financeira tem o nome *fintechs*[18] [19] [20], que se caracterizam por conceder empréstimos, cartão de crédito virtual, seguros, conta corrente bancária e

[18] http://link.estadao.com.br/noticias/inovacao,startups-apostam-em-servicos-financeiros-e-tiram-sono-dos-bancos,10000028978

[19] http://exame.abril.com.br/pme/conheca-as-fintechs-as-startups-que-desafiam-os-bancos/

[20] http://fintechlab.com.br/index.php/2016/09/08/novo-radar-fintechlab-ja-sao-mais-de-200-empresas/?gclid=Cj0KEQjwwoLHBRDD0beVheu3lt0BEiQAvU4CKlHmylunsniu6XCWbTHce6IH6kr2RVKPsHFOXHJWdrcaAktt8P8HAQ

outros serviços financeiros – dependendo da atividade-fim de cada uma delas – com um custo mínimo e desprovidas de cartão ou de papel: tudo se opera no ambiente virtual.

O Nubank[21] é a *fintech* com maior expressão nesse cenário e tem foco exclusivo num cartão de crédito virtual, e que se dá ao luxo de escolher os seus clientes. Além de contar com uma associação, a exemplo da FEBRABAN, elas trabalham para ficarem sob a proteção do BACEN[22], que lhes dá permissão para atuar no mercado na condição de correspondentes bancários, ou seja, terceiros que trabalham para os bancos físicos, sem se tornarem IF's.

Pouco mais de seis anos após chegar ao País, o crédito online começa a se organizar para estreitar relações com os consumidores e o Banco Central. Sete fintechs de empréstimo a pessoas físicas e jurídicas - Biva, BankFacil, Geru, Just, Lendico, Simplic e Trigg - acabam de lançar a Associação Brasileira de Crédito Digital (ABCD).

Tais instituições ainda não são propriamente autônomas, porque operam vinculadas a instituições financeiras tradicionais, autorizadas a operar no mercado pelo BACEN. Ainda não há marco legal nem regulatório específicos para esse tipo de empresa.

7 Resoluções do BACEN.

São atos normativos com força de lei cujas destinatárias são as instituições financeiras: tem como características atualidade, vinculação, obrigatoriedade e segurança. A resolução é um dos nove tipos de atos regulatórios do BACEN, com mais de 4.500 resoluções editadas.

Resolução 01 – criava estímulo ao consumo!
Resolução 1064 – taxas de juros livres nos contratos bancários;
Resolução 1129 – comissão de permanência no período da inadimplência contratual;
Resolução 1631 – cheques sem fundo;
Resolução 2025 – requisitos para abertura de uma conta corrente bancária
Resolução 2878 – proteção para o consumidor (revogada);
Resolução 3619 – tarifas;
Resolução 4172 – credit scoring;
Resolução 4192 – portabilidade de dívidas bancárias;
Resolução 4549 – financiamento do saldo devedor da fatura do cartão de crédito.

[21] https://www.nubank.com.br/
[22] http://economia.estadao.com.br/noticias/suas-contas,fintechs-de-credito-criam-grupo-para-se-aproximar-de-bc-e-consumidores,10000089578

8 Moedas brasileiras e a verdadeira data da independência do Brasil

O Brasil declarou sua independência em 7 de setembro de 1822 e somente teve a sua primeira moeda[23] em 01 de novembro de 1942, o Cruzeiro – CR$, ou seja, 120 anos, um mês e 24 dias depois; durou vinte e cinco anos e é a moeda mais longeva brasileira, mas deverá ser superada pelo real, com certeza, dia 02 de julho de 2019.

O Brasil sentia a força do processo inflacionário nos anos 1960 e vem sua segunda moeda, o Cruzeiro Novo, NCr$, que vigeu de 13 de novembro de 1967 a 14 de maio de 1970. O Cruzeiro, vigente de 15 de maio de 1970 a 27 de fevereiro de 1986 foi a moeda que fez a população conhecer a mais longa espiral inflacionária.

A primeira moeda de "inflação estabilizada" foi o Cruzado, Cz$, e durou de 28 de fevereiro de 1986 a 15 de janeiro de 1989. Mais uma moeda fruto de plano econômico e surgiu o Cruzado Novo (NCz$, e durou pouco: de 16 de janeiro de 1989 a 15 de março de 1990.

Com a primeira eleição direta para presidente, permitida pela Constituição de 1988, surgiu do desastrado "Plano Brasil Novo", retornou o Cruzeiro entre 16 de março de 1990 a 31 de julho de 1993. A última moeda vigente conheceu o período mais curto e o de mais intensa inflação, entre 1º de agosto de 1993 a 30 de junho de 1994, foi o Cruzeiro Real.

O Real é a moeda de curso forçado desde 01 de julho de 1994 e deverá ser a mais longeva, quiçá sendo extinta com a criação de uma moeda única para todo o continente sul-americano. Diferentemente das anteriores que foram sobrevalorizadas à razão 1/1000, o Real foi inserido na economia brasileira à razão de 1/2750 sobre a moeda anterior. Mas o Real sofreu a interferência de um indexador chamado URV, unidade real de valor, que bem mensurava o valor dos produtos e serviços, apesar de toda a inflação que grassava na economia brasileira. Em sua vigência, produtos foram valorizados, outros desvalorizados.

9 Moeda escritural

A moeda escritural não é difícil de ser compreendida. Um exemplo simples faz o esclarecimento: uma pessoa com sua própria poupança dá R$10.000,00 de entrada para compra de um automóvel, mediante a emissão de um cheque, TED ou DOC: 1 – o banco-A dessa pessoa faz a transferência desse dinheiro para o banco financiador do veículo e registra em sua contabilidade a saída do dinheiro da conta do cliente; 2 – o banco financiador registra em sua contabilidade a entrada do dinheiro e realiza a operação do financiamento, lançando em sua contabilidade como valores a receber o saldo do financiamento e as parcelas que receberá, incluindo os juros, em seu balanço, no ativo; 3 – ao mesmo tempo, ele considera como valor disponível e recebido em caixa R$10.000,00; pelo efeito multiplicador de até 14 (catorze) vezes!, o banco-B passa a emprestar até R$140.000,00, registrando em sua contabilidade essas operações; 4 – um de seus cliente toma emprestado, por exemplo, R$20.000,00 desse dinheiro e realiza uma compra de um bem material qualquer que é pago a um fornecedor; esse fornecedor recebe o valor e o deposita em seu banco-C; esse banco registra em seu caixa essa disponibilidade da entrada de dinheiro, faz o efeito multiplicador 14 e passa a

[23] http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/n/MUSEU

considerar como disponível para empréstimo o valor de R$280.000,00 registrando-o em sua contabilidade, e assim sucessivamente.

10 TED

A TED é transferência eletrônica disponível, ou seja, uma transferência eletrônica entre duas instituições financeiras diferentes, entre contas de mesmo titular ou não; a vantagem é que funciona como se fosse um depósito em dinheiro automático entre IF's diferentes. Pode pagar tarifa, dependendo do banco e do cliente.

11 DOC

O DOC foi criado em papel para substituir a ordem de pagamento – que ainda existe –, e fazer a transferência de dinheiro – por meio do uso de papel com o envio físico dele entre diferentes bancos – do mesmo modo que a TED hoje faz por meio eletrônico. Houve o DOC eletrônico, mas o seu funcionamento foi abandonado porque tinha prazo de 24h para ser realizando enquanto que a TED é realizada no mesmo dia se dentro do limitador de horário; fora dele será realizada em 24h.

12 Dinheiro

A palavra dinheiro aparece pela primeira vez no texto bíblico em Gênesis, 43:12[24]. Dinheiro não é moeda: é papel... O dinheiro impresso somente surgiu após Gutenberg, cuja prensa móvel data de 1434. Essa referência a dinheiro é bastante curiosa porque talvez não designe propriamente moedas no sentido físico.

A primeira emissão de papel-moeda na América do Norte foi em 1690, em Massachusetts (GALBRAITH, 1983), e provavelmente de todo o continente americano. A França a partir de 1620 passou a emitir papel-moeda e foi talvez o primeiro país europeu a fazer isso.

13 Inflação

A mudança na força do poder aquisitivo da moeda, com o aumento do número de unidades de moeda para mais, chama-se inflação. Deflação é o fenômeno reverso. Estagflação é o fenômeno de estagnação da economia com inflação. O Brasil não é o único país do mundo que enfrenta este problema, embora esse fenômeno econômico hoje esteja em níveis baixíssimos comparado com períodos anteriores de nossa história.

[24] E dinheiro cobrado...

Míriam Leitão (2011, encarte), mostra a evolução desse fenômeno a partir de dezembro de 1979, o que revela o quão é indesejável fazer-se um povo escravo da inflação:

Números de um tempo louco	
Ministros da Fazenda	16
Presidentes do Banco Central do Brasil	18
Moedas	6
Zeros retirados das sucessivas moedas (000,000,000)	9
Divisão da moeda no real	2.750
Calotes externos	2
Calotes internos	1
Inflação no período de dezembro de 1979 a junho de 1994	
13.342.346.717.617,70% ou treze trilhões...	
Inflação no período de julho de 1994 a dezembro de 2009	
196,87%	

14 Bancarização

Bancarização é o fenômeno de inserção de toda a população economicamente ativa, com renda formal ou informal. A bancarização caracteriza-se pela abertura de uma conta corrente numa instituição financeira, cujo cadastro obedece à Resolução 2025, vinculando a riqueza depositada, e as operações respectivas, diretamente sob ciência da Receita Federal. O uso do cartão bancário substitui o cheque com indiscutíveis vantagens.

Segundo publicação especializada[25], a população adulta brasileira, em torno de 160.000.000 de pessoas em 2006, tinha aproximadamente 87%, ou 140.000.000 de pessoas com alguma relação direta com bancos, com um crescimento médio de 3,3% ao ano, desde 2006.

E aproximadamente 55.000.000 dessas pessoas são tomadores de crédito, ou seja, realizam alguma operação de consumo de crédito, o que as insere na sociedade de consumo, exigindo, por isso, seja dada extrema importância à educação financeira, a fim de que as pessoas compreendam a necessidade de saber tomar crédito e principalmente a questão de pagar.

O BACEN possui em seu sítio, www.bacen.gov.br, ou www.bcb.gov.br um link[26] específico de educação financeira, sem prejuízo de inúmeras notícias sobre o *thema* na imprensa especializada, o que pode ser obtido sem custo, inclusive com download de variados programas com essa específica finalidade.

[25] http://www.valor.com.br/financas/4900432/bancarizacao-cresceu-33-ao-ano-desde-2006-diz-diretor-do-bc
[26] https://cidadaniafinanceira.bcb.gov.br

15 Caderneta de poupança

A caderneta de poupança[27] é um produto do governo federal que tem regras próprias[28], rígidas, exclusivas de administração bancária pública, mas pode ser operada por todas as instituições financeiras sob a forma banco, inclusive a Caixa Econômica Federal, uma autarquia. Com a mudança da regra do rendimento da caderneta de poupança, outras aplicações financeiras têm recebido dinheiros antes depositados nela. Segundo o relatório do BACEN[29], o saldo total da caderneta de poupança em 03 abril de 2017 era de R$659.488.658 (mil).

É um produto de típica utilização popular, porque não está sujeita a remuneração negativa, diferentemente do que ocorrem com os fundos de aplicação, por exemplo, os quais estão lastreados em cestas de ações, e por essa razão podem dar rendimento negativo.

Segundo o BACEN, a remuneração dos depósitos da poupança obedece ao artigo 12 da Lei 8.177/1991, alterada pela MP 567/2012. As Resoluções 3354, 3446 e 3530 tratam da metodologia de cálculo do rendimento da poupança que tem dois sistemas, ambos apoiados em referencial inflacionário. Também pelo sistema das séries temporais é possível calcular índices das cadernetas de poupança a partir de 1º de fevereiro de 1991.

16 Juros

Os juros representam o valor que se paga pelo uso da riqueza alheia. O BACEN apresenta interessante quadro comparativo[30] sobre os juros praticados nas diversas modalidades de crédito. Há uma característica desconcertante nos contratos de mútuo celebrados entre as IF's e as pessoas naturais, o que é um fator determinante dos juros a serem pagos: não há garantia real nem fidejussória na maioria deles. Entretanto, a forma de pagar, ao levar garantia ao credor reduz intensamente a taxa de juros.

A seguir, uma tabela apenas com as operações para pessoa natural, contendo as taxas mínima, máxima e média de cada operação, todas acessíveis a qualquer pessoa, conforme a anterior referência.

Financiamento de veículos – 39 instituições financeiras		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média
0,76% a.m.	4,48% a.m.	2,62% a.m.

Cartão de crédito – rotativo – 49 instituições financeiras		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média
2,37% a.m.	20,00% a.m.	11,18% a.m.

Cheque especial – 30 instituições		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média

[27] http://www4.bcb.gov.br/pec/poupanca/poupanca.asp
[28] http://www4.bcb.gov.br/pec/poupanca/poupanca.asp
[29] http://www.bcb.gov.br/Pre/SalaImprensa/port/poupanca.asp
[30] http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/txjuros/

Zero	16,26% a.m.	8,13% a.m.

Consignado INSS – 36 instituições financeiras		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média
1,87% a.m.	2,36% a.m.	2,11% a.m.

Consignado setor privado – 47 instituições financeiras		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média
1,38% a.m.	6,84% a.m.	4,11% a.m.

Consignado setor público – 36 instituições financeiras		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média
1,66% a.m.	5,18% a.m.	3,42% a.m.

Crédito pessoal não-consignado – 61 instituições financeiras		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média
Zero	22,82	11,41%

Empréstimo imobiliário com taxas reguladas – 12 instituições financeiras		
Taxa mínima	Taxa máxima	Taxa média
0,61% a.m.	0,89% a.m.	0,75% a.m.

17 Taxa SELIC

A taxa SELIC[31] foi criada para indicar a remuneração dos títulos da dívida pública e é o parâmetro a partir do qual há estímulo ou desestímulo para o consumo e, em consequência, para disciplinar a atividade econômica, fomentando-a ou inibindo-a. É um indexador econômico bastante preciso que pode ser mensurado diretamente pelo sítio do BACEN[32].

Define-se Taxa Selic como a taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais. Para fins de cálculo da taxa, são considerados os financiamentos diários relativos às operações registradas e liquidadas no próprio Selic e em sistemas operados por câmaras ou prestadores de serviços de compensação e de liquidação (art. 1° da Circular n° 2.900, de 24 de junho de 1999, com a alteração introduzida pelo art. 1° da Circular n° 3.119, de 18 de abril de 2002).

Entre 02-01-1995 e 06-04-2017 a taxa SELIC aplicável é 468,13390155780530.

[31] http://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/n/SELICTAXA
[32] http://www.bcb.gov.br/htms/selic/conceito_taxaselic.asp

18 Conclusão.

O Sistema Financeiro Nacional não surgiu com a Lei 4.595/1964: a sua efetiva presença somente passou a ser percebida fora do cenário financeiro na vigência da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Na realidade econômica brasileira: ele começou efetivamente em 1º de julho de 1994 com o início do Plano Real.

O SFN é bastante complexo, difuso e muito detalhado em seus atos regulatórios, o que se traduz em efetiva dificuldade na sua aplicação pelas IF's. Seus números são expressivos e impactantes, as modalidades de crédito variadas e a intervenção estatal é bastante forte, inclusive por influência das instituições privadas que são importantes sujeitos efetores de seu funcionamento.

Há intensa e permanente mutação do SFN, seja pelo surgimento de novos e necessários tipos de tecnologia bancária, pelas novas IF's que trabalharão apenas em âmbito digital, e mesmo pela própria evolução do sistema, que permitirá a total ausência ou desnecessidade de comparecer a agência bancária física, as quais terão intensamente reduzido o seu atual número, de aproximadamente 27 mil unidades.

O acesso ao crédito, o seu uso social, a sua finalidade constitucional, a fidelidade de pagamentos, as estabilidades jurídica e econômica do sistema, todas estas condicionantes são ainda bastante desconhecidas do grande público, o que não é desejável. Entretanto, a modificação como um todo desse status tende a mudar e isso deverá ocorrer. Basta o tempo. Então o SFN atenderá efetivamente as suas finalidades mais intrínsecas.

Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015, 1703 pp.

MIRAGEM, Bruno. *Direito Bancário*, 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 603 pp.

TURCZYN, Sidnei. *O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária*. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, 427 pp. (MIRAGEM, 2013, p. 79).

CRISE NA RELAÇÃO DE CONSUMO: AS NOVAS DINÂMICAS DO CONSUMO COLABORATIVO

Guilherme Mucelin[33]
Lúcia Souza D'Aquino[34]

Resumo:

Em uma sociedade pós-moderna, o consumo ganhou uma nova roupagem baseada na rede mundial de computadores. (Re)Nasceu, assim, o consumo colaborativo, que trouxe à relação de consumo tradicional novos conceitos, como os gatekeepers, os prossumidores, a Internet das Coisas e o *we-commerce*. Este artigo analisa como esses novos conceitos impactam o Direito do Consumidor, de modo a identificar uma crise na própria relação de consumo.

Palavras-chave: *sharing economy*. consumo colaborativo. crise na relação de consumo.

Abstract:

In a postmodern society, consumption has gained a new network in the world-wide computer network. The collaborative consumption was (re)born, which brought to the traditional consumption relationship new concepts such as *gatekeepers*, prossumers, Internet of Things and we-commerce. This article analyzes how the new concepts impact consumer law, in order to identify a crisis in the consumer relationship itself.

Keywords: sharing economy. collaborative consumption. consumer relation's crisis.

1 Introdução

It's the whole you need, not the drill.
Victor Papanek

Este artigo visa à análise de como as relações de consumo têm sido influenciadas pelas novas tendências de interação entre seus agentes e pela inserção da tecnologia no próprio elemento de consumo. Iniciamos com uma reflexão a respeito das tendências estabelecidas pela economia do acesso e as ferramentas utilizadas para a construção desse paradigma que a sociedade está vivenciando. Desse modo, são apresentados termos estabelecidos em estudos de outras áreas da

[33] Mestrando em Direito do Consumidor e Concorrencial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Especialista em "Droit comparé et européen des contrats et de la consommation" pela Université de Savoie Mont Blanc; Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais e em Direito Internacional Público e Privado, ambos pela UFRGS; Membro do Grupo de Pesquisa CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização' (UFRGS). Advogado. E-mail: guilherme.mucelin@ufrgs.br.

[34] Doutoranda e mestra em Direito do Consumidor e Concorrencial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Especialista em "Droit comparé et européen des contrats et de la consommation" pela Université de Savoie Mont Blanc; Membro do Grupo de Pesquisa CNPq 'Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização' (UFRGS). Advogada. E-mail: lucinha@gmail.com.

ciência do comportamento humano, buscando compreender o impacto jurídico desta tendência.

Por conseguinte, tecemos considerações a respeito do consumo colaborativo e da economia do compartilhamento, os quais têm redefinido a relação de consumo como se apresenta hoje no universo jurídico. Com o redescobrimento das formas tradicionais de acesso a bens e serviços, através de plataformas que asseguram a confiança nas negociações, a *sharing economy* se apresenta como uma alternativa para a experimentação das coisas, não se limitando a sua posse ou propriedade, trazendo, também, novos conceitos, atores e os elementos da pós-modernidade, que acabam por culminar em uma crise na definição de relação de consumo como a tradicionalmente conhecemos.

Assim, busca-se um diálogo entre os impactos dos hábitos da sociedade contemporânea e as normas jurídicas que amparam e protegem estas relações que estão em constante metamorfose e aperfeiçoamento.

2 A virada da sociedade de consumo: do 'meu' ao 'nosso'

As mudanças da sociedade ocorridas após as Revoluções Francesa e Industrial mudaram também as relações entre as pessoas e os bens e serviços que adquirem. A então nova forma de produzir massificada ocasionou um desequilíbrio na balança entre produção e consumo, exigindo dos produtores providências a fim de escoar a produção em excesso (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2014; p. 49 ss; MIRAGEM, 2016, p. 49 ss.). Como consequência de tais providências, houve um aumento no consumo de bens e serviços por parte da sociedade, que passou a ser por muitos denominada "sociedade de consumo" (BAUMAN, 2008).

Mais recentemente, com as inovações tecnológicas do último século, há uma hiperabundância de bens (MARQUES, 2016, p. 203), que acabou por culminar no hiperconsumo[35]. Esse consumo intensivo provocou a diminuição das atividades coletivas e participativas entre as pessoas (BRICENO; STAGL, 2016, p. 1541), o que avultou a tendência de individualização do homem em contraposição à consciência coletiva: a identidade das pessoas já não se dava por sua participação em comunidade, mas sim pelo que elas consumiam.

Nesse sentido, Ropke afirma que o consumo desempenhou papel importante na construção e na sustentação de uma autoidentidade dos indivíduos, eis que eles utilizavam os bens como forma de se definir e de transmitir mensagens aos outros, traduzindo o projeto do *eu* em um projeto de *possuir bens desejados*, o que tornou a manutenção da autoidentidade um processo interminável e que implica um "persistente e forte impulso psicológico para consumir" (ROPKE, 1998, p. 410).

Em decorrência dessa individualidade exacerbada, perdeu-se o senso de comunidade e de consciência coletiva: marcas substituíram *commodities*, publicidade de massa substituiu a venda pessoal e o consumidor substituiu o cidadão. Em outras palavras, a sociedade de consumo centrou-se no consumidor considerado somente em si e em seus desejos materialistas, empoderando este sujeito em detrimento da coletividade (MUNIZ; O'GUINN, 2001, p. 413).

Assim, o consumo tornou-se o centro da vida social, definindo e orientando as aspirações e as identidades das pessoas, o que gerou ainda mais aquisição de bens. Para Barbosa, isso se deu porque os consumidores adquirem um produto ou serviço a fim de experimentar os prazeres momentâneos

[35] Hiperconsumo: um consume que absorve e integra parcelas cada vez maiores da vida social; que funciona cada vez menos Segundo o modelo de confrontações simbólicas caro a Bourdieu; e que, pelo contrário, se dispõe em função de fins e de critérios individuais e segundo uma lógica emotiva e hedonista que faz que cada um consuma antes de tudo para sentir prazer, mais que para rivalizar com outrem" (LIPOVETSKY; CHARLES, 2004, p. 25-26).

que eles proporcionam; já que não duradouros, sempre haverá nova motivação para que um novo objeto de desejo seja adquirido (BARBOSA, 2008, p. 53). Neste sentido, o consumo evoluiu para o propósito da existência dos indivíduos, caracterizando o consumismo como o ato de consumir associado ao desejo de rápida substituição dos bens (BAUMAN, 2008, p. 50), e não como o ato básico de satisfação de *reais* necessidades.

Contudo, principalmente após a crise mundial de 2008, parte da população percebeu que a economia e a natureza não suportariam mais o modelo tradicional de compra-uso-descarte-compra baseado em recursos não renováveis. Dessa maneira, as preocupações ambientais e a conscientização dos altos custos do consumismo gradativamente estão afastando a sociedade do hiperconsumo, levando-a ao compartilhamento, à agregação, à abertura e à cooperação (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. XVIII). Sobre o tema, Belk assevera que "o compartilhamento faz um grande sentido prático e econômico para o consumidor, o meio ambiente e a comunidade. Também pode trazer uma grande dose de bom senso para os negócios que são suficientemente flexíveis, inovadores e com visão de futuro" (BELK, 2014, p. 1597).

Nota-se que a forma capitalista de consumo desenfreado, pautada no crédito, na publicidade e na propriedade individual, embora fortemente ativa, está se transformando na sociedade do consumo colaborativo, que é baseada na consciência de comunidade global, no acesso partilhado, na confiança e no uso da Internet, caracterizando a nova tendência de consumo do século XXI.

Mesmo assim, o consumo baseado no modelo mercadológico tradicional ainda prevalece sobre os arranjos colaborativos, muito embora o movimento dos consumidores para o compartilhamento de seus bens e habilidades através de mercados alternativos esteja sendo impulsionado virtuosamente pela criação e crescimento de plataformas digitais que propagam a ideia e a prática do consumo colaborativo.

Neste sentido, o *homo economicus et culturalis* (MARQUES, 2016, p. 305) da sociedade de consumo pós-moderna guia-se por dois importantes motes: a aversão ao consumismo e a aderência ao consumo equilibrado, ambos, evidentemente, lastreados pela redução de custos que essa nova economia híbrida proporciona aos consumidores (ABRAMOVAY, 2014). Para que tais motes se concretizem, a pós-modernidade, juntamente com o desenvolvimento tecnológico, trouxe consigo mudanças importantes no que toca às formas tradicionais de consumir (BAUMAN, 2008, p. 7), reforçando ainda mais o ideal de consumo sustentável (PROTERO *et al*., 2011, p. 34), dando azo ao chamado consumo colaborativo ou consumo participativo (MARQUES; MIRAGEM, 2016), que se utiliza das lógicas e dos modelos estabelecidos pela *sharing economy*.

Com o advento da Internet e o crescimento da interação dos indivíduos com grupos sociais, principalmente por meio de plataformas virtuais de comunicação (MONT, 2004, p. 147), aliados às consequências da crise mundial, a noção de consciência coletiva tornou-se relevante novamente, de forma que os meios de consumo colaborativo têm ganhado força. Isso se deu porque os modelos de acesso aos mercados estão se popularizando (em grande medida porque impulsionados pela Web), uma vez que as tecnologias sociais, de mobilidade e de localização são decisivas para esta nova tendência de consumo, tornando o compartilhamento de bens e serviços mais fluídos (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. XIV).

Neste contexto, consumir passou a ser uma atividade dinâmica na qual a contribuição e a colaboração são meios mais eficazes, econômicos e sustentáveis para se obter o que se deseja. Nasce, desse modo, a "mentalidade do uso" (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 61), que é caracterizada pelo eventual pagamento do benefício que o produto ou o serviço trará, e não necessariamente pela sua posse ou propriedade, o que faz, inclusive, Belk conceituar a contemporaneidade como a era da pós-

propriedade (BELK, 2014). Assim, "à medida que as nossas posses se desmaterializam, tornando-se intangíveis, nossas percepções de propriedade estão mudando, criando uma linha pontilhada entre *o que é meu, o que é seu* e o *que é nosso*" (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 91).

3 Economia do acesso, Internet e consumo: a *sharing economy*

Na esteira da evolução tecnológica, torna-se evidente que vivenciamos uma nova etapa do processo de desenvolvimento econômico, jurídico e social, que é marcada pela superação da lógica de consumo em massa, típica dos séculos passados[36], a qual está pautada pelo senso da prevalência da propriedade (MIRAGEM, 2013, p. 38) e pelo acúmulo indiscriminado de bens[37]. Tais comportamentos saturaram o meio-ambiente e o mercado na sociedade pós-moderna[38] com crises financeiras e com o esgotamento ambiental que o consumo desenfreado provocou.

A necessidade de repensar a economia, bem como a urgência de estabelecer parâmetros sustentáveis para o capitalismo, está fazendo a mentalidade acumulativa-individualista de consumo esmaecer. Privilegia-se, nesse sentido, o uso racional de ativos (aqui considerados bens, serviços, tempo útil disponível etc.) com capacidade ociosa, a fim de otimizar a utilização desses recursos através de sua redistribuição, compartilhamento e reaproveitamento[39], além de, obviamente, oportunizar àqueles com menos recursos o acesso a bens e serviços de elevado custo (CHESHIRE; WALTER; ROSENBLATT, 2010, p. 2599).

A economia do compartilhamento, como se denomina esse novo *business*, horizontaliza as relações humanas, pois descentraliza os instrumentos de produção e de troca, abre caminhos para a cooperação direta (seja entre pessoas – modelo mercadológico conhecido como P2P[40], seja entre empresas – modelo B2B[41]), e critica, inclusive, o uso indiscriminado dos direitos autorais como base de inovação (ABRAMOVAY, in COSTA; AGUSTINI, 2014, p. 131). Para Abramovay, três

[36] Sobre as alterações no mercado decorrente das Revoluções e também ocorridas na segunda metade do século XX, ver: Mar ques, Benjamin e Bessa (2014, p. 49 ss.) e Miragem (2016, p. 49 ss.).

[37] Botsman e Rogers analisam interessantemente o acúmulo de bens que fomos culturalmente engendrados a guardar. Para tanto, utilizam o exemplo da dependência de guarda-volumes ou de depósitos locados pelas pessoas para que guardem o que efetivamente não utilizam: "vivemos em um mundo em que nossas gavetas, nossos armários, nossos closets, nossos sótãos, nossas garagens, nossos galpões e nossos porões estão entulhados com montanhas de objetos que raramente usamos e esquecemos até que nós os temos" estabelecendo que "em média, gastamos mais com os guarda-volumes do que com leite, café ou cerveja". (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 11-12).

[38] Para Terry Eagleton, a pós-modernidade é uma linha de pensamento que tenta questionar as noções clássicas de verdade, razão, identidade, objetividade, e a própria ideia de progresso ou emancipação universal, criticando, inclusive, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos estáticos e definitivos de explicação. (EAGLETON, 1998, p. 7). Seguindo a trilha de Erik Jayme, a cultura pós-moderna conta com quatro elementos: (a) o pluralismo de formas e de estilos, segundo o qual cada pessoa escolhe seu próprio estilo de vida, marcando o direito à diferença; (b) a comunicação sem fronteiras, impulsionada não só pela tecnologia, mas também pela vontade e pelo desejo de se comunicar, emergindo de um valor comum; (c) a narração, na medida em que comunicar também é descrever, contar e narrar; e (d) retorno aos sentimentos, isto é, em relação à identidade cultural, a defesa da identidade cultural, religião e outras expressões do individualismo. (JAYME, 2003).

[39] UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI (parecer de iniciativa). *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, jun. 2013. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=PT>. Acesso em: 21 mar. 2017.

[40] Contratos celebrados pelo modelo de negócio P2P "são aqueles concluídos entre sujeitos de mesmo grau" (BALLARINO, 2006, p. 203), ou, em outras palavras, "entre pessoas não profissionais" (MIRAGEM, 2016, p. 561).

[41] O modelo de negócio B2B, de profissional para profissional, é ainda mais antigo que o modelo P2P. É comum, por exemplo, o compartilhamento de maquinário agrícola por diversas empresas do ramo. (PUSCHMANN, 2016, p. 93).

mudanças teóricas significativas estão sendo possibilitadas pelo incremento da filosofia do compartilhamento na economia: (1) a descentralização das atividades impulsionadas pela rede mundial de computadores, (2) a redução dos custos de transação e (3) a emergência de uma economia da atração[42] que se pauta na confiança em relações interpessoais (ABRAMOVAY, in COSTA; AGUSTINI, 2014, p. 104-131).

A descentralização das atividades na rede, como primeira mudança significativa, vai ao encontro do conceito de economia de escala[43], evidenciando a virada paradigmática de uma sociedade baseada no modelo industrial de consumo, a qual tem por base a concentração de recursos para uma maior eficiência econômica, para uma sociedade baseada no compartilhamento. Assim, os recursos não estariam mais canalizados e explorados por grandes monopólios ou empresas transnacionais, e sim estariam cada vez mais dissipados entre os próprios consumidores, alavancados pelo uso da tecnologia a fim de aproximar demandas (BARNETT; CLOKE; CLARKE; MALPASS, 2005, p. 39), influenciando não somente a economia, mas também o cenário industrial (ANDERSON, 2012, p. 225), ambiental[44], social (BELK. 2014, p. 1597) e jurídico (LIMA, 2007, p. 457).

Vale destacar que, neste novo cenário, as relações de consumo se tornam constantemente mais fluídas (MARQUES, 2016), isto é, tornam-se mais complexas (BAUMAN, 2007, p. 109), já que as concepções estáticas de consumidor e de fornecedor em polos antagônicos se mostram, por muitas vezes, obscuras, misturadas ou confusas. Nessas novas dinâmicas de consumir, observa-se uma transformação importante nas relações de consumo tradicionais: para além das figuras do consumidor *versus* fornecedor, sobressaltam ao Direito do Consumidor os novos conceitos de prossumidor e de *gatekeeper*.

O termo prossumidor vem do inglês, *prosumer*, e foi criado por Alvin Toffler, em sua obra datada de 1980 chamada *A Terceira Onda*. O autor estabelece as separações das relações entre consumo e produção[45], denominando cada fase como "onda". A primeira onda é anterior à industrialização, quando o consumo e a produção não se encontravam separados, isto é, o prossumo já era realidade antes mesmo da era industrial. A segunda onda se deu com a separação dessas duas funções já quando da industrialização da sociedade, fazendo nascer as noções quase que antagônicas e complementares de consumidor e de fornecedor. Na visão de Toffler, a sociedade contemporânea não conta como forma primordial da economia nem a produção nem o consumo, mas sim o prossumo, que sinaliza o enaltecimento do prossumidor, superando a *summa divisio* entre as definições, caracterizando, assim, a terceira onda (TOFFLER, 1980, p. 265 ss.).

Deste modo, o próprio consumidor sai de sua posição de passividade (no sentido de que não produz e é uma peça no mercado de consumo), para também produzir e fabricar seus próprios

[42] Para saber mais, veja, por todos: Abramovay (2014, p. 104/131, p. 118)

[43] "A economia de escala ou rendimentos permite explicar o porquê algumas empresas são mais lucrativas que outras. Assim, através de uma economia de escala é possível maximizar os lucros, na medida em que a quantidade produzida aumenta. Existem processos que se tornam mais produtivos em larga escala de produção/fabricação, do que em pequenas quantidades. Isso pode ser observado quando todos os insumos são duplicados e o custo aumenta em proporção inversa à quantidade de insumos. Resumidamente, a economia de escala ocorre quando o custo médio diminui à medida que a produção aumenta". (BESANKO; BRAEUTIGAM, 2004, p. 240).

[44] O consumo colaborativo também se caracteriza por ser uma forma de consumo sustentável. Assim: Protero (2011, p. 34).

[45] Sobre as mudanças no (aparente) dualismo produção-consumo que culminaram no prossumo, leia: Ritzer, Jurgenson (2010, p. 13-36).

produtos[46], fortalecendo este sujeito vulnerável[47] e alcançando o novo papel de prossumidor[48].

De outra banda, como o consumo colaborativo é impulsionado primordialmente pela Internet, temos outro novo sujeito digno de destaque, que é quem viabiliza o *locus* para a economia do compartilhamento (MARQUES, 2016) e, assim, atrai para si responsabilidade com relação aos consumidores. Falamos na nova noção de *gatekeeper*[49] ou plataforma colaborativa, ou seja, aquele portal ligado à Internet que estrutura todo o modelo de negócio.

A segunda mudança relevante, incrementada pela introdução da consciência do compartilhamento na economia, é a redução dos custos de transação. Seguindo as lições de Rifkin, temos que o custo para se produzir, seja uma obra intelectual, seja um produto físico, é cada vez mais próximo a zero. O autor traz como exemplo o mercado editorial, que sofre com a redução do custo marginal[50] para quase zero de livros escritos e disponibilizados de graça na rede (RIFKIN, 2016, p. 16), evidenciando um custo de transação cada vez menor e próximo a zero, inclusive porque o produto, no caso, é repassado ao consumidor com menos intermediários econômicos.

O terceiro *status* modificado consiste na emergência de uma economia de atração, cuja característica principal é o entendimento da vontade real das pessoas, onde se visualiza o consumidor não mais como um *push economy*, mas como *pull economy*[51], ou seja, aquele que é visto mediante suas reais necessidades e não aquele simplesmente *impulsionado* ao consumo, tendo como substrato o compartilhamento entre os indivíduos. Para tanto, a noção de confiança[52] nas relações interpessoais tem papel fundamental para a afirmação da economia do compartilhamento e para a sua perenização na sociedade de consumo[53].

Por essas características que fazem possibilitar o melhor e maior acesso a bens e produtos de custo naturalmente elevado por um custo consideravelmente menor (MIRAGEM, 2016, p. 561), é que Eckhardt e Bardhi consideram que a economia do compartilhamento, em verdade, é a economia do acesso (BARDHI; ECKHARDT, 2012, p. 884). Dentro desse prisma, temos que os bens, não

---

[46] Sobre as inovações e possibilidades que as impressoras 3D estão trazendo e trarão à vida dos consumidores, leia o capítulo provocativamente intitulado "Impressão 3D: da produção em massa à produção pelas massas", Rifkin (2016, p. 111-133).

[47] Nas palavras de Dal Pai Moraes, vulnerabilidade é a qualidade ou condição daquele sujeito mais fraco da relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham ser ofendidos ou feridos, na incolumidade física ou psíquica, bem como no âmbito econômico, por parte do sujeito mais potente da relação. (MORAES, 1999, p. 96).

[48] Para Jeremy Rifkin, simplificadamente, prossumidores são os "consumidores que se tornaram seus próprios produtores". (RIFKIN, 2016, p. 17).

[49] MARQUES salienta a importância do *gatekeeper* para o consumo colaborativo, eis que ele guarda, elabora e abre o caminho ou local de encontro entre as duas partes que contratarão na "freeway da internet". (MARQUES, 2016, p. 214.). Sobre o assunto, ver também: Marques e Miragem (2015). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>. Acesso em: 9 jan. 2017.

[50] Custo marginal mostra o aumento dos custos totais decorrente da produção de uma unidade adicional, isto é, em quanto aumenta o custo da produção para se produzir uma outra unidade do mesmo bem. (MANKIW, 2001, p. 278).

[51] "A era digital e as redes sociais em que ela se apoia transformam esta relação entre as pessoas e aquilo que lhes é oferecido. A organização econômica baseada na tentativa de adivinhar os desejos dos indivíduos é substituída pela emergência do que o importante trabalho da P2P chama de economia da intenção ou *pull economy*, em contraposição a esta organização apoiada fundamental na oferta, no "empurra", a *push economy*. O protagonista central da *pull economy* não é mais o indivíduo isolado, que recebe pacotes e projetos prontos (referentes a sua formação, a suas fontes de informação, a seu consumo) mas esta figura nova do prossumidor, que não só interage com o mundo dos negócios, mas que interage com outros prossumidores interferindo assim na própria dinâmica do que lhe é oferecido." (ABRAMOVAY, 2014, p. 105)

[52] Confiança essa que, nas palavras de Schmidt Neto, deve ser reforçada "diante da despersonalização, desterritorialização, desmaterialização, atemporalidade, entre tantos outros obstáculos decorrentes desse comércio realizado em um ambiente tão inseguro e hostil ao consumidor aventureiro que ignora os riscos e enfrenta problemas como a dificuldade de identificação do ofertante, a forma de pagamento eletrônico, a proteção à privacidade dos dados pessoais, entre outros. (SCHMIDT NETO, 2016, p. 214). Assim também Marques (2004, p. 32).

[53] MÖHLMANN, Mareike. *Digital Trust and Peer-to-Peer Collaborative Consumption Platforms: A Mediation Analysis.* 2016. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2813367>. Acesso em: mar. 2017. p. 6.

raramente, tornam-se serviços[54], como o que está acontecendo com a indústria automotiva: os carros não são mais projetados para serem vendidos, mas sim compartilhados, através de um ou vários serviços oportunizados por esse *gatekeeper*, trazendo à tona também a importante e revolucionária noção de Internet das Coisas.

A expressão Internet das Coisas (IdC) significa uma rede dinâmica global com capacidades de autoconfiguração, onde as 'coisas' físicas e virtuais têm identidades, atributos físicos e personalidades virtuais com interfaces inteligentes, estando completamente integrados a uma rede de informação digital. Através da IdC, os bens físicos tornam-se participantes ativos dos negócios e dos processos informacionais e sociais com os quais interagem, tudo através de interfaces de serviços[55]. Nesse sentido, a própria noção de produto está mudando, já que a IdC está transformando-os em serviços desmaterializados.

Significa dizer, em outros termos, que esses novos serviços pós-modernos possuem existência temporal somente no momento em que são prestados, não os podendo reter, herdar nem acumular ou, ainda, pode-se dizer que tais figuram como relações entre seres humanos e não como relações entre pessoas e coisas[56] como se era considerado até o início do Século XXI. Para tanto, o tempo e o acesso (a bens, serviços e até mesmo relações interpessoais) das pessoas enquanto seres sociais aparecem, cada vez mais, mediados por relações monetárias através de *sites* ou aplicativos[57]. Perde-se, assim, a materialidade original do capitalismo feroz para dar luz a uma nova economia, caracterizada pelo acesso e pelo compartilhamento de ativos.

O capitalismo clássico, bem verdade, promoveu padrões de vida mais altos, maiores inovações e a elaboração de estruturas sociais. Da mesma forma, foi responsável também pelo surgimento de novas ferramentas que puderam agilizar o sistema da economia[58], como a Internet, que, embora tenha dado grande impulso ao desenvolvimento econômico, agora se apresenta como um freio ao próprio capitalismo[59].

Nesse contexto, as tecnologias, principalmente as ligadas à rede, possibilitaram uma incrível expansão da comunicação e da conexão entre as pessoas, proporcionando uma interatividade (COGO; BRIGNOL, 2011, p. 85) nunca antes experimentada. Criaram-se, assim, condições para o surgimento de um comércio eletrônico da pós-modernidade[60]: o *we-commerc e* (KLEIN; BHAGAT, 2010, p.

---

[54] Sobre o tema, Jeremy Rifkin se utiliza de interessante indagação: "Que feições teria o mundo de hoje se Henry Ford houvesse concebido o automóvel como um serviço – e os tivesse "alugado", ao invés de vendê-los como produtos? O automóvel assumiu o significado do principal indicador de medida do êxito pessoal na sociedade moderna. Para uma grande maioria, o automóvel representa o batismo de sua introdução no mundo adulto da era da propriedade. Uma forma de demarcar uma identidade e seu lugar na sociedade (especialmente para os jovens). Um ícone. Um rito de passagem" e prossegue afirmando que "as empresas estão revolucionando designs de produto para refletir a nova ênfase nos serviços". (RIFKIN, 2001, p. 71 ss.).

[55] CERP IoT - INTERNET OF THINGS EUROPEAN RESEARCH CLUSTER. *Internet of Things*: Strategic Reserach Roadmap, 2009. Disponível em: <http://www.internet-of-things research.eu/pdf/IoT_Cluster_Strategic_Research_Agenda_2009.pdf>. Acesso em 05 jan. 2017.

[56] Russel Belk analisa a relação entre propriedade e pessoa e entre relações sociais. Conclui que chegamos a uma era de pós-propriedade, quando o compartilhamento e o uso dos bens e serviços são mais eficazes e eficientes. (BELK, 2014, p. 1599).

[57] Veja *sites* e aplicativos que promovem encontros amorosos, inclusive atuando como verdadeiras agências matrimoniais, como, por exemplo, o *site* brasileiro parperfeito.com.br.

[58] Rifkin, durante toda a sua obra sustenta que, também por conta da Internet, o capitalismo estaria fadado ao fracasso ou ao sucesso absoluto, de forma que sua manutenção como sistema econômico tornar-se-ia insustentável. Leia mais em: Rifkin (2016).

[59] GOEL, Sidharth. *Capitalism Versus the Sharing Economy*. Berkeley: UC Berkeley Library, 2014. Disponível em: <http://www.escholarship.org/uc/item/8xd4m19w>. Acesso em: fev. 2017.

[60] Lorenzetti define o comércio eletrônico (*e-commerce*) como uma modalidade de compra e venda à distância realizada por intermédio de equipamentos eletrônicos de transmissão de dados. (LORENZETTI, 2004, p. 76). Marques, por sua vez, define-o como "uma das modalidades de contratação não presencial à distância para a aquisição de produtos e

110), que é justamente o comércio eletrônico tradicional com a nova roupagem da colaboração entre pares, através das plataformas colaborativas, com forte apelo para a noção de prossumidor.

Essas plataformas conectadas à Internet que promovem a colaboração são conhecidas como a parte *Inc* da *Peers Inc*[61], e são consideradas como o instrumento que viabiliza (CHASE, 2015, p. 35 ss.) a economia do compartilhamento. Sua *raison d'être* é simplificar, padronizar e facilitar a participação dos consumidores-usuários, já que, uma vez que se acertam os elementos da plataforma e as pessoas se interessam pela capacidade excedente do bem ou do serviço oferecido, e contando com um número expressivo de participantes[62], a economia do acesso ganha o *locus* que faltava para sua concretização. Para Robin Chase, cofundadora do Zipcar[63], o propósito de uma plataforma é "liberar o valor escondido na capacidade excedente mobilizando os ativos, o tempo, o conhecimento e a criatividade dos outros", sendo que "a plataforma é a mão estendida" (CHASE, 2015, p. 48) para alcançar esse objetivo.

Assim, o melhor acesso aos bens e serviços na economia do compartilhamento *online* faz nascer o fenômeno conhecido como consumo colaborativo, o qual privilegia o acesso e o uso (em detrimento da propriedade) daqueles ativos que não têm seu potencial explorado significativa ou satisfatoriamente[64]. Dessa forma, o compartilhamento lastreado na confiança e viabilizado pelo uso da tecnologia, notadamente das plataformas colaborativas (HAMARI; SJÖKLINT; UKKONEN, 2015, p. 2067), é o que marca esse período de transição.

4 Os matizes do consumo colaborativo

O consumo colaborativo se alicerça nas lógicas e nos modelos estabelecidos pela *sharing economy*[65] e se assemelha às formas tradicionais de troca, empréstimo, intercâmbio, compra, venda, aluguel e doação, todas reinventadas pela tecnologia da Internet[66]. Importa observar, entretanto, que o consumo colaborativo não necessariamente se dá exclusivamente pela rede mundial de computadores (FELSON; SPAETH, 1978, p. 618), embora sua raiz contemporânea e seu pleno desenvolvimento se dê pela rede (MARQUES, 2016, p. 214); acontece que, com a criação de comunidades virtuais e redes sociais (BELK, 2014, p. 1597), o compartilhamento ganhou força exponencial e pôde ultrapassar as barreiras digitais para se transpor (novamente) à vida real - é a

serviços através de meio eletrônico ou via eletrônica." (MARQUES, 2004, p. 38). Consequentemente, extrai-se que o consumo colaborativo insere-se nas novas definições de comércio eletrônico, por se utilizar da tecnologia baseada na rede mundial de computadores.

[61] Robin Chase divide o sistema do consumo colaborativo em duas partes: os "peers", onde estariam as pessoas interessadas em atuar no compartilhamento, e o "Inc.", que seriam as grandes empresas e incubadoras de *startups* que viabilizam esse modelo de negócio partilhado. (CHASE, 2015, p. 13).

[62] "Algumas plataformas da internet já contam com o envolvimento de um grande número de indivíduos, o que mostra o interesse do público nesta nova maneira de consumir e demonstra que esta nova modalidade de consumo conseguiu crescer, atrair investimentos e novos membros". (SASTRE; IKEDA, 2012, p. 8).

[63] Sobre o aplicativo Zipcar e consumo colaborativo, veja, por todos: Botsman e Rogers (2010, p. 30).

[64] Um dos elementos essenciais do consumo colaborativo é a capacidade ociosa ou capacidade excedente, entendida como a utilidade potencial a ser explorada. Assim: Botsman e Rogers (2011, p. 70); Chase (2015, p. 19); e Marques (2016, p. 214 ss.), quando trata da era da hiperabundância e da real utilidade dos bens e serviços durante seu ciclo de vida produtivo.

[65] Sobre o tema: Buczynski (2013).

[66] UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI (parecer de iniciativa). *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, jun. 2013. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=PT>. Acesso em: 21 mar. 2017.

transposição do *online* para o *off-line*, do comércio eletrônico para o comércio tradicional.

Podemos então conceituar consumo colaborativo, na esteira da definição proposta por Meller-Hanich (MELLER-HANICH, 2016, p. 25), como a circulação de ativos por meio de compartilhamento, troca ou empréstimo, envolvendo contraprestação pecuniária ou não[67], fazendo com que o acesso seja prioritário à propriedade e o gasto de recursos (econômicos e naturais) seja reduzido, tudo redefinido através da tecnologia moderna e da criação de comunidades na Internet[68].

Trata-se de um movimento cada vez maior, com milhões de adeptos participando em todo o mundo[69], e especialmente no Brasil[70]. A convergência de redes sociais, de uma crença renovada na importância do sentido de comunidade, de preocupações ambientais urgentes e a consciência sobre os custos reais dos bens e serviços estão afastando as pessoas das formas antigas, desequilibradas, centralizadas e controladas de consumismo, aproximando-as a passos rápidos dos meios de compartilhamento, agregação, abertura e cooperação (LEADBEATER, 2008, p. 26).

Muitos setores da economia, inclusive, já estão sendo afetados por essa nova forma de consumir, como é o caso de transporte de pessoas, hospedagem turística, utilização de ferramentas, aprendizado de línguas, dentre outros (MIRAGEM, 2016, p. 561). As próprias empresas fornecedoras tradicionais já estão se adequando à nova realidade de consumo[71].

As possibilidades do consumo colaborativo podem se desenvolver em três modelos: (a) sistema de serviços de produtos, (b) mercados de redistribuição e (c) estilos de vida colaborativos. Neste cenário, a oferta e a procura basicamente são geridas através de plataformas de viabilização ligadas à rede de computadores, que asseguram a confiança[72], a segurança e o pagamento equitativo dos produtos ou serviços utilizados (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. XII), como o Paypal e empresas garantidoras de crédito.

Os sistemas de serviços de produtos (*product-service system*) são um conjunto comercial de produtos e serviços que são capazes de atender conjuntamente as necessidades do usuário (MONT, 2002, p. 239), onde se paga pelo produto, mas não se adquire a propriedade, envolvendo o aluguel como contraprestação financeira (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. XVII). Os mercados de

---

[67] "o 'mar' ou rede da Internet não é sem remuneração, tudo é remunerado, nem que seja com dados pessoais e fidelização. No caso da economia do compartilhamento, o pagamento é em comissão (10%, 20%, 30%), as vezes quem paga é o comprador, como nos sites de leilões e de vendas de coisas usadas, como que aluga uma casa no Airbnb, as vezes o 'fornecedor', como os motoristas da Uber para a própria Uber, um aplicativo que intermedia o serviços de transporte privados". (MARQUES, 2016[*e-book*]).

[68] UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI (parecer de iniciativa). *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, jun. 2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=PT>. Acesso em: 9 jan. 2017.

[69] Para se ter uma ideia do rápido crescimento do consumo colaborativo, o aplicativo Uber completou um bilhão de viagens no mundo inteiro em 24 de dezembro de 2015. Apenas seis meses depois, em junho de 2016, atingiu a marca de 2 bilhões de corridas. (UBER Newsroom, *Fatos e dados sobre a Uber*. Disponível em: <https://newsroom.uber.com/brazil/fatos-e-dados-sobre-a-uber/> . Acesso em: 29 set. 2016).

[70] O uso do Airbnb no Brasil cresce a um ritmo próximo a 10% ao mês. Em setembro de 2016, 5 mil novos anúncios foram publicados. Comparando-o com o ano de 2015, o aumento foi de 28%, o que mostra um ritmo de crescimento acelerado. (Revista Época Negócios. Disponível em: <http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/-tecneira/2015/10/27/impulsiona-crescimento-do-airbnb-no-brasil/>. Aceso em 04 out. 2016).

[71] Algumas montadoras de automóveis, como a BMW, já começaram a ajustar sua linha de produção para atender aos anseios do consumo colaborativo. Em 2010, na Alemanha, a marca lançou o "BMW on demand", que permite o aluguem temporário de um carro. (BMW *on demand*. Disponível em: < http://www.bmw-welt.com/en/bmw_on_demand/>. Acesso em: 19 set. 2016).

[72] Interessante observar os rankeamentos e avaliações que a esmagadora maioria das plataformas colaborativas possui como forma de enaltecer a confiança. Assim, introduz-se um novo tipo um novo tipo de moeda do consumo colaborativo: o capital social, que é baseado justamente nas avaliações dos consumidores-usuários. (DASGUPTA, 2005).

redistribuição, por seu turno, diferenciam-se do sistema de produtos porque há, no caso, a transferência da propriedade e prescindem de retribuição econômica, pois se baseiam em trocas e doações (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 61). Por fim, os estilos de vida colaborativos são caracterizados pela troca ou partilha de ativos intangíveis, como o tempo, espaço, habilidades e dinheiro, cabendo referência aos conceitos de *crowdsourcing*[73], *crowdfunding*[74], *crowdlearning*[75], *couchsurfing*[76], *coworking*[77] e mais atualmente o *cohousing*[78].

São evidentes e incontáveis os benefícios que esta nova realidade propõe, tendo como exemplos primários a menor utilização de insumos, as menores emissões de CO_2 (pela utilização de *apps* de caronas, de transporte privado ou de bicicletas), a maior procura por produtos duradouros e de boa qualidade (contra a obsolescência programada[79]), a promoção da eco-concepção[80], o melhor acesso qualificado a bens e serviços[81] e, inclusive, em um plano macro, a melhoria da interação social pelo (re)desenvolvimento do sentimento de comunidade, ao (re)criar uma crença coletiva sobre confiança[82] entre os cidadãos.

Para Botsman e Rogers, o consumo colaborativo "permite que as pessoas, além de perceberem os benefícios enormes do acesso a produtos e serviços em detrimento da propriedade, economizem dinheiro, espaço e tempo, façam novos amigos e se tornem cidadãos ativos novamente" (BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. XIV), tudo através do elemento central que é a confiança entre pares, sendo de suma importância o papel desempenhado pelo *gatekeeper*, cuja função principal é moderar e elaborar as ferramentas e o melhor ambiente para criar a familiaridade e a tal confiança entre seus membros[83], o que se dá até mesmo pelo sistema de *rankings* e avaliações, além de atuar com intervenções que se

[73] É um modelo de negócio baseado na Internet, que utiliza soluções criativas, através de uma rede de indivíduos que atuam espontaneamente, ou, em outras palavras, é uma ferramenta de criação conjunta (co-criação) a partir de participação *online* de usuários. (SAXTON; OH; KISHORE, 2013, p. 10 ss.)

[74] *Crowdfunding* é um financiamento coletivo que se dá através de redes de pessoas, pela Internet ou fora dela, para projetos criativos. Nestes casos, inúmeras pessoas contribuem com pequenas quantias, de maneira colaborativa, para viabilizar um projeto, uma ideia, negócios ou estudos. (MOLLICK, 2014, p. 8)

[75] Significa um aprendizado colaborativo, no qual as pessoas compartilham seus conhecimentos prévios com quem tem interesse em aprender, sendo retribuído de forma igualmente educativa ou não. (ROCHA NETO, 2012, p. 97)

[76] Rede social em escala global para fazer conexões entre viajantes e as comunidades locais que visitam, fornecendo hospedagem na casa dos moradores do lugar de destino. (ROSEN; LAFONTAINE; HENDRICKSON, 2011, p. 985)

[77] Compartilhamento de espaço e recursos de escritórios, em um ambiente de trabalho coletivo, tendo ou não a mesma atividade negocial, independentemente de serem pessoas jurídicas diferentes. (SPINUZZI, 2012, p. 419)

[78] *Cohousing* significa criar um ambiente colaborativo para morar, isto é, as pessoas têm sua privacidade, mas dividem áreas sociais comuns para maior e melhor interação entre os indivíduos. (WILLIAMS, 2005, p. 198)

[79] "A obsolescência programada, para os que ainda não estão familiarizados com o conceito, é uma estratégia da indústria para "encurtar" o ciclo de vida dos produtos, visando a sua substituição por novos e, assim, fazendo girar a roda da sociedade de consumo. Poderíamos dizer que há uma lógica da descartabilidade" programada desde a concepção dos produtos. Em outras palavras, as coisas já são feitas para durarem pouco". (DA SILVA, 2012, p. 183).

[80] A eco-concepão é a atividade de conceber o produto levando em consideração aspectos ambientais, minimizando o impacto do ciclo de vida do produto. Para mais informações, ver: Kindlein Junior (2006, p. 359-382).

[81] UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comitê Econômico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI (parecer de iniciativa). *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, jun. 2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=PT>. Acesso em: 9 jan. 2017.

[82] Luhmann tenta definir confiança como uma atitude frente à incerteza, complexidade e incapacidade de prever o futuro (LUHMANN, 1979, p. 56) ou, em outras palavras, uma expectativa do cumprimento de promessas, isto é, "a expectativa de uma parte de que a outra parte se comportará de uma maneira previsível em uma dada situação" (GROONRÖOS, 2000, p. 37).

[83] Confiança essa que, nas palavras de Schmidt Neto, deve ser reforçada "diante da despersonalização, desterritorialização, desmaterialização, atemporalidade, entre tantos outros obstáculos decorrentes desse comércio realizado em um ambiente tão inseguro e hostil ao consumidor aventureiro que ignora os riscos e enfrenta problemas como a dificuldade de identificação do ofertante, a forma de pagamento eletrônico, a proteção à privacidade dos dados pessoais, entre outros. (SCHMIDT NETO, 2016, p. 214)

façam necessárias para a manutenção da ordem e para a proteção do consumidor[84].

Neste sentir, Marques e Miragem afirmam que essas plataformas colaborativas atuam não só como intermediadores dessa relação de consumo com uma nova roupagem, mas sim como verdadeiros *viabilizadores* desse modelo de negócio, ao estruturá-lo[85] e ao dar as informações relevantes e necessárias (KOOPMAN; MITCHELL; THIERER, 2015, p. 535) para a tomada de decisão do consumidor[86], mesmo que não tenha ingerência diretamente sobre as obrigações estabelecidas pelos pares.

O nível de controle e influência das plataformas colaborativas reveste-se, em geral, de suma relevância, já que, por sua atuação, se fixam os preços a serem pagos pelo consumidor, as condições e obrigações contratuais essenciais e acessórias, e fixam, igualmente, a propriedade dos principais ativos, isto é, a plataforma colaborativa é proprietária de sua tecnologia e de seu serviço, que são utilizados para o fornecimento do serviço subjacente[87]. Tal fato, aliado aos seus sistemas de avaliação e *rankeamento* presentes na esmagadora maioria das plataformas e ao Marco Civil da Internet[88], permite categorizar os *gatekeepers* como fornecedores[89] *ex vi* art. 3º do Código de Defesa do Consumidor[90].

Por esses motivos, mesmo que o consumo colaborativo possa se dar entre pares totalmente *off-line (*BOTSMAN; ROGERS, 2011, p. 114), esses sujeitos têm preferência por utilizar as plataformas, que informam, viabilizam e regulam a relação a que vão aderir (BARDHI; ECKHARDT, 2012, p. 884), já que o g*atekeeper* "assume o dever, ao oferecer o serviço de intermediação ou aproximação, de garantir a segurança do modelo do negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível pela Internet"[91].

---

[84] Como exemplo, temos os casos de preconceitos fundados em raça, cor, sexo, religião e condição sexual dos *hosts* da plataforma colaborativa Airbnb para com seus hóspedes, de modo que a empresa recentemente criou a "Política de Não Discriminação do Airbnb". Veja na íntegra: <https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>

[85] Marques salienta a importância do *gatekeeper* para o consumo colaborativo, eis que ele guarda, elabora e abre o caminho ou local de encontro entre as duas partes que contratarão na "freeway da internet". (MARQUES, 2016, p. 214). Sobre o assunto, ver também: Marques e Miragem (2015). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>. Acesso em: 15 mar. 2016.

[86] "A responsabilidade para obter informações e esclarecimentos em um acordo de intermediação (*brokerage agreement*) ainda não deu frutos na economia compartilhada. Em princípio, reconhece-se que as obrigações de esclarecimento e de assessoria do intermediário também incluem rever os detalhes das circunstâncias econômicas do parceiro de negócios em potencial. Então, isso também se aplica à intermediadora por meio de uma plataforma de internet. Portanto, a responsabilidade das plataformas não pode ser excluída". (MELLER-HANICH, 2016, p. 23).

[87] UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI (parecer de iniciativa). *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, jun. 2013. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=PT>. Acesso em: 21 mar. 2016. p. 6.

[88] A Lei Federal nº 12.965/14, que instituiu o Marco Civil da Internet no Brasil, em seus artigos 5º e 15, define que este tipo de plataforma, sejam *sites* ou aplicativos, são provedores de aplicações de Internet, devendo se constituírem na forma de pessoas jurídicas e exercerem suas atividades de forma profissional e com fins econômicos. Naturalmente, as plataformas digitais que sustentam o consumo colaborativo têm caráter econômico, pois são constituídas de forma organizada: são sofisticadas, prestam informações e possuem sistemas integrados de pagamento próprios ou de terceiros, sendo remuneradas de maneira direta ou indireta, e, assim, enquadram-se no conceito de fornecedor, a teor do que dispõe a legislação de proteção ao consumidor.

[89] UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI (parecer de iniciativa). *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, jun. 2013. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=PT>. Acesso em: 21 mar. 2016. p. 6.

[90] CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Art. 3º: Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[91] Marques e Miragem (2015). Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-

5 A crise no conceito clássico de relação de consumo

Tradicionalmente, o Direito do Consumidor foi pensado para regular as relações antagônicas entre consumidor e fornecedor (PRUX, 2016, p. 36), de forma a restabelecer o desequilíbrio intrínseco dessa relação e de proteger o sujeito mais vulnerável no mercado de consumo (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 91).

Neste sentir, a identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo tem maior relevância no momento em que, a partir de seu reconhecimento, se incidem as normas de proteção e de defesa do consumidor. Miragem considera que "é preciso referir que, de acordo com a técnica legislativa adotada no direito brasileiro, não existe no CDC uma definição específica sobre o que seja relação de consumo", já que o legislador optou por "conceituar os sujeitos da relação, consumidor e fornecedor, assim como o seu objeto, produto e serviço" (MIRAGEM, 2016). Assim, todos estes conceitos são relacionais e dependentes, ou seja, classicamente, só existirá um consumidor se existir um fornecedor, os quais conjuntamente transacionam um produto ou um serviço[92].

No entanto, o consumo colaborativo esbate nas fronteiras dessas definições, já que as relações de consumo partilhado são multilaterais[93], com a presença de um ou mais fornecedores, consumidores, prossumidores, *gatekeepers* e as empresas que intermedeiam as relações de crédito, o que evidencia a crise dos principais atores de uma relação de consumo.

Essa crise na relação de consumo não atinge somente suas partes integrantes subjetivas, como também as próprias noções de serviços e produtos, as quais ficaram abaladas pela inovação da Internet das Coisas[94]. Como dito, a IdC está revolucionando tanto a Internet, como o mundo físico, fazendo com que a divisão conceitual entre produtos e serviços fique obscura, o que é de grande relevância ao Direito do Consumidor, principalmente no que toca à responsabilização civil por danos causados aos consumidores[95], e também no que concerne à proteção dos dados e privacidade (COLL; SIMPSON, 2016, p. 29-30).

Essa crise é decorrente também do próprio pluralismo que a pós-modernidade traz: de vínculos, de agentes, de valores e de estilos de vida. Essa multiplicidade de diversidade, aqui em

compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>. Acesso em: 15 mar. 2017.

[92] Sobre os conceitos tradicionais de consumidor, fornecedor, produtos e serviços entendidos pela doutrina e pela jurisprudência brasileira, leia, por todos: Marques, Benjamin e Miragem (2014, p. 71- 225).

[93] Marques assevera que, com a conexidade contratual com sua multiplicidade de vínculos e a complexidade que envolvem a economia do compartilhamento, a noção de cadeia de fornecimento parece ser inadequada, devendo atualmente ser considerada como uma rede de fornecimento. (MARQUES, 2016 [*e-book*]).

[94] "Essas inovações tecnológicas desafiam o Direito como um todo. A tradicional distinção entre as obrigações de dar, fazer e não fazer já teve sua utilidade confrontada com a complexidade dos contratos e interesses contemporâneos, e a combinação criativa, na vida negocial, entre diversos comportamentos concomitantes cujo cumprimento realiza a satisfação do interesse útil do credor. No Direito do Consumidor, definiu-se o produto e o serviço como espécies de objeto da relação de consumo. As definições legais não poderiam ser mais amplas: produto, no CDC, "é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial". Serviço, de sua vez, é "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...". A distinção, de sua vez, deu causa a um sólido sistema de imposição de deveres de segurança e adequação, e consequentes regimes de responsabilidade do fornecedor, por fato ou vício, de produtos ou serviços (artigos 12 a 20 do CDC). O desenvolvimento da internet das coisas, contudo, desafia a revisão de entendimentos já consolidados. No tocante, a exata qualificação do fato que dá causa a deveres, e o respectivo regime de responsabilidade, se ao mesmo tempo tem-se um produto, porém por intermédio dele, ou para sua operação, haja o mesmo fornecedor ou outro que ofereça um serviço, a divisão dos regimes de responsabilidade nem sempre se faz tão clara." Miragem (2017). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/garantias-consumo-internet-coisas-riscos-admiravel-mundo>. Acesso em: 19 abr. 2017.

[95] Veja, por exemplo, a exposição de informações sensíveis de consumidores por boneca inteligente com sistema de *software* integrado: <http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/vazamento-expoe-mensagens-entre-criancas-pais-em-brinquedo-inteligente-dos-eua-20993137>. Acesso em: 30 abr. 2017.

especial de agentes (crianças, consumidores, pessoas com deficiência, estrangeiros etc.) e de normas jurídicas, faz com que todos esses sujeitos sejam enquadrados como sujeitos de direitos, de forma que o tratamento a eles conferido seja também diferenciado, fazendo alusão ao "direito à diferença", especialmente com relação à identidade cultural[96].

Em outro ponto, o próprio aspecto contratual da economia do compartilhamento também não é facilmente observado pelos consumidores. Sempre que as pessoas aderem a uma relação de consumo colaborativo, especialmente se ligada à Internet, um ou vários contratos são celebrados, mesmo naqueles casos em que não há diretamente uma contraprestação pecuniária do consumidor para a plataforma ou para o outro consumidor (MELLER-HANICH, 2016, p. 5). Tal se dá porque estão presentes os preceitos da conexidade contratual[97], que revelam uma multiplicidade de vínculos, contratos, fornecedores e empresas garantidoras de crédito e de pagamento e outras que obtêm lucratividade apenas com o fluxo de informações, bem como seguradoras[98], e que, na maioria das vezes, nem são todos de conhecimento dos usuários-consumidores.

Outro aspecto importante que deve ser levado em consideração para a verificação da crise e para a construção de uma *nova* relação de consumo é a vulnerabilidade do consumidor em meio digital[99]. Essa vulnerabilidade em via eletrônica, ou cybervulnerabilidade, se dá quando da necessidade de se confiar na boa-fé dos operadores da plataforma digital e no comportamento da outra parte dessa relação contratual dada por via de aplicativos ou *sites* especializados[100], já que o consumidor estabelece essas relações sem que, quase sempre, conheça o conteúdo do contrato (ou que sequer existe um contrato), nem as outras partes dessa relação de consumo, tornando-se totalmente dependente de que todos cumprirão o que se estabeleceu, levando em consideração apenas as informações prestadas pelas plataformas colaborativas e por outros usuários.

A "cybervulnerabilidade", dentre seus vastos espectros de entendimento, se traduz aqui em uma falta de informações que o usuário-consumidor tem a respeito de seu fornecedor-aplicativo. Para Marques, a vulnerabilidade em meio digital revela-se em uma vulnerabilidade informativa, a qual é o maior fator de desequilíbrio das relações de consumo, já que os fornecedores são os únicos verdadeiramente detentores da informação[101].

Marques assevera que, apesar de o consumo colaborativo ser realizado entre duas pessoas leigas e não-profissionais, portanto não estritamente nos moldes estabelecidos pela legislação consumerista, essa relação deixa-se contaminar por este fornecedor principal da economia do compartilhamento, que é profissionalmente organizado e remunerado (MARQUES, 2016 [*e-book*]) e que tem deveres especiais principalmente no que concerne à informação, tornando a relação como de consumo. Essas características de conexidade e de vulnerabilidade é que acabam por enquadrar, nos

---

[96] Veja, por todos: Jayme (1995).

[97] "A visão da conexidade contratual das operações econômicas intermediárias e anexas ao consumo complexo de produtos e serviços dos dias hoje é uma necessidade. Os contratos conexos são aqueles cuja finalidade é justamente facilitar ou realizar o consumo. O aplicador do CDC deve estar atento para o fenômeno da conexidade, pois a uma visão real e socialmente útil da multiplicidade e complexidade das relações contratuais pós-modernas pode-se apor uma visão formalista e reduzida, a impedir a realização da função social dos contratos. Mister, portanto, ao analisar as relações cativas e de longa duração, analisar também os chamados "atos de consumo por conexidade" ou relações de consumo acessórias, que também podem durar no tempo e ser instrumentos de fática catividade dos consumidores, apesar de pontuais". (MARQUES, 2016. [*e-book*]).

[98] Sobre o novo papel das seguradoras na economia do compartilhamento, veja: Francis, Yamijala e Thangudu (2016, p. 1-19).

[99] Sobre o tema, leia: Schmidt Neto (2016). Também no mesmo sentido: Canto (2015).

[100] Canto, por exemplo, identifica que a vulnerabilidade inerente à relação de consumo transforma-se com a situação promovida pelas novas tecnologias, o que gera um agravamento da fragilidade do consumidor e desperta a sua desconfiança no meio eletrônico. (CANTO, 2015)

[101] A autora identifica, ainda, as vulnerabilidades técnica, jurídica e fática. (MARQUES, 2016, p. 322-340).

ditames do Código de Defesa do Consumidor, o consumo colaborativo que, *a priori*, não seria assim qualificada (MARQUES, 2016 [*e-book*]), como uma relação de consumo, no mínimo, triangular pela presença dos consumidores-pares e do *gatekeeper*: eis o sentido de uma *nova* noção de relação de consumo.

A despeito dessas mudanças ocorridas na sociedade pós-moderna e na própria relação de consumo, deve-se venerar o espírito de proteção ao sujeito vulnerável que o Código de Defesa do Consumidor estabelece desde sua criação de mandamento constitucional[102]. Significa dizer que, independentemente de viradas paradigmáticas nos sistemas econômico, social e até mesmo jurídico, a relação de consumo colaborativo, típica da pós-modernidade, conta com todos os elementos que justificam a necessidade de proteção do consumidor.

Dessa forma, estando presentes todos os pressupostos e os atores no consumo colaborativo, por mais múltiplos e complexos que sejam, até mesmo com respaldo no artigo 7º, inciso XIII, da Lei 12.965/2014[103], o qual estabelece que ao usuário é assegurado, dentre outros direitos, a aplicação das normas de proteção e de defesa do consumidor às relações estabelecidas pela Internet, em clara indicação ao método do diálogo das fontes[104], conclui-se que deve haver a incidência do Código de Defesa do Consumidor e das leis que, tangencialmente, elevem o consumidor ao grau de proteção do qual é digno e merecedor.

6 Considerações finais

A crise na relação de consumo como a tradicionalmente conhecemos parece ser hoje uma verdade incontestável: através da economia do compartilhamento e do consumo colaborativo, as relações dos atores da relação de consumo "clássica" se misturaram, os serviços e os produtos já não são mais conceitos separados e estanques, já que não se verifica com a habitual clareza seu objeto e o antagonismo entre os consumidores e os fornecedores, e tampouco se percebe a existência dos demais agentes intermediários, pré e pós consumo. Nesse cenário, com o impulso da rede mundial de computadores e a redução dos custos de transação, constata-se uma premente necessidade de estabelecer parâmetros de confiança nestas relações que se autodefinem.

Independentemente da nomenclatura que se denomine todos os novos agentes e conceitos da economia do compartilhamento (parceiro, usuário, *gatekeeper*, garantidores de crédito, Internet das Coisas, *we-commerce*, *prosumer* etc.), importa reconhecer que se trata, indistintamente, de uma relação de consumo – embora não tradicional – protagonizada por sujeitos vulneráveis (não raramente hipervulneráveis em meio digital) em um contexto de conexidade e complexidade e que são, dessa forma, merecedores de tutela protetiva inerente a esse tipo de relação desigual – já que, presentes os

[102] BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. Art. 48: Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

[103] BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 9 jan. 2017.

[104] Diálogo das fontes que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg [aqui a autora refere-se ao Prof. Erik Jayme], tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais. (MARQUES, 2012, p. 20)

elementos intrínsecos ao consumo, configura-se uma nova relação de consumo bem pós-moderna.

É que com o avanço acelerado de novos métodos *sui generis* de consumo e compartilhamento de bens, serviços e experiências, faz-se necessária a manutenção da proteção dos agentes que, diante destas novas perspectivas, as exploram de modo indiscriminado. Em decorrência, não apenas a identificação dos atores da relação de consumo é essencial, como também o estabelecimento de diálogos de proteção e de preservação dessas relações de consumo.

Conclui-se, portanto, que a relação de consumo como nós a conhecemos encontra-se em crise, muito em decorrência dos elementos da pós-modernidade e das conexões sem fronteiras e em tempo real que a tecnologia e, notadamente, a Internet propiciaram, necessitando, assim, de atenção dos juristas para que o Direito do Consumidor esteja apto a dar respostas a essa crise. Somente assim poderemos assegurar que os direitos dos consumidores acompanhem essa evolução e sejam respeitados a fim de estabelecer um mercado de consumo saudável, justo e sustentável.

Referências

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

AIRBNB. "Política de Não Discriminação do Airbnb". Veja na íntegra: <https://www.airbnb.com.br/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect>. Acesso em: 30 abr. 2017.

ANDERSON, Chris. *Makers*: the new industrial revolution. Nova Iorque: Crown, 2012.

BALLARINO, Tito. A Internet e a conclusão dos contratos. In: POSENATO, Naiara (Org.). *Contratos Internacionais*: Tendências e Perspectivas: estudos de direito internacional privado e direito comparado. Ijuí: Unijuí, 2006.

BARDHI, Fleura; ECKHARDT, Giana. Access-based consumption: the case of car sharing. *Journal of Consumer Research*, Reino Unido, v. 39, p. 881-898, dez. 2012.

BARNETT, Clive; CLOKE, Paul; CLARKE, Nick; MALPASS, Alice. Consuming ethics: articulating the subjects and spaces of ethical consumption. *Antipode*, Reino Unido, v. 37, p. 23-45, jan. 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2007.

BELK, Russel. Why not share rather than own? *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Estados Unidos da América, v. 611, p. 126-140, maio 2007.

BELK, Russel. You are what you can access: sharing and collaborative consumption online. *Journal of Business Research*, Reino Unido, v. 67, p. 1595-1600, ago. 2014.

BESANKO, David; BRAEUTIGAM, Ronald. *Microeconomia*: uma abordagem completa. Rio de Janeiro: LTC, 2004.

BMW *on demand*. Disponível em: < http://www.bmw-welt.com/en/bmw_on_demand/>. Acesso em: 19 set. 2016.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. Beyond Zipcar: Collaborative consumption. *Harvard Business Review*, v. 88, n. 10, p. 30, 2010.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. *O que é meu é seu*: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Tradução: Rodrigo Sardenberg. Porto Alegre: Bookman, 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 9 jan. 2017.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 9 jan. 2017.

BUCZYNSKI, Beth. *Sharing is Good*: how to save money, time and resources through collaborative consumption. Califórnia: New Society Publishers, 2013.

CANTO, Rodrigo Eidelvein. *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico*: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CERP IoT - INTERNET OF THINGS EUROPEAN RESEARCH CLUSTER. *Internet of Things*: Strategic Reserach Roadmap, 2009. Disponível em: <http://www.internet-of-things research.eu/pdf/IoT_Cluster_Strategic_Research_Agenda_2009.pdf>. Acesso em 05 jan. 2017.

CHASE, Robin. *Economia compartilhada*: como as pessoas e plataformas da Peers Inc. estão reinventando o capitalismo. São Paulo: HSM do Brasil, 2015.

CHESHIRE, Lynda; WALTERS, Peter; ROSENBLATT, Ted. The politics of housing consumption: renters as Flawed Consumers on a Master planned estate. *Urban Studies*, v. 47, n. 12, p. 2597-2614, 2010.

COGO, Denise; BRIGNOL, Liliane Dutra. Redes sociais e o estudo de recepção da Internet. *MATRIZes*, São Paulo, vol. 4, n 2. Pp 75-92, jan./jun. 2011.

COLL, Liz; SIMPSON, Robin. *The Internet of Things and challenges for consumer protection*. Londres: Consumer International, 2016.

DA SILVA, Maria Beatriz Beatriz Oliveira. Obsolescência programada e teoria do decrescimento versus direito ao desenvolvimento e ao consumo (sustentáveis). *Veredas do Direito*: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 181, 2012.

DASGUPTA, Partha. The economics of social capital. *Economic Record*, Cambridge, v. 81, n. 1, p. S2-S21, ago. 2005.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*, Rio de Janeiro, Zahar, 1998

FELSON, Marcus; SPAETH, Joe L. Community structure and collaborative consumption: A routine activity approach. *American Behavioral Scientist*, Illinois, v. 21, n. 4, p. 614-624, 1978.

FRANCIS, Agil; YAMIJALA, Ramprasad; THANGUDU, Jeevan Kumar. The Sharing Economy: Implications for Property & Casualty Insurers. *Cognizant Keep Challenging*, s./l., pp. 1-19. Abr. 2016.

GOEL, Sidharth. *Capitalism Versus the Sharing Economy*. Berkeley: UC Berkeley Library, 2014. Disponível em: <http://www.escholarship.org/uc/item/8xd4m19w>. Acesso em: fev. 2017.

GROONRÖOS, Christian. *Services Management and Marketing*: a customer relationship management approach. 2. ed. Inglaterra: Willey, 2000.

HAMARI, Juho; SJÖKLINT, Mimmi; UKKONEN, Antti. The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption. *Journal of the Association for Information Science and Technology*, Carolina do Norte, vol 67, n. 9, pp 2047-2059. set. 2015.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne: cours general de droit international prive. *Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye*. n. 2. 1995.

JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-moderna. *Cadernos de Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul* – PPGD/UFRGS. Edição com seleção de textos da obra de Erik Jayme, em homenagem à entrega do título de Doutor Honoris Causa/UFRGS ao jurista. vol. 1. n. 1. Porto Alegre: UFRGS, mar. 2003

KLEIN, Andreas; BHAGAT, Parimal. We-Commerce: Evidence on a New Virtual Commerce Platform. *Global Journal of Business Research*, vol. 4, n. 4, pp. 107-124, 2010.

KOOPMAN, Christopher; MITCHELL, Matthew; THIERER, Adam. The sharing economy and consumer protection regulation: The case for policy change. *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, s/l., vol. 8, n. 2, pp. 530-548, maio 2015.

LEADBEATER, Charles. *We-Think*: Mass innovation. Not mass production. Londres: Profile Books, 2008.

LIMA, Rogério Montai de. Relações de consumo via internet: regulamentação. *Repertório de Jurisprudência IOB*: civil, processual, penal e comercial, São Paulo, v. 3, n. 15, p. 451-457, ago. 2007.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Trust and power*. Nova Iorque: John Wiley and Sons, 1979.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no Comércio Eletrônico e a Proteção do Consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [e-book].

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Economia do compartilhamento deve respeitar os direitos do consumidor*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-23/garantias-consumo-economia-compartilhamento-respeitar-direitos-consumidor>. Acesso em: 9 jan. 2017.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MELLER-HANICH, Caroline. Economia compartilhada e proteção do consumidor. Trad. Ardyllis Soares. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 105, p. 19-31, maio-jun. 2016.

MIRAGEM, Bruno. *A internet das coisas e os riscos do admirável mundo novo*. 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-mar-29/garantias-consumo-internet-coisas-riscos-admiravel-mundo>. Acesso em: 19 abr. 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MÖHLMANN, Mareike. *Digital Trust and Peer-to-Peer Collaborative Consumption Platforms: A Mediation Analysis.* 2016. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2813367>. Acesso em: mar. 2017.

MOLLICK, Ethan. The dynamics of crowdfunding: An exploratory study. *Journal of Business Venturing*, Pennsylvania, v. 29, n. 1, p. 1-16, 2014.

MONT, Oksana. Clarifying the concept of product-service system. *Journal of Cleaner Production*, Suíça, v. 10, p. 237-245, jul. 2002.

MORAES. Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor* – o princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PROTERO, Andrea *et al*. Sustainable consumption: opportunities for consumer research and public policy. *Journal of Public Policy & Marketing*, Estados Unidos, v. 30, p. 31-38, maio 2011.

PRUX, Oscar Ivan. Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o século XXI. *In*: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (orgs.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor*: trajetória e perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33-80.

PUSCHMANN, Thomas; ALT, Rainer. Sharing Economy. *Business & Information Systems Engineering*, Berlin, vol. 58, n. 1, pp. 93-99. jan. 2016.
Revista Época Negócios. Disponível em: <http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/-tecneira/2015/10/27/impulsiona-crescimento-do-airbnb-no-brasil/>. Aceso em 04 out. 2016.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. São Paulo: Makron Books, 2001.

RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*: a Internet das Coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo. São Paulo: M. Books do Brasil, 2016.

RITZER, George; JURGENSON, Nathan. Production, Consumption, Prosumption The nature of capitalism in the age of the digital ‘prosumer’. *Journal of consumer culture*, v. 10, n. 1, p. 13-36, 2010.

ROCHA NETO, Ivan. Gestão do conhecimento e complexidade. *Gestão e Projetos:* GeP, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 94-126, 2012.

ROSEN, Devan; LAFONTAINE, Pascale Roy; HENDRICKSON, Blake. CouchSurfing: Belonging and trust in a globally cooperative online social network. *New Media & Society*, Manoa, v. 13, n. 6,

p. 981-998, 2011.

SASTRE, Priscila Tereza De Nadai; IKEDA, Ana Akemi. Reflexões sobre consumo colaborativo. *Anais do Encontro da ANPAD*, Rio de Janeiro, RJ, v. 36, 2012.

SAXTON, Gregory D.; OH, Onook; KISHORE, Rajiv. Rules of crowdsourcing: Models, issues, and systems of control. *Information Systems Management*, Londres, v. 30, n. 1, p. 2-20, 2013.

SCHMIDT NETO, André Perin. *Contratos na sociedade de consumo*: vontade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SPINUZZI, Clay. Working alone together coworking as emergent collaborative activity. *Journal of Business and Technical Communication*, Austin, v. 26, n. 4, p. 399-441, 2012.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização. Rio de Janeiro: Record, 1980.

UBER Newsroom, *Fatos e dados sobre a Uber*. Disponível em: <https://newsroom.uber.com/brazil/fatos-e-dados-sobre-a-uber/> . Acesso em: 29 set. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Consumo colaborativo ou participativo: um modelo de desenvolvimento sustentável para o século XXI (parecer de iniciativa). *Jornal Oficial da União Europeia*, Bruxelas, jun. 2013. Disponível em: < http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013IE2788&from=PT>. Acesso em: 21 mar. 2017.

WILLIAMS, Jo. Designing neighborhoods for social interaction: The case of cohousing. *Journal of Urban Design*, Londres, v. 10, n. 2, p. 195-227, 2005.

YANNOU, Bernard; DESHAYES, Phillipe (Ed.). *Intelligence et innovation en conception de produits et services*. Paris: Innoval, 2006.



ANAIS

GT: MOVIMENTO EM DEFESA DA CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA.

Coordenadoras: Daniela Cademartori e Selma Petterlle (Unilasalle)

Canoas, 2017.

AÇÕES AFIRMATIVAS DECORRENTES DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Reynaldo Alan Castro Filho,
Mestrando em Direito e Sociedade da Universidade La Salle – Unilasalle, Canoas (Brasil);
E-mail: racfcastro@gmail.com

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo traçar um paralelo entre as Ações Afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Para tanto, procurou demonstrar que a adoção das Ações Afirmativas na experiência brasileira também decorre de Tratados Internacionais de Direitos Humanos que autorizam tais medidas. Verificou-se, ainda, que as Ações Afirmativas são discriminações positivas que têm por escopo favorecer grupos historicamente renegados, e que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, além de considerar a dignidade da pessoa humana como um valor supremo, prestigia duas estratégias no combate à discriminação, a repressivo-punitiva e a promocional. Por derradeiro, as Ações Afirmativas podem ser interpretadas como medidas que têm por fim efetivar a igualdade material, valendo-se da estratégia promocional de combate à discriminação, tal como previsto no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Palavras-Chave: Ações Afirmativas. Direitos Humanos. Igualdade. Tratados Internacionais. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract

This paper wants to make a relationship between the Affirmative Actions and the International Human Rights Law. This way, shows that the adoption of Affirmative Actions by Brazil finds authorization in the International Human Rights Treaties. Also, verified that Affirmative Actions are policies to favor some groups that have suffered historical discrimination and that the International Human Rights Law considers the human dignity a supreme value as well as uses two ways to combat discriminations, the punitive and the promotional. Finally, the relationship that exists between the Affirmative Actions and the International Human Rights Law resides in the fact that both use the promotional way to combat discriminations.

Keywords: Affirmative Actions. Human Rights. Equality. International Treaties. Human Dignity.

1 Introdução

Este artigo concentra-se no estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e na sua relação com as Ações Afirmativas. Trata-se, portanto, de um tema de significativa relevância sócio-jurídica. Ao abordar o Direito Internacional dos Direitos Humanos e sua relação com as Ações Afirmativas, percebe-se que medidas tidas como compensatórias podem encontrar respaldo jurídico

não somente em normas constitucionais internas, mas também em Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

Como objetivo geral procurou estabelecer um paralelo entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Ações Afirmativas. Como objetivo específico, pretendeu demonstrar quais Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil que autorizam a adoção de Ações Afirmativas, e se tais medidas podem ser entendidas como mecanismos de promoção do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, questionando-se, ainda, eventual afronta ao princípio da igualdade, considerado em suas vertentes formal e material.

Para tanto, este estudo teve como enfoque a igualdade material a ser buscada pelas Ações Afirmativas, a fim de combater injustiças reais que se manifestam no cotidiano, fruto de uma longa construção histórico-repressiva discriminatória que atinge determinados grupos sociais tidos como minorias, relacionando-a com o objetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundado na dignidade da pessoa humana, que considera o ser humano como sendo aquele que possui direito de ter direitos, especialmente no que se refere à estratégia promocional de que pode se valer o Direito Internacional dos Direitos Humanos no combate à discriminação.

2 Ações Afirmativas e Igualdade Material

A despeito das Ações Afirmativas terem adquirido repercussão internacional a partir da adoção pelo Direito dos Estados Unidos da América na década de 1960, tendo como foco a mudança do comportamento estatal, suas origens remontam, na verdade, à Índia, imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, tendo sua primeira proposição histórica defendida pelo jurista, economista e historiador indiano, Bhimrao Ramji Ambedkar, no sentido de estabelecer políticas públicas diferenciadas e constitucionalmente protegidas em favor de segmentos populacionais tidos como inferiores (WEDDERBURN, 2005). A partir disso, a adoção de tais políticas na Índia consolidou-se em 1950, ainda como a mais antiga de que se tem notícia, tendo como foco a criminalização do casteísmo e a consagração no texto constitucional das políticas de reserva voltadas à proteção de grupos historicamente discriminados (FERES JR e DAFLON, 2015, p. 96-97).

Isso posto, cumpre reconhecer que a maior repercussão acerca do tema, de fato, ocorreu a partir da adoção pelos Estados Unidos da América, uma vez que este se converteu no primeiro país desenvolvido a incorporar tais medidas, em consequência da luta pelos direitos civis da população afro-norte-americana. Assim, a postura do Estado, que anteriormente encontrava-se atrelado à aplicação de políticas governamentais indistintas, sem levar em consideração elementos como raça, sexo, cor, origem e outros, passa a observá-los ao realizar a contratação de seus servidores, ao regular a contratação no mercado de trabalho e, ainda, ao regular o acesso aos estabelecimentos de ensino.

No tocante à definição do termo em análise, segundo Oliven (2007), a expressão *ação afirmativa* refere-se a um conjunto de políticas públicas que visam a proteger minorias e grupos que sofreram discriminação ao longo da história, traduzindo-se na adoção de condutas positivas com o intuito de favorecer o acesso de tais indivíduos à oportunidade de galgar aos postos de comando.

Gomes (2001) acrescenta, ainda, que as Ações Afirmativas podem ser conceituadas como um conjunto de políticas públicas e privadas, que podem se manifestar tanto compulsoriamente

quanto de forma voluntária, tendo por fim o combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência e de nacionalidade.

Assim, além de políticas públicas, as Ações Afirmativas também poderiam concretizar-se, em tese, por meio de políticas privadas voluntárias. No entanto, esta é uma prática que parece estar muito distante de consolidação.

Concernente às modalidades de Ações Afirmativas, é importante frisar que não devem ser confundidas ou limitadas à ideia de cotas, pois além da adoção desta espécie de discriminação positiva, que assegurem a determinadas minorias percentuais razoáveis para a efetivação da igualdade de oportunidades, como acesso ao emprego e à educação superior, por exemplo, também podem efetivar-se por meio do estabelecimento de critérios de preferência, sistema de bônus e incentivos fiscais (GOMES, 2001). Consigna-se que as minorias aqui referidas não precisam condizer necessariamente com as minorias quantitativas, mas sim com grupos que estão à margem daquilo de que melhor, ou ao menos mais digno, a convivência em sociedade pode ofertar.

A igualdade material é que está em jogo. Portanto, não se deve pensar em igualdade no ponto de chegada, mas sim no ponto de partida. Indivíduos inseridos em contextos sociais diversos não possuem as mesmas condições de atingir seus objetivos plenos, tais como profissões mais bem remuneradas, postos de comando etc. Iguala-se o ponto de partida de maneira desproporcional, corrigindo-se eventuais desequilíbrios sociais baseados em critérios como raça, sexo, cor, idade, origem etc. com o objetivo de proporcionar igualdade de oportunidades.

Outra característica importante das Ações Afirmativas é o fato de que não têm por fim perpetuarem-se em um determinado contexto, mas sim ser adotadas de maneira temporária até ao exato momento em que possam perfeitamente ser esquecidas ou desconsideradas. Com efeito, possuem como finalidade maior enraizar no âmago dos sujeitos sociais o respeito à diversidade, ao invés de atingir necessariamente determinados índices de sucesso.

Ademais, no tocante à eventual discriminação que as maiorias passariam a suportar, oportuno é o ensinamento de Rocha (1996, p. 88), que atenta para o fato de que "os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc." com vistas a salvaguardar o exercício da liberdade pessoal e o princípio da não discriminação. Desse modo, as políticas de ações afirmativas sequer igualam o percentual de vagas disponíveis entre as minorias e as maiorias, sendo apenas um meio de mitigar as diferenças históricas e culturais entre tais grupos. Não representam, portanto, uma medida extrema que cause um desequilíbrio social ou algo do gênero; ao contrário, têm por fim garantir que determinados grupos, vítimas de discriminação ao longo da história, sejam, até de forma exageradamente branda, comparada às atrocidades que sofreram no passado, compensados com o mínimo a permitir que se desenvolvam como indivíduos livres e plenos.

A compatibilidade das Ações Afirmativas com o ordenamento jurídico pátrio possui argumentos plausíveis e substanciais. Nesse sentido, a própria Constituição brasileira legitima a aplicabilidade das Ações Afirmativas, visto que assegura em seu art. 37, inciso VIII, por exemplo, a reserva percentual de cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência, segundo critérios a serem definidos em lei. Ademais, estabeleceu menor tempo de contribuição e de idade para a mulher em relação ao homem, para fins de aposentadoria, tanto no setor público (art. 40, § 3º, III, alínea "a") quanto no setor privado (art. 201, § 7º, I e II).

Nesse contexto, salienta-se que, de acordo com os termos do art. 3º, e incisos, da Constituição, que estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

verifica-se que os verbos utilizados na previsão normativa designam um comportamento ativo obrigacional por parte do Estado na busca pela igualdade, ao mesmo tempo em que reconhecem, implicitamente, que a sociedade brasileira não é livre, não é justa e que está arraigada em preconceitos. Assim, a mera proibição a tratamentos discriminatórios não permitiria a efetividade dos objetivos fundamentais que foram consagrados pelo próprio constituinte.

A adoção das Ações Afirmativas, além de bancarem uma forma de reparação dos danos produzidos historicamente (que ainda persistem), apresenta, como principal vantagem adicional, a de contribuir para a manifestação de uma sociedade pluriétnica e multicultural, que privilegia a convivência entre os diferentes. Acerca disso, salienta-se que "a solidariedade multicultural libertadora não significa uma harmonia sólida entre as culturas, mas contém antagonismos e incertezas. Ela está mais orientada em potencializar pontos de interação do que harmonizar interesses conflitantes" (CARDOSO, 2003, p. 164). Nessa mesma esteira, importante reflexão é trazida à baila por Wedderburn (2005, p. 330), que estabelece como condição para a sobrevivência coletiva no século XXI a formação de um ambiente que propague a "coexistência harmônica entre culturas, civilizações, gêneros e segmentos étnicos ou raciais com base na equidade".

Há que se destacar, dessa forma, que as Ações Afirmativas não só prestam contas à história como permitem a inclusão, a integração e a convivência entre os diferentes, representando um manifesto compromisso estatal para com a ratificação de uma sociedade plural. Vale dizer, ainda, que tal compromisso manifesta-se de extrema importância, uma vez que a diversidade cultural teve o seu reconhecimento consubstanciado por meio da Declaração de Durban da Organização das Nações Unidas, no ano de 2001, no sentido de tratar-se de um elemento importantíssimo para o desenvolvimento e bem-estar da humanidade como um todo, enriquecendo a sociedade.

3 Ações Afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos

O estudo das Ações Afirmativas transcende o Direito interno brasileiro, uma vez que tais políticas encontram fundamento no Direito Internacional, especialmente no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Contudo, antes de destacar os aspectos que justificam a atual conjuntura do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é mister trazer à baila uma definição do que se pode entender por *direitos humanos*, ainda que a tarefa esbarre em grande dificuldade.

Segundo Hesse (1986, apud BONAVIDES, 1993, p. 472), os direitos humanos podem ser definidos como um "conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade". Por oportuno, vale abrir um parêntese para a posição de Sarlet (2009, p. 101) a respeito da dignidade, que seria "um elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana [...] que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado".

Peres Luño (1995) considera os direitos humanos como o conjunto de faculdades que, de acordo com o contexto histórico, pugna por concretizar exigências de dignidade, liberdade e igualdades humanas, a fim de que estas sejam positivadas tanto nos ordenamentos jurídicos internos quanto no plano do direito internacional.

No dizer de Piovesan (2006), os direitos humanos são reivindicações morais que nascem quando devem e podem nascer e que representam um construído axiológico que emerge a partir de um espaço representativo de luta e ação social.

Ademais disso, cumpre destacar a proposição de Lafer (1988) acerca do pensamento de Hannah Arendt no que concerne aos *direitos humanos*, do que se pode depreender que tais direitos não seriam um *dado*, mas sim um *construído,* uma invenção humana ligada à organização da comunidade política.

Registra-se que as definições aqui expostas não possuem o condão de esgotamento do tema, mas de apenas revelar a grande dificuldade que existe quando se procura enquadrar os *direitos humanos* em um conceito geral e abstrato, uma vez que, por reivindicarem valores morais necessários a uma vida digna, não podem apresentar um conceito estático e acabado. Vale dizer, ainda, que o reconhecimento dos direitos humanos decorre de uma lenta e contínua evolução histórica, marcada por alterações de interpretação e pela ampliação do conteúdo desses mesmos direitos. Assim, importa discorrer acerca da origem dos Direitos Humanos e seus principais desdobramentos históricos.

Nesse ponto, as revoluções liberais do século XVIII, mais precisamente as ocorridas nos Estados Unidos e na França, identificadas com o ideário iluminista, baseado na neutralidade estatal, marcaram a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal e permitiram o nascimento do que se intitulou a primeira geração ou dimensão dos direitos humanos.

O registro público desse nascimento ocorreu por meio da Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, editada no contexto de luta pela independência dos Estados Unidos da América, e cujos ideais foram corroborados na Declaração de Independência, duas semanas depois (COMPARATO, 2013).

Na França, fundada sob o mesmo ideário iluminista e na revolução dos Estados Unidos da América, foi editada, no ato de inauguração da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, no ano de 1789, que se caracteriza como o primeiro documento formal desse País a reconhecer os direitos de liberdade e de igualdade dos seres humanos[1].

Tais direitos foram consagrados como direitos humanos (ou direitos fundamentais) e dizem respeito às liberdades e às garantias individuais. Concentram-se na limitação do poder político estatal e reconhecem que as instituições de governo devem ser utilizadas para o serviço dos governados. Dessa forma, são direitos inerentes ao ser humano de maneira que não podem ser objeto de mera concessão dos que exercem o poder.

Ademais, vale destacar que a igualdade adotada foi a formal, ou seja, baseou-se na proibição legal para que não houvesse tratamento desigual a quem quer que fosse. Possuía, portanto, um caráter negativo, na medida em que bastava a igualdade estar inserida no rol dos direitos fundamentais para que fosse considerada efetivada.

Durante o século XIX, em que pese a Europa ter apresentado importante desenvolvimento econômico, tal fato não acarretou a imediata melhoria socioeconômica do indivíduo. Na verdade, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, verificou-se a deterioração do quadro social, especialmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa Ocidental e nos Estados Unidos (FERREIRA FILHO, 2011). Como consequência da ilusória igualdade formal (baseada apenas na

[1] Ao contrário do que ocorreu na Revolução Americana, que procurou restaurar os direitos de cidadania em face dos abusos do poder monárquico, na Revolução Francesa, o que se buscou foi efetivar uma ruptura total com o passado e recomeçar a História outra vez do zero, o que se percebe muito bem com a mudança de calendário ocorrida. *Cf.* COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo, Saraiva, 2013, p. 64.

lei) entre operários e patrões, o resultado não foi outro que a pauperização da classe trabalhadora já na primeira metade do século XIX.

Assim, considerando que a igualdade formal não demonstrou ser suficiente para a efetivação da igualdade entre os indivíduos, mormente porque a ideia da neutralidade estatal, bandeira do Estado Liberal, justificava a abstenção do Estado nesse sentido, cumpre glorificar as importantes transformações sociais que ocorreram nos Estados europeus ao longo do século XIX, resultado das intensas lutas de classes, inspiradas no movimento socialista de Karl Marx, que provocaram a mudança do Estado Liberal para o Estado Social e fizeram emergir os chamados direitos sociais ou os direitos humanos de segunda geração ou dimensão (Saúde, Educação, Trabalho etc).

Contudo, ressalte-se que a plena afirmação desses novos direitos sociais ocorreu já no século XX, por meio da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha[2]. O Estado, agora, passa a se preocupar com valores mínimos como o bem estar social e a distribuição das riquezas sociais.

A igualdade que passa a ser buscada é a igualdade material-efetiva, e, para tanto, o homem não pode ser considerado como um ser em abstrato, genérico, sem especificações, mas sim inserido em um contexto social, histórico etc. O caráter adotado para a efetivação da igualdade toma uma proporção positiva, isto é, o Estado passa a intervir frente à realidade política, econômica e social, a fim de promover a justiça social.

Segundo Santos (1997), é possível identificar um paradoxo entre os direitos humanos de primeira e segunda geração. Para o autor, enquanto que o reconhecimento dos direitos civis e políticos (primeira geração) resultaram da luta da sociedade contra o Estado, que seria o principal violador desses direitos; no que se refere aos direitos econômicos e sociais (segunda geração), ao Estado é atribuída a responsabilidade de ser o seu principal garantidor.

O reconhecimento dos direitos sociais e econômicos foi "o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX" (COMPARATO, 2013, p. 66). Não obstante, o mesmo movimento socialista não foi capaz de deter o fortalecimento dos regimes totalitários durante a década de 1930, e especialmente o antissemitismo difundido pela Alemanha Nazista.

Nesse contexto, Arendt (1997) assinala que os judeus eram o único elemento intereuropeu em uma Europa organizada em bases nacionais, e que os socialistas, em que pese os valores ideológicos de internacionalismo do movimento, estavam, na realidade, muito mais interessados em assuntos domésticos.

Além disso, enquanto a ideologia antissemita ganhava força no mundo dos Estados soberanos e das nacionalidades diferentes, os judeus viviam o dilema de não pertencerem a uma comunidade capaz de uni-los e protegê-los, já que não existia um Estado Judaico reconhecido à época, o que veio a ocorrer somente em 1948, com a instalação do Estado de Israel. Assim, a adaptação dos judeus aos povos europeus em que viviam, que se manifestou desde a interação com o idioma, com os costumes e até mesmo com algumas práticas religiosas, não foi suficiente para eliminar a concepção de ser um estrangeiro[3].

Tal conjuntura acabou colaborando para a propagação do antissemitismo ao seu nível mais extremo, qual seja, a busca da implementação da "Solução Final"[4], como denominavam os nazistas,

---

[2] *Cf*. COMPARATO, op. cit., p. 66.

[3] A esse respeito, ver EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p. 50-58.

[4] Para uma compreensão mais detalhada, ver ARENDT, Hannah. Eicchmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. 1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 59-77.

que significava o extermínio do povo judeu na Europa e que culminou na morte de aproximadamente seis milhões de judeus durante a segunda guerra (1939-1945).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a derrocada do regime nazista, os direitos humanos necessitavam, então, ser reconstruídos, fundados, mais do que nunca, no valor supremo da dignidade humana. Registra-se que somente a partir desse momento histórico foi que o problema do reconhecimento dos direitos humanos transportou-se da esfera nacional para a internacional, passando a envolver, ineditamente, todos os povos (BOBBIO, 2004).

Assim, por meio da criação da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1945, a comunidade internacional estabeleceu a meta de preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra, a ser alcançada mediante um sistema de segurança coletivo. Baseando-se na cooperação, violações dos direitos humanos deveriam ser evitadas, conforme estabeleceu o art. 55 da Carta de São Francisco[5].

Tal fato pode ser considerado como o marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos (RAMOS, 2012). A Carta de São Francisco ou, simplesmente, Carta da ONU, no entanto, caracteriza-se como um tratado constitutivo de uma organização internacional e, por essa razão, suas disposições são de ordem geral. Dessa forma, ainda que os seus Estados-Membros se comprometessem a cooperar para a promoção dos direitos humanos, a compreensão desses direitos diferia justamente entre tais Estados.

Nesse contexto, portanto, há que se destacar que importantes avanços para o desenvolvimento dos direitos humanos foram constatados. Contudo, ainda não existia uma concreta definição de quais seriam os direitos humanos a serem protegidos, nem de que forma isso ocorreria.

Importa dizer que foi por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que a ONU e seus Estados-Membros esclareceram o que entendiam como direitos humanos e liberdades fundamentais, inaugurando, em conjunto com a Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, aprovada um dia antes também no âmbito da ONU, a existência dos direitos humanos de terceira geração ou dimensão, conhecidos como direitos dos povos e da humanidade[6], ou, como preferem alguns, direitos de solidariedade ou fraternidade[7].

Ainda, conforme salienta Piovesan (2008), foi a partir da Declaração de 1948 que emergiu a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Não obstante, importa mencionar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU sem que lhe fosse atribuída caráter vinculante, mas de mera recomendação. Desse modo, como o texto da Declaração foi aos poucos perdendo força em razão de sua natureza jurídica, os Estados passaram a não mais cumprir o seu texto. Visando a "salvar" o texto da Declaração Universal de 1948, foram produzidos dois tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

---

[5] Art. 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão […] c) o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

[6] *Cf*. COMPARATO, op. cit, p. 69.

[7] *Cf*. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 75.

A produção de dois tratados deve-se ao fato de que depois da Segunda Guerra Mundial o mundo ficou dividido em dois blocos, o americano e o soviético. O bloco americano queria que fossem elaborados dois tratados, ao passo que o bloco soviético, por outro lado, sustentava que um tratado seria suficiente, tendo prevalecido a tese do bloco americano.

Apesar dessa separação, não há que se falar em divisão de direitos humanos, pois os dois tratados são frutos da mesma resolução (nº. 2.200-A, de 16 de dezembro de 1966), sendo que entraram em vigor internacional no mesmo ano, em 1976. Além disso, em 1968, a Conferência Internacional de Teerã[8] deixou claro, em sua carta, que os direitos humanos são indivisíveis.

Assim, o conjunto da Carta da ONU, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como dos Pactos Internacionais (Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) formam o que se considera a Carta Internacional dos Direitos Humanos que reivindica alcance universal. Com isso, a partir desse conjunto normativo, houve um processo de universalização dos direitos humanos, permitindo a instauração de um sistema internacional de proteção, formado por tratados internacionais que buscam o alinhamento ético contemporâneo no sentido de estabelecer o consenso internacional a respeito de temas cruciais dos direitos humanos com vistas a salvaguardar aquilo que eticamente deve ser irredutível.

Cabe frisar que, em um primeiro momento, a proteção dos direitos humanos foi marcada pela tônica da proteção geral, que combatia a diferença apenas pelo conceito da igualdade formal. Entretanto, tal situação se mostrou insuficiente para por termo às desigualdades de fato, uma vez que para isso o indivíduo não deveria ser tratado de forma genérica, geral e abstrata, mas sim especificado em sua complexidade, sendo considerado sujeito de direito de forma determinada. A proteção, antes geral e abstrata, deu lugar à proteção especial e particularizada a determinados grupos. Assim, a própria diferença, que era utilizada como alvo para a desconsideração de direitos, passa a ser considerada justamente para a promoção desses direitos. As chamadas minorias, portanto, deveriam ser consideradas em suas particularidades, permitindo que, paralelamente à igualdade, o direito à diferença também fosse tido como um direito fundamental.

Nesse diapasão, Piovesan (2006) entende que o conceito de igualdade deve ser considerado sob três vertentes, quais sejam, a) igualdade formal, representando a ideia de que todos são iguais perante a lei; e b) igualdade material, sendo que esta se subdivide em duas espécies, a saber: b.1) igualdade material baseada sob o ideal da justiça social distributiva, que considera aspectos socioeconômicos; b.2) igualdade material baseada sob o ideal de justiça por meio do reconhecimento de identidades de diferentes gêneros, idade, manifestação sexual, etnia, raça, etc.

Nessa mesma esteira, acerca da igualdade material, são os ensinamentos de Santos (2003), que afirma que somente por meio do reconhecimento aliado à redistribuição será possível a realização da igualdade. Por conseguinte, para a efetivação da igualdade material, não basta que se promova a justiça social distributiva, há que se reconhecer também as diferentes identidades com suas peculiaridades.

Tendo em vista que a discriminação manifesta-se quando somos tratados igualmente, ainda que diferentes, e de maneira diferente, em situações nas quais deveríamos ser tratados como iguais,

---

[8] A Conferência Internacional de Teerã foi a primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos e representou a mudança do estágio de elaboração dos primeiros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (Pactos de 1966) para o estágio de implementação desses instrumentos. *Cf.* CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. *In:* PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). *Direitos humanos no século XXI*. [s.l]: IPRI-FUNAG, 1998, p.19.

o Direito Internacional dos Direitos Humanos vale-se de duas estratégias no combate à discriminação, a saber: a) a estratégia repressivo-punitiva, que cuida de punir, proibir, a fim de eliminar a discriminação; b) a estratégia promocional, que cuida, por sua vez, de promover, fomentar e avançar na busca pela igualdade (PIOVESAN, 2006).

No tocante à estratégia repressivo-punitiva, a maior urgência se dá em erradicar todas as formas de discriminação. Para tanto, o combate à discriminação é medida essencial na garantia do pleno exercício dos direitos civis e políticos, bem como dos direitos sociais, econômicos e culturais. Cuida, portanto, de implementar o direito à igualdade, combatendo a discriminação de forma negativa, repressiva, uma vez que se baseia no conceito da igualdade formal.

Quanto à estratégia promocional, esta se desenvolveu devido ao fato do combate à discriminação de forma repressiva, por si só, não se mostrar suficiente. Dessa forma, baseia-se na ideia de que é fundamental conjugar a vertente repressiva com a promocional.

É necessário, de fato, combinar a proibição da discriminação com medidas promocionais compensatórias que visem a acelerar o processo da igualdade. Em outras palavras, não basta apenas proibir a discriminação com uma legislação repressiva, é essencial o desenvolvimento de estratégias capazes de promover e estimular a inserção social de grupos desfavorecidos e marginalizados historicamente.

Dessa forma, pode-se afirmar que, para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o combate à discriminação só terá êxito por meio de medidas reais que promovam a igualdade material. Nesse contexto, as Ações Afirmativas podem ser consideradas como poderoso instrumento de inclusão social, em consonância com os objetivos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4 Ações Afirmativas e Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro.

Estabelecida a relação entre as Ações Afirmativas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, é necessário identificar de que forma ocorre a incorporação das normas internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio. Para tanto, vale-se do que preconiza o art. 5º, 2º, da Constituição Federal. Nesse sentido, o disposto no § 2º, do dispositivo em análise, estabelece que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Há que se destacar, entretanto, que doutrina e jurisprudência divergem sobre o tema. Nesse ponto, portanto, importantes considerações fazem-se necessárias.

A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º ao artigo 5º, estabeleceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Tal dispositivo fez com que doutrina e jurisprudência debatessem sobre com qual status os tratados de direitos humanos seriam incorporados ao sistema jurídico brasileiro.

Acerca disso, quatro linhas de entendimento podem ser expostas, a saber: a) natureza supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos; b) natureza constitucional dos

documentos internacionais de direitos humanos; c) natureza de lei ordinária dos tratados internacionais de direitos humanos; e d) natureza supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos.

A primeira corrente é defendida por Mello (1999), que sustenta a aplicação da norma que seja mais benéfica ao ser humano, independente de sua origem. A crítica a essa corrente reside na insuficiência de sua aplicação quando dois direitos entram em colisão aparente, sendo difícil identificar qual seria a norma mais favorável, uma vez que proteger determinado indivíduo, em algumas situações, significa desproteger outro (RAMOS, 2012).

A segunda corrente, a que defende o caráter constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, é defendida por autores como Ingo Sarlet e Flávia Piovesan. Sobre o tema, Sarlet (2009, p. 124) defende a equiparação entre os direitos fundamentais[9] independente da origem (interna ou internacional) e pugna pela "construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos".

Para Piovesan (2003, p. 58), os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos "integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais"

A corrente em questão parecia ter sua tese acatada de forma pacífica, eis que doutrina e jurisprudência, de forma significativa, entendiam que os tratados internacionais tradicionais possuíam força hierárquica de norma infraconstitucional, ao passo que os tratados internacionais de direitos humanos constituir-se-iam em norma de hierarquia constitucional. Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, a discussão acerca da matéria foi retomada, passando a ser objeto de novas interpretações jurisprudenciais, consoante se verifica em dois julgados do Superior Tribunal de Justiça, RHC 19975/RS e o RHC 18799/RS, com entendimentos divergentes sobre a hierarquia de tais tratados, principalmente no que se refere aos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro antes da Emenda Constitucional 45/2004, no sentido da necessidade de observarem ou não o requisito formal de aprovação, em dois turnos, em cada casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros para serem considerados equivalentes às emendas constitucionais.

Verifica-se, dessa forma, que o tema ainda não se encontra pacificado pela doutrina e jurisprudência, mesmo com a inserção do § 3º ao artigo 5º da Constituição Federal. Acerca disso, conforme Emerique e Guerra (2008), em que pese o tema suscitar divergência de posicionamento, os tratados internacionais de direitos humanos seriam, de qualquer sorte, materialmente constitucionais, apresentando apenas a variação de formalmente constitucionais, dado o rito de aprovação quando incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro. Tal posicionamento coaduna com o magistério de Lafer (2005), que entende que a partir da Emenda Constitucional n 45/2004, para que os tratados internacionais de direitos humanos sejam reconhecidos formalmente,

[9] Cumpre destacar a imprecisão terminológica que existe na doutrina para referir-se ao tema dos Direitos Humanos, sendo que, comumente, a expressão *direitos humanos* é utilizada em alusão a direitos consagrados sobre a matéria em tratados internacionais, ao passo que a expressão direitos fundamentais aplicar-se-ia aos direitos de mesma natureza positivados pelo Direito Constitucional de determinado Estado. *Cf* RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

como normas constitucionais, devem obedecer ao rito do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal.

Uma terceira corrente entende que os tratados de direitos humanos ao serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro possuiriam a natureza de lei ordinária. Tal corrente foi adotada no Brasil tendo como referência a manifestação do Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial n. 80.004/SE, que tratou da colisão entre normas de direito internacional com normas de direito interno, aplicando a máxima *lex posteriori derogat priori*, tendo em vista a ausência de critérios expressos na Constituição.

Em novo julgamento, a matéria foi retomada pelo STF na apreciação pelo Plenário da Corte do HC 72.131 RJ, que versava sobre a prisão civil do depositário infiel. Novamente o STF reafirmou o entendimento no sentido de que os diplomas normativos de natureza internacional ingressam no ordenamento nacional com o mesmo status de norma ordinária, sendo que os eventuais conflitos atinentes à norma interna e à norma internacional encontrariam solução na ideia de que a lei posterior revoga a lei anterior. Tal corrente, entretanto, encontra-se superada pela jurisprudência do próprio STF, conforme se depreende da corrente seguinte, que defende a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. Com isso, a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais aplicar-se-ia tão somente àqueles que não versem sobre direitos humanos.

Uma quarta e última corrente sobre o tema adota a ideia de que os tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro sem a observância *pro forme* do disposto no § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, possuem a natureza de norma supralegal, ou seja, estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

Tal entendimento foi concebido no STF, a partir do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no RHC nº 79785-RJ, consolidando-se, no entanto, por meio do voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466343, que reconheceu a impossibilidade de prisão do depositário infiel no Brasil porque foi proibida essa modalidade de prisão pelo Pacto de San Jose da Costa Rica de 1969.

O Pacto, desde que ratificado, nunca foi considerado inconstitucional (apesar de a Constituição Federal permitir a prisão civil do depositário infiel) porque extinguiu uma das exceções da prisão civil e ampliou o direito constitucional de um indivíduo não ser preso. Hoje não há a prisão do depositário infiel porque o Pacto de San José tem *status* de supralegalidade e prevalece sobre as normas em sentido contrário.

Tendo em vista o status dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico apresentarem, para importante parte da doutrina, natureza de norma constitucional, pode-se entender a real importância a ser dada aos tratados ratificados pelo Brasil que autorizam a adoção de Ações Afirmativas.

Sendo assim, existem dois importantes instrumentos ratificados pelo nosso país que permitem, de forma expressa, a utilização de medidas positivas que tenham por escopo reduzir os efeitos da discriminação, quais sejam, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher, sendo que estes seriam considerados normas materialmente constitucionais (ou supralegais).

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial,[10] ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, trata da questão em seu artigo 1º, nº 4. Nessa mesma esteira dispõe o art. 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher[11], ratificada pelo Brasil em 1984.

Outro importante documento que permite a adoção de discriminações positivas é a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida ao ordenamento jurídico brasileiro nos termos inovadores da Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo, portanto, considerada norma formalmente constitucional, conforme explicitado anteriormente. Trata-se, até o presente momento, do único instrumento internacional de direitos humanos que observou o rito formal de aprovação previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Dessa forma, vale dizer que as Ações Afirmativas encontram em nosso sistema amplo respaldo jurídico, uma vez que sua adoção decorre tanto de normas oriundas do direito interno propriamente dito quanto das incorporadas ao ordenamento nacional em razão de documentos internacionais. Constata-se, com isso, que o plano interno está em consonância com o plano internacional no objetivo de resolver um dos maiores problemas sociais, a discriminação real suportadas pelas minorias.

5 Conclusão

Ações Afirmativas são medidas discriminatórias positivas adotadas com o objetivo de favorecer grupos minoritários que sofreram discriminação em determinado momento histórico e que transcendem o argumento de que todos são iguais perante a lei – igualdade formal –, já que este não foi suficiente para erradicar o preconceito e as constantes injustiças ao longo dos séculos. Assim sendo, considerando que grupos marginalizados socialmente não se encontram em situação de igualdade material, pois não possuem as mesmas condições para alcançarem o sucesso em suas vidas, adotam-se tais medidas discriminatórias a favor de quem sofre a discriminação para que o ponto de partida seja igualado, a fim de permitir, também, que o ponto de chegada seja o mesmo.

Sob o ponto de vista jurídico, as Ações Afirmativas encontram precedentes inclusive na Constituição brasileira, como no caso dos deficientes físicos e das mulheres. Além disso, tais políticas justificar-se-iam para que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no art. 3º da Lei Maior, fossem alcançados. Tais objetivos clamariam, ainda, por um agir positivo, ao mesmo tempo em que reconheceriam, implicitamente, que o Brasil não se constitui como uma sociedade livre, justa e sem preconceitos.

Os direitos humanos propriamente ditos consistiriam em reivindicações morais, com origem no momento exato em que deveriam e poderiam nascer. Ademais, traduzem-se em processos que se

[10] Art. 1º - 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

[11] Artigo 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

constituem a partir de espaços de luta pela dignidade humana e sua manutenção, consolidando-se, em razão disso, em um sistema de valores capaz de reivindicar validade universal.

Consigna-se, ainda, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos vale-se de duas estratégias no combate à discriminação, a estratégia repressivo-punitiva, tendo como foco a punição, e a estratégia promocional, preocupada em promover a igualdade material. Dessa forma, as Ações Afirmativas adotadas pelo Brasil guardam estrita relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que também decorrem de convenções internacionais de direitos humanos ratificadas pelo Brasil, e, portanto, pertencentes ao ordenamento pátrio, que autorizam a adoção de tais medidas.

Por derradeiro, considerada a discriminação uma construção histórica, as Ações Afirmativas buscam justamente desconstruir tal legado negativo, podendo ser interpretadas como medidas efetivas que possuem como fim maior a promoção do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos, enquadradas no contexto da estratégia promocional de combate à discriminação.

Referências

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*: antissemitismo, imperialismo e totalitarismo. trad. roberto raposo. 8ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira.1ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século. *In* PINHEIRO, Paulo Sérgio (Org). *Direitos humanos no século XXI.* [s.l]: IPRI-FUNAG, 1998.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites:* um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Unesp, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

EINSTEN, Albert. *Como vejo o mundo.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

EMERIQUE, Lilian Balmant et al. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília. v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008.

FERES JR, João et al. Ação afirmativa na Índia e no Brasil: um estudo sobre a retórica acadêmica. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 17, nº 40, set/dez 2015, p. 92-123.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais.* São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e o princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos*: constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

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

MELLO, Celso A. O parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal *In* TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

OLIVEN, Arabela Campos. Ações afirmativas, relações raciais e política de cotas nas universidades: uma comparação entre os Estados Unidos e o Brasil. *Educação*, Porto Alegre, v. 30, jan./abr. 2007.

PIOVESAN, Flávia. A constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Ações afirmativas e direitos humanos. *In: Revista USP*, São Paulo, n.69, março/maio 2006.

PERES LUÑO, Antônio. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público* nº 15/1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento da diferença e da igualdade. *In Reconhecer para libertar*: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. Ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WEDDERBURN, Carlos Moore. Do marco histórico das políticas públicas de ação afirmativa *In:* SANTOS, Sales Augusto dos (Org). *Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas*. Brasília: Ministério da Educação: UNESCO, 2005.

O ATIVISMO JUDICIAL TRANSNACIONAL: UMA PROPOSTA DE MOBILIZAÇÃO GLOBAL E DE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Daniela Mesquita Leutchuk De Cardematori[*]
Marlise da Rosa Luz[**]

Resumo:

Historicamente, as políticas públicas, as reformas jurídicas internas, as formas de inclusão e proteção dos direitos humanos no Brasil são feitas essencialmente pelo Estado. Contudo, na atualidade, o seu comprometimento com o contexto internacional, a escassez de recursos, suas tensões e conflitos, tem fomentado novos valores de cultura política, diante da pressão do sistema econômico em relação ao sistema jurídico. E isso tem sido a seara para a emergência de mobilizações que perpassam as fronteira do Estado-nação. A abordagem do presente trabalho inclui, preliminarmente, um reconhecimento sobre as características do constitucionalismo brasileiro, desde a democratização de 1988; uma discussão sobre a definição de direitos humanos, a partir de uma análise crítica, e ao fim, busca-se identificar como o ativismo judicial transnacional pode representar um instrumento de empoderamento do indivíduo e sociedade civil na luta por direitos fundamentais. Leva em consideração, o método dedutivo, com sustentação em reconhecidas obras doutrinárias, artigos e trabalhos científicos e, propõe-se pontuar 03 casos levados à Comissão e Corte Interamericana envolvendo o Brasil que refletiram em impactos jurídicos internos de proteção e garantia de direitos fundamentais, como exemplos de novas práticas sociais e novas subjetividades no cenário internacional em prol da proteção e luta pelos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Ativismo Transnacional.

Resumen:

Históricamente, las políticas públicas, reformas legales internas, formas de inclusión y protección de los derechos humanos se hacen principalmente por el Estado. Sin embargo, en la actualidad, su compromiso con el contexto internacional, la escasez de recursos, sus tensiones y conflictos, ha fomentado nuevos valores de la cultura política, bajo la presión del sistema económico en relación con el sistema legal. Y esto ha sido la cosecha a las movilizaciones de emergencia que cruzan las fronteras del Estado-nación. El enfoque de este trabajo incluye el reconocimiento preliminar de la característica del constitucionalismo brasileño, la democratización desde 1988; una discusión sobre la definición de los derechos humanos, a partir de un análisis crítico, y al final, buscamos a identificarse como activismo judicial transnacional puede representar un instrumento individual de la capacitación y de la sociedad civil en la lucha por los derechos fundamentales. Se tiene en cuenta el método deductivo, con el apoyo en las obras doctrinales reconocidas, artículos y trabajos científicos, y se propone anotar 03 casos ante la Comisión y la

[*] Mestre e Doutora em Direito pela UFSC - Florianópolis/SC (1993 e 2001) e Pós-Doutorado junto à UFSC (2015). Atualmente é docente do Centro Universitário La Salle (Unilasalle - Canoas - RS) e professora vinculada ao Programa de Mestrado Direito e Sociedade da Unilasalle de Canoas - RS

[**] Mestranda em Direito do Centro Universitário La Salle (Unilasalle - Canoas) – Linha de Pesquisa: Sociedade e Fragmentação do Direito. Canoas, 2016

Corte Interamericana que implica Brasil, que se refleja en la protección de impacto jurídico interno y protección de los derechos fundamentales, como ejemplos de nuevas prácticas sociales y las nuevas subjetividades en el ámbito internacional en aras de la protección y la lucha por los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos fundamentales. Activismo transnacional.

1 Introdução

Nas últimas décadas viu-se a intensificação das relações sociais mundiais, a amplitude e profundidade das interações e inter-relacionamentos estatais, circunstâncias que certamente são decorrências da influência da globalização, assim compreendida por Boaventura de Sousa Santos, (2011, p.26), como um fenômeno de múltiplas faces, tanto de natureza econômicas, sociais, polícias, culturais, religiosas e jurídicas, que se relacionam e se conectam de forma complexa.

Nesse cenário, preliminarmente registra-se, que a globalização abordada no presente trabalho, volta-se para o enfoque econômico e político, bem como, para a influência no inter-relacionamento entre o Estado e a sociedade.

O Brasil desde o início do processo democrático, desejavelmente incorporou regras e diretrizes com vista ao respeito à dignidade de toda pessoa humana, além de participar de importantes conquistas realizadas no âmbito internacional através da ratificação de vários importantes tratados internacionais em prol dos direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 pode ser considerada um marco histórico de uma proposta que enfatiza os direitos fundamentais em busca de uma sociedade livre, justa e igualitária, com foco na erradicação da pobreza e marginalização, bem como, na redução das desigualdades sociais e regionais, conforme os termos do artigo terceiro.

Contudo, a sua característica liberal e a prevalência dos valores econômicos, conduzem a um reconhecimento de uma Carta Constitucional como um grande texto analítico, sistematizado e organizado de diretrizes, diante de uma sociedade civil cada vez mais sensibilizada e enfraquecida de possibilidades de incorporar as minorias desfavorecidas, os excluídos, ou mesmo, de reconhecer e promover direitos que também entende como sendo fundamentais.

Essa realidade remete ao histórico de que, por cultura política e jurídica, cabe primordialmente ao Estado, por meio de políticas públicas ou, mesmo, reformas jurídicas internas, identificar e reconhecer direitos postulados pela sociedade. Ou seja, a identidade constitucional brasileira, destaca-se pela normatização e internacionalização dos direitos humanos pela via legal.

O presente trabalho propõe uma análise a partir de uma interpretação crítica sobre direitos humanos, segundo a qual os direitos fundamentais não são um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e consequentemente suas necessidades de proteção.

Enfatiza o ativismo judicial transnacional como uma ação engajada de luta, promoção e proteção de direitos humanos juntos a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desenvolve-se pelo método dedutivo, a partir da compreensão das características e transformações da cultura política brasileira desde a promulgação da Constituição Federal e da influência neoliberal nessas práticas políticas e padrões normativos que tem regulado as condições de vida em sociedade.

A seguir, no segundo momento, é apresentada a interpretação crítica de Joaquim Herrera Flores, ressaltando a ideia de direitos humanos como um processo, que surge como reações, movimentos e da evolução de circunstâncias históricas.

No último momento, faz-se uma abordagem sobre o "ativismo judicial transnacional" e a partir de uma breve análise empírica de casos envolvendo o Brasil junto a Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, enfatizar os principais impactos jurídicos internos.

Portanto, o presente trabalho traz uma abordagem para a compreensão da abrangência do ativismo judicial transnacional, bem como, sua relevância como um importante instrumento fortalecedor de práticas civis extra território de proteção dos direitos humanos e difusão desses direitos.

2 Uma Breve Introdução Sobre o Constitucionalismo Brasileiro e a Influência Neoliberal

Desde o fim da bipolarização da Guerra Fria[12], viu-se o declínio do paradigma socialista de Estado centralizador, autossuficiente e totalitário, assumido pela extinta União Soviética; Em contrapartida, viu-se também a assunção da superioridade do modelo econômico-político dos Estados Unidos.

Esse novo momento favoreceu o surgimento e o crescimento da influência norte-americana sobre novas zonas internacionais, e paralelamente emergiu um discurso sobre a necessidade de restrição de atuação do Estado no aspecto social e regulador, isto sob o fundamento de que "o Estado intervencionista tende a gerar desequilíbrio fiscal, agravado, nos países em desenvolvimento, pela contratação de enormes empréstimos internacionais." (VIEIRA, 2002, pág. 470).

Nessa linha, foi proposto o *Washington Consensus*, um evento "onde um grupo de economistas do governo norte-americano, do Banco Mundial e do FMI, estabeleceu um conjunto de medidas voltadas [...] a estabilização econômica dos países em desenvolvimento." (VIEIRA, 2002, pág. 470).

Muitos países da América Latina, inclusive o Brasil, aproximaram dessa proposta econômica e política, pois enxergavam que a adesão ao mercado internacional pela abertura ao capital estrangeiro fosse o meio sustentável ao crescimento e modernização industrial.

> A austeridade fiscal, privatizações de empresas que não dão lucro ao Estado e liberalização dos mercados são medidas que podem contribuir para uma melhor gestão dos serviços públicos e para a criação ou estímulo de programas sociais. (TEIXEIRA, 2011, p. 13)

Progressivamente, nessa ideologia, passou-se a adotar uma nova sistemática de produção e organização do mercado que automaticamente refletiram na governabilidade dos Estados-nação, mais preocupados em atender e corresponder às forças do mercado global, as regras e imposições de instâncias supranacionais.

[12] Compreendida pela oposição ideológica entre os Estados Unidos, como referência do capitalismo e liberalismo, e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, berço do comunismo marxista.

De modo geral, os Estados ficaram na dependência das decisões das grandes corporações industriais, comerciais e financeiras (tais como FMI, Banco Mundial), que acabaram enfraquecendo suas capacidades gerenciais e de obrigações cívicas e sociais, internas, dentro dos seus próprios limites territoriais. A preocupação política e econômica dos Estados, voltada aos interesses internacionais, fez com que relegasse sua função tradicional de incrementar a qualidade de vida de seus nacionais e a assistência dos mais vulneráveis.

Os Estados, além de ficarem condicionados às diretrizes normativas supranacionais, acabaram por [...] retroceder em seus programas de ação social e econômica, bem como a abdicar dos conteúdos básicos do direto regulador [...]. (JULIUS CAMPUZANO, 2009, p. 85).

Surge uma nova relação entre o Estado e a sociedade. "Esse processo de paulativa (*sic*) submissão do Estado ao poder econômico transnacional, com a correlativa perda da competência e de controle sobre suas políticas no âmbito interno [...] provoca, também, inevitavelmente, uma fragmentação da cidadania", pois o indivíduo tem sua capacidade decisória enfraquecida, em verdade, inexistente na esfera global. A cidadania fica reduzida a uma dimensão cívico-política. (JULIUS CAMPUZANO, 2009, p. 84). Ou seja, passa-se a identificar uma crescente frustração e desânimo na cidadania, e o afastamento desta, do cenário público.

Mas voltando-se para a realidade Brasil, essa tendência foi dominadora e crescente ao longo dos anos de 1990.

À época, o Brasil desenvolvia sua nova proposta Constitucional. Estava diante da novíssima Constituição Federal de 1988, considerada um modelo de "constitucionalismo dirigista ou de caráter social", trazendo em seu conteúdo obrigações positivas ao Estado, diferentemente das Constituições liberais, cujo objetivo é afastar ou limitar a atuação do Estado (VIEIRA, 2002, 468).

Suas características, em muito foram decorrência da efervescência democrática do momento, após um longo período de repressão e autoritarismo ditatorial. Com isso, sustentou a existência de um Estado Democrático de Direito e baseado numa sociedade livre justa e solidária, cujas grandes metas são a erradicação da pobreza e marginalização, bem como, na redução das desigualdades sociais e regionais, conforme os termos do artigo terceiro.

> Nesse contexto é que a onda neoliberal pegou o constitucionalismo brasileiro no contrapé. Se os anos do pós-Segunda Guerra foram de confiança nos Estados, quanto a mecanismos de propulsão e intervenção na economia, assim como de construção de uma rede de seguridade social, a partir dos anos 80 esse consenso passa a ser substituído por uma profunda desconfiança na capacidade dos Estados nacionais, enquanto agentes econômicos e sociais. A ação do Estado é vista ainda como bloqueio ao livre desenvolvimento das forças do mercado, que gera a ineficiência e coloca esse mercados em desvantagem face à competitividade do sistema internacional (VIEIRA, 2002, pág.469-470).

Ou seja, viu-se o constitucionalismo nacional ser influenciado pelas novas diretrizes político-econômicas que eram emergentes no meio internacional.

Aos poucos, o Brasil buscou adequar sua nova Constituição às orientações econômicas internacionais, vindo a promover muitas mudanças no seu texto constitucional com uma sequência de Emendas à Constituição, que incluiu conceitos, tais como de empresa de capital nacional e monopólios, concessão à empresas privadas a exploração de serviços, privatizações, reformas nas regras do funcionalismo público, na previdência social, acrescentou no *caput* do art. 37 da CF, o "princípio da eficiência". Ou seja, foram sendo adotadas medidas ao longo dos anos, desde a

promulgação da Constituição Federal, "sob o argumento de que é necessário buscar adaptar o Estado brasileiro às demandas da globalização" (VIEIRA, 2002, 473).

O sistema jurídico nacional, desde a última década do século XX passou a assumir, prioritariamente, um enfoque econômico, voltado à manutenção e gestão financeira interna do Estado, em atenção aos ajustes e acordos internacionais.

O estatuto organizativo estatal perde sua força valorativa e com isso, limita o discurso democrático, já que delimita a capacidade da cidadania controlar seu futuro e interesses políticos específicos.

É nessa lógica que a sociedade vê a "relativização" de direitos fundamentais pelo Estado. A proteção e garantia interna desses direitos passam a ser sopesados frente as possibilidades econômicas. O Estado, ao mesmo tempo que garantidor dos direitos humanos, assume a postura de violador. Ou ainda, mesmo que não seja violador, está tão comprometido que sequer pode reagir a tais violações.

3 O Brasil Diante dos Direitos Fundamentais e a Concepção de Direitos Humanos como *"Processo"*

O Brasil, ainda que sob influência das transições político-econômica que se seguiram desde a Constituição Federal de 1988, fundamentou-se em importante inovação: "a institucionalização dos direitos humanos". Ressaltou no seu texto, a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico Brasileiro. Transportou também, "princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, II, III, VIII e IX, da Carta". E ainda, inclui dentre os direitos constitucionalmente protegidos, aqueles enunciados nos tratados internacionais de que for signatário. (PIOVESAN, 2012, p. 437, 444).

Ou seja, incorporou regras e diretrizes com vista ao respeito à dignidade de toda pessoa humana, além de participar de importantes conquistas realizadas no âmbito internacional através da ratificação de vários importantes tratados internacionais em prol dos direitos humanos.

Como característica, a identidade constitucional brasileira destacou-se pela normatização e internacionalização dos direitos humanos pela via legal.

Contudo, como problematização dessa realidade, faz-se uma análise do tema, com base na proposta interpretativa de Joaquim Herrera Flores (2010, p. 97) quando se refere aos direitos humanos como algo mais que o conjunto de normas formais que os reconhecem e os garantem em nível nacional ou internacional.

Entra-se nessa temática justamente porque, diante da característica formalista da legislação brasileira sobre os direitos humanos e da influência neoliberal, inevitavelmente os direitos fundamentais foram se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação.

Joaquim Herrera Filho, na sua contribuição teórica refere que o *"[...] conatus*[13] constituye el fundamento inmanente de los derechos humanos" (2004, p. 97), e que estes podem ser definidos como:

> [...] el conjunto de procesos sociales, económicos, normativos, políticos y culturales que abren y consolidan – desde el 'reconocimiento', la 'transferencia de poder' y la 'mediación jurídica' – espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana. (2004. p. 98-99) (HERRERA FLORES, 2004, p. 97, 98-9)

Ou seja, para o autor os direitos humanos não são algo dado e construído em uma única vez, mas sim "processos":

> [...]Es decir, de dinámicas y luchas históricas resultado de resistencias contra la violencia que las diferentes manifestaciones del poder, tanto de las burocracias públicas como privadas, han ejercido contra los individuos y los colectivos (2004, p. 100)

O jurista sevilhano sustenta que após as duas grandes guerras que assolaram o continente europeu durante o século XX, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, surge o conceito de direitos humanos, o qual "[...] se consolida como la visión 'natural' y 'universal' que se expresa diáfana y con matices universalistas en las 'normas' y textos que van surgiendo del orden institucional global de Naciones Unidas"(2004, p. 87)

Na atualidade, na proposta do autor (2004, p. 103), estamos diante de uma nova fase histórica, especialmente desde o fim dos anos oitenta e princípios dos noventa do século passado, com a queda do socialismo e a consequente expansão global do modo de produção e de relações sociais capitalistas. Ou seja, entende que a globalização[14], no modelo neoliberal, caracteriza-se como a nova fase, e as características de apropriação do capital estão provocando uma mudança importante na conceituação dos direitos humanos.

Seguindo ainda a teoria de Joaquim Herrera Flores, a progressiva instauração de uma ordem global sustentada na apropriação do capital e o surgimento de uma consciência de injustiças e desequilíbrios conduzidos pela globalização, estão provocando o surgimento de processos de reação social, que não se conformam com as tradicionais formas de participação e articulação social. São essas reações compreendidas como processos de lutas que constituem o desafio da nova fase mundial para reconhecimento dos direitos humanos. (2004, p.104)

---

[13] O autor sevilhano esclarece a conceituação de "conatus": Término latino que significa esfuerzo de, o esfuerzo para; en la filosofía del siglo XVII, es usado a partir de la nueva física que, al presentar el principio de inercia (un cuerpo permanece en movimiento o en reposo si ningún otro cuerpo actúa sobre él modificando su estado), hace posible la idea de que todos los seres del universo poseen la tendencia natural y espontánea a la autoconservación y se esfuerzan para permanecer en la existencia.

[14] "La nueva fase de la globalización, la denominada "neoliberal", puede caracterizarse en términos generales bajo cuatro características articuladas : a) la proliferación de centros de poder (el poder político nacional se ve obligado a compartir "soberanía" con corporaciones privadas y organismos globales multilaterales), b) la inextricable red de interconexiones financieras (que hacen depender las políticas públicas y la "constitución económica" nacional de fluctuaciones económicas imprevisibles para el "tiempo" con el que juega la praxis democrática en los Estados Nación), c) la dependencia de una información que vuela en tiempo real y es "cazada" por las grandes corporaciones privadas con mucha mayor facilidad que por las estructuras institucionales de los Estados de Derecho), y d) el ataque frontal a los derechos sociales y laborales (que está provocando que la pobreza y la tiranía se conviertan en "ventajas comparativas" para atraer inversiones y capitales). (FARIA apud HERRERA FLORES, 2010, p. 103-104).

Antonio Carlos Wolkmer e Efendy Emiliano Maldonado Bravo (2016, p. 53), destacam esta compreensão na perspectiva jurídica pluralista:

> [...]ao ampliar o leque de fontes normativas, dando especial atenção às lutas dos movimentos populares em busca das suas necessidade humanas fundamentais, compreende o fenômeno jurídico a partir de uma sociologia do conflito e o reinsere numa perspectiva histórico-dialética.

Ou seja, os autores também dão ênfase ao reconhecimento de que os direitos humanos desenvolvem-se num espaço contextual e concreto, ressaltando os movimentos sociais como importantes atores para o reconhecimento de novos direitos.

> Em tempos de transições paradigmáticas e de novos horizontes abertos pelos inúmeros processos de luta contra o globalismo neoliberal e contra a lógica opressora do sistema-mundo capitalista, com destaque às recentes experiências vivenciadas na América Latina nas últimas décadas, importa avançar na direção de uma concepção de direitos humanos não mais meramente formalista, estatista, monocultural e antropocênctrica.[...] (WOLKMER; BRAVO, 2016, p. 41)

Nesse aspecto, os direitos humanos surgem como reações, movimentos e evolução de circunstâncias históricas. Norberto Bobbio (2004, p. 9) já destacava que os direitos humanos não nascem todos de uma vez, e nem de uma vez por todas.

A positivação e reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, com isso, fortalecem-se a partir de novas forças transformadoras.

Flávia Piovesan (2004, p. 29) também destaca essa ideia:

> Si tradicionalmente la agenda de derechos humanos se centró en la tutela de los derechos civiles y políticos [...], actualmente asistimos a la ampliación de esta agenda tradicional, que incorpora nuevos derechos, focalizando los derechos económicos, sociales y culturales, el derecho al desarrollo, el derecho a la inclusión social y la pobreza como violación de derechos.

Assim, o presente artigo encerra algumas premissas pontuais: de um lado, identifica-se o constitucionalismo brasileiro influenciado pelas "matrizes formalistas, liberais universalistas ou, quando muito, multiculturalistas" (WOLKMER; BRAVO, 2016, p. 40); de outro, o reconhecimento de que os direitos humanos estão em constante evolução, é um processo que inclui a necessidade de reinvenção.

4 O Ativismo Transnacional: uma Mobilização Extraterritorial

A globalização, compreendida, numa visão geral, como uma ampliação do espaço-tempo, desterritorialização e transnacionalização, seja econômica, tecnológica e cultural, também acaba por difundir novos espaços que favorecem a atuação de novos atores, sejam movimentos e organizações não estatais, plurais e transnacionais.

> Na evolução dos movimentos dos direitos humanos, houve não só ampliação do conceito como também uma evolução que vai da conquista de novos direitos à criação de instrumentos que assegure efetivamente, a observância dos direitos conquistados. (CATÃO, 2005, p. 364).

Nesse cenário, a dinâmica global, a revolução tecnológica ao propiciar o encurtamento de distâncias, a busca de aperfeiçoamento humano, tem conseguido fomentar novos valores de cultura política, de escopo transnacional, que dão sustentabilidade as ações e mobilizações de atores políticos que extrapolam as fronteiras dos Estados-nação para defender bandeiras diversas, bens públicos globais e responsabilidades recíprocas.

Em especial na seara da promoção e proteção dos direitos humanos, o Brasil adota importante passo, em dezembro de 1992, quando ratifica a Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado Pacto de São José, vindo a progredir ainda mais, quando em 1998, passou a reconhecer a natureza contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, firmada em novembro de 1969, em São José da Costa Rica, configura-se como um dos principais documentos que potencializam a proteção dos direitos humanos no sistema regional interamericano.

> A convenção define quais os direitos humanos que os Estados ratificantes se comprometem internacionalmente a respeitar e a dar garantias de cumprimento. No mesmo documento, foi criada a Corte Interamericana de Direitos Humanos, definindo as atribuições e procedimentos tanto para a Corte quanto a para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos[...] (ANNONI, 2012,p.49-50)

A Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, são importantes órgãos internacionais, instrumentais integrantes do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que oportuniza a discussão, propulsão e debates sobre os direitos humanos na América Latina.

Enfatiza-se, contudo, que é junto a Comissão Interamericana que existe a possibilidade do peticionamento individual direto, coletivo ou através de Organizações Não Governamentais (ONG's)[15]. E é justamente essa mobilização, por particulares, grupos ou organizações não governamentais, junto a Comissão, também denominada de "ativismo judicial transnacional", a que se refere a abordagem do artigo e que se identifica a sua importância.

Diz-se isso porque parte-se da concepção de ativismo como ação engajada e de uma concepção de direitos fundamentais em constante processo de transformação, que acompanha a sociedade humana e consequentemente suas necessidades de proteção.

Numa reflexão breve no terreno empírico, sobre alguns casos envolvendo o Estado brasileiro que foram analisados pela Comissão e Corte IDH, pode-se identificar os reflexos internos no âmbito jurídico de proteção dos direitos fundamentais.

---

[15] Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 22 de jun de 2016.

a) A condenação no Caso Ximenes Lopes[16], por exemplo, foi o primeiro fato em que o Brasil foi condenado no sistema interamericano. Também foi o primeiro caso envolvendo a proteção dos direitos das pessoas com transtornos mentais, dando origem a Lei nº 10.216/2001, estabeleceu regras referente a política pública direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. No caso, a vítima foi internada em setembro de 1999, torturada em casa de tratamento psiquiátrico, no Estado do Ceará, vindo a óbito três dias após a internação. Como reflexo, houve o reconhecimento da responsabilidade do Brasil na violação à vida e à integridade pessoal e direito às garantias judiciais.

b) O caso emblemático de Maria da Penha Maia Fernandes, que instigou a publicação da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Envolveu violência doméstica e impunidade. Foi levado ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos através da mobilização de organizações não governamentais, quando então, o Brasil foi responsabilizado por omissão e negligência em relação à violência doméstica contra a mulher, recomendando a adoção de várias medidas, entre elas simplificar os procedimentos judiciais penais e a adoção de medidas em âmbito nacional com a finalidade de eliminar a condescendência do Estado com a violência doméstica. (SANTOS, 2007, p. 440-45).

c) O caso da Hidrelétrica de Belo Monte, situada na bacia do rio Xingu, sudoeste do Estado do Pará, cujo empreendimento federal visa, em plena floresta amazônica, a independência energética para fomentar o desenvolvimento econômico. Este caso, também se destacou pela mobilização de povos indígenas, ribeirinhos, quilombolas e agricultores familiares, em que buscaram o respeito por parte do Estado brasileiro, das normas protetivas de meio-ambiente e direitos humanos. Houve grande participação e coalizão de instituições estaduais, nacionais e internacionais - ONGs socioambientalistas, sindicatos de trabalhadores rurais e urbanos, organizações religiosas, associações de moradores, cuja proporção ultrapassou as barreiras internas do país, chegando à ONU e OEA. (SIQUEIRA; SILVA; 2015, p. 177-202)

Em suma, estes exemplos dão evidência de como o indivíduo, ou a sociedade civil, pode estar presentes na construção e na defesa do discurso dos interesses dos menos favorecidos, excluídos, desprotegidos.

No Brasil, as políticas públicas, ou reformas jurídicas internas que sejam necessárias, são feitas essencialmente pelo Estado. A sociedade civil praticamente não tem a possibilidade de promover e incorporar demandas sociais.

Nesse sentido, da análise empírica observada acima, pode-se perceber um dos principais impactos que vem sendo obtidos junto ao Brasil com o ativismo jurídico transnacional: a provocação de mudanças nas políticas públicas internas até então empregadas pelos Estados, quando identificada a sua incompatibilidade com os compromissos assumidos em tratados internacionais de direitos humanos.

É nesse sentido que o ativismo jurídico transnacional apresenta-se como importante instrumento de empoderamento do indivíduo e sociedade civil, pois é um meio capaz de possibilitar a luta, proteção e garantida de direitos fundamentais.

---

[16] Os dados completos sobre este caso estão disponíveis em: http://www.cidh.oas.org/demandas/12.237%20Ximenes%20Lopez%20Brasil%201oct04.pdf

5 Considerações Finais

A inserção do Brasil nas relações internacionais, tem sido em grande parte uma das causas para a diminuição da autonomia das relações sociais mantidas entre o Estado e sociedade. A prevalência pelo interesse econômico internacional faz como que o Estado protele interesses e cláusulas de natureza social ao acaso das forças imprevisíveis do mercado. Há uma relativização dos interesses sociais ao poderio financeiro do Estado.

Essa característica entra em contradição com o modelo de "constitucionalismo dirigista ou de caráter social". E mais, delimita a capacidade da cidadania controlar seu futuro e interesses políticos específicos.

Os direitos fundamentais também passam por constante evolução. Inevitavelmente foram se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação.

As crises e tensões de um sociedade globalizada, a emergência de uma nova cultura política, a submissão a um cenário de exclusões, opressões e carências decorrentes de uma postura econômico-política, evidenciam a importância de novas práticas sociais capazes de contrapor essa realidade.

Portanto, é nesse enfoque que se sinaliza o ativismo jurídico transnacional como importante instrumento de empoderamento do indivíduo e sociedade civil.

No Brasil, as políticas públicas, ou reformas jurídicas internas que sejam necessárias, são feitas essencialmente pelo Estado, a luz da sua interpretação de possibilidade econômica.

Contudo, casos paradigmáticos levados ao conhecimento da Comissão e Corte Interamericana de direitos humanos, a partir da mobilização civil, reproduziram impactos jurídicos internos e com isso, representam a luta, proteção e garantia de direitos fundamentais.

Ou seja, são exemplos de como o indivíduo ou a sociedade civil, pode estar presentes na construção e na defesa do discurso dos interesses dos menos favorecidos, excluídos, desprotegidos, superando o formalismo ideológico e as limitações institucionais internas.

Referências

ANNONI, Danielle; PELINCER, Edilanie Aparecida. O sujeito de direitos no sistema interamericano e africanos de direitos humanos. In: ANNONI, Danielle (org.).*Direito Internacional dos Direitos Humanos:* Homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo, 2012, p. 49-50.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariña. I*ntrodução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução de Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 456 p.

ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Globalização e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 2 v.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2004. 234 p.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação*: economia, sociedade e cultura. Tradução de Roneide Venancio Majer ; com a colaboração de Klauss Bransini Gerhardt. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2007. 3 v.

CATÃO, Yolanda. Direitos Humanos: Chegaremos à plenitude democrática dentro do processo de globalização com os direitos humanos realmente universalizados? Avanços ou simples retórica? In: ARNAUD, André-Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.). *Globalização e direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 2 v.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**.** *Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.* Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm> Acesso em: 12 nov. 2016.

DERANI, Cristiane; VIEIRA, Lígia Ribeiro. *O lucus standi* dos indivíduos na corte interamericanda de direitos humanos. In: ANNONI, Danielle (org.).*Direito Internacional dos Direitos Humanos:* Homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos. São Paulo, 2012. p. 297-311.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal:* abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica: casos da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Atlas, 2014, 406 p.

GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais na contemporaneidade. In GOHN, Maria da Gloria; BRINGEL, Breno M. (Org.). *Movimentos sociais na era global*. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____, Joaquín. Los Derechos em el Contesxto de la Globalizacion; três precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização*: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. 578 p. Disponível em http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de Jose Luis Bolzan de Morais, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 117 p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 693 p.

_____. Derechos sociales, económicos y culturales y derechos civiles y políticos. SUR - *Revista Internacional de Direitos Humanos*, Número 1, Ano 1, 1º semestre, Versão em Espanhol, 21-47, 2004.

RUBIO, David Sanchez. *Encantos e desencantoes dos direitos humanos*: de emancipações, libertações e dominações. Tradução de Ivone Fernandes Morcilho Lixa. Helena Henkin. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 572 p.

_____. *A gramática do tempo*: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Cecília MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobe os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de direitos humanos. SUR - *Revista Internacional de Direitos Humanos*, Número 7, Ano 4, 26-57, 2007.

SEQUEIRA, João Elbio de Oliveira Aquino; SILVA, Maria Dolores. O ativismo judicial transnacional e a "Transnational Advocacy Network" na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte. *Revista Política Hoje*, v. 23, n. 2, p. 177-202, jun. 2015. ISSN 0104-7094. Disponível em: <http://periodicos.ufpe.br/revistas/politicahoje/article/view/3747>. Acesso em: 24 nov. 2016.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo (Coord). *O direito achado na rua*: concepção e prática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Globalização e Constituição Republicana. In PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional*: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. 727 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos. In: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro et al. *Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI*. Porto Alegre: Ed. da PUCRS, 2008. 529 p.

WOLKMER, Antonio Carlos; BRAVO, Efendy Emiliano Maldonado. Horizontes para se repensar os direitos humanos numa perspectiva libertadora. In: LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado (org.). *Direitos humanos na América Latina*. Curitiba : Multideia, 2016. p. 39-64

DIREITO E RELIGIÃO: INTERFACES COM A LAICIDADE NO BRASIL

Pilar de Moraes Sidi.
socióloga,
mestre em Ciências Sociais, doutoranda em Educação Unilasalle.
Bolsista Capes. E-mail: pilarsidi@via-rs.net

Resumo:

O tema do presente trabalho se refere às contradições existentes entre o que diz a Constituição brasileira sobre a laicidade e o que ocorre de fato na República Federativa do Brasil. O objetivo é debater sobre as contradições existentes na Constituição brasileira no que tange a laicidade e o que ocorre de fato na vida cotidiana. Trata-se de uma reflexão teórica construída sob a metodologia da revisão de literatura. Os resultados apontam que, apesar do Brasil ser considerado um país laico, o que está na constituição não é cumprido, além de ser bastante contraditório, ficando distante do que ocorre na realidade. Conclui-se que a Constituição deve ser seguida ou então reformulada para que não ocorram tantas discrepâncias entre ela e a realidade.

Palavras-chave: Constituição. Laicidade. Religião.

1 Introdução

Podemos dizer que, a República Federativa do Brasil constitui-se como um Estado laico, conforme assinala a Constituição Federal de 1988, conferindo aos indivíduos que compõem a sociedade, o direito à liberdade religiosa. É importante ressaltar que, a laicidade do direito trata-se de uma imensa conquista cultural da civilização ocidental, tendo sido fundamental para que houvesse o desenvolvimento de uma cultura jurídica. Com ela, emergiu um novo modo de se reger a vida social. Antes o direito ancorava-se no sagrado ou no sobrenatural, e, partir de então, ele passou a não se ancorar mais nestes pressupostos, e começou a fundamentar-se no poder do ser humano de ser o responsável pelos regramentos presentes na sociedade. Apesar de ter ocorrido uma separação entre o direito e a religião, a religião sempre foi para a tradição jurídica ocidental uma rica fonte de inspiração. Em que pese as normas jurídicas terem alcançado um patamar que lhe confere uma autoridade através da autonomia do ser humano, com suas vontades e opiniões, as crenças religiosas ainda fazem parte da sociedade. Este trabalho busca responder as seguintes questões: até que ponto existe liberdade religiosa no Brasil. Será que ela existe? Para tentar responder a estas questões, e melhor organizar o trabalho, estruturei o texto da seguinte forma: primeiro discorro sobre a origem e a historicidade do direito e da religião; em seguida abordo rapidamente o histórico da laicidade na legislação brasileira; e terceiro teço considerações sobre alguns aspectos do que diz a legislação sobre laicidade, demonstrando sua discrepância com a realidade. Por fim, teço as considerações finais.

2 Origem e historicidade do direito e da religião

Voltando o nosso olhar para a historicidade do direito e da religião, podemos dizer que as civilizações greco-romana, as quais inspiraram o desenvolvimento e os modos de viver da civilização ocidental, não adotavam diferenciação entre as normas sociais. Este fato ocorria tanto na esfera pública quanto na privada. No que tange a esfera privada, as normas eram ditadas pelo chefe da família, do clã, da tribo; na esfera pública quem estabelecia as regras eram os soberanos. Em contrapartida, os chefes de família e os soberanos também eram regidos por normas, e estas advinham das tradições ou dos cultos aos antepassados. A vida pública e a vida privada encontravam-se entrelaçadas pela religião. Para o sociólogo alemão Max Weber:

> A antiga justiça popular, originalmente um procedimento expiatório entre os clãs, é por toda parte arrancada de sua primitiva irracionalidade formalista pela ação do poder principesco e magistrático (proscrição, imperium) e, eventualmente, do poder sacerdotal organizado, sendo ao mesmo tempo fortemente influenciados por estes poderes o conteúdo do direito. Essa influência difere de acordo com a caráter da dominação. Quanto mais o aparato de dominação dos príncipes e hierarcas era de caráter racional, administrado por "funcionários", tanto mais tendia sua influência (no ius honorarium e nos meios processuais pretórios da Antiguidade, nas capitulares dos reis francos, nas criações processuais dos reis ingleses e do lorde Chanceler, no processo inquisitorial eclesiástico) a dar à justiça um caráter racional quanto ao conteúdo e a forma (ainda que racional em sentidos diversos) a eliminar meios processuais irracionais e a sistematizar o direito material, e isso significava sempre também: a racionalizá-lo de alguma forma' (WEBER, 1999, p. 100).

Na organização da sociedade, precisa e sempre precisou existir um compromisso ético com si próprio, que seria moral, sendo que deveria ser diferente do compromisso com os outros indivíduos que seria político. Existia ainda um conjunto de crenças religiosas e de costumes sociais, seguidos pela tradição. Segundo Weber, os poderes possuíam uma tendência racional nos locais em que a própria administração racional tinha interesse. Em suas palavras:

> Entretanto, aqueles poderes tinham essas tendências racionais de forma unívoca somente onde os interesses de sua própria administração racional lhes indicavam este caminho (como o regime eclesiástico papal) ou então onde se encontravam numa aliança com poderosos grupos de interessados no direito, com forte empenho no caráter racional do direito e do processo, como as classes burguesas em Roma, no fim da Idade Média e na Época Moderna. Onde faltou essa aliança, a secularização do direito e o desenvolvimento de um pensamento jurídico rigorosamente formal ou pararam após os primeiros passos ou foram diretamente obstruídos. Isso se deve, em termos gerais, ao fato de que o "racionalismo", tanto dos hierarcas, quanto dos príncipes patrimoniais, é de caráter material. Não se aspira ao tipo mais preciso do ponto de vista formal-jurídico, ótimo para a calculabilidade das possibilidades e da sistemática racional do direito e do procedimento, mas àquele que em seu conteúdo corresponde melhor às exigências prático-utilitárias e éticas daquelas autoridades (WEBER, 1999, p. 100).

Assim sendo, conforme infere-se pelas palavras de Weber, é possível perceber que, quando se fala da criação de um direito que é influenciado pela teocracia, nota-se a exigência de um arranjo, onde existem fortes exigências éticas, juntamente com os preceitos jurídicos. No que concerne aos

elementos não jurídicos presentes numa doutrina jurídica alicerçada em ideias sacerdotais, podem eventualmente, acarretar uma maior racionalização no tocante ao pensamento jurídico. Ressalta-se também que nas relações associativas, isso tudo pode ter reações bastante diferentes. Na concepção do autor:

> No mandamento sacro, o fas, podia separar-se do ius, o direito estatuído para resolução de conflitos de interesses religiosamente diferentes entre os homens. Neste caso, era possível, que este último se desenvolvesse de modo autônomo rumo a um direito racional e formal, às vezes, de caráter mais lógico, ás vezes mais empírico, o que ocorreu tanto em Roma quanto na Idade Média (WEBER, 1999, p. 101).

Ainda na ótica do autor:

> O direito religioso podia encontrar, com a secularização crescente do pensamento, um concorrente ou substituto na forma de um "direito natural" filosoficamente fundamentado, que existia ao lado do direito positivo, em parte, como postulado ideal, em parte como doutrina que com intensidade diversa influenciava a prática jurídica. Ou então não se realizava aquela separação dos mandamentos sagrados e do direito secular e persistia a mistura especificamente teocrática de exigências religiosas e rituais como as jurídicas. Nestes casos, começou uma interpenetração difusa de deveres éticos e jurídicos, exortações éticas e mandamentos jurídicos sem precisão formal, isto é, um direito especificamente não-formal. Quais das alternativas se realizava, dependia, em parte, da peculiaridade interna, já mencionada, da religião em questão e de sua relação fundamental com o direito e o Estado, em parte, da posição de poder do sacerdócio em relação ao poder político, e por fim, em parte, da estrutura deste último. É uma consequência das condições das estruturas de dominação, que em quase todos os territórios jurídicos asiáticos veio a prevalecer e continuou prevalecendo a última situação mencionada (WEBER, 1999, p. 101).

Percebe-se algumas características comuns no que tange a estrutura lógica do direito, sendo que eles podem ser originários de formas de dominação com elementos diferentes. O direito não-formal pode ser concebido através de formas de poderes ditas como autoritárias, que se ancoram na piedade, seja através da teocracia, ou pelo príncipe patrimonial. Em contrapartida, vale ressaltar que, alguns modelos de democracia podem apresentar consequências notoriamente semelhantes. Isso ocorre, porque nestes casos, lidamos com poderes, os quais os portadores, sejam eles os déspotas (o esclarecido), os hierarcas, ou os demagogos, não pretendem se comprometer com qualquer forma de limite, nem mesmo por normas ditadas por eles próprios, tendo como exceção as regras que eles são obrigados a reconhecer como sendo religiosamente sagradas, e por isso, muito compromissórias. Desta forma, direito e religião sempre estiveram relacionados, trazendo mudanças aos mais diversos aspectos da vida, como, o econômico, o social e político. Entre estas modificações, por exemplo, encontramos profundas diferenças nas formas de pensar e agir no âmbito religioso e social. Para dar conta da temática deste trabalho, discorro no próximo tópico sobre o histórico da laicidade na legislação brasileira.

3 Breve histórico da laicidade na legislação

A República Federativa do Brasil é considerada um país laico. Na maior parte das literaturas consultadas para a construção deste trabalho, Estado laico pode ser definido como um Estado leigo, secular, em oposição a eclesiástico, referindo-se a um estado neutro. Segundo a enciclopédia Delta La Rousse, laicizar significa: "tornar leigo; substituir pessoal religioso por pessoal leigo; laicizar uma escola. / Eliminar qualquer princípio de caráter religioso: laicizar as instituições, a administração de um país (La Rousse, 1989, p. 1148).

Lafer (2009), considera laico algo que independe de uma confissão religiosa, e o que se refere a esfera da vida civil. Para o autor, a laicidade pode ter um aspecto filosófico-metodológico, com suas respectivas consequências para a sociedade e para o convívio social. Neste contexto, o espírito laico pode ser considerado como uma das características da modernidade, sendo uma forma de expressar a crença em um destino de esfera secular dos homens em contraposição à razão crítica e ao debate, distanciando-se dos impulsos advindos da fé e de asserções de verdades que podem ser reveladas. Este tipo de pensamento não estimula que desconsideremos a importância da fé autêntica, mas sim, prega que o homem deve ter uma consciência livre para poder escolher se adere ou não a determinada religião. Desta forma, a, O Estado laico estabelece a completa separação entre a Igreja e o Estado, de modo que proíbe qualquer tipo de aliança entre ambos. Para o autor, num Estado laico, as normas religiosas são proferidas para as diferentes confissões, que se constituem em conselhos destinados a seus fiéis não sendo considerados como ordens extensivas ao restante da sociedade. A forma de pensamento laica, encontra-se no cerne do princípio da tolerância, que se fundamenta na liberdade de crença, de opinião e de pensamento. Estes três princípios foram tratados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), aprovada em 1948 na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), documento-base da luta universal contra a opressão e a discriminação e de defesa da igualdade e das liberdades. Segundo o Artigo XVIII, nela presente:

> Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.

Em seu Artigo XXIV, estabelece que:

> 1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
> 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
> 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Neste âmbito, de forma semelhante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso VI, dispõe que: "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". Dando continuidade, é

oportuno salientar que, o Brasil nem sempre foi um Estado laico. Ele tornou-se um Estado laico a partir de Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, feito por Ruy Barbosa. Antes deste decreto, no Brasil, existia liberdade de crença, mas não liberdade de culto, sendo que cultos de religiões diferentes da católica romana (oficial no Brasil) só poderiam ser realizados em casa. A partir do decreto exposto acima, o Brasil passa a não ter mais uma religião oficial, sendo a separação entre Estado e Igreja, uma continuidade do direito à liberdade religiosa. Tecendo um breve histórico das legislações, temos o seguinte:

Em 1824, foi promulgada a Constituição Imperial, a qual considerava a religião católica como a oficial do Brasil, autorizando aos seguidores das outras religiões realizar o culto em casa, sendo vetada sua realização em algum templo. No ano de 1891, foi a vez da Constituição de 1891, na qual Ruy Barbosa fez o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, estabelecendo a separação definitiva entre Estado e Igreja no Brasil. No artigo 1º constava a proibição tanto da autoridade federal, quanto dos Estados federados, de expedir leis, regulamentos ou atos administrativos, que estabelecessem alguma religião, proibindo a criação de diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços mantidos pelo orçamento, por motivos de crenças, ou opiniões filosóficas, ou religiosas. Já o artigo 2º, estipulava a ampla liberdade de culto. Os artigos 3º e 5º, estabeleciam a liberdade de organização religiosa, não contando com a interferência do poder público. A Constituição de 1891, foi a responsável pela consolidação da separação entre a Igreja e o Estado, conferindo, oficialmente, ao Brasil ser um estado laico, e por isso foi considerada como um marco no que concerne à laicidade do Estado, uma vez que, as Constituições anteriores mantiveram a neutralidade inerente a um Estado Laico. Sendo assim, passamos para o próximo tópico, o qual tratará de alguns trechos presentes na constituição de 1988 e suas respectivas contradições.

4 Algumas considerações a respeito da laicidade na legislação do Brasil e a realidade

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 confere vários aspectos relativos a religião e a laicidade. Um deles é a liberdade religiosa, que abrange a (liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa). Fazem parte dela também, o direito ao ateísmo, a prestação de assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva e a proibição de o Estado interferir na religião, entre outras. A proibição de o Estado interferir na religião é bastante complexa, tocando em questões como o uso de símbolos religiosos em locais públicos, por exemplo. Nesta parte do trabalho farei a exposição e a discussão de alguns destes temas tão contraditórios presentes na constituição do Brasil.

Inicialmente, penso ser oportuno destacar que, segundo o artigo 19, inciso I, Constituição Federal:

> É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;
> II - recusar fé aos documentos públicos;
> III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

A partir do que está escrito na legislação, percebe-se o caráter laico do Brasil, uma vez que, em seu inciso são proibidos o teocrático, o confessional e o ateu, impedindo a prática de diversos atos. A proibição concernente aos cultos religiosos ou Igreja (lembrando que este termo abrange templos, sinagogas, mesquitas, salões e tudo mais) demonstra que o Brasil é um país não confessional. Sendo que ao proibir o embaraçamento, demonstra não ser um país ateu. Pelos dizeres estabelecidos na constituição, é que se considera que o Brasil é um Estado laico, onde há liberdade religiosa. No art. 5º, VI, ao ser mencionado que, é assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, a Constituição pretende aumentar esta liberdade.

Ao analisar melhor o trecho: "assegura a liberdade de exercício dos cultos religiosos, sem condicionamentos, e protege os locais de culto e suas liturgias, na forma da lei", percebe-se que a lei não designa os locais de culto e suas respectivas liturgias. Este aspecto deveria ser uma parte do que tange a liberdade de professar os cultos. Não está muito claro na redação da Constituição.

4.1 A questão do Direito ao ateísmo e o uso de Símbolos Religiosos em Locais Públicos

O direito ao ateísmo é outro aspecto que aparece na Constituição da Republica Federativa do Brasil. Considerando-se que, a liberdade de crença abrange não só a liberdade de escolha da religião, como também o livre-arbítrio para se filiar a alguma instituição religiosa, para mudar de religião, para simplesmente não aderir a nenhuma, estas liberdades podem referir-se também a liberdade de consciência. Todas estas formas de liberdade devem ser seguidas e respeitadas, mas infelizmente não é o que acontece.

Uma das formas de desrespeito ao ateísmo é o fato de encontrarmos símbolos religiosos em prédios públicos, tais como, salas de audiência, tribunais, Congresso Nacional etc. Estes símbolos são compostos por crucifixos, ou placas nas entradas de alguns prédios.

Isso faz com que emerjam questionamentos, tais como: até que ponto existe liberdade religiosa no Brasil. Será que ela existe? Minorias que não são adeptas de tais símbolos, acabam tendo que conviver com estes símbolos, sendo que a Constituição diz que o Brasil é um estado laico, no qual é proibido interferir na religião, mas não é o que acontece. Não é correto que prédios públicos utilizem quaisquer símbolos religiosos, uma vez que contraria o princípio da inviolabilidade de crença religiosa. O Estado deve respeito ao ateísmo e quaisquer outras formas de crença religiosa. O predomínio do Catolicismo no Brasil não justifica a utilização de tais símbolos, uma vez que, ofendem a liberdade de crença ou descrença de uma única pessoa.

4.2 Prestação de assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso VII, nos termos da lei, assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, tais como, penitenciárias, casas de detenção, quartéis, hospitais, etc. Em contrapartida, em seu artigo 5º, inciso II, a mesma Constituição assegura, expressamente que: "ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". Só haverá proibição para o pastor ou para algum

líder eclesiástico de entrar em um hospital se for proibido por lei, sendo que, o hospital deverá mostrar esta lei que proíbe. Sobre estas questões, a Carta Magna diz que: ‘‘É assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. A Lei 9.982, de 14.7.2000 regulamenta as visitas em hospitais, inclusive os hospitais militares, que estão obrigados a permitir a assistência religiosa. Ainda dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares. Em seu Art. 1o diz: “Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis ou militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais”. Em seu Artigo 2º, os religiosos que são convocados a prestar assistência as entidades indicadas no artigo 1º, deverão, durante suas atividades, cumprir as determinações legais, bem como as normas internas de cada instituição penal, visando não expor os pacientes ao risco, bem como, a segurança do ambiente hospitalar. O artigo 2ª refere-se a religiosos, não especificando se são pastores ou padres. A lei fala em qualquer religioso, seja de qual religião ele for, estará apto a prestar este tipo de trabalho.

Quanto a legislação de Execução Penal (Lei 7.210 /84), em seu artigo 24, garante aos presos a assistência religiosa, com sua respectiva liberdade de culto: “A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa”. Ainda diz que:

> § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.
> § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Podemos observar que, na atualidade, a assistência religiosa, no que concerne ao ambiente prisional, se adapta às circunstâncias, não se desconhecendo, entretanto, a devida importância que a religião deve ocupar, constituindo-se como um dos aspectos da educação integral dos indivíduos que se encontram internos em um estabelecimento penitenciário, sendo que, por este motivo, a assistência religiosa consta nas legislações.

Outra questão importante é que, no dia 20 de julho de 2010 entrou em vigor a lei federal n. 12.288, o Estatuto da Igualdade Racial, que contempla direitos, obrigações estatais, objetivos e metas. Regulamentando o artigo 5º da Constituição Federal, o Estatuto da Igualdade Racial dedica um capítulo inteiro a um assunto de extrema importância, qual seja, a liberdade de crença. Nele, as Religiões de matriz africana são reconhecidas juridicamente como um estatuto de religião, encontrando-se em posição de igualdade com todas as demais confissões religiosas. A liberdade de crença contempla: liberdade de liturgia; livre exercício do culto e proteção aos locais de culto. É assegurada a assistência religiosa por Sacerdotes/Sacerdotisas Afro-brasileiros em qualquer instituição de internação coletiva tais como hospitais, quartéis, presídios, etc. Ao poder público cabe combater a intolerância e discriminação que se abatem sobre fiéis das Religiões Afrobrasileiras. Quanto aos meios de comunicação, é dever do Estado coibir a difusão de imagens e abordagens que exponham pessoas ao ódio ou escárnio motivados por preconceito contra as Religiões Afro-brasileiras. São previstas medidas para o mapeamento e proteção de documentos e sítios históricos

vinculados às Religiões Afro-brasileiras. É assegurada a presença de religiosos afro-brasileiros em qualquer instância de governo em que participem líderes de outras religiões.

4.3 A questão da igualdade das religiões perante a lei

No Brasil, como já foi dito anteriormente, não existe religião oficial desde 1891, data da primeira Constituição republicana, assim o Estado não apoia nem adota nenhuma religião. Neste contexto, é importante salientar que, a Constituição de 1988, assinala: "todas as crenças e religiões são iguais perante a lei e todas devem ser tratadas com igual respeito e consideração". Ela não permite nenhum tipo de aliança entre Estado e religião, e, ao mesmo tempo, proíbe a imposição de obstáculo a qualquer culto ou religião. A legislação garante ampla liberdade de crença e de culto, bem como proíbe discriminação baseada em credo religioso. A associação religiosa, o culto, o templo, os ministros religiosos e os fiéis estão protegidos por diversas leis, segundo a constituição. Será que estes quesitos são cumpridos?

4.4 A questão das organizações religiosas

Uma vez que uma comunidade religiosa pretende ter existência legal, ela precisa se constituir como uma organização religiosa com atas e estatutos registrados em cartório. Registrados os estatutos, a comunidade religiosa passa a ser reconhecida legalmente e pode exercer os direitos assegurados a todas as religiões. Nenhuma lei, estatuto ou autoridade civil pode influenciar no funcionamento interno das confissões religiosos. As organizações religiosas possuem alguns direitos, tais como: preparar, indicar e nomear seus sacerdotes ou sacerdotisas de acordo com os padrões de cada religião ou crença; manter locais destinados aos cultos e criar instituições humanitárias ou de caridade; criar e manter faculdades teológicas e escolas confessionais; ensinar uma religião ou crença em locais apropriados; escrever e divulgar publicações religiosas; solicitar e receber doações voluntárias; criar cemitérios religiosos; construir jazigos (criptas) no próprio templo religioso, para o sepultamento das autoridades religiosas.

4.5 Os direitos atribuídos ao Ministro Religioso

Cada religião possui o direito de preparar e nomear seus sacerdotes e sacerdotisas de acordo com seus padrões e costumes. A lei não exige que uma pessoa tenha cursado faculdade para tornar-se um Ministro(a) Religioso(a). Perante a lei, todos os sacerdotes e sacerdotisas são chamados de Ministro Religioso e todos gozam dos mesmos direitos. Para que uma pessoa se torne um Ministro Religioso ela precisa ser indicada por uma autoridade religiosa ou ser nomeada ou eleita por uma organização religiosa, legalmente constituída. A nomeação deve constar em ata e ser registrada em cartório. Os Ministros(as) Religiosos(as) possuem vários direitos, entre eles: ser inscrito como Ministro Religioso na previdência social (para fins de aposentadoria, benefícios, etc.); celebrar

casamento e emitir o certificado de realização da cerimônia; ter livre acesso a hospitais, presídios e quaisquer outros locais de internação coletiva, visando dar assistência religiosa; ser preso em cela especial até o julgamento final do processo; ser sepultado no próprio templo religioso; ao Ministro Religioso estrangeiro é assegurado o direito de visto temporário. Será que é que realmente ocorre?

4.6 O templo religioso

O templo religioso é o espaço físico, seja ele uma edificação, ou uma casa destinada ao culto religioso, onde são realizadas cerimônias, práticas, ritos e deveres religiosos. Para que o tempo possa funcionar legalmente, ele precisa de alvará de funcionamento expedido pela Prefeitura do município onde se localiza. Apenas a Prefeitura tem poderes para expedir o alvará de funcionamento e nenhum outro documento substitui o alvará. O imóvel pode ser próprio ou alugado. De acordo com a Constituição Federal, o templo religioso é isento do pagamento de qualquer imposto, a exemplo do IPTU – Imposto Predial Territorial Urbano. Será que é o que ocorre no Brasil

4.7 A questão da Discriminação religiosa prevista na legislação

Ninguém pode ser discriminado em razão de credo religioso. No acesso ao trabalho, à escola, à moradia, à órgãos públicos ou privados, não se admite tratamento diferente em função da crença ou religião. O mesmo se aplica ao uso de transporte público, prédios residenciais ou comerciais, bancos, hospitais, presídios, comércio, restaurantes, etc. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a discriminação religiosa se constitui como prática de racismo. Isto significa que o crime de discriminação religiosa é inafiançável (o acusado não pode pagar fiança para responder em liberdade) e também é imprescritível (o acusado pode ser punido a qualquer tempo). A pena para o crime de discriminação religiosa pode chegar a 5 anos de reclusão. No caso de discriminação religiosa, a vítima deve procurar uma Delegacia de Polícia e registrar a ocorrência. O Delegado de Polícia tem o dever de instaurar inquérito, colher provas e enviar o relatório para o Judiciário, a partir do que terá início o processo penal. Será que é o que está ocorrendo? A legislação está sendo respeitada?

4.8 A Intolerância religiosa

A Declaração Universal dos Direitos Humanos determina que a intolerância religiosa ofende a dignidade da pessoa humana sendo considerada como uma grave violação dos direitos humanos. Os defensores da cidadania e dos direitos fundamentais da pessoa humana, devem conhecer os direitos, divulgá-los, conscientizar as pessoas e a sociedade. No Brasil, são professadas várias religiões, sendo que convivem juntos com os ateus, que pagam impostos como os fiéis e merecem toda a consideração e respeito. Todos devem ter o direito de praticar sua crença de acordo com seus

costumes, tradições e valores. O Estado tem a obrigação de manter a paz social, a compreensão e respeito mútuo entre as várias denominações religiosas. Será que isto tudo está ocorrendo mesmo no Brasil?

5 Considerações finais

O presente trabalho procurou identificar as questões referentes ao direito e a laicidade no Brasil, buscando mapear algumas contradições existentes entre o que está escrito na Constituição e o que ocorre na realidade. Para que haja o livre exercício de crença, direito que a Constituição deve assegurar para cada cidadão, sendo um fator fundamental para que tenhamos uma sociedade mais justa e igualitária, é necessário que a legislação seja respeitada e cumprida. Quando falamos em democracia, a intolerância religiosa deve ser vista como algo direcionado a todos os cidadãos presentes na sociedade. Durante uma longa luta pela liberdade de crença e pelo fim dos preconceitos, percebeu-se que a informação é algo fundamental para que os direitos estabelecidos na Constituição sejam respeitados na prática. Ressalta-se que, não haverá democracia plena no Brasil enquanto não forem extintas as ofensas e a discriminação de ordem social e cultural, bem como de religião ou de crença, por parte dos indivíduos da sociedade. Conclui-se que alguns aspectos da constituição são muito contraditórios, e outros deveriam ser
respeitados e cumpridos, o que não vem ocorrendo.

Referências

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil.* Elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824

_____. Constituição de *1891. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891.*

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil. Brasil, 1988.*

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 1948. Brasília, 1998.

LAFER, Celso. *Estado Laico.* In: DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E REPÚBLICA: homenagem a Fábio Konder comparato. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 226

La Rousse. *Novíssima Enciclopédia Delta Larrousse*. Editora: Delta. São Paulo, 1989.

LEI Nº 9.982, DE 14 DE JULHO DE 2000. Dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas como nos estabelecimentos prisionais. Brasil, 2000.

Lei 7210/ 84. *Lei de Execução Penal*. Brasil, 1984.

WEBER, M. *Economia E Sociedade*. Editora UNB. Volume II. Brasília, 1999.

GÊNERO, POLÍTICA E RELIGIÃO: O DISCURSO NA CAMPANHA ELEITORAL DAS DEPUTADAS FEDERAIS (2002-2014)

Gabriela Luiz Scapini,
Mestranda em Ciência Política (UFRGS);
gabriela_scapini@hotmail.com

Resumo:

O objetivo deste trabalho é debater a interferência do campo religioso no campo político e discutir até que ponto essa interferência reconfigura a representação política brasileira. O foco do trabalho recaí na intersecção entre Gênero feminino e Religião, no qual buscamos verificar se as deputadas federais vinculadas aos segmentos evangélicos e eleitas nos anos de 2002 a 2014 apresentaram um viés religioso em suas campanhas eleitorais. Iremos responder as seguintes questões: nas campanhas eleitorais as deputadas selecionadas tinham um "discurso de gênero" perpassado pelo viés religioso? As promessas eleitorais eram direcionadas aos segmentos religiosos? Ao longo das trajetórias políticas dessas mulheres elas se apresentaram como protagonistas ou ingressam na carreira política "ancoradas" em atores religiosos(bispos/pastores)?. Para responder esses questionamentos, vamos resgatar e analisar tanto as carreiras políticas dessas deputadas, bem como suas campanhas eleitorais em rádio/tv e blogs, verificando a presença (ou não) da variável religião e gênero.

Palavras-chave: Gênero. Campanhas Eleitorais. Evangélicas. Representação Política

1 Introdução

Recentemente vivencia-se um crescimento exponencial das igrejas evangélicas no Brasil, especialmente nas duas últimas décadas. Se formos analisar as pesquisas recentes elaboradas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), notamos que o eleitorado brasileiro identificado enquanto evangélico é de 15,4% em 2000, contrastando com os 9,0% de evangélicos nos anos de 1991. Da mesma forma, o crescimento desse segmento religioso também pode ser percebido no maior número de deputados e deputadas federais que se identificam enquanto evangélicos, conforme os dados do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP) apontaram: a bancada evangélica no congresso brasileiro tem demonstrado um crescimento expressivo nos últimos anos: 44 eleitos (51° legislatura), 68 eleitos (52° legislatura), 32 eleitos (53° legislatura), 63 eleitos (54° legislatura). Na última legislatura, 55°, esse número passou para 74 eleitos.

Portanto, o próprio crescimento da bancada evangélica no congresso tem acompanhado também o crescimento dos segmentos evangélicos. Esse acontecimento se torna bastante instigador para (re)pensarmos a configuração da representação política brasileira. Em nossa atual Constituição Federal temos a determinação da laicidade e o respeito a pluralidade das diferentes crenças, esse processo também vai ocorrer no espaço da representação política no país, no qual

toma-se como um pilar fundamental o respeito as crenças da população e dos representantes políticos ora eleitos.

Somando-se a essas questões referente ao crescimento da representação política evangélica, também notamos que parte dessa bancada, no congresso nacional, é composta pelo gênero feminino. Na última legislatura tivemos 10 representantes femininas atuantes na bancada evangélica; podemos ler a ocorrência desse fenômeno através de duas óticas distintas e complementares: (a) o crescimento mulheres que se identificam como pertencentes a vertentes evangélicas – cerca de 56% das mulheres se identificam enquanto tal. (b) a maior sensibilidade por parte dos líderes religiosos em apoiar candidaturas femininas nas eleições proporcionais. (MACHADO, 2005)

Esses fatores, quando combinados entre si, podem gerar a maior inserção de mulheres evangélicas eleitas nas últimas legislaturas, especialmente nas duas últimas – 54° e 55° legislaturas. Contudo, a maior inserção das mulheres evangélicas não nós diz *como* elas são inseridas no jogo político. A questão de saber como essas mulheres evangélicas são inseridas dentro da lógica político-partidária é substancial para conhecermos mais dessa elite que vem crescendo paulatinamente e ocupando postos de destaque no cenário político brasileiro.

Desse modo, cabe questionarmos como elas são inseridas dentro do jogo político, ou seja, se elas se apresentam enquanto protagonistas de suas campanhas e carreiras, ou se elas se encontram ancoradas em atores religiosos como bispos, pastores ou igrejas no geral. Além disso, não sabemos como os discursos de gênero são apresentados por essas mulheres, ou melhor dizendo: se elas apresentam tais discursos e se eles são perpassados pelo viés religioso.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho foi interseccionar as variáveis de gênero e religião a fim de analisarmos as campanhas eleitorais das deputadas federais vinculadas aos segmentos evangélicos e eleitas nos anos de 2002 a 2014; identificando (ou não) a presença de atores religiosos em suas campanhas eleitorais, bem como verificando se essas mulheres apresentaram um discurso de gênero e se ele foi perpassado pelo viés religioso. Também vamos resgatar o perfil sociodemográfico e de carreira dessas deputadas federais a fim de conhecer melhor *quem elas são* - buscando as trajetórias políticas dessas mulheres.

Não serão analisados os perfis e campanhas de candidatas evangélicas que não se elegeram ou que assumiram a suplência ao longo das legislaturas. Optou-se por trabalhar com as mulheres que conseguiram se eleger nos pleitos que disputaram: as mulheres vitoriosas e evangélicas. Portanto, vamos trabalhar nesses dois eixos (vitoriosas e evangélicas) contribuindo para debatermos a representação política feminina, bem como a maior inserção dos segmentos evangélicos no jogo político brasileiro.

A construção de análise do seguinte trabalho foi executada através de três etapas: em um primeiro momento buscamos identificar as mulheres evangélicas e eleitas como deputadas federais entre 2002 - 2014. Nesse processo, buscamos os diferentes sites em que essas informações estivessem disponíveis - o DIAP foi um dos principais recursos utilizados para se chegar ao nome das (ex)deputadas evangélicas. Chegou-se ao total de 20 nomes ao longo dos períodos elencados.

Em um segundo momento de pesquisa, munidas dos nomes das parlamentares, passamos para a etapa de análise do perfil sociodemográfico e de carreira das deputadas evangélicas. Através desses perfis, buscamos traçar a trajetória dessas mulheres até a eleição, objetivando conhecer melhor *quem são essas mulheres*, de onde elas vem e como a carreira política delas foi construída - utilizamos da própria biografia dessas mulheres disponíveis em blog pessoais ou do partido, bem como no próprio site da câmara dos deputados.

> Em um terceiro momento, utilizamos o recurso de análise de conteúdo para verificarmos as campanhas eleitorais veiculadas nos blogs, rádio/TV, páginas de facebook, youtube. A partir da análise de conteúdo, buscamos verificar as questões que se encontram aparentes ou não no discurso, buscando além das próprias falas em si mesmas, aqueles aspectos que se encontram "submersos" nas falas dessas mulheres; ou de outras pessoas que apareceram em suas campanhas.
>
> De forma geral, analisamos tanto os aspectos linguísticos - aqui entendidos como a própria fala oral ou escrita das deputadas ou de seus apoiadores (bispos, pastores, igrejas). Também foram analisados os aspectos não-linguísticos, comportando as diferentes icnografias utilizadas; tais como os símbolos e imagens, bem como a própria apresentação pessoal das deputadas ao longo das campanhas. (ORO, 2001, p. 11)

Entende-se aqui a importância de combinarmos as diferentes contribuições da análise de aspectos linguisticos e não-linguisticos como fundamentais para apreender os sentidos que se encontram na construção das diferentes perspectivas apresentadas ao longo dos discursos das deputadas evangélicas, bem como os de seus apoiadores.

2 Compreendendo "o que é ser evangélico?": as principais denominações religiosas

Antes de avançarmos nas análises deste trabalho, é imprescindível definirmos o que entendemos por "evangélicos". A literatura sobre o tema apresenta algumas divergências quanto a classificação dos evangélicos, optamos por utilizar da visão de Mariano (2000) e Oro (2001) na qual compreendemos os evangélicos a partir das divisões internas que eles apresentam, havendo os grupos de pentecostais tradicionais, pentecostais e neopentecostais. De forma geral, vamos apresentar breves definições sobre cada divisão: a primeira diz respeito aos pentecostais tradicionais que surgiram nas reformas do século XVI e final do século XX, englobando as igrejas batistas, presbeterianas, luteranas e metodistas, essas igrejas chegaram ao Brasil em meados do início do século XX, junto aos diferentes imigrantes que desembaraçaram em solo brasileiro.

Conforme a definição apresentada por Novaes (2002) as igrejas pentecostais, por sua vez, tem o seu surgimento a partir do século XX, nos Estados Unidos, seu processo de implementação no país se deu em três momentos: (a) entre 1910-1950, no qual 80% da população residiam no campo, as principais igrejas que tiveram penetração nesse período foram a Assembleia de Deus (Norte) e a Congregação Cristã no Brasil (Nordeste); (b) entre 1950-1970 houve a penetração das Igrejas Quadrangular, Brasil para Cristo e Deus é amor, ocorrendo junto ao processo de urbanização e atingindo a região sudeste, em especial a cidade de São Paulo; (c) A partir dos anos, com o surgimento das denominações neopentecostais com novas perspectivas e abordagens a respeito da crença religiosas: realizaram as mais profundas acomodações à sociedade, abandonaram traços sectários, hábitos ascéticos e o velho estereotipo pelo qual os crentes eram reconhecidos e, implacavelmente, estigmatizados (Mariano, 2000, p. 08)**.**

Destacamos também que os grupos neopentecostais criaram (e continuam criando) novos ritos, crenças e práticas ao alterarem os *costumes* envolvidos com o ser evangélico. Outro ponto interessante é o envolvimento desses grupos com o presente - o aqui e agora; eles passaram a identificar o momento presente como uma forma de se obter felicidade, a partir disso, os neopentecostais passam a buscar os prazeres da vida terrena, antes de chegarem ao paraíso

prometido ao lado de Deus. Essa nova visão, própria dos seguidores neopentecostais, possibilitou a introdução deles nos meios de entretenimento como o de rádio e TV. (MARIANO, 2000).

Atualmente a emissora neopentecostal com mais expressiva, no país, é o grupo Record, liderado pelo Bispo Edir Macedo Bezerra, principal líder espiritual da Igreja Universal do Reino de Deus. Portanto, quando estamos lidamos com os evangélicos, estamos lidando com esses diferentes grupos que possuem aproximações e distanciamentos, esses pontos de entendimento vão ser fundamentais na medida em que os resultados apresentados ao longo da pesquisa vão mostrar como essas diferenças entre os segmentos evangélicos vão refletir o perfil de campanha eleitoral adotado pelas deputadas federais evangélicas analisadas.

3 Relações entre campos: do campo político ao religioso

Tendo em vista a necessidade contextualizar teoricamente o que entendemos por interferência religiosa no campo político, vamos utilizar da noção apresentada por Pierre Bourdieu (1989) quanto aos campos de poder, especialmente em seus escritos que tratam da relação entre o campo religioso e o campo político. Para o autor, o campo político é o local no qual vão ser gerados produtos políticos, problemas, análises e conceitos que serão escolhidos pelos "consumidores", esse processo vai ser gerido pela lógica da concorrência entre os agentes envolvidos. Quando pensamos na lógica da concorrência pelo poder no campo político, estamos lidando também com agentes que se encontram fora desse campo:

> A tendência para a autonomização e a divisão indefinida em minúsculas seitas antagonistas que está inscrita, em estado de potencialidade objectiva, na constituição de corpos de especialistas dotados de interesses específicos e colocados em concorrência pelo poder no campo político (ou neste ou naquele sector do campo – por exemplo, um aparelho do partido) é contrabalançada em diferentes graus pelo facto de o desfecho das lutas internas depender da força que os agentes e as instituições envolvidos nesta luta podem mobilizar fora do campo. (Bourdieu,1989, p. 183)

P. Bourdieu (1989) vai nos apresentar que a força de um discurso vai se encontrar, em certo grau, no fato dele ser reconhecido pelos grupos de indivíduos que se encontram fora desse campo - os profanos. Além disso, notamos que as forças internas não se configuram enquanto o suficientes para determinar o triunfo de conquistar o poder no campo político, as diferenças externas vão ser cruciais nesse processo. As atitudes dos profissionais dentro do campo político vão ser pautadas tanto na relação que exercem com os agentes externos a esse campo (os profanos) como aqueles que se encontram no campo político (os profissionais): é através da lógica interna do próprio campo que os atores ali dentro vão tomar posição sobre determinadas medidas, podendo se distinguir uns dos outros e, ao mesmo tempo, ampliar a sua base de apoio tendo sempre em vista a sua relação com os profanos.

Dentro dessa lógica de P. Bourdieu (1989) os partidos vão se configurar como elementos chaves para a construção e manutenção do campo político: os partidos vão investir em determinados atores possibilitando que eles possam ser eleitos. Portanto, pensarmos a dimensão da importância dos partidos ao longo das campanhas eleitorais é fundamental para pensarmos a

própria dinâmica interna desse campo, que nunca vai ser plenamente autonomizada - ela se encontra sempre ao veredicto dos profanos. (BOURDIEU, 1989; 2011; 2014)

No campo político a concorrência vai ser gerida pelo monopólio de falar e de agir em nome da população: os profissionais do campo político falam em nome daqueles que se encontram fora desse campo (os profanos); dentro dessa lógica, esses profissionais se apresentem como desinteressados e só falando aquilo que os seus eleitores falariam em seu lugar. (BOURDIEU, 1989; 2014).

A partir dessa ideia de falar em nome de alguém que atores de outros campos podem acessar o campo político objetivando perpetuar e ampliar o seu poder - obtendo um maior controle sobre o campo do poder.. É a partir das concorrências pelo campo do poder que vai surgir a necessidade e por parte de um campo de expandir o poder de sua Nomos (princípio de visão e de divisão do mundo - também entendido como lei). Tal caso é retratado através das constantes investidas de segmentos identificados com o campo religioso e que buscam no campo político um mecanismo de fortalecimento e expansão de seu Nomos - é importante destacar que essas lutas ocorridas entre os campos e dentro dos próprios campos não são exclusivas do campo político ou do campo religioso, elas ocorrem nos mais diversos campos. (BOURDIEU, 1989;1992; 2014).

Também destacamos que apesar de estarmos trabalhando neste momento com a noção de campos, a sua construção foi feita a partir da lógica própria da França (local onde P. Bourdieu viveu parte de sua vida e escreveu as suas mais diversas obras). É imprescindível flexibilizarmos tais conceitos quando aplicados a realidades como a brasileira - que se configura como um herdeiro deserdado (BADIE e HERMET, 1990). O que fica mais evidente dentro do uso de P. Bourdieu, nesse caso, corresponde as diferentes relações que vão ser estabelecidas pelos atores na concorrência pelo poder político - especialmente nos usos de diferentes formas de capitais (capital político, econômico, cultural, social). (DEZALAY; GARTH, 2002).

Mantemos o uso dessas noções para (re)pensarmos a configuração do campo político atual, no país, e a influência exercida pelos setores evangélicos ao longo da construção e das lutas internas dentro das relações pelo poder político. Além disso, as contribuições de P. Bourdieu torna possível incluirmos a importância das trajetórias políticas dos diferentes atores até a concretização do acesso no jogo político ao se tornarem parte de uma elite política no país.[17]

4 As relações de poder: as evangélicas e políticas

A partir da definição acima sobre as relações entre campos de poder, cabe agora definir o nosso aporte teórico sobre um dos aspectos principais deste trabalho: as relações de gênero. Pensando a partir desse ponto, vamos nos debruçar na contribuição de Joan Scott sobre gênero: a

[17] No Brasil temos diversos estudos que debatem os principais conceitos de Pierre Bourdieu e sua aplicabilidade para a realidade do país, especialmente na manutenção das elites dominantes. Ver mais sobre o tema em: ENGELMANN, Fabiano. Em torno do poder: ciência e instituições políticas. In: SEIDL, Ernesto; GRILL, Igor.(Org.). As Ciências Sociais e os espaços da Política. 1ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ENGELMANN, Fabiano. (org) Sociologia política das instituições judiciais. Porto Alegre: Ed UFRGS, 2017. GRUN, Roberto. Capital cultural, conhecimento e dominação social: as pistas e os problemas levantados pela dominação financeira contemporânea. Soc. estado., Brasília , v. 31, n. 2, p. 403-431, Aug. 2016 .

LOUREIRO, M. R. Economistas e elites dirigentes no Brasil. RBCS n. 20. ano 7, outubro de 1992.

autora apresenta a importância de pensarmos na categoria de gênero relacionada a outras categorias de análise histórica. Mais precisamente, vamos utilizar das noções que inserem o gênero enquanto uma relação de poder: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder. (SCOTT, 1991). Para a autora, a política vai ser um dos domínios no qual o gênero será utilizado enquanto uma análise histórica. Nessa direção, utilizamos a visão de Bourdieu (1999) quanto ao aspecto relacional entre gênero e poder: se gênero pode ser entendido enquanto um conjunto complexo de dominação exercida pelo sexo masculino ao longo da história estamos falando de uma ordem sexual de relações. (WOODHEAD, 2013).

Por isso a importância de verificarmos questões de gênero pensadas enquanto relações de poder, dentro na própria política representativa. Pois as mulheres eleitas como deputadas federais e pertencentes a segmentos evangélicos se inserem numa dupla relação de poder: (a) os segmentos religiosos que historicamente se configuram enquanto espaços de poder com um domínio maior de homens - prevalecendo uma ordem nitidamente patriarcal ao longo das relações hierárquicas compartilhadas por determinadas igrejas; (b) dentro da política representativa que foi construída por homens e para homens e também configurada enquanto um espaço de poder dominado por homens, no qual paulatinamente as mulheres tem conquistado maior visibilidade, tanto pelo esforço em inserir debates sobre as cotas para um dos gêneros nas listas partidárias.18 Nesse sentido, ao verificamos as campanhas eleitorais dessas mulheres, estaremos lidando com mulheres que são identificadas enquanto políticas e evangélicas, o que traz um desafio e contribui substancialmente para debatermos como essas mulheres percebem a si mesmas e a outras mulheres. (MACHADO, 2005; 2006)

Buscamos rastrear estudos que vinculam a religião evangélica junto a subjetividade feminina/masculina. Destacamos a contribuição fundamental de Machado (2005) ao relacionar ao apontar as diferentes "portas de entrada" de homens e mulheres nas religiões evangélicas; de forma geral, os homens se convertem em evangélicos a partir da sua condição de desemprego, dificuldade financeira e problemas de saúde. As mulheres aderem as igrejas evangélicas devido aos conflitos familiares e domésticos que elas passam junto ao seu grupo familiar. Notamos, portanto, que os homens tendem a se converter quando passam por algum imprevisto que afete a sua identidade masculina (de ser o provedor e não poder adoecer), enquanto as mulheres o fazem a partir da sua noção de cuidadora e protetora da família.

Contudo, essa associação entre igrejas (neo)pentecostais e a construção da subjetividade feminina e seus papéis sociais não pode ser compreendida através de uma lógica de total submissão das mulheres evangélicas frente aos homens: os próprios homens evangélicos também recebem certas "doutrinas" do ethos pentecostal para que sejam mais dóceis, participativos com as questões de ordem privada (familiar) e mais envolvidos com o mundo dos afetos - eles são mais próximos de um ideário "feminino", relacionado ao cuidado e proteção da esfera doméstica.

[18] Não vamos nos deter no ponto específico das cotas para um dos gêneros na lista partidárias. De forma geral, essa lei foi impulsionada pela então Deputada Federal Marta Suplicy, na época a deputada se encontrava no PT, no ano de 1994. Com dificuldades as cotas inseriram a determinação de 20% dos nomes na listas partidárias de um dos gêneros no ano de 1996; posteriormente, no ano 1998 esse número passou para 25%, até chegar no ano de 2000 e contar com 30% da lista. (PINTO; MORTIZ, 2009; ARAÚJO, 2010) O simples incentivo na lista não bastou para que houvesse seu efetivo cumprimento, cabendo no ano de 2009 a criação de uma lei punitiva para aqueles partidos que descumprissem as cotas. Não podemos afirmar, neste trabalho, que todas ou parte dessas mulheres que estamos trabalhando surgiram na política através essa política de cotas, mas a questão da mulher na política foi sendo incorporada pelos partidos a partir de tais determinações, gerando um espaço maior para a concorrência de mulheres na política.

Porém, esse ethos masculino evangélico não implicou que as mulheres evangélicas rompessem com os seus papéis de cuidadoras e protetoras do lar e família - essa noção ainda é reproduzida nas relações e nos estereótipos do que "é ser mulher". Mas cabe destacarmos alguns ganhos possibilitados por essa ética evangélica as mulheres: A conquista de uma autoridade moral e o fortalecimento da auto-estima ampliam as possibilidades de as mulheres desenvolverem atividades extradomésticas e as redes de sociabilidade, favorecendo, conseqüentemente, a individuação feminina. (MACHADO, 2005, p 389).

Acrescentando-se a isso, também possuímos uma revisão quanto à participação feminina na distribuição de autoridade dentro das igrejas evangélicas, havendo um crescimento de mulheres que se identificam como pastoras ou bispas. Apesar disso, Machado (2005) afirma que os estudos sobre o tema têm apontado que as mulheres que crescem dentro das igrejas evangélicas o fazem através dos laços patrimoniais que tem com os seus maridos, que também ocupam cargos hierárquicos. (MACHADO, 2005; 2006).

Portanto, a partir dessa breve relação entre Gênero Feminino, Política e Religião, passaremos a analisar as campanhas eleitorais e os perfis de carreira e sociodemográficos apresentadas por esse pequeno grupo de deputadas federais evangélicas e verificar como as questões de ordem política, gênero e religião são apresentadas.

5 Evangélicas e Políticas: quem são elas?

Como primeiro passo de análise, foram coletados os nomes das mulheres eleitas como deputadas federais nos anos de 2002 a 2014, totalizando 183 mulheres. Após isso, buscamos quais dessas mulheres eram identificadas enquanto evangélicas, incluindo tanto as pentecostais quanto as neopentecostais: identificamos 2019 mulheres eleitas ao longo do período. Dessas 20 mulheres, tivemos repetições de alguns nomes (mulheres que se reelegeram)20, ao excluirmos as repetições, ficamos com o total de 17 nomes para serem analisados. A tabela a seguir mostra a evolução da representação política de deputadas evangélicas ao longo dos anos, de 2002 a 2014:

TABELA 1 - Deputadas Federais x Ano de Eleição

Ano	Deputadas Federais Evangélicas	Deputadas Federais Eleitas
2002	1	42
2006	1	45
2010	8	45
2014	10	51
TOTAL	**20**	**183**

[19] Em 2002 a eleita foi Zelina Novaes (PFL/BA); no ano de 2006 Dona Iris Rezende (PMDB/GO); em 2010 foram: Antonia Lúcia (PSC/AC), Benedita da Silva (PT/RJ), Bruna Furlan (PSDB), Dona Iris (PMDB/GO), Fátima Paleas (PMDB/AP), LAURIETE (PSC/ES), LILIAM SÁ (PR/RJ), SUELI VIDIGAL PDT/ES; em 2014 foram Benedita da Silva (PT/RJ), Bruna Furlan (PSDB/SP), Christiane Yared (PTN/PR), Clarissa Garotinho (PR/RJ), Eliziane Gama (PPS//MA), Geovania de Sá (PSDB/SC), Júlia Marinho (PSC/PA), Rejane Dias (PT/PI), Rosangela Gomes (PRB/RJ),Tia Eron (PRB/BA).

[20] Em 2010 Dona Iris Rezende (PMDB/GO) foi reeleita pelo mesmo partido político. Em 2014 Benedita da Silva (PT/RJ) E Bruna Furlan (PSDB/SP) foram reeleitas pelo mesmo partido.

Conforme os dados acima mostram, houve um aumento contínuo de mulheres que se elegeram como deputadas federais, na medida em que em 2002 tivemos 1 deputada evangélica eleita; e em 2014, o último ano de análise, esse número passou para 10 eleitas, demonstrando um crescimento extremamente relevante - ainda mais quando comparamos esse crescimento junto ao crescimento das mulheres eleitas como deputadas federais, conforme a tabela acima nos mostrou.

Essa constatação reforça a necessidade de trazer ao debate a inferência dos segmentos evangélicos dentro do campo político, especialmente quando associado a variável de gênero. Desse modo, a partir da coleta dos nomes das deputadas evangélicas, foram analisados o perfil sociodemográfico e de carreira dessas mulheres, assim como as suas campanhas eleitorais identificando (ou não) a presença dos atores religiosos e do discurso de gênero veiculado por elas.

6 Analisando o Perfil Sociodemográfico

A partir do estudo de um conjunto de variáveis, tais como profissão, escolaridade, estado civil, idade e região de origem, foi possível traçar o Perfil Sociodemográfico das deputadas federais em análise. Identificamos que essas mulheres encontram-se capilarizadas em todo o território brasileiro, tendo representantes nas diferentes regiões do país. Destacamos a maior representação de mulheres vindas da região sudeste, especialmente do Estado do Rio de Janeiro, a cidade conta com quatro representantes, o número mais elevado entre todos os estados do Brasil.

TABELA 2. Região X Número de Deputadas Evangélicas Eleitas

Região	**N° de Deputadas Evangélicas Eleitas**
Sudeste	9
Nordeste	5
Norte	2
Sul	2
Centro-Oeste	2
TOTAL	**20**

Fonte: própria autora.

Os dados também apontaram que essas mulheres são, majoritariamente, casadas, apenas 3 são solteiras e outras 3 dividem-se entre viúvas e divorciadas. A faixa etária variou pouco, apenas 3 mulheres se encontram na faixa etária menor (de 29 a 39 anos), as demais possuem idades superior a 40 anos, especialmente entre 40 a 59, temos 11 mulheres entre essa faixa etária.

Quanto ao nível escolar, notamos que 9 mulheres possuem ensino superior completo, e outras duas incompleto. Além dessas mulheres, outras 5 possuem pós-graduação completa e apenas 3 possuem apenas o ensino médio completo - ainda que esses dados não digam nada por si só, é interessante pensarmos a respeito dos usos de capital cultural e social mobilizados por essas mulheres através de suas redes de sociabilidade educacional. Especialmente quando comparado com o nível educacional da população brasileira em que 49,5% dos jovens de 25 anos ou mais não possui ensino fundamental completo, conforme o censo de 2010.

Quando analisados a atuação profissional dessas mulheres, usamos as categorias elaboradas por Marenco e Serna (2007) na qual os autores classificam as diferentes áreas de atuação ou status ocupacional como fundamentais para compreendermos os modos de recrutamento político. (CORADINI, 2001; ENGELMANN, 2013).

As categorias criadas pelos autores foram aplicadas as deputadas evangélicas e os dados nos apontaram que 10 mulheres atuam como administradoras públicas ou Empresárias, outras 7 são ligadas a áreas humanas, ensino e comunicação social.

Quanto ao quesito religião foi identificada uma variedade de segmentos, havendo predomínio das eleitas vinculadas à Assembleia de Deus:

TABELA 3 - Deputada Federal x Pertencimento Religioso

Igrejas	2002	2006	2010	2014
Assembleia de Deus	0	0	3	3
Igreja Universal do Reino de Deus (IURD)	1	0	0	2
Presbeteriana	0	0	2	2
Batista	0	0	1	2
Cristã Evangélica	0	1	1	0
Congregação Cristã no Brasil	0	0	1	1
TOTAL	**1**	**1**	**8**	**10**

Fonte: própria autora.

Os partidos políticos no qual as deputadas evangélicas se elegeram dividem-se entre os diferentes espectros ideológicos: a direita possui 9 representantes, o centro 5 e a esquerda 4:

TABELA 4 - Deputadas Eleitas x Partidos Políticos

Partidos Políticos	2002	2006	2010	2016
PSC	0	0	2	1
PR	0	0	1	1
PRB	0	0	0	2
PSDB	0	0	1	2
PMDB	0	1	2	0
PT	0	0	1	2
PPS	0	0	0	1
PDT	0	0	1	0
PTN	0	0	0	1
PFL/DEM	1	0	0	0
TOTAL	**1**	**1**	**8**	**10**

Fonte: própria autora.

Quando interseccionados os dados do segmento religioso e o partido político, podemos notar que todas as representantes advindas do PSC são pertencentes a Assembleia de Deus, da mesma forma todas as mulheres pertencentes ao PRB são fiéis da Igreja Universal do Reino de Deus.

Além disso, buscamos verificar quais as possíveis causas que proporcionou o crescimento de deputadas evangélicas eleitas nas duas últimas legislaturas, notamos que uma causa possível foi a eleições de mulheres advindas da Assembleia de Deus: nos anos de 2002 e 2006, os anos com menos representantes evangélicas, não tivemos nenhuma deputada federal vinculada a Assembleia de Deus eleita como deputada federal. Posteriormente, nos anos de 2010 e 2014, contamos com oito representantes advindas desse segmento.

7 Analisando o Perfil de Carreira

Na construção do perfil de carreira, verificamos qual foi a porta de entrada na vida político-partidária. Utilizamos três categorias para enquadrá-las: (a) herdeiras familiares correspondem àquelas mulheres que entraram na política através da herança familiar, ou seja, elas são esposas, irmãs ou filhas de políticos consolidados; (b) Outsiders são aquelas mulheres que conquistaram o mandato através do seu sucesso profissional fora da política. Por exemplo, jornalistas, pastoras/bispas, cantoras, apresentadoras de programas televisivos ou de rádio, empresárias de sucesso; (c) militantes de movimentos sociais são aquelas mulheres que consolidaram e ganharam visibilidade na política através dos movimentos sindicais, estudantis, ambientais**.** (PINTO; MORITZ, 2009; ARAÚJO, 2010)

A entrada das deputadas na vida político-partidária mostrou que as deputadas evangélicas dividem-se quanto a forma de ingresso: 8 mulheres foram eleitas através da herança familiar - salientamos que parte considerável dessas mulheres teve o seu acesso facilitado por parte de seus maridos que, em alguns casos, são pastores/bispos e políticos influentes. E outras 7 mulheres ingressas como "outsider" ou seja, através do sucesso profissional fora da vida político-partidária. Apenas duas mulheres entraram pela via de militância social: ambas de movimentos sindicalistas.

Quando a experiência em cargos eletivos anterior, os dados apontam que, em sua maioria, essas mulheres já exerceram experiência na política, especialmente como deputadas estaduais e vereadoras, contando com 6 e 3 mulheres para cada. Também temos uma mulher que chegou ao cargo de senadora, outra que foi vice- governadora do Estado do Rio de Janeiro, e uma que exerceu mandato anterior como deputada federal. Portanto, cerca de 1/3 das deputadas analisadas não tiveram nenhum cargo anterior na administração pública ou de representação política. Essa trajetória política das deputadas evangélicas é similar aos resultados encontrados em outros estudos sobre carreira política feminina. (PINTO; MORITZ, 2009; ARAÚJO, 2010).

8 Analisando as campanhas eleitorais

A última etapa de análise constitui na coleta dos dados referente as campanhas das deputadas federais, foram resgatados todos os materiais que foram utilizados nas campanhas das rádio/tv,

blogs pessoais, facebook, vídeos de youtube. Além dos materiais "oficiais" de campanha, também buscamos resgatar algumas das redes que envolveram as campanhas dessas mulheres: as próprias igrejas nas quais essas mulheres pertencem, os clubes de mães.

A análise das campanhas eleitorais das deputadas evangélicas aponta uma diferença de "estilo" de campanha conforme o seu pertencimento a determinado segmento religioso. Tanto as deputadas que fazem parte da Assembleia de Deus como as da Igreja Universal utilizam figuras religiosas de Bispos para ancorar as suas campanhas, bem como os seus discursos sobre gênero são conservadores e vinculados à visão religiosa - se mostram, inclusive, combativos ao que eles chamam de "ideologia de gênero". As mulheres, em sua maioria, falam contrariamente as pautas de aborto e direitos homossexuais - a visão de família foi sempre mostrada enquanto àquela formada por pai, mãe e filhos.

No geral, toda a abordagem que elas faziam sobre qual seria o seu papel na política, enquanto mulher, era perpassado pelo discurso evangélico de cuidado e proteção da mulher. Mas a parte em que isso ficou mais evidente foi quando analisamos as promessas eleitorais; as deputadas direcionavam suas promessas ao públicos evangélicos, elas afirmavam em diversas falas que seriam "representantes de Deus e da sua Igreja no Parlamento" e que "seriam uma extensão da palavra de Deus". Em diversos momentos, Bispos e figuras reconhecidas das igrejas falavam por essas mulheres ao longo dos cultos.

Por outro lado, as deputadas pertencentes a outras vertentes evangélicas apresentam um "estilo" de campanha mais amplo. Ou seja, algumas destacam elementos que remetem a fé, mas não centralizam suas campanhas em torno disso. Contamos ao todo com 8 mulheres dentro desse segundo perfil. De forma geral, destacamos que as campanhas dessas mulheres foram mais gerais, apresentando pautas abrangentes: (a) Combate a violência apareceu em todos os discursos. Sendo que a totalidade dessas mulheres abordou o combate a violência as crianças e a mulher, outras 6 acrescentaram o combate a criminalidade e o tráfico, outras ainda acrescentaram a violência no trânsito; (b) Educação foi um tema que apareceu em todas as campanhas, especialmente associada a questões das pautas de mulheres – mais creches, qualidade melhor de educação para as crianças; (c) Saúde da mulher e da família foi tema de 6 campanhas; (d) Economia e Administração também apareceu no discurso de 7 mulheres.

Foi possível notar que, em grande maioria, as pautas de violência, educação e economia foram bastante vinculadas a situação das mulheres. Muitos dos discursos apresentados por elas iam ao encontro de visões tradicionais sobre o cuidado e proteção das mulheres. Essa extensão do discurso pode ser percebida em duas dimensões distintas e complementares: (a) as eleitoras que eram, em grande maioria, mães e cuidadoras na visão dessas próprias candidatas; e (b) elas mesmas, enquanto candidatas, que eram mulheres capazes de cuidar da política e das pautas dessas mulheres. Esse discurso foi recorrente em cerca de 6 mulheres.

Em certa medida, o discurso pode ser lido enquanto conservador; porém, ele apresenta um destaque importantíssimo: a força e a capacidade decisória e de autonomia das mulheres. Ainda que, algumas dessas mulheres, terem identificado as eleitoras e elas mesmas enquanto "mulheres protetoras", elas associavam o atributo de força e necessidade de autonomia das mulheres para se inserirem no mercado de trabalho e em atividades fora da vida doméstica.

A qualificação profissional e educacional das mulheres foi um tema recorrente e apareceu na totalidade dos discursos - ainda que em graus distintos ao longo dessas campanhas. Outro ponto de destaque diz respeito a construção dessas mulheres como protagonistas de suas campanhas, elas apelaram para campanhas falando sobre a sua trajetória de vida profissional,

educacional e na carreira política. Nitidamente as mulheres vinculadas aos partidos de esquerda pautaram seus discursos através de temas mais progressistas, destacando um estereótipo emancipador sobre a mulher, não havendo a inserção de membros da igreja em suas campanhas eleitorais.

9 Notas Conclusivas

Neste trabalho é possível conhecermos melhor o perfil sociodemográfico e de carreira das deputadas evangélicas que atuaram nos períodos de 2002-2014, bem como o estilo de campanha adotado por essas. O perfil sociodemográfico mostrou que a participação de deputadas evangélicas é bastante capilarizado pelo território brasileiro, apesar de um forte predomínio na região sudeste, ela não é restrita a essa localidade. Destaca-se que majoritariamente essas deputadas apresentem ensino superior completo, o que demonstra um grau educacional elevado quando comparado a população brasileira. A análise do perfil de carreira das deputadas aponta para a entrada na política através da herança familiar ou de seu sucesso profissional. Ambos aspectos apareceram com forte recorrência nas campanhas eleitorais, especialmente naquelas que não se utilizaram de atores religiosos para ancorar as suas campanhas.

De forma geral, as campanhas eleitorais das deputadas evangélicas apresentam dois "estilos" distintos: a maioria delas teve suas campanhas ancoradas em atores religiosos e buscaram difundir a sua religião. As demais deputadas não se utilizam desse recurso de campanha e optaram por estilos de campanhas tradicionais, nas quais exaltavam as suas qualidades enquanto administradoras públicas ou das suas carreiras profissionais fora da política. A partir da análise do material empírico é possível concluir que a interferência religiosa não é generalizada e é mais presente em um determinado grupo de deputadas evangélicas, naquelas vinculadas à Assembleia de Deus e a Igreja Universal do Reino de Deus. Nem todos os segmentos evangélicos fizeram um uso político da religião. O que podemos notar, a partir dessa análise, é que o fato de uma mulher ser evangélica não vai significar, de antemão, que ela utilizará da religião como uma porta de entrada na política.

Referências

ARAÚJO, Clara. "*Rotas de ingresso, trajetórias e acesso de mulheres ao legislativo*: um estudo comparado entre Brasil e Argentina". Revista Estudos Feministas, v. 18, n 2, p. 567-584, 2010

BADIE, Bertrand; HERMET, Guy *Política Comparada*. México: Fce, 1990

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa/Rio de Janeiro, Difel/Bertrand, 1989

__. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo. Ed. Perspectiva, 1992.

__. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 1999.

_____.O campo político. *Revista Brasileira de Ciência Política*, nº 5. Brasília, janeiro-julho de 2011, pp. 193-216.

_____. *Sobre o Estado*: cursos no Collège de France(1989-92). São Paulo: Cia das Letras, 2014.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2016. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa> Acessado em 03.março.2017.
CORADINI, Odacir Luiz. Em nome de quem?: recursos sociais no recrutamento de elites políticas. Vol. 11. Relume Dumará, 2001.

DEZALAY, Yves & GARTH, Bryant. *La internacionalizacion de las luchas por el poder*. La competencia entre abogados y economistas por transformar los estado latino americanos. Universidad Nacional del Colombia/ILSA. Bogotá, 2002.

DIAP, 2016. Disponível em <http://www.diap.org.br/> Acessado em 07.março.2017

ENGELMANN, Fabiano**.** *Globalização e poder de Estado*: circulação internacional de elites e hierarquias do campo jurídico brasileiro. Dados Rio de Janeiro. v. 55, p. 97-125, 2012.

_____. Em torno do poder: ciência e instituições políticas. In: SEIDL, Ernesto; GRILL, Igor. (Org.). *As Ciências Sociais e os espaços da Política*. 1ed. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe; QUEIROZ, Cristina Monteiro. "Regional Differences and Women's Relative Success in Municipal Elections in Brazil. *Revista Estudos Feministas* 14 (2): 363–85, 2006

MACHADO, Maria das Dores Campos, *Representações e relações de gênero nos grupos Pentecostai***s.** Estudos Fem,:387–396, 2005.

_____. *Política e religião*: a participação dos evangélicos nas eleições. FGV Editora, 2006.

MARENCO, ANDRÉ; SERNA, M. Por que carreiras políticas na esquerda e na direita não são iguais? Recrutamento legislativo em Brasil, Chile e Uruguai. *Revista Brasileira de Ciências* Sociais, v. 22, n. 64, jun. 2007.

MARIANO, Ricardo. *Neopentecostais*: sociologia do novo pentecostalismo no Brasil. São Paulo: Loyola, 2000

NOVAES, R. R. Crenças religiosas e convicções políticas: fronteiras e passagens In: FRIDMAN, Luiz (org.). *Política e cultura: século XXI*. Rio de Janeiro. Relume Dumará: ALERJ, pp: 63-97, 2002.

ORO, Ari Pedro. "Religião e política nas eleições de 2000 em Porto Alegre". Debates do NER: Religião e eleições 2000 em Porto Alegre, Ano 2, n. 3: 87-97, 2001.

PIERUCCI, Antônio Flávio, "Bye Bye, Brasil – o declínio das religiões tradicionais no Censo de 2000". Estudos Avançados, nº 52: 17-28, 2004.

PINTO, Céli; MORITZ, Maria Lúcia. A tímida presença da mulher na política brasileira: eleições municipais em Porto Alegre (2008). *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília n°2, p. 61-87, jul/dez, 2009.

REIS, Eliana Tavares dos & GRILL, Igor Gastal.(orgs.) *Estudos sobre elites políticas e culturais* vol 1 e vol. 2. São Luís: EDUFMA, 2016

SCOTT, JOAN. *Gênero*: uma categoria útil para análise histórica. Tradução por Cristine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. In SOS Corpo, Recife, 1991.

WOODHEAD, L. As diferenças de gênero na prática e no significado da religião. *Estudos de Sociologia Araraquara*, v.18, n.34, p.77-100 jan.-jun, 2013.

EDUCAÇÃO E DIREITO- INTERLOCUÇÕES COM A EMANCIPAÇÃO HUMANA

Pilar de Moraes Sidi.
Socióloga, mestre em Ciências Sociais,
doutoranda em Educação Unilasalle. Bolsista Capes.
E-mail: pilarsidi@via-rs.net

Resumo

O presente trabalho discute as contribuições do direito para a educação como possibilidade de emancipação humana, perpassando por aspectos como democracia e cidadania. Busca-se através desta investigação, compreender as possibilidades e contribuições que o direito pode trazer para as questões da construção da cidadania e da democracia para que a educação seja uma forma de se atingir a emancipação humana. Trata-se de uma reflexão teórica, cuja metodologia utilizada é a revisão de literatura. Os resultados apontam para que os indivíduos atinjam a emancipação, deve existir liberdade, justiça e direitos sociais, os quais não necessitam ser apenas normativos, constituídos como um conjunto de regras que ficam no papel, mas sim ser cumpridos, possibilitando condições para uma nova relação política e social dos sujeitos nela envolvidos, perpassando pela construção da democracia e da cidadania. Conclui-se que a educação, juntamente com a busca dos direitos sociais, constitui-se como um ato político que possibilita ao homem a liberdade social e o exercício da cidadania.

Palavras-chave: Direito. Educação. Emancipação.

1 Introdução

Educação e emancipação são temáticas recorrentes no campo filosófico, educacional, sociológico e jurídico. Para Arroyo (1987), a educação deve estar em consonância com a cidadania. Na concepção de Gramsci apud Oliveira: "educar é colocar fim a separação entre Homo Faber e Homo Sapiens, é resgatar o sentido estruturante da educação e de sua relação com o trabalho, suas possibilidades criativas e emancipatórias" (Oliveira, 2010, p.59). Segundo Freire & Shor: "a educação é política e a política tem educabilidade" (FREIRE & SHOR, 1987, p.75- 76).

O objetivo do presente artigo é dialogar sobre a educação como princípio para a emancipação humana, juntamente com a abordagem jurídica, analisando também os princípios presentes na Constituição. Com o intuito de melhor estruturar este trabalho o dividi em três partes: na primeira discorro sobre a historicidade e a importância da educação, em seguida, teço considerações sobre a emancipação humana enfatizando o pensamento de Marx e na terceira, abordo a respeito do que a legislação diz sobre a educação. Por fim, faço as considerações finais.

2 O Contexto da Educação e de seu nascimento

É importante destacar que a educação sempre foi um dos alicerces para a constituição de uma sociedade, sendo imprescindível para construção do sujeito enquanto ser social e para a formação, participação coletiva e exercício da cidadania. Desde os primórdios, tivemos importantes contribuições para a educação, a começar pelos gregos e depois, dando continuidade, os romanos, como bem contextualiza Moacir Gadotti:

> O humanismo ateniense pautava-se pela supremacia de outros valores, já que em suas escolas, mesmo aristocráticas, as maiores disputas não eram físicas mas intelectuais - buscava-se o conhecimento da verdade, do belo e do bem. Platão sonhava com uma república amplamente democrática, dentro dos limites da concepção de democracia de sua época, onde a educação tinha um papel fundamental. É curioso saber que Platão pretendia uma educação municipal, para evitar as pretensões totalitárias. Assim, o ensino se submetia ao controle o mais próximo possível da comunidade. Todo ensino deveria ser público (GADOTTI, 2006, p. 31).

Somando-se a este debate do direito à educação Sócrates pensava o ensino como possibilidade de extrair as ideias preexistentes na própria mente humana, o que não deveria significar o mero depósito de ideias num cérebro vazio (como tábula rasa), mas o convite à interdependência para responder as questões do mundo. Todo o seu ensino deveria ser um embrião alimentado pela conversação. As percepções de Sócrates, mais tarde foram rearticuladas por Paulo Freire, que considerava a educação referida pelo filósofo grego como uma possibilidade de superação da educação bancária vigente, com vistas a uma reconstrução das práticas pedagógicas e das condições do reconhecimento das sociedades modernas. Para Gadotti, referindo-se ainda a Sócrates:

> Sua preocupação como educador, ao contrário dos sofistas, não era a adaptação, a dialética retórica, mas despertar e estimular o impulso para a busca pessoal e a verdade, o pensamento próprio e a escuta da voz interior. Não o interessavam os honorários das aulas, mas o diálogo vivo e amistoso com seus discípulos. Sócrates acreditava que o autoconhecimento é o início do caminho para o verdadeiro saber. Não se aprende a andar nesse caminho com o recebimento passivo de conteúdos oferecidos de fora, mas com a busca trabalhosa que cada qual realiza dentro de si (GADOTTI, 2006, p. 32).

Pelas palavras acima, percebe-se a convergência de suas ideias com aquelas proferidas pelo educador Paulo Freire. Para Freire (1983, p. 10), "o monólogo, enquanto isolamento, é a negação do homem; é o fechamento da consciência, uma vez que consciência é abertura". Desta forma, o autor reafirma que a educação ocorre através da interdependência dialógica e do círculo de cultura, visto que a emancipação só acontece na dimensão coletiva. Dando continuidade a importância da educação, encontramos a educação romana que ocorreu da seguinte maneira: "através das conquistas, os romanos impuseram o latim a numerosas províncias" (GADOTTI, 2006, p. 43). Roma foi o berço de muitos teóricos da educação. Catão (234-149 a. C.) destacou-se por valorizar a formação do caráter; Marco Terêncio Varrão (116-27 a. C.) difundiu a chamada cultura romano-

helênica fundamentada na virtus romana: pietas, honestias, austeritas; Marco Túlio Cícero (106-43) acreditava que era importante formar um orador, este era o seu ideal de educação. Este orador deveria ter as qualidades do dialético, do filósofo, do poeta, do jurista e do ator; Marco Fábio Quintiliano (por volta de 35) valorizou o ensino pelo conteúdo do discurso, ao reconhecer que, "o estudo devia dar-se num espaço de alegria (Schola)"; Para Sêneca (4 a.c-65), non scholae, sed vitae est docendum – "não se deve ensinar para a escola, mas para a vida"; Plutarco (por volta de 46) defendia que a educação deveria ter como referência a biografia de grandes homens, para incentivar a nos espelharmos em homens que se constituíram como exemplos vivos de virtude e de caráter (GADOTTI, 2006, p. 43-44). Segundo Gadotti (2006, p. 44), "a educação romana era utilitária e militarista, organizada pela disciplina e justiça. Começava pela fidelidade administrativa: educação para pátria, paz só com vitórias e escravidão aos vencidos. Aos rebeldes a pena capital".

Assim, sucedeu-se, passando por todos os períodos históricos, tendo sempre uma preocupação de melhorar a sociedade através da educação. É importante destacar que, ao falarmos em educação, não podemos deixar de lembrar dos quatro princípios, que foram propostos por Jacques Delors (1996) e que são fundamentais para serem pensados em qualquer nível de escolaridade. São eles: aprender a conhecer, que se refere à forma da construção dos conhecimentos e de sua compreensão, ou seja, precisamos tecer as teias dos conhecimentos de maneira que seja significativa para os estudantes, ou seja, eles não devem precisar memorizar os conteúdos de forma mecânica. Na verdade, os conhecimentos devem fazer sentido para eles. O professor precisa tornar atraentes os conhecimentos; aprender a fazer, que se relaciona a oportunidade do educando de agir no meio em que vive envolvendo-se com este meio, não apenas preocupado com sua inserção no mercado de trabalho, mas sim, que este indivíduo, saiba ouvir a opinião alheia e dar a sua, estabelecendo trocas, tendo flexibilidade nos diálogos e em sua compreensão. O aprender a fazer envolve uma série de técnicas a serem trabalhadas; o aprender a viver juntos, ou a conviver, que engloba as relações e interações sociais que os educandos devem ter entre eles não só em sala de aula, mas também com a sociedade como um todo, aprendendo a compreendê-la em seus princípios e valores como agir e interagir em meios conflituosos e também competitivos; por último, o aprender a ser, princípio que faz uma união de todos os três explicitados acima, sendo que sugere que os educandos tenham responsabilidades pessoais e sociais, demonstrando sensibilidade, sendo crítico, tendo iniciativa, autonomia, sendo reflexivo. O contato com os quatro princípios de aprender a conhecer, a fazer, a viver junto e o aprender a ser é o que vai sustentar a educação. Neste viés, Delors questiona-se: "Mas, como aprender a conviver nesta aldeia global, se somos incapazes de viver em paz nas comunidades naturais a que pertencemos: nação, região, cidade, aldeia, vizinhança? A questão central da democracia é saber se desejamos e somos capazes de participar da vida em comunidade (DELORS, 1996, p.8)". Para Souza (1996), são cinco os princípios da democracia: liberdade, participação, diversidade, solidariedade e igualdade. Segundo o autor:

> Quando o cidadão descobre que ele é o princípio do que existe e pode existir com sua participação, começa a surgir a democracia. Cidadania e democracia andam de mãos dadas e não existem separadas. Cidadania não é individualismo, mas afirmação de cada um em sua relação de solidariedade com os outros. Cidadania e democracia estão baseadas em princípios éticos e tem o infinito como limite. Não existe limite para a solidariedade, a liberdade e a igualdade, participação e diversidade. A democracia é uma obra inesgotável (SOUZA, 1996, p.66).

Ainda para o autor:

> Muitas pessoas falam da democracia americana, francesa, sueca e das imperfeições da democracia brasileira ou argentina. Esses países vivem em sistemas liberais e processos desiguais de democratização em curso, principalmente no nível de suas sociedades. Democracia mesmo, plena, não existe em nenhum destes países. O fato de haver eleições é um componente fundamental da democracia, mas não é condição suficiente para sua existência. A democracia ainda está em processo de existência e aperfeiçoamento em todo o mundo. A democracia é o futuro que se constrói hoje através da ação e participação de todos e d cada um. A democracia não é inevitável, mas pode ser criada. A democracia não é um atalho, mas um caminho (SOUZA, 1996, p. 67, 68).

É importante destacar ainda que, a democracia não se restringe apenas à ordem do poder público, mas existe, ou precisa existir em todas as relações sociais, e esferas da sociedade, tais como pública, privada, com suas políticas, culturas, economias e relações. Para Souza (1996, p.68):

> Começa na relação interindividual, passa pela família, a empresa, as igrejas, as instituições da sociedade civil e culmina no Estado. Uma sociedade democrática é aquela que vai conseguindo democratizar todas as suas instituições e práticas. É uma sociedade perpassada pelos princípios, construída por eles, de forma consciente, voluntária e livre. É o reconhecimento da humanidade de todos por todas as pessoas. A democracia não nasce das máquinas, mas das pessoas. É obra da consciência humana, a mais sofisticada das tecnologias. Democracia tem um olhar sobre o planeta, tem uma visão ecológica, tem carinho pelo mundo como o berço de todo o mundo. A democracia pensa em séculos, não vive em função apenas dos dias de hoje.

Juntamente a democracia, outro conceito bastante difundido é o de cidadania. Para Pinski:

> Dentre os conceitos utilizados pelos intelectuais, políticos, administradores públicos, e pela mídia, é, provavelmente, o que tem tido o maior uso (e abuso) de significados e ressignificados. Segundo Pinsky, "cidadania não é uma definição estanque, mas um conceito histórico, o que significa que seu sentido varia no tempo e no espaço. É muito diferente ser cidadão na Alemanha, nos Estados Unidos ou no Brasil (para não falar dos países em que a palavra é tabu), não apenas pelas regras que definem quem é ou não titular da cidadania (por direito territorial ou sangue), mas também, pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão em cada um dos Estados-nacionais contemporâneos. Mesmo dentro de cada Estado-nacional, o conceito e a prática da cidadania vêm se alterando ao longo dos últimos duzentos ou trezentos anos. Isso ocorre tanto em relação a uma abertura maior ou menor do estatuto de cidadão para sua população (por exemplo, pela maior ou menor incorporação dos imigrantes à cidadania), ao grau de participação política de diferentes grupos (o voto da mulher, do analfabeto), quanto aos direitos sociais, à proteção social oferecida pelos Estados aos que delas necessitam" (PINSKI , 2003, p. 1, apud GOHN, 2005, p.18).

Todas as mudanças sociais que caminham em direção a emancipação passam por um processo de transformação. Segundo Gohn:

> A transformação também tem vários sentidos: poderá ser emancipadora ou emancipatória, que agrega um sentido, uma qualidade nova, que aponta para uma nova correlação de força sociopolítica dos sujeitos envolvidos. Neste caso, é uma transformação baseada na teoria da Emancipação Humana, que busca na liberdade, justiça e direitos, o rumo de suas ações. Não é apenas normativa, um simples receituário de regras e orientações, fruto dos desejos de indivíduos isolados, que muitas vezes só mantém na prática discursiva o tema da emancipação, como um ideal para outros seguirem- a popular "receita". A emancipação real é proativa, constrói-se na prática cotidiana, no jogo diário dos relacionamentos e sua meta á a autonomia dos sujeitos (GOHN, 2005, p. 33).

Assim sendo, para que tenha educação, precisa existir também a justiça social, os direitos e a busca ou conquista da liberdade. Um dos autores que trouxe boas contribuições no que tange a emancipação foi Karl Marx. Discorrerei um pouco sobre suas ideias no próximo tópico.

3 A emancipação humana na concepção de Karl Marx

No que tange as questões acerca da civilização, a emancipação humana tem sido abordada com muita frequência em toda literatura mundial. Em filosofia, o conceito de emancipação foi discorrido por Karl Marx (1847), em "A questão judaica", um ensaio sobre a condição judaica. Nele o autor escreveu sobre a emancipação política dos judeus e dos cristãos relacionando-as a emancipação do Estado judaico, cristão e de outras religiões. Para Marx:

> o homem se liberta por meio do Estado, liberta-se politicamente de uma barreira ao se colocar em contradição consigo mesmo, ao sobrepor essa barreira de modo abstrato e limitado, de um modo parcial. Deduz-se, além disso, que ao emancipar-se politicamente, o homem o faz por meio de um subterfúgio, através de um meio, mesmo que seja um meio necessário. Conclui-se finalmente, ainda quando se proclama ateu, o homem continua sujeito às cadeias religiosas, precisamente, porque só se reconhece a si mesmo mediante um subterfúgio, através de um meio. A religião é, cabalmente o reconhecimento do homem através do mediador. O Estado é o mediador entre o homem e a sua liberdade. Assim como cristo é o mediador sobre quem o homem descarrega toda sua divindade, toda sua servidão religiosa, assim também o Estado é o mediador para o qual desloca toda sua não-divindade, toda sua não-servidão, humana (Marx, 2005, p.21).

Segundo o autor, a partir do momento em que existe o reconhecimento da cidadania judaica por parte do estado cristão, ocorre a emancipação política e social dos judeus na Alemanha. Na concepção de Marx:

> a totalidade que forma o ser humano, portanto é social e natural. Para compreender o ser humano de uma determinada época, é preciso conhecer às relações sociais dessa época: o ser humano "interioriza", reproduz e/ou transforma essas relações sociais (...) não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência (Marx, 1982, p.25).

Assim sendo, para Marx, a religião, também pode se relacionar com a emancipação política. O autor frisa que a emancipação política não é capaz de acabar com as contradições existentes na

sociedade. Para ele, o Estado pode se emancipar da religião a partir do momento em que não professar nenhuma religião. Em sua concepção: "o limite da emancipação política fica evidente de imediato no fato de o Estado ser capaz de se libertar de uma limitação sem que o homem realmente fique livre dela, no fato de o estado ser capaz de ser um "Estado Livre sem que o homem seja um homem livre" (MARX, 2010, p. 39). Neste sentido, a emancipação política proporciona uma espécie de emancipação social. A emancipação política, pode ser conquistada e atingida pela cidadania e pela democracia, sendo uma forma de se conquistar a liberdade, sendo que, conforme a época, modificam-se as necessidades, os desejos e as aspirações de cada indivíduo. A emancipação para Marx é atingida somente quando o homem liberta-se política e socialmente. A emancipação política referida por Marx, trata da emancipação do Estado burguês, o qual não se encontra isento livre das contradições existentes na emancipação humana. A relação de Marx com a educação, ocorre a partir do momento que o autor considera a educação como um componente do sistema econômico. O autor cita o capitalismo, falando a respeito do trabalho alienado, dizendo que o trabalho alienado não provoca a sensação de realização. O autor atenta para o fato de que a partir do momento que o estado nasce da necessidade de frear o antagonismo de classes é possível percebermos que quando ocorre a revolução política, por exemplo, a emancipação política e a revolução social são capazes de conduzir os indivíduos a emancipação humana.

Neste contexto, outra contribuição da educação como forma de emancipação humana, pode ser encontrada ao analisarmos as ideias que as legislações carregam a respeito da educação. Para melhor exemplificar, abordo no próximo tópico algumas legislações, fazendo a interpretação das mesmas.

4 Direito e Educação

O direito a educação passa a ter importância para a sociedade e também a ser reconhecido, em 1934 através da Constituição. Nela haviam 11 artigos, os quais falavam a respeito de temáticas extremamente relevantes para a educação, tais como a educação como direito de todos, organização dos sistemas educacionais, melhor desenvolvimento dos sistemas de ensino entre outros. Na constituição de 1988, o direito à educação passa a ser reconhecido a partir do momento que faz parte da mesma, como um direito social fundamental. Conforme os artigos 6º e 205º da Constituição Federal, citados abaixo:

> **Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> Art. 205º A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O direito a educação contempla o direito à vida, o direito fundamental, os direitos humanos, bem como o direito a personalidade, o direito público subjetivo, entre outros. É importante destacar um texto que também traz contribuições significativas, em termos legais a educação, que é a Carta das Nações Unidas assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945, após o término da

Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor em 24 de outubro de 1945, em São Francisco, na Flórida. No dia 10 de dezembro de 1948, na capital francesa Paris, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que em seu artigo 26º diz:

> 1. Toda pessoa tem direito à educação A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar e fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado, o acesso aos estudos superiores deve ser aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
> 2. A educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.
> 3. Os pais têm, com prioridade, o direito de escolher o gênero de educação e dar aos filhos.

Eduardo Bittar (2011), no livro intitulado "Direito e Ensino jurídico" assim se expressa:

> O direito à educação carrega em si as características dos direitos personalidade, ou seja, trata-se de um direito natural, imanente, absoluto, oponível erga omnes, inalienável, impenhorável, imprescritível, irrenunciável [...] não se sujeitando aos caprichos do Estado ou à vontade do legislador, pois trata-se de algo ínsito à personalidade humana desenvolver, conforme a própria estrutura e constituição humana.

No Brasil, em sua historicidade, a cidadania, a democracia, e os direitos humanos são conquistas longas que perpassam muitos anos a sociedade. Segundo Souza:

> No Brasil, a história é longa. Houve um tempo, antes dos portugueses chegarem, em que os povos indígenas viviam seus regimes comunitários nos quais cabia todo mundo, uma sociedade de todas as gentes, ninguém era excluído. Não eram todos iguais, mas todos estavam contemplados com alguma parte que era de todos. É fantástico pensar neste mundo onde cada pessoas tem um lugar, onde ninguém está excluído (SOUZA, 1996, p. 68).

Assim, em um Regime democrático, existe a necessidade de que tudo esteja em constante modificação, buscando sempre a evolução. Neste sentido, para o Bobbio:

> Para um regime democrático, estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo. Os escritores democráticos do fim do Setecentos contrapunham a democracia moderna (representativa) à democracia dos antigos (direta). Mas não teriam exitado em considerar o despotismo do seu tempo igual àquele do qual os escritores antigos tinham dado as primeiras descrições: pense-se em Montesquieu e em Hegel, bem como na categoria do despotismo oriental. Existe inclusive quem empregou, com ou sem razão, o conceito de despotismo oriental para explicar a situação da União Soviética (BOBBIO, 1997, p. 9).

Para Kelsen:

> Na ideia de democracia- e é dessa ideia que queremos tratar primeiro, e não da realidade política mais ou menos próxima dela-encontram-se dois

> postulados da nossa razão prática, exigem satisfação dois instintos primordiais do ser social. Em primeiro lugar, a reação contra a coerção resultante do estado de sociedade, o protesto contra o tormento da heteronomia. É a própria natureza que, exigindo liberdade, se rebela contra a sociedade. O peso da vontade alheia, imposto pela vida em sociedade, parece tanto mais opressivo quanto mais diretamente se exprime no homem o sentimento primitivo do próprio valor, quanto mais elementar frente ao mandante, ao que comanda, é o tipo d vida de que é forçado a obedecer: "Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito ele tem de mandar em mim?" Assim, a ideia absolutamente negativa e com profundas raízes anti-heróicas de igualdade trabalha em favor de uma exigência igualmente negativa de liberdade" (KELSEN, 1993, P. 23).

Logo, nas interpretações de todos estes autores, percebemos que democracia, liberdade, justição, emancipação e direitos humanos encontram-se relacionados, todos buscando sempre a igualdade.

5 Considerações finais

Tecendo as considerações finais a respeito deste trabalho que versou sobre educação, direito e emancipação humana, é importante destacar que a educação mostra-se como sendo de fundamental importância para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, podendo também funcionar como mola propulsora para que dada sociedade atinja a emancipação humana com mais velocidade. Sem educação não existe dignidade, nem cidadania nem democracia. Após perpassarmos pelos primórdios das civilizações, podemos evidenciar que a educação sempre ocupou um papel primordial na vida da sociedade, sendo fundamental para que ocorram as relações sociais, afetivas, políticas, educativas e também econômicas, mostrando que um povo educado tem capacidade para ser dono de suas próprias ações, tendo autonomia e consciência na hora de agir e de tomar decisões para intervir na sociedade em que vive.

Referências

ARROYO, M. G. *O direito do trabalhador à educação*. In: GOMES, C. M. [et al]. Trabalho e conhecimento: dilemas na educação do trabalhador. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1987, pp. 75-92.

BITTAR, Eduardo C.B. *Direito e ensino jurídico*: legislação educacional. Editora Atlas, São Paulo, 2001.

BOBBIO, N. *O futuro da democracia.* Uma defesa das s do jogo. Editora Paz e Terra. São Paulo, 1997.

BRASIL. *Constituição de 1934.*

_____. *Constituição Federal de 1988.*

_____*Constituição Federal de 1988.*

Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional. Flórida, 1945.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, 1948. Brasília, 1998.

DELORS, J. Educação. *Um tesouro a descobrir*. Relatório para Unesco da Comissão Internacional sobre educação para o século XXI. Brasília: Cortez, 1996.

FREIRE, P. *Pedagogia do Oprimido*. Editora Paz e Terra, 1983.

FREIRE, P; SHOR, I. *Medo e Ousadia*. O cotidiano do professor**.** Editora Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1987.

GADOTTI, M. *História das ideias pedagógicas.* São Paulo: Ática, 2006.

GOHN, M. G. *O protagonismo da sociedade civil*. Movimentos Sociais, Ongs e redes solidárias. Editora Cortez. São Paulo, 2005.

KELSEN, H. *A DEMOCRACIA***.** Editora: Martins Fontes. São Paulo, 1993.

Marx, k. *A questão judaica.* Editora Centauro. São Paulo, 2005.

Marx, Karl. *Para a Crítica da Economia Política.* Editora: Abril Cultural. São Paulo, 1982.

Marx, K. *Sobre a questão judaica.* Tradução Nélio Schneider. Editora: Boitempo. São Paulo, 2010.

Oliveira, Marcos Marques. Florestan Fernandes. Coleção educadores. Editora Massangana. Recife, 2010.

SOUZA, H. de. *Democracia.* Cinco princípios e um fim. São Paulo, 1996.

O PAPEL DA GESTÃO ESCOLAR NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A CIDADANIA DOS SUJEITOS EDUCATIVOS

Ane Patrícia de Mira,
Mestranda em Educação.
E-mail: ane.mira23@gmail.com.

Paulo Fossatti,
Doutor em Educação.
E-mail: paulo.fossatti@unilasalle.edu.br.

Resumo

Nossa pesquisa tem como tema a promoção dos direitos humanos para o pleno exercício da cidadania a partir da intervenção da gestão escolar humanizadora. Como objetivo, nos propomos analisar a responsabilidade da gestão escolar na promoção dos direitos humanos para o exercício pleno da cidadania dos sujeitos educativos. A fim de atingirmos nosso objetivo, consideramos documentos no âmbito internacional – ONU e UNESCO – e marcos da legislação brasileira para a educação. Além desses, obtivemos os dados na literatura que versa sobre a gestão escolar. A metodologia utilizada é a pesquisa qualitativa, com revisão da literatura, de caráter interpretativo, e que teve por base a técnica da análise de conteúdo segundo Bardin (2016). Os resultados da investigação apontam para a responsabilidade da gestão escolar enquanto promotora dos direitos humanos para o exercício pleno da cidadania de todos os sujeitos educativos. Enquanto achados da pesquisa de mestrado em andamento, as aproximações conclusivas indicam a necessidade de uma gestão escolar comprometida/ engajada no projeto educativo humanizador.

Palavras-chaves: Gestão Escolar. Direitos Humanos. Cidadania. Educação Humanizadora.

1 Introdução

Desde a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (ONU, 1948), tanto os grandes organismos internacionais quanto a sociedade em geral têm discutido e refletivo sobre sua efetividade. Diante de tantos discursos baseados no senso comum que criticam os direitos humanos como artifício para a manutenção da violência e absolvição de criminosos, urge o debate sobre os direitos humanos e sua interface com a cidadania em todos os setores da sociedade.

Observando a escola como instituição que desempenha papel importante na difusão e promoção dos direitos humanos, colocamo-nos o seguinte questionamento: qual o nível de responsabilidade da gestão escolar enquanto promotora dos direitos humanos para o exercício pleno da cidadania dos sujeitos educativos? Essa questão nos pareceu pertinente diante de movimentos que tentam muito mais encobrir e desacreditar a educação em direitos humanos do que refletir sobre sua necessidade. Diante das obscuridades pelas quais passa nosso mundo, em um momento em que se vive a maior crise humanitária desde a II Guerra Mundial por conta dos conflitos na Síria

(ONUBR, 2017a), dentre tantos outros, a escola tem o desafio de educar para a promoção não só dos direitos humanos, mas para atitudes em prol da paz e de uma cultura da paz.

Diante dessa necessidade premente e como resultado de inquietações discutidas no Grupo de Pesquisa Gestão Educacional nos Diferentes Contextos, da Universidade La Salle, buscamos entender o papel da gestão escolar nos processos que estimulam a educação em direitos humanos. Visamos, também, ao entendimento destes e sua promoção para o pleno exercício da cidadania dos sujeitos educativos. Entendemos, assim como Lück (2014), que se espera da gestão escolar que esta influencie na "adoção de práticas de liderança orientadas para a formação de equipes integradas, participativas e empreendedoras na realização dos objetivos educacionais a que a escola se propõe [...]" (p. 30).

A partir dessa inquietação e pensando o modelo de escola apresentado por Charlot (2013), analisamos importantes textos sobre os direitos humanos, como a própria DUDH (ONU, 1948), marcos regulatórios para a educação em âmbito internacional (UNESCO, 2015 e 2016; DELORS, 2010) e documentos que se referem à legislação brasileira para a educação, como a Lei de Diretrizes e Bases – LDB (BRASIL, 1996) e o atual Plano Nacional de Educação – PNE (BRASIL, 2014). Sobre as concepções de escola e gestão escolar, nos ativemos aos escritos de Charlot (2013), Freire (2014 e 2015) e Lück (2012, 2014a e 2014b).

Como resultado de nossa análise, concluímos que a gestão escolar exerce papel fundamental enquanto promotora de ações e reflexões acerca dos direitos humanos na escola. Outrossim, o estar engajado nesse movimento que confere aos sujeitos educativos a consciência de seres históricos capazes de intervir no mundo depende de uma opção política da própria gestão escolar. Também é importante salientar que os achados aqui expostos são resultados parciais da pesquisa de mestrado em andamento que analisa os princípios para uma gestão escolar humanizadora. Outrossim, parte da análise de documentos, além dos aqui citados, a fim de estabelecer interfaces entre concepções do humanismo e ser humano na busca por elementos que subsidiem a gestão escolar humanizadora.

2 ONU e a promoção do respeito aos direitos humanos

Segundo o site da ONUBr (ONUBR, 2017c), a organização foi criada após a Segunda Guerra Mundial que teve fim em 1945. Com a emergência de restaurar-se a Europa devastada pela guerra e prevenir conflitos futuros, as discussões em torno de um organismo que representasse os países em prol do bem comum foram iniciadas. Em 24 de outubro de 1945, a Organização das Nações Unidas – ONU – passou a existir oficialmente. Dentre seus propósitos, destacamos o que nos parece de suma importância: "Realizar a cooperação internacional para resolver os problemas mundiais de caráter econômico, social, cultural e humanitário, promovendo o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais." (ONUBR, 2017c).

Por tratar-se de uma entidade internacional que tem amplitude de ação no que diz respeito aos seus países signatários, promover o respeito aos direitos humanos requer conhecê-los. Para tanto, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada pela ONU como direito internacional consuetudinário, ou seja, "uma prática geral e consistente seguida pelos Estados, decorrente de um sentimento de obrigação legal." (ONUBR, 2017c). Desde então, tem inspirado as constituições de muitos Estados e democracias recentes. (ONUBR, 2017d).

A fim de manter-se fiel a seus propósitos, em novembro de 1945, a ONU cria seu braço de maior alcance: a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Esta tem por objetivo "garantir a paz por meio da cooperação intelectual entre as nações, acompanhando o desenvolvimento mundial e auxiliando os Estados-Membros na busca de soluções para os problemas que desafiam nossa sociedade." (UNESCO, 2017). Por meio de vários programas, relatórios e declarações, a UNESCO amplia a atuação da ONU no que diz respeito à promoção dos direitos humanos a partir dos sistemas educativos, científicos e culturais no mundo.

Embora haja discussões a respeito dos objetivos da UNESCO quando trata do desenvolvimento das nações por meio da educação (SANTOS, 2014), em nosso estudo nos debruçamos sobre as ações positivas da organização a fim de promover o respeito aos direitos humanos. Nisso, consideramos pertinente o avanço que as discussões têm tomado no que diz respeito aos espaços escolares. Embora ainda de forma tímida em alguns aspectos, a escola continua sendo a difusora de ideologias, sejam elas pela hegemonia em busca de um perfil que atenda à demanda da burguesia, seja como forma de educação libertária (CHARLOT, 2013. FREIRE 2015).

No que tange ao conhecimento dos direitos humanos propriamente ditos, tanto o *site* da ONU quanto o da UNESCO disponibilizam amplo catálogo de materiais sobre programas, relatórios, livros e notícias a respeito da educação em direitos humanos. Com o advento da internet, estar alheio a esse material e seus objetivos coincide com o que aponta Bauman (2009) quanto ao valor que se dá à informação, assim como a todas as coisas que fazem parte de nossas vidas. No mundo líquido atual, "A ignorância produz a paralisia da vontade." (BAUMAN, 2009, p. 165).

Enquanto promotora do respeito aos direitos humanos, a ONU tem unido esforços entre as nações-membros a fim de manter-se fiel a este seu princípio. A UNESCO, tratando da esfera que diz respeito especificamente à educação, ciência e cultura, tem tido abrangência internacional e tensionado as discussões em torno do tema dos direitos humanos. Porém, ao observarmos o artigo primeiro da DUDH: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade." (ONU, 2009, p. 4), vemos que esse ideal está longe de nossa realidade cotidiana. Como exemplo, voltemos ao conflito na Síria e a informação de que "[...] 13,5 milhões de pessoas na Síria precisam de ajuda urgente, e há mais de 5 milhões de refugiados sírios no Egito, Iraque, Jordânia, Líbano e Turquia" (ONUBR, 2017b).

São muitos os fatores que interferem para que os direitos humanos não sejam alcançados em sua totalidade – econômicos, sociais, pessoais, históricos – e não cabe em nossa investigação detalharmos cada um deles. Como afirma Cardoso (2016), as mudanças pelas quais passa a humanidade "[...] também afetaram diretamente os cenários – econômico, político e educacional – gerando crises, angústias e produção de mal-estar na vida pessoal, nas instituições e nas diferentes esferas da sociedade." (p. 33). Destarte, cabe a análise sobre as ações das instituições educativas em prol da promoção dos direitos humanos em seus espaços, tendo-se em contexto esse cenário mencionado pela autora.

Para tanto, nos debruçamos sobre alguns dos documentos elaborados pela UNESCO atinentes à educação e, confrontando-os aos da legislação brasileira para a educação, no que realizamos a interface quanto à promoção dos direitos humanos. Os textos da UNESCO selecionados, dada a relevância para o presente estudo, são: Um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI (DELORS, 2010), Repensar a Educação: rumo a um bem comum mundial? (UNESCO, 2016) e a Declaração de Incheon – Educação 2030 (UNESCO, 2015). Quanto à legislação brasileira para a educação, nossa

análise focou dois textos de abrangência legal e constitucional: Lei de Diretrizes e Bases para a Educação (BRASIL, 1996) e o Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014). O estudo desses materiais está evidenciado no próximo tópico.

3 Os reflexos dos documentos da UNESCO na legislação brasileira para a educação na promoção dos direitos humanos

Já mencionamos a importância que os organismos internacionais têm exercido sobre a educação num todo, bem como na difusão de programas que objetivam a promoção do desenvolvimento das nações por meio da educação. Para a continuidade de nosso estudo, dada a relevância da UNESCO no cenário global, cabe a análise de alguns de seus textos de maior importância para a reflexão sobre os direitos humanos e sua interface com documentos brasileiros.

Um tesouro a descobrir: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI (DELORS, 2010), também conhecido como Relatório Delors, tornou notória proposta de uma educação que contemplasse os quatro pilares da educação para o século XXI. Esses pilares – aprender a conhecer, aprender a fazer, a prender a ser e aprender a conviver – completaram uma década em 2016.

No recorte a que nos propusemos nesse estudo e nos mantendo fiéis ao objetivo de uma análise da responsabilidade da gestão escolar na promoção dos direitos humanos para o exercício pleno da cidadania dos sujeitos educativos, consideramos somente os pilares aprender a ser e aprender a conviver. Esses pilares podem ser dimensionados a partir da abordagem humanista a que a UNESCO defende em seus textos. O humanismo a que nos reportamos é, segundo a própria UNESCO o "novo humanismo" (DELORS, 2005, p. 33) que leve em conta a pluralidade de objetivos da sociedade que "[...] as mulheres e os homens terão de ajudar a construir. Para isso, ela deve não apenas reagir, mas também agir [...]" (DELORS, 2005, p. 33).

O Relatório Delors (2010) afirma a importância da educação para o desenvolvimento da sociedade que almejamos, considerando a em que vivemos:

> Perante os múltiplos desafios suscitados pelo futuro, a educação surge como um trunfo indispensável para que a humanidade tenha a possibilidade de progredir na consolidação dos ideais da paz, da liberdade e da justiça social. (DELORS, 2010, p. 5).

Seguindo essa afirmação, em 2016, a UNESCO lançou o texto Repensar a Educação: rumo a um bem comum mundial?. Embora menos difundido e estudado do que o Relatório Delors, consideramos esse texto significativo no que tange aos princípios humanistas da organização, bem como do comprometimento da educação na construção de uma sociedade mais humana. O documento se propõe a ser

> [...] chamado ao diálogo, inspirado por uma visão humanista de educação e do desenvolvimento, com base em princípios de respeito pela vida e dignidade humanas, igualdade de direitos e justiça social, respeito pela diversidade cultural, solidariedade internacional e responsabilidade compartilhada, todos aspectos fundamentais de nossa humanidade comum. Visa a ser tanto uma aspiração quanto uma inspiração, dirigindo-se aos novos

> tempos e a todas as pessoas do mundo interessadas em educação. (UNESCO, 2016, p. 16).

Isto posto, analisamos a ressignificação que a organização imprime à educação no contexto mundial. O referido texto não trata somente da abordagem humanista da UNESCO, mas se propõe a estimular a reflexão acerca da sociedade como responsável pelo que nela acontece. Segundo Charlot (2013), "Toda definição abstrata dos fins educativos servirá à burguesia que, precisamente, mascara as condições de vida sociais e reais dos homens sob uma ideia abstrata de Homem." (p. 305). O que, ao examinarmos atentamente o documento da UNESCO, observamos, é a tentativa clara de definir a educação, seus espaços de formação, seus objetivos, tensões e necessidades.

A partir da retomada do Relatório Delors, a UNESCO apresenta novas alternativas de educação, tanto formais quanto não formais, atenta aos espaços formativos institucionalizados, como a escola (UNESCO, 2016, p. 25). Aborda a necessidade de um mundo sustentável e denuncia os aspectos que contrapõem a lucratividade ao desenvolvimento humano (UNESCO, 2016, p. 26). Bauman (2009) se refere às mudanças pelas quais passa a sociedade e do compromisso dos sujeitos sobre ela ao afirmar que "não se refere a adaptar as habilidades humanas ao ritmo acelerado da mudança mundial, mas a tornar esse mundo em rápida mudança mais hospitaleiro para a humanidade" (p. 163). Assim, também, a UNESCO reitera o compromisso da educação com a formação desses sujeitos para transformarem a sociedade alicerçados em valores humanistas. Entendendo-se que esses valores como "[...] *respeito pela vida e dignidade humanas, igualdade de direitos e justiça social, diversidade social e cultural* e um *sentimento de solidariedade humana e responsabilidade compartilhada por nosso futuro comum.*" (UNESCO, 2016, p. 42, grifo do autor).

Tomando por base essas reflexões, a Declaração de Incheon – Educação 2030 (UNESCO, 2015) é o documento norteador das metas da educação até o ano de 2030. Reunidos em Incheon, na Coreia do Sul, em maio de 2015, chefes de Estado reafirmaram seus compromissos por uma Educação para Todos. (UNESCO, 2015, p. 2). Na referida declaração, a abordagem humanista que se volta à garantia dos direitos humanos pela educação é mencionada claramente:

> Ela é inspirada por uma visão humanista da educação e do desenvolvimento, com base nos direitos humanos e na dignidade; na justiça social; na inclusão; na proteção; na diversidade cultural, linguística e étnica; e na responsabilidade e na prestação de contas compartilhadas. Reafirmamos que a educação é um bem público, um direito humano fundamental e a base que garante a efetivação de outros direitos. (UNESCO, 2015, p. 1).

Essa afirmação veemente da UNESCO sobre a visão humanista da educação, bem como a retomada da educação como direito humano fundamental dialoga e defende a manutenção da DUDH (ONU, 2009). O Artigo XXVI, item 1, a DUDH trata especificamente desse direito universal:

> Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. (ONU, 2009, p. 14).

Tendo isso em vista, consideremos duas das leis que definem a educação brasileira: a LDB (BRASIL, 1996) e o PNE (BRASIL, 2014). A análise dos dois documentos se faz necessária diante dos mencionados marcos da UNESCO para a educação na esfera global. O Brasil, como Estado-

membro da ONU, organiza-se a partir das reflexões, diretrizes e metas estipuladas pela UNESCO no que diz respeito à educação.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996) foi sancionada a fim de organizar a educação nacional. É uma lei orgânica que, como o próprio nome diz, dita as diretrizes e as bases para o sistema educacional, compreendido pela "[...] educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias." (BRASIL, 1996). No artigo terceiro da referida lei, há a explicitação dos princípios pelos quais a educação brasileira deve ser regida. São eles:

> I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
> III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;
> IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância;
> V – coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
> VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
> VII – valorização do profissional da educação escolar;
> VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta lei e da legislação dos sistemas de ensino;
> IX – garantia de padrão de qualidade;
> X – valorização da experiência extraescolar;
> XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.
> XII – consideração com a diversidade étnico-racial. (BRASIL, 1996).

Observando esses princípios, é possível perceber que os direitos humanos perpassam cada um deles, no tocante à liberdade, tolerância, respeito ao pluralismo de ideias, à diversidade racial, entre outros. Também, quanto ao que define Freire (2015) ser papel da educação, o de libertar para o exercício da cidadania, do ser no mundo por meio da consciência de si, do ser mais, a LDB de 1996 contribui para uma formação a partir de pressupostos de liberdade e respeito. No artigo segundo, os aspectos da liberdade e da cidadania como objetivos da educação são postos de maneira a que todo aquele que acessa a educação no Brasil tenha a garantia de seus direitos, entre eles os expostos na DUDH.

Além de organizar o sistema educativo da nação, a LDB (BRASIL, 1996) oportuniza a discussão sobre os alicerces democráticos sobre os quais a educação nacional se estrutura. Os próprios conceitos de democracia e cidadania ainda necessitam ser bem delineados não somente no âmbito da academia, mas a partir dos movimentos populares e dentro do sistema educativo. Consideramos que "A cidadania está relacionada à capacidade de intervir tanto nos espaços privados da ordem econômica, quanto nos assuntos públicos de ordem política." (GOERGEN, 2013, p. 732). Sendo que há vários caminhos para se alcançar essa habilidade, porém "[...]o principal deles é, sem dúvida, a educação." (GOERGEN, 2013, p. 732).

Ainda citando Gorgen (2013), o exercício da cidadania a partir da formação do sujeito pela educação, é o que o capacita e habilita para que este possa "ultrapassar o umbral da simples e formal posse de direitos e alcançar o que se pode chamar de cidadania ativa, ou seja, a verdadeira participação no modelo democrático." (p. 732). Nessa mesma corrente que responsabiliza a educação e, consequentemente, o Estado a garantia da cidadania, do respeito aos direitos humanos e exercício da democracia, em 25 de junho de 2014 foi sancionada a lei 13.005, o Plano Nacional de Educação (BRASIL, 2014a).

O Plano Nacional de Educação (PNE), é o documento que apresenta as diretrizes e metas para a educação brasileira. Foi sancionado sem nenhum veto e promulgado pela presidente da

República em 25 de junho do mesmo ano. Converteu-se na Lei no 13.005/2014., com vigência entre 2014 e 2024.

O texto apresenta dez diretrizes a serem observadas pelo sistema educativo nacional. Entre elas, "superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação" (BRASIL, 2014a, p. 12) pode vir a caracterizar a abordagem humanista advinda dos pilares aprender a ser e a prender a conviver propostos pela UNESCO. A esses dois pilares podemos considerar a competência de os seres humanos respeitarem os direitos humanos.

O atual Plano Nacional de Educação (PNE) é composto por 10 diretrizes, 14 artigos, 20 metas e 243 estratégias que deverão ser implementadas na educação brasileira durante os 10 anos de sua vigência. As 10 diretrizes são norteadoras de todas as metas e estratégias contidas no Plano. Mais do que resultados quantitativos, é possível perceber no documento a preocupação nacional quanto à educação integral, baseada em uma perspectiva humanista e crítica. Nesse enfoque, a função escolar não se limita à socialização ou ao aumento de conhecimentos; cabe a ela a formação para o mundo, para a tomada de decisões, pois influi nas escolhas e atitudes dos sujeitos.

Entre as metas do PNE está a da universalização do acesso à educação e a qualidade da educação ofertada. As 11 primeiras metas tratam desses aspectos. São "metas estruturantes para a garantia do direito à educação básica com qualidade [...]". (BRASIL, 2014b). A partir dessa garantia, a de que todos tenham acesso à educação formal, cabe à escola gestar o projeto educativo que desenvolva não só o conhecimento, mas antes a observância e atuação em direitos humanos.

Como bem observa Teixeira (2011), "educação em direitos humanos não é diferente de uma educação para a democracia, entendida a democracia como um modo de vida, mais que uma forma de governo." (p. 150). Por isso, a observância e o atendimento da meta 19, que trata especificamente da gestão escolar democrática, e retoma a LDB (BRASIL, 1996). Pois, no entendimento dos pesquisadores, a garantia de autonomia da gestão escolar é a possibilidade de organização e defesa do projeto educativo amplo e institucional para os direitos humanos.

4 Gestão Escolar e a promoção dos direitos humanos para a cidadania dos sujeitos educativos

Antes de abordarmos o papel da gestão escolar como promotora dos direitos humanos, observemos os conceitos de escola e de educação eu aqui consideramos. Charlot, na obra *A mistificação pedagógica: realidades sociais e processos ideológicos na teoria da educação* (2013), problematiza o papel da escola enquanto instituição ideológica (CHARLOT, 2013, p. 217). O autor organiza sua crítica observando uma escola inadaptada à sociedade no que diz respeito aos aspectos econômico, sociopolítico e cultural. Porém, em contrapartida, "[...] adaptada demais às necessidades da classe dominante." (CHARLOT, 2013, p. 218). Sobre esses aspectos da escola, Charlot (2013) assume que tanto podem libertar quanto alienar. Cabe, antes de mais nada, à escola definir seus fins educativos, de forma clara e que seja capaz de "colocar em comum esforços individuais de pesquisa e realização". (CHARLOT, 2013, p. 302).

Seguindo a lógica de uma escola em que seu projeto educativo promova os direitos humanos, podemos encontrar na pedagogia freiriana subsídios para essa defesa. Freire (1996) aponta para uma das funções da educação, ou seja, "[...] é uma forma de intervenção no mundo" (p. 98). O autor dialoga com Charlot (2013) no que diz respeito à característica dialógica da escola

enquanto espaço de educação formal. Ambos autores apontam que a intervenção da escola "[...] além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos implica tanto esforço de *reprodução* da ideologia dominante quanto o seu *desmascaramento*." (FREIRE, 1996, p. 98, grifo do autor). De acordo com sua análise, essas são facetas que, mesmo contraditórias, compreendem a escola.

Em outra instância, propomos a análise dessa escola sob a visão crítica e consciente de sua dinâmica. Enquanto espaço para a educação de seres humanos, em relação estreita uns com os outros, observar e atuar a partir do outro torna-se irretorquível. Essa ideia é clara ao encontrarmos, ainda em Freire (2015), a compreensão de que "[...] os homens, desafiados pela dramaticidade da hora atual, se propõem a si mesmos como problema. Descobrem que pouco sabem de si, de seu "posto no cosmos", e se inquietam por saber mais." (FREIRE, 2015, p. 39).

Essa inquietação perfaz os caminhos que a educação opta por percorrer. Pode ser, em sua função dialética, humanizadora ou desumanizadora. Pois, ainda segundo Freire (2015), "Humanização e desumanização, dentro da história, num contexto real, concreto, objetivo, são possibilidades dos homens como seres inconclusos e conscientes de sua inconclusão". (FREIRE, 2015, p. 40). Nessa inclusão, a educação enquanto processo da escola necessita ser humanizadora, atendendo a observância dos direitos humanos, tomados aqui pelos da DUDH (ONU, 1948). Pois,

> [...] a conquista dos direitos humanos, e da democracia, decorre dos embates sócio-históricos que as sociedades travam constantemente. A educação pode ser um agente da afirmação histórica dos direitos humanos quando o ato pedagógico se constitui como um exercício continuado do diálogo entre educadores e educandos mediados pelo conhecimento e em busca de *ser mais* e de produzir uma sociedade essencialmente voltada para a prática da democracia. (VIOLA *in* STRECK, REDIN e ZITKOSKI (orgs), 2010, p. 121, grifo da autora).

Em nosso estudo, observamos que a gestão escolar tem papel fundamental para a educação em diretos humanos. Para tanto, não basta analisar sua atuação enquanto uma entidade superior dentro da instituição. A escola, formada por pessoas e para pessoas, demanda apropriação de ações a partir da consciência de todos os seus sujeitos. Tomamos aqui a concepção de sujeito em Freire, que, segundo o Dicionário Paulo Freire, é "um homem enraizado não só historicamente, mas acima de tudo aquele que expressa sua humanização" (OSOWSKI *in* STRECK, REDIN e ZITKOSKI (orgs), 2010, p. 382). Por sujeitos educativos entendemos todos os que participam de alguma forma na escola: gestão, pessoal técnico-administrativo, professores, alunos e suas famílias.

Quanto à gestão escolar, essa pode ser entendida segundo a concepção de Lück (2014b), para quem

> Gestão é processo de mobilização e articulação do esforço de pessoas, coletivamente organizadas, de modo a promoverem objetivos comuns, envolvendo a articulação e integração de diferentes elementos necessários a essa realização, inclusive a resolução de impasses, dificuldades e tensões relacionadas comumente a esse processo e esforço. (LÜCK, 2014b, p. 35).

Por essa concepção, no que tange à escola, essa gestão não só mobiliza com fins de alcançar objetivos comuns. Além desse reducionismo, há a observação de uma gestão que articula pessoas dentro de um espaço organizacional. Ainda segundo a autora, "O conceito de gestão tem como pressuposto o entendimento de que são as pessoas que promovem transformações e realizações [...]". (LÜCK, 2014b, p. 35). Nóvoa (1999) postula que "As escolas são instituições de um tipo muito particular, que não podem ser pensadas como uma qualquer fábrica ou oficina: a educação

não tolera a simplificação do humano [...]" (p. 16). Portanto, pensar a gestão escolar que proponha e defenda em suas ações uma educação em direitos humanos pressupõe que essa gestão compreenda, em primeiro lugar, seu papel.

Para Lück (2012), a gestão em si pressupõe a participação e um trabalho realizado a partir dos sujeitos e para os sujeitos. A gestão escolar, portanto, torna-se, por sua gênese, responsável pela escola no seu todo. Tendo como ponto de partida as articulações necessárias à vida escolar, os sujeitos educativos podem ser estimulados ou cercados em seus direitos. Por essas observações, é possível entender a escola a partir de sua gestão. Portanto, cabe dizer que para um projeto educativo que promova os direitos humanos e, assim, contribua para o exercício pleno da cidadania de seus sujeitos, importa que a gestão exerça a liderança consciente de sua atuação. Por liderança, tomamos a defendida por Lück (2014a), de "[...] uma expressão emergente em processos socioculturais altamente dinâmicos [...]" (LÜCK, 2014a). A autora aprofunda a conceituação do termo, a partir da escola:

> Liderança é, pois, um conceito complexo que abrange um conjunto de comportamentos, atitudes e ações voltado para influenciar pessoas e produzir resultados, levando em consideração a dinâmica das organizações sociais e do relacionamento interpessoal e intergrupal no seu contexto, superando ambiguidades, contradições, tensões, dilemas que necessitam ser mediados à luz de objetivos organizacionais elevados. (LÜCK, 2014a, p. 37).

Se "[...] o papel da escola e de seus professores é o de promover a aprendizagem dos alunos, de modo que estes possam atuar segundo o espírito da cidadania [...]" (LÜCK, 2014b, p 37), o papel da gestão escolar é garantir que esse processo seja assumido pelo engajamento. Ser liderança atuante demanda vontade política à luz da compreensão dos processos e necessidades dos sujeitos educativos. Tendo por premissa que a educação em direitos humanos é papel da escola, a gestão escolar concentrará esforços em sua promoção. Contribuirá para a formação de seres humanos sujeitos de sua cidadania, conscientes de que os direitos humanos são de todos e que sua observância para o desenvolvimento de uma sociedade mais tolerante e pacífica é possível.

5 Considerações finais

Como evidenciado ao longo desse estudo, a educação em direitos humanos tem desafiado a sociedade atual. Segundo a UNESCO, "A educação em direitos humanos é uma parte integral do direito à educação e está ganhando cada vez mais reconhecimento como um direito humano em si." (UNESCO, 2017). A escola, como espaço formal de desenvolvimento de seus sujeitos, tem a responsabilidade em assumir os direitos humanos como princípio norteador de sua *práxis*. Afinal, "O conhecimento sobre os direitos e liberdades é considerado uma ferramenta fundamental para garantir respeito pelos direitos de todos." (UNESCO, 2017).

A gestão escolar atuante e engajada no desenvolvimento de uma sociedade mais humana, tomando aqui as concepções de humanismo professadas pela UNESCO, necessita estar atenta aos movimentos pelos direitos humanos. Os aspectos que influem nos processos da escola, como seu currículo, projetos pedagógicos e demais ações, importam estar alinhados à educação que considere seus sujeitos enquanto seres humanos possuidores de direitos, estejam conscientes ou não deles.

Cabe à escola, a partir da atuação e decisão política de sua gestão, promover a conscientização de que todos – alunos, professores, famílias e demais trabalhadores – detém direitos e devem tê-los respeitados como princípios de cidadania.

Tendo em vista a escola como lugar de saberes, de relações e dinâmicas, cabe à gestão escolar, imbuída de humanidade, conforme preconizou Freire, em seus escritos aqui retomados, reafirmar seus objetivos de humanização. Humanizar pressupõe ser humanizado, e uma gestão escolar implicada com a educação libertadora, emancipadora, observa e atua pelos direitos humanos.

Referências

BARDIN, L. *Análise de Conteúdo*. São Paulo: Edições 70, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BRASIL. *Lei de diretrizes e bases da educação nacional*: Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l9394.htm>. Acesso em 09 abril 2017.

_____. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. *Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm.> Acesso em 13 jul 2016a.

_____ . Planejando a próxima década: conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação. Disponível em <http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf.> Acesso em 13 mai 2017b.

CARDOSO, Daniela dos Santos. *Formação humanista na educação superior*: o caso do UNILASALLE Canoas. 101 fls. Dissertação (Mestrado em Educação). Canoas: Centro Universitário La Salle: Canoas, 2016.

CHARLOT, Bernard. *A mistificação pedagógica*: realidades sociais e processos ideológicos na teoria da educação. São Paulo: Cortez, 2013.

DELORS, Jacques. *A educação para o século XXI*: questões e perspectivas. Porto Alegre: Artmed, 2005.

_____. *Um tesouro a descobrir*: relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. Brasília: UNESCO, 2010.

GOERGEN, Pedro. A educação como direito de cidadania e responsabilidade do Estado. *Educação e Sociedade*. vol.34 no.124 Campinas July/Sept. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/es/v34n124/05.pdf>. Acesso em 09 abril 2017.

LÜCK, Heloísa. *A escola participativa*: o trabalho do gestor escolar. 10ª. ed. Petrópolis/ RJ: Vozes, 2012.

_____. *Liderança em gestão escolar*. 9ª. ed. Petrópolis/ RJ: Vozes, 2014a.

_____. *Gestão do processo de aprendizagem pelo professor*. Petrópolis/ RJ: Vozes, 2014b.

NÓVOA, António. (coord.). *As organizações escolares em análise*. 3ª ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humano*s. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em 15 jul 2016.

ONUBR. *Conflito sírio é a maior crise humanitária desde a II Guerra Mundial.* Disponível em <https://nacoesunidas.org/conflito-sirio-e-a-maior-crise-humanitaria-desde-a-ii-guerra-mundial-afirma-enviado-especial-da-onu/.> Acesso em 08 abril 2017a.

_____. *Em Bruxelas, países prometem US$ 6 bilhões para crise humanitária na Síria.* Disponível em <https://nacoesunidas.org/em-bruxelas-paises-prometem-us-6-bilhoes-para-crise-humanitaria-na-siria/>. Acesso em 08 abril 2017b.

_____. *A história da organização*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/. Acesso em 08 abril 2017c.

_____. *A Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/.> Acesso em 08 abril 2017d.

SANTOS, Marcelo Silva dos. *A UNESCO no contexto do novo desenvolvimento: reajustando o processo de formação humana/ educação alienada na escola*. 212 fls. Tese (Doutorado em Política Pública e Formação Humana). Programa de Pós-graduação em Política Pública e Formação Humana. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Educação. UERJ: Rio de Janeiro, 2014.

STRECK, Danilo R. REDIN, Euclides. ZITKOSKI, Jaime José. (orgs). *Dicionário Paulo Freire*. 2ª ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

TEIXEIRA, Beatriz de Bastos. Escolas para os direitos humanos e a democracia. In: SCHILLING, Flávia (org). *Direitos Humanos e Educação*: outras palavras, outras práticas. 2ª ed. São Paulo: Cortez. 2011.

UNESCO. *Declaração de Incheon – Educação 2030*. Incheon, Coreia do Sul, 19 e 22 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/about-this-office/single-view/news/education_2030_incheon_declaration_and_and_framework_for_ac/.> Acesso em 20 setembro 2016.

UNESCO. *Repensar a Educação:* rumo a um bem comum mundial? Brasília: UNESCO, 2016. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002446/244670POR.pdf>. Acesso em 25 jun 2016.

_____. *Sobre a UNESCO*. Disponível em http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/education/. Acesso em 08 abril 2017.

_____. *Educação em direitos humanos*. Disponível em <http://www.unesco.org/new/pt/brasilia/social-and-human-sciences/human-rights/.> Acesso em 13 mai 2017.

REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PRIVADO

Marcia Andrea Bühring,
Doutora, marcia.buhring@pucrs.br[21]

Resumo:

O objetivo do artigo é mostrar que o principal fundamento da responsabilidade civil por dano ambiental no direito brasileiro é a teoria do risco integral, sujeita a um regime jurídico próprio e específico, com base no artigo 225, caput e § 3º, da CF/88 e artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. O método utilizado é o dedutivo, sua natureza é aplicada, e no que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica. Como resultados inciais, apartir do fundamento da evolução histórica da teoria do risco, na França, em 1896 com o Affaire Teffaine da Corte de Cassação e em 1897 com Saleilles e Josserand. Resta presente também no Brasil, com a Lei das Estradas de Ferro (Decreto n. 2681/1912 art. 26) entre outras legislações específicas; em 1990 com o CDC (art. 12 e 14) e em 2002 com o Código Civil (art. 927, § único). Vez que, quanto ao interesse envolvido e a sua reparabilidade o dano ambiental privado, (também denominado de dano de reparabilidade direta), pois, é aquele que viola interesses pessoais e se reflete ao meio ambiente enquanto microbem. Como conclusão, a consolidação na Jurisprudência do STJ, no julgamento do caso da Baía de Paranaguá - REsp 1.114.398/PR, assim como no julgamento do caso da Usina Hidrelétrica - AREsp 206.748/SP. Ambos importantes precedentes da responsabilidade objetiva.

Palavras-chave: responsabilidade civil ambiental. dano ambiental privado. teoria objetiva. risco integral.

1 Introdução

O principal fundamento da responsabilidade civil por dano ambiental no direito brasileiro é a teoria do risco integral, com base primeiro na lei de 1981, artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81, quando afirma literalmente que "Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores[...]". E particularmente no § 1º textualmente "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade". Vale reiterar que independe do critério da culpa, o dever de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, é imperante.

[21] Doutora pela PUCRS-Brasil. Mestre pela UFPR. Professora da PUCRS e da UCS - Universidade de Caxias do Sul – UCS, Programa de Pós-Graduação, Doutorado e Mestrado em Direito Ambiental. Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa: CMC-U. Advogada e Parecerista. Email: mabuhrin@ucs.br ; marcia.buhring@pucrs.br .

E segundo com base no artigo 225, caput e § 3º, da CF/88, ou seja, o artigo 225 aponta que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". E também textualmente o § 3º menciona: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

O método utilizado é o dedutivo, sua natureza é aplicada, e no que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica, com análise jurisprudencial.

Por conseguinte, abordar-se-á no primeiro tópico a fundamento da evolução histórica da teoria do risco, sua origem, na França, em 1896 com o Affaire Teffaine da Corte de Cassação e em 1897 com Saleilles e Josserand. Bem como mostrar que no Brasil, com a Lei das Estradas de Ferro, em 1912, teve-se o inicio da responsabilidade pelo risco.

Para no segundo tópico verificar a consolidação no Brasil com a Jurisprudência do STJ. Um primeiro julgamento que merece destaque, é um caso da Baía de Paranaguá - REsp nº 1.114.398/PR, de relatoria do Min. Sidnei Beneti em 2012. Sobre os danos causados a pescadores causados pela poluição ambiental em razão do vazamento de nafta de navio de propriedade da Petrobrás S/A Transpetro, ocorrido no dia 18.10.2001, com a proibição da atividade de pesca, decretada pelo IBAMA. Um segundo caso dos pescadores atingidos pela construção da Usina Hidrelétrica da Companhia Energética de São Paulo – CESP julgado em 2013 no AREsp 206.748/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Boas Cueva.

2 Fundamento da evolução histórica da teoria do risco

A teoria do risco surgiu do Direito Francês – final do século XIX, com os juristas Raymond Saleilles e Louis Josserand que trouxeram um fundamento à responsabilidade civil: a objetiva, baseada no risco. Inspirado no caso francês do ano de 1896, "com o Affaire Teffaine da Corte de Cassação",[22] como refere o Ministro Sanseverino (Acesso em: 05 mai. 2017):

> A inspiração foi o *Aff aire Teff aine* julgado, em 16/06/1896, pela Corte de Cassação francesa em que se discutia a responsabilidade civil do proprietário de um rebocador pela morte de um mecânico decorrente da explosão de uma caldeira. Reconheceu-se a responsabilidade civil do proprietário independente de ser provado o defeito de construção da caldeira ou a culpa do fabricante da máquina.

[22] Breve História da Corte de Cassação Francesa: "A Corte de Cassação Francesa é fruto da Revolução Francesa, tendo sido criada pela Assembleia Nacional, pelo decreto de novembro-dezembro de 1790, sob a influência dos valores da revolução. Recuemos, pois, até o dia 14 de julho de 1789, data até hoje comemorada pelos franceses, como seu principal feriado cívico. Nessa data ocorreu a queda da Bastilha, fortaleza medieval, à época utilizada como prisão. [...] Inspirada nas ideais revolucionários, no ano seguinte foi criada a Corte de Cassação. Não se tratava de um órgão jurisdicional, mas de um órgão de assessoria do Legislativo, de administração da justiça, com vistas ao controle da magistratura. Tratava-se de órgão criado para assegurar a supremacia da lei e do legislador. Em um contexto em que a lei era expressão da vontade geral e a única fonte do direito, e, aos juízes, cabia a aplicação mais ou menos mecânica do texto legal. Cabia à Corte de Cassação garantir a observância da lei pelos juízes, sendo vedada a análise do mérito da causa. A Corte não agia de ofício. Atuava por provocação da parte, que interpunha o recurso de cassação. Contudo, a Corte não reformava a decisão recorrida mas, entendendo que ocorrera violação expressa da lei, cassava a decisão, reenviando a causa ao tribunal para novo julgamento. (Episódio 43. Acesso em 10 mai. 2017).

Era a "substituição da ideia de culpa pela de causalidade objetiva, através de uma nova interpretação da palavra *faute* contida no art. 1382 do Código Civil francês", e dessa forma "afirmando que ela se refere apenas ao próprio fato causador do dano sem qualquer indagação do elemento psicológico". (SANSEVERINO, Acesso em: 05 mai. 2017).

Aponta Vieira, (2004, p.13) que o Código Napoleônico, é concebido como modelo consolidador da responsabilidade civil, e que "foi estruturado com base na culpa", oi seja, impondo a obrigação de indenizar somente nas situações "em que a vítima conseguisse demonstrar a relação de causalidade entre o fato provocado pelo autor do dano e o dano propriamente dito, estando aquele fato qualificado pela culpa do agente".

Destaca-se nesse sentido, que o Código Civil Francês, no art. 1382 traz: "Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano".[23] E no artigo Art. 1384. "Ele é responsável não só para o dano que ele causa por seu próprio ato, mas também do que é causado pelo fato das pessoas que estão sob sua responsabilidade, ou coisas que estão sob sua guarda".[24] Ou seja, houve uma interpretação do vocábulo "*faute*", na acepção de "*fait*", que quer dizer "equivalente à causa determinante de qualquer dano". (PEREIRA, 2001, p.16). Com isso, se "constrói uma teoria em face da qual o dever de ressarcimento independe de culpa". (PEREIRA, 2001**,** p.17). E essa é a contribuição dos autores Saleilles e Josserand.

Vale a pena a menção, de que outros teóricos também se destacaram nesse contexto da teoria do risco. (BÜHRING, 2004, p. 112).

Refere ainda Sanseverino (Acesso em: 05 mai. 2017) que Josserand, (por meio de sua obra "*De la responsabilité du fait des choses inanimées*"):

> concentra a sua atenção em torno da responsabilidade civil por fato de coisas inanimadas a partir da interpretação conferida pela jurisprudência francesa à regra do artigo 1384, I, do Código Civil francês, estabelecendo que a presunção legal de culpa seria absoluta e cederia apenas diante da força maior e da culpa da vítima. Após ampla análise do adelgaçamento da noção de culpa, sugere o seu banimento completo do domínio da responsabilidade civil, já que 'somos responsáveis não apenas pelos nossos atos culposos, mas pelos nossos atos que causarem dano injusto e anormal a outrem'. A noção de culpa deve ser substituída pela de risco, pois 'quem cria um risco deve, se esse risco vem a verificar-se à custa de outrem, suportar as consequências'. Surge, assim, um novo fundamento para a responsabilidade civil: o risco.

Ademais, aponta Saleilles, apud Dias (1973, p. 69) que a lei deixa a cada um a liberdade de seus atos, dessa forma ela não proíbe senão aqueles que se conhecem como causa direta do dano.

> Não poderia proibir aqueles que apenas trazem em si a virtualidade de atos danosos, uma vez que se possa crer fundamentalmente em tais perigos possam ser evitados, à base de prudência e habilidade. Mas, se a lei os permite, impõe àqueles que tomam o risco a seu cargo a obrigação de pagar os gastos respectivos, sejam ou não resultados de culpa. Entre eles e as

[23] Tradução livre de: "Art. 1382. Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui um dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

[24] Tradução livre de: "Art. 1384. "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui que est causé par le fait des personnes don't on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

> vítimas não há equiparação. Ocorrido o dano, é preciso que alguém o suporte. Não há culpa positiva de nenhum deles.
> Qual seria, então, o critério e imputação do risco?
> A prática exige que aquele que obtém proveito de iniciativa lhe suporte os encargos, pelo menos a título de sua causa material, uma vez que essa iniciativa constitui um fato que, em si e por si, encerra perigos potenciais contra os quais os terceiros não dispõem de defesa eficaz. É um balanceamento a fazer. A justiça quer que se faça inclinar o prato da responsabilidade para o lado do iniciador do risco.

No Brasil, com a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/1912), houve a primeira regulação da responsabilidade civil objetiva, pois o artigo 26, não fez qualquer menção à culpa. Ou seja: "Art. 26 – As estradas de ferro responderão por todos os danos que a exploração das suas linhas causar aos proprietários marginais" (Acesso em: 11 mai. 2017).[25]

Com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Acesso em: 11 mai. 2017) a Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço restou evidentemente consagrada como objetiva, seja do fabricante, produtor, construtor, ou importador:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Seja do fornecedor de serviços, do artigo 14:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Destaque-se: o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e também o fornecedor, respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos.

---

[25] Destaque-se outras Leis especiais:
a) Lei n. 8213/91 (acidente de trabalho – teoria do risco integral);
b) Leis 6194/74 e 8441/92 (seguro obrigatório de veículos – DPVAT – teoria do risco integral);
c) Lei 6453/77 e CF, art. 21, XXIII, letra "c" (dano nuclear) "Será exclusiva do operador da instalação nuclear, nos termos desta Lei, independentemente da existência de culpa, a responsabilidade civil pela reparação de dano nuclear causado por acidente nuclear".
d) Lei 6938/81 (dano ambiental, art, 14, § 1º);
e) Lei n. 7565/86 (Código Brasileiro do Ar – artigos 268 e 269 – terceiros na superfície);
f) Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor – arts. 12 e 14);
g) Lei n. 8935/94 (serviços notariais e registrais – art. 22 – teoria do risco da atividade);
h) Constituição Federal de 1988 (art. 37, § 6º - responsabilidade do Estado – teoria do risco administrativo – instituída na Constituição Federal de 1946).
i) Lei nº 11.105/05 (OGMs). Artigo 20 "Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa".
j) Lei nº 12.305/2010, (resíduos sólidos) Artigo 51: "Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei [...]".

Em 2002 com o Código Civil, no art. 927, § único, (Acesso em: 15 mai. 2017) trouxe a teoria do risco como "cláusula geral"[26] de responsabilidade civil: Ou seja:

> Parágrafo único - Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Frise-se: reparação do dano, independente de culpa, quando houver risco.

Por derradeiro, enfatiza Facchini Neto (2006, p. 159) que é necessário

> que se desembarace da imprescindibilidade da noção de culpa, adotando critérios objetivos da responsabilização civil, pois sua função não é a de punir o ofensor (para que seria exigível a culpa), mas sim procurar garantir o ressarcimento da vítima. Daí o desenvolvimento de uma teoria geral de responsabilidade objetiva, com base em critérios de risco-criado, risco-proveito, ideia de garantia, risco-profissional, etc. Afinal, se o agente não agiu com culpa, a vítima muitas vezes também não. A solidariedade social, nesta hipótese, parece impor que quem causou o dano suporte as suas consequências.

Cumpre destacar que a responsabilidade contida no Código Civil, "não oferecia proteção suficiente e adequada às vítimas do dano ambiental". (PIGRETTI, 1986, p. 1).

Conforme Sanseverino (Acesso em: 05 mai. 2017), o Código Civil de 2002 foi além dessa orientação, pois, "embora mantendo a responsabilidade civil subjetiva, em seu art. 186, estatuiu, em seu parágrafo único do art. 927, a inovadora cláusula geral de risco, consagrando de forma ampla a responsabilidade objetiva".

Da mesma forma, Reale, (2005. p. 235), menciona que após a aprovação do Código Civil de 2002, restou configurada a responsabilidade objetiva pelo risco:

> Pois bem, quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico, como o de transporte ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos, implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem tira dela proveito, haja ou não culpa.

Cumpre lembrar com Mirra (2011, p. 441) que o regime especial de responsabilidade civil ambiental está baseado em 4 esteiras:

> a) na admissão da reparabilidade do dano causado à qualidade ambiental em si mesma considerada, reconhecida como bem jurídico protegido, e do dano moral ambiental;
> b) na consagração da responsabilidade objetiva do degradador do meio ambiente, ou seja, responsabilidade decorrente do simples risco ou do simples fato da atividade degradadora, independentemente da culpa do agente, adotada a teoria do risco integral;

[26] Sanseverino (Acesso em: 05 mai. 2017) destaca: "Como exemplo clássico de cláusula geral tem-se, no direito alemão, a norma do § 242 do BGB, que consagrou a cláusula geral de boa-fé. Aliás, a grande virtude apontada no BGB é exatamente a prodigalidade em cláusulas gerais, que tem permitido sua permanente atualização pela jurisprudência. Outro exemplo tem-se na norma do artigo 1132 do *Code Napoléon*, que, não precisando o conceito de *faute*, permitiu a construção pela jurisprudência de toda a rica doutrina francesa da responsabilidade civil. Igualmente, no direito brasileiro, a norma do artigo 186 do Código Civil, ao deixar em aberto o conceito de culpa, apresenta-se como uma cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva".

> c) na amplitude com que a legislação brasileira trata os sujeitos responsáveis, por meio da noção de poluidor adotada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, considerado poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, direta ou indiretamente responsável pela degradação ambiental (artigo 3º, IV); e
> d) na ampliação dos efeitos da responsabilidade civil, que abrange não apenas a reparação propriamente dita do dano ao meio ambiente, como também a supressão do fato danoso à qualidade ambiental, por meio do que se obtém a cessação definitiva da atividade causadora de degradação do meio ambiente.

Então, são fundamentos da responsabilidade objetiva com base no risco integral, a reparabilidade do dano causado à qualidade ambiental, e com a cessação definitiva da atividade causadora de degradação.

Foi somente com a Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que foi definido o adequado tratamento à matéria, substituindo o princípio da responsabilidade subjetiva, fundamentado na culpa, pelo da responsabilidade objetiva, fundamentado no risco da atividade (MILARÉ, 2015, p.418-419).

Figueiredo (2013, p. 175) entende que:

> A Lei Federal 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), em seu art. 14, § 1º, consagrou genericamente em nosso ordenamento jurídico ambiental a reponsabilidade civil objetiva por qualquer espécie de lesão ao meio ambiente. Adotou nosso país o modelo da teoria do risco integral: o exercício de uma atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente torna o empreendedor responsável civilmente por quaisquer prejuízos que tal atividade venha a causar, não se admitindo a alegação de qualquer causa excludente de sua responsabilidade, como o caso fortuito e a força maior.

Pela teoria do risco, se alguém introduz na sociedade uma situação de risco ou perigo para terceiros, deve responder pelos danos que a partir desse risco criado resultarem. (MILARÉ, 2015, p. 418-419).

Lembra Steigleder (2004, p. 202) que na teoria do risco integral,

> que se vale da teoria da equivalência das condições para aferição do liame causal, basta que o dano possa estar vinculado à existência do fator de risco, o qual é reputado "causa" do dano, pelo que qualquer evento condicionante é equiparado à causa do prejuízo, sem a exigência de que este seja uma consequência necessária, direta e imediata do evento.

Dano esse, segundo Prieur (1984, p. 1.036) que se constitui em um atentado ao conjunto de elementos de um sistema e justamente pela caracterização indireta e difusa não permite, que se abra mão do direito a sua reparação.

No regime da responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco da atividade, para que se possa pleitear a reparação do dano, basta a demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade com a fonte poluidora (PASQUALOTTO, 1993, p. 454).

Segundo Lipovetsky, (1994, p. 244) ao analisar o comportamento humano, aponta uma nova dimensão de responsabilidade:

> A ideia de que a Terra está em perigo de morte impôs uma nova dimensão de responsabilidade, uma concepção inédita das obrigações humanas que ultrapassa a ética tradicional, circunscrita às relações inter-humanas imediatas. A responsabilidade humana deve, agora, estender-se às coisas

> extra-humanas, englobar a dimensão da biosfera inteira, uma vez que o homem possui os meios para pôr em perigo a vida futura no Planeta.

Dessa forma, a aplicação da responsabilidade objetiva não está relacionada à periculosidade da atividade, "mas às peculiaridades do dano ambiental e o seu âmbito de proteção, fundado em direito fundamental." (STEIGLEDER, 2004, p. 201). Portanto fundamental o nexo causal[27] que é "o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar." (STEIGLEDER, 2004, p. 196)

Destaca Alsina, (1995, p. 217) que o nexo de causalidade "é um elemento objetivo, pois relaciona por meio de um vínculo externo entre o dano e o fato da pessoa ou coisa".

Por conseguinte, Cruz (1997, p. 20) enfatiza que desta (r)evolução nas teorias da causalidade,

> procurando adaptá-las às necessidades probatórias desta nova realidade para o Direito que é o dano ambiental, uma ideia, constantemente presente, afigura-se no dever ser posta em destaque: à verdade substitui-se a verossimilhança; a certeza dá lugar à probabilidade. Não abdicando embora da existência de um nexo causal entre a ação e o dano, o Direito do Ambiente (leia-se a responsabilidade civil por danos ambientais) vem fundar este elo em juízos de probabilidade séria, consubstanciados na experiência social (normalidade e adequação) e apoiados no conhecimento científico, abandonando a procura de uma causalidade certa e absoluta a que lhe é negado o acesso.

Lembra assim, Steigleder (2004, p. 204) da funcionalização social da responsabilidade civil

> Esta conexão é presumida e extraída dos princípios da precaução e do poluidor-pagador, com o que se redefine os objetivos da responsabilidade civil, que migram de uma perspectiva privada e voltada para a proteção individual, para uma perspectiva ampliada de garantia de incolumidade dos bens de titularidade difusa, percebendo-se aqui a funcionalização social da responsabilidade civil.

Quanto ao interesse envolvido e sua reparação, o dano ambiental privado, também denominado de – dano de reparabilidade direta – pois, é aquele que viola interesses pessoais e se reflete ao meio ambiente enquanto microbem.

E assim, lembra Morato Leite (2015, p. 576) que quanto aos danos a direitos individuais a partir da lesão ao microbem, estes são danos reflexos, também chamados de danos por ricochete. "Os danos reflexos fazem vítimas mediatas, atingindo pessoas que, em princípio, não estariam sujeitas às consequências do ato lesivo." (MORATO LEITE, 2015, p. 576)

O Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial entendeu na execução provisória individual, de se tratar efetivamente de pescador lesado por dano ambiental:

---

[27] Merecem destaque três teorias do nexo causal: da *causalidade eficiente*, a *negativa de* Mayer e a da *causalidade típica*. Para a teoria da *causalidade eficiente* "as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativo ou quantitativamente apreciado, é a verdadeira causa do evento; causa seria, pois, para esta teoria a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno." Já a teoria *negativa de Mayer* "aceita os postulados da teoria da equivalência das condições para chegar a uma posição negativa do problema da causalidade porque entende que, sendo toda condição *sinequa non* relevante, carece de importância na prática comprovar a existência de uma relação de causalidade para o efeito de imputação das consequências; o que resultaria decisivo sob tal aspecto seria a indagação de culpabilidade." Da *causalidade típica* de Beling, este "enuncia uma doutrina que, de certa forma, conduz também à negação do problema da causalidade pelo menos dentro do âmbito do direito penal substituindo-a pela subordinação da ação a um tipo." (CAHALI, 1995. p. 96).

> RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO A PESCADOR LESADO POR DANO AMBIENTAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA INDIVIDUAL ALIMENTAR DE LIMINAR DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA POR ENTIDADE DE PESCADORES. BLOQUEIO DE BENS DA RECORRENTE PROPORCIONAL AO ARBITRADO AO PESCADOR. LEVANTAMENTO, CONTUDO, CONDICIONADO À DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EFETIVAMENTE LESADO. OFENSA AO ART. 535 CPC INEXISTENTE. PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULAS STJ 211 E STF 282, 356. I. Deferida liminar de antecipação de tutela em ação civil pública, para bloqueio de bens da acionada e pagamento de pensão de um salário-mínimo mensal a cada pescador lesado por dano ambiental, e promovida execução provisória individual, deve permanecer o bloqueio, proporcional ao valor a ser pago ao exequente, condicionado, contudo, o levantamento, à demonstração, na execução provisória individual, de se tratar efetivamente de pescador lesado. II. Ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil inexistente. III. Prequestionamento não realizado, exigência inafastável que impede o conhecimento de matérias sustentadas no recurso, visto que não examinadas, em que pese interpostos Embargos de Declaração. IV. Recurso Especial improvido, com recomendação de agilização do andamento da ação-civil pública, de que dependentes as execuções individuais provisórias. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1077638 / RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 11/11/2010).

Isto ocorre no dano individual, de forma "que afeta interesses próprios, e somente de forma indireta ou reflexa protege o bem ambiental." (OLIVEIRA, Acesso em: 14 abr. 2017).

3 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ

A consolidação no Brasil, com a Jurisprudência do STJ, que sempre leva em consideração a ponderação,[28] se deu no julgamento de **um caso** do Estado do Paraná, da Baía de Paranaguá - REsp nº 1.114.398/PR, de relatoria do Min. Sidnei Beneti em 2012. Sobre os danos causados a pescadores causados pela poluição ambiental em razão do vazamento de nafta de navio de propriedade da Petrobrás S/A Transpetro, ocorrido no dia 18.10.2001, com a proibição da atividade de pesca, decretada pelo IBAMA. Veja-se:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOSPOR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ - 1) PROCESSOS DIVERSOS DECORRENTES DO MESMO FATO, POSSIBILIDADE DE TRATAMENTO COMO RECURSO REPETITIVO DE TEMAS DESTACADOS PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL, À CONVENIÊNCIA DE FORNECIMENTO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL UNIFORME SOBRE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO FATO, QUANTO A MATÉRIAS REPETITIVAS; 2) TEMAS: a) CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE NO

[28] Explica Alexy (1999, p. 278) que a lei da ponderação obedece a três fases. "Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio".

> JULGAMENTO ANTECIPADO, ANTE OS ELEMENTOS DOCUMENTAIS SUFICIENTES; b) LEGITIMIDADE DE PARTE DA PROPRIETÁRIA DO NAVIO TRANSPORTADOR DE CARGA PERIGOSA, DEVIDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR; c) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; d) DANOS MORAL E MATERIAL CARACTERIZADOS; e) JUROS MORATÓRIOS: INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO - SÚMULA 54/ STJ; f) SUCUMBÊNCIA. 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO. 1.- É admissível, no sistema dos Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C e Resolução STJ 08/08) definir, para vítimas do mesmo fato, em condições idênticas, teses jurídicas uniformes para as mesmas consequências jurídicas. 2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio «N-T Norma», a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa ad causam.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalecendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência. 3.- Recurso Especial improvido, com observação de que julgamento das teses ora firmadas visa a equalizar especificamente o julgamento das ações de indenização efetivamente movidas diante do acidente ocorrido com o Navio N-T Norma, no Porto de Paranaguá, no dia 18.10.2001, mas, naquilo que encerram teses gerais, aplicáveis a consequências de danos ambientais causados em outros acidentes semelhantes, serão, como natural, evidentemente considerados nos julgamentos a se realizarem. (REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012).

Merece destaque nesse caso, dessa ação movida contra Petrobrás, por pescador profissional artesanal, pois em virtude do derramamento de nafta pelo navio, este e outros pescadores tiveram inviabilizada a pesca, e automaticamente atingido o seu sustento e de sua família.

E nesse caso, também, não há que se alegar culpa exclusiva de terceiro, pois a responsabilidade civil ambiental é objetiva, com base na teoria do risco integral, portanto não admite excludentes.

Um **segundo caso** de grande repercussão e que consolidou a teoria do risco integral no Brasil, com a responsabilidade ambiental objetiva, foi o julgamento do caso dos pescadores atingidos pela construção da Usina Hidrelétrica da Companhia Energética de São Paulo – CESP em 2013 no AREsp 206.748/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. 1. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, haja vista que os fatos já restaram delimitados nas instâncias ordinárias, devendo ser revista nesta instância somente a interpretação dada ao direito para a resolução da controvérsia. Precedentes. 2. Tratando-se de dissídio notório, admite-se, excepcionalmente, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso pela alínea "c" "quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática" (AgRg nos EAg 1.328.641/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 14/10/11). 3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste. 4. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fi m de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento. (AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013).

Resta evidente que com a Lei nº 6.938/81 se adotou a responsabilidade objetiva, baseada no risco integral, em se tratando de danos ambientais, por isso é irrelevante, discutir culpa ou dolo, pois na responsabilidade objetiva, basta: atividade – dano – nexo causal, sendo que pelo princípio da precaução, há a inversão do ônus da prova para a concessionária (Companhia Energética de São Paulo - CESP).

Restou evidente também, que com a construção da usina houve prejuízo a atividade pesqueira com a efetiva redução da quantidade de peixes nessa região.

O que o Ministro Sanseverino destaca que a norma insculpida no parágrafo único do art. 927 do CC/2002, "estatuindo uma cláusula geral de risco, representou um grande avanço no sistema jurídico brasileiro, pois, além dos casos de responsabilidade objetiva regulados por leis especiais", passou principalmente "a permitir que, em outros setores da responsabilidade civil, em que **não existe legislação especial, possa ser aplicada também a teoria do risco**". (Grifou-se).

4 Considerações finais

O fundamento da responsabilidade civil por dano ambiental no direito brasileiro tem por base legal a Lei nº 6.938/81, que já em 1981– muito antes da entrada em vigor da Lei Maior, a Constituição Federal de 1988 – pois no artigo 14, § 1º da lei, a disposição da teoria do risco integral, independente de culpa. Disposição essa que se repetiu em inúmeras leis epecificas de proteção ao meio ambiente, inclusive no Código de Defesa do Consumidor de 1990 e no Código Civil de 2002.

E para não deixar dúvidas, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, caput e § 3º, menciona expressamente que "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". Portanto, uma tríplice responsabilização, de cunho penal, administrativo e civil.

Sem dúvida, a teoria do risco na responsabilidade objetiva, que independe da culpa, restou consagrada na França, em 1896 com o Affaire Teffaine da Corte de Cassação e principalmente com Raymond Saleilles e Louis Josserand em 1897, o que acabou por influenciar também a legislação brasileira com a Lei das Estradas de Ferro, em 1912, quando efetivamente iniciou-se a responsabilização pelo risco no Brasil.

Restou, dessa forma, consolidada nos Tribunais Superiores, no Brasil, o julgamento do caso da Baía de Paranaguá, (REsp nº 1.114.398/PR, de relatoria do Min. Sidnei Beneti em 2012), sobre os danos causados a pescadores causados pela poluição ambiental em razão do vazamento de nafta de navio de propriedade da Petrobrás S/A Transpetro, ocorrido no dia 18.10.2001, com a proibição da atividade de pesca, decretada pelo IBAMA. Justamente, porque não há que se alegar, (como foi feito no caso) culpa exclusiva de terceiro, pois a responsabilidade civil ambiental é objetiva, com base na teoria do risco integral, portanto não admite excludentes.

Assim como o julgamento do caso dos pescadores atingidos pela construção da Usina Hidrelétrica da Companhia Energética de São Paulo – CESP (AREsp 206.748/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Boas Cueva em 2013). Justamente, porque o Brasil adotou a responsabilidade objetiva, baseada no risco integral, em se tratando de danos ambientais.

A responsabilidade objetiva, restou consolidada no Brasil, bastando, a comprovação do liame causal, entre a atividade e o dano ocasionado, lesivo ao meio ambiente. Meio ambiente este que pertence a todos, levando em consideração os princípios do direito ambiental, principalmente a prevenção e a precaução.

Referências

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Rio Grande do Sul, v. 17, 1999.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Derecho ambiental:* fundamentación y normativa. Argentina: Abeledo-Perrot, 1995.

BRASIL. DECRETO Nº 2.681, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRASIL. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15 mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1077638 / RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI,

TERCEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 11/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.114.398/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/02/2012, DJe 16/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013.

BÜHRING, Marcia Andrea. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado.* São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

CRUZ, Branca Martins da. *Responsabilidade civil pelo dano ecológico:* alguns problemas. São Paulo: Revista de Direito Ambiental, 1997. Ano 2. v. 5. p. 05-41.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
Episódio 43 - A Corte de Cassação Francesa. Disponível em: http://www.tex.pro.br/especial/podcasts/269-serie-historia-do-processo-judicial/6640-hpj-43 . Acesso em: 10 mai. 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*. vol 349, novembro de 2006.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Curso de direito ambiental.* 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIPOVETSKY, Gilles. *O crepúsculo do dever*: a ética indolor dos novos tempos democráticos. Trad. Fátima Gaspar e Carlos Gaspar. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: Gestão ambiental em foco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORATO LEITE, José Rubens. *Manual de direito ambiental.* São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Manual de direito ambiental.* Acesso em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5756-8/epubcfi/6/10[;vnd.vst.idref=copyright]!/4/16/2@0:100. Acesso em: 14 abr. 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Responsabilidade civil por dano ambiental*: considerações de ordem material e processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIGRETTI, Eduardo A. *La responsabilidad por dãno ambiental*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Juridicas y Sociales, 1986.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 1984.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*: as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANSEVERINO. Paulo de Tarso Vieira. *Cláusula Geral de Risco e a Jurisprudência dos Tribunais Superiores* - Doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Disponível em:http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/////index.php/Dout25anos/article/view/1118/1052 . Acesso em: 05 mai. 2017.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva do direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ENTRE TRANSGRESSÃO E ARTE: O DISCURSO PRESENTE NO GRAFITE

Carina Falcão[1];
carina.nfalcao@gmail.com;

Augusto Radde[2]
augustoradde@yahoo.com.br

Resumo:

A cidade se organiza como lugar de comunicação social e abriga diversos sujeitos sociais que articulam o meio em que habitam. Dentro dessas articulações estão presentes ideologias de cada sujeito e cada grupo. Alguns grupos, porém são segregados e tem suas vozes inaudíveis, logo precisam se manifestar de formas alternativas, como através do grafite, por exemplo. Esses grafites, por sua vez, tornam-se formadores de identidade pessoal e social. Construindo o indivíduo e o meio urbano.

Palavras-chave: grafite. Discurso. expressão urbana. Resistência. Sociedade. identidade.

1 Introdução

As cidades, hoje em dia, configuram-se como lugares de comunicação, seja pelo contato humano, seja pela variedade de informações que vemos nas ruas - quase tudo no meio urbano nos comunica de alguma forma. Percebemos também que uma característica marcante da comunicação que se processa nas ruas é seu caráter predominantemente visual. As imagens prevalecem em relação à linguagem verbal.

Na verdade, as imagens têm sido meio de expressão da cultura humana desde as pinturas pré-históricas e, apesar de passarem por períodos de desatenção, nos quais a escrita se mostrou mais importante, elas vêm retomando seu espaço na contemporaneidade. Flusser (2007, p.103) aborda esse tema dizendo que "as linhas escritas, apesar de serem muito mais frequentes do que antes, vêm se tornando menos importantes para as massas.", ou seja, o autor demonstra em sua fala que o texto escrito está perdendo espaço na comunicação, para a imagem, da maioria das pessoas. Ainda sobre esse assunto, Hendges, Nascimento e Marques (2013, p.248) afirmam que "toda imagem estabelece um tipo de relação com o leitor ao definir o ponto de vista pelo qual ele terá acesso ao objeto representado". Podemos dizer que texto é um espaço significante, o que nos faz compreender que o discurso pode se materializar em diferentes formas.

Cogitamos que a predominância da imagem no contexto urbano contribui para que a mensagem seja mais facilmente apreendida, em função da rapidez com que esse ambiente é marcado. Porém, acreditamos que somente pela combinação de imagem, texto escrito e contexto sócio-histórico, pode haver interpretações da mensagem nos meios urbanos.É possível, no entanto, ir além e dizer que a comunicação urbana é manifestação das vozes e de posicionamentos ideológicos de um grupo dentre múltiplos grupos que coabitam uma mesma cidade.

Para discutirmos sobre a comunicação urbana com mais precisão, vamos recorrer ao grafite como objeto de análise ao longo deste artigo, partindo do princípio de que ele faz parte da complexa linguagem urbana contemporânea, sendo passível de leituras e interpretações subjetivas.Tratamos como discurso uma construção linguística diretamente atrelada ao contexto sócio-histórico no qual está inserido. No nosso caso, esse discurso é o grafite. Ou seja, as ideologias presentes nele produzem efeitos de sentido a partir do contexto político-social em que ele está inscrito.

Como o grafite é percebido, então, no meio de todos esses ruídos sociais? Sendo claramente um elemento visual de massa, ele é passível de leitura e de compreensão subjetivas para quem o observa, interpreta e lhe atribui significado. No entanto, é nítido que ele não pode ser decifrado de forma plena pela população em geral, pelo simples fato de que o grafite, enquanto discurso, é um processo que produz efeitos de sentido a partir da posição de cada sujeito.

Ainda no processo de análise do grafite, ao pensarmos no texto isoladamente, o grafite constitui a paisagem metropolitana. Há traços que se misturam com outros em sobreposições, formas que se apagam ou se evidenciam em uma intertextualidade conflitante que é a cidade. Segundo Viana (2007),

O movimento dinâmico, e contínuo, e a velocidade das cidades também servem de estímulo e de cenário para os grafites, tudo ao seu redor: um carro que passa em alta velocidade, os transeuntes. A cidade é a tela do grafiteiro. É nela que ele representa conjuntamente o trânsito, a arquitetura. É onde ele cria e organiza seus signos. (p.48)

E, ainda, nessa leitura temos a relação com o outro, o leitor. Para a rede que grafita, por exemplo, a leitura é feita de forma diferente da que realiza o morador comum que segue seu caminho para o trabalho, possibilitando as diversas compreensões desse produto visual. Isso nos leva a uma "cadeia comunicativa", na qual o grafiteiro produz seu discurso de uma posição que antecipa o imaginário do outro sobre si; o grafite materializa esse discurso; e o morador da cidade, o outro, vai cogitar interpretações possíveis através dos efeitos de sentido que o discurso e o entorno estão causando a partir de seu lugar social - aí que se dá a análise proposta neste artigo.

Apoiando-nos, então, na Teoria da Análise do Discurso pecheutiana (AD), iremos analisar criticamente o material iconográfico coletado de grafites que se fundem ao panorama da capital do Estado, Porto Alegre, para compreender melhor como uma leitura e interpretação desse objeto pode ser realizada, enquanto gesto de interpretação.

2 Desdobramento do grafite até a contemporaneidade

Muitas vezes nos questionamos sobre que tipo de manifestação pode ser classificada como grafite. É importante lembrarmos que práticas de inscrição parietal fazem parte das civilizações mais remotas. Viana diz que "há quase 40.000 anos o homem realiza pinturas e incisões parietais" (2007, p29). Assim, precisamos considerar que essa forma de expressão está enraizada na nossa

cultura. Ainda é preciso considerar que cada uma dessas inscrições representa marcas deixadas pelos homens, marcas que representam a vida em sociedade de cada época. Essas inscrições, com o tempo, vão tomando novos significados e formatos, de acordo com o contexto em que estão inseridas, até que, dentro dessa evolução, surge o que hoje chamamos de grafite. Viana diz que:

Se os grafites existem desde as origens de nossa civilização, e enraizaram-se na nossa cultura, ressignificando-se a cada tempo e em cada lugar, foi exatamente entre os anos 60 e 80 que afirmaram-se como um ato contestatório e de expressão, e passaram a ser reconhecidos amplamente enquanto tal e como um movimento. (VIANA, 2007, p.28)

Porém, mesmo incorporados e reconhecidos na nossa cultura, corresponderam a um ato ilegal que gerava instabilidades e tensões nas relações de interação social por muito tempo. Os grafites, como manifestação urbana contemporânea, abrangem diversos estilos e vertentes de práticas sociais que, a partir dos anos 60, quando as cidades e o modo como os seus espaços se reorganizaram, começaram a eclodir. Neste momento, essas vertentes não serão nosso foco; o importante para nós é saber que os grafites configuram-se a partir do contexto social, político e cultural de cada época.

Isso confere aos grafites uma natureza fragmentada e descontínua, o que o faz ser plural enquanto manifestação. Além disso, ao pensarmos em meio de expressão, o caráter transgressor do grafite (em função de ter suas origens nas pichações) faz com que ele se aproxime dos padrões de expressão modernistas e pós-modernistas, o que dá o tom artístico a essas inscrições.

Os modernistas propiciaram grandes mudanças na maneira de pensar e de produzir arte. Viana (2007) diz que a arte precisava ser concebida como produto da situação histórica e cultural vivida, e funcionava como pretexto para gerar questionamento das instituições sociais. Vários desses aspectos sociais, somados à necessidade de expressão social, aceleração do mercado e crises, foram responsáveis pela dissolução das fronteiras que separavam a arte e a vida, a alta cultura e a cultura popular.

Esse olhar de ‘arte de rua’, que hoje podemos atribuir ao grafite, distanciou-o de sua precursora – a pichação - apesar de, em um primeiro momento, ter sido justamente as raízes do picho que o aproximaram da estética modernista e pós-modernista. Foi esse distanciamento que fez com que as pessoas em geral passassem a ter um olhar diferenciado para essas inscrições, um olhar menos julgador. Foi desse ponto em diante que o grafite passou a ser percebido e ponderado por uma parcela maior da população.

Os grafites fazem parte de um conjunto de expressões urbanas expostas diretamente ao público, e escapam às definições precisas da arte, rompendo efetivamente os limites entre alta e baixa cultura. Canalizam o fluxo artístico infantil dos jovens e suas aptidões a conceitos artísticos sofisticados. Por terem surgido espontaneamente nas ruas, não passam pelos parâmetros estéticos oficiais ou do mercado, dos museus e galerias. A facilidade de execução e o baixo custo permitem que qualquer indivíduo deixe um recado, signo, desenho, assinatura ou pintura nos espaços da cidade. (VIANA, 2007, p.42)

Tratamos, então, ao longo deste artigo, o grafite enquanto expressão artística, pois tal viés foi permitido quando as vanguardas modernistas fizeram a relação da arte com o espaço público. Eles irão se consolidar e se alastrar em várias partes do mundo a partir dos anos 60, como já mencionamos, adquirindo mais força força nos anos 80. São os conflitos ideológicos e o questionamento das normas de conduta social que configuram o conturbado contexto político social dos anos 60 e 70, dando força para que o grafite tome conta das ruas. "Sendo assim, o debate artístico aproxima-se das causas ideológicas e políticas diante da iminência das lutas

revolucionárias anti-ditatoriais, anti-imperialistas e anticapitalistas" (VIANA, 2007, p.68). Estabeleceu-se, assim, uma relação direta entre arte e política.

A intenção desta pesquisa não é a categorização do grafite como uma forma de arte, mas o seu estudo enquanto diálogo e expressão, apesar de que, enquanto ferramenta de diálogo, ele só consegue atingir a maioria quando é considerado arte; quando é picho, vira vandalismo e, por isso, alvo de segregação, ou seja, não terá pertencimento social, sendo relegado ao que está à margem da sociedade. Existe no homem, como se pode perceber, a necessidade de expor-se socialmente, deixando pública sua presença, pensamentos, ideias. Essa necessidade atravessa o tempo e o espaço, fazendo com que o sujeito se utilize das inscrições parietais desde suas origens pré-históricas até a contemporaneidade.

Os grafites definem um novo uso dos espaços urbanos e uma nova forma de comunicação com a cidade. Há sempre a imposição de uma marca visual na cidade, e ela vai além de ser somente um gesto expressivo; inclui pelo menos três elementos para sua compreensão: a inserção social do sujeito autor, os sentidos da produção e a expansão de sentidos dada pelo sujeito interlocutor. Trata-se de um novo tipo de relação do sujeito com o espaço e o tempo.

Os grafiteiros e artistas que criam na rua seus espaços artísticos trazem temas comuns que irão sobrepor-se à rotina da cidade, propondo, através de elementos visuais, uma busca por um outro tipo de relação com ela. Nesse caso, a arte funciona como expressão da realidade compreensível e voltada diretamente ao público, ao cidadão. Assim, inscrever um grafite é inscrever-se no âmbito público-social.

3 O Discurso e a Análise de Discurso

Endentemos como discurso um processo que é passível de compreensão e interpretação, seja na fala, no texto, na imagem, seja em qualquer outra materialidade. Falamos em processo, pois – como o próprio nome sugere – discurso é algo que está em movimento, em curso, ou seja, é a prática da linguagem, da fala. Acreditamos também que, para o discurso fazer sentido, precisamos de uma série de fatores complementares, como contexto sócio-histórico, sujeitos participantes desse discurso, suas vivências e crenças.

O discurso tem suas bases linguísticas, ou seja, um sistema com leis internas. É através desse sistema de leis que se desenvolve o processo discursivo. No entanto, precisamos esclarecer que o processo discursivo não se trata da fala em si, mas dos efeitos ideológicos que se desencadeiam por meio dela. É a língua em relação com o homem, os processos históricos e as condições de produção dessa fala materializada linguística ou imageticamente.

Em AD, a língua não é vista como um sistema homogêneo e estruturalista. Ao contrário, ela é vista como um espaço heterogêneo, que tem elementos de ordem interna e externa, ou seja, tem base num sistema interno, como mencionado no parágrafo anterior, mas, ao mesmo tempo, ela é instável, submetendo-se ao processo socio-histórico e aos efeitos de sentido, derivando as possíveis compreensões que se pode ter diante de um discurso.

Dessa forma, a língua está em relação íntima com a ideologia, pois os efeitos de sentido se darão na relação entre sujeito e discurso e as possíveis compreensões para tal se darão na relação entre o outro sujeito (o leitor) e o discurso; e ambos, o sujeito e o outro, vão permear e constituir o

discurso com os efeitos ideológicos que os interpelam. Por isso discurso é processo e isso significa dizer que vamos refletir sobre a maneira como a ideologia está materializada na linguagem.

Ao considerarmos tudo o que foi dito até agora, devemos lembrar que o discurso estará sujeito a sentidos e interpretações diversas, pois a linguagem, objeto linguístico, ou imagético, no caso em questão, pelo qual o discurso se materializa, é social, logo está cheio de buracos, lacunas a serem interpretadas e preenchidas, o que produz um efeito de incompletude. Radde (2013), diz que "é preciso ter bem presente que a incompletude é a própria condição de existência da linguagem e que, portanto, não se pode pretender dizer tudo" (p.5), assim como resta "sempre um espaço para o não-dito, para a falta, onde se dão os deslizamentos, as rupturas que fazem e desfazem sentidos" (p.5). Devido a essa incompletude, não há uma única leitura possível, mas há leituras possíveis, pois, como explica Fernandes (2015), "todo discurso remete ao já dito, o dito anteriormente e em outro lugar" (p.88). Isso dá lugar ao que chamamos de memória discursiva[29], que é a re-atualização do já dito com uma nova forma, produzindo um novo efeito. É assim que o leitor, enquanto sujeito do discurso, perceberá o grafite, por exemplo, do seu lugar ideológico, com as mobilizações da memória discursiva que organiza os saberes a que ele está vinculado, o que pode levar cada leitor a ler a partir de possibilidades diversas. Esta noção de sujeito será retomada mais a frente na próxima sessão.

Sobre esse assunto, Silva-e-Silva diz que não há neutralidade nos discursos e acrescenta que em AD não há uma só interpretação, "o que há são discursos e sentidos que compõem a comunicação" (2008, p.28). Ou seja, o discurso jamais encerra sentido em si mesmo, ele vai depender do contexto socio-histórico para que haja uma compreensão. Sobre isso, Baronas (2005), nos lembra a reflexão de Pêcheux:

Pêcheux assevera que o sentido de uma palavra, de uma expressão, de uma proposição, etc não existe 'em si mesmo', ou seja, colado ao significante, mas ao contrário é determinado pelas posições ideológicas que estão em jogo no processo sócio-histórico no qual as palavras, expressões e proposições são produzidas (isto é, reproduzidas). Para Pêcheux a ideologia é a matriz do sentido: as palavras, expressões, proposições... mudam de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam, o quer dizer que elas adquirem seu sentido em referência a essas posições, isto é em relação às formações ideológicas. (Pêcheux apud BARONAS, 2005, p.03)

[29] *Memória discursiva é o saber discursivo "que torna possível todo o dizer e que retoma sob a forma do pré-construído, o já dito que está na base do dizível sustentando cada tomada da palavra" (ORLANDI, 2012a, p.31)*

Pensando assim, podemos considerar, com Pêcheux, que todo enunciado é passível de tornar-se outro. Para tal, o discurso precisa estar ligado à sociedade, como já havíamos dito, mas também ao sujeito e ao outro que vão lhe atribuir sentido, enquanto posições sociais determinadas no discurso. Assim concluímos que não há discurso sem sujeito e não há sujeito sem uma interpelação ideológica; só assim que a língua passa a fazer sentido. Gomes diz que "o discurso não é apenas transmissão de informação, mas efeito de sentido entre interlocutores e a análise de discurso é a análise desses efeitos de sentido" (2007, p.557). Desse modo, em AD podemos atribuir importância ao sujeito, à ideologia que o interpela, ao fator social e à linguagem – o que se encaixa na posição que assumimos a fim de realizar a análise dos grafites selecionados.

Até aqui, podemos dizer, então, que para AD o discurso não trata apenas da transmissão de informações de maneira linear, com uma mensagem que gera um resultado. Discurso é, na verdade, o funcionamento da linguagem com relação ao sujeito, aos efeitos de sentido e ao contexto socio-histórico - são processos de construção da realidade entre o eu e o outro.

4 A noção de sujeito

Em AD o sujeito discursivo deve ser considerado um efeito social-histórico-ideológico, apreendido em um espaço coletivo quando o indivíduo diz, isto é, quando entra no discurso. Esse sujeito se encontra assujeitado pela ideologia e dividido por seu inconsciente. Sobre isso, Radde diz que "o indivíduo está sempre em relação com a ideologia, a qual o interpela pelo viés do inconsciente, torna-o sujeito e o faz acreditar que está em si a origem do seu dizer" (2014, p.29).

Assim, a língua serve de base, através de seu funcionamento linguístico, para a materialização dos efeitos de sentido do discurso. Isso constitui o dizer do sujeito, relacionando esse dizer com o já dito - que é o exterior - ambos necessários na sua formação. Percebemos que esse é um sujeito, ao mesmo tempo, livre e submisso; ele se constitui enquanto efeito de uma interpelação ideológica, posiciona-se e produz ele próprio um efeito, mas isso acontece a sua revelia, não há consciência de por que ele disse isso, apesar de, ao mesmo tempo, é livre para dizê-lo como bem entender.

Percebemos, então, que o sujeito está sempre relacionado com a ideologia, que o interpela, tornando-o sujeito do discurso, fazendo-o acreditar que a origem do seu dizer está em si mesmo. Nesse sentido, Radde (2014) retoma o conceito de interdiscurso de Pêcheux ao dizer que o já dito incide no dizer do sujeito, ou seja, todo discurso faz ressoar o já dito em outro lugar. Embora não utilize essa terminologia, Foucault (1969) nos esclarece que o novo é o retorno do já-dito. Desse modo, as palavras remetem sempre a outras palavras e a outros discursos, num movimento contínuo. O interdiscurso, então, é aquilo que fala antes, em outro lugar, "o saber discursivo que torna possível todo o dizer e que retoma sob a forma do pré-construído, o já dito que está na base do dizível, sustentando cada tomada de palavra" (ORLANDI, 2012a, p.31)

Assim, o dizer não é propriedade do sujeito, o dizer carrega significado histórico do já dito anteriormente, bem como carrega as ideologias e posições atreladas àquele dizer. O sujeito julga ter domínio sobre o que diz, mas, na verdade, não tem controle sobre isso.

Ao considerarmos o grafite, por exemplo, seria inútil perguntar ao grafiteiro o que ele quis dizer. Esse sujeito está grafitando de um lugar de resistência social, dando voz a milhares de vozes materializadas naquele grafite. Percebemos, então, que os sentidos desse discurso de oposição (feito

pelo grafiteiro enquanto parte desta minoria que não é ouvida) podem sempre ser outros de acordo com a interpretação feita por cada um. Orlandi diz que é "assim que sentidos e sujeitos estão sempre em movimento, significando sempre de muitas e variadas maneiras." (2012a, p.36).

5 O sujeito, a ideologia e a cidade

Quando pensamos em meio urbano, logo nos vem à mente os grandes centros, movimentados e abarrotados de pessoas que se relacionam com esse espaço, formando-o e formando-se dele. A forma como a cidade se organiza para abrigar esse sujeito social e a forma como o sujeito se organiza para configurar essa cidade estão diretamente relacionadas à constituição ideológica presente no dizer desse sujeito. Orlandi diz que "a cidade se materializa em um espaço que é um espaço significativo" (2012b, p.200), isto é, ela configura-se como uma forma material de significar a relação entre espaço e sujeito. A cidade é ainda a materialização do espaço onde o sujeito realiza suas práticas sociais. Ele vai de casa para a rua, para o trabalho, estabelece seus processos de significação que depois comporão o processo de interpretação do outro. Aproximação, distanciamento, segregação, ruptura de sentidos, contradições - a diluição de sentidos - se estabelecem nesse espaço habitado pelo sujeito.

Um dos processos de significação que ganham corpo no espaço urbano é o grafite, presente nos centros das cidades, como discurso de resistência de uma minoria contra as determinações burguesas dominantes. Ele representa o dizer da oposição, a partir de uma coleitvidade – da sociedade – independente de sua classe social enquanto indivíduo. O grafiteito, enquanto sujeito do discurso, posiciona-se ao lado da classe dos menos favorecidos, dos segregados, dos pichadores. Ele vem trazer à tona a voz da oposição através das imagens que produz, gerando transformações na memória urbana - ele fala para todos os habitantes da cidade.

Podemos dizer então que esse espaço urbano está articulado ao social, de modo que um complementa o outro. Ele é um espaço de interpretação e significação. Orlandi afirma que "o corpo dos sujeitos e o corpo da cidade formam um só. Nosso corpo, urbano, que se textualiza como o corpo da cidade, ocupa um espaço e é ocupado por ele." (2012b, p.201). Ou seja, há uma interdependência entre eles.

Esse sujeito urbano, então, estabelece com a sociedade uma relação política, cultural, econômica e histórica que vai significando a cidade - nosso espaço de práticas sociais. Esse espaço é coabitado pelo patrão, pelo empregado, pelo rico, pelo pobre, pelo eleitor de esquerda, pelo de direita. Há diversas divisões e hierarquizações neste meio de "luta de classes", logo há diversas interpretações, ideologias e dizeres. Orlandi (2012a) diz que essas relações de hierarquização são relações de força "sustentadas no poder desses diferentes lugares" de fala do sujeito. Ela exemplifica trazendo a relação do professor e do aluno, na qual o dizer do professor significa de modo diferente, suas palavras carregam mais força do que as do aluno.

Por esse vies, o grafiteiro fala do lugar do segregado e seu dizer se direciona ora para os que estão no poder (numa posição de maior relação de força), ora para os próprios membros de sua classe enquanto sujeito discursivo – os que não têm sua voz audível perante a sociedade. Dentro dessa luta de classes que acontece nas cidades, o grafiteiro lança seu olhar para o marginalizado e é interpelado por esta ideologia que se materializa no seu grafite, de modo que as classes se enfrentam na sua obra e a partir dela, enquanto discurso.

Assim, ao pensarmos nessa divisão e segregação, a qual compõe a cidade por sujeitos diferentes, de ideologias diferentes e hierarquias diferentes, só podemos concluir que uma mesma palavra, ou uma mesma imagem, não vai significar o mesmo para todos que coabitam nesse espaço, ou seja, "a mesma palavra não significa a mesma coisa para o patrão e para o empregado, para o índio e para o ocidental, para o homem e para a mulher" (ORLANDI, 2012b, p.203). Desse modo, produzimos sentidos plurais no nosso dizer e sua interpretação vai depender do outro, dos possíveis sentidos que habitam meu dizer, do momento socio-histórico em que ele foi produzido e do lugar em que foi produzido.

Partindo dessa realidade, ao considerarmos o grafite como parte do dizer urbano, seu cenário é a cidade, seu meio material são os muros e as tintas, quem interpreta esse dizer é a pessoa que precisa passar por aquele ponto da cidade, pessoas ricas, pobres, da favela, do bairro nobre, de esquerda, de direita; pessoas que passam a pé ou de carro; pessoas dispostas a contemplar o grafite enquanto arte, como discurso de resistência ou que o concebem como ato de delinquência.

Nesse contexto é que nosso sujeito se manifesta. É através do grafite que a luta de uma classe ganha voz na sociedade, pois é ele que possibilita a materialização da resistência de um grupo. É essa a forma dos que estão às margens da sociedade se mostrarem presentes. Eles estão dizendo que estão ali e é nesse lugar que o desfavorecido "se socializa apesar de tudo, apesar do Estado." (ORLANDI, 2012b, p.210).

6 Relação entre grafite e discurso

O grafite, como dissemos, é forma de expressão urbana que foi tomando forma a partir dos anos 60 e teve sua grande expansão por volta dos anos 80. Naquela época, o movimento *hip hop* em Nova Iorque estava também tomando forma. Esse movimento buscava a paz entre negros e latinos de regiões de Nova Iorque, como Bronx, Harlem, Brooklyn.

Esse movimento chegou ao Brasil, por volta dos anos 80 e foi adaptado às periferias como veículo de transformação social.

No Brasil este movimento tem por ideologia manter a luta contra o racismo e o preconceito, com atitudes que direta e indiretamente venham propiciar a inclusão social dos indivíduos que foram até então mantidos ou jogados à margem da sociedade. (SILVA-E-SILVA, 2008, p.53)

As grafitagens começaram nesse movimento como meio de expressão social, era a maneira que os adeptos encontraram para deixar suas mensagens e sua marca pela cidade. Em Nova Iorque, por exemplo, um personagem muito importante para esse movimento foi Basquiat, conhecido por assinar em seus grafites "samo – abreviação de 'same old shit' (mesma merda) ." (SILVA-E-SILVA, 2008, p.54). Isso nada mais era do que fazer sua voz ser ouvida, não só no seu meio de convívio, mas por uma grande parcela de nova-iorquinos.

A interpretação dos grafites propagados no nosso contexto urbano de análise dependerá não só da identidade individual de cada morador do centro urbano em questão, mas também da identidade de grupo. Ou seja, se o indivíduo pertencer do mesmo grupo social do grafiteiro, interpelado ideologicamente pelos mesmos saberes, é provável que faça uma leitura da sua intervenção. No entanto, se o indivíduo pertencer a outro grupo social, é provável que sua compreensão seja outra. A identidade do grupo e sua memória discursiva é que vão produzir um efeito, e não outro, no processo de significação atribuída ao grafite por esse indivíduo, enquanto

sujeito do discurso. Assim, ao analisarmos o material iconográfico com base na AD, precisaremos ter em mente que analisaremos as interpretações possíveis, considerando os diversos grupos sociais que se (entre)cruzam e observam o grafite nos centros das cidades.

7 Formação Imaginários e Sentido(s)

Ao pensarmos no sujeito grafiteiro, temos que considerar que, ao praticar arte nos muros, o autor desse fenômeno expressa um desabafo ou um protesto que está estampado nas paredes, de acordo com nossa leitura. Importam para esta pesquisa os sentidos que podem ser lidos na escritura urbana, os sentidos perceptíveis. Não é somente o texto que nos interessa, mas também o contexto. Tampouco vamos focar somente na interpretação, mas na análise dos sentidos possíveis, que podem ser lidos na escritura urbana, nos sentidos perceptíveis na arte, enfim, em como o grafite produz sentido para os moradores.

Neste contexto, não há neutralidade dos signos, também não há uma verdade, fundamentada no que o grafiteiro quis dizer. O que há são discursos e sentidos que compõem a comunicação. Nossa preocupação é com os sentidos possíveis existentes no discurso materializado no grafite.

Um discurso pode ser constituído por imagem e/ou texto. A partir dele, o sujeito vai realizar projeções que são de ordem imaginárias, as quais irão construir seu discurso e a ele atribuir sentidos. É através dessas projeções que ele tenta antecipar-se ao outro e antecipá-lo para si. Esse mecanismo o faz dizer de um modo, segundo o efeito que pensa produzir. O sujeito está constantemente se alocando em redes de sentidos, entretanto, de acordo com Orlandi, não é algo automático, e sim inconsciente e dependente da ideologia (2012b).

As relações de sentido se constituem nas referências e nas inter-relações que os discursos estabelecem entre si. Assim, para o sucesso desta análise, precisamos manter o foco na questão que desencadeia a análise, ou seja, na pergunta de partida que, neste caso, é “quais são os sentidos existentes nos discursos do grafite?". Na próxima seção, todas as noções teórico-analíticas apresentadas até aqui guiarão as análises, tais como formações imaginárias, sujeito, ideologia, etc.

Análise do objeto – o funcionamento discursivo do grafite

O grafite selecionado trata-se de uma serie de imagens produzidas num largo muro na entrada da cidade de Porto Alegre - o muro da Mauá. Essas inserções estão localizadas em um ponto de enorme fluxo de veículos e de grande concentração de outras intervenções por metro quadrado de área (como picho e outros grafites). Por ser a região de entrada da cidade, há fluxo de pessoas de todos os tipos de classes sociais e filiações ideológicas. O muro faz parte do sistema de proteção contra cheias, foi construído depois de uma grande enchente na cidade em 1941, logo, tem grande valor histórico e cultural para Porto Alegre e seus moradores.

No início deste ano de 2016, como uma das atividades de comemoração pelo aniversário de Porto Alegre, 30 artistas foram convidados a realizar uma intervenção simultânea ao longo de 450 metros do muro. Destas intervenções, escolhemos 4 para nosso recorte principal de análise. As intervenções no muro parecem seguir temáticas bem marcadas, há uma série de imagens que logo são interrompidas por um pedaço de muro pintado de preto, então segue-se mais uma série de

imagens, e outra, e outra. As 4 intervenções que escolhemos são de cada um desses blocos temáticos e foram fotografadas por mim mesma, autora do artigo.

S1



Na S1 podemos ver uma foto panorâmica do muro para que consigamos

compreender como é a vista das inscrições para quem passa pelo local, bem como para que possamos perceber os pedaços em preto mencionados anteriormente. Nesta foto há um desses espaços em preto, que pode ser visto entre a parede com fundo vermelho e a parede com fundo branco. Percebe-se que nesta parte do muro, há um bloco em preto e um cartaz em branco, no qual há informações de utilidade pública que não vamos nos ater aqui; contudo é preciso que visualizemos como de fato se dá a divisão dos blocos de imagens para que consigamos prosseguir com a análise das imagens selecionadas.

S2



Esta inscrição também pode ser vista na imagem 1, pois aparece logo após a primeira divisão de blocos. Vamos nos ater um pouco na inscrição antecedente a esta. Na imagem 1, com a foto panorâmica podemos ver que antes do primeiro bloco em preto há uma parede com fundo vermelho, na pintura desta parede há diversos quadros pendurados, como se estivesse remetendo à parede de uma galeria de arte. Logo em seguida, temos o bloco em preto e, então, esta série com 3 rostos de Mona Lisa.

A Mona Lisa está colorida, disposta em mais de um ângulo, numa pintura que parece feita em manchas, ou ainda, em uma espécie de pintura de camuflagem militar, mas apesar das diferenças, quem conhece a obra original, é capaz de reconhecer a replica no muro. No entanto,

quem não conhece, tem a chance de estabelecer uma primeira relação com esta obra de arte, através do muro de sua cidade. A assinatura do grafiteiro é feita de maneira bem discreta no canto inferior direito da imagem.

É importante salientar aqui, para que a análise decorra, que as obras seguintes a essa são outras réplicas de pinturas clássicas, talvez ainda menos populares que a primeira. A Mona Lisa é a imagem de abertura deste bloco, que segue com mais 3 inscrições no mesmo estilo.

S3



Aqui temos um fundo preto, com uma imagem, em preto e branco, que parece ser um corredor iluminado. O fundo preto, então, parece ser a escuridão e há luz somente naquele corredor que atravessa o canto da imagem. Ainda podemos perceber uma mancha branca que se espalha por quase todo o fundo preto da inscrição. Nesta mancha está escrito "você é o que você come com os olhos". É importante sabermos que, depois das inscrições em réplicas, segue-se um novo bloco com uma serie de inscrições ainda em formato de pintura/desenho e, então, segue esta inscrição, que é a última do segundo bloco. Algo interessante sobre esta inscrição, também, é que é a primeira em que a assinatura pode ser confundida com pichação, pois aparece em letras estilizadas e outra cor de spray, como se fosse uma vandalização posterior a pintura do muro. Passemos à quarta imagem:

S4



Após o segundo bloco de imagens, que encerra com o dizer “você é o que você come com os olhos”, segue um novo bloco que foge bastante do padrão dos dois primeiros. Neste terceiro bloco, há inscrições que misturam pintura e pichação numa relação de sobreposição. Isso é feito de tal maneira que nos dá a impressão de que havia uma imagem ali originalmente, mas foi vandalizada por pichadores. As letras e assinaturas deste bloco são feitas de maneira estilizada e nada discretas.

Esta imagem é a primeira deste bloco, que surge com uma pintura de fundo com diversas pessoas representando a multiplicidade local, há mulheres e homens, com mais de um biotipo representado, mais de uma função/ocupação representada. No entanto, sobreposto a isso, há uma mancha branca com a pichação da palavra “respeito”. Em função da mancha, não é possível ver claramente a pintura de fundo, além disso, as palavras por cima da pintura, chamam mais atenção por sua grafia estilizada e pela dúvida que surge: essa pichação é parte do grafite ou é vandalismo?

Todas as inscrições desse bloco seguem com a mesma temática (desenhos de fundo e palavras estilizadas sobrepostas). Porém, de uma maneira menos agressiva que essa primeira imagem, ou seja, nas imagens seguintes não nos parece surgir a dúvida “é pichação ou é grafite?”, pelo menos não tão forte quanto na imagem selecionada para analise. Além disso, todas as imagens seguintes tratam de respeito, solidariedade, e senso de coletividade. É possível perceber nas imagens seguintes frases e palavras chaves como “também é nosso”, “deixa eu ver também”, “solidariedade”, “paz".

S5



Por fim, o último bloco é uma releitura dos trabalhos de Gentileza que foi uma espécie de profeta que espalhava mensagens pelas ruas do Rio de Janeiro. Após o bloco com pedidos de respeito, solidariedade e coletividade, temos a divisão em preto e uma nova inscrição que se espalha de maneira bastante ampla por uma grande parte do muro. Esse bloco tem somente essa imagem que é um re-dizer do que já foi dito pelo profeta Gentileza em suas intervenções pela cidade do Rio de Janeiro.

Por meio destas imagens, percebemos a constituição de uma formação discursiva que ocorre pelo viés da heterogeneidade, pois apresentam discursos distintos que nos são mostrados na troca de cada bloco temático. A contradição é constante na relação entre os blocos de imagens que tentam dar conta dos saberes que emergem de diferentes lugares sociais que se articulam dentro da cidade. O sujeito discursivo ocupa posições contraditarias dentro deste contexto, ora direcionando um bloco de imagens para o sujeito excluido, o segregado; ora direcionando o discurso para a alta sociedade ou até mesmo para o governo.

Cada um desses blocos deixa lacunas e brechas para que o sujeito que o interpreta se insira na imagem através de sua constituição ideológica para se identificar com o que está sendo dito e produzir um efeito daquilo. Ou seja, entre o familiar e estranho, o sujeito vai sendo afetado pelo discurso ali presente e, mesmo que as imagens apontem para sentidos diversos, o imaginário pessoal e social vai fazer com o que o outro se aproxime ou distancie do discurso ali presente. Grande exemplo disso está no primeiro bloco de imagens (S2), que pode ser visto como um bloco de réplicas pelo sujeito cuja memória discursiva apreende a Mona Lisa, ainda presente no imaginário social como intimamente relacionada à cultura e alta sociedade, mas que aparece neste momento surge como uma releitura da obra original. No entanto, para o sujeito alheio a existência da obra original, estas imagens podem ser vistas como um bloco de imagens quaisquer, pois o sujeito não apreende tais obras em sua memória discursiva.

Considerando também que não há um receptor da imagem, mas um sujeito interpelado por uma ideologia, pertencente a uma classe social que o aproxima ou distancia do grafiteiro (sujeito autor), podemos dizer que o sujeito que pertence a comunidade de pichadores, marginalizados e grafiteiros vai ter uma compreensão diferente do sujeito da classe média, do sujeito rico, do sujeito que tem poder social e voz ativa perante a sociedade.

No segundo quadro, o dizer “você é o que você come com os olhos”, trás um pré-dizer presente em nosso imaginário “voce2 é o que você come”, no entanto essa memória pré-consciente vem relacionada à informação nova “com os olhos”, o que torna esse velho discurso, um novo discurso. Podemos sugerir ainda, que esse dizer “você é o que você come com os olhos", por exemplo, terá um impacto mais forte para as pessoas com conhecimento e sensibilidade artística e que acreditam que através da arte pode-se mudar as pessoas. Talvez, para muitos esse dizer passe despercebido, ou signifique outra coisa completamente diferente.

Ainda considerando a luta de classes que há nas grandes cidades, podemos sugerir que o marginalizado pode ler o terceiro bloco de imagens com a compreensão de que a sociedade lhes deve mais respeito e compaixão; enquanto que o sujeito com poder social pode ler aquilo achando uma bobagem, pois o marginalizado é que deve se dar ao respeito; ainda podemos deduzir que outro sujeito com poder social se sensibilize pelo dizer no muro, reflita. Cada apreensão vai depender do sujeito em questão e seu papel social-históricoideológico.

Com a tentativa aparente de dividir os blocos discursivos em sentidos, parece que seus efeitos segmentados convergem para estabelecer um dialogo entre possível opressor e oprimido, devido ao fato de os blocos intercalarem entre posições contraditarias, ora sendo direcionado a um sujeito, ora a outro . Tudo converge de forma que este sujeito autor parece estabelecer uma conversa entre um lado e outro da sociedade. Nesse sentido temos um diálogo que começa na S2 e se estende até a S5.

Fato que chama atenção na S5, é que ao trazer as apalavras do profeta Gentileza, parece que o grafiteiro se isenta da crítica social feita até aquele momento, trazendo a ideia de que ambos grupos, de oprimido e opressor, se devem respeito e gentileza mutua, ideia que não havia sido expressada até então. Até o presente momento o discurso desencadeava-se de maneira que nos parecia que sempre o estado, ou a elite eram o grupo que devia respeito a outro, mas neste momento parece haver uma oposição dessa ideia com este novo dizer, no qual ambos grupos são responsáveis por disseminar respeito e gentileza pela cidade.

Essas diversas formas de ler cada imagem só nos revelam o quanto o discurso é de fato polissêmico e passível de muitas interpretações.

8 Considerações finais

Concluímos que através da recuperação da memória discursiva as imagens nos muros vão tomando um sentido e outro. Percebemos que cada imagem é ressignificada de acordo com a posição socio-ideológica da cada sujeito, que vai se identificar ora com o oprimido e marginalizado que quer ter sua voz ouvida; ora com o sujeito que tem poder social e quer segregar essa minoria que não precisa ser ouvida.

Esse sujeito, enquanto indivíduo que discursivisa, deixa de ser o sujeito para ser um efeito, pois ele entra no simbólico, o qual ele não controla, o sujeito é resultado do encontro do simbólico com o ideológico, por isso ele é interno e externo. Ele assume uma posição que reproduz o sentido, mas isso acontece a sua revelia.

O modo como cada inscrição é retextualizada e produz efeitos diversos nos permite ver a opacidade da imagem em si, que toma sentido em relação a sua exterioridade, ou seja, em sua relação social, histórica, ideológica com o sujeito.

Não há, então, um só modo de ler a imagem, pois ela é incompleta, mas impregnada de múltiplos sentidos, e, por isso, passível de interpretação. O discurso pode ser isso e aquilo, sem uma estabilidade lógica, mas é uma leitura e outra possível. O discurso, então, é um processo, ele estará sempre relacionado com posições e lugares que vão interpelando o sujeito.

Referências

BARONAS, Roberto Leiser . *Efeito de sentido de pertencimento à análise de discurso*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/analisedodiscurso/anaisdosead/2SEAD/SIMPOSIOS/RobertoLeiserBaronas.pdf.> Acesso em 27 de abril. 2016.

FOUCAULT, Michel. What is an author? In: *Societé Francais de Philosophie*, 1969, França. Disponível em: <http://www.movementresearch.org/classesworkshops/melt/Foucault_WhatIsAnAuthor.pdf> Acesso em 24 de julho. 2016

FLUSSER, Vilém. Linha e Superfície. In: *O mundo codificado*. São Paulo: Cosa & Naify, 2007, p. 101 – 120.

GOMES, Antonio Marcos Tosoli. *Do discurso às formações ideológicas e imaginária*: análise de discurso segundo Pêcheux e Orlandi. Disponível em: <http://www.facenf.uerj.br/v15n4/v15n4a13.pdf.> Acesso em: 27 de abril. 2016.

HENDGES , Graciela Rabuske; NASCIMENTO, Roseli Gonçalves; MARQUES, Pâmela Mariel. A gramática da imagem como ferramenta na análise crítica de gêneros midiáticos. In: Lia Seixas e Najara Ferrari Pinheiro. *GÊNEROS*: Um diálogo entre comunicação e linguística aplicada. Florianópolis: Insular, 2013, p. 241 – 274. .

ORLANDI, Eni P. *Análise de discurso*: princípios e procedimentos. 10 ed., Campinas SP: Pontes Editores, 2012a.

_____ , Eni P. *Discurso em análise:* sujeito, sentido, ideologia. 2 ed., Campinas, SP: Pontes Editores, 2012b.

RADDE, Augusto. Corpo e resistência(s) na constituição do Sujeito: o discurso do corpo na marcha das vadias. *In: Senale*, 2013. Disponível em: < http://www.ucpel.tche.br/senale/cd_senale/2013/Textos/trabalhos/104.pdf> Acesso em 24 de julho. 2016.

_____ , Augusto. *Entre prazer e necessidade, o discurso do corpo na prostituição masculina.* 2014. 97 f. Dissertação (Mestrado em Letras) -Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em: < https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/102623/000931955.pdf?sequence=1> Acesso em 24 de julho. 2016.

SILVA-E-SILVA,William da. *Ler através das imagens:* o graffiti carioca e a contracultura. Disponível em: <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp071090.pdf.> Acesso em 26 de abril. 2016.

VIANA, Maria Luiza Dias. *Dissidência e subordinação:* um estudo dos grafites como fenômeno estético/cultural e seus desdobramentos. 2007. 272 f. Dissertação (Mestrado em Artes) - Escola de Belas Artes UFMG, Belo Horizonte. 2007

DIREITO À MEMÓRIA, À VERDADE E À RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO POR VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS EM CONTEXTO DE REPARAÇÃO CÍVEL: UM OLHAR SOBRE O "CASO DAS MÃOS AMARRADAS"

Fernanda Mella Vicari,
Advogada,
Bacharela pelo Centro Universitário Ritter dos Reis

Cibele Cheron,
Doutora em Ciência Política, Mestra em Ciências Sociais e Bacharela em Direito.
Membro do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Mulher e Gênero
(NIEM) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
E-mail: iccibele@gmail.com

Resumo:

O estudo busca identificar as violações cometidas contra os opositores políticos, trazendo considerações acerca de Manoel Raymundo Soares, e examinando a responsabilização do Estado brasileiro por sua morte ¿ episódio conhecido como o ¿caso das Mãos Amarradas¿. Procuramos verificar se a demanda por reparação cível movida pela viúva, Elizabeth Chalupp Soares, transcende a mera reparação indenizatória de cunho individual, angariando conquistas coletivas em torno dos direitos humanos, com ênfase à verdade e à memória. Observamos a justiça de transição brasileira ante a perspectiva da Lei de Anistia, diretrizes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o posicionamento do STF e o controle de convencionalidade, apontando possível papel estratégico para a esfera cível nesta seara. Adotamos método hipotético-dedutivo e abordagem qualitativa, análise de conteúdo, bibliográfica, legislativa, jurisprudencial e documental. Apresentamos conquistas coletivas a partir da responsabilização do Estado na esfera particular e individual, partindo de contextualização teórica sobre os Direitos Humanos e a justiça de transição. Trazemos dados sobre o caso empírico e relatamos a demanda judicial cível. Analisamos de forma crítica a demanda localizando conquistas coletivas para a sociedade e para a Ciência do Direito. Identificamos que a responsabilização do Estado, embora em demanda individual, cível e com natureza pecuniária, remete à esfera pública e social, onde reside a construção da consciência e da memória coletiva de repúdio às violações aos direitos humanos e à ruptura democrática, permite desenvolver empatia e sensibilidade para com as vítimas e acarreta dever de jamais esquecer/sempre lembrar.

Palavras-chave: Justiça de Transição. Memória e Verdade. Caso das Mãos Amarradas

1 Introdução

O totalitarismo, o nazismo, os campos de concentração, as ditaduras e o desrespeito aos direitos humanos desenharam a história do século XX (SILVA FILHO. 2010, p. 48) e, ao mesmo tempo, criaram um dilema ao futuro: como enfrentar as violações de direitos humanos perpetradas

e, ainda, impedir a ocorrência de novos períodos de terror, marcados pelo desprezo aos direitos humanos?

De início, cumpre recordar que os direitos humanos caminham com a civilização e com as mudanças sociais, de acordo com o surgimento das novas pretensões e necessidades de reivindicações. A Declaração Universal formulada em 1948 não poderia prever todos os anseios e necessidades humanas carentes de proteção, assim como o contexto atual também não pode antever os novos direitos que surgirão futuramente (BOBBIO. 2004, p. 8-13)

As barbáries que assolaram o mundo, no século XX, permitiram que os direitos à memória e à verdade, direitos humanos, até então, não consolidados, emergissem como mecanismos para reconstruir a lógica de valorização aos direitos humanos e, sobretudo, acompanhar o processo de (re)democratização em Estados marcados pelo totalitarismo e autoritarismo.

2 Desenvolvimento do Artigo

Após períodos marcados pela lógica de desrespeito à democracia e aos direitos humanos, torna-se imprescindível a reunião de esforços para estruturar instrumentos capazes de (re)construir a história marcada por violações para, então, idealizar um futuro de repúdio às condutas perpetradas no passado (ZYL. 2011, p. 47). Surge, diante deste cenário, a justiça transicional como um mecanismo capaz de reconstruir o Estado, fundado na democracia e no respeito aos direitos humanos, e promover a reconciliação da sociedade (especialmente daqueles atingidos com os atos de barbárie) com o Estado (ZYL. 2011, p. 47-9).

A justiça de transição, enquanto instrumento sensível à (re)democratização, sustenta-se em fundamentos específicos, cuja essência visa a alcançar, na medida do possível, todas as esferas atingidas pelas barbáries do Estado. Os princípios que regem a justiça de transição são os seguintes: i) reconhecimento moral e político em relação às responsabilidades do Estado, bem como as relacionadas aos seus agentes; ii) reparação moral e material decorrentes dos danos sofridos; iii) direito à justiça, que consiste no julgamento e punição dos agentes que cometeram as transgressões de direitos humanos (no caso do Brasil, a revisão da Lei de Anistia se apresenta como condicionante para a concretização efetiva da justiça de transição); iv) por fim, os direitos à verdade e à memória (TOSI; SILVA. 2014, p. 44-5).

> O objetivo principal e primordial de uma justiça de transição deste tipo é evitar a repetição do que aconteceu, e o seu lema é “nunca mais” ou a “educação para o não-retorno”. É uma tentativa para esconjurar ou desafiar a reversibilidade dos acontecimentos históricos, colocando (pelo que é humanamente possível) um ponto firme, uma virada de página, um ponto de não-retorno, uma cláusula pétrea no pacto social que funda um Estado Democrático de Direito. (TOSI; SILVA. 2014, p. 45)

O direito internacional caminhou de forma pioneira ao reconhecimento dos fundamentos que compõem a justiça transicional, especialmente em relação ao direito à verdade e à memória. As organizações internacionais (Organização das Nações Unidas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Humanos e entre outros), ao longo da história, assentaram interpretações contundentes quanto à forma de transição que deveria ser adotada pelos Estados a fim de enfrentar o passado marcado por violações de direitos humanos (ZYL. 2011, p. 47-8).

Reconhecer a verdade descoberta e preservá-la, enquanto fatos oficialmente atrelados à história e ao passado do Estado, assegura o fortalecimento da democracia; e, sobretudo, proporciona a (re)construção da consciência coletiva de repúdio às transgressões de direitos humanos (TOSI; SILVA. 2014, p. 57). A busca pela verdade histórica, além de revelar o passado, permite que as gerações posteriores, por meio dos relatos e testemunhos, tornem-se sensíveis às dores e às perdas que marcaram um passado de violações aos direitos humanos (GONZÁLEZ. 2010, p. 506). A verdade histórica se relaciona com a preservação das informações, com a valorização dos esforços que proporcionaram a concretização do direito à verdade e com a transmissão do passado às gerações futuras, de modo a possibilitar a efetivação do direito à memória, como fundamento da justiça de transição, cuja essência se vincula ao poder de o cidadão preservar e transmitir as verdades descobertas, enquanto valores históricos que orientam a coletividade (SANTOS; SOARES. 2012, p. 273).

Observa-se, então, a presença de um vínculo entre o direito à verdade e o direito à memória. Na medida em que as memórias individuais contribuem para buscar a verdade e proporcionar a reconstrução da história, a concretização do direito à verdade proporciona, também, a construção de uma memória coletiva acerca dos fatos que marcaram o passado (BENEDETTI; NAHOUM. 2009, p. 302-3).

Quase três décadas após o encerramento formal da ditadura civil-militar e o Estado brasileiro não havia adotado políticas específicas para repensar o passado. Os protagonistas da resistência permaneciam esquecidos e desconhecidos pela história. Os traumas sofridos permaneciam na memória individual de cada protagonista da resistência. E a impunidade dos agentes do Estado frente às violações de direitos humanos permanecia protegida pela Lei de Anistia.

O Estado brasileiro, no entanto, deteve a oportunidade de revisar a Lei de Anistia por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) perante o Supremo Tribunal Federal (STF). O objetivo intrínseco da ADPF n. 153 consistia em oferecer uma reinterpretação à Lei de Anistia à luz dos preceitos e princípios fundamentais consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) e, por conseguinte, afastar a anistia dos crimes de Estado praticados contra os opositores políticos (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADPF n. 153. 2008, p. 29).

O voto exposto pelo Ministro Eros Roberto Grau, enquanto relator da ADPF n. 153, deparou-se com circunstâncias que ultrapassavam o conteúdo jurídico. As análises expostas esbarravam em condições políticas, mas, sobretudo, em experiências e memórias pessoais, uma vez que, à época da repressão, Eros Grau, além de ser membro do Partido Comunista Brasileiro (PCB), foi preso e torturado nas dependências do Departamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) (CARONI FILHO. 2010).

Em razão das diversas circunstâncias e particularidades que acompanharam o julgamento da ADPF n. 153, a breve análise apresentada ater-se-á aos aspectos jurídicos expostos no voto prolatado pelo Ministro Eros Grau. Inicialmente, o voto apresentou as preliminares arguidas pela Advocacia Geral da União, pelo Ministério da Defesa e pelo Senado Federal, e em seguida, adentrou ao mérito de afronta (ou não) aos preceitos fundamentais instituídos com a promulgação da CRFB.

As preliminares suscitadas, quais sejam: i) ausência de controvérsia constitucional ou judicial quanto ao ato questionado; ii) ausência de impugnação de todo o complexo normativo relacionado ao tema; iii) a ausência de indicação das autoridades responsáveis pelos atos concretos

de descumprimento de preceitos fundamentais; e iv) a ausência de efeitos práticos na tutela pretendida, uma vez que, embora anistiados os crimes comuns, estes estariam abarcados pelo decurso da prescrição; foram todas rejeitadas pelo Relator, bem como pelos demais Ministros, com exceção do Ministro Marco Aurélio Mello (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 12-4).

Antes de adentrar à análise do mérito, o Ministro Eros Grau pontuou as duas linhas de argumentação delineadas pela Arguente. A primeira diretriz pugna pelo não recebimento da Lei de Anistia pela CRFB. A segunda se destina a requerer a interpretação conforme a CRFB a fim de declarar que a anistia concedida não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes de repressão do Estado.

O Relator enfrentou, pontualmente, os argumentos de mérito trazidos pela Arguente para sustentar a primeira linha de argumentação, que, em síntese, referiu-se à incompatibilidade entre o ato questionado e os princípios e preceitos fundamentais elencados na CRFB. O primeiro fundamento exposto pela Arguente destaca a afronta ao princípio da isonomia, em matéria de segurança, posto que a Lei de Anistia se aplica, especificamente, aos crimes políticos; entretanto, por meio da redação obscura, estende-se aos crimes de "qualquer natureza e relacionados" aos crimes de motivação política. Ou seja, a redação adotada pelo Poder Legislativo à época da ditadura civil-militar, além de obscura e omissa, resguarda a indefinição como garantia à impunidade dos agentes do Estado (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 12-4).

Em resposta, o Ministro Eros Grau assinalou que a obscuridade sugerida em torno do dispositivo normativo atinge integralmente todo o ordenamento jurídico, pois, em suas palavras, pertence aos intérpretes o dever de dizer o sentido das normas jurídicas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 16).

> Todo o texto será obscuro até a sua interpretação, isto é, até a sua transformação em norma. Por isso mesmo afirmei, em outro contexto, que se impõe 'observamos que a clareza de uma lei não é uma premissa, mas o resultado da interpretação, na medida em que apenas se pode afirmar que a lei é clara após ter sido ela interpretada'. Daí não caber a afirmação de que o texto de que nesta ação se cuida seria, por obscuridade, tecnicamente inepto. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 16)

O segundo fundamento sustentado pela Arguente corresponde à inacessibilidade às informações de interesse particular e coletivo constantes nos arquivos dos órgãos públicos. Na medida em que a Lei de Anistia impediu o acesso às informações públicas, também representou um verdadeiro obstáculo ao conhecimento das identidades dos agentes do Estado que cometeram as gravíssimas violações de direitos humanos. Segundo o Ministro Relator, no entanto, a concessão de anistia se destina exatamente a pessoas indeterminadas; relaciona-se apenas com fatos e não com os autores que praticaram os fatos, ainda que repugnantes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 17-9).

O terceiro preceito fundamental violado ressalta a ordem democrática e republicana instituída com a CRFB. O contexto político em que editada a Lei de Anistia enfraqueceu a sua validade, posto que aprovada por um Congresso Nacional eleito indiretamente e sancionada por um agente da alta oficialidade das Forças Armadas. Posteriormente, embora instituída a nova ordem política, sequer houve a submissão da Lei de Anistia ao Poder Legislativo oriundo de eleições livres e democráticas, tampouco houve a submissão ao povo soberano para ratificação, mediante referendo, da validade atribuída à anistia. Ou seja, a sociedade brasileira foi definitivamente

afastada de quaisquer debates ou decisões políticas. Ora, como pensar em regime democrático e republicano e, ao mesmo tempo, admitir a legitimidade da Lei de Anistia? (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 19-20)

O Ministro Eros Grau, em resposta, consignou: na medida em que se reconhece a necessidade de convalidação da Lei de Anistia pelo Poder Legislativo ou pelo próprio povo soberano, afirma-se, por corolário lógico, que toda legislação anterior à CRFB seria formalmente inconstitucional. O Ministro continuou: a esta altura negar a legitimidade da Lei de Anistia, em toda sua amplitude, implica em imputar aos anistiados políticos irreparáveis consequências financeiras e econômicas. Reconhecer a procedência da ADPF implicaria no dever de os anistiados políticos, bem como os seus familiares, restituírem os cofres públicos tudo quanto receberam a título de reparação pecuniária (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 20).

No quarto argumento apresentado, por fim, preponderou a argumentação política em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio preexistente à promulgação da CRFB. A transição para o Estado Democrático de Direito ocorreu sobre o gravíssimo desrespeito e violação à dignidade da pessoa humana, assim como aos fundamentos republicanos e democráticos expressos na CRFB. A Arguente, ainda, pontuou o caráter dissimulado vinculado à Lei de Anistia, apresentando os seguintes termos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 20-1):

> No suposto acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião serviu de biombo para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, que agiam em nome do Estado, ou seja, por conta de todo o povo brasileiro. [...] A dignidade das pessoas e do povo brasileiro foi usada como moeda de troca em um acordo político. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 20-1)

Diante das argumentações assentadas, o Ministro Eros Grau decorreu acerca das diversas realidades que circundavam a anistia, enquanto primeiro passa para a transição da ditadura civil-militar. Na medida em que a Lei de Anistia resultava na renúncia à justiça, deixando os agentes da repressão impunes pelas inúmeras violações cometidas; representava também um benefício aos perseguidos políticos e às suas famílias e, sobretudo, um trunfo à democracia, que veria a sobrevivência da resistência e o amadurecimento democrático. Aceitou-se esta condicionante, porém não significou a condescendência daqueles que ousaram não se calar; muito pelo contrário, significou mais repressão, mais sangue e mais resistência. A batalha pela Anistia, em que pese tenha sacrificado a justiça, retratou a luta pela (re)democratização. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 20-3):

> Sem de qualquer modo negar o que diz a Arguente ao proclamar que a dignidade não tem preço [o que subscrevo], tenho que a indignidade que o cometimento de qualquer crime expressa não pode ser retribuída com a proclamação do que o instituto da anistia viola a dignidade humana. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 23).

O Ministro Eros Grau, ao enfrentar a segunda diretriz de fundamentação, pontuou que, de fato, houve a intenção de estender a anistia aos crimes comuns praticados pelos agentes do Estado, por meio da conexão instituída com os crimes de motivação política. E, essa conclusão traduz a anistia bilateral, geral e ampla concedida. Diante desta afirmação, o Ministro assegurou que a Lei de

Anistia consiste em uma lei-medida, ou seja, uma lei travestida de caráter geral e abstrato; no entanto, sua essência é um "ato administrativo completável por agente da Administração" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 30-1). Em razão da natureza da lei-medida, sua interpretação deve estar intimamente vinculada à realidade e ao contexto histórico em que editada; interpretá-la diante de outra realidade é permitir que o sentido a ela atribuído seja perdido. A história brasileira já observou outras Leis de Anistia serem editadas e aprovadas, sem haver o posterior questionamento em torno da sua validade, pois interpretadas segundo a realidade histórico-social do período em que editadas e aprovadas. Desconsiderar toda a luta travada para alcançar a anistia e, sobretudo, assegurar a sobrevivência da resistência, é tripudiar sobre aqueles que ousaram resistir ao autoritarismo (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 30-2).

Em que pese a contundente fundamentação de violação a preceitos fundamentais apresentada pela Arguente, o Ministro Eros Grau compreendeu que não havia alternativa à transição para a, tão clamada, democracia política senão a transição acordada e condescendente com a ditadura civil-militar. Nas palavras do Relator: "era ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos, nem mesmo viver)." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 37-8). O Ministro Relator consignou, por fim, que a conclusão alcançada pelo voto prolatado na ADPF n. 153 não altera o repúdio construído em torno de todas as modalidades de transgressões de direitos humanos perpetradas "de ontem e hoje, civis ou militares, policiais ou delinquentes". E, nestes termos, julgou improcedente a ADPF n. 153 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 45-6).

Em abril de 2010, o STF julgou, por maioria, improcedente a ação, nos termos do voto prolatado pelo Ministro Relator Eros Roberto Grau, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, que julgavam parcialmente procedentes os pedidos expostos na ADPF n. 153 de 2008 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. 2010, p. 265-6).

As discussões em torno da Lei de Anistia brasileira não se encerravam no julgamento da ADPF n. 153 presidido pelo STF. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em novembro de 2010, julgou o Caso Gomes Lund *versus* Brasil, cujo acontecimento retratava as violações de direitos humanos cometidas pelo Estado brasileiro durante a Guerrilha do Araguaia.

Na decisão exposta pela CIDH, diferentemente da conclusão alcançada pelo STF, a Lei de Anistia, cujas disposições impedem a investigação, o julgamento e, se pertinente, a punição dos agentes do Estado envolvidos em violações de direitos humanos durante o período de repressão, carece de validade jurídica, além de afrontar a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund *vs.* Brasil. 2010, p. 51-2). A Corte Interamericana compreendeu que os mecanismos de anistia obstaculizam a busca pelo direito à verdade e o conhecimento sobre os fatos e circunstâncias que acompanharam as violações de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund *vs.* Brasil. 2010, p. 55-6).

O amplo acesso às informações que contenham relevância social e coletiva e os direitos à verdade e à memória também foram objetos analisados pela decisão da Corte. O acesso irrestrito às informações de caráter público corresponde a elemento essencial para o desenvolvimento e aprimoramento do pensamento democrático, posto que permite a participação social nas decisões políticas, o exercício da cidadania e uma gestão de governo transparente. Nesta perspectiva, a Corte destacou: "é indispensável que as autoridades estatais sejam regidas pelo princípio de máxima divulgação, que estabelece a presunção de que toda a informação é acessível". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund *vs.* Brasil. 2010, p. 76-7).

A decisão prolatada pela Corte Interamericana destacou a pertinência e a relevância da criação da Comissão Nacional da Verdade, cuja finalidade reside na obrigação do Estado de providenciar a concretização do direito à verdade sobre os fatos ocorridos no período de repressão. As conclusões alcançadas pela Comissão da Verdade, porém, não substituem as eventuais investigações, os julgamentos e, se necessárias, as punições individuais dos agentes do Estado envolvidos nos crimes de Estado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund *vs.* Brasil. 2010, p. 106-7).

Em que pese o posicionamento adotado pelos Organismos Internacionais, o posicionamento brasileiro permanece contrário à vasta jurisprudência da Corte Interamericana, que reconhece a incompatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No contexto brasileiro, as medidas reparatórias de caráter pecuniário e indenizatório alcançaram um amplo cumprimento pelo Estado, as demais obrigações impostas pela Corte Interamericana, que consiste no dever de investigar, julgar e, se necessário, punir os agentes públicos permanecem renegadas pelo Estado brasileiro.

A concretização dos direitos à verdade e à memória não se esgota nas políticas de ruptura com o esquecimento, tampouco se limita apenas à instituição das Comissões de Anistia e Nacional da Verdade. Os direitos à verdade e à memória exigem uma efetivação contínua. A organização de ações e estudos de caráter permanente com o intuito de manter a história viva, a sensibilidade aos traumas contemporâneos à democracia e a reflexão para que o passado nunca mais aconteça (PIRES. 2015, p. 78).

As breves considerações apresentadas em torno das peculiaridades da justiça de transição no contexto brasileiro demonstram a existência de diversos mecanismos capazes de providenciar a emancipação dos direitos à verdade e à memória. As ações propostas perante as Cortes de hierarquia nacional (STF) e internacional (CIDH) demonstram que a busca pela efetivação dos direitos humanos, especialmente dos direitos à verdade e à memória, podem ser objetos de "judicialização", uma vez que, conforme a Corte Interamericana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund *vs.* Brasil. 2010, p. 77), "o direito dos familiares de vítimas de graves violações de direitos humanos de conhecer a verdade está compreendido no direito ao acesso à justiça".

Exatamente neste sentido de acesso à justiça, fundamenta-se a significância da judicialização do caso das Mãos Amarradas. A partir resistência protagonizada por Elizabeth Chalupp Soares, a propositura da ação ordinária visava à condenação dos réus ao pagamento dos danos materiais e morais decorrentes do assassinato do ex-sargento Manoel Soares, quais sejam: i) pensão correspondente ao valor dos proventos integrais do posto de primeiro-tenente do Exército, com todas as vantagens incorporáveis, até o falecimento da autora; ii) despesas decorrentes do luto (funeral, luto da família, despesas com viagens, alimentação e jazigo perpétuo); e, por fim, iii) danos morais (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. 2005).

O entendimento revelado pelo processo-criminal afastou a possibilidade de responsabilização penal dos agentes partícipes do assassinato de Manoel. A pretensão de Elisabeth, entretanto, residiu apenas na busca por reparação indenizatória cível, cuja discussão se limitava ao campo da responsabilidade civil e à discussão pecuniária; se o Estado e seus agentes são responsáveis, qual o valor da indenização?

> [...] Afastamo-nos do campo do direito público para cair no campo do direito privado. A oferta de indenização implica na transformação da discussão em questão patrimonial – o valor do débito, que uma vez saldado, encerraria a relação. (GONZÁLEZ. 2010, p. 503)

A tramitação da ação judicial proposta por Elizabeth, em 1973, não guarda correspondência apenas com o universo jurídico e judicial; mais que isso, este processo judicial se relaciona com a história brasileira e com a história de Manoel e Elizabeth, com a repressão e com a democracia, com o silêncio e com a eloquência das ideias.

A partir das observações anteriormente apresentadas, no julgamento do caso Gomes Lund *vs.* Brasil pela Corte Interamericana, verifica-se que as tutelas reparatórias são compreendidas de forma ampla, cujas finalidades visam à responsabilização do Estado perante os danos decorrentes das transgressões de direitos humanos praticadas durante o período ditatorial. Nota-se, então, que a pretensão de reparação não se resume ao caráter econômico e indenizatório, uma vez que medidas mais amplas e complexas podem também participar da busca por reparação.

Imprescindível recordar que a Corte Interamericana (Caso Gomes Lund *vs.* Brasil. 2010, p. 51), com fundamento no Direito Internacional, reconhece o dever do Estado brasileiro em providenciar uma reparação eficaz e integral às vítimas, que, de acordo com a decisão prolatada, consiste:

> [...] dever estatal em investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos [...] (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund vs. Brasil. 2010, p. 51)

Nota-se que o Estado, enquanto promove a reparação das vítimas, seguindo as diretrizes expostas pelo Direito Internacional, está, ao mesmo tempo, alcançando a concretização dos direitos à verdade e à memória, uma vez que as obscuridades em torno do período ditatorial não permanecem renegadas e silenciadas no passado, mas sim vêm à tona juntamente com as investigações e julgamentos dos responsáveis pelas atrocidades cometidas.

Os tribunais nacionais, diferentemente do recomendado pela Corte Interamericana, compreenderam a busca por reparação apenas em seu caráter pecuniário e indenizatório, enquanto que a Corte Interamericana, organismo internacional de proteção regional de direitos humanos, compreende a complexidade em torno das obrigações do Estado e, por conseguinte, em torno das medidas de reparação, que visam ao reconhecimento da responsabilidade pelas transgressões de direitos humanos (LIMA; ALMEIDA. 2016, p. 275-6).

Destaca-se, por oportuno, que as medidas de responsabilização do Estado, entretanto, não podem ser compreendidas apenas nos aspectos de reparação indenizatória e pecuniária, uma vez que possuem propósitos mais amplos e complexos frente ao período de transição. Os trabalhos desenvolvidos pela Comissão de Anistia conduziram para caminhos que transcenderam a responsabilização pecuniária do Estado, proporcionando uma transformação em torno da compreensão acerca de anistia política e medidas de reparação. A anistia política que, primeiramente, correspondeu à medida de esquecimento e de transição lenta, segura e gradual implementada na constância da ditadura civil-militar; transformou-se, com a criação da Comissão

de Anistia, em reivindicação e conquista social, uma vez que o reconhecimento de anistiado político aos opositores perseguidos pela ditadura civil-militar garantiu a responsabilização do Estado (ainda que limitada) pelas transgressões cometidas e, sobretudo, a integração às medidas de reparação moral e pública (LIMA; ALMEIDA. 2016, p. 282-3).

A responsabilização dos agentes do Estado, independentemente da maneira como promovida, além de harmonizar a justiça de transição e os princípios republicanos, exerce um efeito lógico sobre a consolidação da democracia e, especialmente, sobre o consenso coletivo de repúdio às violações de direitos humanos. A responsabilização individual dos agentes públicos permite que seja construído um consentimento quanto à exigência de não-repetição dos atos violentos praticados no passado, o que, por si só, leva-nos a desestimular a adoção de condutas que sejam contrárias aos direitos humanos (YANAGUI. 2011, p. 45-7).

As considerações, aqui, expostas não se referem à responsabilização penal dos agentes do Estado, uma vez que, como já visto anteriormente, no julgamento da ADPF n. 153, a Lei n. 6.683 de 1979 extinguiu qualquer pretensão de responsabilização penal dos envolvidos nos atos de repressão do Estado. As observações propostas, neste momento, referem-se à responsabilização de natureza civil dos agentes públicos, posto que a concessão de anistia não trouxe a extinção da responsabilidade civil frente aos danos e violações praticados no período ditatorial.

Na ação judicial promovida por Elizabeth, por exemplo, embora reconhecida a participação dos agentes públicos no assassinato do ex-sargento Manoel Soares, a responsabilização civil, de natureza pecuniária e indenizatória, será suportada exclusivamente pela União, sem qualquer referência à responsabilidade individual dos demais partícipes dos crimes cometidos. Apesar da possibilidade amplamente reconhecida em relação à responsabilização regressiva dos agentes estatais, o Estado brasileiro permanece assumindo posicionamento contrário (ainda que parcial) às indicações assentadas pelos organismos internacionais.

Diante das elucidações abordadas, até então, em diálogo com o posicionamento exposto pela Corte Interamericana, no julgamento do caso Gomes Lund *vs.* Brasil, quanto às formas de responsabilização do Estado brasileiro, bem como o reconhecimento, em documentos internacionais, do direito de regresso contra os agentes que cometeram violações de direitos humanos no exercício da função pública, realizar-se-á uma análise, sem a pretensão de esgotamento do debate, em torno da conquista coletiva alcançada com a judicialização do caso das Mãos Amarradas.

No decorrer da consolidação do Estado de Direito, alguns instrumentos de reparação foram instituídos, como medidas pertencentes à justiça de transição, que não visavam, diretamente, à concretização dos direitos à verdade e à memória. Os efeitos alcançados, entretanto, geraram repercussão sobre os direitos aclamados. Observa-se, então, que o Estado, quando reconheceu a sua responsabilidade sobre as mortes e desaparecimentos de perseguidos políticos, está, timidamente, (re)construindo a história do período ditatorial, confirmando a prática de atrocidades violadoras de direitos humanos.

No mesmo sentido ocorreu com a judicialização do caso das Mãos Amarradas. A pretensão de Elizabeth consistia na busca por reparação indenizatória e pecuniária em decorrência dos transtornos e angústias ocasionados pela trágica morte do seu marido, Manoel Soares. A repercussão, entretanto, da ação judicial, bem como da decisão ratificada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, demonstrou a presença de resultados práticos sobre os direitos à verdade e à memória.

Nota-se que, embora lenta e tardia, a decisão judicial prolatada efetuou uma análise retroativa dos fatos que acompanharam, ao mesmo tempo, a história brasileira e a história de Elizabeth. Ao passo que o período ditatorial contextualizava a pretensão reparatória de Elizabeth, tornava-se fundamental (re)conhecer o que, de fato, significava as políticas de (in)segurança nacional implementadas pela ditadura civil-militar e, principalmente, o que significava a coragem de resistir à repressão do Estado. O reconhecimento da obrigação do Estado de reparar, ainda que apenas de forma pecuniária, reforçou a consolidação do direito à verdade, pois a decisão judicial reconheceu: i) o tratamento desumano e degradante conferido ao marido de Elizabeth; e ii) a morte de Manoel como decorrente das atrocidades cometidas pelo aparelhamento repressivo do Estado.

A obrigação de responsabilização do Estado pelo assassinato do opositor político Manoel Soares não ocorreu apenas por meio do reconhecimento judicial, mas também por meio da criação da Lei n. 9.140 de 1995, cuja política consistiu na primeira medida de transição adotada pelo Estado brasileiro, tendo como propósito o reconhecimento da responsabilização do Estado pelos desaparecimentos e mortes de perseguidos políticos.

A Corte Interamericana (Caso Gomes Lund *vs.* Brasil. 2010, p. 77), inclusive, reconheceu o acesso à justiça como meio de conhecer os fatos e circunstâncias que acompanharam as graves violações de direitos humanos durante o período de repressão e, por conseguinte, atribuiu ao poder judiciário papel fundamental à efetivação dos direitos humanos. Dessa forma, a concretização dos direitos à verdade e à memória não resta condicionada a políticas específicas, podendo, aliás, ser alcançada por diferentes instrumentos e em distintas situações.

O reconhecimento judicial e político promovido com a finalidade de responsabilizar o Estado brasileiro pela morte de Manoel Soares, bem como de tantos outros perseguidos políticos, constituiu em um fator indispensável para a consolidação da democracia e do Estado de Direito (GONZÁLEZ. 2010, p. 503). O caráter positivo e fundamental da instrumentalização do direito na ação judicial proposta por Elizabeth, como meio de emancipação dos direitos à verdade e à memória, permitiu que os fatos desconhecidos, mas atrelados ao caso das Mãos Amarradas, fossem integrados à história brasileira, na forma de construção e fortalecimento da mentalidade democrática de repúdio às violações de direitos humanos.

A repercussão alcançada com a judicialização do caso das Mãos Amarradas transcendeu aos aspectos de cunho reparatório e indenizatório pretendidos por Elizabeth. Os efeitos práticos da responsabilização e, por consequência, da condenação do Estado brasileiro frente aos crimes cometidos contra Manoel Soares não foram limitados à esfera particular e individual de Elizabeth. Eles representaram a conquista coletiva em torno das reivindicações sociais de concretização do direito à verdade e à memória.

Veja-se que, embora a ação judicial possua natureza pecuniária, o desfecho alcançado com a responsabilização do Estado, remete-nos à esfera pública e social, onde reside a construção da consciência e da memória coletiva de repúdio às arbitrariedades e violações cometidas contra quaisquer atos de resistência ou contestação à ditadura civil-militar. A construção da memória coletiva acerca das atrocidades cometidas no passado ditatorial permite que seja desenvolvida a empatia e a sensibilidade com aqueles que, em determinado momento da história, foram silenciados, renegados e torturados.

> Apesar de difícil, e, por vezes, dolorosa, a memória das atrocidades cometidas se afigura, também, como uma parte de políticas públicas de prevenção à violência no futuro, assim como contribuem para o desmantelamento dos mecanismos que fizeram possíveis os horrores perpetrados em face dos Direitos Humanos e Fundamentais, reconstruindo algumas relações sociais atingidas por tais processos. (LEAL. 2012, p. 16)

A transcendência alcançada com a judicialização do caso das Mãos Amarradas reside no dever de jamais esquecer e sempre lembrar o que, de fato, significou as violações de direitos humanos, a ditadura civil-militar, a ruptura com a democracia e o rompimento do pacto de separação dos poderes. O direito à memória não permite que as transgressões de direitos humanos sejam esquecidas, mas sim preservação as histórias protagonizadas pela resistência à repressão.

3 Considerações Finais

A emancipação do direito à memória busca a ampliação do espaço público para debates em torno do obscuro período que institucionalizou a política de repressão e silenciou as vozes que ousavam contestar e resistir à ditadura civil-militar. O projeto de futuro idealizado nas ideias de repúdio às violações de direitos humanos depende exatamente da concretização do direito à memória, pois "uma sociedade sem memória é inapta a progredir." (REMÍGIO. 2009, p. 196). Os direitos à verdade e à memória exigem a perpetuação de políticas e reivindicações sociais para que a história e a sensibilidade não se percam no decorrer do tempo, posto que "o esquecimento das violações de direitos humanos na América Latina pode ser o caldo de cultura que permita que o mal volte a se repetir". (GONZÁLEZ. 2010, p. 507).

Referências

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. In: TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo (Orgs.). *Justiça de Transição: direito à justiça, memória e à verdade*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p. 63-86.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF n. 153.* Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno, j. 29.04.2010, maioria. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> Acesso em: 27 de out. 2016.

CARONI FILHO, Gilson. *A segunda tortura de Eros Grau.*2010.Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Coluna/A-segunda-tortura-de-Eros-Grau/20240> Acesso em: 27 de out. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil.* 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso: 27 de out. 2016.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Direitos humanos na América Latina: transições inconclusas e a herança das novas gerações. In: RÚBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos humanos e globalização:* fundamentos e possibilidade desde a teoria crítica. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 494-509.

LEAL, Rogério Gesta. A memória como direito fundamental civil e político: qual o caminho brasileiro? In: LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Verdade, memória e justiça:* um debate necessário. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012. p. 8-34.

LIMA, Camila Gomes de; ALMEIDA, Eneá de Stutz e. Reparação das violações a direitos humanos: um conceito em disputa na transição política brasileira. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; TAVARES NETO, José Querino; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Orgs.). *Acesso à justiça II*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 272-291.

NAHOUM, André Vereta; BENEDETTI, Juliana Cardoso. Justiça de transição e integração regional: o direito à memória e à verdade no MERCOSUL. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição.* Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, jan./jun. 2009. p.296-317.

PIRES, Cecília Maria Pinto. Memória, verdade e justiça como luta ética.*Pensar*. Fortaleza, v. 20, n. 1, jan./abr. 2015.p. 61-83.

REMÍGIO, Rodrigo Ferraz de Castro. Democracia e anistia política: rompendo com a cultura do silêncio, possibilitando uma justiça de transição. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição.* Brasília: Ministério da Justiça, n. 1, jan./jun. 2009. p. 178-202.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; SOARES, Ricardo Maurício Freire. As funções do direito à verdade e à memória. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 19 – jan./jun. 2012. p. 273-288.

TORELLY, Marcelo D. A formação da norma global da responsabilidade individual: mobilização política transnacional, desenvolvimento principiológico e estruturação em regras internacionais e domésticas. In: MEYER, Emílio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Orgs.). *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição de 1988.* Belo Horizonte: Initia Via, 2014. p. 479-522.

YANAGUI. Sério de Brito. *A responsabilização civil do Estado brasileiro e a responsabilização regressiva de agentes públicos por danos causados por motivação política durante o regime militar:* estudo de caso a partir da Ação Civil Pública n.º 0011414-28.2008.4.03.6100 ("Caso DOI/CODI/SP"). Monografia de graduação apresentada na Universidade de Brasília: Faculdade de Direito. Brasília, 2011.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Féliz (Org.). *Justiça de Transição:* manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 47-71.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA E RELAÇÕES PRIVADAS.
Coordenadora: Maria Cláudia Cachapuz

Canoas, 2017.

AS RELAÇÕES PRIVADAS E A SEGREGAÇÃO URBANA, SOCIAL E ECONOMICA DOS PEQUENOS COMERCIANTES

Guilherme Assis de Figueiredo
Especialista em Teoria do Estado, das Rel. Privadas e do Processo (Unigran),
Especialista em Direito Civil e Processual Civil (Uniderp)
Especializando em Docência no Ensino Superior (Puc/RS)
Aluno especial de mestrado (UFMS)
figeoli@uol.com.br

Resumo:

Este artigo aborda a segregação urbana do pequeno empresário e a lógica do mercado que impede a entrada de novos empreendedores nas áreas urbanas e localizações de caráter comercial através da cobrança de luvas. Descumprimento ao preceito constitucional da livre iniciativa e concorrência, art.170 da CF. Uso e costume reiterado do mercado imobiliário em cobrar "luvas", dando como letra morta o disposto na lei. Prática informal de cobrança de "luvas", sem lastro documental que comprovem a prática. A análise à luz da legalidade de "luvas" no sistema jurídico brasileiro. Com proposta de alteração da legislação vigente.

Palavras-chave: Relações privadas. Livre iniciativa e concorrência. Segregação urbana.

1 Considerações Iniciais

Na Mesopotâmia o ideograma que representava o mercado era um *Y* que indicava a intersecção de duas rotas, que era o local das trocas das vendas e dos encontros, sendo certo que quanto maior o fluxo de pessoas, maior seria a possibilidade de vendas, pois bem, na presente data a localização do ponto comercial ainda é fato de curial importância para o empresário, pois somente os locais com grande afluxo de pessoas garantem maiores vendas.

As desigualdades sociais e econômicas se refletem e se complementam na segregação urbana e social da população mais carente, mantendo os ricos mais ricos, e os pobres sem opções para almejar um futuro melhor, a segregação dada pelas moradias residenciais nas periferias se estendeu a segregação do pequeno comerciante e empresário, que por ser pouco capitalizado não pode arcar com os valores abusivos cobrados a título das "luvas" pelos proprietários de imóveis em locais de grande afluxo de pessoas, invariavelmente nas regiões centrais das cidades, local onde há maior viabilidade de vendas, e via de conseqüência, de maiores lucros.

O mercado imobiliário sempre considerou normal e exigível dos inquilinos as "luvas" nas locações não residenciais, o antigo Decreto 24.150/34 proibia de forma expressa a sua cobrança, já a presente Lei do Inquilinato 8.245/91 proíbe a cobrança de qualquer outro valor que não o aluguel e acessórios de locação quando da renovação ou prorrogação do contrato de locação não residencial, sendo silente à respeito do contrato inicial.

Os valores de "luvas" são muito expressivos e passam a custar até mais do que todo o valor que o empresário gastaria com a aquisição de uma franquia mais o capital de giro e mercadorias, em

alguns locais chega ao valor e R$400.000.00, o céu é o limite, o locador exige o valor que bem entender.

O Estatuto da Cidade que institui o plano diretor (para cidades acima de 20.000 habitantes) que projeta a cidade visando o seu desenvolvimento social e econômico harmônico e visando o bem estar do cidadão, com o zoneamento urbano é descaracterizado pela cobrança de luvas que tão somente permite aos empresários capitalizados a que paguem valores abusivos de "luvas" para se instalarem nos melhores pontos comerciais, afastando a concorrência dos demais empresários pouco capitalizados, sendo certo que os custos de tais dispêndios com as "luvas" serão repassados aos preços dos produtos, pagando por fim o consumidor os custos do ponto comercial, tornando as cidades irreais e artificiais, posto que não haverá concorrência e nem mesmo um adequado mix de lojas à disposição do cidadão. O interesse dos empresários capitalizados em pagar as "luvas" é esperado, pois ao pagar as "luvas" o empresário afasta a concorrência, relegando ao empresário menos capitalizado a periferia das cidades.

Contemporaneamente, vários doutrinadores são a favor da cobrança de "luvas" no contrato de locação inicial, tão somente. Vários outros são contra a cobrança quer no contrato inicial quer nas renovações ou prorrogações contratuais. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se posiciona contra a cobrança, já o STJ é favorável tão somente a cobrança de "luvas" no contrato inicial. Entretanto, inúmeros fundamentos expostos neste artigo ainda não foram enfrentados pelos Tribunais, as premissas constitucionais de livre concorrência e isonomia de condições aos agentes privados para desenvolvimento de empreendimentos estariam sendo violadas? Estas e outras questões é que são objeto de enfrentamento no presente artigo

2 O contexto social das locações não residências sua evolução e correlação com a segregação dos trabalhadores na preferia

O Brasil do início do século passado era uma sociedade basicamente rural. Com o advento do inicio da industrialização nos anos de 1930, paulatinamente as pessoas passaram a buscar melhores condições de vida, ocorrendo a migração para as grandes cidades brasileiras e pólos industriais de grande demanda por mão-de-obra, os imigrantes e migrantes se estabeleceram nas periferias em cortiços e moradias precárias, em razão dos valores expressivos de locação e salários baixos, firmando desta forma uma delimitação espacial em que cidadãos abastados moravam no centro das cidades ou em bairros nobres com toda a infra-estrutura e proletariado nas periferias e cortiços.

Holston expõe a realidade brasileira de segregação dos pobres em regiões afastadas dos grandes centros,"As periferias urbanas se desenvolveram no Brasil como o lugar dos trabalhadores pobres e o lugar para os trabalhadores pobres" (HOLSTON, 2013, p.197), qual seja, as desigualdades sociais se refletem e se complementam na segregação urbana, social e financeira da população, mantendo os ricos mais ricos e os pobres sem opções de almejar um futuro melhor. É neste contexto que Amartya Sen expõe que a possibilidade de se obter uma vida digna depende do respeito aos cinco tipos de liberdade, quais sejam, as liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias, transparência e segurança protetora, para fins de se obter a possibilidade de cada família possa exercer a micro-atividade econômica e não somente a obtenção de um emprego público ou na iniciativa privada, sendo desta forma importante a regulação e controle para o seu desenvolvimento.

A cobrança de luvas em locações comerciais e não residencial, é fato que restringe as liberdades do cidadão, inexistindo a regulamentação necessária evitar a sua cobrança.

> As facilidades econômicas são as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósito de consumo, produção ou troca. Os intitulamentos econômicos que uma pessoa tem dependerão dos seus recursos disponíveis, bem como das condições de troca, como os preços relativos e o funcionamento do mercado. A medida que o processo de desenvolvimento econômico aumenta a renda e a riqueza de um país, estas se refletem no correspondente aumento de intitulamentos econômicos da população. Deve ser óbvio que a relação entre a renda e a riqueza nacional de um lado , e de outro, os intitulamentos econômicos dos indivíduos (ou famílias), as considerações, distributivas são importantes em adição agressiva. O modo como as rendas adicionais geradas são distribuídas claramente fará diferença (SEM,1999,p.55).

A população urbana brasileira no começo do século passado era tão somente de 17,4% em 1900, em 1940, passou a 31,2%, sendo que na década de 1960 passou a 44,7% e acelerando até 2000 temos 81,2% da população urbana, invertendo por completo o quadro do início do século de um Brasil com uma população predominantemente rural, para uma população urbana (HOSLTON, 2013, p.146) .

A inclusão social e desenvolvimento econômico das famílias, dependem, como já expostos, das cinco liberdades, bem como a que haja oportunidades de seu desenvolvimento como micro-atividade social, não será relegando e segregando os cidadãos mais pobres, e comerciantes menos capitalizados, tanto no morar como no empreender, para que somente possam exercer o comercio na periferia, que haverá a geração de riquezas e a possibilidade de inclusão e ascensão social. Neste contexto, é que a cobrança de "luvas" em contratos não residenciais se insere, posto que é algo efetivamente cobrado nos centros das cidades, sem qualquer regulamentação quanto a valores, sem lastro documental, e o qual resulta na exclusão da grande maioria dos comerciantes menos capitalizados. Portanto o que era realidade em 1940, assim o é em 2017, as luvas eram e são cobradas em valores expressivos e sem qualquer justificativa plausível, quer contratual, quer legal, ocorrendo a segregação, neste caso do comerciante menos favorecido, e que não reúne condições para pagar as luvas exigidas pelos proprietários de imóveis comerciais nos centros das cidades. Tais fatos guardam intrínseca correlação para com a segregação e exclusão dos locais de moradia das massas de trabalhadores para a periferia das cidades.

Importante ressaltar, a ilegalidade das propriedades na periferia das cidades no tocante a local de moradia. Possuindo os moradores, na maioria das vezes, somente a posse. Após grandes lutas, acabam alcançando a sua legalização. No caso dos imóveis comerciais, não há invasão, ou posse precária, ou possibilidade de usucapir tais imóveis, portanto, não há lutas, não há possibilidade de se obter tais locais que não pelo poder financeiro.

A realidade das locações não residenciais seguiu a mesma dinâmica e realidade, das locações residenciais, mantendo os comerciantes abastados no centro das cidades em locais nobres e de grande afluxo de pessoas, e relegando o pequeno comerciante às periferias e bairros da mesma cidade, posto que não possuem condições de arcar com os custos da locação e das luvas cobradas.

Tais fatos demonstram que se pode até mesmo pensar que há um "conluio de vontades" entre os proprietários de imóveis e comerciantes capitalizados, em cobrar e em pagar as "luvas" cobradas nas locações não residenciais, como uma forma de impedir a que novos comerciantes, menos capitalizados, adentrem e se estabeleçam nos locais com maior afluxo de pessoas, e

conseqüentemente, com a possibilidade de geração de maiores vendas e lucros mais expressivos, como expõe Washington Cesar Shoti Nozu :

> Pode parecer que não, porém o que sustenta o país é a sua atividade econômica, quem gera riquezas são os empreendedores e os trabalhadores que disponibilizam capital material e humano para atividade produtiva, claro todos com intuito remuneratório (de forma diferente, é óbvio), a regulação e o controle são necessários, mas dentro da razoabilidade e da proporcionalidade, que muitas vezes são desprestigiadas (NOZU, 2014, p.428).

Após 1950, quando o Brasil já se industrializava, os imigrantes e trabalhadores nas grandes cidades moravam em regiões afastadas, sendo estes os únicos locais que conseguiam residir. Locais que não dispunham de serviços de infra-estrutura, convalidando uma segregação espacial e social que se perpetua até a presente data; com o que se reconheceu o "direito de laje", fato tipico das "favelas" hoje chamadas de "comunidades", mas que nada mais são que locais sem infraestrutura e esquecidos pelo Estado. A divisão espacial das cidades no Brasil segue na ordem inversa do que ocorre nos Estados Unidos da América, na qual o centro é destinado às atividades empresariais, e as periferias possuem mansões, sendo o local de moradia das pessoas, "Ao contrário da suburbanização das cidades americanas, que criou centros pobres e subúrbios ricos, a periferização das cidades brasileiras pôs os pobres na periferia e deixou os ricos no centro". (HOLSTON, 2013, p.207)

A realidade brasileira na presente data se transforma com a existência de melhores condições de vida e moradia nos subúrbios e até mesmo no esvaziamento dos centros das cidades como local de moradia e comercio, no entanto, os melhores bairros para residência, criaram seus próprios centros comerciais, e possuem infra-estrutura que não se vê na periferia. Tais fatos sociais, são facilmente observáveis no Rio de Janeiro, dividido entre a Zona Sul rica e a Zona Norte local pobre, em São Paulo temos o bairro Jardins de um lado em oposição a Itaquera, mantendo-se a segregação e exclusão tanto na parte de moradia como em locais para o comercio.

A correlação entre a segregação espacial nas cidades brasileiras, para com as oportunidades de vida, os melhores locais para a instalação de lojas comerciais, são os de grande afluxo de pessoas, e nestes, haverá com certeza, a cobrança de luvas, quer sejam no centro das cidades, quer nos bairros, ou até mesmo é possível se imaginar a sua cobrança na periferia, a segregação social se transforma em segregação econômica, posto que as luvas sejam cobradas nos melhores locais para desenvolvimento da atividade do comercio, impedindo a ascensão economia e até mesmo social dos empresários menos capitalizados e via de conseqüência interfere na distribuição igualitária da renda. Desta forma, verificamos que a cobrança de luvas deve ser regulamentada, para não ficar o seu valor ao arbítrio dos proprietários a sua fixação.

> Embora tenha assim transformado um elemento fundamental da cidadania brasileira e sua segregação urbana, a autoconstrução também esclareceu e perpetuou muitos outros aspectos dessa segregação. Esse paradoxo foi em parte precipitado, porque o paradigma centro-periferia e urbanização separou os ricos dos pobres por grandes distâncias, criando contrastes gritantes no espaço. Como solução para a moradia das classes trabalhadoras, a autoconstrução permitiu que as elites se livrassem da proximidade dos pobres e da responsabilidade por seu bem-estar doméstico.Trouxe para a elite uma tranqüilidade quanto ao que está fora do alcance da vista , pois os pobres foram deixados desassistidos em lugares distantes.(HOLSTON, 2013, p.243)

Constata-se que a cobrança de luvas deve ser regulamentada, para não ficar o seu valor ao arbítrio dos proprietários a sua fixação, gerando distorções espaciais, econômicas e que inibam a existência da livre iniciativa.

3 Dos preceitos da livre iniciativa e concorrência e das relações privadas nas locações não residenciais

Como exposto nas notas introdutórias, na Mesopotâmia o ideograma que representava o mercado era um *Y*, este indicava a interseção de duas linhas ou rotas, local onde as pessoas realizavam as trocas, qual seja, para que o comércio funciona-se era importante o encontro das pessoas, quanto maior o fluxo de indivíduos, maior era a possibilidade da troca/venda se efetivar, como muito bem expõe Heliana Comin Vargas.

> [...O comércio, principalmente, como se terá a oportunidade de verificar, não pode prescindir do encontro de fluxos de pessoas, mercadorias e serviços, ainda que o encontro virtual esteja cada vez mais presente....] (Vargas, 2001,P.80)

Daí verifica-se que o mais importante para que as trocas, vendas se efetivem, é a localização da loja, do ponto comercial, estando o mesmo em local de grande afluxo de pessoas é natural que maior sejam as vendas, sendo portanto tal loja, tal ponto, tal localização, a busca incessante de todos os comerciantes, posto que é onde se maximizará os lucros.

A formatação das áreas urbanas com a designação de área comercial, já não é mais definida pelo Poder Público Municipal, através de sua lei de zoneamento urbano, mas pela condição econômica do empresário em ter condições de pagar as luvas e "adquirir" um ponto comercial, em um local de grande afluxo de pessoas, o questionamento a luz do direito é: ao adquirir, ou ainda, ao arrendar um automóvel, um avião, uma fazenda ou qualquer bem da vida, há por acaso a necessidade de se pagar outro valor que não o preço do bem ou o preço do arrendamento? Quando se pagam as "luvas", o que se adquire? Seria meramente a obtenção do direito de contratar a locação? É legal a cobrança de um ágio na contratação de uma locação de um imóvel não residencial?

Tais questionamentos sempre foram ultrapassados em razão do forte costume arraigado, e hoje tido como lei no mercado imobiliário. Somente quem mais tem consegue obter os melhores pontos comerciais de determinada cidade.

O locador normalmente não oferta recibo de pagamento das "luvas", recebendo tais valores em espécie, o que normalmente inviabiliza o seu questionamento judicial, razão pela qual se verifica uma inexpressiva quantidade de ações por sobre tão relevante tema. Gabriel José Junqueira (JUNQUEIRA, 2013, p.29) muito bem define "luvas", nos seguintes termos:

> [...]Num conceito genérico, luva é toda e qualquer quantia paga ou valor pago, total ou parcial, por motivo de locação, sublocação ou cessão de contrato, isto é, são todas as recompensas que o locatário paga como prêmio para conseguir o ponto ou local para a sua atividade comercial ou industrial ou de prestação de serviços.[...] (JUNQUEIRA, 2013, p.29)

É fato notório que para se locar um imóvel comercial ou não residencial, nas melhores localizações das cidades, se exige o pagamento de "luvas" para que se obtenha o tão sonhado ponto

comercial. Na prática, tais valores são pagos à vista e em dinheiro e de tal pagamento não é dado recibo ou comprovante de pagamento, normalmente nas renovações do contrato novos valores de "luvas" são cobrados e pagos. Neste sentido leciona Gildo dos Santos a seguir exposto:

> [...] Os pretórios aqui e ali, registraram esse fato, como nos diz a ementa do acórdão da Ap.260.705 de que foi relator Aldo Magalhães, ao estabelecer que "apesar de inegável significado econômico, as luvas, porque ilegais (art.29 do Dec.24.150) são ajustadas de forma clandestina, e esta circunstância recomenda não sejam consideradas, no método comparativo, as locações em que tenha havido pagamento de luvas, dada a pouca confiabilidade dos valores que se afirma pagos a esse título. Têm-se ai a dificuldade de provar a cobrança ou pagamento das "luvas", sendo que poucos casos são encaminhados ao Poder Judiciário, para que seja verificada a legalidade ou não da referida cobrança de "luvas". [...](SANTOS, 2011, p.289)

Em artigo "Legal, cobrança de luva é controversa" (NEVES, 2014) muito bem demonstra-se o quão irreal são os valores cobrados de "luvas", é citada como exemplo a cobrança do valor de R$400.000.00 de "luvas" para uma loja de 130 metros quadrados no bairro do Brás, na Rua do Gasômetro em São Paulo/SP, sendo certo que o valor de aluguel é de R$50.000.00 mensais, outro exemplo citado pelo Jornalista é um salão de 500 metros quadrados na Rua do Seminário no Centro de São Paulo/SP, com a cobrança também do valor de R$400.000.00 de luvas e aluguel mensal de R$25.000,00.

Tais valores são cobrados nos locais de grande movimentação de clientes, sendo que em locais com pouco movimento de pessoas e ruas transversais as principais o valor de "luvas" nem mesmo é cobrado, ou o é em valores bem menores.

> [...]Quem quiser alugar uma loja de 130 metros quadrados localizada na Rua do Gasômetro no Brás, terá que arcar com custos bem mais altos do que os R$50 mil mensais necessários para a locação do bem. Para ter direito de utilizar o ponto, o proprietário do local exige do inquilino nada menos do que oito vezes o valor do aluguel. São R$400 mil pelas chamadas "luvas", a polêmica cobrança realizada em áreas de grande atividade comercial, onde a disputa por locações costuma ser acirrada.Em outro ponto da cidade, na Rua do Seminário, no Centro, alugar um salão de 500 m2 só será possível depois do pagamento dos mesmos R$400 mil, a despeito dos R$25 mil cobrados mensalmente de locação. Apesar de elevados, os valores de "luvas" não estão descritos nos anúncios. Para conhecê-los o interessado deve consultar a imobiliária responsável pela divulgação dos imóveis.Há, no entanto quem discorde da interpretação. Não compactuo com a cobrança de "luvas". A disputa pelo ponto deveria ser estritamente comercial. O jurista puro teria de coibir essa situação justamente porque não há qualquer previsão legal sobre ela. Eu reprimiria", argumenta o especialista em direito empresarial Ricardo Trotta do Ricardo Trotta Advocacia." (NEVES, 2014)

Qual o fundamento legal de tal cobrança? A cobrança das "luvas" no valor de R$400.000.00 como acima exposto se refere a algum valor legalmente instituído e devido pelo locatário? Refere-se à compra de parte do imóvel ou mera exigência do locador?

Tais fatos inviabilizam a pretensão do empresário de possuir o seu negócio em local de grande afluxo de pessoas, resultando em um ambiente urbano e econômico restritivo e irreal, posto que o planejamento urbano dado pelo Poder Municipal através do zoneamento urbano, permitindo o comércio em determinadas regiões, visando a criação de um ambiente para o consumo do cidadão e bem estar da população, será eivado de limitações, porque não haverá uma grande e diversificada variedade de lojas e produtos a disposição dos consumidores, mas tão somente a instalação de estabelecimento comercial de empresários que tenham capital suficiente para o pagamento das

"luvas", afastando o comércio de empresários pouco capitalizados e de produtos com margem mais restrita de lucro, tais como armarinhos, sapateiros, loja de concerto de eletrodomésticos, bicicletarias, etc..

Tais fatos formam um ambiente artificial que não responde adequadamente as necessidades de consumo do público em geral, além do que certamente os valores pagos de luvas pelo empresário serão objeto de repasse aos preços dos produtos.

A bem da verdade é que o ser humano somente deseja, somente cobiça aquilo que vê, no comercio não é diferente, o desejo do consumidor advém do contato quase que diário e inevitável com os produtos e mercadorias expostos, ou em propagandas na TV ou internet, quer seja um novo produto, ou um velho produto com nova roupagem e cores diferentes, o estudo de cores, perfumes, iluminação, a disposição das mercadorias, vitrinismo e tudo o mais que a propaganda e marketing fazem para tornar o desejo de compra algo inevitável é atualmente utilizado para transformar desejos em compras. Neste sentido a localização do ponto comercial da loja é mais do que importante é essencial para o sucesso das vendas e lucro do empresário. Neste sentido leciona Heliana Comin Vargas.

> Quando as necessidades básicas são supridas, outras começam a aparecer. Na verdade o homem tem necessidades e desejos. Os desejos tornam-se necessidades à partir do momento em que se vislumbra a possibilidade de satisfazê-lo.Os desejos também dependem do repertório individual. Só se deseja o quê se conhece ou sabe que existe (VARGAS, 2001,p.265)

Tais fatos são muito bem observados em shopping centers, quem foi a um único shopping conhece todos os demais, pois as lojas se repetem sempre, ressaltando que a legislação afeita aos shoppings centers é diversa da lei de locações, apesar desta última conter alguns artigos específicos quanto a shopping centers, sendo em tal caso permitida a cobrança de "luvas", de fundo de promoção e propaganda e até mesmo parcela de parte do lucro do lojista de shopping center.

Preceitos constitucionais de livre iniciativa, e concorrência, função social da propriedade urbana, (art.170, caput, art.182, caput, §2, todos da CF) teriam sido violados com a restrição da atividade comercial muitas vezes efetivada pela cobrança de "luvas"? A lei de zoneamento urbana dada pelos Municípios é patente em informar quais seriam os locais onde o comércio poderia se instalar, no entanto a cobrança de "luvas" impede o livre uso destes espaços por parte dos empresários que não se sujeitam ou não têm condições de pagarem as "luvas", gerando conflitos entre o pensar estatal de uma cidade e a realidade imposta pelo mercado imobiliário.

4 Da Lei 8.245/91

Anterior a atual lei de locações de imóveis residenciais e não residenciais Lei 8.245/91 aplicava-se o contido no Decreto 24.150/34 nos termos de seu art.29, o qual era expresso em vedar a cobrança de "luvas" bem como de qualquer benefício especial ou extraordinário e imposto de renda por parte do proprietário, bem como em seu art.30 era proibida toda e qualquer cláusula que tivesse o intuito de elidir os objetivos da lei.

Atualmente a Lei 8.245/91 é silente quanto ao termo "luvas", mas em seu artigo 43, I, nomeia como contravenção penal a exigência de qualquer valor do inquilino que não sejam o aluguel e encargos permitidos, tal como IPTU, quando da renovação da locação.

Desta forma ao analisarmos o referido artigo e inciso verificamos que ao se locar um imóvel não residencial, os únicos valores que poderiam ser cobrados pelo proprietário do imóvel seriam o aluguel e encargos, tal como o IPTU, com o que a cobrança de luvas seria considerada contravenção penal e seria ilegal a sua cobrança, posto que é um valor substancialmente superior ao aluguel e cobrado para que se efetive a locação do imóvel. O núcleo do tipo penal seria a ação de exigir, por parte do locador os valores das luvas.

O art.45 da Lei 8.245/91 proíbe de forma expressa a inserção no contrato de locação de qualquer cláusula que importe em pretensão de elidir os objetivos da lei, que é o fim maior de permitir a prorrogação do contrato de locação desde que satisfeitas as condições legais, permitindo a renovação do contrato e a permanência do locatário no imóvel, tendo em vista que satisfeitas e cumpridas todas as exigências legais, tais como a o total adimplemento das obrigações assumidas, a notificação tempestiva da pretensão de renovar a locação, o locatário possui direito a renovação contratual e que não pode ser impedida quer por exigências pecuniárias extra-contratuais, quer por simples vontade do locador.

Tendo em vista que o objetivo da Lei 8.245/91, em seu art.43. I é proibir a cobrança na locação de qualquer valor que não seja o aluguel e encargos permitidos, as "luvas" seria a cobrança de outro valor que não o aluguel e encargos, portanto em consonância com o art.45, que declara como nulas todas as cláusulas que visem elidir os objetivos da lei, tanto na renovação ou prorrogação do contrato de locação.

Ao contrário do revogado Decreto 24.150/1934 que proibia expressamente a cobrança de luvas, a atual Lei 8.245/91 é silente a este respeito, da possibilidade ou proibição da cobrança de "luvas", o que gera várias interpretações e posicionamentos de nossos doutrinadores e Tribunais.

5 Da posição dos doutrinadores e do STJ

No entanto, a maioria dos doutrinadores e até mesmo o STJ- Superior Tribunal de Justiça acolheram a tese de que em direito privado ao contrário do direito público tudo o que não é vedado pela lei pelos bons costumes e pela ordem pública é permitido, desta forma uma vez a lei de locações 8.245/91 em seu artigo 45, veda a cobrança de forma expressa no caso das renovações de locações de imóveis não residenciais, estaria então permitida a cobrança de luvas no caso dos contratos iniciais de locação de imóveis não residenciais.

O STJ já reformou duas decisões do TJ/RJ que impediam a cobrança de "luvas" no contrato inicial de locação em locações não residenciais, sob o fundamento de que a cobrança seria permitida, até mesmo citando o Professor Gildo dos Santos, o qual defende a tese da permissão da cobrança, como abaixo exposto, é bom eu se diga que a maioria das fundamentações e fatos expostos neste artigo ainda não foram objeto de exposição, conhecimento e decisão perante o STJ, bem como o que hoje existe é jurisprudência e não súmula vinculante.

Alguns doutrinadores tais como Gildo dos Santos, afirmam que a máxima do direito privado deve ser aplicada, "é licito tudo o que não contrarie a ordem pública, os bons costumes ou que a lei não proíba", sendo a atual lei do inquilinato silente especificamente quanto a "luvas", a mesma pode ser cobrada no contrato inicial de locação, pois não foi expressamente proibida, como o foi no caso das renovações contratuais de imóveis não residenciais.

> Com a vigente lei do inquilinato não há mais vedação quanto a exigência de "luvas", tratando-se do contrato inicial. A proibição existe apenas em caso de renovação do ajuste. É o que se conclui do seu art.45, que tem por nulas entre outras, as cláusulas que "afastem o direito de renovação, na hipótese do art.51, ou que imponham obrigações pecuniárias para tanto.Sabe-se que no direito privado, é licito tudo o que não contrarie a ordem pública, os bons costumes ou que a lei não proíba, (ao contrário do direito público em que é lícito somente o que a lei autoriza), de modo que se tem, como segura conclusão que é admitida a cobrança de "luvas" na primeira contratação da locação não residencial (SANTOS, 2012, p.289)

Da mesma forma Paulo Restiffe Neto, reconhece a possibilidade de cobrança de "luvas" no contrato inicial e a vedação de cobrança de "luvas" nas renovações dos contratos de locação não residenciais, fundamentando-o como Enunciado 9 do extinto 2 TACIV/SP, o qual ao analisar e interpretar o art.45 da atual lei do inquilinato reconhecia como válida a cobrança de "luvas" no contrato inicial de locação comercial. Ressaltamos que a fundamentação dada como base em Enunciado do Tribunal de Alçada Cível de São Paulo (extinto), não possui qualquer efeito cogente, servindo tão somente como uma referência jurídica.

> Com a unificação da regência de todas as locações urbanas (o que exclui a renovação de imóveis rústicos, prevista no revogado Decreto 24.150, art1) a renovação da locação não residencial em amplitude até maior que a comercial da "lei de luvas", fica inteiramente disciplinada pela Lei 8.245/91, arts. 51,52 e 71 a 75, além das disposições processuais gerais do art.58 e outros textos compatíveis. A expressão "luvas" que caracterizou o nomen júris do Decreto 24.150, exprime o uso de cobrança desse prêmio em dinheiro pelo locador, para início e renovação do contrato. O Enunciado 9 do extinto TACivSP, ao interpretar o art.45 da atual lei, reputa válida (portanto não nula) a cobrança de luvas no contrato inicial de locação comercial, como já ocorria, como se infere do art.29 do Decreto 24.150/1934, que não proibia luvas no contrato inicial. Enfim, a proibição de "luvas" mantém-se na renovação (art.45, parte final). (NETO, 2009, p.209).

O mestre Sylvio Capanema de Souza, professor na UCAM/RJ, co-autor do projeto de lei de locações, atual Lei do Inquilinato 8.245/91, também possui entendimento de que a cobrança de "luvas" é ilegal nas renovações e não pode ser efetivada, posto que cobrar qualquer quantia além do aluguel e dos encargos é vedada, podendo ainda tal ato ser interpretado como contravenção penal dada pelo art.43,I da Lei do Inquilinato, sendo o núcleo do tipo a ação de exigir o valor das "luvas", por parte do locador. De qualquer forma, não há uma explanação maior e detalhes sobre a matéria para que possamos adentrar com mais precisão no que o Mestre efetivamente fundamenta a sua afirmação, que não na interpretação da lei que o mesmo foi co-autor do projeto de lei elaborado.

> Como em matéria penal não se admite interpretação analógica ou extensiva, só incidirá na sanção o locador que exigir quantia além do aluguel e encargos permitidos. Propor majoração, ainda que reiteradas vezes e por escrito, não tipifica a infração aqui referida. A celebração de transação, para elevar o aluguel, acima dos índices oficiais ou para atribuir ao locatário encargos que a lei comina ao locador, também afasta a incidência da pena. A hipótese inclui a cobrança compulsória de "luvas", que são antecipações de alugueis, ou de qualquer outra vantagem não prevista na lei, para renovar o contrato (SOUZA, 2012, p.184).

O professor Américo Luis Martins da Silva em artigo "A cobrança de luvas na locação comercial", possui posicionamento pela ilegalidade da cobrança de "luvas" em locações não residenciais, fundamenta basicamente o seu entendimento em que a cobrança de "luvas" no contrato

inicial de locação é indevida, pois tal valor já se encontra incorporado ao próprio aluguel e toda e qualquer valorização do imóvel ou do lugar do comércio, sendo certo o art.43 da Lei 8.245/91 vedou a cobrança de qualquer outro valor que não o aluguel e acessórios de locação dos inquilinos quer na contratação da locação quer na renovação da locação, entre os encargos permitidos não se encontra listada as luvas, igualmente, entende o Douto professor que se o art.45 vedou a cobrança de "luvas" quando da prorrogação ou renovação do contrato de locação, de forma expressa, acabou por estender a proibição também para a cobrança quando do contrato inicial, pois é princípio geral do direito ser incabível a aplicação de medidas diferentes para situações iguais, desta forma uma vez vedada a cobrança na renovação ou prorrogação a mesma vedação vale para o contrato inicial, posto que o fato ou ato é o mesmo, qual seja , a locação de um imóvel não residencial, como dito pelo professor "constitui princípio geral do direito ser incabível a utilização de medidas diferentes para situações idênticas", conforme abaixo se expõe a integra da exposição do professor Américo Silva.

> De maneira que, com a devida vênia aos ilustres especialistas, quando o legislador inquilinário proibiu a imposição de obrigações pecuniárias à prorrogação e à renovação, a bem da verdade, estendeu tal proibição a todos os casos de início ou ampliação da vigência dos contratos de locação comercial, incluindo aqueles denominados de "primeira locação", já que constitui princípio geral do direito ser incabível a utilização de medidas diferentes para situações idênticas (do mesmo gênero). Se não bastasse isso o art.43, proíbe o locador de exigir por motivo de locação ou sublocação quantia ou valor além do aluguel e "encargos permitidos". Os "encargos permitidos" são aqueles expressamente previstos na lei inquilinária como devidos pelo locatário ou facultada a sua cobrança pelo locador,em vista do caráter público da norma (publicização do ajuste inquilinário), fundado no interesse social e na proteção legal reservada ao inquilino que depende do imóvel locado para exercer atividade empresarial produtiva(comércio ou industria). A lei inquilinária em momento algum, permitiu expressamente a cobrança de luvas, sequer a enumerou entre as hipóteses de "encargos permitidos" (tal como fez nos incisos XI e XII do art.23, obrigação do locatário pagar prêmio de seguro fiança e despesas ordinárias de condomínio), ou pelo menos , facultou ao locador ajustar a sua cobrança (tal como fez no inciso VIII do art.22, em relação aos impostos e taxas). Portanto a nosso ver, mais este obstáculo se apresenta para a consagração da tese de "legalidade na cobrança de luvas na locação comercial....] (SILVA, 2002, p.60 a 74)

Ao analisarmos o posicionamento dos doutrinadores que são a favor da cobrança das luvas quando do contrato inicial e dos que são contra a cobrança em qualquer caso quer quando do contrato inicial quer quando da renovação ou prorrogação, é bom que se diga que a prática do mercado imobiliário é da cobrança em todos os momentos, quer no inicio dos contratos quer quando de sua renovação ou prorrogação.

Pois bem, voltamos aos questionamentos anteriores sobre qual é a razão ou justificativa para a cobrança das "luvas", seria a compra da "possibilidade de contratar" o aluguel de um imóvel em local privilegiado? Seria uma parte do aluguel a ser pago antecipado e sem recibo e sem pagamento do IR, por parte do locador?

As respostas não são fáceis e nem somente uma responde a todos os casos, mas em geral as "luvas" são cobradas pela possibilidade de contratar o aluguel em local privilegiado e o valor pago nunca é declarado ao fisco e não se emite recibo de tal valor pago, o costume arraigado no setor imobiliário veda quaisquer questionamentos, bem como vários empresários já se acostumaram a pagar as "luvas", uns até acham que é vantajoso, pois afasta a concorrência e aumenta os lucros,

somente empresários capitalizados é que dispões de condições de arcar com tais despesas, afastando os empresários descapitalizados.

Devemos analisar os parâmetros (princípios) constitucionais tanto os que teoricamente amparam como os que teoricamente vedam a prática da cobrança das "luvas", o art.170, III, IV da CF determina que é princípio geral da atividade econômica a livre concorrência e função social da propriedade privada, no presente caso como já exposto a livre concorrência é neutralizada, pois somente alguns empresários mais capitalizados é que possuem condições de arcar com os valores abusivos de "luvas" cobrados pelos proprietários dos melhores pontos comerciais das cidades, desta forma é fácil concluir que o referido dispositivo constitucional é desrespeitado. Da mesma forma o art.173, §4 da CF determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a eliminação da concorrência, as "luvas" cobradas certamente eliminam a concorrência e a livre iniciativa, pela busca dos melhores pontos comerciais de qualquer cidade brasileira, por parte dos empresários.

Da mesma forma o art.173, §4 da CF determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a eliminação da concorrência, as "luvas" cobradas certamente eliminam a concorrência saudável que poderia haver nos locais com maior afluxo de pessoas e melhores pontos comerciais de qualquer cidade brasileira, o que desrespeita o estatuído na Constituição Federal. Ao analisarmos um empresário que pretendesse abrir uma franquia da cacau Show em uma loja de rua, pagaria à franquia entre estoque, franquia, treinamento etc..., um valor de R$165.000,00, valor este datado de 03/2014, (site – www.ideias-me/franquia-cacau -show, acessado em 07/04/2016) e pagando o valor de aluguel mensal abriria a sua loja, no entanto com a exigência de "luvas" no caso em comento (artigo do Jornal O Estado de São Paulo, já exposto) deveria efetuar o pagamento de R$400.000,00 de "luvas", ora certamente o empresário pensaria inúmeras vezes antes de desembolsar tal quantia, ou até mesmo desistira do ponto comercial, porque não teria tal capital para investir, comprovando que as "luvas" na maioria das vezes supera e muito os valores necessários e inerentes ao negócio em si, transformando em um tormento ou mesmo em uma exigência de caráter intransponível ao empresário.

No capítulo da Política Urbana, em seu art.182, caput e §1, §2, da CF, a política de desenvolvimento urbano é definida com diretriz de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e de seus cidadãos, sendo que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende o ordenamento do Plano Diretor, pois bem, um imóvel não residencial do qual se cobram "luvas" para que o mesmo seja locado cumpre a sua função social que é o bem estar do cidadão ou pelo contrário subverte o plano diretor impondo uma série de restrições ao planejamento urbano das cidades, criando um meio urbano irreal e artificial, composto tão somente por empresários capitalizados que obtém o privilégio de locar os melhores pontos comerciais de determinada cidade, impedindo e acabando com a salutar concorrência? A resposta é afirmativa, se há vontade do proprietário do imóvel em cobrar as "luvas", também há a vontade do empresário capitalista de afastar a concorrência dos melhores pontos comerciais das cidades, ambas as vontades se amoldam em prejuízo único e exclusivo do cidadão consumidor.

Talvez este seja o ponto em comum entre o que é direito público (livre concorrência, zoneamento urbano, função social da propriedade urbana, abuso do poder econômico) e o que é direito privado (cobrança de luvas pelo proprietário do imóvel não residencial) e o abuso do direito privado com reflexos no direito público, com a penalização dos cidadãos que ao final têm repassados aos preços dos produtos os custos totais da locação, bem como têm desfigurada a sua cidade com desvios impostos à lei de zoneamento urbano e o planejamento das cidades, ficando esta irreal e artificial, restringindo o acesso do consumidor a preços mais baratos e a todos os serviços e produtos que necessita diariamente, obrigando-o a percorrer grandes distancias para ver atendidas

as suas necessidades como consumidor, posto que os empresários menos capitalizados serão expulsos para a periferia.

O Estatuto da Cidade criado pela Lei 10.257/2001, que regula o uso da propriedade urbana, tendo por fim o bem estar da população determina a regulação desta respeitando o fim social, para tanto o instrumento básico de tal política de desenvolvimento urbano é o plano diretor.

O plano diretor é uma lei municipal que é obrigatória em municípios com mais de 20.000 habitantes, e visa a proteção da qualidade de vida a justiça social e o desenvolvimento das atividades econômicas.

Artigo 2, IV e XVI da Lei 10.257/2001, informam que o planejamento urbano pretende a correção da distorção do crescimento urbano no tocante a distribuição espacial das atividades econômicas, bem como a isonomia das condições aos agentes privados na promoção de empreendimentos e atividades urbanas.

Deflui-se desta legislação que apesar do Estado não pretender adentrar nas relações entre particulares, visa o bem comum da coletividade, pretendendo através de instrumentos de política urbana, realizar regulamentações várias que possibilitem o crescimento urbano harmônico, sem distorções na distribuição espacial das atividades econômicas.

Ao analisarmos as relações entre locador e locatário de imóvel não residencial, verificamos que a cobrança de "luvas" é um empecilho ao normal crescimento harmônico e planificado dado pelo Estatuto da Cidade, através do plano diretor, pois tão somente alguns empresários capitalizados é que podem arcar com as despesas decorrentes dos expressivos valores de "luvas", verificamos que da relação antes privada entre os particulares se extrapola para interferir e invadir o que é público e pretensão estatal, com o que se vislumbra provável interferência do Estado em tal relação contratual privada no futuro, posto que as suas políticas de planificação do desenvolvimento urbano, efetivadas através do plano diretor não surtem os efeitos desejados.

O Estatuto da Cidade possui em seu artigo 4, I a III, instrumentos gerais para implementação da política urbana, tal como o plano diretor, planos de desenvolvimento econômico e social, incentivo e benefícios fiscais e financeiros e outros, no entanto em momento algum pretende o Poder Público se intrometer nas contratuais privadas, no caso do contrato de locação de imóveis não residenciais.

Talvez a única possibilidade do Poder Público intervir na regulação da relação privada seria através da gestão democrática da cidade, instituída nos artigos 43 a 45, do Estatuto da Cidade no qual há a possibilidade de através de iniciativa popular de projeto de lei, e de projetos de desenvolvimento urbanos. No entanto as relações privadas atinentes a locação não residencial não possuem apelo popular a ponto de ser objeto de tal intervenção estatal definida no Estatuto da Cidade.

Algumas decisões judiciais se posicionam no sentido de que a cobrança de "luvas" é ilegal, já uma ampla maioria de doutrinadores e o STJ entendem que seria permitida a cobrança de "luvas" no contrato inicial e vedado nas renovações, com o que alguns defendem que deve ser aplicada a penalidade do art.43, I da lei do inquilinato, já outros entendem que o que a lei não veda expressamente é permitido no direito civil brasileiro.

A jurisprudência do Egrégio STJ, Recurso Especial 406.934-RJ, a respeito do tema é sempre no sentido de com fundamento esposado por Gildo dos Santos, reconhecer que no direito privado é lícito tudo o que não contrarie a ordem pública, os bens costumes ou que a lei não proíba (ao contrário do direito público em que é lícito somente o que a lei autoriza), com o que é permitida a cobrança de "luvas" no contrato inicial da locação não residencial, sustentam que a Lei 8.245/91 em nenhum momento foi expressa em vedar a cobrança das "luvas" no contrato inicial.

> "RECURSO ESPECIAL N.406.934-RJ, (2002.0008285-0) RELATOR: MINISTRO FELIX FISCHER RECORRENTE-ARTHUR CARVALHO MONTEIRO ADVOGADO:ADAIL DE SOUZA CARNEIRO E OUTROS RECORRIDO:MARIA APARECIDA CARDOSO HONESTO CHARLES ADVOGADO: CARLOS ALBERTO LEITE CHARLES. EMENTA LOCAÇÃO. LEI 8.245/91 "LUVAS INICIAIS".A lei 8.245/91 em seu art.45, veda expressamente a cobrança de "luvas" –obrigações pecuniárias- quando da renovação do contrato. Contudo silencia ao contrário da legislação anterior (Dec. 24.150/34), no que se refere ao contrato inicial. Não há pois qualquer proibição, sequer implícita, quanto à sua cobrança. Não afasta esse entendimento o disposto no art.43 da Lei 8.245/91, pois o dispositivo veda a cobrança de valores além dos encargos permitidos e não elencados. Assim, apesar de não se fazer referências às "luvas" iniciais para permiti-las, tampouco se faz para proibi-las, o que, em termos obrigacionais, tendo em conta a liberdade contratual, faz concluir pela possibilidade da cobrança de valor sob este título. Recurso provido."

O Egrégio STJ ao analisar o Recurso Especial 1.003.581/RJ, da lavra do Douto Ministro Arnaldo Esteves Lima em seu relatório cita a R.Decisão do Egrégio TJ/RJ, o qual entende que a cobrança de luvas em contrato de locação não residencial é ilegal condenando o proprietário do imóvel a devolução dos valores de "luvas" para que não houvesse enriquecimento ilícito. Posteriormente o STJ julgou procedente o Recurso Especial, entendendo como cabível a cobrança de "luvas" no contrato inicial sendo vedada a cobrança nas renovações subseqüentes, cuja respectiva ementa abaixo se expõe:

> "AGRAVO INOMINADO. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. COBRANÇA DE "LUVAS". ILEGALIDADE. A ratio legis dos artigos 43, I e 45 da Lei 8.245/91 é vedar nas locações de imóveis, residenciais ou não, a cobrança das denominadas "luvas", permitindo tão somente o aluguel mensal e os encargos legalmente autorizados. Neste diapasão, as luvas pactuadas e pagas não podem ser retidas pelo locador, a uma porque o pacto é ineficaz diante da vedação do ordenamento jurídico, a duas porque conduz ao enriquecimento ilícito do locador. Improvimento do agravo."

O STJ em nenhum momento em suas fundamentações quer deste recurso cujo acórdão foi transcrito acima, bem como em vários outros tais como o RESP-406.934/RJ e outros, não foram enfrentadas as fundamentações expostas neste artigo, provavelmente por não serem inerentes aos fatos esposados pelos recorrentes, de qualquer forma os questionamentos sobre qual é a fundamentação para a cobrança das "luvas" e porque as mesmas são em valores estipulados pelo proprietário sem qualquer tipo de parâmetros mínimos de limitações à ganância e ao oportunismo e vários outros pontos expostos não foram objeto de conhecimento e decisão por parte do Egrégio STJ, sendo certo que não há súmula vinculante à respeito do tema, cabendo aos operadores do direito o desafio de com novos fundamentos obterem uma resposta mais adequada sobre o tema em matéria não pacificada, posto que vários Tribunais como o Egrégio TJ/RJ possuem o entendimento da proibição da cobrança de "luvas" em qualquer momento contratual da locação de imóveis não residenciais .

6 Considerações finais:

O ponto comercial físico e bem localizado ainda é sinônimo de boas vendas e bons lucros, apesar das vantagens e comodidades dadas pelas compras virtuais pela internet, que ameaçam cada dia mais as vendas das lojas físicas, a realidade física se mantém, pois a compra é muito mais que

mera satisfação das necessidades do cidadão, a compra é o encontro das pessoas, é o encontro da comunidade é a possibilidade de se ter contato com vários produtos de qualidade, preços e funções diferentes, é a possibilidade de interagir com o seu semelhante, é ver e ser visto, portanto o ambiente físico do ponto comercial ainda tem expressiva importância em nossa sociedade.

O presente artigo pretendia a exposição da segregação urbana em seu viés econômico e social que se perpetuam, mantendo os ricos cada vez mais ricos e excluindo os empresários menos capitalizados dos melhores pontos comerciais, impossibilitando a concorrência e a possibilidade de novos comerciantes nos locais de grande afluxo de pessoas, bem como dos vários interesses as vezes conflitantes as vezes convergente do locador e do locatário de imóveis não residenciais em razão da cobrança de "luvas" bem como a demonstração de que na doutrina a mesma não é pacifica, existindo correntes com forte fundamentações em sentido contrário a cobrança de "luvas" em qualquer momento contratual, já o nosso Tribunal Superior STJ se posiciona à favor da cobrança das "luvas" quando do contrato inicial, vedando a sua cobrança nas renovações e prorrogações do contrato de locação não residencial.

Pela visão do locatário, verificamos que os valores são abusivos e limitam e impedem a instalação de seu comércio em locais de grande afluxo de pessoas e clientes, resultando na maioria das vezes na desistência do empresário em optar por uma localização melhor e em local de grande movimento de clientes, engessando as Cidades quanto a possibilidade da livre concorrência e renovação de empresas e opções de compras melhores aos consumidores, bem como desvirtuando e tornando irreal todo o planejamento urbano elaborado pelo Estado para fins de permitir um crescimento econômico e que respeite a função social da propriedade, correto, adequado e coerente,que permita ao cidadão usufruir de locais de compras, de lazer e de trabalho que foram pensados e elaborados para o bem estar dos mesmos, o que com o avento da cobrança das "luvas" não é cumprido.

Pela visão do locador, têm-se que o mesmo possui um bem de alto valor e em local diferenciado de grande afluxo de pessoas, em que qualquer tipo de comércio ali instalado será um sucesso e desta forma nada mais justo que a cobrança das "luvas" para que o locador realize a locação, pouco importando à que título recebe tal valor, sendo certo que na maioria das vezes nem mesmo o pertinente Imposto de Renda é pago, muito menos recibo de tal pagamento é entregue ao empresário.

As conseqüências da cobrança das "luvas" foram expostas e as mesmas repercutem até mesmo no ordenamento das cidades, tornando-as irreais e artificiais, os valores das "luvas" pagas pelos empresários serão objeto de repasse aos consumidores e por fim até mesmo a conjunção de vontades do locador em cobrar "luvas" e do empresário em pagá-las para fins de afastar e eliminar a concorrência do local e aumentar os seus lucros também fazem parte das relações locatícias, evidenciando desta forma o abuso do poder econômico o qual deve ser objeto de repressão através de legislação a ser elaborada, uma vez percebida tal realidade fática pelo Poder Legislativo, conforme exposto em nossa Constituição Federal.

Na presente data há doutrinadores e decisões de Tribunal Estadual que sustentam pela ilegalidade da cobrança quer no contrato inicial, quer nas renovações ou prorrogações dos contratos de locação não residenciais, bem como há doutrinadores e o STJ que acolhem a tese de que a cobrança de luvas é devida tão somente no contrato inicial, sendo vedada nas renovações contratuais, no entanto a jurisprudência à respeito é muito pequena revelando a prática do mercado imobiliário de não emitir recibo do pagamento das "luvas" efetuadas pelo empresário/locatário, impedindo por fim a possibilidade de produção de prova em Juízo de pagamento do valor das "luvas".

O plano diretor dado pelo Estatuto da Cidade que visa o ordenamento do crescimento urbano harmônico e voltado para o bem estar da sociedade é alterado e violado pela cobrança de luvas, pois o zoneamento urbano que foi planejado e estudado sofre as influências da cobranças das "luvas", impedindo a concorrência e mantendo nos melhores pontos comerciais tão somente empresários capitalizados e repassarão aos preços dos produtos os valores pagos de "luvas". A anterior legislação era mais adequada e até mesmo mais evoluída neste sentido, o Decreto 24.150/34 proibia a cobrança de "luvas" nos contratos não residenciais de forma expressa e sem deixar nenhum tipo de questionamentos a respeito, o que impediria o atual conflito de decisões e posicionamentos divergentes tanto de nossos doutrinadores como de nossos Tribunais.

Pois bem, no futuro os operadores do direito e nossos legisladores, ao bem analisar as nuances da cobrança de "luvas" em contratos de locação não residenciais e os aspectos da interferência pública que resulta da relação privada, deverão avaliar se o mesmo necessita ser objeto de questionamentos judiciais que visem a alteração da atual jurisprudência e/ou a singela proposta que aqui se deixa de regulamentação legislativa para estipulação de parâmetros aceitáveis para todas as partes envolvidas ou sua proibição em definitivo, lembrando dos terceiros que mesmo sem saber pagam a conta, ou ao contrário, ser objeto de proibição de cobrança pois viola preceitos constitucionais de livre concorrência, função social da propriedade urbana e abuso do poder econômico.

Referências:

HOLSTON, James, *"Cidadania Insurgente*", São Paulo, Editora Companhia das Letras,2013,

JUNQUEIRA, Gabriel J.P., *Manual prático de locação*, Editora Juruá, 2013, 5 edição, p.29, Curitiba/PR

NETO, Paulo Restiffe, *Locação*:questões processuais e substanciais, editora Malheiros, São Paulo /SP, 2009, 5 edição, p.209

NEVES, Felipe, *Jornal O Estado de São Paulo*, edição de 06/10/14, seção Blogs Radar Imobiliário

NOZU, Washington Cesar Shoiti, "*Direitos Humanos e Inclusão*", Campo Grande/MS, Editora UFMS, 2014, p.428. p.243.

SANTOS, Gildo dos, *Locação e despejo*: Comentários a Lei 8.245/91, 7 edição, São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.289

SEN, Amartya, *Desenvolvimento com Liberdade*. São Paulo. Ed. Schwacz, 1999, p.55.

SILVA, Américo Luiz Martins, *Revista da procuradoria federal especializada*, INSS, Brasília/DF, 2002, vol.9, p. 60 a 74, site: HTTP: www.ieprev .com.br/arq/rpfe_9403.pdf

SOUZA, Sylvio Capanema de, *A lei do inquilinato comentada*, 8 edição, Rio de Janeiro/RJ, 2012, editora Forense, p.184

STJ Recurso Especial 1.003.581/RJ, http:WWW.stj.jus.br/ scon/decisões/ doc.jps?livre=Recurso+Especial visitado em 09/03/16.

STJ- RECURSO ESPECIAL N.406.934-RJ, (2002.0008285-0), site-HTTPS:www2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/num_registro= 002 00082850 &dt-publicação= 22/04/2002, acessado em 09/03/2016

VARGAS, Heliana Comin, *Espaço terciário, o lugar a arquitetura e a imagem do comércio*, São Paulo/SP, Editora Senac, 2001, p.80.

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA: EVOLUÇÃO DA SUA COMPREENSÃO DE ACORDO COM A VIVÊNCIA SOCIAL

Isadora Formenton Vargas,
graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS;
isadora.formenton@gmail.com

Resumo:

O presente trabalho parte da configuração histórico-jurídica do enriquecimento sem causa, introduzido no Código Civil de 2002. A pesquisa faz uso do método dedutivo, partindo-se de uma situação genérica com vistas a uma situação particular; do dialético, por meio da análise de posições doutrinárias, e, por fim, do empírico, por meio da análise do acórdão nº. 584004428, julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 1986. Pretende-se verificar a descarga argumentativa do intérprete em relação ao caso concreto e identificar algumas alterações dogmáticas geradas pela previsão expressa do instituto do enriquecimento sem causa, sobretudo com a previsão do art. 886 do Código Civil. Com isso, pretende-se verificar a relevância do processo argumentativo ao progresso da compreensão do enriquecimento injustificado. Antes disso, serão apresentados os pressupostos do enriquecimento sem causa e as cláusulas gerais que envolvem o tema, uma vez que as mesmas são importantes instrumentos legislativos previstos pelo Código Civil de 2002 à disposição do intérprete, garantindo segurança jurídica e, ao mesmo tempo, progresso no que tange à pretensão de correção.

Palavras-chave: Direito Civil. Direito Obrigacional. Cláusulas Gerais. Enriquecimento sem Causa.

1 Introdução

Para a compreensão do instituto do enriquecimento sem causa, deve-se partir de um panorama histórico-jurídico. De um lado, no Brasil, embora o enriquecimento sem causa não estivesse explícito no Código Civil de 1916, sua análise já era realizada por outras fontes de Direito, principalmente por meio da jurisprudência e da doutrina. De outro lado, na Alemanha, por exemplo, o enriquecimento injustificado encontra-se previsto desde 1900[1]. Nesse sentido, Savigny, que tanto identificou as arbitrariedades geradas pelo direito escrito, artificial, no século XIX, colaborou para o desenvolvimento do tema do deslocamento injustificado de patrimônio antes da promulgação do BGB[2].

A previsão expressa do instituto do enriquecimento sem causa no Código Civil de 2002 não consiste em inovação jurídica, e sim em consolidação. No entanto, não se trata de uma consolidação com viés estático, e sim dinâmico, pois se configura como ponto de partida, e não como ponto de chegada à argumentação jurídica. Isso porque, os artigos 884 a 886 do Código Civil permitem, por meio de cláusulas gerais, que o direito se aproxime e se efetive perante um caso concreto, inclusive identifica-se a possibilidade de recorrer-se a outros institutos do Código Civil, como se verá ao

[1] Faz-se a ressalva de que pagamento indevido e enriquecimento sem causa são juntamente regulados no BGB alemão do §812 ao §822, diferentemente do Brasil, em que são regulados separadamente.
[2] NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 31.

analisar o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nesse sentido, o enriquecimento sem causa já vinha sendo enfrentado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul muito antes do advento do Código Civil de 2002. Ocorre que, na ausência de inúmeros instrumentos legislativos, dentre eles, as cláusulas gerais intrínsecas ao tema, o que se percebia era uma utilização equivocada e arbitrária do instituto e dos seus pressupostos, o que, por sua vez, gerava insegurança jurídica, sem desmerecer o esforço realizado por muitos intérpretes para resolver as controvérsias valendo-se dos instrumentos existentes à época. Ratifica-se, assim, o fato de que "a segurança jurídica não tem por objeto uma norma ou pelo menos não a tem por objeto exclusivo; ela tem por objeto, em vez disso, um processo argumentativo" [3].

A técnica legislativa das cláusulas gerais permitiu que a comunicação deontológica e axiológica entre a Constituição Federal e Código Civil atuais resultasse na previsão expressa de enunciados normativos capazes de conferir coerência sistemática entre o exercício das relações privadas, a concreção de direitos fundamentais[4] e o objetivo de construir uma sociedade de acordo com princípios constitucionais, como, por exemplo, baseada na solidariedade[5] (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal). Além disso, como bem salienta a Prof.ª Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais, dentre outros instrumentos inaugurados legislativamente em 2002, representam "vivacidade experimental e flexibilidade" (informação verbal)[6] ao Código Civil. Isso quer dizer que, levando-se em consideração o desenvolvimento orgânico do direito, a vivência social representa um molde pré-constituinte das previsões expressas em lei e a previsão legislativa representa uma forma de conferir abertura ao mesmo tempo em que orienta o intérprete, garantindo maior segurança jurídica.

O enriquecimento sem causa envolve duas cláusulas gerais: a justa causa e o direito à restituição, salvo "se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido" (art. 886, do Código Civil). Vale ressaltar que o direito à restituição não existe no caso de haver justa causa, ou seja, é justamente a ausência de justa causa que gera o direito à restituição. As cláusulas gerais envolvem, para além de um obstáculo referente à equivocidade do conceito, outro quanto à uniformidade e à qualidade da descarga argumentativa nas decisões judiciais que versem sobre essas cláusulas no âmbito do enriquecimento sem causa, não obstante o direcionamento conferido formalmente pelo Código Civil.

Percebe-se, como já mencionado, que o intérprete deve proceder com cautela a fim de evitar a busca exaustiva de consenso[7], cada vez que discutido o instituto, pois isso dificulta o estabelecimento de segurança jurídica, constante na função de estabilidade[8] do enunciado. No entanto, vale ressaltar que a técnica legislativa das cláusulas gerais, cuja pretensão é a de correção, é salubre também à função de desenvolvimento (ALEXY, 2001, p. 254), uma vez que a natureza aberta dos conceitos permite que se adeque a norma ao caso concreto, observando o arquétipo de

---

[3] ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 169.

[4] CACHAPUZ, Maria Cláudia. O papel das cláusulas gerais para a concreção dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados. In: Judith Martins-Costa. (Org.). Modelos de Direito Privado. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1, pp. 50-75.

[5] SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). O Novo Código Civil e a Constituição. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149.

[6] Arbitragem e direito privado: homenagem ao Professor Clóvis do Couto e Silva. Palestra Proferida no Auditório da Faculdade de Economia da UFRGS. Porto Alegre-RS, em 23 de maio de 2017.

[7] CACHAPUZ, Maria Cláudia. O papel das cláusulas gerais para a concreção dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados. In: Judith Martins-Costa. (Org.). Modelos de Direito Privado. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1, pp. 50-75.

[8] ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001. pp. 253-257.

conduta esperado e preservando os direitos fundamentais que se salientam da interação entre privados e desses para com a coletividade.

Reconhece-se, para os fins deste trabalho, que o enriquecimento sem causa é instituto diverso e independente da regulação do pagamento indevido e do enriquecimento ilícito. O pagamento indevido é exceção à regra geral do enriquecimento sem causa (MICHELON, 2007, p.129), uma vez que, como referido pelo mesmo autor, "a determinação das consequências jurídicas do pagamento exclui a forma de determinação das consequências jurídicas do enriquecimento sem causa" (2007, p.128). Em relação ao enriquecimento ilícito, esse se diferencia do enriquecimento sem causa, pois está ligado aos atos de improbidade administrativa, regulado pela Lei nº. 8.429/92 que trata, especificamente, do enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Assim, será objeto deste estudo, baseando-se na compreensão de que a justa causa e o direito restituitório são cláusulas gerais, identificar a forma como o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul fundamentou o enriquecimento sem causa em 1986, de modo que será possível apontar, à luz do Código Civil de 2002, outros instrumentos possíveis para se chegar ao mesmo fim de correção pretendida naquele caso concreto. Antes disso, faz-se necessário verificar o enriquecimento sem causa e seus pressupostos, identificando algumas complexidades inerentes ao desenvolvimento da temática e o reflexo dessas dificuldades quando diante de um caso concreto.

2 Enriquecimento Sem Causa e Seus Pressupostos: Algumas Controvérsias

O enriquecimento sem causa possui basicamente dois conceitos principais juridicamente: como princípio e como regra. Isso porque, o enriquecimento sem causa pode ser princípio que serve "tanto como fundamento quanto como critério interpretativo para diversas regras que tratam de aspectos específicos de institutos do direito privado e mesmo, em diversos casos, para regras de direito público" (MICHELON JR., 2007, p.176). Vale ressaltar, entretanto, que o autor referido possui uma divisão diversa sobre regras e princípios. Importa, apenas, esse caráter duplo do instituto. É um princípio decorrente do princípio organizador da conservação estática dos patrimônios (MARTINS-COSTA; HAICAL, 2015, p. 03). Como regra, serve como instituto que regula a constituição de certas relações obrigacionais.

O deslocamento injustificado de patrimônio é proibição que alcança relações não só tuteladas pelo direito privado, como também público ou relações entre privados e Administração Pública. Alcança relações entre pessoas naturais, e também jurídicas. Embora o instituto do enriquecimento sem causa tenha sido abrigado pelo Código Civil, não pertence somente a ele, e sim a todo sistema jurídico. Basicamente, a vedação ao enriquecimento injusto significa a proibição de empobrecimento de uma parte e consequente enriquecimento de outra na ausência de uma causa que seja reconhecida pelo Direito e pela ordem social, ou seja, na ausência de uma justa causa.

Os pressupostos do enriquecimento sem causa não existem prontos desde o direito romano, nem quer dizer que já estejam estanques atualmente. As condições estabeleceram-se e aperfeiçoaram-se ao passo que os povos se transformavam: do direito romano ao advento dos estados nacionais; do jusracionalismo[9] - na figura do holandês Hugo Grócio - ao direito pré-

[9] WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, pp. 324-325.

codificado (NANNI, 2004, p.31) na Alemanha, por meio dos padectistas, por exemplo. Posteriormente, no século XX, verifica-se o desenvolvimento do enriquecimento sem causa nos sistemas jurídicos de common e civil law. Quanto a esse último, aprimora-se na Alemanha com a inserção no BGB, enquanto em outros países, como na França e, inclusive, no Brasil, percebe-se a influência da jurisprudência para o aprofundamento e detalhamento do tema, embora no nosso caso, diferentemente da França, tenha resultado na previsão legislativa em 2002, influenciando o sentido que deve orientar sua evolução (MICHELON JR., 2007, p.179).

Nesse sentido, os pressupostos contemporâneos percebem-se com (i) enriquecimento; (ii) empobrecimento; (iii) nexo causal entre (i) e (ii); (iv) a ausência de justa causa; e (v) o dever de restituir, exceto nos casos em que a "lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido" (Código Civil, art. 886). Quanto a essa última condição, demonstra-se que, da mesma forma que o negócio jurídico não é um fim em si mesmo[10], e sim um instrumento para que as partes, no exercício e na regulação da autonomia privada, alcancem determinado fim socialmente verificável (BETTI, 1969, p. 334), a proibição do enriquecimento, embora tenha natureza de ato não negocial, também não é um fim em si mesmo. Verificada a ocorrência do enriquecimento sem causa, surge a necessidade de retornar ao estado anterior à constituição da relação jurídica[11] seja por meio do direito à restituição, seja por meio de outros institutos do Código Civil.

À primeira vista, parece predominar o caráter fático do instituto do enriquecimento sem causa, mas não se pode desconsiderar o caráter normativo do instituto. Cláudio Michelon Jr. demonstra que esse caráter normativo do enriquecimento se encontra, justamente, quando se discute a justa causa na atribuição patrimonial, por exemplo. (2007, p. 185-186). Além disso, o mesmo autor ressalta que há uma "tensão entre regras jurídicas formais de atribuição patrimonial e as regras jurídicas que teriam o condão de justificar essas atribuições patrimoniais" (p.180). Segundo o autor, "as obrigações resultantes dessa tensão são o objeto do direito restituitório" (p. 180). Como cláusula geral, os artigos 884 a 886 representam "a fonte residual para que sejam desfeitas as atribuições patrimoniais juridicamente injustificáveis" (p. 180).

Assim, verifica-se um primeiro ponto que merece atenção: o enriquecimento sem causa, embora seja um instituto cujo termo é bastante utilizado para designar todo e qualquer tipo de deslocamento patrimonial, exercendo, assim, sua função de princípio conexo ao de conservação estática dos patrimônios, é disciplinado de forma determinada. O legislador não o disciplinou por acaso, uma vez que sua função, em verdade, "é residual (no sentido de apanhar todos os casos de enriquecimento justificado não regrados de forma específica) e subsidiária (cabendo quando não há outro remédio para a coibição do transpasse patrimonial injustificado)" (MARTINS-COSTA; HAICAL, 2015, p. 4). Além disso, também não é por acaso que o prazo prescricional relacionado à pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa possui disciplina própria (art. 206, §3º, inciso IV, do Código Civil), pois se distingue de outras formas de correção previstas pelo direito privado.

Uma das controvérsias do enriquecimento sem causa no direito brasileiro, anterior à sua previsão, era quanto à interpretação do art. 90 do Código Civil de 1916[12], ao qual se reconheceu que não guardava de fato relação com o instituto do enriquecimento sem causa, mas operava-se essa

[10] BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 334.

[11] MICHELON JR., Cláudio. Direito Restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. In: Coleção Biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 8 – coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 176.

[12] Art. 90. Só vicia o ato a falsa, causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição.

confusão à época. A doutrina anterior ao Código Civil de 2002 dividiu-se em anticausalista e causalista. Alguns autores, como, por exemplo, Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua, defendiam que a causa seria uma inutilidade. Outros, que a causa de fato existe, mas entendiam que no caso do enriquecimento não se trata de uma causa do negócio jurídico, e sim de uma causa de atribuição patrimonial (CASTRO, 1947). Essa última causa é a razão jurídica pela qual se cumpre determinada prestação, em virtude de obrigação anteriormente assumida.

Dos pressupostos do enriquecimento sem causa, percebe-se que a ausência da justa causa (art. 884, Código Civil) é o conceito mais indeterminado no que tange à disciplina do enriquecimento injustificado. É cláusula geral fundamental à compreensão do tema, pois é da falta de justificativa que justamente surge o direito à restituição. Como cláusula geral, cumpre o seu papel de evitar o potencial arbitrário do direito escrito. Isso porque, não parece racional a possibilidade de elencar em lei todas as causas possíveis que, ausentes, configuram o enriquecimento injustificado.

O sistema permite identificar quais sejam algumas das causas justas, o que pode se dar por meio da disposição legislativa, decisão judicial ou ato jurídico, inclusive os próprios usos do lugar, sendo essa última condição aceita e relevante no que tange à sistemática do Código Civil. Para uma compreensão filosófica, pode-se inclusive recorrer a Kant para referir que o próprio ato de vontade é uma espécie de causalidade, "e a liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente" (2007, p. 93). Ocorre que esse ato de vontade aliado à liberdade precisa ser considerado justo pelo sistema jurídico, e disso surgem as controvérsias.

O art. 885 do Código Civil demonstra, ainda mais, a impossibilidade de previsão taxativa ou, até mesmo, exemplificativa das justas causas, uma vez que indica a possibilidade do enriquecimento injustificado derivar do desaparecimento da causa. Logo, não apenas se observa a impossibilidade prática de previsão legislativa das justas causas, como também a impossibilidade de prever as hipóteses de desaparecimento das mesmas. É justamente para combater essas vicissitudes que existe a técnica legislativa das cláusulas gerais, permitindo, "a condução do intérprete ao direito do caso, e a possibilidade de responder institucionalmente a fatos novos, exercendo um controle corretivo do direito escrito" (MARTINS-COSTA, 1999, p. 342 apud CACHAPUZ, 2014).

Mesmo diante da impossibilidade de arrolar todas as causas justas, há três tipos de situações desenvolvidas pela jurisprudência e pela doutrina em que a ausência de causa configura o enriquecimento: (i) quando o enriquecimento sem causa não decorre de iniciativa nem do enriquecido, nem do empobrecido; (ii) quando decorre de iniciativa do próprio enriquecido, e (iii) aquela decorrente de imposição ao enriquecido (MICHELON JR., 2007, p. 225)

A controvérsia existente no estudo da justa causa em relação ao enriquecimento encontra-se justamente na interpretação que se pretende conferir à cláusula. Conforme Michelon Jr, "a interpretação mais tradicional da noção de causa no enriquecimento sem causa é bem mais restrita, uma vez que não visa, por meio do estudo da *causa*, a subversão das demais categorias do direito privado" (2007, p. 209). Isso é dito porque a causa do enriquecimento é a de atribuição patrimonial, muitas vezes sendo confundida com a causa que dá origem à relação jurídica e com a causa do negócio jurídico.

Ocorre que a justa causa de atribuição patrimonial envolve uma "investigação mais geral sobre a existência de razão que justifique" (2007, p. 212) o deslocamento patrimonial. Nesse sentido, percebe-se que a razão para o deslocamento patrimonial pode ser um negócio jurídico[13].

[13] Michelon Jr. ainda cita os modos de aquisição originária de direito de propriedade e os atos administrativos, como causa justa de atribuição patrimonial. p. 212.

Quando a atribuição patrimonial decorrer de negócio jurídico, esse precisa ser eficaz, ou seja, a causa do negócio jurídico, entendida como o porquê (BETTI, 1969, p. 333) deve respeitar "um interesse social objetivo e socialmente verificável" (p. 334). Esse "porquê", então, é a função social. Inclusive, nas Jornadas de Direito Civil III foi expressamente reconhecido que "a existência do negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento". Nessa situação, causa de atribuição patrimonial e causa do negócio jurídico parecem se assemelhar, tendo em vista que ambas necessitam ser "justas", ambas precisam ser socialmente verificáveis.

Ao relacionar a causa de atribuição patrimonial com a causa do negócio jurídico, veremos que se encontra no caráter contraprestacional a aproximação entre as duas, em que pese possuam natureza distintas. O caráter sinalagmático exige um deslocamento que precisa ser justificado para o sistema jurídico. Deslocamento, assim, requer a comunicação entre um ponto de partida e um ponto de chegada, configurando-se aqui uma causa sinalagmática que envolve a compreensão do deslocamento de patrimônio. Essa causa ultrapassa a noção de negócio jurídico e poderia "servir também como justificativa de atribuições patrimoniais que elidem a incidência do suporte fático do enriquecimento sem causa" (FERREIRA DA SILVA, 2000, *apud* MICHELON JR, 2007, p.213).

No entanto, ambas não se confundem, pois a injusta causa de atribuição patrimonial gera a obrigação de restituir – outra cláusula geral relacionada ao enriquecimento sem causa - que, como já dito, é figura residual e subsidiária, uma vez que existem outras formas previstas pelo direito privado para ressarcir o lesado do prejuízo sofrido (responsabilidade civil, ilícito contratual), e isso está consubstanciado no art. 886 do Código Civil. Aqui surge outra complexidade do tema do enriquecimento sem causa: os efeitos da sua ocorrência.

O art. 886 indica que o enriquecimento sem causa não pode ser utilizado como fundamento para intervenção nas relações contratuais, cujo desequilíbrio é regulado por outras formas, embora o fenômeno do deslocamento patrimonial exista tanto nos casos de restituição quanto nas outras formas de ressarcir o lesado. Assim, é possível não exercer a ação de enriquecimento. Mesmo nessas hipóteses, o enriquecimento sem causa continua sendo relevante, pois seu alcance representa um "elo de ligação entre a hipótese concreta e o conceito de justo e equilibrado, balanceado pelos elementos norteadores da ordem jurídica brasileira" (NANNI, 2004, p. 415).

Não só apresentadas algumas características do enriquecimento sem causa, seus pressupostos atuais e, em certa medida, algumas complexidades que surgem da compreensão das cláusulas gerais do enriquecimento sem causa, quais sejam, a justa causa e a obrigação de restituir, como também suscitada a questão a respeito da aplicação subsidiária do enriquecimento sem causa, uma vez que o Código Civil possui diversos outros mecanismos que tutelam outras formas de ressarcimento na ocorrência de uma lesão, necessitando para essa compreensão, a identificação de ilícito, dano, dentre outros, passa-se ao caso concreto julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 1986.

3 O Caso Julgado Pelo Tjrs Em 1986: Novas Interpretações à Luz do Código Civil de 2002

O caso objeto de análise trata-se de uma ação, originariamente de anulação parcial de partilha em separação judicial, cumulada com sonegados ou de enriquecimento sem causa, julgada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 1986. Nessa ocasião, o Desembargador Relator Oscar Gomes Nunes restou vencido pelo voto do Desembargador Redator Nelson Oscar de Souza.

Passa-se a um breve relato do caso. A autora e o réu celebraram separação consensual no ano de 1977. Nesse acordo, ajustaram também a partilha de bens, dispondo na cláusula 13 do referido acordo que "ao desquitado cabem não só os bens existentes no Estado do Maranhão, como o ativo e passivo relativo aos negócios que o desquitando mantém fora do Estado. Por conseguinte, os critérios a receber relativos a esses negócios, bem como os compromissos a serem pagos lhe pertencem exclusivamente. Atribuem as partes a esses bens o valor de Cr$2.076.563,00." A separação judicial foi homologada em 1977 e, um ano depois, a autora ajuizou ação de prestação de contas contra o marido, quanto a bens por ele alienados, agindo também como mandatário da mulher. A ação foi julgada carecedora de interesse de agir, sob o fundamento de que os cônjuges não têm, um contra o outro, pretensão à prestação de contas em função do casamento, uma vez que o mandato materializa a outorga uxória necessária à validade das transações.

A ação de enriquecimento sem causa subsistente foi julgada improcedente na primeira instância, sob o fundamento de que, em princípio, seria ônus da autora provar a ação dolosa do marido. Além disso, o magistrado considerou que a cláusula 13 representava suficientemente a vontade substancial das partes, favorecendo o requerido. Inclusive, refere que "requerente e requerido, no processo de separação, foram acompanhados por advogados, e dos mais preclaros e ilustres da região, o que, por si só, suporta a versão de que a partilha foi minunciosamente redigida e completamente aceita pelas partes subscritoras." Em síntese, o magistrado considerou que o enriquecimento injustificado do réu não foi provado.

Já no TJRS, o Desembargador Relator reconhece que a controvérsia é complexa, uma vez que, em regra geral, a igualdade rigorosa de quinhões não é uma condição de validade da partilha na separação consensual. Ressalta que, no caso em questão, a igualdade, ainda que nominal, foi resguardada nos pagamentos, sendo que a importância paga a ambos os cônjuges foi rigorosamente igual. Diz que não se sabe como as partes chegaram ao valor de Cr$ 2.076.563,00, uma vez que a autora relata as transações havidas e conclui que proporcionaram ao marido crédito de Cr$6.859.990. O Desembargador Relator refere que em caso de erro era necessário anular a partilha, mas, no caso em questão, a partilha era válida, não sendo possível considerar enriquecimento sem causa, pois não há ação de enriquecimento para quem tem ação oriunda de negócio jurídico.

A partir disso, o Desembargador Relator vale-se de Pontes de Miranda em relação à distinção entre casos em que há enriquecimento com vontade do prejudicado e onde não há vontade do mesmo. Ressalta que não há enriquecimento injustificado quando há em lei previsão para o deslocamento patrimonial, como é o caso da usucapião, por exemplo. Indica que no caso concreto houve partilha por mútuo consenso, e, ademais, a autora deveria ter conhecimento dos bens, mesmo porque havia procuração por ela assinada. O Desembargador vota pela manutenção da sentença, não havendo elementos suficientes para reconhecer o enriquecimento sem causa. Até afirma que poderia ser o caso de rescisão da partilha, anulação do ato jurídico por vicio de consentimento, mas em função da prescrição das ações que envolviam essas possibilidades, restou apenas a pretensão de enriquecimento sem causa.

O Desembargador Redator pede vistas em 16/04/1986, retomando o julgamento em 11/06/1986. Após retomar breve análise dos fatos e das decisões proferidas, reconhece que informações foram sonegadas pelo réu, de modo que a autora foi induzida em erro, aceitando o valor fornecido "maliciosamente" pelo réu. Cita trechos da apelação cível da autora, demonstrando que o réu obteve acréscimo patrimonial bastante evidente de um exercício fiscal para outro, posteriormente ao pagamento realizado pela autora no ano da separação judicial. O Desembargador entende que o "desquite amigável" não observou o art. 1.121 do CPC vigente à época, uma vez que

na descrição e partilha dos bens, direitos e créditos não constavam alguns bens imóveis e móveis que o casal possuía, nem mesmo direitos a eles relativos resultantes da venda que o réu fez a terceiros, valendo-se da outorga da autora.

O Desembargador Redator ressalta que são suficientes os indícios demonstrados para configurar a conduta maliciosa do réu. Nesse sentido, afirma que os indícios constituem prova, cita artigos do Código de Processo Civil. Além disso, retoma o que o Desembargador Relator havia dito a respeito do caráter ilustre dos advogados envolvidos na elaboração da peças e cláusulas, mas afirma que os advogados da autora só poderiam trabalhar com os dados fornecidos pelo réu. Acrescenta que "no sistema patriarcal vigente, este tinha e detinha toda a informação sobre os negócios, e, hoje, quem detém informação, detém o poder". Justamente esse poder de barganha e de imposição resultou na lavratura da referida cláusula nº. 13.

Ainda, nesse mesmo sentido, o Desembargador do voto divergente afirma que, de um lado, o réu é comerciante, experiente, pecuarista, em pleno vigor de sua atividade empresarial. De outro lado, a autora, dona do lar. Traz esse paralelo para demonstrar que, na verdade, opera-se no caso concreto uma situação de desequilíbrio, não sendo admitido resolver o caso sem considerar essa análise de "ordem sociológica". Expõe que, sendo a dona de casa alheia aos negócios do marido, quando esse lhe apresenta determinados relatos, determinada prestação de contas, determinada relação de bens, a ela só cabe ratificá-los.

O voto divergente é no sentido de dar provimento à apelação, julgando procedente a ação de enriquecimento sem causa, cabendo à autora o pedido – ou seja, a restituição – do montante requerido. Por fim, indica que houve enriquecimento ilícito do réu, decorrente do empobrecimento da autora. Os demais desembargadores acompanharam o voto divergente do Desembargador Nelson Oscar de Souza, inclusive, o Desembargador Oswaldo Proença reporta-se ao aspecto sociológico do caso concreto, "de vez que a apelante foi levada a concordar com a situação, com a verdadeira imposição feita pelo apelado."

Para uma compreensão global do caso, verifica-se a necessidade de recorrer a dois planos: um primeiro bibliográfico, por meio do qual será feita a distinção entre enriquecimento sem causa e enriquecimento ilícito; um segundo legislativo, por meio do qual serão trazidos à baila os artigos 187 e 886 do Código Civil de 2002.

Verifica-se que o Desembargador Redator reconheceu que o caso se tratava de enriquecimento ilícito. Ocorre que essa figura é própria dos atos administrativos de improbidade, o que já foi mencionado neste trabalho. Também, o enriquecimento sem causa é figura que prescinde da ocorrência de ilícito, bastando ausência de causa (NANNI, 2004, p.103). No entanto, à época, não existia o art. 187 que inseriu a concepção de ilicitude ao Código Civil de 2002, sobretudo a compreensão acerca da boa-fé, da função social e dos bons costumes. Essas cláusulas gerais, muitas vezes princípios, embora de certa forma constantes no Código Civil de 1916, não eram afetos à teoria da ilicitude. Além disso, não existia também a disciplina do enriquecimento sem causa, principalmente o art. 886 sobre a impossibilidade de realizar a restituição por enriquecimento, quando a lei conferir ao lesado outros meios para ressarcir do prejuízo.

Dessa forma, à luz do Código Civil de 2002, verifica-se que a situação em questão envolvia um conflito de liberdades (CACHAPUZ, 2004, p. 213), ou seja, um "exercício amplo de uma posição jurídica, interpretando-se a conduta como ilícita apenas quando verificada uma hipótese concreta de necessária restrição a uma liberdade" (p. 213). Nesse caso, partindo-se do pressuposto de que o ilícito civil verificado no caso gera o direito à indenização para reparação do deslocamento patrimonial, percebe-se que se opera o art. 886 do Código Civil, não sendo, portanto, aplicado o direito à restituição, subsidiário, e sim a indenização decorrente do ilícito conforme o art. 187.

Além disso, importante também analisar a boa-fé no contexto da configuração do ilícito. Isso porque, no tráfego do patrimônio verificado no caso, operou-se uma violação da confiança e da lealdade (MARTINS-COSTA, 1999, p.399) que se esperava para a relação estabelecida. Conforme a Prof.ª Maria Cláudia Cachapuz, a boa-fé "visa assegurar a relação do particular com o universal" (2004, p.217).

Seria possível realizar outros apontamentos ao caso objeto do estudo. São muitas as facetas passíveis de análise não só sob o ponto de vista jurídico. O caso permitiu compreender que a situação de desequilíbrio e deslocamento de patrimônio ultrapassou, de fato, o enriquecimento sem causa que, à época, embora já fosse desenvolvido por cientistas do Direito como Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, no tomo XXII, do Tratado de Direito Privado, era tema pouco desenvolvido na jurisprudência. Com o Código Civil de 2002, consolidou-se um norte interpretativo que deve ser observado, a fim de não confundir o enriquecimento sem causa com outros institutos de direito privado que, da mesma forma, são fontes de obrigação.

3 Considerações Finais

O estudo do enriquecimento sem causa, como visto, não se torna estático com a previsão expressa no Código Civil de 2002. Verifica-se que sua consolidação representa um ponto de partida, e não um ponto de chegada à argumentação jurídica. Esse instituto, embora subsidiário no que tange a seus efeitos, possui relevância não só normativa e casuística, como também histórica, bastante evidente não só como fonte de obrigação, como também na figura de princípio.

Importante ressaltar que a proibição do enriquecimento sem causa busca observar a tônica do princípio da conservação estática dos patrimônios, comando existente muito antes de ser previsto expressamente em codificações ou de ser enfrentado por tribunais, uma vez que o deslocamento injustificado de patrimônio é conduta reprovada pelas sociedades mais antigas, como a grega e como a romana. Disso decorre que o enriquecimento sem causa passou a se desenvolver como um mosaico, dependendo do sistema jurídico no qual estava inserido, se civil ou common law. Além disso, o enriquecimento sem causa foi objeto, inclusive, de teorias teológicas, como no caso da perspectiva desenvolvida por S. Tomás de Aquino, por exemplo, que contribuiu para a noção de penitência e arrependimento gerada pela ideia de restituição (GOMES, 1998, *apud* NANNI, 2004, p. 27).

O presente trabalho buscou apresentar as cláusulas gerais relacionadas à disciplina do enriquecimento sem causa: "justa causa" e direito à restituição, de uma forma que se pudesse compreender as principais, e ainda atuais, controvérsias relacionadas à definição desses conceitos no direito brasileiro, uma vez que possuem, justamente, uma natureza aberta. Além disso, através do caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi possível realizar um paralelo entre a descarga argumentativa utilizada antes do advento do Código Civil de 2002 que, para além da previsão expressa do enriquecimento sem causa, também consolidou a teoria da ilicitude, o que contribuiu para o desenvolvimento das teorias relacionadas à causa, sejam elas de atribuição patrimonial, sejam elas de constituição do negócio jurídico.

Assim, embora o Código Civil de 2002 tenha debutado em janeiro deste ano, seus reflexos no campo do desenvolvimento da ciência do direito, percebida não só no seu aspecto jurídico, como também social, ainda são atuais e merecem cada vez mais atenção, de modo que os mosaicos compostos por disciplinas como a do enriquecimento sem causa possam continuar evoluindo, desde

que, na pretensão de universalidade, não se deixe de observar a particularidade de cada caso concreto.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

ALVIM, Agostinho. *Do enriquecimento sem causa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1957.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.

BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tomo I*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. O papel das cláusulas gerais para a concreção dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privados. In: Judith Martins-Costa. (Org.). *Modelos de Direito Privado.* 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *A ilicitude e as fontes obrigacionais: análise do art. 187 do Novo Código Civil Brasileiro.* Porto Alegre: Revista da AJURIS, vol. 31, nº. 96, 2004, pp. 205-224.

CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Tese de Concurso. Recife: Jornal do Commercio, 1947.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 93.

LEITÃO, Luís de Menezes. *O enriquecimento sem causa no direito civil: estudo dogmático sobre a viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa*. Lisboa: Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, nº. 176, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Arbitragem e direito privado: homenagem ao Professor Clóvis do Couto e Silva*. Palestra Proferida no Auditório da Faculdade de Economia da UFRGS. Porto Alegre-RS, em 23 de maio de 2017.

_____; HAICAL, Guilherme. *Direito Restituitório. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. Erro invalidante e erro elemento do pagamento indevido. Prescrição. Interrupção e dies a quo.* Vol. 956. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MICHELON JR., Cláudio. *Direito Restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios*. In: Coleção Biblioteca de direito civil: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale; v. 8 – coordenação Miguel Reale, Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

BIG DATA E O CONFLITO ENTRE A UTILIZAÇÃO DOS DADOS E A PROTEÇÃO À INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA

Mariana Viale Pereira;
Mestranda pela UFRGS; marianaviale@tj.rs.gov.br

Maria Cláudia Cachapuz;
Doutora em Direito pela UFRGS,
Professora da Faculdade de Direito da UFRGS e do
Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade La Salle,
Magistrada do TJRS; mcmcachapuz@tj.rs.gov.br

Resumo

O *Big Data*, que ora vivenciamos, representa uma enorme quantidade de dados e de informações alcançadas em uma velocidade recorde na história da humanidade. Essa mudança quantitativa trouxe consigo uma mudança qualitativa acerca dos dados e da forma de lidar com eles. A multiplicidade de dados está relacionada com previsões. A busca de causalidade – historicamente ligada ao conhecimento – passa a ser substituída pela correlação de informações. Os dados possuem um grande valor científico, social e econômico, na medida em que podem ser direcionados para a solução de graves problemas públicos, visando à proteção de direitos fundamentais, como a garantia de segurança pública ante o terrorismo, por exemplo, como também podem ser utilizados por detentores privados, para influenciar opiniões ou mesmo estimular determinados padrões de consumo. A questão que emerge, entretanto, é de que forma o uso desses dados, a partir de probabilidades e correlações, pode interferir no direito à privacidade e até mesmo na liberdade individual. Isso se reflete no conflito entre direitos fundamentais, que exige uma ponderação, a partir de bases empíricas, para se alcançar as soluções corretas aos novos problemas que decorrem da realidade da era *Big Data*.

Palavras-chave: *Big Data*. Dados. Correlação. Conflito. Direitos fundamentais. Ponderação.

1 Introdução

As possibilidades geradas pela quantidade de dados que podem ser processados hoje, bem como as conexões que são possíveis a partir desses dados são inimagináveis. E, nesse panorama, a dificuldade vai desde a diferenciação entre o que são dados públicos e o que são dados privados, além da permissão para uso desses dados. Especialmente, porque não há como prever de antemão quais as conexões serão realizadas, ou para que finalidade esses dados serão utilizados. E nessa medida, torna-se também difícil definir a área de privacidade que deve ser preservada.

Já se escreveu em outra oportunidade que há uma relação mútua entre a construção de espaços ao privado e ao público na perspectiva de estabelecimento de uma autodeterminação informativa – e, portanto, e pleno controle sobe as informações nominativas de cada um –, justamente quando se busca promover o livre desenvolvimento da personalidade do homem: “Ou

seja, tanto da liberdade decorrente do pensar, como da liberdade que obriga o homem a compartilhar experiências em sociedade. Até porque, é também a partir da distinção entre espaços privados e públicos que resta reconhecido o ambiente social para a vida de convivência" (CACHAPUZ, 2006, p. 55). A questão de fundo é, na essência, o problema do chamado "impulso à auto-exposição" (ARENDT, 1993, p. 28), não apenas porque a pessoa participa de uma vida comum com os demais, partilhando experiência tecnológica e informações próprias a seu tempo, mas, fundamentalmente, porque também o indivíduo deseja *aparecer* e, em determinada medida, fazer-se visto, "por feitos e palavras" (ARENDT, 1993, p. 28), pelos demais[14].

A ação e reação sistemática ao avanço da ciência, especialmente em áreas de maior desenvolvimento tecnológico – como a da Tecnologia da Informação -, revela a tendência do homem contemporâneo de aprender a lidar com a sua individualidade sem necessariamente abdicar de um benefício tecnológico que lhe facilita o contato com uma esfera pública de relacionamento. Paul Virilio, antes mesmo da consolidação de uma situação de controle informativo pela ideia do Big Data, menciona o exemplo de uma pessoa que "para lutar contra os fantasmas que pareciam persegui-la" (VIRILIO, 1999, p. 61) instala câmeras de vídeo na residência, permitindo que os visitantes de seu espaço de divulgação na Internet possam auxiliá-la no combate a eventuais fantasmas, num exercício não muito diferente daquele usufruído por quem explora a própria imagem em espaços destinados a efetivos diários de confissão pública, como o *Facebook*. Poder-se-ia, portanto, questionar em que medida a esfera pública - ou aquilo que a represente no mundo das aparências (ARENDT, 1993) - tem-se traduzido em espaço de reflexão ao indivíduo - na essência, resguardado ao privado -, ou mesmo até que ponto se pode reconhecer uma nova concepção de liberdade para o desenvolvimento (livre) da personalidade na sociedade contemporânea.

A problematização trazida no presente estudo refere-se basicamente ao conflito gerado pelo *Big Data* e o direito à intimidade e privacidade. Trata-se, de uma lado, de uma fonte imensurável de possibilidades que surgem a partir do acesso e conexão de dados, que pode incluir o uso público ou privado dessas informações, seja na busca de solução de problemas de interesse público pelo Estado, seja por empresas privadas, detentoras de tais informações, visando interesses privados específicos e interesses econômicos. De outro lado, isso se traduz em um momento novo, que passa a exigir uma mudança em relação ao que se tinha até então como proteção do direito de intimidade e vida privada, a partir de um conceito de autodeterminação informativa - em que se buscava garantir, a princípio, uma possibilidade de controle sobre os dados pessoais, pelo próprio indivíduo, o que parece não ser mais possível, nessa nova realidade. Impõe-se uma mudança em relação à tutela jurídica, a fim de continuar buscando uma efetiva garantia ao direito à privacidade em relação aos dados pessoais.

Para tanto, parte-se de uma breve explanação das mudanças trazidas pelo sistema *Big Data*, incluindo o que se pode entender por *Big Data* e às inovações e incertezas causadas por essa nova etapa de desenvolvimento do conhecimento informatizado. Após, serão introduzidas breves explanações acerca do entendimento do direito de personalidade, a partir da teoria das esferas, como um princípio, a ser ponderado, quando em conflito com princípios opostos. Buscar-se-á ainda elucidar o regramento brasileiro acerca da questão.

[14]Conferir o desenvolvimento do tema em estudo sobre liberdade e acesso à informação, pela análise da "autodeterminação informacional", de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 242).

2 Cenário atual e conceito de Big Data

Historicamente a coleta de dados tem sido difícil, com consumo muito grande de tempo e de recursos. O grande entusiasmo causado pelo *Big Data* decorre da percepção de que o armazenamento e cruzamento de dados informativos em larga escala oferece fácil acesso a uma quantidade massiva de dados (BOYD Danah e CRAWFORD, 2012. P. 673). Sites de mídias sociais, telefones inteligentes e outros dispositivos de consumo, como computadores, tem permitido que bilhões de indivíduos ao redor do mundo contribuam para a quantidade de dados disponíveis (MANYICA, James e outros, 2011, p. 1).

Quando se fala em Big Data - apesar de, geralmente, conseguir-se identificar que se está falando de uma grande quantidade de dados -, dificilmente, apreende-se, em um primeiro momento, o que realmente pode significar o fenômeno. E, de fato, *a priori*, a ideia de um Big Data só permite que se afirme que as possibilidades de trato disponível à informação são infinitas, a depender das conexões a serem realizadas, bem como da finalidade que se pretende alcançar com o conteúdo informativo predisposto.

Para elucidar a questão, Viktor Mayer-Schönenberger e Kenneth Cukier iniciam o seu livro intitulado *Big Data*, explicando como o Google pôde antecipar a expansão da gripe H1N1, nos Estado Unidos da América, no ano de 2009, inclusive em regiões específicas. A conclusão é extraída de bilhões de pesquisas diárias, recebidas e salvas pela empresa. A partir dos dados dispostos, do poder de processamento e do conhecimento estatístico da empresa, restou realizada uma pesquisa baseada nos termos de busca mais comuns pesquisados pelos americanos e na comparação de tais informações com os registros dos CDCs (Centros de Controle e Prevenção de Doenças), a partir de correlações entre a freqüência de pesquisas realizadas e da disseminação da gripe em épocas e localidades específicas (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 1-2). A partir do cruzamento de informações, foi descoberta uma combinação de 45 termos de busca que, quando usados conjuntamente em um modelo matemático, mantinham correlação entre a previsão de manifestação da doença e o número oficial de pessoas atingidas pela doença. Ao contrário dos dados oficiais, contudo, a informação apurada permitia apontar a disseminação do vírus quase em tempo real, antecipando a situação de ocorrência entre uma ou duas semanas em relação à estatística oficial (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 2).

Tal exemplo, assim como tantos outros já registrados, demonstram o quão potente pode ser o uso dos dados informativos como uma ferramenta de auxílio a diversas questões sociais, incluindo as áreas de pesquisas relacionadas a doenças, à segurança – inclusive para combate ao terrorismo -, à adaptação climática (BOYD Danah e CRAWFORD, 2012. P. 663-664). É visto ainda como uma revolução do uso da tecnologia da informação em termos de gestão de negócios para a tomada de decisões – das mais diversas ordens -, possibilitando a medição de variáveis e condições diversas para a escolha da decisão acertada (MCAFEE, Andrew e BRYNJOLFSSON, Erik, 2012, p. 4). No varejo de venda de livros, por exemplo, a partir das compras online, o cruzamento de informações qualificadas permite a compreensão sobre o público a ser atingido, de forma a potencializar o gosto e as preferências do consumidor para que o fornecedor tenha a capacidade de antecipar o que poderia sensibilizar as preferências de determinado consumidor, cooptando-o para o ato de compra. Mais ainda, desenvolvem-se algoritmos para prever quais livros o consumidor gostaria de ler depois da aquisição que está sendo feita ou mesmo algoritmos que executam, de forma cada vez mais ágil, a própria preferência daquele consumidor com a política de fidelização, para apontar, inclusive, se o

cliente responde ou ignora a recomendação (MCAFEE, Andrew e BRYNJOLFSSON, Erik, 2012, p. 4).

Um modelo de previsões com uma vasta quantidade de dados, inclusive de forma transnacional, pode ser feito substancialmente de maneira mais acurada pelo aumento dos dados a uma escala massiva. Daí porque uma maior quantidade de dados é potencialmente mais valiosa quando as informações são utilizadas para uma análise de previsões. As instituições capazes de armazenar e trabalhar com o cruzamento de um número significativo de dados -acrescidas da habilidade de tirar alguma vantagem informativa desses dados - potencialmente podem obter uma vantagem competitiva substancial sobre instituições sem acesso a mesmos bancos de dados com semelhante potencial ou sem a habilidade de lidar com eles (FORTUNY, Enric Junqué de, MARTENS, David e PROVOST, Foster, 2013, p. 223).

No âmbito público, principalmente pela possibilidade de compartilhamento aberto de dados, o *Big Data*, sem dúvida, pode se transformar em instrumento de potente partilha de conhecimento e transparência de informações, capaz de potencializar soluções para inúmeros problemas sociais. No entanto, trata-se de fenômeno que desafia essa mesma sociedade global com relação ao correto tratamento da informação e de como o aproveitamento da tecnologia pode alterar as relações entre as instituições e as pessoas (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 11). E isto assim se compreende justamente porque o fenômeno do *Big Data* permite o desenvolvimento de habilidades e de capacidades à obtenção permanente de informações e serviços de valor e utilidade significativos, a partir da correlação de dados visando a um fim específico. Tais correlações permitem, a partir de probabilidades, talvez não ainda dizer *por que* algo acontece, mas alertam sobre o fato de que *algo* acontece, antevendo situações para futuro capazes de alterarem relações de causalidade atuais em sociedade (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 8-10).

A grande questão relacionada com o *Big Data* é que as informações geradas com um objetivo são arquivadas, transformadas em dados e depois reutilizadas para outros objetivos. A partir dessa realidade, tem-se que o valor dos dados não diminui com o uso, na medida em que eles podem ser reprocessados e utilizados várias vezes com o mesmo objetivo, ou com objetivos diversos. O valor dos dados está mais relacionado com o seu uso do que com a sua detenção (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 71-85). Assim, as finalidades e utilidades dos dados não são possíveis de serem previstas pelo consumidor, ou usuário dos dados, quando de sua disponibilização, e muitas vezes nem mesmo pelo próprio coletor e depois detentor dos dados, em razão das infinitas possibilidades de usos secundários (MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth, 2013, p. 107). Nessa medida, a autorização para a coleta da informação, baseada na informação acerca do uso imediato das informações, talvez já não se preste a uma proteção efetiva em termos de privacidade.

Tal é a amplitude de exposição pública a partir do desenvolvimento do fenômeno do Big Data, que, em termos jurídicos, o reflexo é justamente no âmbito de construção de ferramentas que possam garantir a preservação de uma esfera privada. A questão é que, dado o volume e a capacidade de cruzamento de dados informativos, três das principais estratégias utilizadas para garantir privacidade - o consentimento individual, a opção de exclusão e a anonimização referentemente aos dados – cada vez mais perdem terreno jurídico e mesmo uma solução eficaz em termos de proteção. Veja-se, recentemente, a alteração de posicionamento jurídico do STJ em relação ao dever de notificação prévia do consumidor – a exemplo da construção dogmática até então prevalente em relação ao armazenamento de dados negativos e de aplicação da Lei nº 12.414/2011 para a justificação de armazenamento de dados em cadastros positivos - para a

obtenção de consentimento ao armazenamento de informações utilizadas em bancos de análise de risco de crédito. Na argumentação proposta e acolhida no Recurso Especial nº 1.419.697/RS [15], esta notificação prévia não mais é necessária e depende, unicamente, de uma atividade de busca pelo consumidor. É ele que passa a ter a responsabilidade de querer garantir a sua privacidade frente ao gestor de um banco cadastral de cruzamento de informações para análise e tratamento estatístico sobre suas qualidades como tomador de um crédito.

Há indicativos de que inclusive as campanhas eleitorais tem sido influenciadas de forma significativa pelo cruzamento de informações dispostas no *Big Data*, uma vez que as campanhas políticas contemporâneas acumulam significativas bases de dados informativos e contratam analistas de dados de campanhas para criar modelos prevendo os comportamentos dos indivíduos, disposições eleitorais – inclusive quanto à participação ativa e capacidade de influenciar terceiros - e respostas ao contato de promotores de uma campanha eleitoral. Esse novo modo de direcionamento dos dados nas campanhas oferece aos candidatos e aos seus assessores poderosas ferramentas para manejo da estratégia eleitoral (NICKERSON, David W., ROGERS, Todd., 2014, p. 3).

3 O direito a intimidade e a vida privada e o direito geral de liberdade

Em aparente sentido contrário ao movimento do *Big Data*, sem dúvida se reconhece um movimento de busca à proteção dos dados nominativos, justamente porque capazes de revelarem um passo à violação do que se tem como relacionado ao espaço privado dos indivíduos. De forma ampla, o direito à intimidade e à vida privada está previsto no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental (art. 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988), incluído, no reflexo possível nas relações entre privados, igualmente no art. 21 do Código Civil brasileiro, no que toca á identificação de efetivos direitos de personalidade.

Para possibilitar a efetiva proteção à vida privada, tem-se como possível o reconhecimento de espaços distintos de atuação do ser humano, relacionados com um âmbito de atuação privado ou público, e que, portanto, merecem uma tutela jurídica diversa. A esfera mais interior, ou mais íntima, seria o último e inviolável âmbito de liberdade humana, que deveria ser protegido de forma absoluta, responsável pela configuração da vida privada; a esfera privada ampliada, que inclui o âmbito privado que não pertence a essa esfera mais íntima; e a esfera social, que inclui tudo aquilo

[15] Como estabelecido no Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.419.697/RS, são definidas as seguintes teses para aplicação, por analogia, em demandas judiciais assemelhadas 1) O sistema "credit scoring" é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito); 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo); 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011; 4) **Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado**, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas; 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema "credit scoring", configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

que não for atribuído às duas esferas anteriores. (ALEXY, Robert, 2006. P. 360-361). Como se pode ver, a garantia de liberdade geral de ação está relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade. E a distinção entre esferas de proteção com diferentes intensidades seria o resultado de ponderações do princípio da liberdade negativa conjuntamente com outros princípios, em face de princípios colidentes. Assim, tem-se que o que a diferenciação entre as esferas privada e social destaca é que a proteção dos direitos fundamentais deve ser tão maior, quanto maior for o peso dos princípios que protegem a privacidade e que estejam aliados ao princípio da liberdade geral de ação (ALEXY, Robert, 2006. P. 361-364).

A relação entre os princípios contrapostos ocorre a partir da relação de ponderação entre eles, capaz de gerar a conexão entre as possibilidades fáticas e jurídicas de um caso concreto. Assim, quando uma norma de direito fundamenta com caráter de princípio – como o direito à intimidade e a vida privada – colide com um princípio contrário – como o interesse público em relação à segurança do Estado – a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio contrário. Para se chegar a uma decisão é preciso realizar uma ponderação (ALEXY, Robert, 2006. P. 116-117). Considerando que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é ordenável e, considerando que para essa aplicação, nos casos de colisão, se faz necessária uma ponderação, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de uma ponderação quando elas colidem com princípios contrários. O que significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito pode ser deduzida do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, Robert, 2006. P. 117-118). O princípio da proporcionalidade exige a observação das três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Sendo que as duas primeiras decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, enquanto a última decorre do fato dos princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas (ALEXY, Robert, 2006, 117-118). Por isso, toda a solução jurídica que acabe restringindo o exercício de uma liberdade individual, tanto para privilegiar uma situação relacionada à privacidade, quanto para privilegiar uma liberdade de expressão do pensamento em nome do interesse público, deve resultar de uma ponderação entre princípios, em que todas as circunstâncias fáticas e jurídicas estarão disponíveis à análise do intérprete. O que é garantido pela adoção de uma argumentação jurídica baseada no discurso (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006, 146-147).

A importância de tal construção jurídica para a compreensão dos espaços destinados ao público e ao privado no ordenamento jurídico se torna essencial na medida em que se inaugura, pela Lei 10.406 de 2002, um capítulo exclusivo aos direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. Traduzindo o artigo 21 do Código Civil um efetivo direito subjetivo à proteção da intimidade e da vida privada, permite reconhecer que o ordenamento jurídico brasileiro oferece hoje uma estrutura suficiente à configuração de uma proteção à esfera privada, não apenas por oferecer as ferramentas essenciais para a proteção desta esfera no âmbito específico das relações jurídico-privadas, mas por criar uma cláusula geral ao juiz, para ver aplicada a tutela específica ao caso concreto. O que inclui não apenas a solução indenizatória tradicional, como a possibilidade de exame de uma tutela preventiva.

E nisso assume papel essencial a leitura conjunta do artigo 21 ao artigo 187 do Código Civil brasileiro. Mesmo que uma primeira doutrina (THEODORO JR., 2003) tenha descrito, na apreciação do art. 187, a manifestação jurídica do instituto do abuso do direito, quer-se, aqui, defender premissa diversa, no sentido de que o direito subjetivo à intimidade e à vida privada é, em sua essência, ilimitado quanto à liberdade que tutela. O que não quer dizer que não possa sofrer

restrições. Estas, porém, partem não de uma configuração abstrata (no conceito), mas das condições fáticas e jurídicas que são impostas pelo caso concreto.

Nessa medida, a ideia de boa-fé, como um dos elementos da conduta lícita do indivíduo pelo art. 187, aproxima-se da concepção de confiança, visando assegurar a relação do particular com o universal, não dispensando relevância ao princípio da igualdade na esfera pública. Há a pretensão de afirmar um princípio de igualdade do ponto de vista formal em relação ao exame das liberdades em conflito, permitindo o conceito de boa-fé que a ideia de confiança seja avaliada a partir das particularidades do caso concreto proposto à discussão. A boa-fé estabelece uma ponte entre o discurso real e o ideal para que, em última análise, o imperativo categórico, reconhecido na característica universal da norma, sirva como *cânone* hermenêutico ao teste de uma máxima de ação particular.

A ligação estrita entre confiança e boa-fé para a caracterização de eventual ilicitude civil é revelada pela necessidade de que se identifique, frente à situação particular, a relação de confiança antes pressuposta no plano formal. Como proposto no art. 187, o conceito de boa-fé identifica a relação de confiança (interna ou externa) estabelecida em face do caso particular, conectando-a à universalidade de conduta exigida do ponto de vista formal e assim possibilitando que se identifique eventual situação de ilicitude em relação ao caso concreto. A conexão promovida pelo elemento da boa-fé, por consequência, é dirigida tanto à relação do particular com o universal, como, na mesma medida, à relação da exclusividade (esfera privada) com a igualdade (esfera pública), de forma a tornar possível uma avaliação do tipo de confiança depositado pelos indivíduos nas suas relações de convívio. Pela ideia de boa-fé pode-se analisar a extensão da auto-exposição promovida pelo indivíduo e medir como quer a pessoa aparecer no espaço público, tornar-se vista. Tal condição é relevante para a própria compreensão da necessidade ou não de se restringir uma liberdade subjetiva, a fim de tutelar a intimidade ou a vida privada de alguém.

4 Autodeterminação informativa e o cenário atual

Na era da informática e da internet já era possível se reconhecer uma mudança na forma como o homem contemporâneo lida com a sua individualidade e com a sua exposição. A ideia de autodeterminação informativa a todo o indivíduo foi garantida, já em 1983, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em decisão relacionada à Lei do Censo Alemã, no sentido de que toda e qualquer informação pessoal só se tornasse pública se tutelada por um determinado interesse público, porque conhecida pelo titular a sua existência, bem como com quem é compartilhada, a fim de não frear a liberdade do indivíduo de planejar ou decidir segundo sua própria determinação (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 249). O que acaba por reafirmar a adoção da teoria das esferas, a partir do entendimento de que o direito de liberdade não é anulado por uma proteção à esfera de exclusividade do indivíduo, impondo a ponderação a partir de circunstâncias fáticas e jurídicas concretas para evidenciar o grau que pode ser restringida qualquer liberdade, em que também o âmbito absolutamente inviolável, concernente a posições protegidas concretamente de forma definitiva, é o resultado de ponderações (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 249).

Assim, para que o indivíduo possa ser livre, pressupõe-se que este possa determinar a sua ação numa esfera pública e isso apenas é possível na medida em que haja também uma autolimitação (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 253). A ideia, portanto, para garantir uma

efetiva proteção às informações pessoais dos indivíduos é que o titular das informações possa ter o controle sobre o armazenamento e a transmissão dos dados, reconhecendo a possibilidade de interferência do titular a qualquer momento. No Brasil, a preocupação com a proteção de dados pessoais se deu principalmente em relação às leis de consumo, a partir da Lei nº 8.078/90, que disciplina a atuação dos bancos cadastrais relacionado ao consumo. Busca-se garantir ao indivíduo a existência do registro, a fim de que seja lhe possibilitado verificar desde a extensão, até a veracidade das informações armazenadas, a fim de eventualmente, ser possível promover a sua correção.

A ideia de autodeterminação informativa está marcada, nessa medida, por um princípio da transparência ou publicidade em relação ao armazenamento de dados, uma vez que não é efetiva a existência de um registro de informações pessoais se não existir, de forma efetiva, a possibilidade de fiscalização do conteúdo existente no registro. E isso se mostra relevante não apenas no que diz com a restrição do conteúdo informativo, como também a hipótese de verificação da pertinência do registro sobre determinado interesse público, a partir da qualidade da informação – que aparece como uma das condições de proteção de uma esfera de privacidade, na medida em que está vinculada a uma correção e atualidade da informação, além de uma vinculação às finalidades de sua coleta e armazenamento (CACHAPUZ, Maria Cláudia, 2006. P. 259-262).

Ainda, a Lei nº 12.965/2014 introduziu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, prevendo entre os seus princípios a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (art. 3º, III), bem como a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei (art. 3º, VI), além da liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei (art. 3º, VII). Verifica-se nesse último inciso uma abertura, no que diz com o conhecimento acerca do uso que é feito dos dados, nessa nova realidade *Big Data*, bem como a inocorrência de proibição *a priori*, mas de uma possibilidade de restrição, quando verificada uma afronta aos princípios contrários, como o da proteção dos dados, o que deixa aberto o espaço a uma ponderação a ser realizada, a partir das peculiaridades do caso concreto, a ser realizada pelo aplicador do direito, quando verificada uma situação de conflitos de liberdades.

A própria lei, apesar de não falar especificamente em *Big Data*, reconhece uma nova realidade, a ser considerada, uma vez que no seu art. 6º estabelece que "na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural." No entanto, no artigo seguinte (7º), garante expressamente aos usuários a "inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (inciso I); a "inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial" (inciso III); "não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicação de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei" (inciso VII); "informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem sua coleta, não sejam vedadas pela legislação e estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet" (inciso VIII, "a", "b" e "c"); "consentimento expresso sobre coleta, uso armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais" (inciso IX); "exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação

entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei" (inciso X).

A lei, inclusive, garante o direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet (art. 8º), considerando nulas de pelo direito as cláusulas contratuais que violem isso, tais como aquelas que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet ou, em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil (parágrafo único, incisos I e II do art. 8º). A Lei n. 12.965/2014, nos artigos 10 a 12 especifica de que forma ocorrerá à proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas e, nos artigos 18 a 21, estabelece a responsabilidade por danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros.

Não há, portanto, como se desconhecer a preocupação, no ordenamento jurídico brasileiro, com a situação de proteção à esfera privada, especialmente em face da potencialidade identificada frente a fenômenos como o do *Big Data*, pela possibilidade de tratamento massivo da informação por meio de ferramentas complexas de cruzamento de dados. Caberá ao intérprete jurídico combinar os instrumentos de freio à autonomação para realizar a ponderação necessária em face das situações que se imponham em concreto.

5 Considerações finais

É preciso ter em mente que na era do *Big Data* as pessoas estão dispostas a compartilhar informações *online*, uma vez que esse é um requisito necessário para utilização dos serviços virtuais, por isso, em certa medida estão cientes de uma maior vulnerabilidade em relação aos dados, inerente ao momento em que vivemos. No entanto, isso implica em uma mudança na forma como as leis devem proteger as informações.

Na medida em que a precaução se torna cada vez mais difícil, a responsabilização acaba sendo enfatizada. Apesar de talvez não se poder mais ter esse controle prévio sobre quais informações circulam e para que finalidades específica estão sendo utilizadas, nessa nova realidades *Big Data*, sempre é possível uma responsabilização pelo uso indevido da informação, tanto a partir de procedimentos administrativos específicos, que visem supervisionar e controlar *a priori* uma eventual gestão abusiva de dados, como uma responsabilidade, posterior, decorrente de um uso indevido de dados particulares, desconectados com a finalidade de seu armazenamento e, mais ainda, que afrontem uma esfera de privacidade, que deveria ser exclusiva ao indivíduo. E, isso, parece estar garantido pela Legislação brasileira vigente.

Ademais, quando julgada a questão sempre é possível, a partir do caso concreto envolvendo direitos fundamentais, em que evidenciadas liberdades conflitantes, o exercício da ponderação, a fim de se encontrar, na situação específica, a afronta ou não do direito de personalidade do titular dos dados.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, 2ª edição. Madrid: CEPC, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª. edição. São Paulo: Ed. Malheiros Editores, 2006.

ARENDT, Hannah. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

BOYD, Danah e CRAWFORD, Kate. *Critical questions for Big Data. In Information, Communication & Society.* 2012. Disponível em: https://people.cs.kuleuven.be/~bettina.berendt/teaching/ViennaDH15/boyd_crawford_2012.pdf. Acesso em: 30/05/2017.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Informática e proteção de dados. Os freios necessários à automação.* Ajuris, ano XXIV, vol. 70, julho 1997.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A liberdade como autonomia de acesso à informação. In: GADAMER, Hans-Georg. *Histórica y linguaje: Uma respuesta.*

In: KOSELLECK, Reinhart; GADAMER, Hans-Geor. *Historia y hemenêutica.* Barcelona: Ediciones Piados, 1997.

FORTUNY, Enric Junqué de, MARTENS, David e PROVOST, Foster. *Predictive modeling with Big Data: Is bigger really better?* 2013. Disponível em: http://online.liebertpub.com/doi/pdf/10.1089/big.2013.0037. Acesso em: 30/05/2017.

MANYICA, James e outros. *Big data: The next frontier for inovation, competition and productivity.* 2011. Disponível em: https://bigdatawg.nist.gov/pdf/MGI_big_data_full_report.pdf. Acesso em 30/05/2017.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor e CUKIER, Kenneth. *Big Data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana.* Trad. Paulo Polzonoff Junior. 1ª. edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MCAFEE, Andrew e BRYNJOLFSSON, Erik. *Big Data: The Management Revolution.* 2012. Disponível em: http://www.tias.edu/docs/default-source/Kennisartikelen/mcafeebrynjolfson_bigdatamanagementrevolution_hbr2012.pdf . Acesso em: 30/05/2017.

NICKERSON, David W., ROGERS, Todd. *Political Campaigns and Big Data.* HKS Faculty Research Working Paper Series RWP13-045, Revised February 2014.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. III, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIRILIO, Paul. *A bomba informática.* São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO LIMITES A SUA UTILIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS

Diego de Ávilla Rodrigues[16]

Resumo:

O artigo 421 do Código Civil trouxe novo princípio ao direito contratual brasileiro: a função social do contrato. Apresentando-a como limite e fundamento da liberdade de contratar. Entretanto, a norma legal não fez maiores elucubrações acerca de sua aplicação, deixando espaço às mais diversas interpretações. Destarte o objetivo do estudo é verificar os reflexos da norma para a interpretação dos contratos, bem como a existência de limites para sua aplicação. Primeiramente, há a necessidade de conceituar função social e contrato, determinando as finalidades do princípio e do instituto. Após, através de uma leitura sistemática da previsão legal, apurar a intenção do legislador. Por fim, através de estudo de caso, buscar uma conclusão acerca dos limites para utilização da função social dos contratos como norma de interpretação dos pactos, especialmente a fim de não violar a finalidade precípua do contrato. Realizada, especificamente, após a análise teórica, estudo sobre o caso da Soja Verde no estado de Goiás, onde eram realizados contratos de venda antecipada da safra, para financiamento de seu plantio, e houve, no tribunal local, revisão dos pactos, após ascensão do preço da saca, com fundamento na Função Social, verifica-se que, em que pese o princípio se consubstancie em evolução legislativa, a sua utilização equivocada pode ser nociva à economia e à própria sociedade. A função social do contrato jamais deve desconsiderar a existência de uma função econômica das relações, sob pena de acabar desvirtuando o instituto, impedindo a circulação de riqueza e travando a economia. A visão, para aplicação do princípio, deve ser ampla e não apenas visar a proteção da parte vulnerável.

Palavras-chave: Contrato. Aspectos Sociais. Função Social. Função Econômica.

1 Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, advém a constitucionalização do direito privado, haja vista a fixação da Carta Magna como fonte de valores e regras do Direito Civil. Pode-se dizer que houve a migração de diversos dispositivos e princípios, próprios do Direito Civil, para o texto constitucional (SILVA; 2003; p. 128.).

Ademais, a constitucionalização do direito privado trouxe consigo uma mudança valorativa no direito civil. Isto, pois não mais se considera a liberdade individual como valor supremo, passando-se a dar uma maior atenção para a solidariedade social. Acerca do tema, confira-se Teresa Negreiros:

> O processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição de seu centro valorativo – em lugar do indivíduo surge a pessoa. E onde antes

[16] Servidor Público do Poder Judiciários do Estado do Rio Grande do Sul Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade IMED; E-mail: *dieavilla@gmail.com*.

> reinava, absoluta, a liberdade individual, ganha significado e força jurídica a solidariedade social. (NEGREIROS; 2002; p. 11)

Assim, o direito deixa de ver os indivíduos como seres isoladamente considerados, iguais em direitos e deveres, reconhecendo que as pessoas encontram-se inseridas na sociedade e, acima de tudo, não possuem iguais condições. Desta forma, o direito, buscando a solidariedade social, deixa de considerar abstratamente o indivíduo, para vê-lo inserido na realidade, como partícipe da sociedade e das transações econômicas. Nesse sentido:

> O direito civil voltado para a tutela da dignidade da pessoa humana é chamado a desempenhar tarefas de proteção, e estas especificam-se a partir das diferenciações normativas correspondentes a diferenciações que implodem a concepção outrora unitária de indivíduo, dirigindo-se, não a um sujeito de direito abstrato dotado de capacidade negocial, mas sim a uma pessoa situada concretamente nas relações econômico-sociais (NEGREIROS; 2002; p. 18)

No que tange ao direito contratual, especificamente, a Lei Maior não definiu regras específicas, limitando-se a trazer princípios e valores que passariam a servir como sua base. Nesse sentido, nota-se claramente a influência dos princípios constitucionais nas regras gerais, estabelecidas pelo Código Civil de 2002, à luz das quais devem ser interpretados os contratos, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a socialidade, a eticidade e a solidariedade.

Acerca do tema, leciona Luis Renato Ferreira da Silva:

> Sob o ângulo formal, não haveria muito o que se falar de constitucionalização quanto ao direito dos contratos. É que o texto constitucional brasileiro não editou regras estruturando ou modificando as regras civis do direito dos contratos. Entretanto, sob o ponto de vista material, certamente as afirmações da Carta Constitucional abrangem e alteram significativamente as regras postas do direito contratual. Esta evolução, que já vinha sendo, timidamente, desenvolvida pela jurisprudência, acaba por encontrar ressonância nos três princípios basilares que estruturam a teoria geral dos contratos no Novo Código (SILVA; 2003; p. 128 e 129)

Desta forma, o artigo 421 do Código Civil de 2002[17] incorpora à legislação contratual o princípio constitucional da solidariedade social, previsto no art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988 (MARTINS-COSTA; 2005; p. 41). As relações contratuais, antes vistas sob uma ótica individualista, onde a liberdade contratual seria exercida plenamente, dizendo respeito apenas aos contratantes, passam a ser analisadas como integrantes das relações sociais, com seus efeitos e reflexos, não somente adstritos às partes, mas à sociedade que integram, bem como a elementos integrantes dessa.

Neste sentido, define Humberto Theodoro Júnior:

> A função social do contrato consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes) (THEODORO JÚNIOR; 2003; p. 31)

Portanto, a norma trazida no artigo 421 do Código Civil de 2002 vem contrapor-se ao caráter predatório do individualismo exacerbado, antes permitido dada a plena liberdade

[17] "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." (Código Civil – 2002, art. 421)

contratual[18] que prezavam os contratantes. Pois o contrato passa a ser visto como elemento integrante, não somente das relações econômicas entre as partes, mas, também, das relações sócio-econômicas coletivas, na tentativa de buscar-se uma sociedade mais solidária, em atenção ao artigo 3º, III, da Constituição Federal.

A questão a ser discutida é que, apesar de o texto legal contrapor-se à plena liberdade contratual, com o objetivo de privilegiar a solidariedade social, não delimita, especificamente, a função social do contrato, tampouco, aponta os mecanismos apropriados para que esta possa ser assegurada, cabendo ao intérprete da lei esta função (SILVA; 2003; p. 135 e 136).

Deixa, assim, a norma insculpida no artigo 421 do Código Civil de 2002, um vazio muito grande, a ser preenchido por meio de interpretação jurisdicional, o que pode acabar por causar grande insegurança jurídica, dado aos possíveis entendimentos mais extremados, tanto para o lado mais liberal quanto para o social.

Deste modo, é de fundamental importância, não somente estudarem-se as diferentes concepções doutrinárias existentes acerca do princípio[19] da função social do contrato, com foco nos seus efeitos entre as partes contratantes[20], como, igualmente, analisar a jurisprudência, com o intuito de avaliar a sua aplicação, proporcionando, assim, uma crítica acerca da sua aplicação no direito brasileiro.

2 A Função Social do Contrato e Seus Efeitos *inter partes*

O Direito, como ciência social que é, não é estanque, pelo contrário, encontra-se constantemente em transformação, acompanhando a evolução da sociedade como um todo. Desta forma, as modificações na sociedade refletem-se diretamente no mundo jurídico. Nesse sentido, a transformação do Estado de Liberal para Social, não poderia deixar de produzir mudanças no ordenamento jurídico, tampouco no sistema contratual. Como se verifica nos dizeres de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

> Reflexo da passagem do Estado Liberal para o welfare state, o contrato ganha dimensão nova, que determina sua recompreensão sob o influxo de novos princípios que lhe dão conteúdo. (GODOY; 2004; p. 04.)

Tal transformação pode ser verificada com a atual compreensão dos princípios da liberdade contratual e da *pacta sunt servanda*, antes tidos como basilares do Direito Contratual, privilegiando a autonomia da vontade e a igualdade formal entre as partes, num Estado que se recusava a intervir

---

[18] Esta ampla liberdade contratual advinha desde o surgimento do pensamento liberal, com a revolução francesa, que serviu de base para a elaboração do Código Civil de 1916 (elaborado ao final do século XIX). Pois, segundo essa concepção, o contrato teria, unicamente, como função proteger a liberdade de contratar e o objeto da contratação, ou seja, os efeitos desejados pelas partes contratantes. Pregando-se a intervenção mínima, ou, antes, a não intervenção, do Estado nas relações entre particulares. Veja-se, nesse sentido a obra de Jorge Renato dos Reis (2001; p. 112 e 113).

[19] Princípio que, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2000; p. 747-748), é: "mandamento nuclear do sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo."

[20] Não se desconhece que o Princípio da Função Social dos contratos gere efeitos, também, externamente a terceiros, entretanto, para fins do presente estudo, serão analisados apenas os efeitos internos do princípio, na interpretação contratual.

nas relações interpessoais. Atualmente, os princípios ditos clássicos estão sendo relativizados perante novos princípios, como o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, que buscam a igualdade não só formal, mas material entre as partes.

Veja-se, nesse sentido, a lição de Luciane Maria Padoin:

> A evolução da sociedade trouxe, como um dos reflexos mais importantes, a modificação do papel do estado frente aos cidadãos. O estado liberal, com sua característica de não interferir nas relações intersubjetivas, incapaz de resolver os problemas sociais, deu lugar ao Estado Social, isto é, um estado que intervém no domínio privado, especialmente atingindo as relações contratuais.Assim, uma grande marca da evolução da teoria contratual, em consonância com a evolução da sociedade e conseqüente transformação do Estado Liberal para o Social, foi o repensar dos princípios (liberais) norteadores das relações contratuais, em face do surgimento dos novos princípios, como: o da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da probidade, e o da equivalência das prestações. (PADOIN; 2003; p. 123)

Assim, o contrato deixou de ser um espaço de livre pactuação entre as partes, passando a possuir limites, impostos pelo ordenamento jurídico. O conceito de contrato transformou-se, não sendo mais, apenas, a representação jurídica de uma operação econômica (ROPPO; 1988; p. 11), passando a ter, também, uma preocupação com os reflexos desta operação na sociedade em geral. O contrato deixa, portanto, de ser visto como uma pactuação que diz respeito somente às partes contratantes, devendo ser observado como instrumento jurídico vinculado à sociedade, capaz de produzir efeitos que nela interfiram.

Não se está aqui afirmando que os princípios da liberdade contratual e da *pacta sunt servanda* foram eliminados pelo Novo Código Civil, ou pelo reconhecimento de princípios sociais, contudo, tais princípios, antes únicos a reger o direito contratual, hoje encontram-se relativizados, diante dos princípios da boa-fé e, principalmente, da função social dos contratos.

Desta forma, os três princípios, antes norteadores das relações contratuais, não foram abolidos, mas sim acrescidos de outros princípios, trazidos pela nova visão do direito contratual, à luz da Constituição Federal de 1988, quais sejam: equilíbrio econômico do contrato, boa-fé objetiva e função social (AZEVEDO; 1998; p. 115 e 116). O que nos coloca, hoje, em uma situação onde vivemos uma hipercomplexidade de princípios de direito contratual. Como explica Antonio Junqueira de Azevedo:

> Estamos em época de hipercomplexidade, os dados se acrescentam, sem se eliminarem, de tal forma que, aos três princípios que gravitam em volta da autonomia da vontade e, se admitindo como princípio, ao da ordem pública, somam-se outros três – os anteriores não podem ser considerados abolidos pelos novos tempos, mas, certamente, deve-se dizer que viram seu número aumentado pelos três novos princípios. Quais são esses novos princípios? A boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato. (AZEVEDO; 1998; p. 115 e 116)

Ainda, em consonância com o acima referido, confira-se o entendimento de Paulo Luiz Netto Lôbo:

> Os princípios sociais do contrato não eliminam os princípios individuais do contrato, a saber, o princípio da autonomia privada (ou da liberdade contratual em seu tríplice aspecto, como liberdade de escolher o tipo contratual, de escolher o outro contratante e de escolher o conteúdo do contrato), o princípio da pacta sunt servanda (ou da obrigatoriedade gerada por manifestações de vontades livres, reconhecida e atribuída pelo direito) e o

> princípio da eficácia relativa apenas às partes do contrato (ou da relatividade subjetiva); mas limitaram, profundamente, seu alcance e conteúdo. (LÔBO; 2005; p. 12)

É inegável que o contrato ainda é a representação jurídica de uma operação econômica. Entretanto, este, agora, deve ter, além de uma função econômica, uma função social. Ou seja, deve prestigiar valores sociais, especialmente os previstos na Constituição Federal, tais como: a dignidade da pessoa humana, a socialidade e a eticidade; no interesse geral da sociedade. Desta forma, o contrato não deve mais ser visto sob uma ótica individualista, mas sim como integrante de um todo social.

Nesse sentido, vale destacar o posicionamento de Paulo Velten, ao tratar dos casos em que, sob a nova perspectiva contratual, deve haver intervenção estatal nas relações contratuais:

> Efetivamente, a primeira razão que leva o Estado a intervir na relação contratual é a desigualdade estabelecida entre os contratantes, ao que a lei civil, visando assegurar a realização dos valores fundamentais da igualdade e solidariedade, impõe limitações ao âmbito de atuação das partes, à liberdade de estabelecer regras individuais, conforme a função social que todo e qualquer ajuste deve atender, visando o exercício de atividades dignas e sociais, postas acima do mero interesse das partes envolvidas e pautadas por critérios de razoabilidade, equilíbrio e proporcionalidade.Apropriado, ainda, observar que essas limitações e intervenções não negam, mas antes prestigiam, a autonomia privada, à proporção que asseguram aos particulares determinada esfera de atuação dentro de um ambiente de respeito, de lealdade, de socialidade e de eticidade, valores que, aliás, inspiram a edição do atual Código Civil brasileiro. (VELTEN; 2006; p. 419 e 420)

Concordando com o entendimento acima exposado, convém destacar o posicionamento do professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy ao referir-se ao princípio da função social do contrato:

> Por meio dela, retira-se o contrato da perspectiva individualista que lhe reservava o Código Civil de 1916, modificando-se seu eixo interpretativo, de sorte a garantir que o ato de iniciativa das partes contratantes seja recebido pelo ordenamento, que lhe dará eficácia, desde que, tal qual vem de se asseverar, cumpra um novo papel, de satisfação dos propósitos e valores que o sistema escolheu e protege, no interesse de todos, no interesse comum. Acrescenta-se: propósitos esses escolhidos, antes de tudo, pelo constituinte. (GODOY; 2004; p.119)

Entretanto, é de se ressaltar não ser uníssono na doutrina que o princípio da função social do contrato possa produzir efeitos *inter partes*. Isto, dada a existência de autores que negam essa sua eficácia, afirmando que, para regular as relações entre as partes, existem outros princípios aplicáveis[21].

Ora, esta idéia até poderia fazer sentido, se considerássemos o contrato, única e exclusivamente, como expressão das vontades dos contratantes, reconhecendo apenas a sua função individual. Porém, deve ser levado em consideração que, nos dias atuais, há o reconhecimento de que o contrato exerce uma função perante toda a sociedade, regulando operações econômicas e transações que ocorrem em seu seio (SOARES; 2006; p. 453).

Nesse mesmo sentido, veja-se:

> O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses

[21] Como exemplo desse posicionamento, podemos citar a obra de Humberto Theodoro Júnior (2004; p. 94)

> sociais, sempre que esses se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalecentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico. (LÔBO; 2005; p. 12)

Passando-se a entender o contrato sob essa nova perspectiva, torna-se possível compreender que o artigo 421 do novo Código Civil veio justamente assegurar que o contrato deixasse de lado a sua visão liberal, onde este dizia respeito somente às partes contratantes, gozando estas de liberdade ilimitada, para adquirir um papel importante na busca de uma sociedade mais solidária e justa, em atendimento aos princípios da solidariedade e da justiça social, previstos na Constituição Federal de 1988[22].

Ademais, parece inegável que, na busca de uma sociedade mais justa e solidária, os contratos possuem um papel importantíssimo, haja vista serem eles que regulamentam as transações econômicas. Portanto é importante que os contratos sirvam como instrumentos capazes de garantir "trocas úteis e justas"[23], em busca não só da satisfação do interesse das partes, mas também em conformidade com os princípios e objetivos previstos na Constituição.

Em consonância com esse entendimento merece destaque, novamente, o posicionamento do professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

> [...] o solidarismo social ostenta um primeiro contorno, que vale para quaisquer relações jurídicas, paritárias ou não, de, justamente, preservar uma substancial igualdade entre as pessoas, garantindo que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim como socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema. De outra parte, significa também a promoção da justiça distributiva, quando fomenta o acesso a bens e serviços, em especial, embora não só, ao se cuidar de relações profissionais e, aí, intrinsecamente desiguais. (GODOY; 2004; p.129)

O contrato, portanto, deixa de ser meramente de interesse individual das partes, passando a servir como instrumento de tutela de garantias constitucionais, sobretudo no que diz respeito à solidariedade e à justiça social, devendo ocorrer a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Sobre o tema, confira-se o posicionamento do Professor Calixto Salomão Filho:

> O princípio da função social do contrato permite a tutela difusa pelo judiciário das garantias institucionais. Liberta a tutela de interesses supra-individuais da tutela administrativa ou da casuística prevista em lei. Toda vez que forem lesados interesses institucionais haverá lesão à função social do contrato. É no destaque por estes propiciado entre interesse individual e coletivo que se encontra a justificativa para limitar a liberdade contratual. (SALOMÃO FILHO; 2004; p. 83)

O que é necessário compreender-se é que não se trata, aqui, de proteção aos interesses da parte mais vulnerável[24], dentro da relação contratual, sob a justificativa de promoção de uma maior

---

[22] Artigos 3º, I e III, e 170 da Constituição Federal de 1988.

[23] Nesse sentido cumpre salientar o Enunciado 22, elaborado por ocasião da I Jornada de Estudos sobre o Novo Código Civil, que possui a seguinte redação: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio da conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas."

[24] Segundo Cláudia Lima Marques: A vulnerabilidade ocorre nos casos em que há desequilíbrio contratual, onde uma das partes é o pólo mais fraco da relação contratual, não podendo discutir as suas cláusulas, mesmo reconhecendo a sua abusividade, pois não possui outra opção. Ademais, existem três tipos de vulnerabilidade, quais sejam: vulnerabilidade técnica, onde o contratante não possui conhecimento técnico sobre aquilo que está sendo contratado; Jurídica, onde o contratante não possui conhecimento do direito e, por isso, não possui meio de discutir as cláusulas do contrato, vez que desconhece suas garantias; e a fática, onde um dos pólos possui menor poder econômico que

justiça social, mas da necessidade de levar em consideração as condições das partes, a fim de estabelecer-se um equilíbrio, não apenas formal, mas material às relações contratuais, visando garantir o equilíbrio de prestações manifestamente desproporcionais, adequando o contrato às normas constitucionais (CUNHA; 2007; p. 274 e 275). Entretanto, não é sempre que o interesse da coletividade coincidirá com o interesse da parte com menores condições econômicas (WALD; 2004; p. 6). É possível que haja situações em que o melhor para a sociedade, como um todo, seja a manutenção do contrato da forma em que foi pactuado, do que uma eventual revisão ou anulação.

Desta forma, tem-se aqui um grande problema, pois o legislador não definiu regras de aplicação da função social dos contratos, tampouco conceituou claramente o instituto, deixando um espaço muito amplo para a interpretação jurisdicional (SILVA; 2003; p. 135 e 136). Tal opção legislativa pode trazer grande insegurança jurídica, pois o que determinado julgador considera interesse social, outro pode não considerar.

Acerca do tema, confira-se o entendimento de Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> À função social se atribui a especial virtude de incluir, como elemento de necessária atenção jurídica, preocupações com terceiros não membros da relação, o que inegavelmente vai ao encontro das aspirações de uma sociedade que se pretende mais solidária. Por outro lado, tratando-se de conceito ainda densamente obscuro, receia-se que a função social se transforme em um veículo de insegurança nas relações econômicas, tornando-as sindicáveis por meio de mecanismos cuja abrangência e força ainda pouco se conhece. (SILVA; 2003; p. 107)

O que não se pode fazer é, sob o pretexto de promover a inclusão social, olvidar-se que os contratos são instrumentos de regulamentação das relações econômicas dentro do mercado[25], cabendo a eles não apenas viabilizar, mas assegurar que a vontade dos contratantes será cumprida, de acordo com o pactuado e que, eventuais alterações, ou anulações desses, pela via jurisdicional, certamente refletem no mercado, o que, via de conseqüência, atinge a economia, chegando, por fim, à sociedade. Depreende-se, assim, que o mercado deve sempre ser considerado quando das decisões judiciais, sob pena de inviabilizar-se determinada atividade econômica, prejudicando mais a sociedade, do que se o contrato fosse mantido. Ademais, não se pode deixar de considerar que as decisões judiciais servem de base, não somente umas para as outras, mas, também, para a proposição de novas demandas com o mesmo objeto, o que poderia agravar, ainda mais, a insegurança nas relações econômicas, nos casos de decisões com efeitos negativos ao mercado.

Não se trata, entretanto, de manter-se a relação contratual e, assim, a estabilidade por ela estabelecida, ao arrepio das normas e princípios legais. Mas sim, de avaliar corretamente os reflexos de cada decisão na economia e na sociedade, procurando, sempre, o caminho de maior equilíbrio. Deste modo, é fundamental compreender-se que o instituto da função social do contrato, não se presta à proteção dos interesses da parte mais fraca, dentro da relação contratual, mas à guarda do interesse social. Como muito bem expressa Arnoldo Wald:

> Se a autonomia da vontade está condicionada ao interesse geral, econômico e social, fica evidente que a aplicação automática do preceito do artigo 421, como protetor da parte mais fraca na relação contratual, pode gerar uma

---

outro, que acaba por impor a sua vontade. Cabe destacar, ainda, que nenhuma delas confunde-se com a hipossuficiência. Esta é uma espécie de vulnerabilidade econômica, entretanto, é tão gritante que não necessita de comparação com a outra parte para ser constatada. (MARQUES; 1999; p. 268 a 275).

[25] Mercado que, dentro do sistema capitalista que vivemos, existe como fato social. Não podendo, portanto, ser negado, desprezado ou menosprezado pela análise jurídica. (TIMM; MACHADO; 2006; p. 198)

> decisão que, sob o pretexto de beneficiar um interesse individual de caráter patrimonial, acabe por causar prejuízos à coletividade. Nesse caso, não apenas não se estaria cumprindo o preceito, como, ao contrário, estar-se-ia afrontando-o claramente. Só poderá dizer-se cumpridora da função social prevista na lei a decisão que analisar o equilíbrio do contrato e as conseqüências diretas e indiretas de uma intervenção estatal ou judicial para a coletividade no curto médio e longo prazos, assegurando a adequada circulação das riquezas e a eqüidade, e não somente o interesse individual.
> Em suma, não se pode afirmar ser a função social sinônimo da defesa do hipossuficiente no regime do Código Civil, pois a aplicação da cláusula geral deverá ser sempre casuística, baseando-se no contrato, na lei e nos usos e costumes, cabendo ao magistrado aplicá-la segundo vetores do equilíbrio, da justiça contratual e do interesse geral, considerando o contrato na sua globalidade e dentro do contexto do sistema em que funciona. (WALD; 2005; p. 18)

Desta forma, é necessário que fique claro que a norma do artigo 421 do novo Código Civil é resultado da constitucionalização do direito privado, onde o contrato, como principal instrumento de circulação de riquezas, passa a ter, também, a função de buscar os objetivos previstos na Constituição Federal de 1988.

O contrato deixa de ser considerado, portanto, como mero instrumento à circulação de riquezas, preocupado apenas com a melhor satisfação dos interesses individuais e com o ganho patrimonial das partes, para tornar-se um instrumento de humanização dos negócios jurídicos, atenuando os efeitos das "forças dominantes que, ainda, pregam o liberalismo econômico" (DELGADO; 2004; p.15 e 16).

Entretanto, cabe salientar a necessidade de o princípio da função social do contrato ser aplicado em conjunto com os princípios constitucionais e, somente, quando o contrato venha a ofender interesses coletivos neles protegidos. Isto, pois, do contrário permitir-se-ia uma total insegurança jurídica, onde cada intérprete da norma legal, de acordo com a sua concepção de mundo, compreenderia de maneira diferente a efetivação ou não dos contratos, quando analisados em concreto.

A função social do contrato, portanto, não pode ter a sua aplicação ilimitada, de acordo com as concepções subjetivas de cada julgador, mas deve sempre estar atrelada aos interesses institucionais, previstos na Constituição Federal, de modo a se garantir um bom nível de equilíbrio entre a flexibilização dos contratos, como instrumento de humanização das relações negociais, e a segurança jurídica (SALOMÃO FILHO; 2004; p. 84).

Levando-se em consideração estes pressupostos, é possível dizer-se que o contrato cumprirá a sua função social quando o comportamento das partes der-se de acordo com a solidariedade (art. 3º, I, da CF/88), com a justiça social (art. 170, *caput*, da CF/88), com a livre iniciativa, respeitando sempre a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) e os preceitos de Direito Ambiental (art. 225, *caput*, da CF/88) (DELGADO; 2004; p. 24).

Desta forma, parece correto o entendimento de que o contrato atenderá a sua função social quando representar ganho, não só às partes contratantes, possibilitando a circulação e acumulação de capital, mas também para a sociedade como um todo, propiciando o desenvolvimento e a justiça social (GOMES; 2006; p. 102).

Ademais, considerando-se que, hodiernamente, não se pode desvincular um contrato de outro, estando todos entrelaçados e diretamente ligados à vida de todos os membros da sociedade. A existência de um contrato onerosamente excessivo que, por possuir este defeito, acabe por ser inadimplido, gerará, quase inevitavelmente, o inadimplemento de outro, que deste dependia, o que é contrário aos interesses da coletividade. Desta forma, é de interesse da sociedade que os contratos

contenham prestações equilibradas, a fim de garantir-se o seu fiel cumprimento, evitando-se o inadimplemento de outros contratos vinculados aos primeiros.

Desse modo, necessário faz-se que os contratos possibilitem trocas úteis e justas, a fim de que tenham o seu cumprimento efetivado pelos contratantes. É importante ressaltar, nesse sentido, o posicionamento do Professor Luiz Renato Ferreira da Silva, ao falar sobre as trocas que devem ser garantidas pela função social do contrato:

> [...] é importante que as trocas sejam úteis e justas, pois se não o forem, os contratantes, certamente, deixarão de cumprir os contratos firmados, e isto resultará em uma quebra da finalidade da liberdade contratual. Com isso entendo que o contrato cumpre sua função (razão pela qual foi acolhido no ordenamento jurídico) sempre que permitir a realização e a manutenção das convenções livremente estabelecidas. Estas, porém, só serão mantidas enquanto as partes (e ambas as partes, pois trata-se de um negócio jurídico bilateral) retirem vantagens em condições paritárias, ou seja, enquanto houver uma equação de utilidade e justiça nas relações contratuais. (SILVA; 2003; p. 135 e 136)

Assim, cumpre destacar que o contrato continua a desempenhar papel importantíssimo dentro da sociedade. Papel esse que deve ser protegido e amparado pelo direito privado, exceto nos casos em que contrarie os interesses da coletividade, onde poderá o juiz, desde que provocado por uma parte interessada, rever os seus termos ou anular o negócio jurídico (SOARES; 2006; p. 455 e 456). Cabendo a esse, enquanto aplicador da norma, interpretá-la em conjunto com a realidade fática, adaptando o contrato às mudanças sociais e, especialmente, aos interesses da sociedade. Não podendo olvidar-se, porém, que ele não possui ampla liberdade para realizar esta interpretação, sendo esta vinculada, haja vista que os elementos capazes de dar forma à função social do contrato já estão previamente determinados na Constituição Federal, não possuindo caráter exclusivamente material, mas sim, dando especial atenção à dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial e a solidariedade social. (FRANCO; 2002; p. 141)

De acordo com esse entendimento destaca-se:

> A definição do conteúdo da função social do contrato, como já afirmado, só se depreende pela compreensão do exercício de raciocínio do aplicador do direito perante o caso. Não é por isso, contudo, que desde logo não seja possível identificar certas linhas de interpretação com fundamento na origem da função social e sua situação diante da nova teoria contratual. A premissa básica, neste caso, é de que a função social do contrato introduz as noções de igualdade contratual e, por conseguinte, de equilíbrio contratual, presentes no direito do consumidor, no regime geral do direito civil. A inteligência destes fenômenos, contudo, requer que se distinga entre a presunção de desigualdade do consumidor no regime do Código de Defesa do Consumidor e regime geral do Código Civil. Neste último, não há de se reconhecer, a priori, a desigualdade entre as partes, mas será admitido, com fundamento no princípio da função social do contrato, que o juiz identifique no caso, e de acordo com as regras ordinárias de ônus da prova (art. 333, I, do CPC) e do princípio processual do dispositivo, situações tópicas de desigualdade e desequilíbrio. (MIRAGEM; 2007; p. 207 e 208)

Convém salientar, ainda, que o princípio da função social do contrato, enquanto limitador da autonomia negocial, ou seja, da liberdade contratual, também acaba por gerar efeitos positivos de conduta das partes (MARTINS-COSTA; 2005; p. 50). Nesse sentido, Bruno Miragem (2007; p. 197) diz que o princípio da função social do contrato assume caráter complementar ao da boa-fé, qualificando-o. Diz, ainda:

> Esta função qualificadora exercida pela função social sobre a boa-fé não determina, a priori, a criação/origem de deveres distintos daqueles que a doutrina e a jurisprudência já reconhecem (ainda que isto seja possível). Trata-se de uma distinção de intensidade quanto aos deveres jurídicos ou aos limites já estabelecidos pela boa-fé, como os deveres de colaboração, lealdade, e respeito às expectativas legítimas. A função social, assim, dado o seu caráter mais afeito aos interesses da comunidade (sociedade) coloca-se princípio qualificador da boa-fé (mais afeita aos interesses e expectativas das partes do contrato). (MIRAGEM; 2007; p. 197)

Salienta, porém, o referido autor, que esta qualificação não deverá ser geral. Ou seja, não poderá ser reconhecida a todos os contratos, mas sim àqueles de maior relevância e interesses sociais. Hipótese em que a boa-fé objetiva, qualificada pela função social dos contratos, deverá ser interpretada atendendo-se a essencialidade e/ou a relevância social dos pactos (MIRAGEM; 2007; p. 197).

Desta forma, é preciso que se tenha claro que o descumprimento do requisito da função social do contrato terá como conseqüência, basicamente, a aplicação de duas possíveis sanções. São elas: a nulidade da cláusula ou do contrato como um todo, que esteja a violar a função social[26], e o conseqüente dever de indenizar daquele que a violou, por danos advindos desta (MIRAGEM; 2007; p. 207 e 208).

3 A Função Social do Contrato e o Caso da Soja Verde no Estado de Goiás

A função social do contrato, embora seja muitas vezes confundida com proteção ao hipossuficiente, em uma relação contratual, assim não pode ser entendida (WALD; 2004; p. 3 e 4). O princípio, inserido na regra geral do art. 421 do Código Civil, deve ser visto de maneira mais ampla. Através dele, os contratos devem deixar de ser considerados singularmente, passando a ser interpretados como integrantes e capazes de produzir reflexos em toda a sociedade e no mercado. Desta forma, é necessário que os juízes, ao proferirem decisões com base na função social do contrato, tenham o cuidado de não desvirtuá-la, acabando com função primária do contrato[27], que é promover a circulação de riqueza, interferindo assim, prejudicialmente no mercado, sob o risco de inviabilizar determinada atividade econômica. Assim, torna-se importante a análise de como vem sendo aplicada, pelos nossos tribunais, a função social do contrato.

Não é segredo nenhum a grande dificuldade passada pelos produtores rurais em todo o Brasil. A agricultura, embora essencial para o desenvolvimento brasileiro, não é dos negócios mais lucrativos. De modo que os produtores rurais encontram-se, constantemente, atrás de créditos junto a bancos e instituições financeiras, a fim de viabilizar as suas atividades (GASTALDI; 2005; p. 350-351). Ocorre que os produtores rurais nem sempre conseguem honrar os seus compromissos, de tal forma que cada vez encontra-se mais difícil conseguir um crédito perante determinado banco ou financeira. Outra prova disso é que, freqüentemente, o Banco Central do Brasil vê-se obrigado a publicar resoluções a fim de promover uma renegociação dos créditos inadimplidos. Exemplo disso

---

[26] Aplicando-se o estabelecido no parágrafo único do artigo 2.035 do novo Código Civil, que dispõe: "Art. 2.035 (...) Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

[27] Nesse sentido: "[...] o contrato é a veste jurídico-formal de operações económicas. Donde se conclui que *onde não há operação económica, não pode haver também contrato.*" (ROPPO; 1988; p. 11)

é a securitização, nome dado a uma espécie de renegociação e novo parcelamento de dívida, instituído "através da lei 9.138/95, onde dívidas de até R$ 200.000,00 receberiam prazos de pagamento de 8 a 10 anos, com equivalência produto, mais juros de 3% ao ano." (BARBOSA ALFONSIN; 1998)

Foi em busca de uma solução para esses problemas que surgiu, no estado de Goiás, o chamado "contrato de soja verde". Trata-se, este, da compra antecipada da safra, com vistas a financiar o plantio da soja, seja diretamente, com pagamento em dinheiro, ou indiretamente, com o fornecimento de insumos agrícolas. Passado algum tempo, tornou-se corriqueiro o uso desses contratos simplesmente visando a redução do risco da variação do preço da soja no mercado. Os contratos passaram a ser celebrados, portanto, ou para o financiamento do plantio da safra, ou para a redução dos riscos provenientes da atividade, pois o preço era fixado com base no valor futuro da soja, já estando embutido, neste *quantum* o lucro do produtor rural. Acerca do tema, esclarecem Christiane Leles Rezende e Decio Zylbersztajn:

> O contrato de soja verde, como é conhecido, surgiu como um arranjo alternativo para obtenção de crédito em vista da limitada oferta de crédito agrícola, tanto no ambiente privado como subsidiado pelo governo, trata-se da compra antecipada da soja por partes das indústrias esmagadoras e/ou tradings por meio de contratos. Ou seja, surgiu com o objetivo de financiar a atividade agrícola, quer na forma de financiamento direto quer na forma de fornecimento de insumos agrícolas. Posteriormente, intensificou-se a modalidade sem a antecipação de recursos, com o objetivo único de estabelecimento do preço de venda, de forma a reduzir os impactos da oscilação do preço na época da safra. Na maior parte dos casos o contrato é padronizado, o preço e a quantidade são fixados com base no preço futuro da soja. As partes ao realizar contratos de venda antecipada podem ter objetivos diversos: Evitar o risco de oscilação do preço e/ou obter financiamento para a safra. Sob a ótica econômica pode-se dizer que pelo menos dois elementos parecem estar sendo transacionados: risco e/ou crédito. (REZENDE; ZYLBERSZTAJN; 2007)

Ocorre que, especialmente nas safras 2002/2003 e 2003/2004, houve uma grande variação no preço da soja, estando esse, à época da entrega do contratado, muito superior ao valor avençado entre as partes. Esta situação acabou gerando uma grande onda de quebra de contratos e, conseqüentemente, de ações judiciais. (REZENDE; ZYLBERSZTAJN; 2007)

Os produtores rurais argumentavam no sentido de que a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis causou o aumento no preço da soja, o que acabou por gerar uma onerosidade excessiva no contrato e um grande desequilíbrio das prestações. Utilizavam, ainda, como fundamento para permitir a revisão desses pactos, a função social do contrato (REZENDE; ZYLBERSZTAJN; 2007), pois entendiam que, com o aumento do preço da soja e o conseqüente desequilíbrio das prestações, o contrato desviava-se de sua finalidade social, vez que os produtores aufeririam lucro muito inferior ao que seria possível, caso não tivessem vendido, antecipadamente, a safra.

Os adquirentes, por sua vez, defendiam a legitimidade dos contratos firmados, alegando que a natureza desse tipo de avença era, justamente, impedir os riscos de uma variação de preço no mercado. Argumentavam ainda, que os fatos, tidos por imprevisíveis pelos produtores (variação do preço dos insumos, do câmbio e das condições climáticas) eram, em verdade, previsíveis e inerentes ao risco da atividade. (REZENDE; ZYLBERSZTAJN; 2007)

Desta forma, a discussão chegou até o Tribunal de Justiça do estado de Goiás que, baseando-se na função social do contrato, procedeu a revisão judicial dos pactos, liberando os produtores do

cumprimento integral do contrato (TIMM; MACHADO; 2006; p. 208), Conforme se observa nas seguintes decisões:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO (CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE SOJA). SENTENÇA – FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE – NULIDADE AFASTADA. Não padece da eiva de nulidade a sentença que aborda de forma breve a questão suscitada pela parte, restando eficazmente fundamentada. II – TEORIA CONTRATUAL - NOVO CÓDIGO CIVIL - Hodiernamente a teoria contratual pauta-se não mais pela rigidez do princípio pacta sunt servanda, mas sim, pelos princípios da função social do contrato, da boa fé e do equilíbrio econômico (artigos 421, 422, parágrafo único do art. 2.035, todos do Novo Código Civil) e na aplicação das Teorias da Imprevisão e da Lesão, arcabouço legal que permite ao Judiciário rever as cláusulas do contrato e, com fulcro no art. 478, do NCC, até mesmo, rescindir o contrato. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível 107.113-1/188, relator: Des. João Waldeck Felix de Sousa, Terceira Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível, julgado em 22/05/2007, grifo nosso).

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO. COMPRA E VENDA DE SOJA COM ENTREGA FUTURA. INVOCAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO. CONTRATO ALEATÓRIO. NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DO PACTO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. [...] IV - Neste caso, há que se homenagear a mutabilidade ou rescindibilidade dos contratos onerosos (por conta do princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato) em detrimento do princípio do pacta sunt servanda, cujos efeitos, embora ainda não banidos pelo ordenamento jurídico, encontram em fase de relativização. V - Em havendo parte de pagamento a título de antecipação pela adquirente do produto, está o alienante obrigado a restituir-lhe o valor correspondente devidamente corrigido e com a incidência de juros legais de 1% (hum por cento) ao mês, que é a forma justa de se promover a reparação do prejuízo. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível 109958-0/188, relator: Des. João Ubaldo Ferreira, Terceira Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível, julgado em 21/08/2007, grifo nosso).

Entretanto, ao proferir decisões como essas, os ilustres desembargadores do Tribunal de Justiça de Goiás, acabaram por confundir função social do contrato, com possibilidade de benefício à parte mais fraca dentro da relação contratual[28]. É certo que a função social do contrato pode embasar pedidos que busquem o reequilíbrio contratual, entretanto, para que isto ocorra, é necessário haver um interesse da sociedade em consonância com o interesse da parte com menor poder econômico.

Ademais, o egrégio Tribunal de justiça de Goiás deveria ter levado em consideração o fato de tratar-se, o contrato de soja verde, de um contrato aleatório, onde o risco é inerente ao negócio, devendo as partes, a princípio, "[...] assumir qualquer tipo de oscilação que viesse a ocorrer" (FRANTZ; 2007; p. 160). Nos casos de onerosidade superveniente em contratos aleatórios, somente se poderia admitir a revisão judicial, quando o evento que causou esta onerosidade fosse completamente imprevisível, não fazendo parte dos riscos assumidos pelas partes (FRANTZ; 2007;

[28] Vale destacar, que se estava diante de uma relação negocial, dentro do mercado, com oportunidade de proceder-se negociação de valores, além de existirem quatro empresas realizando esse tipo de contrato como alternativa (REZENDE; ZYLBERSZTAJN; 2007). Motivo pelo qual impossível se qualificar, os produtores rurais, como parte vulnerável no contrato, nos moldes do art. 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

p. 164). O que não ocorreu no caso concreto, vez que a variação do preço do produto, tanto para mais quanto para menos, no mercado, é um risco inerente à venda antecipada do produto.

A conseqüência que se viu dessas decisões não foi outra senão a diminuição desse tipo de contrato (REZENDE; ZYLBERSZTAJN; 2007; p. 6), haja vista a insegurança gerada pelas decisões, pois, se houvesse uma redução no valor da saca da soja, os compradores teriam que arcar com as despesas, entretanto, com um aumento do valor, os agricultores poderiam ingressar com ações para não cumprirem o avençado. Acerca do tema veja-se:

> A consequência (coletiva ou social) disso foi a que todos os outros agricultores que não haviam ingressado com as ações foram prejudicados, pois os traders da região não mais queriam seguir fazendo a operação de compra antecipada do produto, diante do flagrante risco de prejuízo da operação, já que se o preço da soja no ano seguinte ao contrato fosse inferior ao pactuado, eles arcariam com a perda e se o preço fosse mais elevado, os produtores ingressariam com ações para não cumprir o contrato. (TIMM; MACHADO; 2006; p. 208)

O que deve ficar claro é que a função social do contrato deve ser sempre considerada como inserida dentro de uma coletividade. Não se trata de considerar singularmente cada relação contratual, indentificar o pólo teoricamente mais fraco e proceder a sua proteção, mas sim de analisar o contrato e os seus reflexos perante o mercado e a sociedade. Como bem explicitam, novamente, Timm e Machado:

> [...] a função social do contrato é a função do contrato em um determinado ambiente coletivo e não individual. É preciso avaliar qual o impacto no bem estar da coletividade de uma determinada revisão do contrato. E isso somente pode acontecer levando em conta o impacto no espaço público de interação coletiva que é justamente o mercado. (TIMM; MACHADO; 2006; p. 208)

Desta forma, infere-se que a função social do contrato deve respeitar sempre a sua função principal, que não é outra senão a econômica. Garantindo a livre e justa circulação de riquezas e a viabilidade das relações de mercado. Cabendo ao judiciário assegurar o cumprimento do que as partes livremente pactuaram, desde que o contrato não represente prejuízo, mas sim ganho a coletividade (WAMBIER; 2005; p. 64).

Aliás, em consonância com o entendimento de que a função social do contrato não pode ignorar a função econômica, são as decisões do egrégio Superior Tribunal de Justiça, proferidas, justamente, em Recursos Especiais contra as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Goiás[29], como se observa:

> DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E

[29] Neste ponto, vale salientar que, mais recentemente, após a reforma das primeiras decisões pelo Superior Tribunal de Justiça, algumas turmas do Tribunal de Justiça de Goiás passaram a entender que, apenas nos casos em que houve o pagamento antecipado da safra, devia ser mantido o contrato, revisando-se os pactos onde houve somente a fixação do preço, com base no Princípio da Função Social dos Contratos (TJGO, APELACAO CIVEL 234456-07.2004.8.09.0137, Rel. DES. FAUSTO MOREIRA DINIZ, 6A CAMARA CIVEL, julgado em 04/12/2012, DJe 1203 de 12/12/2012). Porém, novamente, o Superior Tribunal de Justiça reformou as decisões, reconhecendo a supremacia da Função Econômica (REsp 1320167/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 26/05/2014; REsp 858.785/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 03/08/2010).

> PROBIDADE. INEXISTÊNCIA. CLÁUSULAS ACESSÓRIAS ABUSIVAS. IRRELEVÂNCIA.
> - A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível.
> - Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque chuvas e pragas – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – são circunstâncias previsíveis na agricultura, que o produtor deve levar em consideração quando contrata a venda para entrega futura com preço certo.
> - O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato.
> - A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.
> [...]
> Recurso especial conhecido e provido. (RESP 783.404/GO, relatora: Min. Nancy Andrighy, Terceira Turma, julgado em 28/06/2007, publicado no DJ 13/08/2007, grifo nosso).

Portanto, o contrato deve ser visto como instrumento útil à circulação de riquezas, sendo este o seu papel primário na sociedade. O contrato deve, por intermédio de sua função social, buscar o "equilíbrio entre interesses particulares e o da coletividade. Havendo conflito, devem estes prevalecer sobre aqueles." (WAMBIER; 2005; p. 64)

Assim, é preciso destacar-se que o contrato deve atender a sua função social, que é garantir a livre e justa circulação de riqueza (SILVA; 2003; p. 137). Ao contrato não é dado o papel de fazer assistência social, por mais que a parte economicamente mais frágil possa necessitar, haja vista que o contrato é, primordialmente, um instrumento que busca viabilizar transações econômicas[30].

4 Considerações Finais

O princípio da função social do contrato, trazido no artigo 421 do Código Civil, traduz regra geral derivada da consitucionalização do direito privado, mitigando a concepção clássica do contrato, que o considerava apenas a expressão de uma transação econômica, passando a ser visto como instrumento inserido na sociedade, capaz de causar efeitos e reflexos nesta. Desta forma, passou-se a exigir do contrato que ele passasse a ser, não apenas um instrumento à circulação de riquezas, representando a vontade das partes, mas sim garantidor da promoção de transações econômicas da maneira mais útil e justa possível, de forma a ser benéfica não somente às partes contratantes, mas também a toda a sociedade.

Porém, a norma trazida pelo artigo 421 do Código Civil, por ser uma norma geral, deixou um grande espaço aberto, a ser preenchido por interpretação jurisdicional, o que tem acabado por

[30] Ou, nos dizeres da EXMA. Ministra Nancy Andrighi, no voto proferido no Recurso Especial 803.481/GO, de sua relatoria: "A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente. Ao contrato incumbe uma função social, mas não de assistência social. Por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador. A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas."

trazer insegurança jurídica em diversos casos, como, por exemplo, o caso dos contratos de soja verde em Goiás. Pois o que determinado intérprete legal considera ser útil e justo para a sociedade pode ser, por vezes, mais prejudicial do que a manutenção do pactuado.

Desta forma, é preciso sempre ter-se em mente que: o contrato e sua função social devem ser interpretados em conjunto com os princípios trazidos na Constituição Federal, tais como: a dignidade da pessoa humana, a socialidade, a eticidade e a solidariedade. Devendo-se levar em conta, também, os reflexos que a decisão poderá causar no mercado, visando garantir a continuidade das atividades econômicas que não sejam nocivas à sociedade e que, ao contrário, contribuam para o seu crescimento.

Referências

AZEVEDO, Antonio Junqueira de; Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para implemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v.87, n.750, abr. 1998.

BARBOSA ALFONSIN, Ricardo e Outros. *Crédito Rural – questões polêmicas.* 1 ed., Porto Alegre: Síntese, 1998.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. *In:* MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato:* estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.

DELGADO, José Augusto. O contrato no Código Civil e a sua função social. *Revista Jurídica,* Sapucaia do Sul: Notadez, v. 52, n. 322, ago. 2004.

FRANCO, Alice Moreira. Função social do contrato. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, n. 23, MAIO/AGO/2002.

FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos:* elementos para a sua construção dogmática. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GASTALDI, José Petrelli. Elementos de economia política. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato:* os novos princípios contratuais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Daniela Vasconcellos. Os princípios da boa-fé e da função social do contrato e a teoria contratual contemporânea. *Revista de Direito Privado,* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 26, abr./jun. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios dos contratos e mudanças sociais. *Revista Jurídica,* Sapucaia do Sul: Notadez, v. 53, n. 329, mar. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor:* novo regime das relações contratuais. 3.ed.3.tir. rev.atual. ampl. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV,* São Paulo: FGV, v. 1, n. 1, p. 41-66, jan./maio 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo,* 12 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. *In:* MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato:* estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PADOIN, Luciane Maria. Os princípios da boa-fé objetiva, da função social e da equivalência das prestações no novo código civil : uma (re)leitura do contrato. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,* Porto Alegre: UFRGS, v. 23, dez. 2003.

REIS, Jorge Renato dos. A função social do contrato e sua efetiva vinculatividade as partes contratantes. *Revista do Direito: Universidade de Santa Cruz do Sul,* Santa Cruz do Sul: UNISC, n. 16, JUL/DEZ/2001.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSZTAJN, Decio. *Pacta Sunt Servanda? O caso dos contratos de soja verde.* Disponível em: <http://repositories.cdlib.org/bple/alacde/050207-06>. p. 5. Acessado pela última vez em 26.05.2017.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função social do contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais,* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 93, n. 823, Papel. MAIO/2004.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. *In: O novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e a sua conexão com a solidariedade social. *In: O novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

SOARES, Renzo Gama. Breves Comentários Sobre a Função Social dos Contratos. *In*: *Função do direito privado no atual momento histórico.* NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, v. 33, n. 103, set. 2006.

VELTEN, Paulo. Função Social do Contrato: cláusula limitadora da liberdade contratual. In: *Função do direito privado no atual momento histórico.* NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WALD, Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. *RTDC : Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 5, n. 17, JAN/MAR/2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 - a função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 94, n. 831, jan. 2005.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: CONSTITUCIONALISMO E GLOBALIZAÇÃO.
Coordenadores: Sergio Cademartori e José Miranda (Unilasalle)

Canoas, 2017.

UM SÉCULO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS AMPLOS

Marcio José Silva;
Mestrando Educação, Arte e História da Cultura;
email: msilva.mackenzie@gmail.com

Resumo

As Constituições são basicamente o conjunto de normas fundamentais que organizam um Estado politicamente, para que haja organicidade e fluidez do Estado no desempenho de suas várias funções. Normalmente, em países democráticos, ela especificará e determinará o papel de Três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmoniosos entre si. O constitucionalismo, como movimento de abrangência mundial, tem acentuado desenvolvimento no século XIX, embora em 1215 os ingleses produzissem a Magna Carta, um documento de limitação das ações do rei quanto aos nobres e prelados. O auge do constitucionalismo são os séculos XVII e XVIII, com destaque para Constituição dos Estados Unidos, de 1776. Por isso, em lembrança ao centenário da Constituição Mexicana de 1917, ainda em vigor, gênese de duas nações das Américas: Brasil e México.

Palavras-chave: Constituição. Revolução. Direitos Sociais. Trabalhismo.

Abstract

Constitutions are basically the set of fundamental norms that organize a State politically, so that may have its organicity and fluidity as State in the performance of its various functions. Usually, in democratic countries, it will specify and determine the role of Three Powers of the State: Executive, Legislative and Judiciary, independent and harmonious among themselves.Constitutionalism, as a world-wide movement, had a marked development in the nineteenth century, although in 1215 the English produced the Magna Carta, a document limiting the King's actions on nobles and prelates. The height of constitutionalism is the seventeenth and eighteenth centuries, with emphasis on the Constitution of the United States of 1776. Thus, in remembrance of the centenary of the Mexican Constitution of 1917, still in force, genesis of two nations of the Americas: Brazil and Mexico.

Keywords: Constitution. Revolution. Social rights. Labor.

1 Introdução

Policarpo Quaresma é o epíteto da crítica à sociedade brasileira na República Velha. O país livrou-se o Imperador e da família imperial, mas manteve os mesmo vícios odiosos comuns às aristocracias: uma classe dominante que ama o ócio, como sinal de distintiva nobreza e que despreza o trabalho como sendo algo a ser feito por pessoas desqualificadas, de segunda categoria[1].

[1] BARRETO, Lima. *Triste fim de Policarpo Quaresma.* 17ª. Edição, São Paulo: Ática, 1983, pp. 46-48.

Ironicamente, porém, o Brasil dispunha de um Código Criminal que ia de encontro à essa visão social. No seu capítulo XIII, cujo tema era "Dos Vadios e Capoeiras", os artigos 399 a 404 previam punição a quem não trabalhasse para subsistência, sendo punido com prisão, deportação (estrangeiros) ou até recolhimento "a estabelecimentos disciplinares industriais, onde poderão ser conservados até á idade de 21 anos"[2]. Aliás, esse código fazia explícita referência aos temos 'vadio' e 'vagabundo'.

Qual era, contudo, a realidade brasileira? Dois anos antes desse decreto, em 1888, a então Regente Brasileira, assinou a lei 3.353 de 13 de maio de 1888, com apenas dois artigos, sendo que o primeiro dizia: "É declarada extinta desde a data desta lei a escravidão no Brasil."[3] e o segundo revogava qualquer disposição em contrário. Qual o resultado dessa lei? As consequências imediatas foram: muitos negros continuaram em servidão para não morrer de forme, outros foram lançados nas ruas sem possuir absolutamente nada e sem oferta de trabalho (os seus antigos senhores preferiam contratar os imigrantes europeus que vinham chegando ao Brasil desde 1870 a pagar salário para seus outrora escravos), por fim, negros passaram à criminalidade para buscar obtenção de sustento, vivendo nas periferias das cidades, no que veio a ser chamado 'favela', em alusão a uma planta muito comum no Brasil que se espalha de maneira rápida e espantosa[4].

Nesse sentido, as leis de vadiagem e vagabundagem atingiriam especificamente negros, que eram colocados à parte da sociedade, algo que a República, cuja virtude e nobreza deveria ser evidente em relação ao famigerado Império, não fez absolutamente nada. Ademais, os europeus que aqui chegaram, vindo de um continente cujas lutas operárias e disputas trabalhistas eram concomitantes ao início da industrialização na Europa, a partir de meados do século XVII e com grande força nos séculos XVII e XIX, não aceitariam certas realidades brasileiras passivamente. Há relatos de que alguns italianos e alemães eram mantidos em situação análoga a escravidão nos cafezais de São Paulo, no Rio Grande do Sul e em Minas Gerais. Os antigos donos de escravos perderam suas posses humanas, mas não perderam seus vícios opressores. Essa situação, cuja lei e até mesmo a Constituição republicana eram inócuas foram se tornando cada vez mais insustentáveis.

O limite desses abusos contra os trabalhadores no Brasil atingiu seu limite em julho de 1917, quando aconteceu a Greve Geral da Indústria e do Comércio, promovida pelas organizações operárias de inspiração anarquista. Anarquismo é uma ideologia política que se opõe à todo tipo de hierarquia e dominação política, econômica, social e cultural, incluindo o Estado, o capitalismo, as instituições religiosas, o racismo e o patriarcado. Através de uma análise crítica da dominação, o anarquismo pretende superar a ordem social na qual esta se faz presente através de um projeto construtivo baseado na defesa da autogestão, tendo em vista a constituição de uma sociedade libertária baseada na cooperação e na ajuda mútua entre os indivíduos e onde estes possam associar-se livremente[5]. No Brasil, a fundação da Confederação Operária Brasileira (COB) em 1906, que incluiu federações operárias locais de São Paulo, Rio de Janeiro, Santos e Porto Alegre, levaram à greve geral em 1917 e à uma insurreição em 1918 marcando a hegemonia anarquista no movimento operário do país nesse período[6].

---

[2] BRASIL. *Decreto 847 de 11 de outubro de 1890*: Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 11 jan. 2017.

[3] IMPERIO DO BRASIL. *Lei 3.353 de 13 de maio de 1888:* Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Acesso em 11 jan. 2017.

[4] CORDEIRO, I.; SECCO, R. Cnidoscolus in *Lista de Espécies da Flora do Brasil*. Jardim Botânico do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://floradobrasil.jbrj.gov.br/jabot/floradobrasil/FB17494>. Acesso em 11 jan. 2017.

[5] CORRÊA, Felipe. *Bandeira Negra*. Rediscutindo o anarquismo. São Paulo: Prismas, p. 79.

[6] Idem, p. 41.

As oligarquias brasileiras começavam a partir de então a ter dores de cabeça com o movimento trabalhista que, ao invés de oferecer objetos para seu controle, tinha à sua frente pessoas cujo raciocínio crítico não aceitava os desmandos que, por séculos, as elites brasileiras cometiam contra os escravos e trabalhadores livres sob seu controle. Esse foi o início, no Brasil, das lutas de cunho social, por direitos, por justiça, por um tratamento igualitário e por ganhos justos, condizentes com o árduo trabalho que enriqueciam cada vez mais a oligarquia dominante brasileira.

Como sempre, porém, o Brasil não estava na vanguarda dessas lutas. Na verdade, o país apresenta um atraso contumaz em comparação aos seus vizinhos lationoamericanos. Enquanto em 1906 formava-se a COB e somente em 1917 vem a Greve Geral, há muitos quilômetros daqui, no México, o movimento anarquista, nesse período, também se consolidou já em 1868 quando foi fundada uma organização específica anarquista, *La Social*, e entre 1877 e 1878, os anarquistas constituíram hegemonia no movimento operário mexicano, articulados no *Gran Círculo de Obreros en México* (GCOM). Ou seja, quase 50 anos de diferença separam o Brasil do México no que diz respeito às lutas por direitos sociais, civis, políticos e econômicos, sendo que no Brasil elas começam em 1917 e até 1988 são apenas um grito quase abafado. O México, porém, em 1917, promulga uma obra prima: a primeira Constituição da História a falar em tais direitos, tão bem elaborada, que está em vigor até hoje.

2 O pequeno gigante

O México é um dos três países da América do Norte, o menor deles. Seu território é o equivalente a um quarto do território brasileiro, porém sua população é pouco mais da metade da brasileira, com densidade de 55 habitantes/km²[7], enquanto a do Brasil é de 23,8 habitantes/km²[8]. De acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de México e Brasil são muito similares, sendo que o México ocupa a posição 74ª., com índice 0,756 e Brasil 75ª. com 0,755[9], ambos considerados países com alto índice de desenvolvimento humano. O índice Gini, que mede a desigualdades em geral, mas especialmente a desigualdade na distribuição de renda tem um outro panorama: o Brasil tem índice de 51,5 e México de 48,2[10]. A diferença mais expressiva entre os dois países é verificada quando se analisa o Produto Interno Bruto (PIB), relacionado ao Paridade de Poder de Compra (PPC), que indica quanto a população efetivamente dispõe ou quanto efetivamente valem seus ganhos com base na moeda internacional comum, o dólar estadunidense. Nesse caso, o PIB/PPC do Brasil é de US$ 15.153,00 e México US$ 18.135,00[11], logo, um cidadão mexicano tem quase três mil dólares a mais à sua

---

[7] INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. *México en cifras.* Disponível em: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/areasgeograficas/>. Acesso em 11 jan. 2017.

[8] Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo 2010, Atlas Demográfico.* Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>. Acesso em 11 jan. 2017.

[9] UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *Human Development Report 2015.* Disponível: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>. Acesso em 11 jan. 2017, p.209, Table 1 - Human Development Index and its Components.

[10] THE WORLD BANK. *GINI Index (World Bank Estimate).* Disponível em: <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI>. Acesso em 11 jan. 2017.

[11] INTERNATIONAL MONETARY FUND. *World Economic and Financial Surveys:* World Economic Outlook Database. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/index.aspx>. Acesso em 11 jan. 2017,

disposição do que um cidadão brasileiro. Isso tem impacto direto na qualidade de vida das pessoas nesses países.

Embora haja todas essas similitudes entre ambos os países, sua história teve um curso muito distinto no decorrer da história. O Brasil foi invadido pelos portugueses com uma esquadra em 1500, sem causar muito impacto e, a partir, de 1531 e, posteriormente, em 1549 o Reino de Portugal iniciou seu processo de exploração, dividindo as terras brasileiras em capitanias hereditárias, posteriormente estabelecendo um Governo Geral e implantando o sistema de *plantation*, com a cultura da cana de açúcar à base do trabalho de escravos raptados na África. No século XIX, ano de 1822, o filho do rei de Portugal passa a iniciar o processo de separação política de Portugal, o que se efetivará em 1825 com o pagamento de indenização a Portugal de dois milhões de libras esterlinas e concessão ao rei de Portugal do título de Imperador do Brasil, assim como ele, Pedro o detinha. De modo que não houve uma independência, mas uma negociação para trocar a coroa da cabeça de um português para a cabeça de outro português, Pedro de Bragança.

Em 1824, Pedro I outorgou uma constituição ao Império do Brasil, um constituição, para os moldes da época, bastante liberal, prevendo até mesmo direito a instrução primária, direito a ampla defesa, liberdade religiosa, inviolabilidade domiciliar, entre outras coisas (artigo 179)[12]. Porém, a mesma constituição manteve um silêncio sepulcral sobre uma realidade brasileira: a escravidão. É como se a escravidão, embora existisse não fosse legalizada. Havia um limbo na Constituição e, consequentemente na Lei sobre esse assunto. Essa inclusive pode ser um dos motivos de o Brasil não ter um Código Civil até 1916. Foram elaborados o Código Criminal (1830) e o Código Comercial (1850) previstos na Constituição, mas o Código Civil não entrou em pauta por quase 80 anos.

Assim seguiu o Brasil por quase todo o século XIX, uma economia escravocrata que só vai proibir o tráfico de escravos em 1850, embora navios negreiros piratas continuassem aportando no Brasil, desrespeitando duas leis: uma de 1831 que declarava liberto qualquer escravo que aportasse em portos brasileiros, a chamada 'lei para inglês ver', pois foi elaborada por pressão da Inglaterra (Art. 1º Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brasil, vindos de fora, ficam livres.)[13]. A segunda lei, de 1850, chamada Lei Eusébio de Queirós, também promulgada por pressão da Inglaterra, proibia o tráfico de escravos pelo Atlântico, sendo que a Inglaterra se via no direito de interceptar tais navios, se necessário. Assim permaneceu o Brasil como dissemos anteriormente, mesmo depois de 1888, quando o Estado, supostamente, pôs fim à escravidão. Em 1889, o advento da República não mudou muito as circunstâncias socioeconômicas brasileiras, que só no século XX teve cinco Constituições (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988) diferentes, três golpes de Estado (1930, 1937 e 1964) e entrou no século XXI com alguma estabilidade que foi despedaçada a partir de 2014.

Diferentemente do Brasil que antes da chegada dos europeus era povoado por povos silvícolas, nômades com organização sociopolítica bastante singela, mas de cultura e religião muito complexos, o território em que se localiza o México atualmente foi o palco de dois impérios muito sofisticados e desenvolvidos, os Maias e os Mexicas ou Astecas. A civilização maia foi uma cultura mesoamericana pré-colombiana, notável por sua língua escrita (único sistema de escrita do novo mundo pré-colombiano que podia representar completamente o idioma falado no mesmo grau de eficiência que o idioma escrito no velho mundo), pela sua arte, arquitetura, matemática e sistemas

---

[12] IMPÉRIO DO BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil:* de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 11 jan. 2017.

[13] IMPÉRIO DO BRASIL. *Carta Lei de 7 de novembro de 1831:* Declara livres todos os escravos vindos de fora do Império, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html>. Acesso em 11 jan. 2017.

astronômicos. Inicialmente estabelecidas durante o período pré-clássico (1000 a.C. a 250 d.C.), muitas cidades maias atingiram o seu mais elevado estado de desenvolvimento durante o período clássico (250 d.C. a 900 d.C.), continuando a se desenvolver durante todo o período pós-clássico, até a chegada dos espanhóis. No seu auge, era uma das mais densamente povoadas e culturalmente dinâmicas sociedades do mundo[14].

Durante o período pós-clássico posterior (do século X ao início do século XVI), o desenvolvimento dos centros das terras do norte persistiu, caracterizado por uma crescente diversidade de influências externas. As cidades maias das planícies do norte da Península de Iucatã continuou a florescer durante séculos depois; alguns locais importantes nesta época eram Chichén Itzá, Uxmal, Edzná e Coba. Após o declínio das dinastias de Chichen e Uxmal, Mayapan governou toda Iucatã até uma revolta em 1450. (O nome desta cidade pode ser a origem da palavra "maia", que tinha um significado mais geograficamente restrito e só cresceu ao seu significado atual nos séculos XIX e XX). A área então degenerou em cidades-estados concorrentes até a península ser invadida e devastada pelo Império Espanhol[15].

Os povos astecas eram certos grupos étnicos da região central do atual México, em particular os grupos que falavam a língua náuatle e que dominaram grande parte da Meso-América entre os séculos XIV e XVI. As palavras em náuatle *aztecatl* (singular) e *aztecah* (plural) significam "povos de Aztlán", um lugar mitológico para a cultura de língua náuatle e mais tarde adotado como termo definidor da própria cultura. Muitas vezes o termo "asteca" refere-se exclusivamente aos povos astecas da cidade de Tenochtitlan (hoje o local da Cidade do México), que se localizava em uma ilha no antigo lago Texcoco e que se referiam a si mesmos como *Mexica Tenochca* ou *Cōlhuah Mexicas*. A palavra asteca pode referir-se a todas as várias cidades-estados e seus povos, que partilhavam grande parte de sua história e traços culturais étnicos com os astecas e que muitas vezes também usavam o idioma náuatle como língua franca. Neste sentido, é possível falar de uma civilização asteca que inclui todos os padrões culturais particulares comuns para a maioria dos povos que habitaram o centro do México no fim do período pós-clássico.

Os astecas também podem ser chamados de *mexicas* (daí México). Migraram para o vale do México (ou Anahuác) no princípio do século XIII e assentaram-se, inicialmente, na maior ilha do lago de Texcoco (depois todo drenado pelos espanhóis), seguindo instruções de seus deuses para se fixarem onde vissem uma águia pousada em um cacto, devorando uma cobra. A partir dessa base formaram uma aliança com duas outras cidades – Texcoco e Tlacopán – contra Atzcapotzalco, derrotaram-no e continuaram a conquistar outras cidades do vale durante o século XV, quando controlavam todo o centro do México como um Império ou Confederação Asteca, cuja base econômica-política era o modo de produção tributário. No princípio do século XVI, seus domínios se estendiam de costa a costa, tendo ao norte os desertos e ao sul o território maia.

Os astecas, que atingiram alto grau de sofisticação tecnológica e cultural, eram governados por uma monarquia eletiva, e organizavam-se em diversas classes sociais, tais como nobres, sacerdotes, guerreiros, comerciantes e escravos, além de possuírem uma escrita pictográfica e dois calendários (astronômico e litúrgico). Ao estudar a cultura asteca, deve-se prestar especial atenção a três aspectos: a religião, que demandava sacrifícios humanos em larga escala, particularmente ao deus da guerra, Huitzilopochtli; a tecnologia avançada, como a utilização

[14] UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. Painted Metaphors: Pottery and Politics of the Ancient Maya. *Almanac Journal of record, opinion and news*, vol 55, n° 28, 7/4/2009. Disponível em: <http://www.upenn.edu/almanac/volumes/v55/n28/maya.html>. Acesso em 11 jan. 2017. (tradução livre)

[15] SHARER, Robert. *The Ancient Maya*. 5th ed. Stanford, California: Stanford University Press, 1994, pp. 621-625 (tradução livre)

eficiente das chinampas (ilhas artificiais construídas no lago, com canais divisórios) e a vasta rede de comércio e sistema de administração tributária.

Os imperadores astecas em língua Nahuatl eram chamados *Hueyi Tlatoani* ("O Grande Orador"), termo também usado para designar os governantes das *altepetl* (cidades). Os imperadores astecas foram os maiores responsáveis tanto pelo crescimento do império, como para a decadência do mesmo. Ahuizotl, por exemplo, foi ao mesmo tempo o imperador mais cruel e o responsável pela maior expansão do império. Já Montezuma II (ou Moctezuma II), tendo sido um imperador justo e pacifico, foi também fraco em suas decisões, permitindo que os espanhóis entrassem em seus domínios, mesmo após a circulação de histórias de que estes teriam massacrado tribos, abalando fatalmente a solidez de seu império, e finalmente degenerando na sua extinção[16].

A invasão dos espanhóis não era, porém, feita sem 'aviso'. A solução mais infame para esse dilema foi o *Requerimiento*, uma intimação redigida para ser lida aos índios antes da posse violenta da terra, dando à população nativa a oportunidade de submeter-se pacificamente aos reis de Castela – os quais teriam recebido do rei do universo (o Sumo Pontífice) direito integral sobre os territórios indígenas e seus ocupantes. O *Requerimiento* era uma nota de despejo fundamentada em dois argumentos: a doação papal, já mencionada, e o *ius predicandi*[17], sendo os que os indígenas seriam responsabilizados por quaisquer resultados adversos que lhes sobreviessem.

O cuidado que não se tomou foi para que os termos da notificação fossem em qualquer sentido inteligíveis para os seus destinatários. O *Requerimiento* era comumente lido aos índios imediatamente antes da batalha, em castelhano ou latim sem a intermediação de um tradutor. Foi lido muitas vezes a grande distância dos índios, do alto de uma colina ou do convés dos navios, outras vezes em benefício dos nativos depois de terem sido capturados. Um escrivão certificava por escrito que os índios haviam sido advertidos, e do outro lado do Atlântico Fernando, o Rei Católico, podia dormir sabendo que permanecia rei e católico. Parte desse dizia:

> [...]Se concordarem em fazer aquilo a que estão sujeitos e obrigados, estarão fazendo bem. Suas altezas, e nós em seu nome, os acolheremos com todo amor e caridade, e deixaremos livres e sem escravidão a vocês, a suas mulheres e filhos e às suas terras, para que façam delas e de vocês mesmos o que bem entenderem e quiserem, e não os obrigarão a tornarem-se cristãos – a não ser que, informados da verdade, queiram converte-se à nossa santa Fé Católica, como têm feito quase todos os habitantes das ilhas vizinhas. Além disso, suas majestades lhes darão privilégios e regalias e lhes concederão inúmeros benefícios.Se assim não fizerem, ou se maliciosamente adiarem a decisão, certifico que com a ajuda de Deus entraremos poderosamente no seu território, faremos guerra contra vocês de todos os modos e maneiras possíveis, e os sujeitaremos ao jugo e à obediência da Igreja e de Suas Majestades. Tomaremos como escravos a vocês, suas mulheres e seus filhos, e como tais os venderemos e disporemos deles do modo que ordenarem Suas Majestades, e tomaremos os seus bens, e a vocês faremos todos os males e danos de que formos capazes, como a vassalos que não obedecem nem querem receber ao seu senhor, mas o resistem e contradizem. E com a presente declaramos que as mortes e danos que de tudo isso resultarem serão culpa de vocês e não de Suas Majestades ou nossa, nem desses cavalheiros que nos acompanham. E de que diante de vocês dissemos e requeremos essas

[16] SMITH, Michael E. Aztec City-States. In *A Comparative Study of Thirty City-State Cultures*, edited by Mogens Herman Hansen, 2000, pp. 581–595. The Royal Danish Academy of Sciences and Letters, Copenhagen.

[17] A ideologia católica não permitia a conversão forçada, mas atribuía à Igreja e seus representantes o direito à pregação – que implicava a imposição da *pregação forçada* sobre as populações indígenas. A pregação era vista simultaneamente como dever dos católicos e direito dos índios; essa dupla conveniência tornou o *ius predicandi* um dos argumentos mais usados ao longo do século XVI para legitimar o avanço europeu Américas adentro.

> coisas pedimos que firme por escrito o presente escrivão, e que sejam testemunhas os demais presentes[18].

Hernán Cortés, invasor do México, fez a leitura do mesmo em todas as suas investidas. Dispensa dizer que os povos da terra sequer sabiam do que se tratava, pela barreira linguística e por não saberem do quê falavam os europeus. Em outubro de 1519, Cortés chegou a Cholula, a maior cidade do México Central depois de Tenotchtitlán, e aliada do Império Asteca[19]. Segundo as crônicas de Bernal Díaz, uma anciã e alguns sacerdotes do templo de Cholula alertaram Hernán Cortés sobre uma cilada, e imediatamente ele reagiu contra os indígenas da emboscada, causando o que ficou conhecido como o massacre de Cholula. Em 8 de novembro de 1519, o contingente de Cortés chegou a Tenochtitlán, e logo o encontro entre Cortés e Montezuma foi realizado. Montezuma acreditava que Cortés seria o enviado de Quetzalcóatl, deus asteca que teria, finalmente, voltado para vingar-se: por isso, Montezuma tratou bem Cortés e aceitou seu domínio. Dias depois da chegada dos espanhóis, Cortés entrou de novo em ação e fez, de Montezuma, prisioneiro[20]. Para isso, utilizou, como pretexto, a morte de espanhóis em Vera Cruz em uma batalha entre os mexicas dirigidos por Cuauhpopoca supostamente a mando de Montezuma. Como prisioneiro, Montezuma declarou fidelidade ao rei Carlos V.

Cortés retornou a Tenochtitlán em 24 de junho de 1520, e convenceu Montezuma a tentar apaziguar a revolta dos indígenas. Entretanto, enquanto falava com seu povo, Montezuma foi atingido por uma pedra e, dias depois, morreu em decorrência do ferimento. Forçados pela situação desesperadora e pelo crescente número de espanhóis mortos e feridos, Hernán Cortés decidiu deixar a cidade do México na noite de 30 de junho de 1520, que ficou conhecida como a noite triste. Em 8 de julho de 1520, os espanhóis finalmente chegaram a Tlaxcala para se refugiarem e se organizaram para atacar Tenochtitlán, e também onde Cortés recebeu reforços consideráveis de navios, soldados, artilharia e cavalos, para compensar as perdas ocorridas durante a noite triste. No final de maio de 1521, a cidade de Tenochtitlán foi sitiada durante 75 dias pelas tropas de Cortés. Após a captura e morte do último rei asteca, Cuauhtémoc, a conquista foi consumada[21].

Como consequência da invasão espanhola, além da devastação desses Impérios de longos séculos, estima-se que durante a conquista espanhola das Américas até oito milhões de indígenas morreram, principalmente através de doenças[22]. Os atos de brutalidade no Caribe e a aniquilação sistemática que ocorria nas ilhas do Caribe levaram o frade dominicano Bartolomé de las Casas a escrever a *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* em 1552. Las Casas escreveu que a população indígena na colônia espanhola de Hispaniola tinha sido reduzida de 400 mil para 200 dentro de algumas décadas[23]. Suas obras estavam entre aquelas que deram origem ao termo *Leyenda Negra* para descrever a propaganda antiespanhola[24]. Com a conquista inicial das Américas concluída, os espanhóis implementaram o sistema de *encomienda*. Em teoria, a *encomienda* colocou grupos indígenas sob a supervisão espanhola para fomentar a assimilação cultural e conversão ao

---

[18] BRABO, Paulo. *Requerimiento, Documento que os conquistadores espanhóis liam para informar os índios que suas terras não eram mais suas.* Disponível em: <http://www.baciadasalmas.com/requerimiento/#identifier_0_3422>. Acesso em 11 jan. 2017.

[19] MARTÍNEZ, José Luis. *Hernán Cortés.* Universidad Nacional Autónoma de México, 1990, p. 228.

[20] Idem, p. 245.

[21] Ibidem, MARTINEZ, p. 268, 281.

[22] Forsythe, David P. *Encyclopedia of Human Rights, Volume 1* Oxford University Press, 2009, p. 297 (tradução livre)

[23] JUANG, Richard et al. *Africa and the Americas:* Culture, Politics, and History. ABC-CLIO, 2008, p. 510 (tradução livre)

[24] MAYBURRY-LEWIS, David. "Genocide against Indigenous peoples". In *Annihilating Difference:* The Anthropology of Genocide University of California Press, 2002, p. 44 (tradução livre)

cristianismo, mas na prática levou à exploração legalmente sancionada dos recursos naturais e o trabalho forçado em condições brutais com uma elevada taxa de mortalidade. Embora os espanhóis não se estabelecessem para exterminar os povos indígenas, acreditando que seu número seria inesgotável, suas ações levaram à aniquilação de tribos inteiras, como os Arawak. Na década de 1760, uma expedição despachada para fortalecer a Califórnia, liderada por Gaspar de Portolà e Junípero Serra, foi marcada pela escravidão, conversões forçadas e genocídio, através da introdução de doenças[25].

Assim inicia a história do México, com um banho de sangue indescritível cujas cicatrizes jamais serão esquecidas. Nem mesmo a independência do México, iniciada em setembro de 1810 e reconhecida somente em setembro de 1821, poderia apagar o trauma da dominação espanhola. A colônia não desejava mais enviar riquezas para Espanha, este foi o maior motivo para a declaração da independência mexicana. Foram feitos movimentos e levantes que logo foram abafados. Na madrugada de 16 de setembro de 1810, o padre Miguel Hidalgo y Costilla, prendeu as autoridades locais na cadeia e pôs os presos nas ruas. Depois, durante uma missa, conclamou a população a derrubar o governo, fato que foi denominado grito da independência, realizado em um povoado chamado Dolores. A república foi proclamada em 1824. Entre 1846 e 1848, durante a guerra com os Estados Unidos o México perdeu uma série de territórios localizados no norte do país: áreas que, hoje, compreendem os estados do Texas, Nevada California, Utah e Novo México.Durante o Porfiriato, período de 31 anos (1876-1911) de governo do general Porfirio Díaz (interrompido apenas entre 1880 e 1884 quando Manuel González ascendeu ao poder), foram construídos 19.000 km de vias férreas, deu-se a integração mexicana através dos telégrafos, foram realizados investimentos estrangeiros e a industria nacional foi impulsionada. A revolução mexicana, responsável pelo fim do porfiriato, foi liderada por Zapata e Villas, ocorreu em 1910 e custou a vida de 10% da população daquela época[26].

A provável fraude eleitoral que levou à quinta reeleição de Díaz provocou a Revolução Mexicana de 1910, inicialmente liderada por Francisco I. Madero. Díaz renunciou em 1911 e Madero foi eleito presidente, mas deposto e assassinado durante um golpe de Estado dois anos depois, dirigido pelo conservador general Victoriano Huerta. Evento esse que reiniciou a guerra civil, envolvendo figuras como Francisco Villa e Emiliano Zapata, que formaram suas próprias forças. A terceira força, o exército constitucional liderado por Venustiano Carranza, conseguiu pôr fim à guerra, e radicalmente alterou a constituição de 1857 para incluir muitas das premissas e demandas sociais dos revolucionários, sendo redigida uma nova carta constitucional, a Constituição de 1917[27]. Essa Constituição foi a incluir demandas de camponeses e operários, uma constituição anticlerical e liberal, incluindo medidas relativas ao trabalho e à proteção social, bastante radicais para a época bem como reformas destinadas a restringir a posse de explorações mineiras e de terras por estrangeiros.

Reflete as diferentes tendências expressas antes e durante a Revolução Mexicana: anticlericalismo, agrarismo, sensibilidade social, nacionalismo. Anuncia uma reforma agrária e leis sociais (jornada de oito horas, direito de associação em sindicatos, direito à greve, salário mínimo, limitação do trabalho feminino e infantil). O poder da Igreja é fortemente reduzido: perda do controle do estado civil e de toda intervenção social e política, nacionalização dos locais de culto, interdição

[25] Idem

[26] MEXICANHISTOTY.ORG. *Diaz and the Porfiriato 1876-1910.* Disponível em: <http://mexicanhistory.org/Diaz.htm>. Acesso em 11 jan. 2017. (tradução livre)

[27] PBS ORG. *Mexican Revolution.* Disponível em: <http://www.pbs.org/opb/historydetectives/feature/mexican-revolution/>. Acesso em 11 jan. 2017. (tradução livre)

aos membros do clero de se candidatarem em eleições, de se exprimirem politicamente, de herdar ou transmitir heranças. A não reeleição do presidente e a extinção do cargo de vice-presidente foram igualmente estabelecidos nesta constituição. Foi a primeira constituição da História a incluir os chamados direitos sociais, dois anos antes da Constituição de Weimar de 1919.

2.1 História e Definição de 'Constituição'

A constituição é um conjunto de normas do governo, que pode ser ou não codificada como um documento escrito, que enumera e limita os poderes e funções de uma entidade política. Essas regras formam, ou seja, constituem, o que a entidade é. No caso dos países (denominação coloquial de Estado soberano) e das regiões autônomas dos países, o termo refere-se especificamente a uma Constituição que *define a política fundamental, princípios políticos, e estabelece a estrutura, procedimentos, poderes e direitos, de um governo*[28]. A consequência dessa limitação do poder do Estado sobre os governados, gerarão a tais os direitos subjetivos ou objetivos, que seriam exigências que a população pode requerer do Poder Público, mediante o documento jurídico mais elevado da nação. A função básica das Constituições, como é o caso da Constituição dos Estados Unidos de 1787 e em vigor até nossos dias, é a organização política do Estado, sendo que essa atribuirá direitos aos cidadãos por documentos complementares ou de maneira reflexa, ou seja, aquilo que o Estado não pode fazer, garante ao cidadão, segundo a lei o direito de fazê-lo.

As Constituições são uma consequência do Iluminismo que, entre outras coisas, combatia o absolutismo régio, no qual o monarca era o Chefe de Estado, concentrando em si os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O primeiro esboço de uma ideia de constituição foi a Magna Carta inglesa, porém, essa não é uma constituição genuína por ser uma concessão régia aos nobres, não um documento elaborado por um Poder Legislativo, com a promulgação e aderência do Executivo e Judiciário. Ainda assim, a Magna Carta, como constituição material, foi pioneira em limitar os poderes do soberano, garantindo alguns direitos aos cidadãos ingleses[29]. A complementação da Magna Carta foi a Carta de Direitos (*Bill of Rights*), que assegurou direitos civis aos ingleses, como uma extensão da carta de 1215.

O movimento iluminista, especialmente nos séculos XVII e XVIII são o advento da Constituição como documento, escrito, registrado e devidamente chancelado pelo Estado como sendo sua diretriz de ação ou limitação. A primeira Constituição escrita, segundo a Ramos, que cita a Prof[a]. Pelúzio da Universidade Federal de Viçosa (UFV), foi a Constituição da Suécia de 1722, do rei Gustavo III[30]. Essa Constituição Sueca teve um processo de três anos, sendo apresentado um documento em 1719, substituído por um segundo em 1720 até o final de 1722. O rei Gustavo III era um dos 'déspotas esclarecidos', reis absolutistas que foram influenciados pelo iluminismo, de modo que produziu esse documento com as características básicas: a separação de Poderes sugerida por Montesquieu, repúdio à tortura, liberalismo do comércio agrícola, diminuição da aplicação da pena de morte[31] etc. Era, de fato, um documento escrito, que organizava e limitava as ações do Estado,

---

[28] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80

[29] Ibidem, BONAVIDES, p. 81.

[30] RAMOS, Carlos Alberto. Origem, conceito, tipos de constituição, poder constituinte e história das constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 24, n° 93, jan/mar 1987, p. 66. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181723/000426993.pdf?sequence=3>. Acesso em 12 jan. 2017.

[31] BORG, Ivan & NORDELL, Erik. *Historia för gymnasiet. Årskurs 1*. Stocolm: Bokförl,1968, page 410. (tradução livre)

enquadrando-se na definição moderna de constituição. Todavia, para o Ocidente, permanece como constituição padrão e pioneira a dos Estados Unidos, de 1787, de caráter liberal e a primeira e introduzir uma forma de governo nova, o presidencialismo, baseado na participação democrática, porém, nem sempre popular.

Há pelo menos oito aspectos relacionados às Constituições para sua definição[32]:

> Conteúdo: materiais que versam sobre temas materialmente constitucionais, independente da fonte; escritas, formuladas por um poder constituinte originário, com temas constitucionais e não constitucionais, cuja alteração demanda um processo mais elaborado;
> Origem: democráticas, resultados da vontade popular expressa pela Assembleia Constituinte como poder constituinte; outorgadas, sem a participação democrática, uma concessão do governo à população;
> Forma: as costumeiras ou históricas, formadas por usos e costumes válidos como fonte de direito; escritas cujas normas estão assentadas por escrito em um ou vários documentos;
> Unidade Documental: as orgânicas, com um texto único e sistematização da matéria constitucional; inorgânicas, as que têm normas dispersas em vários documentos;
> Processo de reforma: as fixas, que só podem ser alteradas por um poder idêntico ao que a criou, ou seja, o poder constituinte originário, também conhecidas como silenciosas por não especificarem mecanismos de reforma; imutáveis, as que supostamente são projetadas para nunca serem alteradas, sendo rochosas, intocáveis; rígidas, as que tem regras específicas para sua alteração, como maioria qualificada das duas Câmaras (caso brasileiro); flexíveis, que podem ser alteradas pelo mesmo processo de uma lei ordinária; semirrígidas, as que têm processos diferentes a depender da matéria; por fim, as super-rígidas, que têm matérias que não se podem alterar, como as cláusulas pétreas da CF/1988 brasileira.
> Dogmática: as ortodoxas, que refletem dogmas ou ideias fundamentais da política; as ecléticas, resultado do envolvimento lento dos fatos sociopolíticos;
> Extensão: sintéticas, estabelecem apenas os princípios e as normas gerais de organização e limitação de poder do Estado, são constituições precisas, concisas com elementos substancialmente constitucionais; as analíticas como o nome sugere são as que pretendem esgotar os temas relevantes por meio de inúmeras regras jurídicas;
> Sistema: as principiológicas, consideradas constituições abertas, em que predominam os princípios, ou seja, as normas constitucionais altamente abstratas, que demandam legislação adicional para sua concretização; as preceituais, as que prevalecem as regras, individualizadas como normas com pouco grau de abstração, e que concretizam princípios, sendo possível a sua aplicação coercitiva, sendo um exemplo a Constituição Mexicana de 191733.

2.1.1 A Constituição dos Estados Unidos Mexicanos 1917

As características da Constituição Mexicana de 1917, com seus 136 artigos: escrita, democrática, orgânica, rígida e super-rígida, ortodoxo-eclética (especialmente na sua formulação), analítica e preceitual. Sua fonte ideológica foi justamente a doutrina anarcossindicalista que varria o México naqueles dias, que se difundiu especialmente após 1870 no México, originalmente criadas na Espanha, Rússia e Itália. Em 1906, o grupo *Regeneración,* liderado por Ricardo Flore Magón lançou

[32] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Del Rey, 2008, pp. 273-278.
[33] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 17ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 5.

um manifesto amplamente divulgado pelo México, contra o porfiriato e com as seguintes reivindicações: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Diaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado. Essas foram a linhas mestras da Constituição de 1917[34].

A transformação dessas ideias em normas constitucionais, de um ideal extremamente liberal, contra o caudilhismo mexicano, criando um pesado aparado estatal e concedendo ao Chefe do Poder Executivo um amplo poder, maior até do que o concedido pela constituição dos Estados Unidos ao seu presidente. A intenção de destruir os centros de poder, gerou, na verdade, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional (PRI), em 1929, uma monocracia nacional, sendo que o PRI governou o México até 2000. Irônico, mas era uma ditadura constitucional e democrática. Como disse Llosa, escritor peruano, dado a pitacos políticos, descreveu o México como a "ditadura perfeita"[35].

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o "longo século XIX". A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria. Alguns artigos dessa carta constitucional dizem:

> Art. 5° - Ninguém poderá ser obrigado a prestar trabalhos pessoais sem justa remuneração e sem seu pleno consentimento [...]
> Art. 6° - A manifestação de ideias não será objeto de nenhuma inquisição judicial ou administrativa, exceto em casos que atentem contra a moral, os direitos de terceiros, provoque algum delito ou perturbe a ordem pública;
> Art. 7° - É inviolável a liberdade para escrever e publicar escritos sobre qualquer matéria [...]
> Art.123 – O Congresso, a União e as leis dos estados deverão expedir leis sobre o trabalho, fundadas nas necessidades de cada região, sem contrariar as seguintes bases que regerão o trabalho dos trabalhadores diaristas, empregados, trabalhadores domésticos, artesãos e todos os contratos de trabalho:
> I - a duração máxima da jornada de trabalho será de oito horas;
> II – a jornada máxima do trabalho noturno será de sete horas [...];
> V – as mulheres, durantes os três meses anteriores ao parto não fará trabalhos que exijam esforço físico considerável. [...] No mês seguinte ao parto, desfrutará obrigatoriamente de repouso sem prejuízo ao seu salário. No período de lactância terá descansos extraordinários a cada meia hora para amamentar seus filhos;
> VI – O salário mínimo que deverá se desfrutar o trabalhador será o que se considerar o suficiente, atendendo as condições de cada região para se satisfazer as necessidade normais da vida do trabalhador, sua educação, seu lazer, considerando-o como chefe de família.
> [...]

---

[34] COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917.* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em 12 jan. 2017.

[35] EL PAIS. *Vargas Llosa, "México es la dictadura perfecta".* De 1/9/2000, Madrid, España. Disponível em: <http://elpais.com/diario/1990/09/01/cultura/652140001_850215.html>. Acesso em 12 jan. 2017.

> XVIII – As greves serão lícitas quando tiverem por objetivo conseguir o equilíbrio entre os diversos fatores de produção, harmonizando os direitos do trabalho com o do capital [...]36.

A Constituição Mexicana também foi pioneira em tratar de um assunto que mesmo no século XXI é espinhoso: a posse da terra. O artigo 27 explicitava longamente a maneira de se possuí-la, sendo garantido aos mexicanos a posse da mesma e o Estado especificando a extensão máxima que cada poderia ter (alíneas "a"-"f"). Foi a primeira reforma agrária efetiva a ser realizada na América Latina, assegurando aos cidadãos a posse de um mínimo possível de terra no território. Outras garantias constitucionais eram a de não ser preso sem uma acusação formal, válida (arts. 17-19), sendo que qualquer detenção só poderia ter prazo máximo de três dias sem denúncia, sem a mesma, o custodiado deveria ser liberto. O artigo 20 específica as garantias que qualquer acusado teria quanto à ampla defesa (incisos II e IV-X), fiança (inciso I) e audiência pública no prazo de 48 horas após detenção (inciso III), abolição de penas degradantes, corporais e mutilações, mas a manutenção de pena de morte em casos específicos (art. 22)[37].

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificação se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

3 Conclusão

Realmente, a análise de fatos históricos, desde o século XIII, quando da escrita da Carta Magna e todo o transcurso da história das nações na produção de leis e, especificamente as Constituições, garantindo a instituição do Estado moderno e, acima de tudo o Estado Democrático de Direito. É evidente que a humanidade sempre se organizou e pautou por leis e costumes, desde as sociedades mais rudimentares até as que mais se desenvolveram, dos aborígenes aos Impérios da Antiguidade, todos foram institucionalizados pela sistematização do Direito, escrito ou não, mas sempre estabelecendo os parâmetros para vida em comunidade.

As Américas que pareciam estar atrasadas quanto a esse processo, entrando no cenário mundial 15 séculos após a queda do grande Império Romano, cujo legado é forte até nossos dias, por fim se mostraram pioneiras no assunto Constituição. Primeiramente os Estados Unidos, em 1787, que cria a Constituição mais longeva existente, que organizou um Estado Democrático novo, servindo de final do século XVIII e fortemente no século XIX sofrerá a epidemia das Constituições, sendo que

---

[36] DIÁRIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA MEXICANA. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857.* Tomo V, 4ª Epoca, Numero 30 de 5 de febrero de 1917, pp. 149-161. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf>. Acesso em 12 jan. 2017. (tradução livre)

[37] Idem

elas circularam o mundo, influenciando, umas às outras. A brasileira de 1824, já a de 1838, sofre a influência da constituição belga. A Constituição da Suíça foi inspirada na Revolução Francesa.

Em 1848, a Primavera dos Povos, na Europa, põe tudo de ponta cabeça. É o ano da publicação do Manifesto Comunista e o continente é uma caldeirão em ebulição. Os processos de unificação da Itália e Alemanha são irreversíveis, a produção de novas ordens constitucionais na Hungria, para os Tchecos e Dinamarca. A França promulga a sua primeira Constituição com garantia à educação e abolição da pena de morte (primeira no mundo a abolir tal pena), em 1848. Essa é a realidade do século XIX, o momento da concepção e consolidação plena do Constitucionalismo na Europa e se alastrando pela América Espanhola e Portuguesa que iniciam seus processos de independência.

Quando surge o século XX o mundo está, a bem dizer, constitucionalizado, incluindo o Brasil que nesse momento é uma República. Porém, foram os momentos operários e anarquistas que fizeram o México ser a primeira nações a produzir uma carta constitucional com a inclusão de garantias sociais, modelando o Estado como não somente garantidor da ordem interna, mas também do bem estar social. O Estado passou de coletor dos cidadãos a também provedor, garantindo o mínimo possível para seus cidadãos.

Por essa razão, esse ano celebramos com grande alegria o centenário da promulgação da pioneira constituição mexicana, 5 de fevereiro de 1917, dia em que o mundo conheceu um novo modelo de Estado, um estado que não explora os seus, mas que busca os meios de servir-lhes.

Referências

BARRETO, Lima. *Triste fim de Policarpo Quaresma.* 17ª. Edição, São Paulo: Ática, 1983.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 18ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006

BORG, Ivan & NORDELL, Erik. *Historia för gymnasiet. Årskurs 1.* Stocolm: Bokförl,1968. (tradução livre)

BRABO, Paulo. *Requerimiento, Documento que os conquistadores espanhóis liam para informar os índios que suas terras não eram mais suas.* Disponível em: <http://www.baciadasalmas.com/requerimiento/#identifier_0_3422>.

BRASIL. *Decreto 847 de 11 de outubro de 1890*: Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Del Rey, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917.* Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>.

CORDEIRO, I.; SECCO, R. Cnidoscolus in *Lista de Espécies da Flora do Brasil*. Jardim Botânico do Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://floradobrasil.jbrj.gov.br/jabot/floradobrasil/FB17494>.

CORRÊA, Felipe. *Bandeira Negra*. Rediscutindo o anarquismo. São Paulo: Prismas.

DIÁRIO OFICIAL DE LA REPÚBLICA MEXICANA. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857.* Tomo V, 4ª Epoca, Numero 30 de 5 de febrero de 1917, pp. 149-161. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf>. (tradução livre)

EL PAIS. *Vargas Llosa, "México es la dictadura perfecta".* De 1/9/2000, Madrid, España. Disponível em: <http://elpais.com/diario/1990/09/01/cultura/652140001_850215.html>.

FORSYTHE, David. *Encyclopedia of Human Rights, Volume 1* Oxford University Press, 2009. (tradução livre)

IMPÉRIO DO BRASIL. *Carta Lei de 7 de novembro de 1831:* Declara livres todos os escravos vindos de fora do Império, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html>.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil:* de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

_____. *Lei 3.353 de 13 de maio de 1888:* Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm>.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2010, Atlas Demográfico.* Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA. *México en cifras.* Disponível em: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/areasgeograficas/>.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *World Economic and Financial Surveys:* World Economic Outlook Database. Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/02/weodata/index.aspx>.

JUANG, Richard et al. *Africa and the Americas:* Culture, Politics, and History. ABC-CLIO, 2008. (tradução livre)

MARTÍNEZ, José Luis. *Hernán Cortés.* Universidad Nacional Autônoma de México, 1990.

MAYBURRY-LEWIS, David. "Genocide against Indigenous peoples". In *Annihilating Difference:* The Anthropology of Genocide University of California Press, 2002. (tradução livre)

MEXICANHISTOTY.ORG. *Diaz and the Porfiriato 1876-1910.* Disponível em: <http://mexicanhistory.org/Diaz.htm>. (tradução livre)

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 17ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PBS ORG. *Mexican Revolution.* Disponível em: <http://www.pbs.org/opb/historydetectives/feature/mexican-revolution/>. (tradução livre)

RAMOS, Carlos Alberto. Origem, conceito, tipos de constituição, poder constituinte e história das constituições brasileiras. *Revista de Informação Legislativa,* ano 24, n° 93, jan/mar 1987, p. 66. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181723/000426993.pdf?sequence=3>.

SHARER, Robert. *The Ancient Maya*. 5th ed. Stanford, California: Stanford University Press, 1994. (tradução livre)

SMITH, Michael E. Aztec City-States. In *A Comparative Study of Thirty City-State Cultures*, edited by Mogens Herman Hansen, 2000, pp. 581–595. The Royal Danish Academy of Sciences and Letters, Copenhagen.

THE WORLD BANK. *GINI Index (World Bank Estimate)*. Disponível em: <http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. *Human Development Report 2015.* Disponível: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>. p.209, Table 1 - Human Development Index and its Components.

UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. Painted Metaphors: Pottery and Politics of the Ancient Maya. *Almanac Journal of record, opinion and news*, vol 55, n° 28, 7/4/2009. Disponível em: <http://www.upenn.edu/almanac/volumes/v55/n28/maya.html>. (tradução livre)

UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO CASO MARBURY VS. MADISON

Marco Félix Jobim,
Doutor pela PUCRS;
marco@jobimesalzano.com.br

Hannah Pereira Alff,
Graduanda em Direito pela PUCRS;
hannah.alff@gmail.com.

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo versar à respeito do caso que ficou conhecido como *Marbury v. Madison* ocorrido nos Estados Unidos no início dos anos 1800. Tendo em vista todo o contexto histórico, a entrada em vigor da Constituição americana vigente, a disputa entre Republicanos e Federalistas, a homologação de juízes da Corte Suprema, nota-se a fundamental importância social do estudo deste caso. É preciso entender por que certas decisões foram tomadas para que a história hoje conhecida fosse construída, tendo como base o principal e primeiríssimo caso de Controle de Constitucionalidade da Corte Suprema dos Estados Unidos.

Palavras-Chave: Madison. Marbury. Corte. Suprema. Controle. Constitucionalidade. Revisão. Judicial. Federalismo. Republicanismo.

Abstract:

The purpose of this paper is to study the case of Marbury v. Madison, which took place in the United States in the early 1800s. Looking upon the whole historical context, the entry of the current US Constitution, a dispute between Republicans and Federalists, an approval of Supreme Court justices, it is remarkable the fundamental social importance of studying this case. It is necessary to understand why certain decisions were made to build the history as it is known today, on the basis of the main and firt Constitutional Control process of the United States Supreme Court.

Keywords: Madison. Marbury. Court. Supreme. Control. Constitutionality. Jucidial. Review. Federalism. Republicanism.

1 Introdução

O Controle de Constitucionalidade difuso e concreto como instituto hoje reconhecido no Brasil surgiu de um caso ocorrido nos Estados Unidos no ano de 1803, conhecido como *Marbury v. Madison*. Apesar de se tratar de um ramo específico do Direito, é com o estudo da história e sociologia que se pode compreender melhor como tudo ocorreu e por quê.[38]

[38] FILHO, Paulo Klautau. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>. Acesso em: 06 abr. 2017.

Um dos principais motivos de *Marbury v. Madison* ser tão interessante de ser estudado é que ele faz parte de um pequeno grupo de casos que aborda de uma forma bem clara a diferença entre os três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Traz a discussão a respeito de suas funções e como cada um pode tanto auxiliar o outro como vetar suas decisões.[39]

Não se pode esquecer que no Brasil também se tem o controle abstrato, político e concentrado de constitucionalidade, com origem europeia. Porém, ele não será tratado neste estudo, pois o mesmo tem como objetivo a análise do caso concreto com repercussão social anteriormente citado, o qual não trata deste tipo de controle.[40]

Mesmo que de extrema importância, o caso *Marbury v. Madison*, citado em aula de Direito Constitucional geralmente para introduzir a matéria, não é analisado em todo seu contexto. Assim, dificilmente alguém entenderá como o Chefe de Justiça da Corte Suprema da época, John Marshall, instituiu puramente o controle de constitucionalidade judicial.[41] É inclusive difícil de acreditar que a Corte nem sempre teve esse poder hierárquico que hoje tem, de tão consolidado que ele se encontra.

Muitos foram os advogados que recusaram assumir cargos como membros da Corte nos anos iniciais de 1800. Na primeira década de sua fundação, também não decidiu um grande número de casos constitucionais, o que dificultou a vinculação de suas decisões. Relevante destacar que o motivo disso se exaure no momento em que se percebe que a Corte era ainda o único órgão predominantemente federalista no governo republicano de Jefferson, e a nomeação de Marshall não facilitou a ascensão de sua reputação. [42]

Foi esse poder de controle e de revisão das decisões tomadas por órgãos inferiores do Judiciário que o Brasil adotou. Em viés de comparação com a Corte Suprema americana, temos aqui no Brasil o Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional pátria responsável pela guarda da Constituição, e o Superior Tribunal de Justiça, que com o mesmo objetivo, lida com normas infraconstitucionais.

Com isso, analisando-se o processo de *Marbury v. Madison*, seu contexto histórico, as razões de decidir dos juízes da Corte de Marshall, pode-se ter uma visão mais ampla, ao mesmo tempo que mais densa, à respeito da criação do controle de constitucionalidade judicial.

2 *Marbury v. Madison*

Marbury v. Madison trata-se de um caso da Corte Suprema dos Estados Unidos da América que ficou marcado como o primeiro caso a tratar do Controle de constitucionalidade americano. O fato que deu vida ao processo foi a crença de um empregado do governo federalista de que seus direitos haviam sido violados por seu empregador, o qual era o próprio governo Republicano vigente no país, representado pelo Secretário de Estado chamado James Madison.[43]

---

[39] GREENHOUSE, Linda. The U.S. Supreme Court: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2012. p. 15.

[40] FILHO, Paulo Klautau. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>. Acesso em: 06 abr. 2017.

[41] UROFSKY, Melvin I. Supreme Decisions: Great constitutional Cases and Their Impact. Boulder: Westview Press, 2012.

[42] TUSHNET, Mark. Arguing Marbury v. Madison. Stanford: Stanford University Press, 2005. p.48-49.

[43] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 7-8.

O Chefe de Justiça John Marshall foi o responsável pela leitura da decisão unânime que concedeu a ambas as partes uma vitória parcial. Ainda que parte dos pedidos tenham sido providos, a decisão possuía a capacidade de mostrar diversos problemas pelos quais Marshall e seus colegas na Corte estavam passando. Estes problemas não se tratavam especificamente sobre caso, mas sim da falta de legislação nos Estados Unidos que abrangesse e regulasse as ações envolvendo o governo federal.[44]

Naquele tempo, em 1803, a Corte era vista como um braço fraco do novo governo federal que se instalava. Nota-se isso inclusive no fato de que a Corte em si não possuía uma instalação própria para atuar, tendo que constantemente ficar se relocando. Somente em 1935 fora construída a sua localização permanente. Conhecida como Corte de Marshall, cada um dos juízes que faziam parte dela eram veteranos da Guerra Revolucionária. Todos tinham boas reputações e eram conhecidos das cidades e estados de onde vinham. Em posição de destaque está o fato de que todos estes homens compartilhavam da mesma filosofia política: o Federalismo do Presidente Washington. Apreciavam o governo nacional e acreditavam que ele apenas fazia o bem para seus cidadãos.[45]

A Corte de Marshall, responsável pela decisão do caso de *Marbury v. Madison*, começou seus trabalhos no ano de 1801. Mesmo com pouco poder publicitado, Marshall tomava cuidado para não ter confronto com os Poderes Legislativo e Executivo no processo de Marbury, pois estes já se sentiam ameaçados pelo Poder Judiciário devido a tensões políticas da época. Ainda assim, não só o Judiciário, como também o Executivo e o Legislativo, eram legitimados a interpretarem as leis. Para tanto, os três poderes eram responsáveis pela guarda da Constituição, tendo feito anteriormente um juramento.[46]

Conforme Shane Mountjoy observa em sua obra *Marbury v. Madison: establishing supreme court power*[47]*:*

> The Marshall Court was destined to make its mark on the American judicial system. What would be seen by many as an importante and influential Court began its first term in February 1801 with little to show for its effort. Aside from Marshall being sworn in as chief of justice, the court was hardly noticed. Newspapers did not even regularly cover Supreme Court proceedings at the time. This lack os attention reflected the political realities od the day. The Court did lack stature, as even Marshall recognized, and because the political climate threatened the Independence of the Judicial Branch, Marshall took care to avoid a direct confrontation with the Executive and Legislative branches in Marbury case. In this decision, however, the Court also asserted the power of judicial review for the first time.48

---

[44] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 151-153.

[45] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 9.

[46] UROFSKY, Melvin I. Supreme Decisions: Great constitutional Cases and Their Impact. Boulder: Westview Press, 2012. p. 9.

[47] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 10-11.

[48] Tradução livre: O Tribunal Marshall estava destinado a deixar sua marca no sistema judicial americano. O que seria visto por muitos como um importante e influente Tribunal começou seu primeiro mandato em fevereiro de 1801 com pouco a mostrar de seu esforço. Além de Marshall ser intitulado como chefe da justiça, o tribunal era dificilmente notado. Os jornais nem sequer cobriam regularmente os procedimentos da Suprema Corte na época. Essa falta de atenção refletiu as realidades políticas da época. À corte faltava um desenvolvimento, como mesmo Marshall reconheceu, e porque o clima político ameaçava a independência do Poder Judiciário, Marshall teve o cuidado de evitar um confronto direto com os ramos executivo e legislativo no caso de *Marbury*. No entanto, nesta decisão, o Tribunal também afirmou pela primeira vez o poder de controle de constitucionalidade judicial.

Poder de controle de constitucionalidade judicial significa dizer que a Corte Suprema pode revisar decisões anteriormente tomadas pelos outros Poderes, e determinar se foram ou não constitucionais. Este poder foi um grande avanço para o ordenamento jurídico estadunidense, e, principalmente, passou a ofertar uma maior segurança para os cidadãos americanos. O controle de constitucionalidade judicial permite a Corte Suprema prevenir que o governo interfira em assuntos que não são de sua competência e garante que as decisões inconstitucionais sejam consideradas como invalidades e desprovidas de vinculação. [49]

3 Contexto Histórico do Caso

É impossível compreender a importância do julgamento de *Marbury v. Madison* sem que se tenha uma visão do panorama histórico e político em que ocorreu.

A Constituição americana foi escrita em 1787, mediante observação das regras constitucionais inglesas e, às treze colônias inglesas, foi cedido o poder de controle de constitucionalidade judicial. É objeto de polêmica, porém, que este poder seja dado aos membros da Corte Suprema sem que eles passem por um processo de votação, sendo apenas indicados por pessoas já em posições de poder. [50]

Conforme os anos passavam, as treze colônias inglesas iam cada vez mais discordando da forma como a Inglaterra tinha o controle e poder sobre seus estados. Procurando a independência, foi em 1776 declarada pelo Congresso. No entanto, apenas essa declaração não bastava. Somente após uma guerra revolucionária, a qual cessou em 1783, os Estados Unidos pôde usufruir de sua independência como colônia. Ainda assim, os estados disputavam entre si para alcançar o que acreditavam sempre ser melhor para cada um deles, individualmente, e não para a Confederação americana como um todo. Apenas em 1787, 55 homens do diferentes estados, incluindo George Washington, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton e James Madison, reuniram-se para avaliar os Artigos da Confederação. Seus esforços criaram uma nova Constituição, que só entraria em vigor se nove estados ratificassem ou votassem para aceitar o novo sistema. [51]

Enviado ao Congresso da Confederação, o projeto de nova Constituição foi passado aos estados para revisão. O país dividiu-se, então, entre Federalistas, que apoiavam a Constituição, e Anti-federalistas, que iam contra a Constituição sob o argumento de que o novo governo nacional cederia muito poder ao governo central, infringindo a *bill of rights* no momento em que o governo poderia interferir na liberdade e direitos individuais dos cidadãos.[52]

Foi neste contexto que a obra *O Federalista* foi escrita por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Uma obra construída para contra argumentar o pensamento Anti-federalista que estava crescendo. Para este fim, foi publicada em jornais de grande circulação da época para que aumentasse o apoio à ratificação da nova Constituição. O Controle de constitucionalidade judicial foi sempre um assunto polêmico. Hamilton, então, sustentou a teoria deste controle nos chamados

[49] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 174 – 177.

[50] FILHO, Paulo Klautau. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803). Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>. Acesso em: 06 abr. 2017.

[51] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 15-17.

[52] Idem.

Federalist Papers. Ele alegava que o judiciário, por ser o braço mais fraco do governo, tinha como função intermediar a conexão entre o povo e os legisladores.[53]

Meio à disputa, os Anti-federalistas conseguiram a garantia da *bill of rights* nas dez primeiras emendas da Constituição, pois sem a edição destas garantias, os Federalistas perceberam que jamais conseguiriam a ratificação deste diploma. Foi no final de 1787 que doze das treze colônias aceitaram a entrada em vigor do novo documento, e, logo depois, George Washington foi eleito o primeiro presidente dos Estados Unidos, assumindo o cargo em 1789. A Constituição, que recém entrara em vigor, porém, não previa o controle de constitucionalidade cabível de execução pela Corte Suprema, formando o que hoje podemos chamar de lacuna legislativa. Esta, fora então preenchida somente em 1803, com a decisão de *Marbury v. Madison* proferida por John Marshall. [54]

A campanha presidencial de 1800 foi caracterizada como talvez a mais contenciosa e dividida dos Estados Unidos. Thomas Jefferson candidatou-se a presidente como representante Republicano contra o candidato Federalista John Adams. O resultado das eleições acabou ficando muito próximo e, de acordo com a Constituição, em situações assim, a decisão ficava à vontade da Câmara dos Deputados, a qual também era composta por um número dividido de republicanos e federalistas. Somente após semanas de deliberação, Thomas Jefferson foi eleito como o novo Presidente. [55]

Os Federalistas passaram a temer pelos seus cargos e poderes. Decidiram proteger o poder Federalista da única forma que conheciam: no Judiciário Federal. Publicaram, pois, o Ato Judiciário em 1801, que criou novos cargos na magistratura federal, os quais Adams havia tentado preencher com o maior número possível de pessoas do seu partido antes de passar o seu cargo de presidente para Jefferson. Na época, o Distrito de Columbia era extremamente novo, composto por dois condados: Washington (atualmente a capital americana) e Alexandria (hoje localizado em Vingínia). Adams, então, nominou cerca de 23 homens para serem juízes de paz, um deles era William Marbury. Foi neste mesmo ano que Marbury ingressou com seu processo.[56]

Tendo apenas mais duas semanas como ocupante do cargo de Presidente, John Adams começou a planejar o que faria nos dias seguintes. Como já aqui citado, quis fortificar o governo completando cargos na esfera federal e no Distrito de Columbia com pessoas de mesma ideologia política que a sua, os federalistas. Grupo que veio a ser conhecido como *Midnight Judges*[57], por terem sido nomeados à meia noite antes de Adams ter de deixar a presidência. Do total de nomeações, havia cerca de 217, sendo 93 para cargos jurídicos, 53 para o Distrito de Columbia e 106 para órgãos militares.[58]

4 O Início do Processo

John Marshall era o Chefe de Justiça da Corte Suprema na época. Permaneceu no cargo por 34 anos, durante os quais fortaleceu a Corte e providenciou estabilidade para seu poder. Foram anos de grande desenvolvimento do Direito Constitucional americano e do país como uma nação. Sua

[53] HARTMAN, Gary R. Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court os the United States. New York: Facts On File, 2004. p. 468.
[54] SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões. São Paulo: Atlas, 2015. p. 4-9.
[55] Idem. p. 10-13.
[56] DORF, Michael C. Constitutional Law Stories. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009. p. 15-22.
[57] Tradução livre: juízes da meia noite.
[58] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 53.

influência principal é notória na aceitação do sistema americano de fazer uso do controle de constitucionalidade judicial. O caso *Marbury v. Madison* auxiliou a cimentar o poder da Corte Suprema como uma ramificação eficaz do governo americano. [59]

William Marbury nasceu meio a crises econômicas em Maryland no ano de 1762. A partir dos anos 1780 sua carreira começou lentamente a obter sucesso. Somente após a consolidação da Constituição americana de 1787 foi que Marbury conseguiu, mediante filiação partidária, auxiliar sua terra natal a progredir. Em 1796, inclusive, Marbury foi nomeado a agente de estado de Maryland. [60] Este cargo é o de maior força sem que seja necessário passar por um processo de eleição ou votação. Conforme relatos históricos, ele nunca esteve ligado a nenhuma situação mínima de corrupção. Nas eleições de 1800, declarou seu apoio ao futuro presidente John Marshall, quando este veio a perder para Thomas Jefferson. [61]

A ação, portanto, deu-se início porque Marbury não foi homologado para o cargo de juiz de paz, para o qual havia sido indicado por John Adams nas chamadas *Midnight Appointments*[62], as quais realizou ao perder as eleições para presidente. Ainda que tivesse por objetivo assegurar o poder federalista, há registros de que nem todos aqueles indicados a cargos de juiz de paz eram deste partido. Por exemplo, no próprio Distrito de Columbia para o qual Marbury esperava convocação, cinco dos dezenove nomeados eram defensores do partido republicano.[63]

Marshall indicou Marbury ao cargo de juiz de paz muito provavelmente pelo fato de ele ter tido conexões federalistas prévias ao ter sido assistente de Benjamin Stoddert, este que foi primeiro secretário administrativo da marinha em Washington, DC. Ao assumir como presidente, Jefferson fez uso do poder de veto das decisões federalistas feitas nos últimos dias de mandato, dentre elas a nomeação de alguns juízes recém escolhidos.[64] Mesmo achando este ato realizado por Adams uma ofensa ao decoro, não pôde vetar a homologação de todos os nomes indicados, e foram estes novos juízes do tribunal que formaram a base para o caso *Marbury v. Madison*.[65]

No processo, John Adams e William Marbury assumiram a função de representantes do lado Federalista, enquanto Thomas Jefferson e James Madison representariam o lado Republicano. A corte era composta por oito juízes e um chefe de justiça.

Uma dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário foi a autonomia de criação de leis concedida aos estados da Confederação. Ainda que leis federais fossem editadas, os governadores acabavam por sempre aplicar as leis que pelo estado haviam sido criadas. Assim, na tentativa de regular as decisões desuniformes, o governo dos Estados Unidos criou a Corte Suprema, mas permitiu que o Congresso ditasse que extensão e força teriam as decisões dessa Corte federal. [66]

Tendo adotado o sistema cíclico de demandas, os juízes viajavam pelo país seguindo um planejamento feito com antecedência para prestar serviços jurisdicionais. Assim, quando o processo

---

[59] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 34-40.

[60] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 94-85.

[61] UROFSKY, Melvin I. Supreme Decisions: Great constitutional Cases and Their Impact. Boulder: Westview Press, 2012. p. 4-5.

[62] Tradução livre: Nomeações à meia noite.

[63] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 62.

[64] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 41.

[65] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 62.

[66] SCHWARTZ, Bernard. A history of the Supreme Court. New York: Oxford University Press, 1993. p. 44.

de *Marbury v. Madison* chegou à Corte, nem Marshall estava lá. Cerca de uma semana depois começou efetivamente o seu julgamento, e os demais juízes foram chegando com o passar dos dias.[67]

Pelo fato de os Estados Unidos estar em negociação com a França pelo território de Louisiana, o presidente Jefferson e seu secretario, o próprio Madison, não prestaram devida observação ao desenvolvimento do julgamento. Madison nem ao menos compareceu às audiências ou nomeou qualquer representante para si, ainda que Marshall não insistisse no seu comparecimento a fim de que não houvesse um confronto entre os Poderes Executivo e Legislativo. [68]

Apesar de a Corte Suprema se tratar de uma instância recursal do sistema jurídico americano, ouvindo somente recursos de decisões já tomadas por instâncias inferiores, no caso *Marbury v. Madison* ela agiu de uma forma diferente. O representante legal de Marbury, Charles Lee, peticionou no sentido de que a Corte seria a jurisdição originária, não cabendo a ela, em situação hipotética, apenas revisar posteriormente o caso, mas sim ser a primeira a julgar o processo. Tal teoria foi aceita pela Corte, a qual acabou atuando no papel de tribunal originário de julgamento, e não como Corte de apelação que seria a sua função natural.[69]

Para Lee, o caso podia resumir-se em duas premissas[70]: a primeira é que o seu cliente teve direitos violados no momento em que retiraram dele um direito legalmente assegurado de assumir a função pública de juiz de paz para a qual havia sido indicado; a segunda baseava-se no fato de que Lee confiava que havia algum remédio para a infração prejudicial a Marbury, como um mandado de segurança. Para ambas as críticas, a defesa não ofereceu contra-argumentos. Conforme John R. Vile, vê-se bem este pensamento de que deveria haver sim um remédio aplicável ao caso de Marbury[71]:

> Where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit, or action at law, whenever that right is invaded. Marbury had a legal right, and this right was obviously violated by Madison's refusal to deliver to him the commision. Thus a remedy under United States laws was due Marbury.72

Assim, Lee precisava provar que a Corte Suprema tinha poder suficiente para ordenar que Madison homologasse o cargo de Marbury. Foi por meio da exposição do Ato Judiciário de 1789 que Lee provou que a Corte Suprema estava autorizada a emitir mandados de segurança para funcionários do governo, inclusive aos do Poder Executivo. Lee ainda trouxe ao processo casos anteriormente julgados no território nacional americano em que mandados de segurança foram utilizados em benefício daqueles que não possuíam nenhum outro meio adequado ou específico de impugnação de seus direitos.[73]

Para Madison, o caso era simples. Ele acreditava que não passaria de uma discussão envolvendo o argumento central da separação de poderes, e que a nomeação de Marbury ao cargo não passaria da tutela do Poder Executivo e que o Poder Judiciário nada poderia fazer a respeito disso.

---

[67] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 71-75.

[68] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 99-100.

[69] GREENHOUSE, Linda. The U.S. Supreme Court: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2012. p. 11.

[70] SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões. São Paulo: Atlas, 2015. p. 18-19.

[71] VILE, John R. Essential Supreme Court decisions: sumaries of leading cases in U.S. constitutional law. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 106.

[72] Tradução livre: Quando há um direito, há também um remédio que sirva, ou ação ou lei, a qualquer momento que este direito seja violado. Marbury tinha um direito, e esse direito foi obviamente violado pela recusa de Madison a entregar a comissão. Assim, um remédio às leis dos Estados Unidos era devida a Marbury.

[73] TUSHNET, Mark. Arguing Marbury v. Madison. Stanford: Stanford University Press, 2005. p. 44 e 60.

Este foi o primeiro caso significativo em que problemas relacionados aos privilégios do Executivo foram enfrentados pela Corte no que tange a possibilidade de o Executivo às vezes estar acima da lei. **74**

Foi nesta mesma linha de pensamento que, na decisão da Corte, John Marshall se pronunciou**75**:

> The question whether a right has vested or not, is, in its nature, judicial, and must be tried by the judicial authority. If, for example, Mr. Marbury had taken the oaths of a magistrate, and proceeded to act as one; in consequence of which a suit had been instituted against him, in which his defence had depended on his being a magistrate; the validity of his appointment must have been determined by judicial authority.
> So, if he conceives that, by virtue of his appointment, he has a legal right, either to the commission which has been made out for him, or to a copy of that commission, it is equally a question examinable in a court, and the decision of the court upon it must depend on the opinion entertained of his appointment.
> That question has been discussed, and the opinion is, that the latest point of time which can be taken as that at which the appointment was complete, and evidenced, was when, after the signature of the president, the seal of the United States was affixed to the commission.
> It is then the opinion of the court: 1st. That by signing the commission of Mr. Marbury, the president of the United States appointed him a justice of peace, for the county of Washington in the district of Columbia; and that the seal of the United States, affixed thereto by the secretary of state, is conclusive testimony of the verity of the signature, and of the completion of the appointment; and that the appointment conferred on him a legal right to the office for the space of five years. 2dly. That, having this legal title to the office, he has a consequent right to the commission; a refusal to deliver which, is a plain violation of that right, for which the laws of his country afford him a remedy. 76

5 A Decisão da Corte

Após ouvir todos os argumentos, a Corte chegou em duas sentenças possíveis: ou eles emitiam o mandado de segurança ou eles não emitiam. Porém, tanto para Marshall quanto para os demais juízes, nenhuma das duas pareciam capazes de produzir os melhores efeitos para a situação. Por

---

[74] Idem. p. 44-48.

[75] SECRETARY OF STATE OF THE UNITED STATES. WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON Court Decision. Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>. Acesso em: 04 abr. 2017.

[76] Tradução livre: A questão de saber se um direito foi concedido ou não, é, na sua natureza, judicial, e deve ser julgado pela autoridade judicial. Se, por exemplo, o Sr. Marbury tivesse feito os juramentos de um magistrado, e passasse a agir como um; Em consequência do qual tenha sido intentada uma ação contra ele, em que sua defesa tinha dependido de ser um magistrado; A validade da sua nomeação deve ter sido determinada por autoridade judicial. Assim, se ele conceber que, em virtude de sua nomeação, ele tem um direito legal, quer para a comissão que foi feita para ele, ou para uma cópia dessa comissão, é igualmente uma questão examinável em um tribunal, e a decisão do tribunal sobre ela deve depender da opinião diversa de sua nomeação.
Esta questão foi discutida, e a opinião é que o último ponto de tempo que pode ser considerado como aquela em que a nomeação foi completa e evidenciada foi quando da assinatura do presidente, o selo dos Estados Unidos foi afixado à comissão.
É então a opinião do tribunal: 1º) Que assinando a comissão do Sr. Marbury, o presidente dos Estados Unidos nomeou-o um juiz de paz, para o condado de Washington no distrito de Colômbia; E que o selo dos Estados Unidos, a ele afixado pelo secretário de estado, é um testemunho conclusivo da veracidade da assinatura e da conclusão da nomeação; E que a nomeação lhe conferiu um direito legal ao cargo por um período de cinco anos. 2º) Que, tendo este título legal para o cargo, tem o direito consequente à comissão; Uma recusa de entrega, é uma violação clara desse direito, para a qual as leis de seu país devem lhe dar um remédio.

exemplo, se eles emitissem o mandado, este poderia facilmente ser ignorado por Madison, e a Corte seria destituída do mínimo de autoridade e respeito que ainda a restava. Os Republicanos ainda poderiam pensar que essa emissão representaria um ato de vingança devido ao clima político. Ao mesmo tempo que, se a corte decidisse em favor de Madison, os Republicanos poderiam reivindicar uma vitória política.[77] Assim podemos notar no pensamento de João Carlos Souto[78]:

> Levando-se em consideração o momento político que os Estados Unidos viviam, o acirramento ideológico entre federalistas e republicanos, a inexistência de decisão judicial anterior determinando que o Executivo agisse dessa ou daquela forma, a dúvida sobre se o Judiciário teria ou não essa prerrogativa, a radicalização do discurso dos partidários de Jefferson contra o episódio da nomeação dos juízes "da meia-noite", a aprovação de um ato legislativo revogando a nomeação dos juízes contribuiriam, pouco mais, pouco menos, para que o Presidente recém-empossado possivelmente se recusasse a cumprir decisão da Suprema Corte acaso a opção tivesse recaído pelo acolhimento do pedido veiculado por Marbury.

Portanto, a decisão proferida não contentou absolutamente nenhuma das partes, mas manteve a independência da Corte incólume. Chegaram a conclusão de que um mandado de segurança seria sim um remédio constitucional adequado para o caso de Marbury, e que a Corte era sim competente para proferir uma sentença que obrigasse a emissão de tal remédio. Ainda que a Constituição não previsse, esta competência estava no Ato judiciário de 1789. Neste momento, Marshall e sua Corte observaram que ela decidiria o que a Constituição significava ou como seria aplicada em casos particulares. Marshall ratificou a supremacia da Constituição perante os três poderes do Estado.[79]

Apesar de a Corte perder a competência de emitir mandados, ela ganhou uma de valor ainda maior, o de fazer controle de constitucionalidade judicial. Isto é, Marshall enxergou que este caso era o que a Corte precisava para solidificar a ideia de que um sistema de governo precisa de algum órgão responsável por dar a palavra final numa decisão litigiosa. Um órgão que pudesse decidir quando e como a lei seria aplicada. [80]

Muitos historiadores acreditam que Marshall apenas criou esse conceito de controle de constitucionalidade judicial. Porém, ainda da época colonial, o Conselho Privado Inglês criou o instituto da revisão das decisões legislativas e executivas, anulando decisões dos governos locais. Assim, *Marbury v. Madison* foi importante para o sistema americano pois trouxe alguns novos sentidos, como o de controle de constitucionalidade judicial, a vinculação dos demais órgãos do governo para com a Constituição, e a função de interpretação constitucional passou a ser de papel único da Corte Suprema. [81]

Assim, como pode-se analisar na obra de Simona Grossi[82]:

> The U.S. Supreme Court is perhaps the world's most influential judicial decision-making body. Its opinions have influenced not only the American legal system through the force of judicial review and binding precedent,

---

[77] SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court. New York: PublicAffairs in Paper, 2009. p. 155 - 171.

[78] SOUTO, João Carlos. Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões. São Paulo: Atlas, 2015. p. 39.

[79] GREENHOUSE, Linda. The U.S. Supreme Court: a very short introduction. New York: Oxford University Press, 2012. p. 12.

[80] MOUNTJOY, Shane. Marbury v. Madison: establishing supreme court power. New York: Chalsea House, 2007. p. 86-100.

[81] Idem.

[82] GROSSI, Simona. The U.S. Supreme Court and the Modern Common Law Approach to Judicial Decision Making. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. p. 1-2.

> but also the legal systems of many other countries whose courts have often looked to the U.S. Supreme Court for guidance.[83]

6 Conderações Finais

Como pode-se notar com a leitura do artigo, *Marbury v.* Madison foi um caso de extrema importância para o governo estadunidense. Não só auxiliou na regulação de um órgão competente para a realização do Controle de Constitucionalidade em território nacional, como também demonstrou o quão importante era essa regulação de um órgão que, apesar de existente, até então não era valorizado nem respeitado pela sociedade.

Claramente, a decisão do caso no ano de 1803 tomou escalas gigantescas, porém o real debate de quanta novidade foi por ele trazida deu-se nos anos consequentes. O decaimento de William Marbury acompanhou o do partido federalista, que cada vez foi mais diminuído pelo governo republicano que seguiu no poder, porém, não foi este detalhe que o retirou da história da Corte Suprema dos Estados Unidos. Seu retrato ainda está pendurado nas paredes da Corte Suprema, e seu nome ainda é constantemente citado em decisões de cunho constitucional em Juizados Federais americanos. [84]

A contextualização da disputa entre Republicanos e Federalistas torna o desenvolvimento da ação ainda mais coerente. A tentativa de lutar pelo poder político concentrado não nas mãos de uma pessoa específica, mas na de várias que fossem do mesmo partido, seja na área jurídica, executiva ou legislativa é visível no caso em pauta. E foi exatamente essa necessidade de John Adams de aumentar o número de federalistas em cargos de alta importância que deu origem ao processo de Marbury.

As novidades trazidas por este caso ainda que antigo, datado de 1803, repercutem até hoje. Atualmente, esse controle de constitucionalidade judicial afeta a vida de todo povo americano diariamente. A Corte pode a qualquer momento anular atos do congresso, do presidente e pode versar à respeito das leis estaduais. *Marbury v. Madison* elevou a Corte Suprema dos Estados Unidos, promoveu o respeito à Constituição acima de tudo e preservou a independência do Judiciário.

A Corte, então, é hoje vista como um ramo de sucesso do Poder Judiciário, sendo a última instância de avaliação a arbitrar a respeito de questões constitucionais. Foi no caso de *Marbury v. Madison* que a Corte Suprema declarou um ato federal inconstitucional, e somente em 1857, mais de meio século depois, foi que uma decisão com estas características voltou a se repetir.[85]

Referências

DORF, Michael C. *Constitutional Law Stories.* New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2009.

FILHO, Paulo Klautau. *A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803).* Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/50/50>. Acesso em: 06 abr. 2017.

[83] Tradução livre: O Supremo Tribunal dos Estados Unidos é talvez o órgão de decisão judicial mais influente do mundo. Suas opiniões influenciaram não só o sistema jurídico americano por meio da força do controle de constitucionalidade judicial e precedente obrigatório, mas também os sistemas legais de muitos outros países cujos tribunais têm muitas vezes observado o Supremo Tribunal dos EUA em busca de orientação.

[84] UROFSKY, Melvin I. Supreme Decisions: Great constitutional Cases and Their Impact. Boulder: Westview Press, 2012. p. 15-16.

[85] VILE, John R. Essential Supreme Court decisions: sumaries of leading cases in U.S. constitutional law. Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2010. p. 106.

GREENHOUSE, Linda. *The U.S. Supreme Court: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2012.

GROSSI, Simona. *The U.S. Supreme Court and the Modern Common Law Approach to Judicial Decision Making.* Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

HARTMAN, Gary R. *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court os the United States.* New York: Facts On File, 2004.

SECRETARY OF STATE OF THE UNITED STATES. WILLIAM MARBURY v. JAMES MADISON Court Decision. Disponível em: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/marbury.HTML>. Acesso em: 04 abr. 2017.

MOUNTJOY, Shane. *Marbury v. Madison: establishing supreme court power.* New York: Chalsea House, 2007.

SCHWARTZ, Bernard. *A history of the Supreme Court.* New York: Oxford University Press, 1993

SLOAN, Cliff; MACKEAN, David. *The great Decision: Jefferson, Adams, Marshall, and the battle for the Supreme Court.* New York: PublicAffairs in Paper, 2009.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões.* São Paulo: Atlas, 2015.

TUSHNET, Mark. *Arguing Marbury v. Madison.* Stanford: Stanford University Press, 2005.

UROFSKY, Melvin I. *Supreme Decisions: Great constitutional Cases and Their Impact.* Boulder: Westview Press, 2012.

VILE, John R. *Essential Supreme Court decisions: sumaries of leading cases in U.S. constitutional law.* Plymouth: Rowman & Littlefield Publishers, 2010.

ANÁLISE DA ESTRUTURA DE INTEGRAÇÃO JURÍDICA EUROPEIA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA DO SUL

Priscilla Saraiva Alves,
Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul;
priscillasaraiva@hotmail.com

Sandra Regina Martini,
Pós-doutora em Direito (Roma Tre, 2006) e
Pós-doutora em Políticas Públicas (Universidade de Salerno, 2010);
srmartini@terra.com.br

Resumo:

O presente trabalho consiste em analisar alguns aspectos do sistema de integração existente na União Europeia, sua evolução, e de que modo contribuem para a tutela dos direitos humanos. Enfatizar-se-á as contribuições que referido sistema pode vir a somar ao sistema sul-americano, no qual o Brasil está inserido. Verificar-se-á que a Unasul, bem como outros modelos de integração anteriores, como o Mercosul, buscaram ultrapassar a dimensão comercial e retirá-la do foco do empreendimento integracionista, pautando-se na consolidação da democracia e desvinculando-se da ideia de sistema de integração o viés puramente econômico, considerando que, uma integração sólida apenas será possível quando aspectos culturais, sociais e de promoção aos direitos humanos estiverem presentes. Propõe-se que os modelos de integração sejam orientados pela prevalência do Direito Comunitário (excluídas as possíveis rivalidades regionais) e dos direitos humanos.

Palavras-chaves: Integração jurídica. Direitos Humanos. União Europeia. Unasul.

Abstract:

This paper consists of analyzing some aspects of the integration system in the European Union, its evolution, and how it contributes to the protection of human rights. Emphasis will be given to the contributions that this system may add to the South American system, in which Brazil is inserted. It will be verified that Unasur, as well as other previous models of integration, such as Mercosul, tried to overcome the commercial dimension and to remove it from the focus of the integrationist enterprise, based on the consolidation of democracy and dissociating itself from the idea of system of integration purely economic, considering that solid integration will only be possible when cultural, social and human rights aspects are present. It is proposed that integration models be guided by the prevalence of community law (excluding possible regional rivalries) and human rights.

Key-words: Legal Integration. Human Rights. European Union. Unasur.

1 Introdução

O fenômeno de integração alcançou espaço para discussão após a Segunda Guerra Mundial, em que observou-se o processo integrativo em diversas partes do mundo, iniciando-se na Europa. Inicialmente, o objetivo das integrações regionais se limitava ao caráter econômico das relações entre os países, embora, com o passar do tempo, inevitavelmente, aspectos políticos e sociais passaram a fazer parte do discurso integracionista.

A Europa optou por um modelo de prevalência do direito comunitário, enquanto na América do Sul o viés econômico foi bastante latente, embora compromissos em termos de uma integração mais profunda, de concatenação de aspectos sociais e de prevalência dos direitos humanos estejam cada vez mais em pauta, dada a configuração dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

No tocante ao sistema de integração europeu, observa-se um molde triangular, contando com um Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), ambos dialogando com o ordenamento jurídico interno dos respectivos Estados-partes. No continente americano o que mais se aproxima desta estrutura tridimensional encontra-se na América Central, em que se observa o controle de convencionalidade exercido por um tribunal específico, a Corte Centro-Americana de Justiça (CCJ). Falta à América do Sul, este tipo de tribunal, e, desse modo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o único órgão jurisdicional existente, e para resolução de casos voltados a violações de direitos humanos, faltando um tribunal que exerça o controle de convencionalidade da União das Nações Sul-Americanas.

Com bases nestas considerações introdutórias, intenta-se delinear os contornos do processo de integração como parte de um processo de globalização, revisitando conceitos, que, durante muito tempo, foram considerados como imutáveis, como o conceito de soberania.

Objetiva-se analisar aspectos do modelo de integração europeu, utilizado como paradigma de ordem jurídica de processos de integração em geral, ressaltando-se características – como a presença de um Tribunal de Justiça para a União Europeia, responsável pelo controle de convencionalidade dos tratados incorporados pelos países membros do bloco – que poderiam ser incorporadas no contexto sul-americano. A análise comparativa dos modelos de integração não pode ser refutada, considerando-se inadequado recusar qualquer estudo comparado com o modelo europeu, no entanto, devem ser levadas em consideração as necessidades de integração regional de cada bloco, ao invés de uma simples transmutação da ordem jurídica comunitária europeia à Unasul, sem qualquer análise crítica.

2 Pressupostos Iniciais Sobre o Processo de Integração

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e a Carta da ONU, lançada três anos antes, em São Francisco, modificaram a ordem jurídica então vigente entre as nações, implicando a quebra do velho paradigma, qual seja, o modelo Westfaliano, ao assinalar a consolidação de um novo Direito Internacional, que, segundo Luigi Ferrajoli (2007, p. 10), abandonara sua anterior estrutura de sistema pactício, para adotar uma postura de *pactum subjectionis* (pacto de sujeição):

> Voltemo-nos agora às vias de ação que, em ordem à superação da soberania e das antinomias e lacunas que esta gera, deriva-se do paradigma do constitucionalismo internacional. Esta superação somente pode ter lugar através da introdução, no plano internacional, de garantias adequadas dos direitos humanos. Não somente dos direitos a vida e liberdade, senão também dos direitos sociais. E em que consistem ditas garantias? Consistem em limites e vínculos aos poderes do Estado e no controle capaz de assegurar sua efetividade. Consistem, em outras palavras, na sujeição das ações do Estado à lei e à jurisdição, e portanto, na negação de sua soberania externa absoluta no marco de um sistema de direito internacional modelado segundo o paradigma do Estado de direito (2004, p. 109, tradução livre).[86]

Verificou-se uma abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional, fazendo-se necessário ao Estado rever suas relações na comunidade das nações, e firmar o seu compromisso com a autodeterminação dos povos, condizente com a Carta Constituinte de 1988, que institucionalizou os direitos humanos e elevou à categoria de princípio fundamental a dignidade da pessoa humana[87], vinculando e orientando a interpretação de todo o sistema constitucional a este princípio. De acordo com Ingo Sarlet (2007, p. 364):

> [...] não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência — notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade — cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita, isto sem falar no já referido ceticismo por parte de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade.

Nesse sentido, o Estado-nação, abandonando a personificação do Estado todo-poderoso da filosofia de Hegel, é obrigado a adotar uma postura afirmativa ante a perspectiva de concretização dos direitos humanos fundamentais, sobretudo por se tratarem da plataforma emancipatória de nosso tempo, pautada pela gramática da inclusão, havendo uma realocação do indivíduo como sujeito de Direito Internacional.

O Estado brasileiro, no que concerne aos direitos humanos, teve seu lastro obstacularizado por ditaduras civil e militar, sustentadas por crimes de toda a sorte, de cunho eminentemente político, perpetrados pelos agentes do Estado na defesa do regime de exceção vigente à época, e que não foram devidamente processados e punidos, haja vista a promulgação da lei de (auto)anistia que entrara em vigor em 1979 votada e aprovada por um congresso ilegítimo, que deveria ter sido ab-rogada em 05 de outubro de 1988, quando a atual constituição entrou em vigor, por ser com ela incompatível.

---

[86] "Volvamos ahora a las vías de accíon que, en orden a la superación de la soberania y de las antinomias y lagunas que ésta genera, se derivan del paradigma del constitucionalismo internacional. Esta superación sólo puede tener lugar a través de la introducción, en el plano internacional, de garantias adecuadas de los derechos humanos. No sólo de los derechos a la vida y a la libertad sino también de los derechos sociales. Y en qué consisten dichas garantías? Consisten en límites y vínculos a los poderes del Estado y en controles capaces de assegurar su efectividad. Consisten, em otras palavras, em la sujeción de las acciones del Estado a la ley y a la jurisdicción, y por tanto, em la negación de su soberamía externa absoluta en el marco de um sistema de derecho internacional modelado según el paradigma del Estado de derecho"

[87] Artigo 1º, III, CF/1988.

A Carta constitucional instaurada em 1988 coaduna com o ideal de democracia[88] que se tenta construir e solidificar no Brasil, uma vez que, além de consistir em uma carta coesa de direitos, de forte carga axiológica, trazendo em seu bojo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, propagou um sentimento constitucional nunca antes verificado, e dentro de sua vigência o país superou diversas crises políticas e se estabilizou institucionalmente. Percebe-se que os processos de redemocratização e reconstitucionalização caminham lado a lado, e ensejam um novo Direito Constitucional fruto de dois aspectos (BARROSO, 2003):

> a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição

Verificou-se que a atual constituição contou com aportes filosóficos que remetem-se a Kant, ao tratar o ser humano como fim em si mesmo, como raiz antropológica do Estado e nunca um instrumento a serviço deste. No entanto, como já proclamava Norberto Bobbio (1992, p. 24) "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los", levando à organização de um complexo arcabouço de direitos internacionais, que tornam-se exigíveis no momento em que o Estado, por ação ou omissão, descumpre as normas, que por tratados ou convenções, se obrigou a respeitar – trata-se do Estado de Direito Constitucional complementado e supervisionado pela ótica internacional.

Neste cenário a discussão começa a ganhar forma, e se incitou após as inovações do artigo 5º trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004, com a necessidade de aproximação do Direito Constitucional do Direito Internacional, acompanhando a tendência moderna do constitucionalismo global de prestigiar as normas internacionais destinadas ao ser humano, implicando em uma responsabilidade do Estado por eventuais violações de tratados internacionais, tratados estes, cuja posição hierárquica em relação ao ordenamento interno vem sendo bastante discutida na doutrina e na jurisprudência. (MENDES, 2011)

Este necessário diálogo entre o ordenamento jurídico interno das nações e o Direito Internacional ocasiona inevitavelmente a redefinição da noção de soberania, a qual não pode ser invocada para justificar o não cumprimento dos tratados sobre direitos humanos, devidamente

---

[88] "Ao interpretar processos ramificados e de longa duração a partir de seus resultados, vê-se que, na transformação do Estado moderno da fase inicial em uma república democrática, a 'invenção da nação' (H. Schulze) desempenhou um papel catalizador. A autocompreensão nacional constituiu o contexto cultural em que os súditos puderam tornar-se cidadãos politicamente ativos. Apenas o fato de pertencerem à 'nação' pôde criar entre as pessoas até então estranhas entre si uma coesão solidária. O mérito do Estado nacional consistiu, portanto, em ter resolvido dois problemas: com base em um novo modo de legitimação, ele tornou possível uma nova forma de integração social mais abstrata. [...] Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria com o *status* da cidadania uma nova dimensão da *solidariedade* mediata juridicamente; ao mesmo tempo, ela revela para o Estado uma fonte secularizada de legitimação. Por certo, o Estado moderno já vinha regulando desde o início seus limites sociais sobre os direitos de nacionalidade, isto é, os direitos de integrar o Estado. Mas *integrar* o Estado, no início, não significava mais do que a submissão ao poder estatal. É só com a transição ao Estado democrático de direito que deixa de prevalecer esse caráter de concessão que se faz ao indivíduo, de que ele possa integrar uma organização, para então prevalecer a condição de membro integrante do Estado conquistada agora (ao menos pela anuência implícita) por cidadãos participantes do exercício da autoridade política." (HABERMAS, 2002, p. 128-129)

incorporados ao ordenamento do Estado-nação, conquanto seu conceito moderno traduz a ideia de cooperação internacional para o alcance de objetivos comuns.

Em paralelo a pluralidade de organismos jurídicos no contexto supranacional, pode ocasionar uma ingerência na aplicação de normas ao caso concreto (caso Mox Plant), por exemplo), dada a diversidade de fontes advinda com a globalização pós-século XX. (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 119)

Alberto do Amaral Junior (2008, p. 22), defende que "o direito internacional constitui um sistema que não se confunde com um mero conglomerado de regras, dispostas aleatoriamente, sem critérios que as organizem em um todo coerente", no entanto, uma série de conflitos de normas pode ser observada no plano internacional, comprometendo a perspectiva de um "diálogo das fontes"[89] a que o referido autor faz menção.

O Direito Internacional vem apresentando fissuras em sua unidade, revelando um caráter extremamente fragmentário na contemporaneidade, comprometendo o fortalecimento e a coerência das jurisdições internacionais, as quais se tornaram fracas, e desse modo, com dificuldade em lograr êxito no seu objetivo principal de garantia da concretização dos direitos humanos. (VARELLA; OLIVEIRA, 2009, p. 119)

O fenômeno da integração e interação entre os diferentes sistemas jurídicos no continente passou a ser visto como um mote vivo para os que buscavam uma solução para a multinormatividade excessiva e incoerência sistêmica.

2.1 Do surgimento de sistemas regionais de integração

O sistema europeu de proteção aos direitos humanos, idealizado como resposta à memória das atrocidades que solaparam a Europa durante a Segunda Guerra Mundial, exerce grande influência sobre os demais. O modelo de integração jurídica na União Europeia conta com normas igualmente válidas para todos os países membros, com a existência de uma jurisdição comum e de instituições comuns, sendo considerado, em diversos aspectos, como modelo a ser utilizado pelos países da América do Sul, tido neste trabalho como parâmetro, dado o grau de evolução atingido por este sistema. (SILVA, 2010, p. 517)

No tocante ao sistema de integração europeu, observa-se uma estrutura triangular, formada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH), ambos dialogando com os juízes e tribunais domésticos dos respectivos Estados-partes. Na América o que mais se aproxima desta estrutura tridimensional encontra-se na América Central, em que se observa o controle de convencionalidade exercido por um tribunal específico, a Corte Centro-Americana de Justiça (CCJ), enquanto que, este tipo de tribunal falta à América do Sul, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o único órgão jurisdicional existente, e para resolução de casos voltados a violações de direitos humanos, faltando um tribunal que exerça o controle de

[89] Cuida-se de uma teoria idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg, e trazida ao Brasil pela Profª. Drª. Claudia Lima Marques, professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). A teoria do diálogo das fontes seria um novo paradigma de interpretação do sistema jurídico em âmbito nacional e internacional. De acordo com Cláudia Lima Marques (2003, p.71) "[...] "diálogo" em virtude das influências recíprocas, "diálogo" porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo a opção por ter uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação."

convencionalidade da União das Nações Sul-Americanas (Unasul)[90]. (MAZZUOLI; CARDUCCI, 2014, p. 12)

A Unasul[91], instituição regional do sistema sul-americano, não mantem qualquer relação dialógica com o sistema de direitos humanos da Convenção Americana de Direitos Humanos, sequer existindo, atualmente, previsibilidade nem possibilidade jurídica de vir a ser parte da Convenção.

Não há dúvidas de que a União Europeia é um modelo avançado de integração regional, tendo contribuído para a recuperação e reestruturação da economia de diversos países, quebrados após a Segunda Guerra Mundial, promovendo uma mútua cooperação entre eles. Considerando os seus patamares de integração, bastante elevados, e o resultado que se observa nos países-partes, cada vez mais Estados soberanos pugnam pelo ingresso neste bloco, almejando obter os mesmos avanços econômicos e de implicância no âmbito social atingidos neste sistema.

Destaque-se que, uma vez que o país integra este tipo de bloco, ou qualquer outro que mantenha uma estrutura de órgãos supranacionais, a depender do nível de integração, renuncia a parte de sua soberania em nome da chamada "soberania regional", assunto este que exige detida análise ao se considerar o processo de integração.

Observa-se que, a possibilidade de uma sólida integração na América do Sul, resultado de um efetivo diálogo entre os seus sistemas de integração (Mercosul, Unasul, CAN), bem como entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o, ainda inexistente, Tribunal de Justiça para a Unasul, alcançaria o patamar de efetividade de uma tutela multinível dos direitos humanos, implicância do alargamento do direito fundamental de acesso à justiça, considerando os mecanismos de solução de controvérsias existentes nos sistemas de integração.

O direito fundamental de acesso à justiça, por seu caráter instrumental, foi positivado em diversas constituições e instrumentos internacionais, sendo imprescindível para a efetivação dos demais direitos, não cabendo aqui a interpretação restritiva de que tal direito se resume ao acesso ao Judiciário, mas, principalmente, ao acesso a uma tutela judicial efetiva, com todas as garantias judiciais e observando a duração razoável do processo, constituindo verdadeiro direito à justiça. (ANNONI, 2008)

O estudo dos mecanismos de integração na América do Sul é de suma importância, haja vista que sua plena consolidação, cujo redesenho institucional ao observar o modelo europeu, constituirá um reforço contra a violação dos direitos humanos.

Ressalte-se que, não se defende aqui um simples "transplante" da estrutura comunitária europeia na América do Sul, sem questionamentos ou uma séria análise crítica, no entanto, entende-se que é adequado realizar um estudo comparado com o modelo europeu, procurando estruturar a ordem jurídica do bloco sul-americano de acordo com as suas necessidades de integração.

---

[90] Destaque-se a distinção feita por Mazzuoli (2014, p.9) aduzindo que "a Unasul não se confunde com o *Mercosul* (união aduaneira de livre-comércio intrazona e política comercial comum de cinco países da América do Sul: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e, mais recentemente, Venezuela) e tampouco com o que se denomina *Cone Sul* (região integrada pelas zonas austrais da América do Sul, ao sul do Trópico de Capricórnio, e que forma a grande península que define o sul do subcontinente, formada principalmente pela Argentina, Chile e Uruguai; o Paraguai é, as vezes, incluído no bloco, não obstante normalmente se entender que dele não poderia fazer parte, dado o alto nível de pobreza e os baixos padrões de vida e industrialização do país)."

[91] "A criação da UNASUL faz parte de processo recente de superação da desconfiança que havia entre os países sul-americanos desde os movimentos de independência, no século XIX. Até 2008, a América do Sul se relacionava com o resto do mundo por meio de um modelo do tipo "arquipélago": cada país atuava de maneira isolada e desintegrada, dialogando primordialmente com os países desenvolvidos de fora da região. Quando do estabelecimento da UNASUL, os países da região passaram a articular-se em torno de áreas estruturantes, como energia e infraestrutura, e a coordenar posições políticas. A UNASUL privilegia um modelo de "desenvolvimento para dentro" na América do Sul – complementando, dessa forma, o antigo modelo de "desenvolvimento para fora". (2016, *online*)

3 Do Viés Econômico à Observância das Dimensões Culturais e Sociais no Processo de Integração

As relações internacionais tornaram-se essenciais para a estruturação do Estado Moderno, marcado pela globalização e pelos processos de integração regional que se destacam por contribuir essencialmente no desenvolvimento dos países integrantes.

Ao se analisarem os percalços dos planos integracionistas, verifica-se a constante preocupação dos Estados com as suas prioridades políticas. Em paralelo, o viés nacionalista, os traços de rivalidades regionais, as contradições de interesses e a ausência de uma cultura pró-integração formam o cenário pouco favorável ao êxito de um processo de integração.

Com o decurso do tempo percebeu-se que o fenômeno da integração não pode se limitar ao viés econômico, deve, principalmente, ser analisado a partir de uma perspectiva histórica, cultural e social, ou seja, mais ampla, e que contemple, inclusive, os direitos humanos.

Deve-se situar o trabalho na atualidade do pensamento jurídico internacional, no entanto, retroagindo a alguns conceitos fundamentais para a compreensão do tema. Deste modo, na tentativa de conceituar o fenômeno da integração regional, buscou-se o Projeto para tornar perpétua a Paz na Europa, de Abbé de Saint-Pierre (2003, p. 5-6)[92], uma das obras pioneiras na ideia de "união de soberanos", apesar de bastante criticada por diversos autores, como Jean-Jacques Rousseau.

Contemporaneamente, após o conceito percorrer diversos entendimentos, precisa-se a origem do fenômeno integrativo na identidade histórico-cultural, territorial e linguística das regiões, cuja consolidação, inicialmente, se deu devido a uma necessidade econômica de cooperação entre os mercados, necessitando que os Estados soberanos cedessem parte de suas soberanias para o ente central, a fim de que o empreendimento integrativo lograsse êxito. (BARBOZA, 2008)

Os processos de integração supranacionais mais sólidos devem observar imprescindivelmente as dimensões culturais e sociais, incluindo a temática dos Direitos Humanos. "Uma consideração teleológica revela que, no âmbito do ordenamento internacional, e em particular no ordenamento comunitário, a proteção dos direitos humanos vem sendo privilegiada como um dos objetivos mais eminentes" (BORGES, 2005, p. 326).

---

[92] O primeiro passo para buscar a cura de um grande e constante mal, para o qual até agora somente foram empregados remédios ineficazes, é procurar investigar, por um lado, todas as diferentes causas desse mal, e, por outro lado, a desproporção entre esses remédios e o próprio mal. Em seguida, busquei verificar se os Soberanos não poderiam encontrar uma certeza suficiente da execução de suas promessas mútuas mediante o estabelecimento entre si de uma arbitragem perpétua; e concluí que, se as dezoito Soberanias principais da Europa, a fim de manter os governos atuais, evitar a Guerra entre si e obter todas as vantagens de um Comércio perpétuo de Nação a Nação, resolvessem fazer um Tratado de União e um Congresso permanente, mais ou menos segundo o modelo, ou das sete Soberanias da Holanda, ou das treze Soberanias dos suíços, ou das Soberanias da Alemanha, e formar uma União Europeia baseada nas virtudes de tais Uniões, sobretudo na União Germânica, composta de mais de duzentas Soberanias, concluí, dizia eu, que os mais fracos teriam segurança suficiente de que o maior poder dos mais fortes não os poderia prejudicar, e de que cada qual manteria exatamente as promessas recíprocas, de que o Comércio jamais seria interrompido e de que todas as controvérsias futuras se resolveriam sem Guerra por meio de Árbitros, pois sem isso tal segurança, jamais poderia ser obtida. Examinando o governo dos Soberanos da Alemanha, as dificuldades que encontrei para formar em nossos dias o Corpo Europeu não foram maiores do que as que existiram para antigamente ser formado o Corpo Germânico, ou seja, para executar em escala maior aquilo que já fora feito em escala menor: ao contrário, achei que haveria menos obstáculos e maiores facilidades na formação de um Corpo Europeu.

A Unasul, cuja criação ocorreu no sentido de fortalecer o diálogo político entre os Estados membros, reforçando a democracia e as alianças entre os países da América do Sul, apresenta um déficit de integração jurídica e uma ausência de diálogos constitucionais a nível transnacional, cuja importância será sublinhada no presente trabalho.

Foi a União da Nações Sul-americanas que trouxe a pretensão de concretizar uma integração mais profunda, ampla, completa, com a inclusão de todos os doze países da América do Sul, que, unidos, constituem a quinta maior potência econômica e a quarta em termos populacionais, visando instituir a ordem na região e proporcionar condições de um desenvolvimento sustentável e compartilhado. (SIERRA, 2011, p. 103)

De acordo com o Tratado Constitutivo da Unasul, em seu artigo 2º, seus objetivos eram:

> Construir, de maneira participativa e consensuada, um espaço de integração e união no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos, priorizando o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infra-estrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.(UNASUL, 2008, online)

Verifica-se que a Unasul, buscou ultrapassar a dimensão comercial e retirá-la do foco do empreendimento integracionista, pautando-se na consolidação da democracia e implementação dos direitos humanos. Tais perspectivas não tem culminado na adoção de políticas públicas, que asseguram em caráter efetivo os direitos básicos do cidadão. Há, evidentemente, um esforço dos países sul-americanos em superar esses déficits estruturais, fortalecer os laços da região e proporcionar a consolidação da democracia e o combate aos direitos humanos nos Estados-membros. Sua proposta é de uma profunda integração, tendo sido criada com o intuito de concretizar, o que até então não se conseguiu colocar em prática. Desse modo, faz-se necessário que a América do Sul, bem como seus governantes, prossigam empenhados na consecução dos objetivos do Tratado Constitutivo da Unasul. (SIERRA, 2011, p. 106-108)

O fortalecimento da Unasul enquanto organização comunitária, cujo propósito imediato é atender às necessidades e objetivos comuns de seus membros, de acordo com Mazzuoli (2014, p. 30), somente alcançará tais propósitos "quando houver uniformidade jurídica na aplicação, entre os seus Estados-membros, desse direito comum almejado para o bloco. Para tanto, importa que tenha existência [...] um órgão jurisdicional de solução de controvérsias entre os Estados-partes". Faz menção o autor, à criação de um Tribunal de Justiça para a Unasul, responsável pelo controle de convencionalidade das normas internas dos Estados e dos próprios órgãos da União, criando mecanismos que garantam a aplicação uniforme desse direito comunitário através de fórmulas de uniformização das decisões internas dos Estados-partes. Conclui o autor:

> Portanto, para que a Unasul seja efetivamente uma união de nações sul-americanas, com propósitos e finalidades comuns, tal a União Europeia no contexto europeu, é premente que seja dotada de instituições comunitárias stricto sensu, a exemplo de um Tribunal de Justiça com competência para controlar a convencionalidade do seu convênio constitutivo e dos demais tratados respectivos aceitos pelos Estados-membros. Interessante notar que, ainda que menor em número de Estados, a Organização dos Estados Centro-Americanos (ODECA) já detém essa característica, eis que dotada de uma corte independente e com jurisdição sobre os seus Estados-membros: a Corte Centro-Americana de Justiça. Da mesma maneira, o TJU seria o responsável pela solução jurídica das contendas provindas da

> intepretação do direito comunitário e pela uniformização da jurisprudência entre os doze países do bloco.

Ao fim, ressalta-se que o trabalho considera, na análise dos sistemas de integração supranacionais, as semelhanças e diferenças entre eles, que devem ser devidamente analisadas, de modo que, partindo-se deste ponto, precise-se o que há de avançado em um determinado sistema que possa ser incorporado pelos outros.

4 Estrutura Das Integrações Supranacionais.

Ao analisar a estrutura das integrações supranacionais, Valério Mazzuoli (2014), defende fortemente a criação do TJU por se tratar de uma ideia cara à Teoria Tridimensional das Integrações Supranacionais, à qual o autor adere, propondo que os sistemas regionais tenham uma índole tridimensional, cuja origem e complexidade se deu no continente europeu, principalmente após a reformulação do artigo 6º do Tratado da União Europeia – TUE, onde se encontram as características principais da tridimensionalidade, quais sejam:

> 1. relação contextual entre Estado, ordenamento supranacional de integração e sistema convencional de proteção dos direitos humanos; 2. consequente tutela multinível dos direitos humanos; 3. interconexão normativa e interpretativa entre ordens estatais, sistema convencional e sistemas jurídicos de integração supranacional; 4. "diálogo" jurisprudencial entre tribunais supranacionais e estatais, com tendencial equivalência da proteção dos direitos humanos no que tange às fontes dos vários ordenamentos envolvidos; 5. garantia objetiva desses direitos e obrigação objetiva dos sujeitos infraestatais em respeitá-los, com fundamento não só nas fontes dos ordenamentos supranacionais, mas também nas das interpretações jurisprudenciais produzidas; 6. valorização das tradições constitucionais comuns e das identidades estatais das soberanias envolvidas.

O modelo europeu, bem articulado, conta com a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos Humanos, um Tribunal de Justiça Europeu, e os juízes e tribunais domésticos de cada Estado, formando a triangulação jurídica a que se submetem as nações. Já é possível falar em um sistema europeu internormativo de direitos humanos desde a instituição da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que conta com força vinculante desde 2010. (CARDUCCI; MAZZUOLI, 2014)

O cenário mundial passou a ser redefinido com a criação dos blocos econômicos e a intensificação das relações internacionais. Após 1945, intentou-se criar uma "nova Europa", redesenhada para evitar a repetição das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários durante as duas grandes guerras mundiais, e de proporcionar um campo propício para a cooperação mútua entre os países. Vigora na UE a prevalência do Direito Comunitário em relação ao direito interno dos Estados-membros, adotando como base o supranacionalismo e não meramente a intergovernabilidade, pautando-se na adoção de objetivos comuns. (PIOVESAN, 2013).

De acordo com Canotilho (2006):

> […] a normativa comunitária tem preferência relativamente à legislação estatal. […] a doutrina mais recente afirma a superioridade do direito comunitário, traduzida na força activa dos regulamentos comunitários

> (podem revogar e modificar as leis) e na resistência passiva dos mesmos relativamente a leis posteriores internas (não podem ser revogados e nem modificados).

Os direitos humanos igualmente possuem uma posição privilegiada dentro da UE, tendo sua importância ratificada em 1997 pelo Tratado de Amsterdam, verdadeiro impulso na garantia desses direitos ao proclamar a necessidade da fiel observância pelos Estados-partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos, sob pena de perder seus direitos em relação ao tratado, e ter contra si impostas sanções políticas e econômicas.

De acordo com Alstom e Weiler[93] (2013)

> O tratado de Amsterdam de 1997 introduziu uma série de preceitos que requerem o desenvolvimento de uma nova política de direitos humanos no âmbito da União Européia: a) o tratado ineditamente afirma que a União Européia é fundada nos princípios da liberdade, democracia, direitos humanos e Estado de Direito; b) o tratado exige que a Corte de Justiça aplique os parâmetros de direitos humanos aos atos das instituições comunitárias; c) o tratado amplia significativamente os poderes da União para adotar as medidas necessárias ao combate às diversas formas de discriminação; d) o tratado introduz a possibilidade de suspender os direitos do Estado membro, na hipótese de violação aos direitos humanos.

Acrescente-se a isso, o fato de, atualmente, a observância aos direitos humanos constituir verdadeiro pré-requisito para o ingresso de um país na União Europeia. Percebe-se que, progressivamente houve o abandono de uma postura integracionista de contornos econômicos, com a gradativa transformação em organização de viés político, com prevalência dos direitos humanos tanto nas relações internas, como nas relações externas da União (PIOVESAN, 2013)

Não se trata de incorporar o molde europeu livre de reflexões à realidade sul-americana e aplicá-lo sem as devidas ponderações. Trata-se de ter por base um modelo sofisticado de integração, que efetivamente funciona, e que será utilizado para redesenhar o atual corpo institucional de proteção aos direitos humanos vigente na América do Sul.

A questão da tridimensionalidade, em suma, está estreitamente ligada à tutela dos direitos humanos, comungando o entrelaçamento de fontes e interpretações sob três perspectivas, obrigatoriamente: a) ordenamentos constitucionais dos Estados-nações; b) as convenções internacionais sobre direitos humanos; e c) os ordenamentos de integração regional com seus respectivos órgãos jurisdicionais.

Este tipo de integração, que pressupõe uma comunhão de normas, instituições e jurisdições, é do tipo institucional-legal. Virgílio Afonso da Silva (2008), ao desacreditar acerca das possibilidades de um desenvolvimento institucional similar ao que hoje se verifica no continente europeu, na América do Sul, propõe outro modelo de integração baseado nos aspectos semelhantes presentes nas realidades de cada Nação, considerando os fatores culturais, econômicos e sociais, que bastante se assemelham entre os países sul-americanos. O autor se reporta a uma integração voltada para um diálogo constitucional transnacional, também chamada de "integração discursiva", concretizada por meio da migração de ideias constitucionais.

Acerca da integração por meio do diálogo, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 519) assevera que:

---

[93] Adicionam os autores: "A União Europeia tem insistido que os Estados que objetivam sua admissão na União devem estrito respeito aos parâmetros de direitos humanos. Outros Estados que pretendam celebrar acordos de cooperação com a União, ou dela receber auxílio, benefícios ou preferências comerciais devem necessariamente respeitar os direitos humanos". (p. 6-7)

> Nesse sentido, pode-se dizer que analisar a questão da integração jurídica por meio do conceito de migração de ideias constitucionais pode libertar o jurista do debate estritamente dicotômico entre vinculação e não-vinculação de instâncias nacional a instâncias supranacionais, e também do debate exclusivamente sobre a hierarquia das normas. A partir da perspectiva da integração por meio da migração de ideias, o que importa é o livre câmbio de experiências, de ideias, de teorias. Esse livre câmbio não pretende vincular ninguém, caso contrário não seria livre. Ele - e a integração que dele pode resultar ocorre no nível da argumentação e pode operar horizontalmente entre ordens jurídicas nacionais ou verticalmente entre uma ordem jurídica nacional e uma instância supranacional. Além disso, pode existir também entre várias ordens jurídicas nacionais por meio de uma instância supranacional.

Assim, o peso da jurisprudência, das ideias e dos consensos internacionais na interpretação de um caso concreto, atribuindo um valor argumentativo à decisão que se pretende proferir naquele caso, é o que se denominou de integração discursiva: receber e reprocessar ideias supranacionais.

A aproximação do discurso jurídico entre os tribunais de uma determinada região, obtida devido à utilização reiterada dos mesmos recursos interpretativos, fruto da migração de ideias, desempenha um papel importantíssimo na integração desta região, ainda que não conte com uma legislação comum ou instituições comuns. O que se denominou "conversação entre tribunais" figura como fator integrativo essencial de um determinado sistema. (SILVA, 2008, p. 521)

Admitir-se-á no presente trabalho ambos os tipos de integração, uma vez que se entende que ambas não se excluem, pelo contrário, são complementares. O compartilhamento de instituições, ainda que bastante desenvolvidas, não é suficiente para que uma integração sólida aconteça na América do Sul, fazendo-se necessário o primado do diálogo de ideias entre os sistemas. Considera-se que as nações sul-americanas são plenamente capazes de atender às perspectivas de consolidação de suas próprias instituições, bem como de instituições que venham a ser comuns a todos os países, no entanto, ainda assim, precisa-se a necessidade de uma integração discursiva.

5 Considerações Finais

Contemplam-se assim os novos rumos trazidos pela globalização, redefinindo o que de fato é concernente exclusivamente à jurisdição doméstica dos Estados, haja vista que a proteção dos direitos humanos é legitimamente uma preocupação internacional, o que consequentemente ocasiona uma revisão no conceito tradicional de soberania, dada a possibilidade de intervenção no plano nacional, e a responsabilização internacional do Estado.

Em virtude da nova ordem mundial do pós-Guerra ter gerado uma identidade de problemas entre as nações nunca antes verificada, houve um necessário extrapolamento do espaço em que os Estados exercem sua soberania. A globalização acelerou a transnacionalização das relações em diversos aspectos, tanto na seara econômica, financeira, comercial, como tecnológica, implicando intensificação das relações sociais e um enfraquecimento do Estado-Nação, conectando e transformando-o, em prol de um pacto internacional pela proteção de direitos de caráter supranacionais.

Desta forma, a soberania não pode mais significar a liberdade dos Estados de agirem de forma isolada, buscando interesses próprios, mas deve ser sinônimo de cooperação internacional,

destacando-se o Estado como membro de uma comunidade internacional, exercendo, desse modo, um ato de escolha soberana

Os Estados-nações, no exercício de suas soberanias, tanto no ocidente como no oriente, ao optarem pelo processo de integração, encontram-se livres para se associarem, não mais restritos à ótica econômica, mas motivados por fatores culturais e sociais, culminando na criação de organismos regionais, como por exemplo, a CIDH, cujo objetivo é tutelar a proteção dos direitos humanos.

Adota-se o entendimento de que o estímulo ao processo de integração pode representar um verdadeiro apoio a diversas soberanias, principalmente quando se trata de países em desenvolvimento, como na América do Sul, onde há uma suscetibilidade maior à influência estrangeira.

Entende-se que não se trata do declínio ou fim da soberania, mas de uma evolução, em que o antigo conceito se moldou e se aperfeiçoou às exigências do mundo contemporâneo. Esta metamorfose, deveras necessária, já fora prevista por Kelsen oitenta anos atrás, quando, afirmou em seus ensaios que o conceito de soberania deveria ser radicalmente mudado, como parte da revolução na consciência cultural da qual necessariamente deveria ocorrer em primeiro lugar.

Desse modo, suscitam-se questionamentos ainda mais profundos, ao tentar responder as perguntas levantadas ao longo do trabalho, No entanto, deve-se destacar a ideia da formação de consensos, principalmente no âmbito das instituições. Na Europa, esta prática tornou-se um hábito, em vistas a um bem maior, enquanto na América do Sul, há ainda um enorme entrave na consolidação de instituições que possam criar e veicular ideias consensuais a serem expandidas. Faz-se necessário uma percepção acerca desta necessidade para que possam emergir instituições comunitárias no eixo sul-americano.

Referências

ANNONI, Danielle. *O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. v. 1. 343p.

ALSTON, Philip; WEILER, J.H.H. *An ever closer union in need of a human rights policy*: the European Union and human rights, in Philip Alston ed., The EU and human rights, Oxford: University Press, 1999, p. 17-18.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *O Diálogo das Fontes: Fragmentação e Coerência no Direito Internacional Contemporâneo*. Anuário Brasileiro de Direito Internacional, v. 2, p. 11-33, 2008.

BARBOZA, Julio. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalia, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, J. Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Ministério das Relações Exteriores*. União das Nações Sul-Americanas. Disponível em < http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/integracao-regional/688-uniao-de-nacoes-sul-almericanas>. Acesso em 10 de maio de 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CARDUCCI, Michele; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria tridimensional das integrações supranacionais*: uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1. 196 p.

FERRAJOLI. Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Razones jurídicas del pacifismo*. Gerardo Pisarello (ed.), Madrid, Trotta, 2004, p. 109.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil*: do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, v. 45, jan.-mar. 2003, p. 71 e ss.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Por um Tribunal de Justiça para a Unasul*: a necessidade de uma corte de justiça para a América do Sul sob os paradigmas do Tribunal de Justiça da União Europeia e da Corte Centro-Americana de Justiça. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 1, p. 321-369, 2014.

MENDES, Gilmar. A Justiça Constitucional nos Contextos Supranacionais. In: NEVES, Marcelo(Coord.). *Transnacionalidade do Direito*: Novas perspectivas dos Conflitos entre Ordens Jurídicas. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 243 – 286.

PIOVESAN, Flávia. *O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Redefinição da Cidadania no Brasil*. In: PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 6 ed. São Paulo:Saraiva, 2013.

SAINT-PIERRE, Abbé. *Projeto para tornar perpétua a paz na Europa*. Tradução de Sérgio Duarte. Brasília: Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana*: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007

SIERRA, Amanda Queiroz. *O acesso à justiça na união de nações sul-americanas*: contribuição das experiências da comunidade andina e do mercosul para a criação de um sistema de solução de controvérsias para a unasul. Fortaleza, CE, 2011. 209 f.; Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza (CE), 2011

SILVA, Virgílio Afonso da. *Integração e diálogo constitucional na América do Sul*. In: Flavia Piovesan; Armin von Bogdandy; Mariela Morales Antoniazzi. (Org.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 1, p. 515-530.

UNASUL. *Tratado Constitutivo da UNASUL*. Brasília, 23 de maio de 2008. Disponível em http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-dul-e-integração-regional/unasul/tratado-constitutivo-da-unasul. Acesso em: 14 mar. 2017.

VARELLA, Marcelo Dias; OLIVEIRA, VITOR Eduardo Tavares. *Da unidade à fragmentação do direito internacional*. O caso Mox Plant. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Impresso), v. 54, p. 119, 2009.

DO DIREITO, DA ÉTICA E DA JUSTIÇA: REFLEXÕES SOBRE A CRISE DO ESTADO

Afonso Soares de Oliveira Sobrinho
Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Sul e Minas.
Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Fadisp;
afoadv.doc@gmail.com

Clarindo Ferreira Araújo Filho
Doutorando pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Fadisp;
clarindoaraujo@yahoo.com.br

Resumo:

Abordar as interações entre o direito, a ética e a justiça, frente a(s) crise(s) em pleno curso de desenvolvimento exige um esforço considerável de síntese teórica a qual nos propomos a trabalhar aqui. O principal objetivo deste trabalho é ampliar a visão sobre a antecâmara da (s) crise (s) que compromete (m) as estruturas do direito, da justiça, da ética e do moderno Estado Democrático de Direito. O estudo se justifica porque hoje juristas, políticos, operadores da lei, cientistas sociais, estudantes, e demais cidadãos comprometidos em consolidar os princípios de uma democracia participativa e responsável, encontram muitas opções, algumas recheadas de ideologias que nem sempre se mostram adequadas para ampliar a capacidade crítica e fortalecer o sentimento de inclusão do próximo, e dos demais partícipes do ecossistema global. O método utilizado procura combinar análises em direito, ética, justiça e estado a partir de ideias e apreciações filosóficas, jurídicas e sociológicas retiradas da pesquisa bibliográfica. Buscou-se, desta forma, examinar e refletir criticamente sobre uma pequena mais valiosa amostra de ideias, principalmente aquelas que surgiram no decorrer do século XX. Concluímos que a ética pode atender os pré-requisitos para a construção de uma sociedade democrática, participativa, inclusiva apesar da força da globalização e da técnica de nossos dias.
Palavras-chave: Ética; Direito; Crise do Estado.

1 Introdução

Parece inegável afirmar que as dificuldades em teorizar sobre relações sociais, estruturas normativas e crise (s) (do direito, da ética e do Estado), em pleno curso de desenvolvimento e interações, seja um obstáculo facilmente transponível.[94]

Mas a (s) pergunta (s) que se delimita(m) aqui é- são: - Poder-se-ia entender o fenômeno da(s) crise(s) sem interrogar as interações e comprometimentos construídos principalmente ao longo do último século dos conteúdos legais (direito e justiça), político, ético (axiológico e deontológico), e,

[94] "Todavia, não se foge de tais problemas através da mera averiguação empírica do sucesso de um ou outro tipo de desenvolvimento; antes de mais nada, os conceitos mesmos de progresso e crise implicam-se mutuamente, sendo ao mesmo tempo filosóficos e históricos, pois realizam-se no mundo – não apenas no mundo dos negócios [...] podemos apelar para a indissociabilidade entre as teorias da racionalidade e da modernidade, pois o déficit epistemológico da teoria crítica da sociedade não se resolve estritamente com recursos da análise lógica ou epistemológica (BORGES, 2004, p.25)

também estrutural-institucional até agora fortalecidos para sustentar a burocracia despótica, cada vez mais dependente e fornecedora de dependências para o Estado Democrático de Direito?

Quais formas estão à nossa disposição para podermos reivindicar nossos direitos de cidadãos no sentido de termos acesso igualitário às oportunidades de educação, saúde, lazer, habitação, trabalho, segurança, dignidade, respeito e participação nas decisões políticas tomadas no dia a dia e no âmbito da administração pública e dos poderes legiferantes?

Como o exercício destes direitos, até a medida e abrangência percebidas pelas nossas consciências críticas podem nos comprometer a assumir uma liderança participativa com vistas a fortalecer a inclusão dos menos favorecidos (social, intelectual e economicamente) em uma vida democrática e participativa capaz de romper o perene estado de crise provocado pela globalização excludente?

Este trabalho tem por objetivo lançar olhares sobre a antecâmara da (s) crise (s) – do direito, da ética, do estado – que açodam as mentes e o corações de advogados, juízes, legisladores, juristas, e cientistas sociais comprometidos e, por conseguinte, responsáveis por melhorar as instituições e maximizar as oportunidades de realização de direitos e de dignidade humana para todos.[95] Debruçamo-nos para as possibilidades e responsabilidades que se colocam em nosso tempo para questões sérias. O Estado da maneira como o percebemos se encontra numa difícil encruzilhada e exige respostas, e elas provavelmente serão encontradas como os iluministas encontraram respostas para as questões pertinentes ao Estado absolutista, ou como os capitalistas encontraram respostas frente aos desafios impostos pelo socialismo e o comunismo. Ou, ainda, como os filósofos, políticos e juristas, encontraram os meios para realizar paulatinamente as várias dimensões que o direito tem hoje, avanços inquestionáveis ocorridos em circunstâncias históricas específicas e caracterizados como frutos das lutas travadas em defesa da liberdade que cresceu no coração dos homens na luta contra o *status quo* e em todas as gerações dos direitos fundamentais.[96]

Ora, a justificativa para elaboração deste estudo é que o cabedal de ideias e técnicas que herdamos ao longo de todos estes séculos necessitam ser questionados, discutidos, comentados, sofrer valorações para que possamos nos situar criticamente diante desta (s) crise (s) que afetam o presente e o futuro da sociedade civil. É bem sabido que este notável acervo é cada vez mais multifacetado, incerto e instável e que dificilmente poderíamos nos afastar da barafunda das opiniões, dos embates

---

[95] Aqui ressalta-se o princípio responsabilidade como idealizado por Hans Jonas: "[...] há outra noção de responsabilidade que não concerne ao cálculo do que foi feito *ex post facto*, mas à determinação do que se tem a fazer; uma noção em virtude da qual eu me sinto responsável, em primeiro lugar, não por minha conduta e suas consequências, mas pelo objeto que reivindica meu agir. Responsabilidade, por exemplo, pelo bem-estar de outros, que considera determinadas ações não só do ponto de vista da sua aceitação moral, mas se obriga a atos que não têm nenhum outro objetivo" (JONAS, 2006, p. 167).

[96] Neste sentido valem as lições de Gilmar Ferreira Mendes ao afirmar: "Os direitos fundamentais podem ser classificados, segundo os sucessivos momentos da História, em gerações ou dimensões. Nos direitos fundamentais de primeira dimensão, exige-se do Estado uma ação negativa, uma abstenção. São exemplos os direitos à vida, liberdade, locomoção, expressão, religião, organização em grupos [...] A segunda geração de direitos fundamentais aparece como reflexo da intervenção estatal na economia [...] direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência para imporem ao Estado uma prestação positiva relativamente à sociedade, um dever de fazer, contribuir, ajudar. A principal característica deles é a igualdade. Os direitos fundamentais de terceira dimensão, relativos à fraternidade ou à solidariedade, destinam-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), [...] caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Eles nascem após a 2ª. Guerra Mundial e dizem respeito ao desenvolvimento, paz, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade [...] direitos de quarta dimensão, que estão ligados ao patrimônio genético de cada indivíduo. Nessa categoria estão inclusos os direitos relacionados à biotecnologia, bioengenharia e bioética. Alguns doutrinadores falam em uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, decorrente dos avanços tecnológicos e de informática e da internacionalização da jurisdição constitucional, em virtude do rompimento das fronteiras físicas através da grande rede. São direitos basicamente relacionados à comunicação e à informática. São direitos basicamente relacionados à comunicação e à informática. São direitos que rompem a noção de fronteira entre os países" (MENDES, 2012, p.11-12).

intelectuais e das cidadelas teóricas erigidas por teorias acadêmicas cada vez mais sofisticadas. No entanto, vale ressaltar que no decorrer deste texto não se pretende com isso promover um acerto de contas moral entre defensores de uma ou de outra escola, quer sejam elas relacionadas ao pensamento econômico, político, ou até mesmo sociológico e jurídico do presente século.[97,98]

O método utilizado neste trabalho busca combinar análises em direito, ética, justiça e estado a partir de ideias e apreciações filosóficas, jurídicas e sociológicas retiradas da pesquisa bibliográfica e da experiência acadêmica e profissional dos autores. Buscamos, desta forma, examinar e refletir criticamente sobre um sucinto número de ideias do nosso tempo.

Pretendemos contribuir para que o diálogo se aprofunde pela curiosidade que possamos despertar para novos estudos, em outras palavras, pelo aperfeiçoamento de nosso permanente estado de "inacabamento" como defendem pensadores como Edgar Morin (MORIN, 2013), Hans Jonas (JONAS, 2006), Karl Popper (POPPER, 2008), Martin Heidegger (HEIDEGGER, 2009), Olavo de Carvalho (CARVALHO, 1998, 2013), Theodor Adorno (ADORNO, 2009) .[99,100]

> O arquiteto introvertido do pensamento mora por detrás da lua confiscada pelos técnicos extrovertidos. Em face da sociedade dilatada de modo desmedido e dos progressos do conhecimento positivo da natureza, os edifícios conceituais nos quais, segundo os costumes filosóficos, o todo deveria poder ser alocado, assemelham-se aos restos da simples economia de mercado em meio ao capitalismo industrial tardio. A desproporção entre o poder e todas as formas de espírito – uma desproporção que é agora lugar-comum – tornou-se tão enorme que acabou por marcar como vãs as tentativas, inspiradas pelo próprio conceito de espírito, de compreender aquilo que é predominante. Tal vontade de compreender revela uma exigência de poder que contradiz o que deveria ser compreendido. A regressão da filosofia a uma ciência particular, imposta pelas ciências particulares, é a expressão mais evidente de seu destino histórico. Se Kant,

[97] "Ciência e liderança, formando uma unidade, são, por conseguinte os poderes aos quais o nosso ser-aí está agora sujeito – se é que ele possui realmente alguma clareza quanto a isso. E tal sujeição não deve ser entendida no sentido de um episódio fugaz, mas como um estágio único que determina essencialmente o caráter peculiar de nosso ser-aí" (HEIDEGGER, 2009, p. 8)

[98] Aqui as lições de Edgar Morin nos parecem valiosas: "[...] o conceito da ciência não é nem absoluto, nem eterno. E, entretanto, no seio da Instituição científica, reina a mais anticientífica das ilusões: considerar absolutos e eternos os traços da ciência que são mais dependentes da organização técnico-burocrática da sociedade [...] a palavra ciência é revestida de um sentido fóssil, mas admitido, e o sentido novo ainda não surgiu. Este esforço parecerá derrisório e insensato porque a disjunção não foi ainda contestada em seu princípio. Mas ele poderá se tornar concebível, razoável e necessário, talvez graças a um novo princípio que ele mesmo contribuiu para instituir, justamente por não ter medo de parecer derrisório e insensato [...] eu indiquei quais são as impossibilidades maiores que ameaçam o meu empreendimento: - a impossibilidade lógica (círculo vicioso); - a impossibilidade do saber enciclopédico; - a presença todo-poderosa do princípio de disjunção e a ausência de um novo princípio de organização do saber. Tais impossibilidades estão imbricadas umas sobre as outras e a sua junção resulta no absurdo: um círculo vicioso de amplitude enciclopédica e que não dispõe nem de princípio, nem de método para se organizar [...] (MORIN, 2013, p. 30-31).

[99] "Adquirir conhecimentos, mesmo conhecimentos eruditos e abrangentes quanto ao que e como os filósofos pensaram, até pode ser útil. No entanto, sua utilidade não se reverte para o filosofar. Ao contrário: a posse de conhecimentos sobre filosofia é a principal causa da ilusão de que com isso estaríamos alcançando o filosofar [...] A filosofia deve tornar-se livre em nós, em nós e nessa conjuntura? Em que conjuntura? Naquela que determina agora de forma primária e essencial a existência de nosso ser-aí, isto é, nosso escolher, nosso querer, fazer e omitir" (HEIDEGGER, 2009, p. 5).

[100] "A ciência não é um sistema de enunciados certos ou bem estabelecidos, nem é um sistema que avance continuamente em direção a um estado de finalidade. Nossa ciência não é conhecimento (*episteme*): ela jamais pode proclamar haver atingido a verdade ou um substituto da verdade, como a probabilidade. Não obstante, a ciência tem mais que um simples valor de sobrevivência biológica. Não é tão-somente um instrumento útil. Embora não possa alcançar a verdade nem a probabilidade, o esforço por conhecer e a busca da verdade continuam a ser as razões mais fortes da investigação científica. *Não sabemos: só podemos conjecturar*. Nossas conjecturas são orientadas por fé não científica, metafísica (embora biologicamente explicável), em leis, em regularidades que podemos desvelar, descobrir [...]" (POPPER, 2008, p. 306).

> segundo suas próprias palavras, tinha se libertado do conceito escolar de filosofia e passado para o conceito cósmico dela, a filosofia foi agora obrigada a regredir ao seu conceito escolar. Onde quer que ela confunda esse conceito escolar com o conceito cósmico, suas pretensões se tornam ridículas (ADORNO, 2009, p. 11-12).

Parafraseando Karl Popper poder-se-ia defender a ideia de que o avanço da ciência jurídica não é motivado pelo acúmulo ao longo dos séculos de experiências perceptuais e/ou valorativas (POPPER, 2008). Ou ainda como bem coloca Robert Nozick quando discorre sobre longas cadeias de raciocínio dedutivo ao defender sua tese de Estado mínimo, como será visto no decorrer deste trabalho (NOZICK, 1999).

> Uma longa cadeia de raciocínio dedutivo permite-nos começar de uma distância considerável, com premissas das quais a pessoa tem certeza, e que não verá através do filtro de sua rejeição de conclusão, ao passo que um exemplo tem que ser muito próximo para ser um paralelo convincente (Claro que quanto mais longa a cadeia de raciocínio mais se inclinará a pessoa a duvidar que a conclusão de fato se segue. E a pessoa pode reconsiderar sua aceitação aos enunciados depois que compreender o que se segue deles) [...] (NOZICK, 1991, p. 303).

Muito menos se deve ao fenômeno de estarmos utilizando capacidades mais e mais sofisticadas de nossos sentidos e percepções mentais como intuição, reflexão, inferências, etc. Nós simplesmente precisamos correr riscos, inclusive de sermos considerados loucos ou ridículos, caso contrário não conseguiremos participar do grande embate que ocorre na arena da ciência.[101]

O trabalho foi organizado em itens, o primeiro deles é introdutório e traz o leitor para uma contextualização do tema, dos objetivos, questões, metodologia, etc. O segundo item trata do direito, da ética e da justiça diante dos discursos e retóricas da atualidade. O terceiro e último é uma breve revisão da literatura sobre a teoria do Estado e da crise segundo a visão de diversos filósofos, sociólogos, juristas e outros cientistas sociais diante dos paradoxos da pós-modernidade. Concluímos apontando para novos mecanismos democráticos participativos que vislumbrem a superação da crise do estado. Destacadamente, o regate da ética, muito mais do que os outros fenômenos aqui sucintamente abordados – direito, política e Estado - seja pelo viés axiológico ou deontológico, poderia influenciar no sentido de fortalecer o fio que sustenta estas imaginárias e ameaçadoras lâminas, mantendo as fechaduras da caixa de Pandora representante da ganância e da ambição desmedida que esgota vorazmente os recursos humanos e ambientais do planeta.

2 Direito, Ética e Justiça: Algumas Ideias e Retóricas dos Tempos Atuais.

Direito e Justiça ganharam notoriedade sem precedentes na sociedade contemporânea, porque a interpretação das leis e decisões judiciais podem fazer a diferença entre decência e aniquilamento

[101] "A ciência não pode ser destilada de experiências sensoriais não interpretadas, independentemente de todo o engenho usado para recolhê-las e ordená-las. Ideias arriscadas, antecipações injustificadas, pensamento especulativo, são os únicos meios de que podemos lançar mão para interpretar a natureza: nosso único "organon", nosso único instrumento para apreendê-la. E devemos arriscar-nos, com esses meios, para alcançar o prêmio. Os que não se disponham a expor suas ideias à eventualidade da refutação não participarão do jogo científico" (POPPER, 2008, p.307).

dependendo das circunstâncias em que um processo é julgado, com mais eficiência, eficácia e efetividade do que a maioria das normas editadas pelos poderes legiferantes.[102]

> É importante o modo como os juízes decidem os casos. É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas o bastante para se verem diante do tribunal. Learned Hand, que foi um dos melhores e mais famosos juízes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. Os processos criminais são os mais temidos de todos, e também os mais fascinantes para o público. Mas os processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra a indenize ou ampare por causa de algum dano causado no passado ou ameaça de dano, têm às vezes consequências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais. A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. As pessoas frequentemente se veem na iminência de ganhar ou perder muito mais em decorrência de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo (DWORKIN, 1999, p. 3).

Para Alexy (2010), hoje, as visões do pensamento hartiano e de cunho utilitarista, como também, as ideias que defendem a separação entre direito e moral perderam sua força retórica no pensamento da filosofia do direito hodierno. Isto ocorre porque no último século desenvolveu-se um conjunto de teses que passaram a tecer críticas bem fundamentadas contra o positivismo, como aquelas contidas no pensamento dworkiano e que tratam, primeiramente, da estrutura e dos limites dos sistemas jurídicos (ALEXY, 2010; DWORKIN, 1999).

Passou-se, por exemplo, a aceitar a tese de que o direito de uma sociedade é constituído, ao longo do tempo de uma maneira única e de forma exclusiva, por regras que podem ser aplicadas a partir de adequados critérios que não estariam diretamente relacionados aos conteúdos, mas sim à gênese da própria lei, o que lhes asseguraria *a priori* uma maneira de distingui-las de outras normas sociais, especificamente, àquelas dos valores morais que permeiam pela sociedade, que alguns tentam reduzir a um sistema fechado.[103]

---

[102] "Os processos judiciais são importantes em outro aspecto que não pode ser avaliado em termos de dinheiro, nem mesmo de liberdade. Há, inevitavelmente, uma dimensão moral associada a um processo legal e, portanto, um risco permanente de uma forma inequívoca de injustiça pública. Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou as responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei. O dano é mais grave quando se condena um inocente por um crime, mas já é bastante considerável quando um queixoso com uma alegação bem fundamentada não é ouvido pelo tribunal, ou quando um réu dele sai com um estigma imerecido. São estes os efeitos diretos de um processo judicial sobre as partes e seus dependentes. Na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, entre outros países, as decisões judiciais também afetam muitas outras pessoas, pois a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma. As decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, são de importância notória nesse sentido. Essa Corte tem o poder de revogar até mesmo as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, se acreditar que elas são contrárias à Constituição, tendo, portanto, a última palavra na questão de *se* e *como* os estados podem executar assassinos, proibir abortos ou exigir preces nas escolas públicas, ou se o Congresso pode ou não convocar soldados para lutar numa guerra ou forçar um presidente a tornar públicos os segredos de seu gabinete" (DWORKIN, 1999, p.3-4)

[103] Para tanto, Theodor Adorno faz uma advertência para aqueles que tentam reduzir a sociedade a um simples sistema fechado: "Se a sociedade fosse compreendida enquanto sistema fechado e, com isso, irreconciliável com os sujeitos, ela se tornaria por demais penosa para os sujeitos, se eles ainda se mostrassem como lago desse gênero. A pretensa angústia existencial exprime a claustrofobia da sociedade que se transformou em sistema. Seu caráter de sistema, que ainda ontem era o *schibboleth* da filosofia escolástica, é propositalmente negado pelos adeptos dessa filosofia; impunemente, eles podem se fazer passar aí por porta-vozes do pensamento livre, originário, quiçá não-acadêmico [...]" (ADORNO, 2009, p.29).

A segunda tese é aquela que parte da premissa de os operadores da lei emitem suas sentenças de acordo não somente com os critérios que se encontram delimitados pelo arcabouço jurídico. E, finalmente, a terceira tese que se relaciona com a acepção do termo obrigação jurídica, ou seja, a ligação indissociável entre normas e obrigações, direitos e responsabilidades por elas explicitadas (ALEXY, 2010). E isto propicia uma variedade de matizes interpretativas em que o jogo pode ser decidido pelos discursos bem elaborados e por uma principiologia cada vez mais ampla e sofisticada. Tome-se por exemplo a teorização realizada por Hans Jonas quando discorre sobre responsabilidade legal e moral (JONAS, 2006).

> A diferença apontada entre a responsabilidade legal e a moral reflete-se na diferença entre o direito civil e o direito penal, em cujas evoluções divergentes dissociaram-se os conceitos inicialmente mesclados de compensação (como responsabilidade legal) e pena (pela culpa). Ambos têm em comum que a "responsabilidade" se refere a atos realizados, e que a responsabilização efetiva do autor é feita desde o exterior. O sentimento que eventualmente possa acompanhar o autor e com o qual ele assume internamente a responsabilidade (sentimento de culpa, remorso, aceitação do castigo, mas também orgulho obstinado) é tão retroativo quanto o dever de responder objetivamente pelos seus atos: e mesmo a antecipação das consequências ao iniciar o ato não serve como motivo para permitir ou suspender a execução do ato. Enfim, quanto menos se age, menor é a nossa responsabilidade, e, na ausência de um dever positivo, evitar a ação pode constituir uma recomendação de prudência [...]. Assim, ela é a precondição da moral, mas não a própria moral. O sentimento que caracteriza a responsabilidade – não importa se pressentimento ou reação posterior – é de fato moral (disposição de assumir seus atos), mas em sua formalidade pura não é capaz de fornecer o princípio efetivo para a teoria ética, que em primeira e última instância tem a ver com a apresentação, reconhecimento e motivação de finalidades positivas para o bonum humanum. (JONAS, 2006, p. 166-167).

Na visão de Dworkin (1999) uma compreensão do direito passa necessariamente pela visão que os juízes desenvolveram a respeito de direito e de justiça. Os litígios que se transformam em processos judiciais abordam, em princípio, três distintos tipos de questões – questões de fato, questões de direito e questões morais, políticas e de fidelidade que se interligam.[104]

Por outro lado, ao nos debruçarmos sobre as dificuldades dos legisladores em elaborar normas justas, os desafios que se interpõem nos lembram dos trabalhos de Hércules. Ao estabelecer, por exemplo, um limite de velocidade para um determinado meio de transporte que circula por um tipo específico de via, como um trem por exemplo, o legislador deve atentar que um limite ideal depende

[104] Neste ponto vale destacar as interfaces que surgem entre essas questões como teoriza Ronald Dworkin ao afirmar: "Em primeiro lugar, o que aconteceu? O homem que trabalha no torno mecânico realmente deixou cair uma chave inglesa no pé de seu companheiro de trabalho? Em segundo lugar, qual é a lei pertinente? A lei permite que um operário assim ferido obtenha indenização de seu patrão? Por último, se a lei negar o ressarcimento, será injusto? Se for injusto, devem os juízes ignorar a lei e assegurar a indenização de qualquer modo? A primeira dessas questões, a questão de fato, parece bastante direta. Se os juízes divergem quanto aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia, sabemos sobre o que estão divergindo e que tipo de evidência decidiria a questão caso ela estivesse disponível. A terceira questão, da moralidade e fidelidade, é muito diferente, apesar de igualmente conhecida. As pessoas muitas vezes divergem quanto ao que é certo e errado em termos morais, e esse tipo de divergência não suscita nenhum problema especial quando se manifesta no tribunal. Que dizer, porém, da segunda questão, a do direito? Advogados e juízes parecem divergir com muita frequência sobre a lei que rege um caso; parecem divergir, inclusive, quanto às formas de verificação a serem usadas. Um juiz, propondo um conjunto de provas, afirma que a lei favorece o setor escolar ou o empregador, e outro, propondo um conjunto diferente, acredita que a lei favorece os alunos da escola ou o empregado. Se este é realmente um terceiro tipo de discussão, distinta dos demais e diferente tanto das discussões sobre fato histórico quanto das discussões morais, de que tipo de discussão se trata? Sobre o que é a divergência? [...] (DWORKIN, 1999, p.6).

da tecnologia que for empregada tanto pelos veículos utilizados, como pelo tipo de via e pelos preços praticados para o transporte adequado de cargas e passageiros, ou ainda, do potencial em causar danos inclusive financeiros caso a escolha da velocidade de trajeto não leve em consideração boa parte das variáveis possíveis.[105]

Nesse diapasão há que se atentar para dois princípios relevantes – igualdade e responsabilidade – pela importância que tais fenômenos adquiriram nos textos constitucionais contemporâneos. A igualdade, por exemplo, segundo a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (BANDEIRA DE MELLO, 1995) é um princípio que tanto está direcionado para os cidadãos comuns, como também, para o aplicador da lei e para o legislador.

> Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º., caput – que todos são iguais perante a lei. Entende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. O preceito magno da igualdade, com já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas (BANDEIRA DE MELLO, 1995, p. 9).

Ao raciocinarmos acerca do conjunto imbricado de inter-relações de responsabilidades e direitos em jogo nas circunstâncias no dia a dia presentes no mundo contemporâneo, faz-se necessário levar em conta também os direitos e responsabilidades difusas, analogamente ao que faz o legislador ao preocupar-se em maximizar a riqueza da comunidade no processo de elaboração das normas (DWORKIN, 1999; JONAS, 2006). Tais variáveis tendem a crescer em número e complexidade com o avanço do tempo e diante das novas demandas criadas pela sociedade tecnológica que tendem pela sua natural complexidade a sofisticar mais e mais o direito e a justiça.

> [...] O governo respeita os direitos morais e políticos de seus cidadãos? A política exterior do Governo, ou sua política racial, desobedece ostensivamente a esses direitos? As minorias cujos direitos foram violados têm, em contrapartida, o direito de violar a lei? A própria maioria silenciosa tem direitos, inclusive e o direito a que os violam a lei sejam punidos? Não é nenhuma surpresa que estas questões tenham adquirido grande importância atualmente. O conceito de direitos, e, particularmente, o conceito de direitos contra o governo, tem seu uso mais natural quando uma sociedade política está dividida, e os apelos à cooperação ou a um

[105] "São incontáveis os outros tipos de circunstâncias nas quais uma pessoa, que desempenha uma atividade legal sob outros aspectos, pode causar danos involuntários a outra. Um músico toca rock enquanto seu vizinho estuda álgebra. Um poeta acelera sua Maserati numa estrada rural por onde passeiam pessoas. Um construtor começa a faze escavações em seu próprio terreno e, sem querer, corta a linha de força subterrânea que alimenta uma fábrica a alguma distância dali. Um governante em cuja opinião a lei que rege essas diferentes formas de dano involuntário deve aumentar a riqueza da comunidade precisa de uma regra geral do seguinte tipo: todo aquele cuja atividade causar danos involuntários a uma pessoa ou aos seus bens será responsável por esses danos se, nas circunstâncias dadas, sua atividade for desarrazoada quando o custo marginal para aquele que deixa de praticá-la for inferior ao custo dos danos que ela ameaça causar aos outros [...] Mas há um perigo latente nessa regra. Nosso legislador não quer que as pessoas gastem muito tempo ou dinheiro tentando calcular todas as consequências econômicas de alguma atividade, pois isso em si reduziria a riqueza da comunidade. Ele determina, portanto, que os cálculos dos custos relativos devem refletir fatos e opiniões que conheceria ou teria uma pessoa 'razoável', que dedicasse uma quantidade 'razoável' de tempo e de gastos a tais cálculos. Uma vez mais, o teste de razoabilidade consistiria em saber se a comunidade seria mais rica, em termos gerais, se as pessoas dedicassem todo esse tempo e gasto em tais circunstâncias. A riqueza da comunidade é maximizada incentivando-se atividades que, ao longo do curso normal das coisas e com base em informações prontamente disponíveis, aumentam a riqueza da comunidade, e não forçando-se as pessoas a examinar todas as consequências de cada ato individual em toda e qualquer circunstância" (DWORKIN, 1999, p. 339-340).

> objetivo comum são inúteis. O debate não inclui a questão de saber se os cidadãos têm alguns direitos morais contra seu Governo. Parece haver um consenso geral de que os possuem. Juristas e políticos convencionais se orgulham de que nosso sistema jurídico reconheça, por exemplo, os direitos individuais de liberdade de expressão, igualdade e processo legal regular. Fundamentam nesse fato, pelo menos em parte, a sua afirmação de que nosso sistema jurídico merece respeito, pois não se dispõem a afirmar que os sistemas totalitários merecem a mesma lealdade (DWORKIN, 2002, p. 283-284)

Talvez por isso surjam de tempos em tempos propostas para reduzir a influência e a necessidade de uma superestrutura burocrática, que evoluiu para formas despóticas e corporativistas, e que é denominada modernamente de administração pública, cuja função principal seria teoricamente a realização de direitos, tanto por parte do Estado como por parte dos cidadãos.

Há propostas, como por exemplo que discutem a crise atual associada a ideia do Estado mínimo[106] teorizado por Robert Nozick e outros, como uma resposta inteligente para o alto preço que é consequentemente imposto aos cidadãos pelo Estado moderno, em sustentar com o erário público estruturas e sistemas jurídicos que deveriam ser capazes de viabilizar uma justiça acessível, dialógica, participativa, ética e democrática (NOZICK, 1991; OLIVEIRA SOBRINHO, 2015).

Mas a teoria do Estado tem diversos protagonistas e cada um tem suas próprias idealizações, alguns como o jurista Miguel Reale por exemplo considera a premissa de que o Estado necessita conciliar autoridade e liberdade internamente e também no plano internacional[107], para poder realizar o bem comum e outros direitos. (REALE, 2000)

Outros, por sua vez, entendem que Estado e utopia são indissociáveis porque a realidade é bem mais dura do que mostram as aparências superficiais que a acomodação dos conflitos morais, sociais e religiosos e as lutas das castas[108] pelo poder, deixam transparecer para os observadores atentos (BORGES, 2004; CARVALHO, 1998).

---

[106] "O Estado mínimo trata-nos como indivíduos invioláveis, que não podem ser usados de certas maneiras por outros como meios ferramentas, instrumentos ou recursos. Trata-nos como pessoas que têm direitos individuais, com a dignidade que isso pressupõe. Tratando-nos com respeito ao acatar nossos direitos, ele nos permite, individualmente ou em conjunto com aqueles que escolhermos, terminar nosso tipo de vida, atingir nossos fins e nossas concepções de nós mesmos, na medida em que sejamos capazes disso, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos possuidores da mesma dignidade. Como *ousaria* qualquer Estado ou grupo de indivíduos fazer mais, ou menos ?". (NOZICK, 1991, p. 358).

[107] "[...] a história é o encontro da causalidade natural com a liberdade criadora do homem, e se os fatos humanos não obedecem ao inevitável traçado das leis naturais, por outro lado eles não são fruto de criações arbitrárias, de improvisações, de repentinas decisões ou só de casos fortuitos. A concepção de Estado por nós exposta concilia as exigências da autoridade e da liberdade, tanto no plano interno como no plano internacional. Internamente o Estado, como pessoa jurídica destinada a realizar o bem comum, ou seja, a realizar 'o conjunto das condições sociais de uma vida plenamente humana', não pode deixar de ver em cada indivíduo uma personalidade dotada de liberdade, pois personalidade e liberdade constituem a condição essencial sem a qual nenhum bem pode ser alcançado em sua plenitude. O Estado que fere a liberdade da pessoa contraria a sua própria essência. No plano do Direito não se concebe soberania com exclusão de liberdade. Quando se nega a personalidade jurídica dos sujeitos temos uma situação que, no grau atual de evolução cultural, não pode deixar de ser considerada simples 'situação de fato'. Externamente, cada Estado, que se põe como pessoa jurídica, reconhece, ao mesmo tempo, que os outros membros da comunidade internacional devem ser tratados como pessoas jurídicas. A ordem internacional não resulta, pois, de mero acordo entre vontades estatais, mas tem uma exigência própria que não é de maneira absoluta superior à ordem jurídica interna porque é de outra natureza e tem outros fundamentos in concreto" (REALE, 2000, p. 363-363).

[108] "[...] Se a intelectualidade moderna perdeu de vista a existência das castas (tornando-se até mesmo incapaz de perceber sua própria condição de casta), foi por tê-las confundido com as 'classes' definidas por traços exclusivamente econômicos. Na grade diferenciadora estabelecida por Marx – e copiada com automático servilismo por toda a tradição dominante nas ciências sociais -, as distinções de castas por funções espirituais, culturais, psicológicas e políticas tornaram-se invisíveis. Como a queda do comunismo parece não ter bastado para eliminar o prestígio residual do marxismo como ciência, nunca é demais insistir que há mais diferenças hierárquicas entre os homens do que imagina a nossa vã sociologia [...] no sentido em que aqui emprego os termos, adaptados à situação moderna, 'casta sacerdotal'

> O Estado democrático igualitário é menos uma realidade que uma aparência. A nova sociedade, como todas as anteriores, tem as mesmas duas castas governantes – sacerdotal e aristocrática, autoridade espiritual e poder temporal – que existirão onde quer que seres humanos se aglomerem numa coletividade que seja maior do que uma família; que existirão ora de maneira explícita, consagrada na constituição política nominal, ora de maneira implícita, invisivelmente entretecida na grade de uma constituição que não reconhece a sua existência mas que não pode impedi-las de representar a verdadeira distribuição do poder; que subsistirão como um código secreto no fundo de todas as constituições políticas, sejam democráticas ou oligárquicas, monárquicas ou republicanas, liberais ou socialistas, porque estão imbricadas na constituição ontológica e até mesmo biológica do ser humano e são compatíveis, funcionalmente, com qualquer organização nominal do poder político. Elas são uma "constante do espírito humano", que nenhuma constituição, lei ou decreto, ainda que fundado na vontade da maioria, pode revogar (CARVALHO, 1998, p. 168)

E isso nos traz a mente a acalorada discussão sobre ética que a sociedade civil tem levado a cabo nos últimos tempos, quer nos meios acadêmicos, quer nos midiáticos que agora possibilitam interações transnacionais em tempo real e a baixos custos por meio da Web. Mas que por outro lado colocam a ideia de moralidade em uma arena intelectualizada em que se misturam todas as opiniões, muitas das quais duvidosas.[109]

> Notem bem: moralidade não é uma lista de condutas louváveis e condenáveis, pronta para que o cidadão a obedeça como o automatismo de um rato de Pavlov. Moralidade é consciência, é discernimento pessoal, é busca de uma meta de perfeição que só aos poucos vai se esclarecendo e encontrando seus meios de realização entre as contradições e ambiguidades da vida. São Tomás de Aquino já ensinava que o problema

significa simplesmente os encarregados do guiamento espiritual do povo – uma categoria que abrange desde gurus e magos (autênticos ou falsos, pouco importa), sacerdotes e altos dignitários de sociedades secretas até os ideólogos de largo escopo, os acadêmicos, cientistas e técnicos e a arraia-miúda intelectual das universidades, do movimento editorial e da imprensa. 'Casta aristocrática' significa todos os que exercem o poder político-militar ou têm condições de reivindica-lo: isto vai desde os governantes até os políticos de oposição, passando pelos escalões superiores do funcionalismo público, pelas lideranças sindicais e por aquela parcela do empresariado capitalista urbano ou rural que tenha força suficiente para fazer lobby. Há evidentemente interseções, que não apagam a linha divisória essencial. Abaixo dessas duas castas, há os empresários sem força política direta, qualquer que seja o seu tamanho (o que vai desde o grande empresário politicamente isolado até os pequenos comerciantes e proprietários rurais, bem como toda a parcela da classe média que se ocupe somente da vida civil, sem interferir diretamente na política) e, mais em baixo ainda a imensa massa dos braçais, que vai desde o proletariado politicamente 'alienado' até os párias e desclassificados de toda ordem desde que não exerçam poder político através de movimentos sociais ou do banditismo organizado (pois neste caso fazem parte da casta aristocrática). Essa classificação baseia-se na distribuição real do poder, e não em meras abstrações econômicas; e, sem se deixar iludir por aparências e formalismos, entende que a mais alta forma de poder é aquela que governa as mentes dos homens; logo, o casta sacerdotal, que gera a aristocracia e, elevando-a ao poder político, depois a julga e eventualmente condena, derrubando-a com o auxílio das castas inferiores; só a casta que detém o poder espiritual pode legitimar o status quo ou muda-lo, seja pacificamente ou pela violência; definir o poder exclusivamente por critérios econômicos e políticos foi um truque sujo da intelligentsia para ocultar seu próprio poder" (CARVALHO, 1998, p. 168-169).

[109] Neste sentido Olavo de Carvalho lembra do perigo para a consciência quando há o esgotamento da inteligência moral: "Os códigos de conduta consagrados pela sociedade, transmitidos pela educação e pela cultura, não são jamais a solução do problema moral. São quadros de referência, muito amplos e genéricos, que dão apoio à consciência no seu esforço de unificação da conduta individual. Estão para a consciência de cada um como o desenho do edifício está para o trabalho do construtor: dizem por alto qual dever ser a forma final da obra, não como a construção deve ser empreendida em cada uma das suas etapas. Quando os códigos são vários e contraditórios, é a própria forma final que se torna incongruente e irreconhecível, desgastando as almas em esforços vãos que as levarão a enroscar-se em problemas cada vez mais insolúveis e, em grande número de casos, a desistir de todo esforço moral sério. Muito do relativismo e da amoralidade reinantes não são propriamente crenças ou ideologias. São doenças da alma, adquiridas por esgotamento da inteligência moral (CARVALHO, 2013, p. 166)

> maior da existência moral não é conhecer a regra geral abstrata, mas fazer a ponte entre a unidade da regra e a variedade inesgotável das situações concretas, onde frequentemente somos espremidos entre deveres contraditórios ou nos vemos perdidos na distância entre intenções, meios e resultados. Lutero – para não dizerem que puxo a brasa para a sardinha católica – insistia em que "esta vida não é a devoção, mas a luta pela conquista da devoção". E o santo padre Pio de Pietrelcina: "É melhor afastar-se do mundo pouco a pouco, em vez de tudo de uma vez" [...] Consciência – especialmente consciência moral – não é um objeto, uma coisa que você possua. É um esforço permanente de integração, a busca da unidade para além e por cima do caos imediato. É unificação do diverso, é resolução de contradições (CARVALHO, 2013, p. 165-166)

Ora, a gênese do pensamento ético ocidental é originariamente grega e alicerçada nas contribuições de Platão, Sócrates e Aristóteles. No entanto, parece-nos inegável nos dias atuais que estas ideias passaram por adaptações e até possam se apresentar como ideais humanos supremos, quase mesmo que divinos, em virtude principalmente de estarmos libertos de quaisquer pressões da beligerante sociedade escravocrata ateniense em plena antiguidade, em que a luta sanguinária pela sobrevivência era decidida na maioria das vezes pelo complô, pela força física e pelo fio da espada. Tendo sido o próprio Sócrates uma das vítimas mais ilustres do tribunal ateniense.[110,111]

> Platão e Aristóteles tratavam a moralidade como um gênero de interpretação. Eles tentaram mostrar o verdadeiro caráter de cada uma das principais virtudes morais e políticas (tais como honra, responsabilidade cívica e justiça), primeiro relacionando umas às outras e, em seguida, aos amplos ideais éticos que seus tradutores resumem como "felicidade" pessoal. Aqui, uso os termos "ético" e "moral" de um modo que pode parecer especial. Padrões morais prescrevem como nós devemos considerar os outros; padrões éticos, como nós mesmos devemos viver. A felicidade que Platão e Aristóteles invocaram deveria ser alcançada vivendo-se eticamente, e isto significava viver de acordo com princípios morais independentes (DWORKIN, 2011, p. 607).

---

[110] Neste sentido Olavo de Carvalho afirma: "[...] é fácil dar razão a Sócrates, unilateralmente, mesmo porque nossa adesão à verdade interior que ele representava é, quase sempre, verbal e *pro forma*. Mas o próprio Sócrates deu alguma razão a seus carrascos, reconhecendo, implicitamente, que a verdade interior devia permanecer interior; que o culto exterior, por mais deteriorado e vazio de qualquer conteúdo espiritual, conservava seus direitos enquanto não chegasse o momento de rasgar o véu dos símbolos para exibir *urbi et orbi* o supremo segredo. Sócrates, portador de uma mensagem espiritual, não viera ao mundo, afinal, para fundar uma nova religião, mas apenas para dar, enquanto indivíduo humano, testemunho de uma verdade universal transcendente a todo culto local. Na sua mensagem destacam-se três aspectos essenciais: 1º., é universal, válida para todos os seres racionais e não somente para uma comunidade em particular; 2º., é apodíctica, funda-se na evidência e não em mera opinião; 3º., seu representante e porta-voz é o indivíduo como tal, a consciência reflexiva, filosófica, do homem independente, e não a autoridade socialmente constituída, ou a comunidade historicamente existente. Ora, aquilo que Sócrates propõe a um grupo restrito de filósofos, sem a menor pretensão de transformar o seu ensinamento num novo culto público, é precisamente o que o Cristianismo oferecerá a todos os homens: o acesso direto ao conhecimento do Verbo divino, sem a intermediação da *polis* ou do Estado [...] (CARVALHO, 1998, p. 122)

[111] A teoria aristoteliana de formas de governo, trabalho e vida são bem descritas por Karl Popper: "Mas a teoria da escravidão é apenas uma das muitas ideias políticas de Platão que Aristóteles adotou. Sua teoria do Estado Melhor, especialmente, até onde sabemos é modelada pelas teorias da *República* e das *Leis*, e sua versão lança considerável luz sobre as de Platão. O Estado Melhor de Aristóteles é uma transigência entre três coisas: uma romântica aristocracia platônica, um feudalismo "são e equilibrado" e certas ideias democráticas; mas o feudalismo leva a melhor. Com os democratas, sustenta Aristóteles que todos os cidadãos devem ter o direito de participar do governo. Mas isto, sem dúvida, não tem a significação radical que aparenta, pois imediatamente Aristóteles explica que são excluídos da cidadania não só os escravos como todos os membros das classes produtoras. Ensina assim, com Platão, que as classes trabalhadoras não devem governar e que as classes governantes não devem trabalhar nem fazer por ganhar qualquer dinheiro. Supõe-se que tenham fartura. Possuem a terra, mas não trabalham nela. Só a caça, a guerra e diversões semelhantes são consideradas dignas dos governantes feudais" (POPPER, 1974, p.9)

O que Dworkin (2011) não aprofundou neste excerto é que a tradução de "felicidade" pessoal nos textos gregos de Platão e Aristóteles, em muitas ocasiões pode passar uma ideia mais poética do que filosófica, ou científica, no entanto isso certamente se deve ao estilo literário (discurso poético) muito comum daquela época e pela paixão destes filósofos na busca pelo conhecimento.[112,113]

Hoje, faz-se uma distinção da ética em dois planos. No sentido mais amplo ética pode ser entendida como uma avaliação normativa das ações que são normalmente realizadas pelas pessoas e/ou grupos, é um juízo de valor relacionado com o caráter. Neste sentido a ética também é utilizada como moralidade, ou seja, relaciona-se a tudo aquilo considerado como obrigação ou deveres que devem nortear as atitudes das pessoas frente às situações corriqueiras da existência humana (COMPARATO, 2006; RICOEUR, 2011; VÁSQUEZ, 2007). No entanto, segundo Outhwaite e Bottomore (1996) a ética possui hoje visões nem sempre convergentes, dentre elas a utilitarista, a kantiana, a contratualista e, mais recentemente a ambiental.[114] Por fim, na visão de Bandeira (2015) há de se refletir a justiça em um contexto ético, pois dessa forma seria possível tecer ponderações sobre o direito positivo que adjudica um valor de obrigatoriedade a norma legal. Ao se posicionarem favoravelmente ao sentimento de justiça imanente na sociedade civil os Estados podem granjear obediência, sem ter de utilizar da força coercitiva. Vislumbramos que a validade dos códigos legais não pode depender simplesmente de um sentimento de obrigatoriedade de cumprimento, porque os

---

[112] "O apaixonado entusiasmo de Platão, em sua República, explica-se, em última análise, pelo fato de, naquela época, haver sido descoberto o sentido de um dos maiores instrumentos de conhecimento científico: o conceito. O mérito cabe a Sócrates que compreende, de imediato, a importância do conceito. Mas não foi o único a percebê-la. Em escritos hindus, é possível encontrar os elementos de uma lógica análoga à de Aristóteles. Contudo, em nenhum outro lugar que não a Grécia percebe-se a consciência da importância do conceito. Foram os gregos os primeiros a saberem utilizar esse instrumento que permitia prender qualquer pessoa aos grilhões da lógica, de maneira tal que ela não se podia libertar senão reconhecendo ou que nada sabia ou que esta e não aquela afirmação correspondia à verdade, uma verdade eterna que nunca se desvaneceria como de desvanecem a ação e a agitação cegas dos homens. Foi uma experiência extraordinária, que encontrou expansão entre os discípulos de Sócrates. Acreditou-se possível concluir que bastava descobrir o verdadeiro conceito do Belo, do Bem ou, por exemplo, o da Coragem ou da Alma – ou de qualquer outro objeto – para ter condição de compreender-lhe o ser verdadeiro. Conhecimento que, por sua vez, permitiria saber e ensinar a forma de agir, corretamente na vida e, antes de tudo, como cidadão. Com efeito, entre os gregos, que só pensavam com referência à categoria da política, tudo conduzia a essa questão. Tais as razões que os levaram a ocupar-se da ciência" (WEBER, 2013, p. 32-33).

[113] "[...] A credibilidade, no discurso poético, assume portanto a forma de uma *participação consentida numa vivência contemplativa* proposta pelo poeta. O efeito mágico dessa participação requer também, como condição preliminar, a comunidade de língua e de linguagem entre poeta e ouvinte; eles devem não apenas falar corretamente a mesma língua, mas ter um domínio equivalente do vocabulário, da sintaxe, etc.: O que o poeta diz deve ser apreendido instantaneamente e sem demasiadas mediações intelectuais, ou então o efeito poético não se produz. Mas há, é claro, uma diferença: o domínio que o poeta possua dos recursos linguísticos deve ser *ativo* – no sentido de ele poder usá-los criativamente -, e o do ouvinte basta que seja passivo: que possa captar o sentido desse uso, ainda que sem saber produzir ele mesmo um efeito semelhante. Por isso é que obras poéticas escritas numa época remota, com palavras estranhas ao nosso vocabulário ou construções frasais para nós são inusitadas, não despertam mais efeitos poéticos, a não ser que a barreira de dificuldades seja retirada artificialmente, pela intervenção de um filólogo ou explicador ou pelo nosso esforço pessoal de pesquisa, de análise e interpretação. A apreciação estética de obras antigas ou estranhas é uma experiência indireta, que se faz através da mediação intelectual e crítica (CARVALHO, 1996, p. 98-99)

[114] Para uma maior compreensão das vertentes utilitarista, kantiana e contratualista da ética ver Outhwaite e Bottomore (1996). Acerca especificamente da ética ambiental estes autores afirmam:" Um trabalho recente sobre ética ambiental lançou mais um desafio às visões utilitarista, kantiana e contratualista da ética. Cada uma dessas perspectivas pressupõe um argumento particular a respeito do limite da classe de ser à qual se deve uma consideração ética direta. Os adeptos das visões kantiana e contratualista estendem a considerabilidade ética às pessoas. O utilitarismo clássico estende-se ainda mais a todos os seres capazes de sentir dor e prazer e, portanto, inclui em seu contingente ético os animais sensíveis não-humanos [...] Os proponentes de uma ética ambiental afirmam que os seres não-humanos têm valor intrínseco e ampliaram as fronteiras da consideração ética a fim de incluir, por exemplo, coisas vivas não-sensíveis e ecossistemas [...] Essa ampliação do contingente da preocupação ética exigiria uma revisão radical da teoria ética existente (OUTHWAITE E BOTTOMORE, 1996, p. 280).

exemplos históricos demonstram que uma quantidade razoável de leis e de códigos legais inteiros desrespeitaram o senso de justiça de muitas populações em certas épocas da história da humanidade.

> Ademais, aderir ao sentimento majoritário de justiça do povo não raro envolve atitudes amplamente questionáveis num ambiente democrático, como aquelas que implicam negativa de direitos a minorias, por exemplo. Os juristas, no entanto, não precisam abrir mão da discussão sobre o justo. Trata-se de fértil campo de debate sobre os rumos do direito positivo (BANDEIRA, 2015, p. 84).

Ora, teorizações acerca da ética continuarão sendo lançadas para a apreciação dos juristas, acadêmicos, cientistas sociais e dos responsáveis pela edição de leis. Especialmente, pela necessidade de um direito dialógico, como uma justiça justa, participativa, ética e democrática, pois novas demandas surgem dia a dia por conta do transcorrer das transformações históricas e das causas ambientais que hoje ocupam as grandes preocupações com a sobrevivência do planeta.

3 Estado, Progresso e Crise: Paradoxos da Pós-Modernidade

Hans Kelsen traçou importantes bases conceituais para uma compreensão ampliada sobre Estado e Direito, sendo referenciado como um dos maiores defensores da ideia do Estado como ordem coercitiva personificada, agindo por meio da organização política e da jurisdição (KELSEN, 2005).

No entanto, a historiografia e a antropologia demonstram que existiram e ainda existem organizações humanas sem arcabouço de normas e poder central definido e que demostraram competência em sobreviver por longos períodos de tempo, ultrapassando com relativa facilidade as crises que surgiram.[115] Ora, se considerarmos a trajetória histórica do mundo ocidental poder-se-ia afirmar com uma boa dose de convicção que as atuais crises resultam de maneira visceral das raízes históricas da Europa, particularmente, a partir das transformações por que passou este continente no século XVIII. Período em que a emergente sociedade burguesa passou a clamar por uma nova intelectualidade, que atendendo suas demandas conseguiria a ferro e fogo enfim sepultar uma importante parcela dos valores e teorias do mundo antigo. Uma verdadeira filosofia do progresso

[115] "A concentração de todo força física nas mãos da autoridade central constitui a função principal do Estado e é sua característica fundamental. A fim de tornar isto claro, consideremos o que não pode ser feito sob a forma estatal de governo: ninguém na sociedade governada pelo Estado pode tirar a vida de outrem, ocasionar-lhe dano físico, tocar-lhe a propriedade ou macular-lhe a reputação, salvo por permissão do Estado. Os servidores do Estado têm poderes para privar alguém da vida, infligir castigo corporal, confiscar propriedade por multa ou desapropriação e afetar a posição ou reputação de um membro da sociedade. Não que isso dizer que em sociedades sem Estado se possa privar alguém impunemente da vida. Nessas sociedades (como, por exemplo, entre os bosquímanos, esquimós e tribos da Austrália central), porém, não existe, é fraca ou esporádica a autoridade central que protege a família contra malfeitores, e entre os índios crow e de outras tribos das pradarias do Oeste era aplicada apenas quando surgiam as situações. A família ou o indivíduo são protegidos em sociedades onde não há Estado por meios não-explícitos, pela participação de todo o grupo na eliminação do malfeitor, por força temporária ou esporadicamente aplicada que não é mais necessária (e, portanto, não mais usada) quando desaparece a causa de sua aplicação. O Estado dispõe de meios para a supressão daquilo que a sociedade considera delitos ou crimes: polícia, tribunais, prisões, instituições que explícita e especificamente funcionam nessa área de atividade. Além disso, essas instituições são estáveis dentro do marco de referências da sociedade e permanentes[...]. Nenhuma pessoa ou grupo pode substituir o Estado. Seus atos só podem ser praticados diretamente ou por delegação expressa. O Estado, ao delegar poder, torna o delegado (agente) um órgão seu. Policiais, juízes, carcereiros, derivam seu poder de coagir, de acordo com as normas da sociedade, diretamente da autoridade central. O mesmo acontece com coletores de impostos, militares, guardas de fronteira e assemelhados. A função autoritária do Estado repousa no comando dessas forças, que são seus agentes" (KRADER, 1968, p.21-22).

capaz de justificar os pujantes processos sociais, legais, políticos e econômicos em curso por conta da revolução industrial (BORGES, 2004; COMPARATO, 2006; KOSELLECK, 1999).

> Vivemos numa totalidade que reúne os homens entre si unicamente graças à sua alienação. Quando lhes afirmei que a sociedade vigente é mediada apenas pela individualização, há nisso inclusive o sentido crítico, não tão enfatizado por mim no anteriormente exposto, de que, justamente através do principium individuationis, ou seja, através do fato de que nas formas sociais em vigor os homens individuais procuram o lucro, procuram a sua vantagem individual, de que precisamente através dessa insistência no princípio de individuação o todo se conserva vivo e se reproduz, sob gemidos e suspiros e à custa de inomináveis sacrifícios. Gostaria ainda de acrescentar que, justamente porque o todo ou a totalidade da sociedade sem mantêm vivos não em decorrência da solidariedade, a partir de um sujeito social coletivo, mas apenas através dos interesses antagonistas dos homens, por isso se introduz de modo constituinte nessa sociedade da troca racional, a partir de sua raiz, um momento de irracionalidade, que a todo momento ameaça explodi-la [...] (ADORNO, 2008, p. 128).

Para Borges (2004), pelo viés da dialética materialista a conceituação de crise relaciona-se intrinsicamente com o contexto econômico, mesmo diante da possibilidade de negação da crise por parte do Estado, que é, em última instância, o responsável controlador dos meios e instituições capazes de responder adequadamente aos quadros desfavoráveis que se apresentam. Daí a ideia de que a dialética do progresso, segundo descreve Theodor Adorno, seria apenas mais um dos vieses apensos a dialética do esclarecimento, porque se verificam elementos comuns relativos às tensões internas e a outras contingências tipicamente caracterizadas nos conceitos de crise e de progresso[116], dentre as quais estariam o sofrimento humano, a coação, os aspectos relacionados aos processos decisórios, as compensações positivas e negativas, a um conjunto de situações difíceis, aos litígios e ao descontrole da criatura (ADORNO, ; BORGES, 2004).

De acordo com Karl Popper nos dias atuais, em que se apresentam ideologias para todos os gostos, e crise (s) constantes que ora agudizam e ora voltam a ser crônicas, crises que permeiam todas as áreas da vida, não somente as econômicas, mas as políticas, as jurídicas, as morais; as pessoas deveriam se preparar com mais afinco para enfrentar dilemas de toda sorte. Hoje, na política e na democracia, por exemplo, não é mais relevante preocupar-se com a questão sobre quem é o mais habilitado para assumir o governo porque isto não nos prepara o suficiente para que os indivíduos desonestos, ardilosos, e manipuladores porventura alcancem posições de poder. A pergunta que devemos fazer é quais seriam os melhores meios de dotar as instituições e os movimentos que representam a sociedade civil diante do Estado, de força suficiente para retirar do poder com o menor dano possível, ou seja, sem derramamento de sangue, os governantes desonestos e incompetentes provocadores de situações calamitosas para o Estado e para o conjunto de cidadãos (POPPER, 1974; REALE, 2006).

O que nos leva a considerar uma parcela dos questionamentos levantados por Robert Nozick em relação às restrições libertárias, quando discorre em sua teoria sobre a ideia de Estado mínimo, procuram explicar que atitudes como por exemplo o altruísmo, filantropia, solidariedade, etc., ou, o

---

[116] Analogamente ao que descreve Olavo de Carvalho em relação a existência de quatro discursos na filosofia aristoteliana – a poética, a retórica, a dialética e a analítica (lógica) minuciosamente descritos em Carvalho (1996); Borges (2004) aponta outros tipos de discursos que demonstram alinhar-se a fenomenologia da crise e do progresso: "As categorias dos discursos teológico, dramatúrgico e médico aderem aos fenômenos de crise e à fé no progresso, não só para darem conta de um resto mítico, que permanece no "mundo enquanto contexto de crise", mas também porque conceitos historicamente carregados, como estes dois, não podem progredir até o ponto em que, na sua busca de cientificidade, percam a própria referência às categorias crise e progresso, que eles nomeiam" (BORGES, 2004, p. 26).

que ele denominou por "ato de compensação moral" não poderia ser utilizado, muito menos justificado, como um meio para se atingir um ideal que perseguisse um "bem social maior"[117], uma espécie de utilitarismo moral (NOZICK, 1991).

> O paradoxo de que há e não há progresso é drástico em vários contextos, sobretudo na filosofia, onde reside uma certa ideia de progresso, que já participou da formação da doutrina do progresso. Não é fácil avaliarmos simplesmente se a filosofia pode progredir ou se ela de fato acompanhou em certos momentos da história o pretenso progresso geral. É inevitável admitirmos, como observa Adorno, que progresso na passagem de uma filosofia para outra; contudo, é duvidoso que haja progresso na passagem de Platão a Aristóteles, por exemplo [...] (BORGES, 2004, p.9).

Assim, a teoria dos Quatro Discursos como colocada originalmente por Olavo de Carvalho (CARVALHO, 1996) encontra pontos de ressonância com a argumentação de Borges (2004), quando descreve a força que a retórica agora entendida de forma reducionais como o "melhor argumento" adquiriu perante a sociedade contemporânea.[118]

Por outro lado, Borges (2004) levanta questões não enfrentadas por Habermas (2003), que silencia sobre as formas de dominação vigentes no capitalismo avançado, como se os paradigmas da crise, do progresso e da exploração do homem pelo homem afinal tivessem sido todos superados.

---

[117] "As restrições morais indiretas àquilo que podemos fazer refletem em minha opinião o fato de termos existências separadas. Ressaltam que nenhum ato de compensação moral pode ocorrer entre nós. Não há uma compensação moral a cargo de outros em nossa vida que leve a um bem social global maior. Nada justifica o sacrifício de um pelos demais. Esta ideia fundamental, isto é, a ideia de há diferentes indivíduos, com vidas separadas, de modo que ninguém pode ser sacrificado pelos demais, fornece base à existência das restrições morais indiretas, mas também, acredito, leva a uma restrição indireta libertária que proíbe agressões contra outras pessoas. Quanto mais poderosa a força de uma visão maximizadora de estado final, mais poderosa deve ser a ideia básica capaz de resistir a ela que dá suporte à existência de restrições morais indiretas. Por isso mesmo mais seriamente deve ser levada em conta a existência de indivíduos distintos, que não constituem recursos para os demais. Uma concepção básica suficientemente poderosa para sustentar restrições morais indiretas à poderosa força intuitiva da visão maximizadora do estado final será suficiente para gerar uma restrição libertária à agressão contra outra pessoa [...] O conteúdo obtido por esse argumento, que focaliza o fato de que há diferentes indivíduos, cada um deles com vida própria, não será a restrição libertária plena. Ela proibirá que se sacrifique uma pessoa para beneficiar outra. Mais passos serão necessários para chegarmos a uma proibição da agressão paternalista: o uso ou ameaça de força em benefício da pessoa contra quem é brandida. Por essa razão temos que nos concentrar no fato de que há indivíduos distintos, cada um deles com uma vida própria a levar. Frequentemente se sustenta que o princípio de não-agressão é apropriado para pautar as relações entre nações. Mas que diferença se supõe possa haver entre indivíduos soberanos e nações soberanas que tornam a agressão permissível entre os primeiros? Por que podem indivíduos em conjunto, através do governo, fazer com alguém o que nenhuma nação pode fazer com outra? No mínimo há um argumento mais forte para a não-agressão entre indivíduos; ao contrário de nações, eles não contêm, como partes, indivíduos que outros poderiam ser levados legitimamente a intervir para proteger ou defender" (NOZICK, 1991, p.49-50).

[118] "Numa situação ideal de fala, que seria constitutiva de toda a comunicação, o consenso que se busca racionalmente é decidido pela "força" do melhor argumento. Na medida em que a própria teoria discursiva se apresente como um argumento racional à comunidade intelectual, supõe-se que deva ser, como tal, aceita. Todavia, no momento em que tais condições da comunicação intersubjetiva se desenvolvem em direção a uma doutrina da institucionalização do direito discursivo – e em que a democracia formal se faz passar por concretização política da situação ideal de fala – como força integrativa da identidade do estado capitalista, então é hora de submetermos tais desenvolvimentos teóricos à crítica ideológica. Da mesma forma que, segundo a formulação de Adorno acima citada, a mentira da troca justa escondia e esconde a verdade do progresso enquanto acumulação, há que se verificar não só a perfeição do modelo teórico discursivo, mas as diferenças reais que ele desconsidera. Também no mercado das comunicações, alguns têm mais poder de barganha que outros, e é claro que este poder vem sobretudo do dinheiro; as concessões de canais de rádio e televisão não obedecem aos belos critérios do melhor argumento racional. Em um mundo administrado pelo capital e mediado pela técnica, o direito humano à comunicação e os dons, como a capacidade retórica, são anulados pela posse material dos meios de comunicação. A imagem inicial da roda de empresários burgueses bem-falantes, reunidos no pub ou na academia, cede lugar ao parlamento e à telecomunicação" (BORGES, 2004, p. 19).

> Neste sentido, é curioso, para não dizer contraditório, por reconhecer que este modo de produção ainda não esgotou suas margens de desenvolvimento, ao mesmo tempo que não vê mais crises no estado sob o regime capitalista avançado. Talvez seja uma manobra que incluiu seu silêncio em relação ao "Estado autoritário", para que ele possa sem grandes escrúpulos oferecer seus préstimos ao sistema político, na tarefa de legitimá-lo. O discurso do pós-modernismo seria uma ideia nova, mas equivocada em seu anti- racionalismo, ao passo que a teoria da luta de classes, inerente à crítica do capitalismo, já deve ser vista como velha. A lenta reconstrução de teorias e conceitos alheios e, depois, a brusca troca de paradigmas, pretendeu justamente sair desses impasses, com uma mudança completa de categorias e conceitos. Não se pode esquecer que muitos desses impasses foram criados justamente pela reconstrução, ou seja, pelo abandono da teoria crítica (BORGES, 2004, p.21-22).

Finalizando este tópico, há de se refletir sobre o conceito de crise do Estado não somente pelos vieses das teorias econômicas e sociais. A crise permeia a sociedade hodierna porque o Estado nada mais é do que o reflexo do comportamento individualizante que predomina na pós-modernidade, e que influencia áreas importantes do conhecimento e, por conseguinte, dos valores éticos e morais, das famílias, das relações humanas inter e intra grupos, da política, do direito e da justiça, do trabalho, da cultura, etc.

4 Conclusões

Como referido anteriormente os grilhões que nos predem não são apenas aqueles relacionados com as diversas correntes de pensamento que se acumulam e se sobrepõem dialeticamente com o passar dos séculos, a filosofia, a técnica, ou ainda a ética, a justiça e o direito, assim como a (s) crise (s) e o Estado. As verdadeiras correntes estão representadas elo por elo em se conseguir apreender uma linha de pensamento autêntica e de "melhores argumentos" para se descrever toda a riqueza dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos cada vez mais complexos que se inter-relacionam formando a sociedade globalizada que vive sobre o fio de não uma, mas de duas espadas de Dâmocles, uma delas representada pelo império das leis e a outra pelo império da (s) técnica (s). Ambas, têm potencialmente o poder de promover a inclusão do outro, a ampliação da consciência crítica ética e moralmente fundamentada, a distribuição das riquezas e a promoção da democracia participativa. Mas, pela outra face, ambas podem ser destrutivas, excludentes, concentradoras de renda, causadoras de inomináveis sofrimentos para humanos e não-humanos.

Diante deste paradoxo a ética, muito mais do que os outros fenômenos aqui sucintamente abordados – direito, política e Estado - seja pelo viés axiológico ou deontológico, poderia influenciar no sentido de fortalecer o fio que sustenta estas imaginárias e ameaçadoras lâminas, mantendo as fechaduras da caixa de Pandora representante da ganância e da ambição desmedida que esgota vorazmente os recursos humanos e ambientais do planeta. Por fim, o desenvolvimento de uma cidadania participativa, questionadora e que batalhe por ideias éticos abrangentes mostra-se como uma possibilidade real de transformação da realidade política e jurídica de nosso país e do mundo. A responsabilidade como partícipes do Estado Democrático de Direito já nos foi dada há muito, resta-nos apenas trabalhar para que ela se concretize a medida em que as consciências críticas se alarguem por meio dos horizontes da ética, que seja pelo viés axiológico ou deontológico.

Referências

ADORNO, Theodor. *Dialética Negativa*. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 2009.

_____. *Introdução à Sociologia*; São Paulo, SP: Editora UNESP, 2008.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2010.

BANDEIRA, Max da Silva. *Legislação e judicatura*: o lugar da lei na realização judicial do direito. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo, SP: Malheiros, 1995.

BORGES, Bento Itamar. *Crítica e teorias da crise*. Porto Alegre, RS: EDIPUCRS, 2004.

CARVALHO, Olavo de. *O jardim das aflições*: de Epicuro à Ressurreição de César - ensaio sobre o Materialismo e a Religião Civil. Rio de Janeiro, RJ: Topbooks, 1998.

_____. *O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota* [recurso eletrônico]. 1.ed. Rio de Janeiro, RJ: Record, 2013.

_____. *Aristóteles em nova perspectiva*: introdução à Teoria dos Quatro Discursos. Rio de Janeiro, RJ: Topbooks, 1996.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*; São Paulo, SP: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002.

_____. *O que é uma vida boa?* Revista Direito GV. 7(2) I; São Paulo, SP; Jul-Dez, 2011. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n2/a10v7n2>. Acesso em 28.08.2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. Brasília, DF: IDP, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, Volume I; Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. *Introdução à filosofia*. 2.ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade*: ensaio de uma ética para civilização tecnológica. Rio de Janeiro, RJ: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*; Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4.ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2005.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise:* uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro, RJ: EDUERJ: Contraponto, 1999.

KRADER, Lawrence. *Formation of the State*; Englewood Cliffs, New Jersey (EUA): Prentice Hall, 1968.

MAX, Weber. *Ciência e Política*: duas vocações. São Paulo, SP: Cultrix, 2013.

MORIN, Edgar. *O método 1*: a natureza da natureza. 3.ed. Porto Alegre, RS: Sulina, 2013.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Editor, 1991.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. *A Pobreza na cidade de São Paulo como negação aos Direitos Humanos Fundamentais*: a ética dialógica do Direito. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade Autônoma de Direito, FADISP, 2015.

OUTHWAITE, William. BOTTOMORE, Tom (*orgs.). Dicionário do pensamento social do Século XX*; Rio de Janeiro, RJ: Jorge Zahar Ed., 1996.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica.* São Paulo, SP: Editora Cultrix, 2008.

_____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte, MG: Ed. Itatiaia; São Paulo, SP: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1974.

RICOEUR, Paul. *Ética e Moral*. Covilhã, Castelo Branco, Portugal: LusoSofia Press, 2011.

REALE, Giovanni. *História da filosofia*: de Freud à atualidade. v. 7. São Paulo, SP: Paulus, 2006.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do Estado*. 5.ed.-; São Paulo, SP: Saraiva, 2000.

VÁSQUEZ, Adolfo Sáchez. *Ética*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Civilização Brasileira, 2007.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: CRIMINOLOGIA E SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.
Coordenadoras: Renata Almeida da Costa (Unilasalle) e Maria João Guia (IJUC)

Canoas, 2017.

ACESSO À JUSTIÇA PENAL: PESQUISA EMPÍRICA E EXPERIÊNCIA(S) DE ABANDONO

Priscila Vargas Mello,
mestre em direito, priscilavargasm@gmail.com

Dani Rudnicki,
doutor em direito, danirud@hotmail.com

Resumo:

Esse artigo apresenta parte dos resultados analisados na dissertação de mestrado "As Mulheres Presas e o Acesso à Justiça Penal: ignorância de quê(m)?". Trata-se de pesquisa empírica no direito realizada entre os meses de maio e novembro de 2015. Utilizamos abordagem qualitativa e as técnicas de revisão bibliográfica, observação de atendimentos jurídicos na prisão e audiências criminais, bem como entrevistas e análise de autos. O objetivo principal consiste em analisar a efetividade do acesso à Justiça penal das mulheres presas na Madre Pelletier e, especificamente, apresentar o conceito jurídico de acesso à Justiça; expor como, na condição de operadores jurídicos, esperamos que essa garantia processual se desenvolva; explorar sua insuficiência no processo penal; e analisar a efetividade do acesso à Justiça penal das mulheres aprisionadas na Madre Pelletier a partir dos dados empíricos colhidos durante os atendimentos jurídicos acompanhados na prisão e nas audiências criminais realizadas no Foro Central de Porto Alegre. Por fim, concluímos que o acesso à Justiça penal é inexistente para essas mulheres, percepção que construímos a partir das experiências de abandono jurídico e afetivo vivenciadas por elas.

Palavras-chave: Acesso à Justiça penal. Processo Penal. Mulheres. Prisão. Defesa Pública.

1 Introdução

Esse artigo apresenta parte dos resultados analisados na dissertação de mestrado "As Mulheres Presas e o Acesso à Justiça Penal: ignorância de quê(m)?" (MELLO, 2016) desenvolvida sob orientação do professor Dani Rudnicki e vinculada ao programa de pós-graduação em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis. Tratou-se de pesquisa empírica no direito vinculada à linha de pesquisa Direitos Humanos, Instituições e Efetividade, cujo objeto principal consistiu na análise do acesso à Justiça penal das mulheres recolhidas na Penitenciária Feminina Madre Pelletier. A escolha dessa instituição prisional ocorreu pelo fato de a pesquisadora já ter desenvolvido outras pesquisas na Madre Pelletier durante a graduação em direito (MELLO, 2013).

Uma das diversas questões que surgiram ao longo do desenvolvimento da dissertação consistiu no abandono jurídico e afetivo vivenciado pelas mulheres aprisionadas na Madre Pelletier. Dessa forma, em relação ao presente artigo, esclarecemos que nosso objetivo principal consiste em apresentar análises vinculadas a essas experiências e, por consequência, o seu impacto na efetividade do direito de acesso à Justiça penal.

Para alcançarmos nosso objetivo principal dividimos esse estudo em quatro partes. *Primeiro*, apresentamos o conceito jurídico de acesso à Justiça; expomos como, na condição de operadores

jurídicos, esperamos que essa garantia processual se desenvolva; e, por consequência, exploramos sua insuficiência no processo penal. *Segundo*, analisamos a efetividade do acesso à Justiça penal das mulheres aprisionadas na Madre Pelletier a partir dos dados empíricos colhidos durante os atendimentos jurídicos acompanhados na prisão e nas audiências criminais realizadas no Foro Central de Porto Alegre. *Terceiro* e, por fim, desenvolvemos a hipótese de que o acesso à Justiça penal é inexistente para essas mulheres, percepção que construímos a partir das experiências de abandono jurídico e afetivo por elas vivenciadas.

Iniciamos esse estudo pela revisão bibliográfica sobre o tema, a partir de aporte teórico que nos permitisse delimitar o significado jurídico do direito de acesso à Justiça e o quanto isso exigiria da postura dos operadores jurídicos. Em seguida, problematizamos essa perspectiva para fins de justificarmos a relevância de reunirmos informações sobre a vivência das mulheres no sistema de justiça criminal, especialmente na condição de rés, pois, como esclarece Mendes (2014, p.171) "Para que não se deixe de fora a realidade das mulheres, ou seja, para que não se produza uma análise sexista, é preciso que se incluam conceitos, análises, valores e técnicas de coleta de informação que tenham o gênero em consideração em suas diferentes dimensões.

Para Andrade (2012, p.145), "(...) o sistema penal é androcêntrico porque constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, regra geral, praticadas pelos homens e só residualmente feminino". Isto é, o direito penal, e o funcionamento das agências penais, mostram-se intolerantes às vivências e especificidades das mulheres aprisionadas. O resultado disso consiste em práticas que desrespeitam a autonomia das mulheres, suas histórias de vida e, consequentemente, impactam negativamente na construção do direito de defesa no âmbito do processo penal.

A pesquisa de campo foi realizada entre os meses de maio e novembro de 2015, e consistiu na: (I) observação de atendimentos jurídicos realizados pela defensoria pública na Penitenciária Feminina Madre Pelletier e no foro criminal; (II) no acompanhamento de audiências criminais, selecionadas a partir dos atendimentos jurídicos observados e mediante consulta às pautas de audiências disponibilizadas no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; (III) na aplicação de entrevistas com as mulheres presas na Penitenciária Madre Pelletier, operadores jurídicos, testemunhas de audiências criminais e familiares; e, por fim, análise de processos criminais.

Utilizamos, portanto, abordagem qualitativa, tendo em vista que analisamos a efetividade do direito de acesso à Justiça das mulheres presas, circunstância interligada às relações que tangenciam a prisão e a justiça criminal. Como leciona Becker (2014, p.188), trata-se de "[...] descrever um sistema de relações, mostrar como as coisas interagem dentro de uma rede de influência múltipla ou suportam uma relação de interdependência ou qualquer coisa, a fim de descrever as conexões entre as especificidades".

2 Acesso à justiça penal: dimensão jurídica

De acordo com Souza (2011, p.290-294), a compreensão do acesso à justiça penal relaciona-se com o fato de que a acusada, ao contrário do que acontece em outros ramos do direito, não tem intenção direta de demandar contra o Estado. O interesse do processo penal (instrumento de garantias para proteção da liberdade) diferencia-se dos objetivos de outros ramos do direito sendo fundamental pensá-lo a partir de suas próprias categorias e das particularidades que emergem do seu

desenvolvimento no tempo. Além disso, a teoria geral do processo (e as concepções utilizadas no processo civil) não tem lugar neste debate (LOPES JUNIOR, 2015, p.68-70). Dessa forma, a acusada necessita de uma defesa atenta à efetivação das garantias processuais e preocupada em evitar a restrição ilegítima de direitos.

Neste contexto, o acesso à justiça penal abrange o devido processo legal, o direito à defesa materialmente efetiva. Trata-se de garantir que a acusada tenha acesso a uma defesa preocupada com o respeito às garantias processuais e constitucionais, apresentando alegações adequadas ao se manifestar, presente nos atos solenes, produzindo peças processuais motivadas, contraditando as acusações (SOUZA, 2011). Espera-se defesa atenta à dinâmica processual e às peculiaridades do caso concreto, pois, ao contrário disso, privilegia-se uma defesa formal e não condizente com o mínimo existencial no contexto de um Estado Democrático de Direito (PRADO, 2006, p.45).

Portanto, a partir dessa dimensão jurídica, o acesso à Justiça penal deve ser compreendido como elemento imprescindível para consolidação da dignidade humana[1] (GIACOMOLLI, 2014, p.14-17; LOPES JUNIOR, 2015, p.390-391; SCHROEDER, 2006, p.53; SOUZA, 2011, p.294-295;). Trata-se de mínimo existencial imprescindível para demanda de outros direitos, o que é viabilizado pelo atendimento da defensoria pública na hipótese de a acusada não ter condições de arcar com os custos de uma defesa particular. É dever do Estado, como responsável pela proteção dos direitos humanos, garantir a existência de atendimento público de qualidade para todas as cidadãs e cidadãos.

O acesso à Justiça penal é o direito por meio do qual se desmembra o devido processo legal e as demais garantias processuais, influenciando de forma imediata o exercício de defesa da acusada. Evidencia-se a relevância de seu conteúdo, que não só corresponde à presença da defesa pública ou privada, mas, também, de sua atuação de forma material, comprometida com o seu papel; da oportunidade de a acusada ter espaço para expor sua versão dos fatos, compreender os termos de seu processo, participar ativamente das fases processuais.

A Constituição Federal de 1988, norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, estabelece em seu artigo 5º, incisos XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e LV (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes) regras fundamentais para compreensão do acesso à Justiça penal. A partir da leitura (fria) de tais dispositivos, percebemos que o acesso à justiça penal corresponde à possibilidade da pessoa acusada usar, em seu favor, os instrumentos jurídicos processuais penais necessários à construção de uma defesa material e efetiva. E, como defesa material e efetiva, devemos compreender a ampla participação no processo de construção do decreto condenatório.

O exercício é simples. Não basta pensar que a presença do advogado ou defensor público seja suficiente para garantir a participação no debate processual, pois participar significa fazer jus a condição de processada e, portanto, ter acesso amplo aos meios de comunicação que constroem o processo penal. Talvez as dúvidas que surjam sobre o que seria o acesso à Justiça penal em uma perspectiva ideal sejam mais esclarecedoras. Por exemplo: a acusada conhece os motivos pelos

[1] Nos dizeres de Sarlet (2012, p. 101), dignidade humana corresponde a "algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. [...] não se deve olvidar que a dignidade independe das circunstâncias concretas, sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade".

quais foi denunciada? Ela compreende os motivos que justificaram a imposição da prisão preventiva? Ela sabe as justificativas de seu decreto condenatório? Ela teve oportunidade de ser ouvida, de sanar suas dúvidas, de conversar com os operadores jurídicos responsáveis pela imposição de uma medida privativa de liberdade? Ela teve contato efetivo com seu defensor? Como sua presença foi compreendida pelos operadores jurídicos durante a audiência?

Em nossa percepção, as respostas positivas às perguntas configurariam o acesso à Justiça penal de forma plena, na medida em que atestariam ampla participação da acusada no desenrolar de seu processo penal. No entanto, desde já ponderamos três questões advindas de críticas recebidas quando da apresentação desse trabalho em outras oportunidades.

Primeiro, tais questionamentos fazem sentido a partir do momento que nos deparamos com a realidade vivenciada por essas mulheres e, especialmente, quando percebemos que sua presença física e jurídica não é assimilada pelo processo penal e pelos operadores jurídicos que o movimentam. Segundo Baratta (2011, p.177) "A distância lingüística que separa julgadores e julgados, a menor possibilidade de desenvolver um papel ativo no processo e de servir-se do trabalho de advogados prestigiosos, desfavorecem os indivíduos socialmente mais débeis".

Nesse sentido, importante lançar luz aos atendimentos jurídicos realizados na Madre Pelletier, bem como à (não) participação dessas mulheres em suas audiências criminais, pois, enquanto o discurso majoritário vai no sentido de que com o surgimento da defensoria pública os problemas com o acesso à Justiça das pessoas privadas da liberdade foi reduzido, na realidade, percebemos que a deficiência na defesa permanece. Como salienta Carvalho (2017, p.23) "A dogmática penal limita-se, pois, à proposição de teses normativas de justificação impedindo, em uma espécie de autismo científico, que a realidade empírica do sistema sobre o qual opera ingresse no seu campo de visão". No contexto desse estudo, salientamos que o discurso proferido por número expressivo de operadores jurídicos reflete dogmática dissociada da realidade latente das instituições punitivas brasileiras, em especial da Madre Pelletier. Inclusive, se pensarmos no cenário da capital gaúcha, muito se desconhece (ou parece desconhecer) do acesso à Justiça penal, de sua construção deficiente na realidade e das punições proferidas com base em procedimento formal e não condizente com o contraditório e ampla defesa que operadores jurídicos comprometidos com o texto constitucional esperam.

Segundo, em diversas oportunidades ouvimos que o acesso à Justiça penal depende, diretamente, de infraestrutura que a defensoria pública não possui quando comparada às instituições do ministério público e do judiciário (ALVES, 2004, p.29). Com base em tal argumento, justifica-se a atuação deficiente da defensoria pública. Em outros momentos, ouvimos declarações peremptórias no sentido de que a defensoria pública realiza trabalho exemplar e nitidamente melhor do que a assistência prestada pela parcela de advogados que poderiam ser contratados pelas mulheres recolhidas na Madre Pelletier. Ou seja, o fato de não possuírem condições de contratar advogados de prestígio, de certa forma as condicionaria a optar pela defensoria pública, ne medida em que os advogados públicos são mais preparados e possuem melhor técnica do que advogados particulares que não ocupem posições de prestígio no mercado.

No entanto, mesmo que a defensoria pública atuasse em condições ideais, permanecemos com a seguinte dúvida: o processo penal seria substancialmente democrático? Entendemos que não. Pensamos que o problema não consiste exclusivamente na falta de estrutura para o trabalho, mas justamente na lógica perversa inerente ao sistema de justiça criminal e, por consequência, ao processo penal. Como esclarece Batista (2012, p.91) a partir das lições de Baratta " A verdadeira relação entre cárcere e sociedade, diria o sábio Baratta, é entre quem exclui e quem é excluído ou, melhor dizendo, entre quem tem o poder de criminalizar e quem está sujeito à criminalização.".

Portanto, ainda que a defensoria pública e que todos os advogados particulares atuassem em condições ideais (o que, na realidade, é impossível) a cultura punitiva se manteria presente. Juízes permaneceriam fazendo as vezes da acusação quando entendessem necessário e o populismo penal permaneceria plenamente vigente em suas engrenagens. Como bem ensina Foucault (2012, p.191) "De nada serve definir ou redefinir os delitos, de nada serve fixar-lhe uma sanção, se não se leva em conta a realidade da punição: sua natureza, possibilidades e condições de aplicação, seus efeitos, a *maneira como se pode manter o controle sobre ela*. É preciso vislumbrar ao mesmo tempo, e como indissociáveis, a legislação penal e a instituição penitenciária".

Não há espaço nesse trabalho para discutir amplamente sobre tal ponto, mas o que deve restar claro é que o objetivo de pensar sobre o (não) acesso à Justiça penal de mulheres na condição de rés em ações penais está atrelado à noção de responsabilidade ética e social que deve perpassar a atuação dos operadores jurídicos (Carvalho, 2017, p.24-25). Assim como o poder judiciário deve ser responsabilizado pelo encarceramento seletivo da juventude negra do Brasil (Carvalho, 2017, p.49, 68-69), também o deve em relação à chancela de centenas (senão a maioria) dos processos penais construídos sobre garantias formais, meramente ilustrativas de uma defesa inexistente, ou melhor, da garantia do acesso à Justiça destinada ao fracasso.

Terceiro, precisamos pensar sobre a atuação da defesa pública nos processos penais e em até que ponto realmente é efetiva ou, constitui, meramente, presença para chancelar formalmente um processo penal que nasce para não respeitar as garantias, simplesmente legitimando a seleção perpetrada pelas autoridades policiais.

3 O atendimento jurídico prisional

O atendimento jurídico na Madre Pelletier é prestado por advogados privados, pelo setor jurídico da instituição e pela defensoria pública (a federal não comparece com frequência, pelo menos durante a pesquisa de campo nunca presenciamos sua visita). À defesa privada compete o atendimento de suas assistidas. Nesses casos comparecem na Madre Pelletier e informam com quem desejam conversar. A presa é encaminhada ao parlatório e neste local conversam reservadamente. O setor jurídico é responsável por esclarecimentos jurídicos e demandas internas da instituição prisional. A defensoria pública é responsável de forma ampla, seja pelos esclarecimentos, seja pela defesa processual dessas mulheres.

O setor de assistência jurídica é administrado por duas servidoras públicas. Embora sua função seja de assistência jurídica, sua atuação difere daquela prestada pela defesa privada e pública. O jurídico institucional possui a função de fazer o controle das audiências, de passar informações atualizadas às presas quando houver modificações significativas nos processos criminais, enviar aos juízos de execução criminal relatórios com controle de dias trabalhados e estudados pelas apenadas, além de fazer o registro daquelas mulheres que ingressam na instituição para fins de verificação de galerias, contato com familiares, dentre outras questões que a administração estabelecer como relevantes. As servidoras responsáveis por este serviço não fazem orientação jurídica, já que isso compete exclusivamente à assistência privada ou pública.

As presas, com raras exceções, não possuem condições de pagar pela assistência particular e, quando possuem, o fazem com muito esforço e auxílio de familiares. Além disso, as mulheres que possuem advogados privados também usufruem do atendimento prestado pela defensoria pública, apresentam dúvidas e pedem esclarecimentos. Portanto, a defensoria pública

responsabiliza-se pelo acompanhamento de processos criminais e procedimentos administrativos das mulheres aprisionadas na Madre Pelletier em caráter mais abrangente, razão pela qual direcionamos o nosso olhar ao seu trabalho.

A defensoria pública disponibiliza um representante institucional para atuação na Madre Pelletier. Segundo informações prestadas por ele, suas funções consistem em realizar assistência jurídica na Madre Pelletier, na Penitenciária Estadual de Guaíba, na vara de execuções criminais vinculada ao foro criminal de Porto Alegre e em algumas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Este defensor, portanto, não é o mesmo que acompanhará as presas da Madre Pelletier em suas ações penais, ocorrendo a fragmentação e divisão do serviço disponibilizado.[2]

A fragmentação do atendimento jurídico trata-se de fenômeno de extremo prejuízo à defesa dessas mulheres, pois, conforme restará evidenciado pelos relatos empíricos, o defensor que atende na prisão não é o mesmo que atende na audiência criminal. Logo, todo contato construído na prisão não impacta diretamente no processo penal da acusada. Ao chegar na audiência criminal, outro defensor lhe espera, profissional que não a atendeu na prisão, que não ouviu relatos anteriores e que construirá a defesa (ou analisará a melhor estratégia) naquele curto espaço de tempo da audiência criminal.

O defensor não leva à prisão os processos vinculados às presas atendidas (inclusive pela inviabilidade prática, como referido, seu atendimento será direcionado a centenas de mulheres, que possuem, por óbvio, processos em diferentes foros e comarcas) e sua análise se baseia nas informações disponibilizadas pelo site do tribunal de justiça ou de outras esferas do judiciário. A presa chega ao atendimento, o defensor questiona se ela possui o número de seu processo, depois consulta as informações na Internet e esclarece possíveis dúvidas. Quando ele não possui o número do processo ou não consegue pesquisar a informação no site da defensoria pública, encaminha a assistida ao setor jurídico da prisão, orientando que retorne ao atendimento quando possuir a respectiva informação.

A partir das observações verificamos três perfis acerca das mulheres que recebem atendimento da defensoria pública. O *grupo 1* é composto por presas que partem de indagações gerais para receber informação atualizada da situação processual. Trata-se de mulheres que já foram condenadas e prestam algum trabalho ou estudam na prisão. Assim, suas dúvidas se referem a esclarecimentos dos pedidos de detração, remição, indulto, autorização para visita de filhos ou filhas, visita íntima de companheiros. Elas não estão interessadas em uma possível absolvição, pois já receberam sua condenação e o resultado de principais recursos. O foco consiste em resolver questões quanto à execução penal e agilizar o reconhecimento de pedido que incida no abatimento da pena, permitindo a saída o mais rápido possível.

O grupo 2 é formado por mulheres que sofrem de alguma doença e aguardam atendimento médico, medicamento ou prisão domiciliar para conclusão do tratamento em casa. Mostram-se ansiosas para receber a resposta, entender o significado dos textos contidos nos ofícios e encaminhamentos que recebem. Elas anseiam por perceber que o pedido formulado está em andamento e sendo analisado pelos responsáveis.

O grupo 3 se refere àquelas que respondem a um ou mais processos criminais sem decisão definitiva. Nesses casos, preocupam-se em esclarecer a situação atual do processo e como esse funciona (caso sejam primárias e estejam pela primeira vez na instituição), em qual vara se

[2] Segundo o princípio da unicidade, cada membro da Defensoria Pública é a própria instituição. Esse princípio dispõe: "A unidade consiste, pois, na realização contínua e permanente de todos os mecanismos inerentes à atuação do Defensor Público" (GALLIEZ, 2010, p.38).

encontra, quem é o juiz, o que está escrito, qual é a acusação apresentada, se o pedido de liberdade foi analisado, se seria possível impetrar um habeas corpus, como devem se portar na frente dos operadores jurídicos no dia da audiência e, o mais interessante, como agir ao conversar com o defensor público que estará na audiência.

A Madre Pelletier também abriga mulheres que respondem processos criminais de outros estados. Nessas situações o defensor público não possui o número do processo ou a chave para acessar os processos eletrônicos. Quando isso acontece, ele indaga se a presa possui o número do processo e, caso ela não o tenha, questiona se já verificou isso com o setor jurídico da casa prisional. De qualquer forma, solicita à presa que busque essa informação com o setor jurídico ou com a assistente social.

Para exemplificar, apresenta-se o caso de Carmen. Ela responde a processo criminal de outro estado. Informa ao defensor que foi encontrada pela polícia durante uma blitz e encaminhada à Madre Pelletier em novembro de 2014. Diz possuir advogada particular que nunca esteve na instituição para lhe dar esclarecimentos e explicar como ela seria ouvida em audiência. Até o momento, não possui qualquer informação sobre sua situação processual. O defensor acessa o site do tribunal do respectivo estado, mas em seguida responde que nenhuma informação processual é disponibilizada mediante consulta pelo nome e questiona se ela verificou seus dados no setor jurídico, pois os servidores teriam condições de fornecer o número do seu processo. O ônus de resolver a precariedade das informações é imputado à presa, sendo que ela comparece ao atendimento jurídico público justamente por desconhecer detalhes de sua situação jurídica, inclusive o número do processo.

Carmen responde que solicitou o atendimento; no entanto não obteve sucesso em conseguir a informação. Ela fala sobre os motivos pelos quais acredita estar presa e sua preocupação em como será ouvida pela juíza responsável por seu processo criminal. O defensor explica que ela será ouvida através de uma carta precatória, pois, na Madre Pelletier não são feitas audiências por videoconferência. Ela fica em silêncio e, em seguida, pergunta o que significa isso, pois é muito leiga e não entende nada. O defensor explica o procedimento novamente: "O certo, pelo princípio da identidade física do juiz, é que o réu esteja presente em todos os atos solenes do processo e seja ouvido onde corre o processo". Carmen manifesta preocupação ao entender que prestará seu depoimento para um juiz diferente daquele vinculado ao seu processo. Como ela poderia ser ouvida por alguém que não será responsável pela decisão de seu processo?

A preocupação de Carmen também consiste em saber como participará da audiência se não tem contato com sua advogada e o processo está em outro estado. Além disso, ela acredita que sua prisão foi decretada, pois ninguém ouviu sua versão dos fatos, sequer lhe foi dada a oportunidade de explicar que não era cúmplice no crime que lhe é imputado. Neste caso, além de a presa não saber o número do seu processo, o defensor também não fornece essa informação. Ele relata que a defensoria pública não possui acesso ao Sistema de Consultas Integradas. Se tivesse, usaria o registro do CPF para pesquisar ao menos o número do processo.

Situação semelhante é vivenciada pelas mulheres que respondem a processos na justiça federal. Nestes casos, a defensoria pública estadual não possui os dados do processo nem a chave para acessá-lo eletronicamente. Para exemplificar, apresenta-se o caso de Lígia, processada por tráfico internacional. A presa fala baixo, bastante devagar e sempre olhando em direção ao chão. Entra na sala para atendimento e permanece em silêncio. O defensor pergunta o número do seu processo e ela não sabe informar, mas refere ser de Porto Alegre. Depois o defensor pergunta seu nome completo e digita no sistema de consultas da defensoria pública várias vezes. Em algumas tentativas, escreve o nome da assistida de forma distinta, pois talvez tenham cadastrado errado. No

entanto, o defensor não encontra nada no sistema e pergunta à assistida onde ela foi presa, que logo responde: “No aeroporto”.

Impulsivamente o defensor diz que agora entende o motivo de não encontrar registros, pois o processo é da justiça federal. Orienta Lígia a pedir ajuda à assistente social. Ela balança a cabeça como se estivesse concordando. O defensor público pergunta se ela recebe visitas. Ela diz que não, mas que estão tentando contatar suas irmãs e filho, que não moram no Brasil. O defensor diz que não pode fazer nada, que o processo de Lígia é de competência da defensoria pública da União, órgão distinto do seu e encerra o atendimento dizendo: “Infelizmente eu não tenho como te ajudar”. Lígia sai de cabeça baixa e pede desculpas pelo transtorno.

Por fim, quando a presa possui defesa particular, o defensor público não analisa o mérito da situação processual, transmite informações genéricas como, por exemplo, “agora está nas mãos do juiz”, “agora está nas mãos do promotor”, “o recurso aguarda julgamento do tribunal” e explica a dinâmica do procedimento para aquelas que manifestam dúvida. Quando a assistida pertence à defensoria pública, o defensor público tende a passar mais orientações e esclarecimentos quanto aos procedimentos. De qualquer forma, não há a construção de uma estratégia processual.

4 A audiência criminal

Em observação à audiência de Giovana, presenciamos a defensora pública falando em tom alto com sua assistida na presença da julgadora e do promotor público e, em momentos posteriores, até gritando, afirmando que não seria possível provar sua inocência caso não trouxesse testemunhas idôneas que confirmassem suas alegações defensivas. Giovana apenas repetia que sua versão era verídica e que todas as provas que possuía estavam no processo.

Durante essa observação, minutos antes da audiência, quando estavam na sala apenas operadores jurídicos, a defensora pública analisou o processo e referiu ao promotor e à juíza que se tratava de uma assistida de personalidade muito difícil, falava muito e era “bem possível” que tivesse praticado o ilícito pelo qual era acusada. Em resposta ao promotor público, que perguntou se a ré e demais testemunhas estavam presentes, a defensora respondeu: “Sim, está todo mundo ai: as testemunhas de acusação, de defesa e a ré, louca para não parar de falar mais”.

Em face disso, constatamos que também parte da defesa pública posturas descomprometidas com o direito de defesa. O uso de expressões no sentido de que “esta acusada é difícil”, “já possui vários processos”, “essa ré fala demais”. Segundo Baratta (2011, p.162) quando falamos em criminologia crítica nos referimos “[...] ao mito do direito penal como o direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o direito desigual por excelência”. Os dados empíricos aqui apresentados também revelam que o mito do processo penal não se refere, apenas, à alegação de que as agências criminais não funcionam igualitariamente ou que a pena não atinge as finalidades de ressocialização, mas, também, com o próprio exercício do direito de defesa, que, em certa medida, será inviabilizado pela atuação omissa e/ou indevida de representantes da defensoria pública. Além disso, tais ocorrências indicam o costume no exercício de papéis por parte dos operadores jurídicos no sentido de que encaram o desenvolvimento da audiência como mera formalidade para continuidade do processo, sem seriedade quanto aos elementos probatórios a serem produzidos.

Ao analisarmos a postura dos defensores públicos nos espaços observados, elencamos características gerais a partir de suas atuações. Isso não significa que todos os defensores assumam integralmente essas características, mas algumas se sobressaem em determinados contextos. Existem defensores dos mais variados tipos: *atenciosos*, que escutam as dúvidas das apenadas e repetem as respostas até que possam entender, mostram-se dispostos em ouvir os relatos das mulheres presas e apresentar alguma solução;[3] *resignados*, que aparentam naturalizar o desfecho das situações jurídicas observadas, por exemplo, que o depoimento dos policiais tende a ser mais valioso do que das testemunhas de defesa, ou que as decisões judiciais tendem a privilegiar os argumentos sustentados pelo órgão acusatório; *impacientes*, pois quando atendem a assistida usam um tom de voz alto e impositivo, gritam ou reproduzem preconceitos quanto ao delito supostamente praticado; *contidos*, no sentido de que fazem o que é possível no contexto do processo penal, apresentam perguntas às testemunhas de acusação e manifestações processuais, mas sua atuação é pela forma, não dialogam substancialmente com a pessoa que representam processualmente; *apáticos*, aqueles que durante a audiência não se manifestam em nenhum momento, nem quando o julgador, por exemplo, determina a manutenção do uso de algemas ou não permite que a assistida fique até o final da audiência; e, ainda, os *desinteressados*, que enquadramos como aqueles defensores públicos que são chamados para participar de uma determinada audiência em face de o advogado particular ter desistido de patrocinar a defesa e, mesmo sem conhecer os detalhes do processo e sem conversar com as "novas assistidas", participam da audiência para cumprir o papel da defesa em caráter nitidamente formal.

Em relação à defensoria pública, observamos que a percepção das presas oscila e tende a possuir uma avaliação positiva quanto ao defensor público atuante na casa prisional em comparação à atuação daqueles que as esperam nas audiências criminais. Vejamos:

> Informa que é atendida pela defensoria pública. Perguntei se ela conhece o defensor que lhe atende e como funciona/funcionou o atendimento: Não sabe qual é o defensor do seu processo. Viu ela só nas audiências. O seu R. [defensor que atende na Madre] atende na UMI [Unidade Materno Infantil] uma vez por mês. O seu R. é bem dedicado, o que ele pode fazer por nós ele faz, só não faz mais por que ele não pode se intrometer. Ele explica tudo muito bem, bem direitinho, mas fazem alguns dia, é, quase um mês que não tem atendimento com ele.

Por conseguinte, segue relato de outra apenada acerca do atendimento recebido em audiência:

> Pergunto se ela entendeu o que foi dito na audiência, se as perguntas foram claras, se conseguia compreender o que falavam entre eles [operadores jurídicos] naquele momento [audiência]: Entendeu o que o promotor e o juiz falaram em audiência, mas não sabe dizer dos seus direitos. Disse que eles fizeram perguntas. Mas não saberia dizer quais agora. O juiz esclareceu o direito de ficar em silêncio. Como a defensora estava em silêncio seria muito ruim se ela não falasse nada, se não tentasse fazer sua defesa e falar sua versão do que aconteceu. Ela reitera o seu sentimento no momento da audiência "eu estava só com Deus na hora da audiência", "não sei nem o nome da defensora que estava comigo".

[3] O defensor público responsável pelo atendimento na casa prisional se mostra mais atencioso e comprometido com as demandas das mulheres presas, embora a qualidade de seu atendimento também necessite de uma avaliação crítica, haja vista que as mulheres presas provisoriamente tendem a ser prejudicadas pela ausência de poder de ingerência desse defensor em seus processos penais.

Portanto, mostra-se questionável a afirmação de que a existência da defensoria pública viabiliza o exercício do contraditório e da ampla defesa. Não desconsideramos o caráter fundamental desta instituição para construção de um Estado Democrático de Direito e para viabilizar o acesso à Justiça à população carente. Contudo, somente a participação do órgão é insuficiente, pois, quando presente, alguns dos seus representantes também engendram atuação descomprometida com o acesso à Justiça penal dessas mulheres, o que normalmente atribui-se ao representante ministerial e ao judiciário.

Guy Haarscher (1993, p.23) ao analisar o conceito de direitos do homem - como direitos que são válidos para todos os sujeitos, independentemente do local onde tenham nascido, da crença, da idade, da cor, do sexo e das opções de vida que tenha feito – elenca uma das principais dificuldades enfrentadas pela doutrina liberal, qual seja: "(...) o Estado é personificado por homens que, eles próprios, são "falíveis": não existe travão de emergência". Ou seja, no mesmo sentido podemos (e devemos) pensar em relação aos operadores jurídicos, nem todos - inclusive quando pensamos na defensoria pública - terão comprometimento com as normas constitucionais, normas de direitos humanos e, especialmente, com a pessoa que se colocará na sua frente na condição de acusada. Como esclarece Carnelutti (2013, p.107) "As misérias do processo penal são aspectos da miséria fundamental do direito".

5 Vivendo o processo penal

Em relação as mulheres acompanhadas, a primeira constatação é de que servirão de objeto para incidência do poder punitivo em sua medida mais perversa. Ainda que a doutrina estabeleça que "a pessoa não pode ser tratada como objeto, ser instrumentalizada pelas instâncias judiciais de atuação, mesmo sendo acusado ou condenado por uma infração criminal" (GIACOMOLLI, 2008, p.333), a inexistência de instrumentos suficientes (e capazes) de permitir que elas participem substancialmente de seus processos penais (e do sistema de justiça criminal) possui efeitos para além de sua defesa, atingindo diretamente seus projetos de vida.

Carolina, por exemplo, foi presa em flagrante no dia 2 de junho de 2015, enquanto portava "dois gramas de maconha, três gramas de 'crack' e dois gramas de cocaína". Ela recebeu seu primeiro atendimento jurídico na prisão, em 23 de julho de 2015, oportunidade em que contou ao defensor público detalhes sobre seu flagrante. Carolina não recebe visita de seus familiares e, segundo ela, seu irmão foi à Madre Pelletier em uma oportunidade, apenas para confirmar se ela estava viva e, depois disso, nenhum familiar apareceu. Durante o atendimento jurídico, o defensor público perguntou à Carolina se havia alguma testemunha do ocorrido. De fato, ela tinha e a testemunha seria um de seus clientes, mas não sabia informar o nome completo, nem o endereço, mas se alguém a levasse ao local no qual foi presa, ela mostraria o domicílio da testemunha. Conforme relato da apenada:

> Eu não sei ler, nem escrever, mas se alguém me levar eu mostro o local bem direitinho [...] Ele é minha última esperança. Eu faço programa com ele para ter minha droga. Eu troco por cinco pila, cato garrafa. Eu nunca roubei, nunca matei. Esse aí sempre me dá dinheiro pelo né, negócio, e eu compro minha pedra.

O defensor público esclarece à Carolina que sem o endereço e informações concretas não poderia indicá-lo como testemunha, disse à apenada: "Tu precisa arranjar alguém para correr por ti, porque se não tu não tem como provar isso. Tu vai ter que conversar com a assistente social pra ela ligar pro teu irmão". A questão é que Carolina estava presa e não recebia visita de seus familiares. Quem poderia (ou deveria) suprir essa condição de abandono? Analisando o seu processo penal, verificamos que defesa não arrolou testemunhas e o pedido para permanecer em liberdade foi indeferido em face da gravidade em abstrato da acusação (tráfico de drogas). Em sua audiência de instrução, realizada em 18 de agosto de 2015, recebeu a liberdade provisória, a partir de ato espontâneo do magistrado, e foi absolvida na sentença penal proferida em 4 de setembro de 2015, pela inexistência de provas suficientes para condenação.

Para além dos 78 dias que Carolina permaneceu presa, desnecessariamente, período durante o qual foi privada de sua liberdade e autonomia de exercer os seus objetivos de vida (sejam eles quais fossem), identificamos a inversão dos valores/normas que, supostamente, tornariam o direito penal e seu funcionamento "racional". A prisão é a regra e, junto dela, apensam-se todas as dificuldades e entraves para o acesso à Justiça: o atendimento jurídico é deficitário, o descaso dos operadores jurídicos é irreparável, as violações de direitos são naturalizadas e a tríade do silenciamento-abandono-descaso funciona perversamente.[4]

Percebe-se, assim, que Carolina foi silenciada pela Justiça na medida em que, até ser realizada a audiência de instrução criminal, nenhum instrumento processual seria suficiente para permitir que ela, substancialmente, pleiteasse sua liberdade, pois quem buscaria as informações de sua testemunha, os documentos para comprovar seu domicílio e sua condição de dependente química? As normas do jogo processual estão colocadas no ordenamento jurídico e, mesmo que devam refletir a essência democrática e dialógica, não atingem essa finalidade diante da inexistência de instrumentos/pessoas que movimentem essas peças.

Em outras palavras, ainda que a defensoria pública estivesse à disposição de Carolina, quem poderia substituí-la na busca das informações da testemunha ou de elementos processuais que "auxiliassem" na construção de sua defesa? Nesse ponto, é possível perceber que o silenciamento (causado pela impossibilidade de usufruir materialmente das regras do jogo processual penal) e o abandono (dos familiares e dos operadores jurídicos responsáveis pelo funcionamento da ação penal) se cruzam e chancelam a violação da liberdade e da humanidade da apenada na medida em que a ação penal será construída sem sua participação, distante do acesso à justiça penal e dos mecanismos que o constituem. Isso retrata o autoritarismo que vivenciamos nos sistemas de justiça criminal da América Latina (ZAFFARONI, 2011, p.71, s/s), pois qualquer violação de direitos é justificável quando o assunto se refere à defesa, proteção e segurança do ente social.

Nesse sentido, amolda-se o diagnóstico de Sapori (1996, p.4)

> O trabalho de defesa realizado pelo Defensor Público prescinde do contato com o réu. A partir das entrevistas realizadas, pude constatar que a relação do defensor com o réu é muito esporádica e em muitos casos não chega nem a

[4] Como salienta Santos (2002, p. 55) "Ao nível da *aplicação* da pena existe grave tensão entre a *aparência* do processo legal devido e a *realidade* do exercício seletivo do poder de punir: a) o discurso jurídico destaca o *processo legal devido*, regido pela dogmática penal e processual penal como critério de racionalidade, define o crime como realidade ontológica *preconstituída* e apresenta o sistema de justiça criminal como instituição *neutra* que realiza uma atividade imparcial; b) a criminologia crítica revela o processo legal devido como *exercício seletivo do poder de punir*, mostra o crime como qualidade *atribuída* a determinados fatos, a criminalização como um *bem social negativo* distribuído desigualmente e, finalmente, o sistema de justiça criminal como instituição *ativa* na transformação do cidadão em criminoso [...]."

> acontecer. Segundo os entrevistados, mais da metade dos processos a cargo da defensoria pública envolve réus julgados à revelia. Estes correspondem aos processos cujos acusados não se apresentaram para o interrogatório, estando em local incerto e desconhecido. Mesmo nos processos em que os réus fazem-se presentes nos interrogatórios, é comum o defensor não ter acesso a eles. Do ponto de vista dos defensores públicos, a iniciativa do contato deve ser do acusado e, como muitas vezes isto não acontece, o trabalho de defesa ocorre praticamente à revelia.

Ainda que tenham ocorrido certas alterações no diagnóstico referido, podemos manter a reflexão de que as defesas processuais das mulheres observadas construíram-se à revelia de efetiva participação. Isto é, ainda que sejam atendidas pela defensoria pública na prisão, bem como que haja representante institucional presente na audiência criminal, não há, entre acusada e defesa pública, diálogo efetivo para fins de construção de estratégia do processual ou esclarecimento substancial de dúvidas e resultado de pedidos processuais. O fato é que a defesa pública se faz presente, porém, de maneira formal. Existe uma lista (pauta) de audiências para serem cumpridas diariamente, centenas de indivíduos que necessitam da atuação da defensoria pública, porém, faz-se o que é possível nesse contexto. Em nome da "efetividade" do serviço, da burocracia estatal e do trâmite da justiça criminal sacrifica-se o acesso à Justiça penal.

Por conseguinte, analisamos a experiência da apenada Lígia. Enquanto estrangeira, cumpre a prisão preventiva sem contato com seus familiares e sob incidência dos efeitos de um atendimento jurídico público fragmentado (a defensoria pública da união não compareceu à prisão para atendê-la). A apenada só teve a oportunidade de conversar com o defensor público federal e apresentar ao julgador e à procuradora da república sua versão dos fatos na audiência de instrução, realizada quatro meses após sua prisão.[5]

Ainda que Lígia entenda nosso idioma, desconhece o funcionamento da justiça penal brasileira, enfrenta dificuldades para se comunicar com seus familiares e filho e, além disso, seus sentimentos de ansiedade, angústia e abandono se potencializam na medida em que se encontra sozinha em um país estranho, sem receber ajuda de qualquer familiar ou pessoa de sua confiança. Como sinaliza Lemgruber (2001, p.375), a condição de mulheres estrangeiras na prisão retrata problemas muito singulares na proporção em que "[...] não estão familiarizadas com o idioma local, não entendem as regras jurídicas e prisionais, e, assim, o isolamento cultural e linguístico significa o agravamento de uma situação já repleta de dificuldades".

A vivência de Lígia em relação ao seu processo penal consistiu em conhecer o advogado público responsável pelo seu processo na audiência, ou seja, o profissional apresentou a resposta à acusação sem ouvir a versão da ré sobre os fatos (e essa realidade também se estende às demais presas acompanhadas na pesquisa). Ademais, pela inexistência de familiares e pessoas de confiança disponíveis no Brasil, ela está condicionada ao abandono afetivo e jurídico, esse último na medida em que sequer usufruiu da oportunidade de buscar testemunhas ou elementos que pudessem construir sua defesa.

Durante os atendimentos da defensoria pública na prisão, as mulheres também se mostram ansiosas com a análise de pedidos de liberdade ou concessão de benefícios prisionais, não pelo fato de lograrem a liberdade, mas pela preocupação com os filhos e filhas que permaneceram ao lado de fora, em regiões pobres e enfrentando dificuldades para prover o próprio sustento. Quem auxiliará os filhos e filhas dessas mulheres? Como se organizam para prover as necessidades básicas do

[5] Em análise à pesquisa *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão* (BRASIL, 2015), observamos que tal diagnóstico se estendeu para considerável número de mulheres e constituía cenária comum nas prisões femininas brasileiras.

cotidiano? Será que possuem o mínimo de conforto enquanto elas estão cumprindo a pena de prisão? Essas questões são preocupações fundamentais à vida dessas mulheres, são dilemas inerentes ao cumprimento da pena de prisão e desconsiderados pelo funcionamento da justiça criminal.[6] Nesse sentido, questionamos a apenada Mariana sobre as preocupações que enfrenta durante o cumprimento de sua pena de prisão, que nos respondeu o seguinte:

> Não tenho condições de trabalhar, minhas mãos estão inchadas, mas sigo na cozinha, isso me permite guardar um pouco de dinheiro para minhas despesas. Eu pedi ajuda à juíza para ganhar domiciliar, mas ela disse que não me enquadro em nada. A justiça é muito brutalizada, meus filhos precisam de mim, os três mais velhos têm suas famílias humildes. Agora minha filha de 17 anos está cuidando dos dois irmãos menores. Estou desesperada com o risco dela aceitar ajuda de alguém e se envolver no crime.

No mesmo sentido, é o relato da apenada Valéria quando questionada sobre os motivos pelos quais permaneceu foragida durante o andamento de seu processo. Vejamos o que ela diz:

> Processo de júri é muito demorado, tem gente há dois três anos esperando julgamento. Em 2008 eles me deram uma provisória de 30 dias, me pegaram 3 novembro e me largaram dia 3 de dezembro. Dia 28 de janeiro decretaram minha preventiva. Se eu tivesse vindo em janeiro de 2009, meu julgamento foi agora em 2012. E olha em que ano nós estamos, entendeu? Por isso que eu tinha vontade de resolver, dizer ó to aqui vim me entregar, só que eu já sabia por causa do meu marido, o quanto, a quantia de tempo que demorava, como eu ia deixar meus filhos, eu não tinha ninguém. Como é que eu ia deixar meus filhos, com quem eu ia deixar? Quem ia cuidar deles? Minha mãe é morta, o meu pai é morto, meu marido ta preso, entendeu, minha sogra é doente, os meus filhos a maioria são menor de idade, eu tinha um de sete e outro de 5, tudo menor de idade. Daqui a pouco vem o conselho e vai levar todos os meus filhos, com quem eu ia deixar pra poder ir lá me apresentar e dizer ó, to aqui, vou provar. Entendeu?

Tais dilemas são de extrema relevância para as mulheres, porém, na percepção delas, não impactam no funcionamento da Justiça. O defensor público, quando ouvia esses relatos, esclarecia às presas que tais argumentos são insuficientes para viabilizar um pedido de soltura ou antecipar o deferimento de algum benefício para progressão de regime. Ele dizia ser muito difícil provar essa realidade. E, de fato, com exceção da audiência criminal de Carolina, na qual ela recebeu a liberdade provisória, ainda que as demais presas tenham relatado idênticas preocupações em juízo, os julgadores não consideram tais elementos para concessão da liberdade provisória, bem como a defesa pública não se vale do argumento para embasar o pedido de liberdade. Essa constatação demonstra a omissão do sistema penal perante as especificidades e vivências femininas (BUGLIONE, 2000; MENDES, 2014).

Assim, o diálogo com as mulheres da Madre Pelletier (e também com aquelas que encontramos no foro criminal) fornece elementos que retratam experiências de silenciamento e abandono, na medida em que o funcionamento do processo penal impede que sejam ouvidas, pois as manifestações defensivas, os procedimentos judiciais e administrativos constituem-se em formalidades para ritualizar/racionalizar a aplicação de uma sanção penal, desconsiderando as histórias de vida, necessidades e perspectivas femininas.

---

[6] Quando a pesquisa de campo foi desenvolvida ainda não havia entrado em vigor a lei 13.257 de 2016 que institui o Marco da Primeira Infância alterando diversos dispositivos do sistema jurídico brasileiro, especialmente do Código de Processo Penal.

O fato é que o abandono dessas mulheres nos parece um fenômeno mais amplo e não acontece, apenas, pelo rompimento dos laços familiares, pelo fato de o pai abandonar a filha, o ex-marido que priva a mãe presa de ver o filho, a estrangeira que não tem qualquer contato com a família, etc. O abandono também é jurídico e processual, na medida em que, não possuir alguém que visite ou que se interesse pela situação da mulher na prisão, influenciará negativamente no exercício do direito de defesa, haja vista que a presença contínua de um familiar também movimenta o processo penal.

Nesse sentido, esclarecedor o relato de Valéria, quando a questionamos sobre o motivo pelos quais o processo penal é moroso, ela nos apresentou a seguinte percepção:

> Porque eu acho que é muito processo. Muito pouco trabalho, porque o funcionário público tem mania de empurrar tudo com a barriga. Ou tu vai hoje lá, eu sei por que eu toda a vida eu lidei com a Defensoria pública com o meu marido, muito eficientes, interessados, muito capazes, porque eles tem, enquanto um advogado do estado faz, vamos supor, dois júris por mês, um pago faz um por ano porque é muito caro, então eles tem muito mais experiência, muito mais conhecimento, leem muito mais, tem mais experiência na verdade. Enquanto eu pude eu lidei sempre com eles. Eles diziam assim, vem daqui dois mês, em 15 dias eu ia lá. E eles diziam 'mais eu disse pra ti vir em dois meses', e eu dizia que estava passando por lá e resolvi parar. Eu ficava em cima entendeu, porque é tanta gente, tanto trabalho, que eles acabam que nem se lembram de onde tu vem, eles olham pra tua cara e nem sabe de onde te viram. Eles não tem como lembrar de tudo também, então tu tem que sempre te fazer presente, tem que procurar, tem que buscar. Não adianta largar na mão do defensor e dizer que ele vai fazer, e ficar bem deitada em casa. Minha filha vai lá, pergunta pra vizinha se ela não vai de testimunha, vai la no fórum da uma mão pro defensor, porque o defensor não vai na minha casa procurar testimunha pra mim. Tu tem que ter uma família por trás de tudo, e eu não tinha ninguém que me ajudasse. Meus filhos eram tudo pequeno, tudo menor, não entendiam nada, entendeu, eu não tinha quem me ajudasse, eu fui que nem um boi pro matadouro. Cheguei lá e levei uma martelada na cabeça que fiquei tonta até hoje.

O abandono também parte dos operadores jurídicos que exercem suas funções distantes da acusada, que desconhecem o contexto de sua vida pessoal, do delito praticado, da dificuldade de produzir provas, de buscar testemunhas, de informar o endereço. Enfim, o abandono é uma condição intrínseca ao sistema de justiça criminal, justamente porque não nos damos conta daquilo que abandonamos, especialmente quando não lhes atribuímos a condição de detentores de direitos.

Segundo Honneth (2008, p.70), "[...] a reificação pressupõe que nós nem percebamos mais nas outras pessoas as suas características que as tornam propriamente exemplares do gênero humano: tratar alguém como uma 'coisa' significa justamente tomá-la(o) como 'algo', despido de quaisquer características ou habilidades humanas". A reificação consiste em não reconhecer no outro as características ou elementos que lhe conferem a condição de ser humano. É uma forma de agir pela qual se vê o sujeito como um objeto inanimado, coisificado, ao qual a violação de direitos é justificada.

Partir deste ponto não significa afirmar que os operadores jurídicos e os profissionais da Madre Pelletier atuem intencionalmente de maneira violenta, desmedida ou desinteressada quanto ao sofrimento ilegítimo causado às presas. Ao invés disso, a reflexão apoia-se na ideia de que a *rotinização* e *habitualização* de certas condutas impedem que se reconheça a essas mulheres características que as qualificam como seres humanos, detentoras das mesmas qualidades que o seu observador/operador jurídico, o que resulta em práticas que justificam (e, de certo ponto, naturalizam) a violação de direitos no desenvolvimento do processo penal.

No mesmo sentido, Zaffaroni (2011, p.18) sustenta que, ao longo da história, o poder punitivo assumiu diferentes perspectivas de funcionamento; no entanto é possível perceber algo de comum entre elas: o poder punitivo desconsidera a condição de pessoa dos indivíduos selecionados em suas agências, encarando-os como *inimigos*. Em suas palavras:

> A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas [...].

A vivência do processo penal acaba por reificar os sujeitos que por ele são abarcados. Por detrás das promessas de igualdade, racionalidade e objetividade, o sistema de justiça criminal desconsidera as necessidades dos indivíduos e os direitos que deveriam protegê-los da atuação arbitrária do Estado. Se o processo penal deveria ser um instrumento para evitar atuações arbitrárias, o que vemos são procedimentos e posturas que legitimam práticas dessa natureza, além da inexistência de meios eficazes para que tais pessoas e seus familiares resistam a esse modelo de violação do humano.

Desta forma, a vivência do processo penal é um fenômeno complexo e impacta diretamente no acesso à Justiça das mulheres observadas. A complexidade do fenômeno se evidencia na medida em que, além de responder a um processo penal, vivenciam situações de silenciamento, abandono e descaso que impedem o exercício do direito de defesa. Além disso, quando não dispõe de um familiar ou pessoa de confiança que possa auxiliá-las, o processo penal será, via de regra, mais um instrumento para confirmar a seleção realizada pela agência policial, pois a existência da defensoria pública não viabiliza o acesso à Justiça de forma plena por parte dessas mulheres, não garante que elas tenham condições de contraditar materialmente a tese de acusação, não significa que elas tenham chances de garantir que seus direitos humanos sejam respeitados.

6 Considerações finais (Ou “Ainda é possível falar em acesso à justiça penal”?)

A partir da experiência empírica apresentamos, portanto, as seguintes conclusões:

Primeiro, a partir da dogmática, especialmente em análise ao campo penal, vimos que o acesso à Justiça está vinculado ao devido processo legal. O processo penal deve respeitar os procedimentos e garantias estabelecidos nas normas jurídicas, de forma que a pessoa acusada possa construir sua defesa materialmente. No entanto, percebemos que o acesso à Justiça penal está impregnado por questões políticas e sociais inerentes à cultura punitiva. O desenho do procedimento está nas normas de direitos humanos e nos códigos. Contudo, nem sempre esses dispositivos impactam da forma como deveriam. Os operadores jurídicos responsáveis pelas engrenagens processuais, pelos ritos procedimentais, possuem convicções particulares e exercem juízos de valores que repercutem no dia a dia da mulher privada da liberdade. Logo, o acesso à Justiça, em sua perspectiva dogmática, está claramente delineado, mas é contaminado pelas interações subjetivas que se desenvolvem no campo, pela seletividade penal que constrói perfis e clientelas fixas da justiça criminal. E foi exatamente isso que a pesquisa de campo nos desvelou:

ainda que possamos justificar dogmaticamente um "processo justo" ou um "processo penal de garantias", essas normas não incidem de forma efetiva. Deparamo-nos com o cenário de não acesso à justiça penal.

Segundo, com a leitura de Honneth percebemos que a vivência do processo penal acaba por reificar os sujeitos que por ele são abarcados. Por detrás das promessas de igualdade, racionalidade e objetividade, o sistema de justiça criminal desconsidera as necessidades dos indivíduos e os direitos que deveriam protegê-los da atuação arbitrária do Estado. Se o processo penal deveria ser um instrumento para evitar atuações arbitrárias, vemos "mais do mesmo": procedimentos e posturas que legitimam práticas descomprometidas com os direitos humanos, com a igualdade e com o respeito que deveria nortear o trato entre as pessoas, além da inexistência de meios eficazes para que pessoas presas e seus familiares resistam a esse modelo de brutalização do humano.

A complexidade do acesso à justiça penal se evidencia na medida em que, além de responder a um processo penal, a mulher vivencia situações de silenciamento, abandono e descaso que impedem o exercício do direito de defesa. Além disso, quando não dispõe de um familiar ou pessoa de confiança que possa auxiliá-la, o processo penal será, via de regra, mais um instrumento para confirmar a seleção realizada pela agência policial, pois a existência da defensoria pública não viabiliza o acesso à Justiça pleno dessas mulheres, não garante que elas tenham condições de contraditar materialmente a tese de acusação; portanto não significa que elas tenham chances de garantir que seus direitos humanos sejam respeitados.

Em relação à postura dos operadores jurídicos, percebemos que as mulheres foram tratadas como um objeto para incidência do poder punitivo. E isso se configura na medida em que o processo penal é produzido sem sua efetiva participação. Ainda que peças processuais sejam apresentadas, que atendimentos jurídicos sejam disponibilizados, que as acusadas participem das audiências criminais, inexiste um diálogo efetivo. Os operadores jurídicos tendem a se acostumar com a função que exercem, são absorvidos pela burocracia dos atos processuais, privilegiam a eficiência no desenvolvimento do processo em detrimento aos direitos das pessoas acusadas. A prisão que inicia no momento do flagrante e, via de regra, só é (re)considerada na audiência de instrução, pressupõe numerosos atos processuais que não levam em consideração as condições subjetivas dos sujeitos, suas necessidades, particularidades, naturalizando o não acesso à Justiça e a violação de direitos e garantias fundamentais para a defesa.

Ademais, a observação dos operadores jurídicos também nos permitiu avançar no sentido de que, além de o judiciário e do ministério público assumirem posturas de descaso com o direito das acusadas, a defensoria pública também deve ser responsabilizada. Isso porque, embora a missão institucional esteja claramente delineada nas normas de direitos humanos e na constituição federal, muitos de seus representantes assumiram posturas extremamente autoritárias e descomprometidas com o direito de acesso à Justiça e defesa das assistidas.

Terceiro, para Rubio (2012), os sistemas de justiça criminal comportam a contraditória função de proteger direitos humanos. Ele sustenta a existência de um dispositivo denominado de *inversão ideológica dos direitos humanos. S*ob o argumento de que os direitos humanos devem ser protegidos, violam-se direitos humanos de indivíduos pertencentes a grupos minoritários, em situação de vulnerabilidade. Segundo ele, os direitos humanos sofrem essa inversão ideológica, pois se identificam com a proteção de valores sustentados pelas classes dominantes, privilegiando-se a proteção da liberdade e da propriedade em detrimento dos direitos e garantias reivindicados por grupos que colocam em risco esses valores fundamentais. Desta forma, o sistema de justiça criminal, sob o argumento de que sua utilização serve para proteger direitos humanos, acabará por consolidar seu funcionamento sobre práticas racistas, classistas e patriarcais. O dispositivo de

inversão ideológica consiste, portanto, em proteger direitos vulnerabilizando os grupos menos privilegiados. O sistema penal adquire traços de poder e controle, reforçando práticas de desigualdade.

Desta forma, verificamos que o processo penal destas mulheres sofre os efeitos dessa inversão ideológica dos direitos humanos. Sob a justificativa de proteger a sociedade e os direitos humanos da população, os procedimentos penais são invertidos, normas não escritas tomam forma e os operadores jurídicos ressignificam o conteúdo jurídico da presunção de inocência, da liberdade e do acesso à Justiça, impedindo que essas mulheres usufruam de um processo penal de garantias. Se, por exemplo, o devido processo legal relaciona-se com a ideia de que nenhuma pessoa será privada de seus bens e de sua liberdade sem a realização de um procedimento legal, estabelecido previamente e com oportunidade ampla de manifestação (CANOTILHO, 2011, p.494-495), por qual motivo os operadores jurídicos não se questionam quanto à validade dos processos penais dessas mulheres que sequer tiveram um atendimento jurídico de qualidade?

Trata-se, da inversão dos direitos humanos perfectibilizada pelo sistema penal denunciada por Rubio, pois, sob a justificativa de proteger a sociedade, legitima-se processos de reificação das pessoas recolhidas pelo sistema de justiça criminal. Independentemente do crime praticado, da acusação apresentada, o fato é que todas as mulheres, em maior ou menor medida, são reificadas e suas defesas construídas de maneira formal. Ademais, o processo penal é incompatível com a pretensão de acesso à Justiça justamente porque está exposto à inversão ideológica dos direitos humanos. Para satisfazer a sensação de segurança e justiça à população, a ação concreta do sistema de justiça criminal (e do processo penal) barra o acesso dessas mulheres aos seus direitos, naturaliza um processo penal construído com garantias formais e, como salienta Andrade (2012, p.136), reproduz as desigualdades sociais.

A compreensão do fenômeno jurídico do acesso à Justiça penal necessita da abordagem empírica, para fins de reflexão de sua (não) efetividade e para demonstrar que o desafio não está somente na luta pelo desenvolvimento do processo penal de acordo com os direitos humanos (GIACOMOLLI, 2014, p.13-15; LOPES JUNIOR, 2015, p.30-32; ROSA, 2014) mas também em demonstrar que a justiça criminal não possui espaço para comportar a garantia do acesso à Justiça penal.

Por fim, a "nova" medida perversa do sistema penal consiste no fato de que o Estado disponibiliza uma instituição pública para assessorar aqueles que não têm condições de arcar com os custos de uma defesa particular, mas muitos desses representantes não se comprometem com tal postulado. Atuam de maneira formal, resignam-se em um contexto de "precariedade" e chancelam violações de direitos humanos. Portanto, ainda é possível falar em acesso à justiça penal?

Referências

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marilia Gonçalves. *Acesso à Justiça em Preto e Branco:* retratos institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia, Criticismo e Crítica do controle penal. In: _____. *Pelas mãos da criminologia:* o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2012. p.47-177.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECKER, Howard. A Epistemologia da Pesquisa Qualitativa. *Revista de Estudos Empíricos em Direito Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, v. 1, p. 184–198, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Pensando o Direito*. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. 2015a. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/dar-a-luz-na-sombra-condicoes-atuais-e-possibilidades-futuras-para-o-exercicio-da-maternidade-por-mulheres-em-situacao-de-prisao/>. Acesso em: 27. out. 2015.

BUGLIONE, Samantha. A mulher enquanto metáfora do direito penal. *Discursos Sediciosos:* Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, 2000. v.5, n.9/10, p.203-219.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Nilobook, 2013.

CARVALHO, Salo de. Sobre as Possibilidades de uma Penalogia Crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. In: CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Sofrimento e Clausura no Brasil contemporâneo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

FOUCAULT, Michel. Michel Foucault, É preciso repensar tudo, a lei e a prisão. *Segurança, Penalidade e Prisão*. Ditos e Escritos VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p.189-191.

GALLIEZ, Paulo Cesar Ribeiro. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIACOMOLLI, N. J. *O Devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo. In: WUNDERLICH, Alexandre. (Coord.). *Política Criminal Contemporânea:* criminologia, direito penal e direito processual penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 331–344.

HAARSCHER, Guy. *A Filosofia dos Direitos do Homem*. Portugal: Instituto Piaget, 1993.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas Revista de Ciências Sociais*, v.8, n.1, 2008. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/civitas/article/view/4322>. Acesso em 01 dez. 2015.

LEMGRUBER, Julita. A Mulher e o Sistema de Justiça Criminal: algumas notas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. v.36, p.370-382.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal:* introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Priscila Vargas. *As mulheres presas e o acesso à justiça penal*: ignorância de quê(m) / Priscila Vargas Mello. – 2016.146 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre - RS, 2016.

MELLO, Priscila Vargas. *Defensoria Pública:* construindo as faces do acesso à Justiça na execução da pena. 2013, 98 f. Monografia (Bacharelado). Centro Universitário Ritter dos Reis – Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2013.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia Feminista:* novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório:* a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RUBIO, David Sánchez. Inversión Ideológica y Derecho Penal Mínimo, Decolonial, Intercultural y Antihegemónico. In: BORGES, Paulo César Corrêa (Org.). *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal*: homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. 137-162.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Politica criminal: Realidade e ilusões do discurso penal. *Discursos Sediciosos:* crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p.53-58, 2002.

SAPORI, Luís Flávio. A defesa pública e a defesa constituída na justiça criminal brasileira. In: XX Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS). *Anais...* Minas Gerais: 22 a 26 de out. 1996. Disponível em: <file:///C:/Users/Priscila/Downloads/LSapori_A_justica.pdf>. Acesso em 27 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHROEDER, Simone. *A Execução Penal:* um olhar a partir da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. Dissertação (Mestrado). 2006. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

SOUZA, Fábio Luís Mariani de. *A Defensoria Pública e o Acesso à Justiça Penal*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

(DES)CONTROLE SOCIAL: A FALÁCIA DO AUMENTO DA SEVERIDADE PENAL COMO INSTRUMENTO EFETIVO AO COMBATE DA VIOLÊNCIA

Anna Carolina Peixoto Batista,
Graduanda pelo Centro Universitário Tiradentes;
annapeixoto@msn.com.

Marcelo Herval Macêdo Ribeiro,
Graduando pelo Centro Universitário Tiradentes;
marcelohervalribeiro@hotmail.com.

Resumo:

Pretende-se, neste breve artigo, abordar a problemática concernente ao aumento da severidade penal na contemporaneidade. Buscar-se-á demonstrar, por meio da análise de livros, artigos e levantamentos científicos, que o clamor social pelo aumento na rigidez das sanções criminais - motivado por uma desconfiança em relação ao Estado e intensificado por um discurso sensacionalista da mídia -, não se constitui como solução efetiva à violência.

Palavras-chave: violência. severidade penal. inefetividade.

1 Introdução

É fato inconteste que a sociedade hodierna está extremamente violenta. Todos os dias, os meios de comunicação noticiam condutas criminosas que causam intensa revolta social e que acabam por questionar a efetividade do Estado como garantidor da ordem pública. Nesse contexto – de revolta e desconfiança -, os indivíduos passam, naturalmente, a exigir aumento no rigor das leis penais, acreditando que, assim, haveria uma efetiva redução da violência.

Essas revoltas sociais repercutem, com efeito, na atuação do Poder Legislativo. Influenciados pelo *agenda setting* midiático[7] e objetivando atender às demandas eleitoreiras, os legisladores elaboram normas que criam novos tipos criminais ou que aumentam a severidade dos tipos já existentes.

O objetivo do presente artigo consiste em demonstrar que o aumento da rigidez penal – levado a cabo por meio da elaboração de normas penais mais severas – não se apresenta, factualmente, como um instrumento ábil ao combate da violência.

Para alcançar essa finalidade, far-se-á, inicialmente, uma explicitação geral do Direito Penal, abordando seu conceito e sua origem. Nesse contexto, pretende-se demonstrar, por meio de uma breve evolução histórica da pena e dos delitos, a importância gradativa que o Estado obteve em relação à criação de instrumentos formais que enfrentem a violência.

Em seguida, efetuar-se-á uma contextualização do atual panorama da violência no Brasil. Pretende-se, aqui, problematizar as questões referentes ao desmantelamento do Estado Social (ou

[7] O *agenda setting* - ou agendamento - midiático será investigado, com maiores detalhes, no desenvolvimento deste artigo. Em linhas gerais, pode-se defini-lo como o "efeito social da mídia que compreende a seleção, disposição e incidência de notícias sobre os temas que o público falará e discutirá" (BRUM, 2003).

Previdenciário) e de como esse fenômeno tem influenciado no aumento dos índices de criminalidade.

Após, explicitar-se-á acerca do papel da mídia na criação de leis simbólicas – passando, ao cabo, a analisar a (in)efetividade dessas leis penais mais severas.

Utilizou-se, no presente artigo, de uma metodologia de pesquisa bibliográfica-descritiva, baseada na (re)análise e (re)interpretação de diferentes referenciais teóricos, com vistas a escrutinar a realidade social e penal a partir de um material bibliográfico já existente. Ademais, no que concerne especificamente ao método de abordagem, deu-se preferência ao método histórico, bem como ao método estruturalista, na medida em que, a priori, efetuou-se uma investigação histórica acerca do crime e da pena e, a posteriori, cuidou-se de investigar como os anseios sociais punitivistas se estruturam por meio da interrelação entre diversos fatores – como índices de violência, apropriação midiática e politização penal.

2 Direito Penal: um instrumento de controle social

2.1 A gênese do Direito Penal

O crime sempre fez parte da vida humana. Émile Durkheim, eminente filósofo francês e pai fundador da Sociologia, afirma que o delito é um fato social não-patológico (DURKHEIM, 2007, p. 13), uma vez que sempre se mostrou presente em todas as organizações coletivas, cumprindo, ademais, a "importante função de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa" (BITENCOURT, 2015, p.35).

Nos primórdios da história, observava-se a existência de tribos, clãs e aldeias como modelos de organização social, não havendo a figura do Estado como órgão gestor e regulamentador do relacionamento intersubjetivo. Com efeito, as normas, regras, punições e castigos advinham da influência divina e da vingança privada, inexistindo proporcionalidade entre o delito e pena. Até mesmo os crimes de menor potencial lesivo poderiam resultar em punições excessivas, gerando, destarte, guerras tribais.

Não obstante, com o surgimento do Estado e a instituição de princípios fundamentais limitadores de seu poder punitivo, presencia-se a mudança de paradigma rumo a uma vingança pública, em detrimento dos anteriores modelos de vingança divina e privada. Neste novo período, destaca Cesare Beccaria que "os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade".(BECCARIA, 1968, p. 27, apud BITENCOURT, idem, p. 83).

Assim, o Estado aparece como mediador das relações público-privadas, e o Direito Penal é instrumento normativo utilizado pelo soberano para impor, de maneira formal e institucionalizada, normas jurídicas que visem ao controle social e ao combate da criminalidade.

2.2 As origens e funções da pena

Desde o surgimento do homem foi possível se falar em punição por um ato titulado como inadequado, de modo que as noções acerca da origem e da função da pena vêm sendo construídas a contar dos tempos mais primórdios.

Nesse contexto, o filósofo Rousseau segue a linha de Locke e Hobbes, coadunando-se com a ideia do pacto social como instrumento apto a legitimar o poder de aplicar sanções (*jus puniendi)* - sendo este poder imprescindível à organização do Estado, porquanto manteria as corrupções sociais longe do homem e evitaria sua transformação em um ser perverso.

Bitencourt traça a linha do tempo do Direito Penal, sendo iniciado pelo período Germânico - era primitiva, não positivada -, sendo o direito costumeiro o instrumento utilizado na composição do ordenamento punitivo. Neste momento o crime era considerado como a quebra da paz social. Dividia-se em crime público e crime privado - aos primeiros, era autorizado que qualquer cidadão tivesse o direito de matar o agressor, enquanto no segundo o agressor era entregue à família da vítima e está faria o que julgasse conveniente para compor o seu direito relativamente à vingança.

Num segundo momento, aparece o Direito Penal Canônico, de caráter disciplinar, cujo ordenamento jurídico era instrumentalizado pela Igreja Católica Romana,. Com a força da igreja, esse poder se espalhou ao religiosos e leigos, bastando somente que as infrações tivessem natureza religiosa para que se nascesse a competência da igreja em julgá-las. Todavia, com essa banalização do poder de punir, foi desenvolvido um critério para os julgamentos, eram eles ratione personae e ratione materiae:

"Pela primeira- em razão da pessoa- o religioso era julgado sempre por um tribunal da Igreja, qualquer que fosse o crime praticado; na segunda – em razão da matéria- a competência eclesiástica era fixada, ainda que o crime fosse cometido por um leigo" (BITENCOURT p. 79)

Neste momento é fácil confundir pena e pecado, apesar das distorções do que venha a ser o conceito de pena e as barbáries de como ela se aplicavam, este momento teve grande influência para a prisão moderna, como exemplo o princípio ressocialização do delinquente.

O terceiro momento, com o enfraquecimento da igreja católica e o surgimento dos estudos romanísticos, começou a surgir o Direito Penal comum, a gênese do poder público, uma época marcada pela desproporcionalidade na aplicação das punições gerando grandes massacres em praça pública.

Ao longo do Século XVIII, entretanto, desenvolveu-se o Período Humanitário do Direito Penal, o qual iniciou a reforma da legislação penal vigente, protegendo a liberdade do indivíduo em prol de uma convivência pacífica e enfatizando a eficácia dos princípios individuais outrora estabelecidos.

Insere-se no período humanitário o pensador italiano Marquês de Beccaria (1764), autor do livro Dos delitos e das penas. Baseando-se nos filósofos Rousseau e Montesquieu, Beccaria afirma que a sociedade primitiva teve de ceder uma parte de sua liberdade a fim de harmonizar a convivência dos indivíduos entre si, essa renúncia a parte da liberdade individual tornou-se necessária devido às desproporcionalidades existentes em períodos anteriores, da vingança privada – que a seu ver caracteriza o estado de natureza -, na qual as penas incidiam sem critérios precisos para regulamentar.

Dessa forma, os indivíduos apenas abdicaram parte do que julgassem estritamente necessário ao convívio social pacífico, e o soberano haveria de conduzir a sociedade visando à justiça. Nesse sentido, Beccaria assegurava que: "todo exercício do poder que se afasta dessa base

[promover a paz] é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é usurpação e não mais poder legítimo" (BECCARIA, 1764 apud OLIVEIRA FILHO).

Assim, Césare Beccaria aponta que a função precípua da pena criminal é de justamente proteger a sociedade das injustiças e desproporcionalidades existentes no estado de natureza. Nesse sentido, o Direito Penal – através da imputação de sanções a determinadas infrações - funciona como instrumento para garantir a proteção dos bens jurídicos indispensáveis e essenciais à vida humana, impedindo que subsista um estado de guerra entre os indivíduos e promovendo assim um equilíbrio ao convívio social.

Além da primordial função de instrumento protetor dos bens jurídicos mais essenciais, a pena criminal vem acompanhada de outros papéis, como o referente a seu caráter preventivo. Nessa perspectiva, a sanção penal visa, através da coação, desestimular os indivíduos a praticarem condutas previstas como ilícitas, uma vez que, caso o façam, se incidirá uma norma penal imputando-lhe consequências jurídicas e materiais negativas. Destarte, o homem torna-se detentor de uma liberdade de escolha, uma vez que tem prévia noção de que, caso pratique determinadas condutas consideradas perniciosas, sofrerá com os efeitos previamente estabelecidos na legislação penal.

Outra função comumente atribuída à pena criminal é relacionada à retribuição. Assim, há quem defenda que as consequências negativas engendradas no crime devem ser na mesma medida reproduzidas na sanção penal. Ou seja, ao mal do crime deverá incidir o mal da pena. Esse pensamento remete a épocas passadas, na qual havia o predomínio da vingança privada e da excessiva severidade penal, como se podia observar, por exemplo, na Lei de Talião. Sendo assim, o papel retributivo da pena criminal mostra-se inadequado a tempos hodiernos. O Direito Penal não pode ser um mero instrumento vingativo. Como assevera Anabela Rodrigues "a pena não pode justificar-se através da retribuição, mas deve, pelo contrário, ter um fundamento racional, realizar objetivos práticos de defesa do direito e da sociedade" (RODRIGUES, 1995, p 25 apud VIEIRA).

Por fim, a última finalidade da pena refere-se à prevenção especial positiva – também conhecida como ressocialização. Aqui, objetiva-se oferecer ao infrator instrumentos para que ele não venha a reincidir criminalmente, buscando-se analisar as causas individuais do delito na tentativa de mitigá-las. Por exemplo, se um indivíduo furta um alimento por não ter condições de comprá-lo – seja por falta de capacitação profissional ou por desestrutura familiar – é propiciando-lhe condições que reduzam sua chance de reincidência, através de políticas públicas estatais. Não obstante, esta função encontra-se quase que em sua totalidade obliterada na realidade brasileira, uma vez que no atual cenário prisional não existe atuação efetiva dos Três Poderes a fim de dirimir as causas do delito por meio de concessões de oportunidades aos delinquentes.

3 Violência contemporânea: uma sociedade refém do medo

3.1 O atual panorama da criminalidade

O Brasil encontra-se hoje como um dos países mais violentos do mundo. Segundo informações do Atlas da Violência, o País atingiu a marca recorde de 59.627 homicídios em 2014, passando à liderança perante as nações em que mais se comete este crime contra a vida.

Não obstante, as políticas públicas têm um caráter essencial para a formação de um indivíduo capaz de direitos e deveres. Uma comunidade distante do acesso a tais benefícios fica a margem do vigente modelo socioeconômico. Com a globalização, a relação entre o Estado e a sociedade toma uma nova faceta, o objetivo estatal passa a ser cada vez mais a integração global, objetivando o crescimento econômico e mudando os conceitos de política e cultura. Desta forma, as relações econômicas começam a desenhar os conceitos sócios-culturais, logo quem detém poder econômico traça as diretrizes para o novo entendimento do que venha a ser o comportamento social adequado. A meritocracia é uma das características que ganha lugar neste novo cenário, já que o indivíduo ganha dignidade através do labor, neste sentido, não importa as circunstancias em que o mesmo está inserido deve ele ultrapassar as barreiras impostas pela ausência das políticas públicas e alcançar o mercado de trabalho com louvor. O que relativiza a responsabilidade do Estado na formação do cidadão hábil para o labor qualificado e bem remunerado.

Assim o enfraquecimento do Estado Social, por conseguinte tem gerado violência, podendo ser vista com nitidez nos altos índices da população carcerária brasileira que é constituído em sua maioria por jovens, negros e portadores de uma escolaridade incompleta. A globalização exige celeridade e qualificação como requisito para o ingresso ao labor, porém cada vez menos investimento tem sido feito nas comunidades que ficam a margem, constituindo um fenômeno de segregação, tendo como destaque a negligencia do Estado as violações aos Direitos Fundamentais constitucionalmente normatizados, atendendo assim aos clamores valorais trazidos pela globalização.

A negligência estatal é premeditada, o que gera ainda mais preocupação pois visualiza-se uma "gestão do corpo espécie" como denomina Foucault, para referir-se a "biopolítica". Diante disto, possível falar em poder de punir sobre o corpo, Foucault fala em "biopoder", que traduz na exploração do corpo por parte do Estado-aqui detentor da pretensão punitiva-, ensejando "a introdução da vida humana e seus mecanismos aos cálculos do poder e conhecimento, pretendendo transformar a vida humana, inclusive pela aplicação desse poder e conhecimento mediante leis" (Foucault 2004:82 apud Ana Luisa Zago Moraes).

Por fim, com base nesses índices incessantemente divulgados na mídia, a população vem sentindo uma grande insegurança devido à alta constante da violência e a lentidão para julgamento na justiça brasileira. Hoje em dia, pode-se notar o quanto a sociedade vem retraindo-se, com o objetivo de se resguardar para que não venha a sofrer algum dano, seja ele material ou moral. Há de se notar, também, que um dos maiores empecilhos dos cidadãos é o medo de ter sua vida retirada por marginais sem piedade ou escrúpulos. Tais sentimentos de revolta geram um clamor da sociedade perante a justiça e o legislativo, exigindo medidas de aumento da severidade penal.

3.2 Os meios de comunicação de massa e a "mercantilização" da violência

O aumento generalizado da violência influencia diretamente na confiança que a sociedade possui em relação ao Estado. Considerando que uma de suas funções precípuas concerne justamente à salvaguarda dos bens jurídicos mais importantes à coletividade – incluindo-se aqui, decerto, a vida - há uma inconteste dissonância entre os índices que atestam o irrefreável aumento no número de homicídios e esse declarado papel protetivo.

Os meios de comunicação – concentrados nas mãos de um establishmeant político-financeiro[8] (ZAFFARONI, 2012) - apropriam-se deste conturbado contexto de insegurança e desconfiança social. Conforme assevera Wermuth (2011, p. 142), "a criminalidade, ou melhor, o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural", de tal sorte que as notícias de condutasrnviolentas são veiculadas de maneira sensacionalista – muitas vezes falseadas! – com vistas a atrair o maior número de espectadores/consumidores possíveis.

Com efeito, recorrendo a um discurso dramático e punitivista, a mídia incute em seus espectadores a falsa ideia de que não há leis penais (severas) suficientes, atribuindo, por conseguinte, a causa de toda a violência à omissão legislativa. Juliana Câmara, analisando este fenômeno, aduz que

> [...] manifesta-se no âmbito penal uma publicidade enganosa que, segundo Maria Lúcia Karam (1993, p. 200-201), primeiro concebe "o fantasma da criminalidade, para, em seguida, 'vender' a idéia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados" (CÂMARA, 2011).

Rogério Greco, discorrendo sobre o fenômeno, aduz que

> A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento, etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados (GRECO, apud SILVEIRA, 2015, p. 44)

A veiculação desse discurso punitivista pela mídia termina por influenciar a percepção que o público-espectador constrói da realidade social, na medida em que os meios de comunicação desempenham um insofismável papel de agenciamento, ou "agendamento", por meio da manipulação acerca de quais assuntos serão, num certo momento, alvos de discussão – inclusive, de discussão política. De acordo com os estudos de McCombs e Shaw, professores de Teoria da Comunicação,

> [...] as pessoas têm tendência para incluir ou excluir dos seus próprios conhecimentos aquilo que os mass media incluem ou excluem do seu próprio conteúdo. Além disso, o público tende a atribuir àquilo que esse conteúdo inclui uma importância que reflete de perto a ênfase atribuída pelos mass media aos acontecimentos, aos problemas, às pessoas" (McCombs e Shaw, 1972, In: Traquina, 2000)

Exemplo notório deste papel agenciador – e de sua repercussão no mundo político – é dado por Elias Brown, quando assevera que

> "No dia 09 de abril de 2013, um jovem de 19 anos foi morto durante um assalto na zona leste de São Paulo. O suspeito do assassinato completaria 18 anos três dias depois de cometer o crime e por isso cumpriria a pena como menor de idade. O caso ganhou as páginas dos principais jornais do Brasil e

[8] De acordo com um levantamento estatístico realizado pelo "Projeto Donos da Mídia", cinco dos maiores grupos de mídia nacionais relacionados a redes de TV controlam quase metade (48%) dos veículos de comunicação nessa área (SILVEIRA, 2015, p. 31).

> em poucas horas se tornou um dos assuntos mais comentados do país. Poucos dias depois, uma pesquisa do Datafolha com a seguinte questão 'Se houvesse uma consulta, você votaria contra ou a favor da redução da maioridade penal para 16 anos?' alarmava: 93% dos moradores da capital paulista queriam redução da maioridade penal. Infelizmente assassinatos desse tipo ocorrem diariamente, em vários lugares do país e por inúmeros motivos, mas por causa da abordagem parcial da mídia que deixou de contextualizar as causas deste tipo de problema social, a população tomou quase que unanimemente a decisão 'Queremos redução da maioridade penal!' (BROWN, 2014; grifos nossos)."

Em síntese, pode-se concluir que os indivíduos – devidamente amedrontados diante da violência hodierna a que estão constantemente sujeitos – veêm o Direito Penal, em virtude de uma ampla (e funcional[9]) divulgação midiática, como um instrumento messiânico que possuiria o condão de resolver todos os males da criminalidade contemporânea.

4 (Des)controle social: violência social *versus* violência estatal

4.1 O medo e a insegurança como fontes normativas

As revoltas sociais que exigem o aumento da severidade penal refletem diretamente na atuação do Poder Político. A fim de atender às demandas de seus eleitores (e a seus próprios interesses)[10], os legisladores elaboram normas que criam novos tipos penais ou que aumentam a severidade dos tipos penais já existentes.

Nesse contexto de criação de normas mais severas, acaba por emergir um fenômeno que a doutrina jurídica convencionalmente designou de "simbolismo penal". Consoante o magistério de José de Ribamar Sanches Prazeres, o simbolismo penal refere-se ao

> [...] conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais. (PRAZERES, 2012, apud KERSTENETZKY)"

O recrudescimento penal – verificado por meio da criação de normas simbólicas mais rigorosas, cuja finalidade precípua é "tranquilizar" a população e demonstrar, ainda que demagogicamente, que o Estado está interessado em reduzir a criminalidade – compartilha certos caracteres em comum, aos quais se passará a discorrer brevemente.

---

[9] Eugenio Raúl Zaffaroni, douto criminólogo argentino e ministro da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirma, com extrema precisão, que os *media* encarregam-se de funcionalizar o sistema penal à consonância dos interesses da nata empresarial que os controla. Essa funcionalidade – arremata Zaffaroni – exerce-se por meio do encarceramento e da segregação do "inimigo", numa verdadeira política de higienização social, terminando, não raro, por exigir o inexigível "pena de morte, expulsão de todos os imigrantes, demolição dos bairros pobres, deslocamento de população, castração dos estupradores, legalização da tortura, redução da obra pública à construção de cadeias, supressão de todas as garantias penais e processuais, destituição dos juízes." (ZAFFARONI, 2012)

[10] Vide referência anterior.

Inicialmente, convém destacar que as leis penais simbólicas adquirem, com frequência cada vez evidente, um caráter instrumental. É dizer: busca-se na lei penal – e, portanto, na punição -, um instrumento *preventivo* apto a evitar a criminalidade, de maneira que, "no lugar de um Direito Penal que reacionava a posteriori contra um fato lesivo individualmente delimitado, surge um Direito Penal de gestão punitiva dos riscos em geral (WERMUTH, 2011, p. 137).

Essa instrumentalização do Direito Penal, não raro, termina por violar diversos princípios limitadores do direito de punir do Estado. Ora, levando-se em consideração que objetivo dessas normas está ligado ao desejo (irrazoável) de punir o infrator *antes mesmo dele ter cometido o fato criminoso*, pode-se, desde o início, verificar uma relativização ao princípio da lesividade (afinal, como se pode(ria) aplicar uma sanção ao indivíduo que sequer lesionou um bem jurídico?!). Outrossim, essas normas instrumentais costumam prever condutas abstratas e genéricas, com vistas a enquadrar o maior número de "eventuais criminosos" – numa clara violação ao princípio da legalidade.

A título exemplificativo, pode-se citar o caso da recente Lei Antiterrorismo (Lei n.º 13.260/2016). Em seu art. 5º, a lei estatui que se considera crime de terrorismo "*realizar atos preparatórios* de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito", sujeito à mesma pena do terrorismo, diminuída de um quarto a metade (BRASIL, 2016, grifos nossos). Em outras palavras, o que a lei objetiva é punir o fato criminoso antes mesmo dele ter se consumado – num insofismável escamoteamento de todas as garantias penais que limitam o *jus puniendi* do Estado.

Ademais, a referida lei prevê que se constitui crime, suscetível de uma pena de reclusão de cinco a oito anos e multa, a conduta de "promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a *organização terrorista* (idem, grifos nossos)". Nada obstante, o dispositivo legal não menciona o que poderia se constituir como organização terrorista – deixando o seu respectivo enquadramento ao alvedrio e à discricionariedade do intérprete penal, que lhe pode conferir o sentido que desejar, num notório prejuízo à legalidade penal.

Analisando o texto da referida lei, Luiz Flávio Gomes assevera, com bastante propriedade, que " aredação da lei brasileira foi imprecisa, uma vez que utilizou termos muito vagos que exigem interpretação. Em outras palavras, isso significa que o enquadramento na lei dependerá de ponto de vista (GOMES, apud JUSTIFICANDO, 2016).

André Bezerra, na mesma toada, afirma que "a lei Antiterrorismo tem tido a aplicação que temíamos quando ainda da tramitação do então projeto de lei do Congresso Nacional. Na época, já denunciávamos o caráter vago da descrição das condutas e o perigo da criminalizarão de atos preparatórios (BEZERRA, apud JUSTIFICANDO, 2016).

Assim, no caso específico da Lei Antiterrorismo, tem-se que além da violação ao princípio basilar da lesividade – na medida em que se punem atos preparatórios, não consumados -, verifica-se também uma

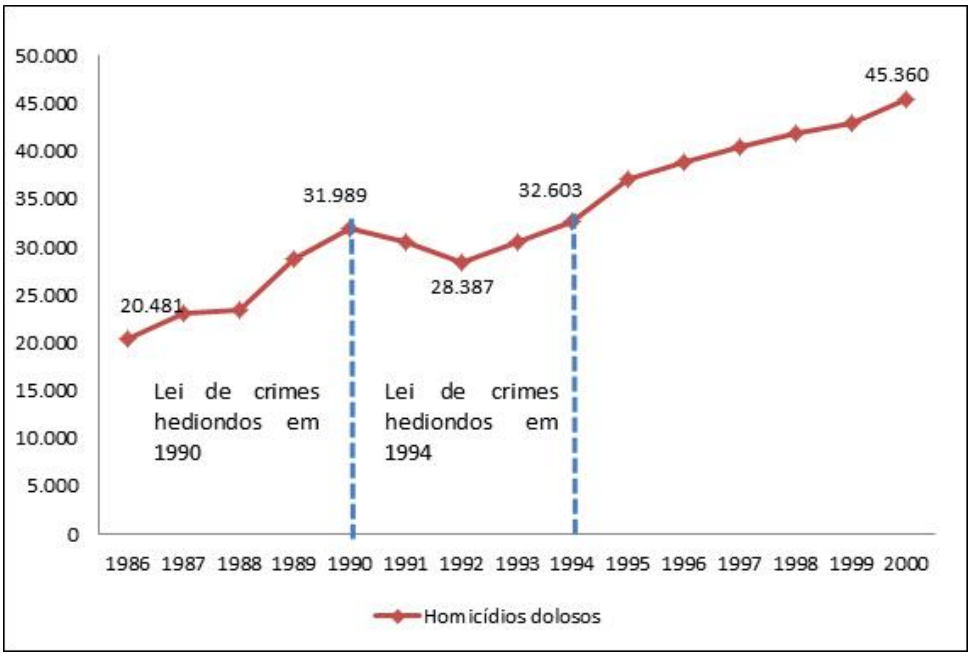
> [...] flexibilização das garantias político-criminais materiais e processuais, mediante o desrespeito ao princípio da legalidade penal a redução das formalidades processuais, a violação ao princípio da taxatividade na elaboração dos tipos penais, a violação ao princípio da culpabilidade etc. (WERMUTH, 2011, p. 138).

No próximo item, pretende-se efetuar uma análise mais aprofundada referente à inefetividade dos noveis estatutos penais mais severos, no intuito de demonstrar que, embora essas leis prometam reduzir a violência e combater a criminalidade, elas não possuem o condão de

cumprir com seus fins prometidos – apresentando-se, em verdade, como leis eminentemente simbólicas

4.2 A falácia do aumento da severidade penal como instrumento apto à redução da criminalidade

Sancionada em julho de 1990, visava a primordialmente à diminuição da ocorrência de crimes mais bárbaros - como o homicídio, o estupro, o latrocínio etc – por meio de um aumento de rigidez na resposta penal secundária (pena). No entanto, mesmo após anos à entrada em vigência da referida lei, os crimes hediondos continuaram a ocorrer - em verdade, suas ocorrências aumentaram: consoante atesta o Atlas da Violência, a quantidade de homicídios saltou de aproximados 32 mil, na década de 90, para 59 mil em 2016.



Reforma penal repete populismo punitivo comum no Brasil.
Fonte: Revista Consultor Jurídico

Como se não bastasse a ineficácia dessas leis mais severas, elas acabam, também, por atingir direitos fundamentais, muitas vezes atentando ao princípio máximo da dignidade da pessoa humana. No caso da Lei de Crimes Hediondos, por exemplo, havia, inicialmente, proibição à progressão de regime no caso de indivíduos que fossem condenados por algum crime grave. No entanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade dessa disposição, por reconhecer que ela atingiria inexoravelmente o direito fundamental à individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal de 1988.

Referências

BROWN, Elias. *A Teoria do Agendamento ou Agenda Setting.* Casa da Focas, 2014. Disponível em: < http://www.casadosfocas.com.br/a-teoria-do-agendamento-ou-agenda-setting/>. Acesso em 10 de abril de 2017.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. *Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa* . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3083, 10 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20616>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Ed. Martin Fontes – São Paulo, 2007. pág. 23.

GLOBO, Portal de Notícias. Ministério da Justiça diz que somente 1% dos crimes é cometido por menor. Disponível em: < http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/04/ministerio- da-justica-diz-que-somente-1-dos-crimes-e-cometido-por-menor.html>. Acesso em 12 de abril de 2017.

GOMES, Luiz Flávio, apud JUSTIFICANDO. *Lei antiterrorismo sancionada por Dilma sofre críticas de juristas e movimentos sociais*. Disponível em < http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/18/lei-antiterrorismo-sancionada-por-dilma-sofre-criticas-de-juristas-e-movimentos-sociais/>. Acesso em 10 de maio de 2017.

IPEA; FPSB. *Atlas da Violência – 2016*. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160322_nt_17_atlas_da_violencia_2016_finalizado.pdf>. Acesso em 10 de abril de 2017.

BEZERRA, André Augusto, apud JUSTIFICANDO. *Especialistas criticam criminalização de "atos preparatórios" no caso de presos por terrorismo*. Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/07/22/especialistas-criticam-criminalizacao-de-atos-preparatorios-no-caso-de-presos-por-terrorismo/>. Acesso em 10 de maio de 2017.

KERSTENETZKY, Maíra Souto Maior. *Direito penal simbólico: criação de leis mais rigorosas diante do clamor social e midiático*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 104, set 2012.

SILVEIRA, Eduardo de Oliveira. *A mídia de massa e a expansão do direito penal : uma abordagem contemporânea a partir da realidade brasileira.* Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em <http://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/42570> Acesso em 20 de abril de 2017.

WENDPAP, Adolfo; RIGHESSO, Bruna Fernandes da Cunha. *A cobertura jornalística da questão ambiental - um estudo da Gazeta do Povo.* Intercom -Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação - IX Congresso de Ciências da Comunicação na Região Sul – São Paulo - 29 a 31 de maio de 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São. Paulo: Saraiva, 2012.

DIREITOS HUMANOS E O DIREITO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Álvaro Filipe Oxley da Rocha
Pós-doutorado em Criminologia pela Kent University – UK,
Doutor em Direito Público, Professor Titular no PPGCCRIM da
Escola de Direito da PUCRS – BRASIL - alvaro.rocha@pucrs.br

Maria Carolina Santini Pereira da Cunha
Graduada em Direito,
Mestranda em Filosofia pela PUCRS

Resumo:

O presente artigo aborda, no âmbito do direito brasileiro, e à luz dos chamados direitos humanos e direitos fundamentais constitucionais, os pontos de contato mais destacados, e portanto, o modo como se relacionam o Direito Penal e a Constituição Federal Brasileira. Para tanto são apresentadas e revisadas as gerações do Constitucionalismo, de modo a classificar a Constituição brasileira hoje vigente, e ao mesmo tempo, o paradigma teórico que, a partir da mesma, se verifica na produção legislativa Penal. Apontam-se e examinam-se os princípios penais constitucionais, conforme expressamente previstos em seu texto, fazendo as referências históricas, e ao pensamento filosófico relacionado a cada um deles, de modo a estabelecer as relações entre Direito Penal Constituição, em seus principais aspectos.

Palavras-Chave: Direito Penal. Princípios Penais. Direitos Fundamentais. Constituição Brasileira

1 Introdução

O presente artigo examina, no âmbito do direito brasileiro, e à luz dos chamados direitos fundamentais, os pontos de contato mais destacados, e portanto, o modo como se relacionam o Direito Penal e a Constituição Federal Brasileira (CARVALHO, 1992). É preciso destacar que o Estado de Direito determina como se dão as relações entre o Direito Penal a Constituição, expondo assim os seus mecanismos de proteção aos direitos fundamentais (FELDENS, 2008). Podemos, desse modo, destacar que estas relações ocorrem em dois sentidos: a Constituição pode agir como limitador negativo ao Direito Penal, ou a Constituição pode estabelecer o limite positivo direito Penal. Observe-se pois, que em termos gerais, a categoria constitucional predominante em dado país, fornece o fundamento ao poder estatal de punir, também pode ser o mais importante limite ao legislador, quanto aos bens jurídicos penais (D'ÁVILA, 2009), a partir do mecanismo de tipificação do crime.

Nesse sentido, serão apresentadas e revisadas as gerações do constitucionalismo (BARROSO, 2009), de modo a classificar a Constituição brasileira hoje vigente, e ao mesmo tempo, o paradigma teórico que, a partir da mesma, se verifica na produção legislativa Penal.

Para tanto, deve ser referida a noção de velocidade no Direito Penal (SILVA SÁNCHES,

2002), em relação ao sistema constitucional hoje em vigor, uma vez que, ao constatar as maneiras pelas quais são previstas as penas na legislação atual do país, mormente a pena de privação de liberdade, e as penas que restringem direitos, expõem as mesmas as escolhas legislativas, e portanto, a velocidade que assumem com direito penal.

Por sua fundamental importância, iremos expor os princípios penais da Constituição brasileira, conforme expressamente previstos em seu texto, fazendo as referências históricas, e ao pensamento filosófico e relacionado a cada um deles, desse modo estabelecendo as relações entre Direito Penal Constituição, em seus principais aspectos.

2 As relações entre Direito Penal e Direitos Fundamentais

Iniciamos referindo a conceituação básica de direitos Humanos, (WOLKMER, 2004) como uma base mínima de direitos, que necessitam ser estabelecidos e protegidos pelo Estado, estes devendo orientar as ações do mesmo para a realização das garantias fundamentais. Historicamente falando, os direitos humanos são afirmados como inalienáveis, imprescritíveis e inerentes ao ser humano. Portanto, é necessário que os mesmos estejam previstos no texto constitucional, para que se considere a existência de um Estado Democrático de Direito.

Uma parte significativa dos direitos Humanos consta da documentação legislativa internacional, como o Pacto de São José da Costa Rica, que busca estabelecer mecanismos amplos de proteção aos mesmos. A partir dessa influência, os direitos humanos previstos internamente no texto da Constituição, passam a deter a mesma supremacia da norma constitucional, tornando-se dessa maneira direitos fundamentais.

É de amplo conhecimento a classificação por gerações dos direitos Humanos, relativos ao modelo de Estado, a titularidade dos mesmos e os seus modos de exercício. Norberto Bobbio (2004) oferece em sua obra essa classificação.

A noção de direitos humanos da primeira geração estabelece aqueles ligados às liberdades individuais; nesse sentido mostram-se como direitos negativos, porque podem ser opostos aos interesses e ações do Estado, oferecendo uma característica de direito de resistência, e de titularidade individual. Podem se destacar entre esses direitos, Os clássicos direitos a liberdade, a propriedade, a vida privada, etc., baseados em uma concepção ter estado liberal uma vez que para o seu exercício, basta a não intervenção do Estado.

Os direitos sociais são a segunda geração em direitos humanos. Isso porque não há uma titularidade individual, a qual se dilui entre grupos sociais delimitados. Esses direitos estão ligados ao chamado estado de bem-estar social. Tais direitos dependem da ação do estado, que vai além da simples garantia dos direitos, exigindo muitas vezes intervenções diretas, por meio de políticas públicas.

A terceira geração de direitos Humanos, de titularidade difusa, dentro da ideia de direitos transindividuais. Portanto, a titularidade desses direitos pertence não mais a grupos delimitados, mas a toda a sociedade. O direito a um meio ambiente saudável, ecologicamente equilibrado, é um dos mais destacados hoje.

Pela falta de uma definição clara, em razão das lutas legislativas a respeito, não se pode estabelecer um padrão para o modelo normativo penal brasileiro. Isso fica claro pela diversidade de medidas sancionadoras, direitos tutelados, e garantias adotadas. O modelo liberal-individualista, assim como o social-coletivista, fornecem influências para a busca de proteção às três gerações de

direitos antes mencionadas, mas nenhum desses modelos tem supremacia no sistema.

Ao tratar o Direito Penal por esse viés, a Constituição Federal brasileira procura ir além dos direitos de primeira geração, prevendo possíveis formas restritivas de liberdade, ao mesmo tempo em que estabelece a garantia do direito à liberdade, afastando-se de outros modelos constitucionais. Nesse sentido, o constituinte estabeleceu o Estado como produtor normativo e também agente de regulação da atividade penal. Surge no texto constitucional uma forte preocupação em destacar a tutela aos direitos e interesses individuais, mas também com a proteção da coletividade. O texto constitucional, desta maneira, afastou-se da ideia de não-ação estatal, quanto à tutela de bens jurídicos, buscando ampliar essa tutela para a proteção de bens coletivos, e também os transindividuais. Tal movimento fica claro, por exemplo, ao estabelecer a Constituição a possibilidade de estender responsabilidade penal para além da pessoa física, incluindo a criminalização das condutas de pessoa jurídica, especialmente em crimes envolvendo o meio ambiente.

O sistema penal brasileiro, inspirado pelo modelo constitucional vigente, ultrapassa, portanto, a função de garantir o indivíduo contra o poder de punir do Estado, passando a demonstrar uma função social transformadora da sociedade. Entretanto, as características liberais constantes do texto constitucional, não foram abandonadas.

3 Constituição e Constitucionalismo

As constituições de muitos países, durante o século XIX, apresentaram a característica de agir como um bloqueio ao direito de punir do Estado. Eram modelos estatais prescritivos, relacionados aos direitos humanos de primeira geração. Conforme Luigi Ferrajoli (2001), ao mesmo tempo em que se desenvolve a demanda por esses direitos, essas constituições os estabelecem também em relação ao Direito Penal, no sentido de que passam a limitar explicitamente o poder do estado, para evitar abusos e arbitrariedades.

Segundo o mesmo autor, a partir da segunda metade do círculo XIX, destacou-se o interesse na garantia dos direitos humanos de primeira geração relacionados ao direito penal. Entretanto, foi utilizada a produção de legislação infraconstitucional para esse efeito. Essa época, portanto é a da supremacia dos parlamentos, que prefere o mesmo classificar como de segunda geração As constituições do período.

No século XX, entretanto, as novas constituições demonstram a vontade de ir além do estabelecimento de limites ao poder punitivo do estado. Surge a noção de que é necessário estabelecer obrigações, em âmbito político, para garantir os direitos fundamentais aos cidadãos. É nesse momento histórico que os direitos fundamentais penais passam a ser considerados necessários, e dignos do texto constitucional. As constituições, a partir dessa nova concepção, se estabelecem como mecanismos efetivos de regulação do agir do Estado, caracterizando a terceira geração de direitos humanos. Nesse sentido, o autor considera a Constituição brasileira como integrante dessa última geração.

Nesse sentido, o artigo quinto da Constituição brasileira estabeleceu um elenco de princípios penais, passando pra classificá-los como fundamentais. Partindo do princípio da dignidade humana, em seu artigo primeiro, Inciso III, as penas levam à preocupação estabelecer esses fundamentos como base.

Uma abordagem sociológica em Relação entre a realidade social contemplada no texto legislativo, e a referência estabelecida pela Constituição brasileira de 1988, é a produzida por Silva Sánches (2002). Esse autor destaca o que chama de "obsessão pelo cárcere", com o destaque na aplicação de penas privativas de liberdade, buscando o respeito às garantias individuais, essa seria a primeira velocidade do Direito Penal. Num segundo momento, ou velocidade, Os crimes são classificados por sua gravidade, criando-se a possibilidade, para os de menor gravidade, de cambiar eventual pena privativa de liberdade, por restrição de direitos. A lei dos Juizados Especiais Criminais, (Lei 9.099/95) prever o tratamento dos crimes de menor potencial ofensivo. Surge o mecanismo da transação penal com permite, desde que atendidos às exigências da lei, imediata aplicação de pena restritiva de direitos, o que resulta na relativização muito clara do princípio de inocência.

O retorno ao regime da aplicação de penas privativas de liberdade, caracteriza a terceira velocidade do Direito Penal, que implica em redução das garantias individuais fundamentais. O Direito Penal do inimigo, de Gunther Jakobs, seria o mais característico dessa concepção.

4 Princípios penais constitucionais

Inicialmente, apontamos o princípio da legalidade, o qual estabelece os fundamentos do Direito Penal brasileiro. Este princípio é um verdadeiro apoio para as liberdades individuais. A lei penal, portanto, precisa ser muito clara em seu texto, muito exata e precisa, de modo que possa ser interpretada em todos os níveis sociais, buscando-se evitar que essa interpretação seja influenciada a partir de peculiaridades sociais ou culturais, de modo que só possa exisitir crime se comprovadamente ocorrer fato lesivo a um bem jurídico.

Nesse sentido, Hungria (2016) estabelece o seguinte: "O princípio da legalidade no direito penal é a premissa da teoria dogmático-jurídica da tipicidade, de Ernest Beling: antes de ser anti-jurídica e imputável a título de culpa 'sensu lato', uma ação reconhecível como punível deve ser típica, isto é, corresponder a um dos 'esquemas' ou 'delitos-tipos' objetivamente descritos pela lei penal".

Esse princípio se estrutura em três postulados. Um primeiro, quanto às fontes das normas penais incriminadoras. O segundo relative à enunciação dessas normas. E o terceiro relativo à validade das disposições penais no tempo. O primeiro desses postulados é a chamada reserva legal. O segundo é denominado o da determinação taxativa. E o último, o da irretroatividade.

O Princípio da Reserva Legal encontra-se no artigo 5o, XXXIX da Constituição Federal brasileira, in verbis: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Desse modo, somente a lei, em sentido estrito, pode definir crimes, e a sua respectiva penalização. A norma penal, nesse sentido, deverá ser precisa em sua redação. Somente será aceita a lei que delimitar com clareza a conduta lesiva, capaz de expor a perigo bem jurídico relevante, prescrevendo assim a consequência punitiva, proibindo-se a extensão da mesma a outra conduta, ainda que aproximada ou semelhante.

O postulado da taxatividade expressa a exigência inafastável de que a lei penal, pricipalmente a de natureza incriminadora, seja claras e precisas.

Assim, Lopes (2000) destaca que é mister que a lei *defina* o fato criminoso, ou melhor, enuncie com clareza os atributos essenciais da conduta humana de forma a torna-la inconfundível com outra, e lhe comine pena balizada dentro de limites não exagerados. A lei penal que comina

pena e descreve conduta punível não deve ser generalista, mas sim, precisa, taxativa e determinada, sem qualquer indeterminação com a pré-fixação a respeito dos dados que permitem a qualificação e assimilação das figuras típicas. No mesmo sentido, Prado (2010) afirma que procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo legal de modo suficientemente *determinado* para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário.

Sobre o princípio da irretroatividade, o inciso XL do art. 5o. da Constituição Federal Brasileira, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. A regra, portanto, é a da irretroatividade da lei penal; embora exista a exceção da retroatividade, desde que seja para beneficiar o agente. Nesse sentido, Toledo (1994) afirma que a norma de direito material mais severa só se aplica, *enquanto vigente*, aos fatos ocorridos durante sua vigência, vedada em caráter absoluto a sua retroatividade. Tal princípio aplica-se a todas as normas de direito material, pertençam elas à Parte Geral ou à Especial, sejam normas incriminadoras (tipos legais de crime), sejam normas reguladoras da imputabilidade, da dosimetria da pena, das causas de justificação ou de outros institutos de direito penal.

Ainda quanto ao princípio de legalidade, no que tange à execuçào da pena, deve-se observar que, por essa interpretação, os apenados não devem ser expostos a privações ou restrições que ultrapassem os limites estritamente necessários à execução da pena, de modo que não se perca o caráter de ressocialização da pena. Para Castilho (1988), o princípio da legalidade na execução penal importa na reserva legal das regras sobre as modalidades de execução das penas e medidas de segurança, de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro dos limites definidos.

Alguns princípios merecem ser mencionados, por sua relação direta com o Princípio de Legalidade, por suas características de complementariedade na interpretação do referido princípio. O primeiro é o chamado princípio da inafastabilidade do Controle Jurisdicional, normalmente conhecido como “direito de ação”, e que está previsto no artigo 5o, XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O referido princípio busca estabelecer uma segurança, garantida pela Constituição Federal, no sentido de que todos os indivíduos possam acessar os serviços do Poder Judiciário. Conforme José Roberto Bedaque (2002), "…representa a possibilidade, conferida a todos, de provocar a atividade jurisdicional do Estado e instaurar o devido processo constitucional, com as garantias a ele inerentes, como contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação das decisões, publicidade dos atos etc." Trata-se de garantia restrita ao cidadão, de modo que o Estado necessariamente oferecerá a prestação jurisdicional sempre que houver uma lesão ou ameaça a direito, o que na seara penal é de extreme relevo.

O segundo princípio a destacar, é o do devido processo legal, observável na maioria das Constituições dos países considerados democráticos. A Constituição Federal Brasileira de 1988 o incorporou em seu artigo 5o, inc. LIV, garantindo assim que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido Processo legal”.

Evidentemente, há que pensar a devida aplicação do referido princípio ao processo penal, especificamente, em suas peculiaridades e demandas próprias, conforme Giacomolli (2015). Para Dinamarco (1999), tal princípio [...] importa ainda reafirmação da garantia de igualdade entre as partes e necessidade de manter a imparcialidade do juiz, inclusive pela preservação do juiz natural. Ela tem também o significado de mandar que a igualdade em oportunidades processuais se projete

na participação efetivamente franqueada aos litigantes e praticada pelo juiz (garantia do contraditório, art. 5, inc.LV) [...]. Absorve igualmente a regra de que as decisões judiciárias não motivadas ou insuficientemente imotivadas serão nulas e, portanto incapazes de prevalecer (a exigência de motivação: C.F., art. 93, inc. IX [...]) e a de que, com as naturais ressalvas destinadas à preservação da ordem pública e da intimidade pessoal, os atos processuais deverão ser dotados de publicidade [...]. A garantia de aplicação, entretanto, dependerá do respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e da livre persuasão racional do juiz, e não se limita, pois, à tramitação formalmente legal do processo.

Os princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, também conhecido como "audiência bilateral", estão estabelecidos, também no art. 5o, no inc. LV da Constituição Federal de 1988, afirmando o texto que: "Aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Do princípio do contraditório decorrem duas importantes regras: a da igualdade processual e a da liberdade processual. Pela primeira, as partes acusadora e acusada estão num mesmo plano e, por conseguinte, têm os mesmos direitos; pela segunda, o acusado tem a faculdade, entre outras, de nomear o advogado que escolher, de apresentar provas lícitas que julgar mais convenientes, e de formular ou não perguntas às testemunhas. Greco Filho (2002) afirma que a ampla defesa se estrutura a partir dos seguintes fundamentos: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função é essencial à Administração da Justiça (art. 133 [CF/88]); e e) poder recorrer da decisão desfavorável".

Esses dois princípios supõem a garantia do devido processo legal aos litigantes, da garantia da imparcialidade do juiz e da igualdade entre as partes, o que se estende, obviamente, ao Processo Penal.

É necessário citar, também, o Princípio da Razoável Duração do Processo, que surge no direito brasileiro com a promulgação da Emenda Constitucional no 45/2004, a celeridade e duração razoável do processo passaram a ser direitos e garantias constitucionais expressas (art. 5o, inciso LXXVIII), *in verbis*: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação." (Inciso acrescentado pela Emenda Constitucional no 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004).

Esta razoabilidade, entretanto, não está materializada na lei. A omissão do legislador acerca do que seria um lapso temporal razoável para manutenção de um processo, permite ao aplicador do direito, a utilização de interpretações que unidas ao bom senso, permitem a garantia da realização desse princípio. Delmanto escreve, nesse sentido, que sobreleva ressaltar que o denominado critério da razoabilidade é um método de interpretação, inerente ao devido processo legal, e também ao direito a um julgamento sem dilações indevidas, não se confundindo com a exigência de que a lei deve ser razoável e proporcional.

Sobre o Princípio da Intervenção Mínima, deve-se dizer que se trata de garantia fundamental, constando do *caput* do art. 5o da Constituição Federal brasileira, o qual estabelece que a intervenção do Direito Penal, no meio jurídico da sociedade, só faz sentido como imperativo de necessidade, quer dizer, quando a aplicação de pena se apresentar como único e último recurso disponível para a proteção do bem jurídico. Nesse sentido, este princípio traz a noção de que o Direito Penal deve ser encarado como *ultima ratio*. Desse modo, este somente deve ser aplicado,quando os outros meios de garantia de paz social porventura disponíveis, se revelem ineficazes ou insuficientes.

De acordo com Luisi (2003), por meio do princípio da intervenção mínima, a criminalização

de um fato somente se justifica quando constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Portanto, quando outras formas de sanção se mostram suficientes para a tutela desse bem, a criminalização torna-se inválida, injustificável. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima. Do princípio em análise decorre o caráter fragmentário do direito penal, bem como sua natureza subsidiária.

Encontramos no art. 5o , incs. XLVII e XLIX da Constituição Federal, o Princípio da Humanidade, que assegura o tratamento humanitário ao apenado, em todos os sentidos. O direito penal, por essa ótica, atua por um ponto de vista por objetivamente humano, sem nunca desconsiderar que que a pena possui função ressocializadora, e não se trada de instrument de castigo, ou de vingança social.

De acordo com Gomes (2006), o valor normativo do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.o, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O Homem não é coisa, é, antes de tudo, pessoa dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado".

Este princípio reforça a tese de que o poder punitivo estatal não pode aplicar as penas no sentido de ferir a dignidade da pessoa humana, ou com a intenção de lesionar a condição físico-psíquica dos apenados. Conforme o já citado inciso XLIX do art. 5o que dispõe que é "assegurado aos presos o respeito., à integridade física e moral"; tal determinação fica ainda mais clara no inciso XLVII do mesmo artigo 5o, onde está elencada a impossibilidade de aplicação das seguintes modalidades de pena: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

Destaca-se ainda o Princípio da Pessoalidade e Individualização da Pena, estabelecido na Constituição Federal brasileira, em seu art. 5o, incisos XLV e XLVI, que proíbem a efetivação de punição por fato alheio, vez que somente o próprio agente do ilícito penal específico, é passível de penalização. Em nenhuma circunstância poderá uma pena ser estendida a outro cidadão, seja por condição de parentesco ou afinidade, ou por qualquer outra condição. Nos termos da da própria legislação, nenhuma pena passará da pessoa do condenado, e ninguém será responsabilizado criminalmente por ato de outrem.

O princípio da presunção de inocência, decorrente do princípio da individualização da pena, está no art. 5o, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira, que assim estabelece: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória". Trata-se de um dos princípios de maior relevância para o Estado Democrático de Direito, pois surge como garantia processual penal, para servir à tutela da liberdade pessoal. Pode-se afirmar que existe apenas uma tendência à presunção de inocência, ou, mais precisamente, um estado de inocência, um estado jurídico no qual o acusado é inocente até que seja declarado culpado por uma sentença transitada em julgado. Por isso, a Constituição Federal brasileira não 'presume' a inocência, mas declara que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5o, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

Não há entretanto, confundir o referido princípio com o princípio do *"in dubio pro reo"*, uma vez que este somente ocorre quando da constatação de que, depois de tramitado o devido processo legal, e a prova havendo sido colhida durante a instrução criminal, mas se apresentado insuficiente para assegurar a culpabilidade do acusado, deveverá o mesmo ser declarado inocente, por meio de sentença absolutória, pois se estabelece a proeminência do estado de inocência do réu.

Dessemodo, a presunção legal de inocência possui caráter absoluto, de modo que somente o Estado, por meio do devido processo legal, conduzido por agente autorizado, o magistrado, poderá desconstituí-lo, fazendo-o, se for o caso, por meio do trânsito em julgado de sentença condenatória, dentro do devido processo penal.

5 Bens Jurídicos Penais e os limites constitucionais ao Direito Penal

Sobre os bens jurídicos penais, queremos referir aqueles bens que, pelos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, foram escolhidos pelo legisladoress para serem protegidos pelo ordenamento jurídico penal. O bem jurídico penal age como limitador ao Direito Penal, uma vez que que, se não se constata violação a um bem jurídico penal, não se pode realizar a tipificação de condutas ou ainda a eventual imposição de penas. A Constituição, nesse sentido, deve apontar esses bens jurídicos penais, e destacá-los como os valores mais importantes para a sociedade que reflete, uma vez que tais valores deverão justificar a imposição da ultima ratio que que deve ser o Direito Penal. O legislador constituinte identifica e estabelece esses bens no texto constitucional, e o legislador infraconstituinte, portanto, deverá rmaterializar tais valores a partir da própria Constituição. Portanto, é na interpretação constitucional que se estabelece uma das formas mais importantes das relações entre Direito Penal e a Constituição. Para Ferrajoli (2001), o bem jurídico tem função limitadora ao Direito Penal. Desse modo, a lesão ao bem jurídico potencialmente tutelado é condição necessária, mas não suficiente para estabelecer a proibição e punição. O autor, relacionando os pressupostos da teoria dos garantismo penal e das relações necessárias entre Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Penal, aponta duas principais teorias, que consideram capazes de explicar como a Constituição atua como agente limitador ao direito penal. A primeira seria a teoria da Constituição como limite negativo ao Direito Penal, assim, toda a admite-se toda a atividade do legislador infraconstitucional, desde que não contrarie abertamente o texto constitucional. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional pode tipificar, condutas atentatórias aos valores não reconhecidos pelo legislador constituinte, desde que não sejam violados valores constitucionais.

Já a teoria da Constituição como fator de limite positivo ao Direito Penal afirma que o legislador ordinário deve se utilizar da instrumentação tutelar penal apenas para ações de proteção de bens jurídicos reconhecidos pela Constituição, e estabelecidos como os valores mais importantes para a sociedade. De acordo com essa teoria, não é suficiente que a lei penal não viole ou contrarie a Constituição. Ela deve tutelar condutas que violem valores de relevo constitucional.

6. Considerações finais

É possível afirmar, finalmente, que as relações entre Direito Penal e Constituição são intensas, pautadas pela referência ao Estado Democrático de Direito, e pela força dos Direitos Fundamentais, que estabelecem valores constitucionais centrais ao Direito Penal. A Constituição brasileira, pode-se verificar claramente, adotou o modelo de Constituição de Terceira Geração, spelo qual o Estado não atua apenas em sentido negativo, por abstenção ou non facere, mas atua com importantes ações de definição dos bens jurídicos penais mais relevantes.

A Constituição brasileira demonstra sua relação com a segunda velocidade do Direito Penal, ao dar primazia ao conceito de dignidade da pessoa humana, estabelecido como fundamento da República Federativa do Brasil, o que prevê penas privativas de liberdade, e também penas restritivas de direitos e outras, conforme uma hierarquia dos crimes, em máximo, médio e menor

potencial ofensivo. A análise histórica da adoção dos princípios constitucionais penais, que procuramos fazer da maneira mais explícita possível, verifica uma clara opção pelo garantismo penal, tendo agido o legislador constituinte para criar mecanismo de limitação ao *jus puniendi* estatal, materializando tais limites por meio de garantias oferecidas ao cidadão, considerando, ao mesmo tempo, a tutela dos direitos sociais (segunda geração) e dos direitos transindividuais (terceira geração).

A Constituição Federal brasileira, a nosso ver, optou pela teoria dos limites positivos ao Direito Penal, ao limitar a atuação do Direito Penal como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, de modo que o legislador infraconstitucional pode apenas tipificar condutas que estejam de acordo com os valores constitucionais, e que estejam ligados aos direitos fundamentais. Entretanto, destaque-se que o objetivo mais importante, ao buscarmos estabelecer as relações entre Direito Penal e Constituição, é clarificar os limites do poder punitive do Estado, de modo a impeder seja o Direito Penal utilizado para arbítrios e retrocessos. Registre-se a necessidade de evitar, ainda que indiretamente, a adoção de um Direito Penal do Inimigo, pois as justificativas de ação nesse sentido, levam a se tornar simbólico o Direito Penal. Os direito fundamentias, desse modo, devem ser destacados como instrumentos de garantia, como referências limitadoras ao poder punitivos do Estado, o que estabelece a Constituição como limite positivo ao Direito Penal.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a formulação do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório*. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coordenadores). *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2002.

BOBBIO, Norberto; *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BORGES, Paulo César Corrêa. *Direito Penal Democrático*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1992.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkemer. *Controle de Legalidade na Execução Penal*. 1a Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre. 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Fundamentos dos direitos humanos*. In MARCÍLIO, Maria Luiza e outros (Coord.) *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. p. 53-74

D'AVILA, F R. *Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 80, 2009, 07-34

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo Malheiros, 1999.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales* : Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello Madrid : Editorial Trotta, 2001.

FRAGOSO, Cláudio Heleno Fragoso. *Direitos Penais e Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Forense, 1977.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Cases da Corte Interamericana do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo, Editora Atlas S.A, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal*. 3a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Op. Cit. Apud: PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. Op. Cit. In:

MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). *Tratado Temático de Processo Penal.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. *Comentários ao Código Penal*: decreto-lei n.o 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Rio de Janeiro, Forense, S.D.Bv., 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios Penais Constitucionais:* O Sistema das Constantes Constitucionais. RT, Fascículos Penais, Ano 89, v. 779. RT: São Paulo. 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 4a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

TAVARES DOS SANTOS, Fábio Antônio. *Direito penal do inimigo permeia decisões da justiça*. In: *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 05 maio 2009 [Internet]. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-mai-05/direito-penal-inimigo-permeia-decisoes-criminais-justiça>. Acesso em: 09 de fev. 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5a Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raul & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. v. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos*. In:

RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos Humanos e Globalização Fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 03-19.

PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO NO BRASIL E OS CONCEITOS UTILIZADOS POR LOMBROSO E PELA ESCOLA DE CHICAGO

Irma Carina Brum Macolmes,
Analista de Planejamento, Orçamento e Gestão da Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão do Estado do RS,
Graduada em Biblioteconomia e Administração de Empresas,
Mestranda do Curso de Pós-graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);
irmacarina@gmail.com

Resumo:

Este artigo aborda duas das inúmeras teorias utilizadas para explicar a origem do comportamento delituoso. Primeiramente, a Teoria Psicobiológica de Lombroso, que entende o crime como sendo fruto de características físicas e psicológicas do indivíduo. Em um segundo momento, aborda-se a teoria da Ecologia Humana da Escola de Chicago, que percebe o ambiente como um elemento de grande influência no comportamento das pessoas. O texto apresenta ainda, breve análise do contexto brasileiro com base nos conceitos utilizados por essas duas teorias. Conclui-se que o senso comum baseia-se muito na visão de Lombroso, imputando a causa do cometimento de delitos exclusivamente ao indivíduo e negando a influência do ambiente. Por outro lado, é possível encontrar ações planejadas com base na Teoria Ecológica, segundo a qual iniciativas que melhorem o ambiente e ofertem mais serviços públicos tendem a reduzir a criminalidade. O PRONASCI é exemplo de um programa pensado segundo essas premissas.

Palavras-chave: Processo de criminalização. Comportamento delituoso. Lombroso. Teoria Psicobiológica. Escola Positiva Italiana. Escola de Chicago. Ecologia Humana.

1 Introdução

Ao longo da história, diversas teorias com objetivo de explicar o desvio e o delito foram desenvolvidas. A principal diferença entre essas visões encontra-se no entendimento a respeito da origem, endógena ou exógena, do desvio e do delito. Para alguns teóricos esses comportamentos seriam inatos ao indivíduo devido a características pessoais, enquanto para outros, essas atitudes seriam influenciadas pela interação entre o indivíduo e a sociedade.

Dentre os pesquisadores que buscaram imputar unicamente ao indivíduo a origem do cometimento de desvios e delitos destaca-se Cesare Lombroso, professor universitário e criminologista italiano, que buscou justificar comportamentos desviantes por meio de características físicas e psicológicas. Conforme Gonzáles (2003), a visão de Lombroso classifica-se dentre as teorias psicobiológicas, que buscam explicar a criminalidade, pois o comportamento criminal é visto como fruto de anomalias ou disfunções orgânicas, ou seja, seriam fatores endógenos que levariam algumas pessoas a terem predisposição congênita para a prática de delitos. Silva Júnior (2006) classifica a teoria de Lombroso como bioantropológica, pois a explicação do crime

dependeria de variáveis congênitas, relativas à estrutura orgânica do indivíduo. O criminoso seria um ser predisposto para o crime, organicamente diferente do cidadão normal.

Por outro lado, a Teoria Ecológica, desenvolvida pela Escola de Chicago, apresentou uma explicação para o crime que parte de uma abordagem macrossociológica e não psicobiocológica, conforme preconizava anteriormente a Escola Positiva Italiana, da qual Lombroso foi o maior expoente. Na Teoria Ecológica, a perspectiva é de que o ambiente pode influenciar o indivíduo a ingressar na criminalidade. Essa conclusão foi fruto de uma análise realizada na cidade de Chicago, local que passava na época por grande crescimento populacional e apresentava aumento da criminalidade. Para os pesquisadores da Escola de Chicago, zonas ou regiões urbanas degradadas, carentes de serviços públicos, e desorganizadas apresentavam um ambiente mais propício para surgimento e ação de desviantes e por isso tinham maiores taxas de criminalidade.

Este artigo tem por objetivo analisar a realidade atual brasileira, tendo por base os conceitos difundidos por essas duas teorias – a Psicobiológica de Lombroso e a Ecológica da Escola de Chicago.

Para desenvolvimento do trabalho foi realizada inicialmente uma pesquisa bibliográfica buscando identificar as principais ideias difundidas por Lombroso e pela Escola de Chicago sobre o processo de criminalização. Posteriormente, a realidade brasileira foi analisada à luz dessas duas teorias. Para isso foram verificadas notícias sobre rebeliões ocorridas recentemente em presídios brasileiros; e também algumas informações sobre o PRONASCI, mais especificamente no que se refere às ideias que estiveram presentes em sua concepção.

2 Diferentes explicações para um mesmo fenômeno

A origem de comportamentos desviantes pode ser analisada sob diferentes perspectivas. Dentre elas estão a Teoria Psicobiológica de Lombroso e a Teoria Ecológica da Escola de Chicago.

2.1 Teoria Piscobiológica de Lombroso e realidade brasileira

Com a publicação da obra *O homem delinquente*, em 1876, Lombroso deu início, à Escola Positiva Italiana de criminologia, tornando-se seu principal expoente. Na obra, o autor apresenta estudos realizados por ele próprio e por outros pesquisadores, junto a diversos indivíduos, em sua maioria em instituições totais. O autor afirma que algumas características estariam intimamente ligadas à criminalidade, tais como insensibilidade à dor física (que levaria os criminosos a apresentarem tatuagens), insensibilidade emocional, baixa inteligência, preguiça e vaidade, dentre outras (LOMBROSO, 2007). Lombroso é conhecido pelo seu conceito de criminoso atávico. Os crimes seriam considerados regressões a períodos evolutivos anteriores e a níveis inferiores de desenvolvimento orgânico (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1990).

Embora seja necessário considerar a época em que a obra foi escrita, sua leitura surpreende pelas ideias extremamente preconceituosas que apresenta, ainda mais quando se pensa que essas manifestações foram socialmente aceitas durante muito tempo. Encontra-se na obra, por exemplo, a seguinte passagem sobre cicatrizes: “Outro sinal que pode tornar-se precioso ao médico legista por,

distinguir um malandro e um ladrão de um homem honesto e pacífico cidadão, é a frequência das cicatrizes na cabeça e nos braços." (LOMBROSO, 2007, p. 45).

Há ainda, um capítulo dedicado ao delito cometido por crianças, no qual o autor apresenta passagens tais como: "Esses casos mostram a freqüência e a precocidade do senso da vingança nos meninos. Pude ver também aos 7 ou 8 meses um menino arranhar a ama de leite quando procurava retirar a teta." (LOMBROSO, 2007, p. 61). Percebe-se, portanto, que para Lombroso, delinquentes apresentariam comportamentos característicos ainda na mais tenra idade, até porque haveria um componente de hereditariedade na criminalidade. Tratando de alcoolismo e jogo entre crianças, o autor afirma:

> Quem vive na alta sociedade não tem idéia da paixão que têm as crianças pelo álcool, mas na baixa sociedade é muito óbvio observar até os lactentes tomarem vinho e licor com vontade toda especial e os genitores se divertirem em vê-los cair na embriaguez (Moreau). Muitas vezes os presidiários me contaram que se embriagavam desde a infância e diante dos genitores. A paixão pelo jogo é uma nota característica da vida infantil. (LOMBROSO, 2007, p. 69)

A declaração anterior demonstra como o autor discrimina os mais pobres. Há em sua obra, uma criminalização da pobreza. Mas apesar do espanto causado por essas manifestações, percebe-se que ainda hoje, é possível encontrar manifestações alinhadas às ideias de Lombroso, que dividem os indivíduos entre "pessoas de bem" e "criminosos", culpam exclusivamente o indivíduo pelo cometimento de delitos, discriminam por conta da aparência física e da classe social, e buscam punir crianças e adolescentes como se fossem adultos.

Recentemente, aconteceram diversas rebeliões em prisões brasileiras, causando a morte de muitos apenados. No Estado do Amazonas foram pelo menos 67 mortos na primeira semana de 2017 (a maior parte em rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, quatro detentos morreram na Unidade Prisional de Puraquequara e outros quatro na Cadeia de Raimundo Vidal de Pessoa). No Estado de Roraima, a rebelião ocorreu na madrugada do dia 06 de janeiro de 2017, na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, a maior do Estado, deixando 33 mortos. E ainda nos primeiros dias de 2017, mais precisamente em 14 de janeiro, ocorreu mais um motim, dessa vez no Estado do Rio Grande do Norte, deixando 26 mortos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2017).

Muitas das reações da sociedade a essas mortes, surpreendentemente, refletem exatamente o pensamento de Lombroso. Aqueles que estão cumprindo pena não seriam "cidadãos honestos" e por isso estariam fadados a permanecer no crime, não merecendo sequer a solidariedade da sociedade. São exemplos disso, a declaração do ex-secretário nacional da Juventude, Bruno Júlio, sobre a chacina de Manaus: "Eu sou meio coxinha sobre isso. Sou filho de polícia, né? Sou meio coxinha. Tinha é que matar mais. Tinha que fazer uma chacina por semana." (JORNAL HOJE, 2017); e também a postagem do deputado federal Major Olímpio, que publicou em sua página pessoal no *Facebook*, uma mensagem na qual desafiava os presidiários do Complexo Penitenciário de Bangu, no Rio de Janeiro, a fazer rebeliões e massacres que superassem as mortes que ocorreram nos presídios de Manaus e de Boa Vista (G1, 2017a).

Nota-se, portanto, que a visão de Lombroso, infelizmente, não está tão superada quanto é natural se supor que estivesse. Encontra-se, ainda nos dias de hoje, justificativa, por exemplo, para morte de apenados baseada simplesmente no fato de que esses indivíduos não merecem viver, pois não são "pessoas de bem". Segundo esse entendimento, toda a culpa está no indivíduo. Desconsideram-se as circunstâncias que contribuíram para que o delito fosse cometido.

Para Lombroso, a criminalidade seria algo atávico e, embora tenha manifestado que o delinquente deveria lutar contra os fatores congênitos ou inatos que o inclinariam para a vida delituosa, não haveria grande expectativa de recuperação dessas pessoas, como é possível identificar na passagem: “Na realidade, para os delinquentes-natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos.” (LOMBROSO, 2007, p. 8)

A forma como o sistema prisional brasileiro é organizado certamente reflete na prática, a visão apresentada na teoria de Lombroso. São instituições que não tem como premissa o retorno dos apenados à vida social, ao contrário, objetivam apenas seu encarceramento e afastamento das “pessoas de bem”. Langeani e Ricardo (2016), com base em dados encontrados no relatório emitido pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN), afirmam que a população prisional brasileira ultrapassou 600 mil presos, o que significa atualmente cerca de dois presos por vaga. Ressaltam que o crescimento do número de presos não significou diminuição da violência, mas que ao contrário, a superlotação, a violação de direitos e a falta de ambientes e atividades propícias à ressocialização levaram a um acirramento da violência e crescimento de facções criminosas em presídios.

No que se refere a comportamentos delituosos praticados por crianças e adolescentes, a recente discussão sobre a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos nos casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte trouxe à tona opiniões muito similares às ideias de Lombroso. O Promotor de Justiça do Departamento da Infância e Juventude de São Paulo, Fábio José Bueno, afirmou:

> Eu sou favorável à redução da maioridade penal em relação a todos os crimes. Em 1940, o Brasil estipulou a maioridade em 18 anos. Antes disso, já foi 9 anos, já foi 14. Naquela época, os menores eram adolescentes abandonados que praticavam pequenos delitos. Não convinha punir esses menores como um adulto. Passaram-se 70 anos e hoje os menores não são mais os abandonados. O menor infrator, na sua maioria, é o adolescente que vem de família pobre, porém, não miserável. Tem casa, comida, educação, mas vai em busca de bens que dêem reconhecimento a ele. As medidas do Estatuto da Criança e do Adolescente não intimidam. Eles praticam os atos infracionais, porque não são punidos na medida. A pena tem a função de intimidação, que a medida socioeducativa não tem. É importante saber que o crime não compensa, que haverá uma pena, uma punição. (G1, 2017)

Conforme afirma Silva Júnior (2006), a Escola Positiva de Lombroso nega o livre-arbítrio e afirma a previsibilidade do comportamento humano (determinismo), passando a investigar as causas dos crimes a partir dos criminosos. O crime é um fenômeno da natureza sujeito a leis naturais (biológicas, psicológicas e sociais) que podem ser identificas, estudando-se o criminoso.

Por outro lado, há teóricos que acreditam ser fundamental considerar outros elementos no processo de criminalização, que não apenas as características individuais. São autores que buscam identificar possíveis influências sociais no comportamento humano. Dentre essas teorias encontra-se a Ecologia Humana da Escola de Chicago.

2.2 Teoria Ecológica da Escola de Chicago e realidade brasileira

Benko (1999) em sua obra intitulada Ciência Regional, afirma que a partir dos anos 30, a curiosidade de pesquisadores voltou-se para as cidades, pois o movimento de urbanização acelerou-se e esses espaços se tornaram mais importantes na organização econômica, social e cultural do espaço nacional e regional. Especificamente sobre a Escola de Chicago o autor afirma:

> A ideia central é a ascensão social dos habitantes da cidade. Em função dos seus recursos e do seu estatuto social, a população localiza-se em zonas de círculos concêntricos (semelhantes ao modelo de Von Thünen[11]), e as mudanças de situação traduzem-se por deslocações geográficas. Em redor do centro de negócio, nos bairros mal cuidados e densos, localiza-se a população mais desfavorecida (minorias étnicas, imigrantes recentes). Esta auréola, chamada zona de transição, está rodeada por zonas residenciais cada vez mais ricas, à medida que se avança em direção à periferia. (BENKO, 1999)

A atual Universidade de Chicago é uma fundação batista, criada em 1890 com o auxílio da contribuição filantrópica de John Rockefeller, o magnata do petróleo. Os trabalhos desenvolvidos pelo Departamento de Sociologia da Universidade preocupavam-se com diversos temas da área de ciências humanas. A própria Cidade mostrou-se um campo fértil para realização das pesquisas. Chicago tornou-se entre 1850 e 1890 uma grande cidade, com mais de um milhão de habitantes, e nos quarenta anos seguintes atingiu uma população de quase 3.400.000 habitantes. No final dos anos 1800, recebeu muitos imigrantes estrangeiros em busca de trabalho (alemães, escandinavos, irlandeses, italianos, judeus, checos e outros), que trouxeram grande diversidade étnica à cidade. Por volta do ano 1900, metade dos 1.700.000 habitantes havia nascido fora dos Estados Unidos. Chicago também recebeu os negros do sul, que eram 2% da população da cidade em 1910 e passaram a ser 7% em 1930. (EUFRASIO, 1999)

A Escola Sociológica de Chicago ou simplesmente Escola de Chicago produziu grande número de pesquisas sociais, muitas delas direcionadas especificamente à investigação de fenômenos que ocorriam no meio urbano da cidade de Chicago, e que se agravaram a partir da expansão urbana e do crescimento demográfico da cidade, tais como o aumento da pobreza, do desemprego e da criminalidade. Esses problemas tornaram-se os principais objetos de pesquisa dos sociólogos da Escola de Chicago, e o objetivo das pesquisas realizadas encontrava-se principalmente em responder se o espaço físico e as relações sociais determinavam ou influenciavam o modo e o estilo de vida dos indivíduos (abordagem ecológica). E mais especificamente, identificar se os comportamentos desviantes são fruto do meio social em que o indivíduo está inserido (CANCIAN, 2009).

A Escola Sociológica de Chicago conta com diversos autores, dentre os quais se destacam os sociólogos Robert Ezra Park (norte-americano), Louis Wirth (alemão), e Ernest Burgess (canadense). Park e Burgess buscaram estabelecer semelhanças nas relações estabelecidas nas cidades e nos ambientes encontrados na natureza (ecologia humana). As cidades seriam fortemente influenciadas por conceitos da evolução darwiniana, assim como os ecossistemas. (PARK; BURGESS, 2014)

[11] Para Von Thünen, economista alemão (1783-1850), que tinha como foco de pesquisa a produção agrícola, as zonas de cultura seriam delimitadas por círculos concêntricos e sucessivos à volta da cidade. Seu objetivo foi desenvolver um modo de produção agrícola mais rentável. Dessa forma, preocupou-se especialmente com a distância entre a produção e o centro consumidor. Embora a validade de sua teoria seja discutível nas condições econômicas atuais, Von Thünen inaugurou uma série de trabalhos de economia espacial e inspirou muitos trabalhos. (BENKO, 1999)

Nas palavras de Eufrásio (1999, p. 139): "(...) a cidade é vista como um todo orgânico de áreas funcionais, de populações homogêneas apenas em certo grau, mas que tendem a apresentar um comportamento semelhante." O autor afirma ainda a respeito da abordagem da ecologia humana:

> (...) As pessoas vivem juntas no todo, não porque são iguais, mas porque são úteis umas às outras. Isso é particularmente verdadeiro nas grandes cidades, onde as distâncias sociais são mantidas a despeito da proximidade geográfica e onde toda comunidade é provavelmente composta de pessoas que vivem todas juntas em relações que podem ser melhor descritas como simbióticas em vez de sociais. (EUFRÁSIO, 1999, p. 140)

Park e Burgess (2014) escreveram sobre o que consideraram os quatro grandes tipos de interação que ocorrem entre os indivíduos – competição, conflito, acomodação e assimilação. O contato social seria o início da interação. A competição seria a mais importante dessas interações, pois consiste na disputa pelos territórios disponíveis e gera a organização distributiva e ecológica da sociedade.

Sobre a diferença entre competição e conflito, os autores afirmam:

> A competição é uma luta por posição em uma ordem econômica. A distribuição das populações na economia mundial, a organização industrial na economia nacional, e a vocação do indivíduo na divisão do trabalho, todos estes são determinados, em longo prazo, pela competição. O status do indivíduo ou de um grupo de indivíduos na ordem social, por outro lado, é determinado pela rivalidade, pela guerra ou por formas mais sutis de conflito. (PARK; BURGESS, 2014, p. 132)

A ordem moral e política, que se impõe sobre a organização competitiva, seria um produto da acomodação, do conflito e da assimilação. A acomodação seria o processo pelo meio do qual os indivíduos fazem os ajustes internos necessários para se adaptarem a uma situação que foi gerada pela competição e pelo conflito. Estaria relacionada à ordem social, que é fixada e estabelecida em costumes que perpassam gerações. A assimilação, diferentemente da acomodação, implicaria em uma transformação mais profunda da personalidade, que ocorreria gradualmente sob a influência de contatos sociais mais concretos e íntimos. (PARK; BURGESS, 2014)

Burgess criou o modelo conhecido como das zonas concêntricas, segundo o qual a cidade seria dividida em anéis concêntricos, e o preço do solo regularia a sua ocupação. O modelo foi usado para comparar diferentes áreas de Chicago na busca por entender a distribuição dos problemas sociais na cidade. Foi a primeira tentativa de explicar a organização espacial da cidade. O estudo identificou as áreas centrais como física e socialmente deterioradas e as áreas mais distantes do centro como mais prósperas e caras. E nessas áreas degradadas a propensão à criminalidade seria maior. (BATISTA, 2013)

Para González (2003) a ideia central de Burgess em seu modelo seria a hipótese zonal. A cidade se dividiria em cinco zonas concêntricas. A zona do interior seria o distrito central de negócios. A mais próxima dessa seria a zona de transição, que se trataria de uma área deteriorada, nas qual seria possível encontrar fábricas, subúrbios e o bairro chinês. A terceira zona seria composta por habitações da classe trabalhadora. E a quarta e quinta zonas seriam zonas de habitações mais caras. Na zona de transição estariam os problemas de carência de integração, pois haveria constante chegada de imigrantes de diferentes culturas. As crianças ficariam divididas entre seus costumes de origem e os do local e haveria ainda, grande desordem, o que tornaria essa região mais propensa à delinquência.

Os conceitos utilizados pela Escola de Chicago são bastante empregados ainda hoje em estudos que buscam identificar relação entre a dimensão espacial das áreas urbanas e comportamentos humanos. Segundo o método das zonas concêntricas, todos os espaços urbanos seriam organizados de acordo com o mapeamento que foi realizado em Chicago, o que certamente não é possível ser comprovado na prática. Mas é inegável a influência do espaço no comportamento das pessoas.

No caso brasileiro, embora nem sempre possa se dizer que as áreas centrais tenham maior criminalidade do que as periféricas, é possível sim identificar áreas que apresentam indicadores de criminalidade mais elevados, fato que normalmente está ligado à pobreza e a uma oferta insuficiente de serviços públicos, o que vem ao encontro das ideias dos teóricos de Chicago, que viam a desorganização do espaço como um estímulo à criminalidade.

Em julho de 2007, o Ministério da Justiça lançou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), que se destinava à prevenção, controle e repressão da criminalidade, por meio da atuação em suas raízes sócio-culturais; além de articular ações de segurança pública com políticas sociais por meio da integração entre União, estados e municípios. O Programa foi planejado para ser inicialmente implementado nas 11 regiões metropolitanas brasileiras consideradas mais violentas: Belém, Belo Horizonte, Brasília (Entorno), Curitiba, Maceió, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro, Salvador, São Paulo e Vitória. (BRASIL, 2007)

Conforme Silva (2009), a criação do PRONASCI se deu de forma diferente do que normalmente ocorre com as demais políticas de segurança pública. Sua origem foi no ano de 2007, quando o ministro da Justiça Tarso Genro instituiu um grupo de trabalho para desenvolver o programa. Faziam parte não apenas policiais, mas também educadores, psicólogos, assistentes sociais e juristas. Essa heterogeneidade gerou uma proposta que previa a articulação entre prevenção e repressão.

Nota-se que em sua concepção, o PRONASCI trouxe consigo muitos elementos presentes nas teorias trabalhadas pela Escola de Chicago. Dentre eles estão a ideia de que o meio influencia o comportamento dos indivíduos (ecologia humana) e de que áreas degradadas e com falta de serviços públicos proporcionam um ambiente propício para o desenvolvimento da criminalidade (modelo das zonas concêntricas). Além disso, o PRONASCI demonstrou preocupação com a violência nas regiões metropolitanas (sociologia urbana).

O PRONASCI foi estruturado a partir de um conjunto amplo de objetivos. Dentre eles estavam a valorização dos profissionais de segurança pública; a ressocialização de pessoas que cumprem penas restritivas de liberdade; a integração de adolescentes e jovens às políticas sociais do governo; o acesso à Justiça em territórios de falta de coesão social e desintegração familiar; a intensificação do combate ao crime organizado e à corrupção policial; e a recuperação dos espaços urbanos. Seu público-alvo preferencial eram os jovens, em especial os presos ou egressos do sistema prisional. (SILVA, 2009)

O Programa inicialmente integrava 94 ações e dentre elas destacavam-se projetos como o Mulheres da Paz, que oferecia uma bolsa para as mulheres das comunidades atendidas, que optassem por se engajar no Programa. Elas seriam capacitadas em temas como ética e direitos humanos, e teriam a incumbência de aproximar os jovens com os quais o PRONASCI iria trabalhar. O Protejo, Projeto também integrante do Programa, seria direcionado para os jovens em território de descoesão social. Os jovens bolsistas agiriam como multiplicadores da filosofia passada pelas Mulheres da Paz e pelas equipes multidisciplinares. Também estavam previstas a instalação de pontos de cultura e a criação de centros de assistência e formação de agentes para mediação de conflitos. Todas essas iniciativas buscavam o resgate da cidadania nesses lugares. (BRASIL, 2007)

É possível identificar claramente uma relação entre o PRONASCI e a teoria difundida pela Escola de Chicago na frase de Silva (2009, p. 35):

> A reorganização dos espaços urbanos ocorrerá de forma simultânea à execução de ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Nos 11 territórios prioritários do PRONASCI, haverá ações do PAC; estão previstas, por exemplo, 386 obras de reurbanização de favelas.

Diferentemente da visão determinista da Teoria Psicobiológica de Lombroso, que vê o indivíduo como o único responsável pelo cometimento do delito; os teóricos da Escola de Chicago entendem que a degradação do ambiente e a falta de serviços sociais favorecem a criminalidade, portanto, iniciativas que busquem reverter esse quadro devem proporcionar redução na violência. O PRONASCI foi concebido seguindo justamente essa premissa.

Na visão de Ricardo Balestreri, que gerenciou o Programa durante o segundo mandato do governo Lula, "o PRONASCI foi o melhor e talvez o único programa sistêmico objetivo de segurança pública que nós tivemos no Brasil". O Programa buscou superar a dicotomia entre a União e os estados, ou a União e os municípios, atribuindo à União um importante papel de liderança em políticas públicas de segurança. Além disso, o PRONASCI tinha por objetivo substituir a visão de segurança pública como uma sustentação repressiva por um novo paradigma, baseado em ações de prevenção. (RODRIGUES, 2012)

Gomes (2013) apresenta resultados do Programa junto à cidade gaúcha de Canoas, na região metropolitana de Porto Alegre. O programa iniciou no município no ano de 2009, com o Território de Paz do bairro Guajuviras, no qual o índice de homicídios chegou a 70 por 100 mil habitantes. Em quatro anos de ações houve queda nos homicídios de 53,6% em Guajuviras e de 14,3% na cidade.

Apesar dessa nova visão sobre a qual o Programa foi desenhado e de resultados positivos de suas ações, seus recursos orçamentários foram sendo reduzidos gradativamente e outras políticas com foco na repressão tiveram seu orçamento ampliado, como foi o caso da construção de presídios e a política antidrogas. Algumas iniciativas desenvolvidas durante o PRONASCI permaneceram, mas sua gestão e custeio passaram a ser responsabilidade local.

3 Considerações finais

As teorias Psicobiológica de Lombroso e da Ecologia Humana da Escola de Chicago apresentam diferenças em sua essência, uma vez que a primeira desconsidera a influência do ambiente no comportamento desviante, atribuindo integralmente a responsabilidade ao indivíduo; e a segunda vê o ambiente como um fator que contribui diretamente para o cometimento de crimes.

Mas apesar disso, é possível encontrar alguns pontos em comum nas duas teorias. O primeiro deles está nas pesquisas com uso sistemático de métodos empíricos para coleta de dados e informações. Enquanto Lombroso realizou pesquisas em instituições totais na busca de padrões físicos e biológicos que pudessem estar relacionados ao crime; a Escola de Chicago investigou a própria cidade objetivando encontrar relação entre o ambiente e os problemas sociais.

As conclusões desses dois tipos de pesquisa empírica foram radicalmente diferentes, mas ainda assim, é possível reconhecer um caráter biológico nas duas teorias. Para Lombroso, a criminalidade seria atávica, ou seja, determinada por características biológicas, hereditárias. O

comportamento desviante seria fruto de reações primitivas, comparáveis a dos animais. A ecologia humana, por sua vez, apesar de não apresentar o determinismo de Lombroso, percebe semelhanças entre o comportamento dos seres humanos na sociedade e dos animais e vegetais nos ecossistemas.

Pensando sobre o processo de criminalização no Brasil, percebe-se que o senso comum (infelizmente) baseia-se muito nas ideias de Lombroso, que vêem o criminoso como alguém que dificilmente será recuperado, pois suas ações são fruto de características psicobiológicas e não da realidade social em que o indivíduo está inserido. É possível encontrar essa visão determinista em diversas manifestações realizadas sobre as rebeliões ocorridas em presídios brasileiros no início do ano de 2017. Para muitas pessoas, apenados não são dignos de solidariedade e o grande número de mortes ocorrido não deve ser causa de preocupação pela sociedade. A própria forma como funcionam nosso sistema penitenciário reflete certa similaridade com o pensamento de Lombroso, segundo o qual, quem comete delitos é predisposto biologicamente a esse comportamento, não havendo, portanto grandes chances de recuperação.

Por outro lado, é possível identificar iniciativas governamentais desenvolvidas com base nos conceitos usados pela Escola de Chicago, que entende o ambiente como elemento de grande influência no comportamento desviante, como é o caso do Programa PRONASCI, que foi planejado para reduzir a criminalidade, por meio de um conjunto de ações, que entre outras coisas, buscavam o desenvolvimento social de algumas áreas consideradas violentas. O Programa pode ser considerado inovador, pois além de buscar a integração entre os entes federados na gestão e execução de políticas públicas de segurança; seu foco era a prevenção e não a repressão. Ainda assim, o Programa passou a ter seus recursos orçamentário diminuídos gradativamente e concomitantemente o orçamento de programas com foco repressivo, como construção de presídios e política antidrogas foi sendo ampliado.

Referências

BATISTA, Carlos Roberto Rodrigues. O caminho da ecologia humana para um mundo em crescimento. *Revista VITAS – Visões Transdisciplinares sobre Ambiente e Sociedade,* Ano III, N. 7, ago. de 2013. Disponível em: <http://www.uff.br/revistavitas/images/Artigo_Carlos_Roberto_Batista_-2013_-O_caminho_da_ecologia_humana_Revis._Prof._Selene_1.pdf>. Acesso em 23 jan. 2017.

BENKO, Georges. *A Ciência Regional*. Oeiras: Celta, 1999.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *PRONASCI*: Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania. Brasília: Ministério da Justiça, 2007. Disponível em: <file:///F:/Processo%20de%20criminaliza%C3%A7%C3%A3o/pronasci_manual_de_aprendizagem.pdf>. Acesso em 24 jan. 2017.

CANCIAN, Renato. *Escola de Chicago*: contexto histórico. Pesquisas centradas no meio urbano. 2009. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/escola-de-chicago---contexto-historico-pesquisas-centradas-no-meio-urbano.htm>. Acesso em 20 jan. 2017.

EUFRASIO, Mário A. *Estrutura urbana e ecologia humana*: a escola sociológica de Chicago (1915-1940). São Paulo: Ed. 34, 1999.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Saiba quais foram algumas das maiores rebeliões em presídios do Brasil*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>. 2017. Acesso em 16 jan. 2017.

G1. Política. *Confira argumentos de defensores e críticos da redução da idade penal*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/confira-argumentos-de-defensores-e-criticos-da-reducao-da-idade-penal.html>. 2017. Acesso em 17 jan. 2017.

_____. *Vamos lá, Bangu! Vocês podem fazer melhor', diz deputado após massacres*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/vamos-la-bangu-voces-podem-fazer-melhor-diz-deputado-apos-massacres.ghtml>. 2017a. cesso em 16 jan. 2017.

GOMES, Rodrigo. Governo Dilma prioriza cadeia e ações antidrogas e abandona Pronasci. *Rede Brasil Atual*. 2013. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2013/07/governo-federal-prioriza-presidios-combate-drogas-abandona-pronasci>. Acesso em 30 maio 2017.

GONZÁLEZ, Carlos Vasquéz. *Delincuencia juvenil*: consideraciones penales y criminologías. Madrid: Colex, 2003.

JORNAL HOJE. *Secretário de Juventude pede demissão após declaração polêmica*. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2017/01/secretario-de-juventude-pede-demissao-apos-declaracao-polemica.html>. 2017. Acesso em 16 jan. 2017.

LANGEANI, Bruno; RICARDO, Carolina. Um chamado à razão. *Informativo Rede Justiça Criminal*. Janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/b948337bc7690673a39cb5cdb10994f8.pdf>. Acesso em 18 jan. 2017.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquent*e. São Paulo: Ícone, 2007.

PARK, Robert E.; BURGESS, Ernest W. Competição, conflito, acomodação e assimilação. *RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção,* v. 13, n. 38, p. 129-138, ago. 2014. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/rbse/ParkArt.pdf>. Acesso em 23 jan. 2017.

RODRIGUES, Cristina. *Pronasci foi a grande luz de esperança na segurança pública*. Entrevista com Ricardo Balestreri. Blog do Kopttke. 2012. Disponível em: <https://segurancaedemocracia.wordpress.com/2012/03/27/pronasci-foi-a-grande-luz-de-esperanca-na-seguranca-publica/>. Acesso em 30 maio 2017.

SILVA, Ronaldo Teixeira. Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci). In: *Desafios da gestão pública de segurança*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 31-37.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. *Teorias criminológicas sobre o problema do crime*. 2006. Disponível em: <http://www.leliobragacalhau.com.br/teorias-criminologicas-sobre-o-problema-do-crime/>. Acesso em 19 jan. 2017.

TAYLOR, I; WALTON, P.; YOUNG, J. Conclusiones. In: *La nueva criminologia*: contribución a una teoria social de La conducta desviada. Buenos Aires: Amorrortu, 1990.



ANAIS

GT: O DIREITO ANIMAL NA ARTE E NA LITERATURA.
Coordenadores: Fernanda Medeiros (Unilasalle), Heron Gordilho (UFBA) e Bianca Pazzini

Canoas, 2017.

RESÍDUOS SÓLIDOS URBANOS: AS SOBRAS DA MODERNIDADE

Rosana Vasconcellos Brusamarelo,
Advogada Discente do Curso de Mestrado Acadêmico Avaliação de Impactos Ambientais,
Unilasalle. E-mail: rosanabrusamarelo@gmail.com

Sydney Sabedot,
Professor e Pesquisador do Curso de Mestrado Acadêmico Avaliação de Impactos Ambientais,
Unilasalle. E-mail: sydney.sabedot@unilasalle.edu.br

Resumo:

O lixo, ou sua denominação atualmente mais apropriada, resíduo sólidos urbano, vem afetando os seres humanos e seus habitats. Sua geração descontrolada vem criando problemas para a sua administração, na medida em que nem mesmo as Leis instituídas e as políticas adotadas pelo poder público têm tido eficiência no tocante à sua correta destinação final. A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), Lei n° 12.305/2010, trouxe disciplinamento para ações públicas e dos cidadãos, mas a burocracia política tem dificultado sua eficácia, na prática. A PNRS estabeleceu responsabilidades compartilhadas para todos os integrantes da cadeia produtiva, dos consumidores e do poder público, que, se cumpridas integralmente, gerariam benefícios ambientais significativos e um processo de logística reversa eficiente. Os aterros sanitários deveriam ser a destinação final de resíduos não recicláveis, após o aproveitamento/reaproveitamento de todos os resíduos da cadeia produtiva. No entanto, muitos Municípios brasileiros ainda têm dificuldades de toda ordem para cumprirem a PNRS, a população, em geral, também não colabora para a sua correta implementação, e o poder público tem tido complacência com os infratores. O resultado é a continuidade ilegal de lixões e aterros controlados, para os quais ainda são destinadas muitas toneladas diárias de lixo urbano geradas pela população. Este artigo trata sobre as questões legais, científicas e práticas relacionadas aos resíduos sólidos urbanos no Brasil, e como os atores envolvidos neste processo vem atuando na gestão dos procedimentos relacionados à temática.

Palavras-Chave: RSU. Gestão Ambiental. Legislação ambiental.

Abstract

Garbage, or its currently most appropriate name, urban solid waste, has been affecting humans and their habitats. Uncontrolled generation has created problems for its administration, because neither the laws instituted nor the policies adopted by the public power have been efficient in their correct final destination. The National Solid Waste Policy (PNRS), Law No. 12,305/2010, disciplined public actions and actions for citizens, but the political bureaucracy hinders its effectiveness in practice. The PNRS established shared responsibilities for all members of the productive chain, consumers and government, which, if fully implemented, would generate significant environmental benefits and an efficient reverse logistics process. Landfills should be the final disposal of non-recyclable wastes after the recovery/reuse of all waste from the production network. However, many Brazilian municipalities still have difficulties of any order to comply with the PNRS, the population, in general, also does not collaborate for its correct implementation, and the public power has been complacent with the violators of the process. The result is the unlawful continuity of landfills and

controlled landfills for which many tons of urban waste are generated every day. This paper deals with the legal, scientific and practical issues related to urban solid waste in Brazil, and how the actors involved in this process act in the management of procedures related to the subject.

Keywords: MSW. environmental management. environmental legislation.

1 Introdução

A abordagem sobre o tema lixo, ou sua denominação ambientalmente adequada, resíduo sólido urbano (RSU), implica, primeiramente, tratar sobre sua geração. O tema implica um problema com duas pontas: a primeira, quanto a sua geração, envolve um direito fundamental da pessoa humana relacionado ao seu bem-estar e a uma vida digna, na medida em que o crescimento da geração de resíduos afeta os seres humanos e o meio ambiente. A Constituição brasileira determina que é um dever de todos zelar pela qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Assim, urge mudarem-se os hábitos de consumo para serem evitados sérios problemas com o lixo gerado. A segunda ponta é a realidade dos RSU e as possíveis soluções.

Todos os envolvidos neste processo são sujeitos ativos e passivos da degradação ambiental que o acúmulo descontrolado de rejeitos e resíduos provocam. Estes dois termos não são sinônimos e ambos serão comentados adiante.

Neste tempo do consumismo desenfreado cabe travar uma batalha contra o desperdício e, ainda, diminuir o consumo, de modo que as políticas públicas sobre resíduos possam ser realmente efetivas. Em vista disso, a política ambiental deixou de ser apenas competência de organizações ambientais, mas, também, dos cidadãos e dos órgãos públicos. Todos precisam estar envolvidos na causa, imbuídos no princípio da transversalidade, que advém do tratamento sistêmico e transversal dado à temática do meio ambiente através da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional.

Não é difícil compreender porque a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), Lei nº 12.305, de 2010, demorou 21 anos para sair do papel. Com diversos órgãos envolvidos e muita burocracia política fica difícil um consenso para solucionar um dos problemas que vem assombrando a humanidade, na atualidade.

O artigo foi desenvolvido com a pesquisa sobre o referencial teórico que aborda o tema. Gil (2002) indica que se trata de um método descritivo, na medida em que descreve as características das populações analisadas e os fenômenos referentes às mesmas, para estabelecer relações entre variáveis dos fenômenos avaliados. Conforme Rodrigues (2007), trata-se de uma abordagem qualitativa do problema, pois descreve-se os aspectos socioeconômico, operacional e legislativo da gestão dos RSU, e sua integração na PNRS. Neste contexto, utilizou-se de referencial teórico encontrado em livros, artigos científicos e sítios na internet, além de pesquisa sobre legislação nacional e estadual, para se descrever o panorama geral do Brasil, em termos de números, bem como gestão ambiental, políticas públicas e educação ambiental, voltadas para evitar o aumento da geração dos RSU e sua destinação final, problemas que afligem a população mundial.

2 Referencial Teórico

2.1 História dos Resíduos Sólidos Urbanos

O Homem nômade já causava impactos negativos sobre o meio ambiente. Como o quantitativo demográfico era mínimo, e a geração de RSU era de materiais orgânicos (decompostos pela biota), os impactos eram mínimos.

Quando se fixou em aldeias e principalmente em cidades, as quais começaram a se formar em torno do ano 4.000 a.C (EIGENHEER, 2009), teve início a urbanização em massa, causando elevada geração de resíduos nestas localidades.

No início da formação das cidades, os excrementos humanos eram lançados em valas e fossas que drenavam para corpos hídricos. Com a urbanização e as desigualdades sociais, mesmo com os avanços técnicos, leis e esforços públicos, a limpeza urbana ainda era negligenciada.

No século XVII, eram utilizados escravos, conhecidos como "tigres", para fazer o transporte dos resíduos. Karasch (2000) assim relata:

> A repugnante tarefa de carregar lixo e os dejetos da casa para as praças e praias era geralmente destinada ao único escravo da família ou ao de menor status ou valor. Todas as noites, depois das dez horas, os escravos conhecidos popularmente como "tigres" levavam tubos ou barris de excremento e lixo sobre a cabeça pelas ruas do Rio.

Em 1864, no Rio de Janeiro foi implantado o sistema de esgoto da cidade através da companhia inglesa "The Rio de Janeiro City Improvements Company Limited". Com isto houve uma especialização na limpeza urbana, voltada propriamente para o lixo.

Com a Revolução Industrial, surgiram muitos impactos com os resíduos industriais, causando poluição do ar, do solo e da água, além de estragos materiais causados pela implantação das fábricas.

No Brasil, as novidades quanto aos RSU só surgiram no século XX, com a implantação de processos como a incineração, a usina de triagem e a compostagem. Eigenheer (2009) relata que:

> a coleta seletiva foi implantada no Brasil a partir de 1985, inicialmente no bairro de São Francisco, Niterói. Foi uma iniciativa do Centro Comunitário de São Francisco (associação de moradores) e da Universidade Federal Fluminense. Em 1988, Curitiba se torna a primeira cidade a ter o sistema.

Com a explosão demográfica na metade do século XX, diversos problemas ambientais surgiram. Houve aumento exagerado de consumo, o que foi ótimo para a economia, porém para o meio ambiente foi, e tem sido, fator determinante de degradação, pela grande quantidade de RSU produzido na fabricação de bens de consumo.

A Segunda Guerra Mundial anulou os avanços devido à destruição das cidades. Durante o conflito, a questão do destino final dos resíduos sólidos se agravou. Até hoje são ainda identificados locais contaminados pelos mais diversos poluentes químicos em áreas que serviram como vazadouros para a indústria de guerra.

Após a Segunda Guerra Mundial houve aumento exagerado do consumo, acentuando-se a geração de RSU, fazendo com que a população passasse a ter maior preocupação, devido à

necessidade de reconstrução das cidades e de reaproveitamento de tudo que fosse possível, devido à escassez.

Somente no decorrer dos últimos 20 anos que se iniciaram, no Brasil, os programas de reciclagem e coletas seletivas que visavam à diminuição da quantidade de lixo nos municípios.

O conceito lixo foi sendo substituído pelo conceito "resíduo" a partir do século XIX (EIGENHEER, 2009).

2.2 Redefinindo os resíduos sólidos urbanos: Lei nº 12.305/2010

A gestão e disposição inadequada dos RSU têm causado impactos socioambientais enormes, o que gerou maior preocupação do poder público e, por isso, foi editada, em 2010, a Lei nº 12.305 (PNRS), sendo o marco regulatório em termos de resíduos sólidos.

A referida Lei instituiu, de fato, um novo marco regulatório para os resíduos sólidos, tendo como diretriz basilar a não geração, a redução, a reciclagem, o tratamento dos resíduos sólidos e a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. Nela são consideradas as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública, bem como a promoção do desenvolvimento sustentável e da ecoeficiência (SOUSA, 2012).

Deve-se ter um cuidado especial com os termos incorporados na Lei, pois muitos confundem o que é rejeito com resíduo, sendo que os dois não são sinônimos e sim termos diferentes que fazem parte do ciclo de vida dos produtos.

A definição de resíduos sólidos encontra-se no art. 3º, inc. XVI da Lei nº 12.305/2010 (BRASIL, 2010), nos seguintes termos:

> XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Já, os rejeitos são definidos no art. 3º, inc. XV da referida Lei, nos seguintes termos:

> XV - rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;

Nota-se que os resíduos, são as sobras, o lixo que é descartado pelo ser humano e que ainda pode ser tratado e reaproveitado de alguma maneira. Enquanto que o rejeito, é o que não pode ser mais aproveitado, esgotaram-se todas as possibilidades de tratamento e destina-se a "disposição final ambientalmente adequada", que seriam os aterros sanitário, incineração ou outro método pertinente.

Silva Filho (2010) ressalta que:

> Com a diferenciação entre resíduos sólidos e rejeitos, trazida pela PNRS, aliada às definições de destinação e disposição final ambientalmente adequada, uma nova fase deverá ser iniciada na execução dos serviços de limpeza urbana, com a substituição do sistema linear de gestão de resíduos, até então adotado, por

> um sistema cíclico. Este sistema cíclico determina uma ordem para aplicar as prioridades de ações, vinculada pelo dispositivo que estabelece a hierarquia na gestão e no gerenciamento dos resíduos sólidos.

Assim, a PNRS prevê a "responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto" e a "logística reversa". Com esses dois conceitos, a PNRS apresenta atribuições não apenas dos fabricantes, mas, também, dos demais participantes da cadeia: importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e poder público responsável pelos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos. Trata-se, portanto, de uma inovação na maneira de a sociedade se organizar dentro desta temática. Estes conceitos já são aplicados em alguns países europeus trazendo muitos benefícios ambientais (JUCÁ, 2013).

Como um dos objetivos da PNRS é a gestão integrada do RSU, voltada para o aproveitamento como recurso, essa lei traz um entrosamento entre os diversos agentes da sociedade para que este objetivo seja alcançado.

Neste sentido, têm-se dois conceitos muito importantes que devem ser vistos, quais sejam, de responsabilidade compartilhada e a logística reversa, a qual tem alcançado resultados positivos nos países europeus.

Logo, a PNRS define responsabilidade compartilhada do seguinte modo:

> Responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei;

Assim a Lei nº 12.305/2010 instituiu o Princípio da Responsabilidade Compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, embora esse encadeamento de responsabilidades não retira a individualização de cada ação ou omissão da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. Segundo Machado (2006), há um imenso desafio na aplicação do Princípio da Responsabilidade Compartilhada, que é a efetividade da responsabilidade dos envolvidos na cadeia de produção e consumo.

Já o art. 3º, inc. XII da PNRS, define a logística reversa:

> XII - logística reversa: instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada;

Nota-se que o sucesso da lei também depende muito da participação popular, que deve ter a consciência sobre a necessidade de reduzir o volume de resíduos gerado, além das diversas entidades e organizações da sociedade civil, que devem gerir todo o resíduo produzido em seus diversos setores.

A referida lei se propõe a disciplinar os resíduos sólidos de uma forma ampla, abrangendo desde medidas para diminuir sua geração, até as atinentes à sua gestão, incluindo a disposição final de rejeitos. Muito importante são dois artigos: o 9º e o 54, uma vez que os mesmos tratam da disposição ambientalmente adequada. Assim tem-se:

> Art. 9°: Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.
> Art. 54: A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9 º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

São várias as tecnologias existentes para a valorização e tratamento de RSU, tais como: compostagem, recuperação energética e destinação final em aterro sanitário.

A PNRS determina que os aterros controlados e os antigos lixões deveriam ser trocados até o ano 2014 por aterros sanitários, conforme visto no artigo 54 da mesma.

O prazo para encerramento de lixões, conforme a Lei nº 12.305/10, foi 2 de agosto de 2014 e, a partir desta data, os rejeitos deveriam ter uma disposição final ambientalmente adequada. Esse prazo foi parte das metas dos planos estaduais e municipais de resíduos sólidos, que deveriam prever desde a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública, à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos, até a coleta seletiva. Além disso, o município deveria estabelecer metas de redução da geração de resíduos sólidos.

A Lei não trata expressamente do encerramento de lixões, mas esta é uma consequência da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, que deve estar refletida nas metas para a eliminação e recuperação destes lixões em seus respectivos planos de resíduos sólidos.

Assim, não é novidade o que a Lei preconiza, que apenas a partir do termo final será possível cobrar dos Municípios a efetiva execução de tal norma. O não cumprimento gerará multas e, ainda, o Município não receberá recursos da União.

A realidade no Estado do Rio Grande do Sul ainda enseja sérias preocupações, considerando que muitos municípios ainda não conseguiram realizar seus planos integrados de resíduos sólidos, muito menos estão incluídos em algum consórcio público intermunicipal.

Um dos grandes problemas enfrentados pelos Municípios é a crescente urbanização, pois fica difícil conseguir uma área ambiental e economicamente adequada para a disposição final dos RSU. Isso porque para dispor os resíduos no solo, deve-se levar em consideração uma série de fatores, tais como: o local, a topografia, característica do solo, os corpos d'água e a distância do centro gerador; assim, fica cada vez mais difícil encontrar uma área que contemple todas estas características.

2.3 Resíduos Sólidos Urbanos em números

A área total do Brasil é de 8.514.876,599 km^2 e é o 5º maior país em extensão territorial do mundo, com uma população total de 201.032.714 habitantes no ano de 2013 (IBGE, 2013), dos quais cerca de 85% correspondem à população urbana.

No país, devido à disposição final irregular, à coleta informal e à insuficiência do sistema de coleta pública, é difícil quantificar os dados acerca dos RSU gerados per capita. De acordo com o CEMPRE (2013), cerca de 19,7% dos resíduos gerados no Brasil não são recolhidos.

A geração per capita dos resíduos também pode ser considerada através dos hábitos humanos, do padrão de vida, dos fatores culturais, da renda familiar e, ainda, da economia de determinado país, sendo este determinante, pois quanto maior a renda, maior o consumo e, geralmente, maior a produção de resíduos. Logo, em países mais ricos, a porcentagem de recicláveis nos RSU é maior do que em países mais pobres, uma vez que nestes a maior parte dos resíduos é de matéria orgânica.

É possível observar que o nível de aumento da geração de resíduos acompanha o ritmo de crescimento do produto interno bruto (PIB). O aumento ou diminuição no PIB implica numa movimentação semelhante da quantidade de RSU gerados. A relação entre a geração dos resíduos sólidos e a evolução da economia é um fato também constatado em diversas regiões no Brasil.

Neste contexto, é importante salientar que a geração dos resíduos e, consequentemente, seu tratamento e disposição final estão relacionados não apenas à população ou PIB de uma região, estado ou município, mas, também, à gestão e ao gerenciamento dos resíduos pelo poder municipal, que é capaz de implementar ações que incentivem a redução de resíduos ou o seu aproveitamento.

A população brasileira cresceu 0,8% entre 2014 e 2015, e a geração de RSU per capita cresceu no mesmo ritmo, atingindo o equivalente a 218.874 t/dia de RSU, um crescimento de 1,7% em relação ao ano anterior (ABRELPE, 2015).

No ano de 2013, a população brasileira gerou 76.387.200 toneladas de RSU, sendo que a geração per capita foi, em média, 1,041 kg/hab/dia (ABRELPE, 2014). Estes valores são diferentes para cada região brasileira. Em ordem crescente de geração per capita de resíduos sólidos estão: Sul, com 0,76 kg/hab/dia; Norte, com 0,89 kg/hab/dia; Nordeste, com 0,95 kg/hab/dia; Centro-Oeste, com 1,11 kg/hab/dia; e Sudeste, com 1,2 kg/hab/dia. Como o Sudeste e o Nordeste são as regiões mais populosas, elas são, consequentemente, as maiores geradoras de resíduos, produzindo, juntas, mais de 74% dos RSU gerados no Brasil.

Quanto à coleta dos RSU, nas áreas urbanas essa atividade alcança quase que a totalidade dos domicílios, em todas as regiões brasileiras, isto é, 98,2% dos domicílios (IPEA, 2012). Mas se forem consideradas as áreas rurais há uma diminuição significativa.

A coleta seletiva acontece em cerca de 62% dos municípios brasileiros e, somando-se todos os tipos de coletas, foram recolhidas, no Brasil, 69.064.935 toneladas de RSU no ano de 2013. A comparação entre as quantidades geradas e coletadas mostra que diariamente mais de 20.000 toneladas deixaram de ser coletadas no país. Provavelmente, estes resíduos tiveram um destino impróprio (ABRELPE, 2014).

Os dados da ABRELPE (2015) indicam que a quantidade de RSU coletada em 2015 cresceu em todas as regiões, em comparação ao ano anterior; a região Sudeste continua respondendo por quase 53% do total, e apresenta o maior percentual de cobertura dos serviços de coleta no país.

Em 2008, do total de resíduos sólidos coletados nos municípios brasileiros, 50,8% foram dispostos em lixões e 22,5% em aterros controlados, conforme o IBGE (IBGE, 2008). Somando estas duas formas de disposição, 73,3% dos resíduos sólidos foram dispostos de modo inadequado.

As regiões Sul e Sudeste foram as que apresentaram menos municípios depositando resíduos em lixões (15,8% e 18,7%, respectivamente), enquanto que nas regiões Norte e Nordeste a maioria dos municípios dispõe seus resíduos de modo inadequado (85,5% e 89,3%, respectivamente), provavelmente devido à diferença relacionada ao desenvolvimento tecnológico (IBGE, 2008).

Já no ano de 2015, os dados mudaram e é o que mostra a ABRELPE (2015), nos quais 58,7% dos resíduos coletados foram depositados em aterros sanitários, correspondendo a 42,6 milhões de toneladas, e os 30 milhões de toneladas restantes, que foram encaminhados para lixões ou aterros controlados, correspondendo a 3.326 municípios que não seguem a destinação final adequada.

As projeções demográficas para o período de 2000 a 2060 indicam que a população brasileira atingirá seu máximo em 2042, com aproximadamente 228,4 milhões de habitantes (IBGE, 2013). Se a produção per capita de resíduos for mantida na faixa do que é gerado atualmente, cerca de 1,04 kg/hab/dia, no ano de 2042 serão gerados mais de 31,6 trilhões de toneladas de RSU, computando uma geração recorde. Além disso, tem-se observado que a taxa de produção de resíduos per capita no

país tem crescido em proporções maiores do que a taxa de crescimento da população (ABRELPE, 2014).

De acordo com os dados apresentados pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), através da terceira edição do "Diagnóstico do Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos", participaram da enquete 3.765 municípios, ou seja, 67,6% do total do país. Referindo-se à população urbana, tem-se 86,1%, respondendo por 147,4 milhões de habitantes urbanos. Assim (SNIS, 2014):

> Segundo a classificação efetivada pelos próprios órgãos gestores municipais que responderam o SNIS-2014 é possível inferir o destino final de 81,7% da massa coletada no País. Assim, da massa total coletada estimada em 64,4 milhões de toneladas e desprezando-se, para efeito de segurança, a parcela que é recuperada, apurou-se que 52,4% são dispostas em aterros sanitários, 13,1% em aterros controlados, 12,3% em lixões e 3,9% encaminhados para unidades de triagem e de compostagem, restando então a parcela de 18,3% sem informação, a qual se refere sobretudo aos pequenos municípios até 30 mil habitantes. Embora ciente das restrições impostas por tal lacuna, o SNIS-RS julga pertinente, a título de exercício, se admitir que dois terços desta "massa sem informação" seja encaminhada para os lixões. Nesta hipótese pode-se dizer que 58,5% da massa total coletada no País é disposta de forma adequada, sendo o restante distribuído por destinações em lixões, aterros controlados e, em menor escala, a unidades de triagem e unidades de compostagem.

Os custos de empreendimentos para a construção de aterros sanitários são de elevado valor e a maioria dos municípios não tem capital para suportá-los, sendo bem mais fácil "jogar os resíduos sólidos" em lixões, na maioria sem qualquer controle, ou em aterros controlados com controle precário.

Só para se ter uma ideia dos gastos realizados (SNIS, 2014):

> A despesa total com o manejo dos resíduos sólidos, quando rateada pela população urbana, resulta em um valor médio anual de R$ 110,00 por habitante, partindo de um patamar inferior médio de R$ 78,71 para municípios até 100 mil habitantes e chegando a R$ 163,83 no caso das duas maiores metrópoles brasileiras, embora também valha citar que, na hipótese de não se admitir os municípios do Rio de Janeiro e São Paulo o indicador médio nacional caia para R$ 99,00 por habitante. Este último significa um acréscimo aproximado de 7% sobre o valor do mesmo indicador no ano anterior. Mais uma vez, não se levando em conta os municípios da faixa 6, tais despesas implicam no comprometimento de uma fatia de 4,4% das despesas correntes municipais (exceto despesas de capital) com todos os demais serviços públicos (educação, saúde, segurança, transporte etc). Extrapolando as despesas verificadas nos municípios participantes do Diagnóstico, é possível estimar que, no ano de 2014, as Prefeituras tiveram um gasto aproximado de R$ 17,30 bilhões com pessoal, veículos, manutenção, insumos e demais remunerações, exceto investimentos, para a lida com os resíduos sólidos urbanos em todo o País.

Pela ABRETE (Associação Brasileira de Empresas de Tratamento de Resíduos), o custo médio da disposição final ambientalmente adequada (aterro sanitário de médio porte) requer o investimento per capita de R$ 16,00/habitante/ano e o custo per capita é de R$ 22,00/habitante/ano.

Os preços e custos dos sistemas de limpeza pública distinguem-se nas diversas regiões do Brasil, de forma que a quantidades de resíduo coletado e as características também influenciam esses valores; ainda tem que ser observado a estrutura de mercado.

Assim, de acordo com o IPEA (2013), os custos per capita são maiores nas capitais da região Sudeste (R$ 185,93, em média), seguidos pelas capitais da região Norte (R$ 163,85, em média), capitais do Nordeste (R$ 151,23, em média), capitais do Sul (R$ 125,86, em média) e capitais do Centro Oeste (R$ 101,62, em média).

Deve ser observado, ainda, se o serviço de limpeza urbana é realizado pelo próprio ente público ou terceirizado. Nas capitais brasileiras, a existência do setor privado (terceirização) na operação dos serviços tende a trazer pressões de aumento dos custos dos serviços oferecidos, quando se esperaria o contrário, atribuindo-se maior eficiência do setor privado do que o setor público, em termos de produtividade e eficiência.

Pelo Panorama ABRELPE (2015), o mercado de limpeza urbana no país apresentou evolução, a qual foi registrada em todas as regiões e movimentou, no ano de 2015, recursos correspondentes a R$ 27,5 bilhões.

Os recursos aplicados pelos Municípios foram, em média, R$ 10,15/hab/mês aumentando 1,7% em relação à 2014.

O Rio Grande do Sul, em dezembro de 2015, finalizou o Plano Estadual de Resíduos Sólidos (PERS), tendo concluído que dos 497 municípios, 399 enviavam seus RSU para disposição final em 19 aterros sanitários com licença de operação (LO) em vigor, emitida pela FEPAM. Outros 93 municípios enviavam para aterros controlados, que também estão com os dias contados pela nova Lei, e três realizavam a disposição de seus resíduos em lixões à céu aberto, segundo informações do Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA, 2015).

Segundo o Programa Estadual de Resíduos Sólidos, no âmbito municipal (PERS, 2015):

> Evidencia-se a urgência para que os 98 gestores municipais providenciem o envio dos RSU gerados em seus municípios para aterros com LO em vigor. Cabe a totalidade dos municípios do Estado viabilizarem a implantação de ações que visem a recuperação dos resíduos passíveis de reciclagem e o emprego da fração orgânica dos RSU em projetos de compostagem orgânica. O somatório destas ações resultará na redução significativa do volume de resíduos a ser enviado para disposição final em aterros sanitários. Com a consolidação das ações citadas, praticamente a fração constituída pelos rejeitos (cerca de 15% do total) deverá ser destinado a aterros sanitários.

A solução dada pelo citado programa é a implantação de Áreas de Transbordo e Triagem (ATT), as quais são empreendimentos de baixo custo para a implantação e operação. Ainda conforme as soluções dadas pelo citado programa:

> Considerando que cerca de 400 municípios do Estado do RS, possuem populações em torno de 10.000 habitantes, com uma geração estimada de RSU em torno de 7 ton/dia, propõe-se alternativas locais e regionais para a gestão adequada ambientalmente destes resíduos. Dentre as alternativas com baixo custo de implantação, destacam-se a construção de Aterros Sanitários Simplificados de Pequeno Porte, (resolução CONAMA n°404/2010) para o recebimento de rejeitos.

No Estado, o órgão responsável pelo licenciamento e fiscalização dos empreendimentos de disposição final de RSU gerados nos Municípios é a Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler (FEPAM), que atua através de sua divisão de saneamento ambiental.

O Ministério do Meio Ambiente, em 2008, através da resolução CONAMA 404, estabelece critérios e diretrizes para a implantação de aterros sanitários simplificados de pequeno porte de RSU. Esta seria uma alternativa para os municípios que produzem, diariamente, até 20 toneladas de RSU.

Ainda neste caso, há uma simplificação do procedimento de licenciamento ambiental, inclusive dispensando a apresentação do EIA/RIMA. Até o presente momento, o Estado não possui nenhum aterro sanitário simplificado, conforme informado pela FEPAM.

Em 2015, o Estado possuía 19 Municípios de grande porte (5.381.952 habitantes), 54 Municípios de médio porte (2.814.225 habitantes) e 424 municípios de pequeno porte (3.051.795 habitantes).

Entre os municípios de grande porte, 12 municípios destinam seus resíduos de forma adequada e 7 de forma inadequada (em lixões e aterros controlados). Já nos municípios de médio porte, 40 realizam a disposição de forma ambientalmente adequada e 13 realizam uma destinação inadequada, sendo que um município encaminha seus RSU para fora do Estado. Em relação aos municípios de pequeno porte, 300 têm destinação ambientalmente adequada, 99 de maneira inadequada e em 25 municípios não há informação ou encaminham os seus RSU para fora do Estado (FEPAM, 2016).

Em termos populacional e municipal, em 2015 observou-se que 70,8% dos municípios do Estado destinaram seus RSU de forma ambientalmente adequada, representando 73,2% da população do estado, 23,9% dos municípios destinaram seus RSU para áreas inadequadas, representando 25,3% da população estadual, e para 5,2% dos municípios não houve informação ou estes destinam seus RSU para fora do Estado, representando 1,5% da população.

Considerando os números apresentados, muitos estudos passaram a ser desenvolvidos com a finalidade de identificar as melhores formas de efetuar a gestão dos resíduos. O gerenciamento desenvolveu-se muito após a PNRS, tanto que cada região apresenta um crescimento diferenciado. Alguns países já possuem planos que vão desde a fabricação do produto até o descarte e tratamento ou sua disposição, contudo em outros países, o lixo/RSU é descartado sem o mínimo de cuidado, sendo depositado em qualquer lugar.

3 Considerações Finais

A preocupação com o tema resíduos sólidos é universal e vem sendo discutida há algumas décadas, tanto na esfera internacional como na nacional. O gerenciamento de resíduos sólidos vem passando por um processo de reformulação com vistas à diminuição sistemática da produção dos resíduos na fonte, minimizando o consumo de energia, o desperdício de matéria-prima e, consequentemente, causando menos impacto ambiental. Ao mesmo tempo, inúmeros profissionais vêm tratando da questão dos resíduos sólidos, discutindo os inúmeros aspectos que perpassam o tema, seja técnico, legal, financeiro, institucional, etc. Daí a crescente bibliografia sobre o tema e que o mantém em evidência.

Obviamente, os avanços na busca e perpetuação de soluções para a questão ambiental e, mesmo, especificamente, no caso da gestão de resíduos sólidos, passam pela criação e implementação de políticas públicas e de governo, que serão mais eficazes, quanto maior for o grau de comprometimento dos atores envolvidos. Neste sentido, vê-se que a educação ambiental sempre terá um papel muito importante na mudança de hábitos e valores das atuais sociedades, nas quais predomina, ainda, a ideia do consumo imediato, do descartável e do inútil, em detrimento da saúde ambiental e de sua própria sobrevivência.

Os números não mostram perspectivas otimistas, mas as mudanças estão sendo realizadas. Com o surgimento da PNRS muita coisa evoluiu, vários Municípios estão acabando com os lixões e realizando uma gestão de RSU com os Planos Municipais de RSU.

Só a Lei não funcionará se não houver políticas públicas eficientes e punitivas, pois tanto o cidadão, como as empresas e, até mesmo, o setor público, no Brasil, procedem corretamente se houver punição; caso contrário, continuam a proceder de qualquer jeito. Infelizmente, essa é a realidade brasileira. Enquanto não houver conscientização os números tenderão a crescerem cada vez mais.

A PNRS traz uma ordem de prioridades em relação à produção, quais sejam: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final. Se essa ordem for observada no final do ciclo de vida do produto irá se ter muito menos resíduos, já que cada indivíduo terá uma preocupação em não gerar tanto resíduo, diminuindo o consumo de produtos com tantas embalagens, ou ainda tentará reutilizar o que sobrou, saberá reciclar os resíduos. Se o indivíduo tiver consciência que o seu lixo é o mal do século e só cabe a ele diminuí-lo, os fatos começarão a mudar. Bons exemplos são os países do primeiro mundo, que são aos maiores produtores de resíduos, porém utilizam ou reaproveitam tudo que podem, sobrando, no final do ciclo, muito pouco para destinação em aterros ou incineração, um processo que depende muito da educação e cultura da população.

Referências

ABETRE. *Reflexões sobre a gestão de resíduos*. São Paulo, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS - ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil - 2010. 2011*. Disponível em: http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2010.pdf. Acesso em: ago. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS - ABRELPE. Panorama *dos Resíduos Sólidos no Brasil - 2013. 2014*. Disponível em: http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2013.pdf. Acesso em: ago. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS - ABRELPE. *Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil - 2014. 2015*. Disponível em: http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2014.pdf. Acesso em: fev. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999*. Educação Ambiental. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm>. Acesso em: 01/04/2017.

BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Legislação de direito ambiental, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Resolução CONAMA nº 404 de 11 de novembro de 2008*. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=592. Acesso em: 10 de maio de 2016.

COMPROMISSO EMPRESARIAL PARA RECICLAGEM - CEMPRE. *CEMPRE Review. 2013*. Disponível em: http://cempre.org.br/artigo-publicacao/artigos. Acesso em dez. 2016.

CONSEMA. *Resolução nº 301 de 2015*. Aprova o Programa de gestão de resíduos sólidos no âmbito Municipal- PEGRSM. Disponível em: http://www.sema.rs.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CONSEMA%20n%C2%BA%20301-2015-aprova%20o%20Programa%20Estadual%20de%20gest%C3%A3o%20de%20Res%C3%ADduos%20S%C3%B3lidos%20no%20ambito%20Municipal-PEGRSM.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2016.

EIGENHEER, E. M. *História do lixo*. Rio de Janeiro: ELS2 Comunicação, 2009.

FEPAM- Fundação Estadual de Proteção Ambiental Henrique Luiz Roessler – RS. *Diretriz técnica para o licenciamento de tecnologias de processamento de resíduos sólidos*. Disponível em: fepam.rs.gov.br. Acesso em: 22 de abril de 2016.

GIL, A. C. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IBGE. *Estimativas de população em 2013*. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2013/estimativa_2013_dou.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2016.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional de Saneamento Básico, PNSB* -2008.Rio de Janeiro: IBGE; 2017.

Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA (2012). *Diagnóstico dos resíduos sólidos urbanos – Relatório de pesquisa.* Brasília: IPEA

JUCÁ, J. F. T. et al. *Análise das Diversas Tecnologias de Tratamento e Disposição Final de Resíduos Sólidos Urbanos no Brasil, Europa, Estados Unidos e Japão*. 1. ed. Recife: CCS Gráfica Editora Ltda., 2013.

KARASCH, Mary C. *A vida dos escravos no Rio de Janeiro. 1808- 1850*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente.* São Paulo: Malheiros, 2006.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE: *Agenda 21 Brasil*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>. Acesso em: 02/04/2017.

PERS-RS *Plano Estadual de Resíduos Sólidos do Rio Grande do Sul 2015-2034*. Disponível em: http://www.pers.rs.gov.br/noticias/arq/ENGB-SEMA-PERS-RS-40-Final-rev01.pdf. Acesso em: 13 de abril de 2016.

RODRIGUES, W. C. *Metodologia científica*. Notas de aula. Paracambi, 2007. Disponível em:<http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/metodologia_cientifica.pdf>. Acesso em 10 março de 2016.

SILVA FILHO, C.R.V. *Os serviços de limpeza urbana e a PNRS*. In: JARDIM, A.; YOSHIDA, C.; FILHO, J. V. M.. Política Nacional, Gestão e Gerenciamento de Resíduos Sólidos. Barueri: Editora Manolo, 2012.

SNIS-Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: *diagnóstico do manejo de resíduos sólidos urbanos* – 2014. – Brasília: MCIDADES.SNSA, 2016.

SOMMER, José Constantino. *Gestão Ambiental*. Indaial: Ed. Uniasselvi, 2011.

SOUSA, C. O. M. *A Política Nacional dos Resíduos Sólidos: avanços e desafios*. Monografia (Pós Graduação Lato Sensu) – Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado. São Paulo, 100p. 2012.

ASPECTOS JURÍDICOS DO RESGATE DA FAUNA: UMA RELEITURA À LUZ DA PROIBIÇÃO DA CRUELDADE ANIMAL

Marcelo Pretto Mosmann,
Especialista em Direito Processual Civil,
Advogado; *mosmann@hotmai.;com*.

Resumo:

O moderno direito dos animais obteve notável sucesso em solidificar a concepção de que os animais não humanos são sujeitos de direitos, superando a antiquada perspectiva antropocêntrica segundo a qual os demais animais (não humanos) seriam meros objetos passiveis de toda a forma de apropriação privada (e consequente de uso, gozo e disposição ilimitada). Nesse passo, a supressão de hábitats de fauna silvestre reveste-se de excepcional gravidade, sendo inadmissíveis salvo nos casos excepcionais autorizados pela legislação, e em todos os casos acarretando gravíssima situação de crueldade animal quando não realizados mediante programas de resgate de fauna previamente autorizados e devidamente acompanhados pelo poder público.

Palavras-chave: direito. animais. Licenciamento. Desmatamento. Crueldade. Fauna. Resgate. Critérios.

1 Introdução

O resgate da fauna insere-se na temática do direito ambiental e mais propriamente do licenciamento ambiental, assim entendido enquanto atuação da administração pública que limita e regula os direitos dos particulares diante dos bens ambientais objeto de proteção no ordenamento jurídico, e perante direitos e interesses que assistem à sociedade como um todo.

Assim inserido em seu contexto, o resgate da fauna – e, de uma maneira mais ampla, toda a questão envolvendo a proteção animal – encontra dificuldade, antes de mais nada, no principal e mais grave problema da proteção do meio ambiente pela administração pública: a implementação da legislação ambiental pela administração "*no Brasil é frouxa"* principalmente em função *da "carência de vontade política"*[1].

A grave afirmação é de ninguém menos que um dos maiores expoentes do direito ambiental no Brasil, e quiça no mundo, o atual Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Apesar de anunciada há anos, a lição segue atual, presente nas palestras proferidas pelo renomado jurista e incorporada em sua prática perante a Corte Superior do País, corrigindo nos casos concretos tais situações nais quais o a fauna, a flora e o meio ambiente como um todo sofrem as consequências deste verdadeiro dever estatal não cumprido.[2]

Não bastasse tal dificuldade que acossa a proteção do meio ambiente pela administração, no caso da fauna assomam-se obstáculos – pouco a pouco sendo superados por modernas e corajosas

[1] BENJAMIN, Antonio Herman. Implementação da legislação ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Cord.) Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: RT, 1993. p. 376.

[2] FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

vozes – identificados na efetividade das normas ambientais instituídas com o advento da Constituição Federal de 1988, no respeito (ou falta de) ao novo padrão ético nela estabelecido[3], o qual se reflete em uma renovada dimensão do direito fundamental à vida, sob a perspectiva do ideal biocêntrico[4], visão que se contra alinhada à moderna concepção da igual consideração de interesses[5] que se estabelece no âmbito da ética prática.

2 Perspectivas acerca dos animais não-humanos: do antropocentrismo ao ecocentrismo e biocentrismo

A vedação da prática de crueldade contra animais não-humanos já foi (e vem sendo) analisada pela Poder Judiciário brasileiro, inclusive por sua mais alta Corte. Recente investigação de Caroline Medeiros Rocha analisa com salutar objetividade "*o grau de proteção que os animais gozam dentro da Constituição Federal de 1988 através da análise das decisões do órgão cuja competência é a defesa e interpretação da Constituição"*[6].

O estudo identifica as bases filosóficas das posições adotadas nas decisões, as quais por sua vez resgatam os fundamentos do precedente do Recurso Extraordinário – RE nº 153.531, cujo relator, esclarece a autora, adotou como base o pensamento do filósofo Immanuel Kant de que*"o uso dos animais não é repreensível, mas sim o seu mal uso"*[7].

Após o cotejo da linha argumentativa adotada nos diferentes julgados, todos sob o influxo do precedênte em referência, conclui o artigo que: a) *"pelo conjunto das decisões, que até o presente momento, animais não podem ser submetidos a tratamento cruel por nenhum motivo";* b) *"não é possível estabelecer uma linha jurisprudencial da Corte"* seja em relação à teoria dos Direitos Fundamentais, seja *"quanto à ética no tratamento de animais"*; e c) o entendimento da Corte poderia ser alterado a qualquer tempo haja vista, no entender da autora, à fragilidade argumentativa e a se resumirem a preferências casuísticas.

Quanto à base filosófica identificada como fundamento para as decisões, relaciona-se com o paradigma antropocêntrico que, logo após a fase exclusivamente extrativista, marcou o momentos intermediário do direito ambiental brasileiro.

Não são recentes as críticas a esta visão.

---

[3] ALBUQUERQUE, Letícia; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Constituição e animais não-humanos: um impacto no direito contemporâneo. In: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. *Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. II, p. 134-158. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b. Acesso em: 27/04/2017.

[4] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; HESS, Giovana Albo. *A tradição no estado socioambiental: um olhar acerca da proteção da vida.* In: CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Elder Câmara; Coordenadores: Luis Renato Vedovato, Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Marcelino Meleu. Direito ambietal e socioambientalismo II. Florianópolis: CONPENDI, 2015, p. 560-579. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/Nt7L6rOI1Fl4AlYd.pdf. Acesso em: 27/04/2017.

[5] SINGER, Peter. Ética Prática. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 30-31.

[6] ROCHA, Caroline Medeiros. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século XXI. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016, p. 511-523. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf. Acesso em: 20/04/2017.

[7] ROCHA, Caroline Medeiros. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século XXI. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016, p. 511-523. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf. Acesso em: 20/04/2017.

François Ost defende – em obra vanguardista e ainda hoje extremamente atual – a necessidade de que as legislações sejam aperfeiçoadas em dois aspectos[8]: em termos de sua efetividade (corroborando a necessidade de sua maior eficácia, ou implementação, questão que prejudica gravemente a proteção do meio ambiente como um todo[9]), e do afastamento do caráter antropocêntrico do conteúdo desejável de tais legislações. Destaca o autor belga:

> impõe-se, em, contrapartida, legislar distanciando-se o mais possível do antropocentrismo e da exclusiva consideração dos interesses humanos no curto prazo. Tanto do ponto de vista ecológico global como a preocupação pelo interesse das gerações humanas futuras defendem essa descentralização, que será, em todo caso, favorável à proteção animal10.

No entanto, o ideário da visão separatista do homem em relação à natureza e aos demais animais (não-humanos) reflete parte da doutrina ambientalista tradicional, inclusive em renomadas vozes, como o professor Celso Antônio Pacheco Fiorillo. Em sua visão *"os animais são bens sobre os quais incide a ação do homem. Com isso, deve-se frisar que animais e vegetais não são sujeitos de direitos, porquanto a proteção do meio ambiente existe para favorecer o próprio homem e somente por via reflexa para proteger as demais espécies"*[11]. A natureza de bem ambiental dos animais não-humanos decorreria, segundo sua perspectiva, das características e funções ecológicas para a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas.

Não nos parece que seja este o critério previsto na legislação a partir da Constituição Federal de 1988, em especial em seu art. 225, § 1º, VII, como adiante abordaremos. Por ora, cumpre ter em conta que esta norma, estabelecida na nova ordem constitucional, não se limita a proibir as práticas que coloquem em risco a função ecológica da fauna e flora ou provoquem a extinção de espécies (disposição que corroboraria a perspectiva antropocentrista defendida por Fiorillo).

Ocorre que a norma também proíbe expressamente as práticas que submetam os animais à crueldade – seja em local público ou privado, o que diferencia este critério das normas anteriores à *novel* constituição – deste modo indo além da exclusiva consideração do interesse humano para abarcar uma perspectiva também incluí igualmente o interesse do animal não-humano no ordenamento jurídico.

3 Da vedação da crueldade animal no padrão ético da Constituição Federal de 1988

Acerca da natureza e eficácia normativa da disposição prevista no art. 225, § 1º, VII da Constituição Federal, após a análise da jurisprudência da Corte Suprema, Caroline Rocha lança mão dos ensinamentos de Dworkin para entender que a referida norma possui caráter de princípio, e não regra, afirmando que "o inciso VII deve ser entendido como uma imposição de dever prima facie. Ele deverá ser realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

---

[8] OST, François. *A natureza a margem da lei.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 269.

[9] Conforme tivemos a oportunidade de destacar com amparo na lição do Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin.

[10] OST, François. *A natureza*..., p. 269.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95.

Portanto, a norma deve ser percebida como princípio e não como regra"[12]. Para tanto, a autora analisa o exemplo do impacto ambiental causado por uma hidrelétrica, fazendo a seguinte reflexão:

> Ao perceber essa norma como regra, o inciso VII impõe dever definitivo para o Poder Público, o qual não pode ser relativizado, sendo a estrutura cabível aqui a de tudo ou nada,1086 i.e., ou essa norma é aplicável em todas as situações ou ela não é válida, e deve ser extraída do ordenamento jurídico.
> O dever do Poder Público é absoluto?A ação de proteger a fauna e a flora e vedar práticas que coloquem em risco a sua função ecológica implica uma série de conflitos em potencial. Por exemplo, como fica essa exigência quando, para construir uma hidroelétrica, é necessário inundar uma grande área? A fauna e a flora daquela região irão ser destruídas, isso significa que a construção desse empreendimento pelo Poder Público é inconstitucional? A resposta é não necessariamente"13. (Grifamos)

Do nosso ponto de vista, em primeiro lugar, a pergunta formulada não é adequada para para o escopo da reflexão. A resposta dada ("não necessariamente") pode ser considerada correta apenas porque dirigida ao dever de proteger a fauna e da flora, e não às circunstâncias especificamente obejto de vedação constitucional, quais sejam, as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

Neste particular, não se pode perder de vista que a proteção da fauna e flora não se encontra prevista apenas no inciso VII, §º 1º do art. 225 da Constituição Federal, mas também em seus incisos I (preservar e restaurar os processos ecológicos e promover o manejo de espécies e ecossistemas), II (preservar a diversidade) e, em especial, em seu inciso III, que incumbe ao poder público o dever estatal de definir os espaços territoriais especialmente protegidos – e.g. Àreas de Preservação Permanente, Áreas de Reserva Legal, Unidades de Conservação, Remanescentes de Mata Atlântica – nos quais a proteção da fauna e flora assume – aí sim – criétios objetivos que estabelecem efetivas regras acerca da proteção de cada tipo de vegetação e em relação a cada tipo de atividade humana.

Disso isto, temos que a indagação da autora se "a fauna e a flora daquela região irão ser destruídas, isso significa que a construção desse empreendimento pelo Poder Público é inconstitucional"14 tem resposta positiva no sentido de que é inconstitucional se puser em risco a função ecológica desempenhada pela fauna e flora, o mesmo ocorrendo se provocar a extinção de espécies, ou se submeter os animais à crueldade.

Discordamos da autora, portanto, na medida o inciso VII, § 1º, do art. 225 não estabelece apenas uma norma, mas sim duas: a primeira, incumbindo ao poder público a proteção da fauna e flora, esta sim "entendida como um dever de imposição prima facie"15 e "na maior medida possível" (em consoância com os incisos I, II e III do art. 225 e respectivas regras infralegais); e a segunda, estabelecendo a expressa vedação constitucional às práticas que coloquem em risco a função ecológica desempenhada pela fauna e flora, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, entendidas como regras que balizam a proteção da fauna e flora.

---

[12]ROCHA, Caroline Medeiros. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século XXI. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016, p. 511-523. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf. Acesso em: 20/04/2017.

[13] ROCHA, op. cit.

[14] ROCHA, Caroline Medeiros. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século XXI. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016, p. 511-523. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf. Acesso em: 20/04/2017.

[15]ROCHA, Op. cit.

Robert Alexy aprimorou os ensinamentos de Dworkin e, segundo o consagrado constitucionalista Paulo Bonavides, a divergência entre Alexy e Dworkin reside justamente no fato de que Dworkin "entende de maneira restritiva os princípios, fazendo dos bens coletivos meras policies, ao contrário de Alexy, que alarga o conceito e insere neste os referidos bens. Em Dworkin os princípios entendem unicamente com os direitos individuais, o que já não acontece com Alexy, cujo coneito tem mais amplitude"16 (Grifamos).

Isso nos permite concluir, ademais, que a doutrina de Dworking não se afigura como a mais adequada para a definição do caráter normativo da segunda parte do inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, haja vista que a definição de princípio na doutrina do autor americano é dirigida aos direitos individuais e não abarca, de qualquer forma, normas relativas a proteção de bens coletivos.

Humberto Ávila analisa a teoria de ambos os autores e apresenta útil conceituação das regras jurídicas17, destacando que "as regras consistem em normas preliminarmente decisivas e abarcantes, na medida em que, a despeito da pretensão de abranger todos os aspectos relevantes para a tomada de decisão, tem a aspiração de gerar uma solução específica para o conflito entre razões"18.

Retornando aos ensinamentos de Alexy, explicitados por Bonavides, ponto marcante da diferenciação está em os princípios poderem ser definidos como mandamentos de otimização "podendo ser cumpridas em distinto grau"19 ao passo que as regras "são normas que sempre podem ser cumpridas ou não, e quando uma regra vale, então há de se cumprir exatamente o que ela determina. Nem mais, nem menos"20 .

E no plano das possibilidades fáticas e da realidade concreta, não existe a opção de praticar meia crueldade, ou algum grau de crueldade. A prática ou é cruel, ou não é cruel. E as práticas cruéis são vedadas pelo ordenamento. Não por acaso, apenas no caso específico destas circunstâncias o legislador utilizou o termo "vedadas", não o fazendo em relação à proteção genérica da fauna e flora, essas sim objeto de proteção prima facie e na medida do possível. Por outro lado, assim como as práticas que submetem os animais à crueldade, inexiste no campo das possibilidades fáticas aquelas que provoquem em certa medida a extinção de uma espécie, simplesmente pelo fato de que não há meia extinção. Há extinção, e há crueldade, e ambos os casos quando ocorrem são irreversíveis**.**

4 Da vedação da crueldade animal no padrão ético adotado na Constituição Federal de 1988

Os entendimentos acima manifestados encontram amparo na mais moderna literatura juridica específica do Direito dos Animais. Letícia albuquerque e Fernanda Medeiros analisaram o tema observando que "as transformações trazidas pela Constituição de 88 não estão adstritas aos aspectos jurídicos"[21] refletindo-se nas dimensões ética, biológica e econômica de modo que "o direito dos

[16]BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 291.

[17]Na acepção de Humberto Ávila, segundo a qual "as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos".

[18] ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.* Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68-69.

[19]BONAVIDES, op.cit., p. 288.

[20]BONAVIDES, Op. cit., p. 288-289.

[21] ALBUQUERQUE, Letícia; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Constituição e animais não-humanos: um impacto no direito contemporâneo. In: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Maria Cláudia da Silva Antunes de

animais surge como uma alternativa de dilatação dos fundamentos éticos a fim de abranger os demais animais (para além dos humanos), reconhecendo um direito inerente a todo o reino animal (ou, ao menos, aos animais sencientes).

Tal fundamentação encontra-se alinhada a premissas éticas inclsuivas no que diz respeito à consideração dos interesses dos seres independentemente de sua raça ou capacidades manifestadas, as quais se expressam pelo princpípio da igual consideração de interesses, no âmbito da ética prática preconizada por Peter Singer. De maneira luminosa o autor descreve que "a essência do princípio da igual consideração significa que, em nossas deliberações morais, atribuímos o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nosssos atos"[22].

E prossegue o autor justificando que "não existe nenhuma razão logicamente imperiosa que nos force a pressupor que uma diferença de capacidade entre duas pessoas justifique uma diferença na consideração que atribuímos aos seus interesses"[23], assim avanando para abordar a diferença interracial:

> Desse ponto de vista, a raça é irrelevante para a consideração os intersses, pois o que conta são os intersses em si. Dar menos consideração a uma quantidade específica de dor porque essa dor foi sentida por um membro de determinada raça equivaleria a fazer uma distinção arbitrária24.

Como afrimam Letícia Albuquerque e Fernanda Medeiros "a proteção animal sob a tutela constitucional delimitou uma nova dimensão do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana"[25] de modo que consideram a Constituição de 1988 "um marco para o pensamento sobre os direitos animais no Brasil. Ao proibir a crueldade, o constituinte originário, reconhece ao animal não-humano o direito de ter respeitado o seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade"[26]. Assim, as autoras concluem:

> O ordenamento jurídico-constitucional brasileiro veda a crueldade, posicionando os animais não-humanos como beneficiários do sistema constitucional e, ao mesmo tempo, estabelecendo uma nova tarefa estatal e um novo dever fundamental (MEDEIROS, 2013), obrigando ao Poder Público e a coletividade a concretização da norma constitucional. Assim, destaca-se no sistema o VII, do parágrafo 1, do artigo 225 da Constituição que normatiza: "proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, às práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade27. (Grifamos)

A questão é bem exposta também em artigo da professora Fernanda Medeiros e Giovana Hess, no qual abordam a questão sob o prisma da perspectiva biocêntrica:

> **"**Para além do direito e do dever fundamental de proteção ao ambiente, albergando um ideal biocêntrico, o inciso VII, do parágrafo 1º, do artigo 225 sustenta e disciplina a proteção a vida e a proibição de maus- tratos e crueldade contra os animais. Portanto, a Constituição brasileira, protege o ambiente como bem ecologicamente equilibrado e determina que é tarefa do Poder Público e

Souza, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. *Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. II, p. 134-158. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b. Acesso em: 27/04/2017.

[22]SINGER, op. cit., p. 30.

[23]SINGER, op. cit., loc.cit.

[24]SINGER, op. cit., p. 31.

[25] ALBUQUERQUE; MEDEIROS; op. cit.

[26] ALBUQUERQUE; MEDEIROS; op. cit.

[27]ALBUQUERQUE; MEDEIROS; op. cit.

> dever da coletividade proteger a fauna, impedindo as práticas cruéis, as que coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem a sua extinção. O inciso VII, do parágrafo 1º, do artigo 225 é claro, é especifico, é cirúrgico quando regula a inconstitucionalidade de ações contrárias a dignidade do animal não-humano. É vedado, constitucionalmente, qualquer ato, qualquer prática que submeta o animal não-humano à crueldade. É vedado não proteger e não respeitar a vida, sob qualquer de suas formas28.

Fica evidenciado, assim, que a vedação das práticas que submetem os animais humanos ou não-humanos à crueldade é disposição dotada de natureza normativa de regra, de caráter absoluto, tendo em vista o novo padrão ético estabelecido com a Constituição Federal de 1988.

5 Da intrínseca e legal associação entre a fauna silvestre e flora nativa e da imperiosidade de execução de resgate da fauna nos casos de supressão de vegetação nativa

A Lei 12.651/12, que dispõe sobre a vegetação nativa em território nacional, assume claramente a intrínsica associação existente entre a fauna silvestre e a vegetação nativa. Tal se pode observar, inicialmente, a partir da definição das Áreas de Preservação Permanente, espaços territoriais especialmente protegidos que tem por definição legal a finalidade ambiental de "facilitar o fluxo gênico de fauna e flora".

> Art. 3o Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
> (…)
> II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Para além disso, é fato notório que os animais da fauna silvestre não estão limitadas aos espaços territoriais definidos como de preservação permanente. Não ocorrem apenas nos topos de morros ou encostas com determinadas declividades. Não se limitam a habitar entornos de nascentes e olhos d'água. Tampouco habitam apenas os rios e suas margens, pois assim como há espécies aquáticas, também ocorrem no Brasil as espécies anfíbias, e também as terrestres com hábitos associados aos ambientes aquáticos, como é o exemplo de diversas espécies de aves, répteis e mamíferos, das mais variadas espécies, nos diverdos tipos de ecossistemas presentes no território nacional. E muito menos observam os animais silvestres, em seus habitos naturais, as distâncias oficias estabelecidas em metros na metodologia estabelecida pelos animais não humanos.

Portanto, evidente que **a associação natural de fauna silvestre e flora nativa** não se resume às áreas de preservação permanente, e tanto é assim que também os espaços territoriais destinados à reserva legal, incidente sobre toda e qualquer forma de vegetação nativa, tem por definição a finalidade de conservar a biodiversidade e promover *"o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa",* assim estabelecida no art. 3º, III, da Lei 12.651/12.

---

[28] MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; HESS, Giovana Albo. A tradição no estado socioambiental: um olhar acerca da proteção da vida. In: CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Elder Câmara; Coordenadores: Luis Renato Vedovato, Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Marcelino Meleu. Direito ambietal e socioambientalismo II. Florianópolis: CONPENDI, 2015, p. 560-579. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/Nt7L6rOI1Fl4AlYd.pdf. Acesso em: 27/04/2017.

Esta associação intrinseca – fato da realidade concreta – não por acaso permeia todo o referido diploma legal, como se observa e.g. de seus arts. 3º, 4º e 27º, veja-se:

> Art. 3o Para os efeitos desta Lei, entende-se por:
> III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;
> Art. 4º (...) § 5o É admitido, para a pequena propriedade ou posse rural familiar, de que trata o inciso V do art. 3o desta Lei, o plantio de culturas temporárias e sazonais de vazante de ciclo curto na faixa de terra que fica exposta no período de vazante dos rios ou lagos, desde que não implique supressão de novas áreas de vegetação nativa, seja conservada a qualidade da água e do solo e seja protegida a fauna silvestre.
> Art. 27. Nas áreas passíveis de uso alternativo do solo, a supressão de vegetação que abrigue espécie da flora ou da fauna ameaçada de extinção, segundo lista oficial publicada pelos órgãos federal ou estadual ou municipal do Sisnama, ou espécies migratórias, dependerá da adoção de medidas compensatórias e mitigadoras que assegurem a conservação da espécie.

O mesmo se verifica na legislação do Estado do Rio Grande do Sul, cujo Código Estadual do Meio Ambiente estabelece como conceito de banhados naturais as *"extensões de terras normalmente saturadas de água onde se desenvolvem fauna e flora típicas"* (art. 14, XIV da Lei Estadual nº 11.520/00), concitua as florestas como a *"associação de espécies vegetais arbóreas nos diversos estágios sucessionais, **onde coexistem outras espécies da flora e da fauna**, que variam em função das condições climáticas e ecológicas"* (art. 14, XXV da Lei Estadual nº 11.520/00), e não bastasse, **estabelece como instrumento da política de proteção da fauna** *"a legislação florestal do Estado do Rio Grande do Sul"* (art. 168, VI, da Lei Estadual nº 11.520/00).

Assim estabelecendo, a legislação faz nada mais nada menos que reconhecer a intrínseca associação natural e de coexistencia entre a fauna e a flora, de modo que toda e qualquer ação que represente impactos sobr a flora causará necessariamente impactos sobre os animais da fauna silvestre. Disso resulta que a supressão de vegetação nativa é prática que submete os animais a crueldade, quando realizada sem o correspondente e eficiente resgate da fauna realizado de acordo com critérios técnicos objetivos e dentro dos padrões legais estabelecidos.

Acerca da definição do que se considera uma prática que submete os animais à crueldade, Gabriela Santos Carvalho, em valorosa investigação sobre o tema, esclarece que *"exceto nesses casos nítidos, nem sempre é claro quando uma prática constitui crueldade no sentido da Constituição Federal de 1988 e da legislação"*[29].

Bem antes da edição do atual texto constitucional, o Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934 (revogado pelo Decreto nº 11, de 1991), estabelecia hipóteses concretas e objetivas de crueldade contra os animais, entre as quais é relevante destacar:

> Art. 3º Consideram-se maus tratos:
> I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;

[29] CARVALHO, Gabriela Franziska Schoch Santos. A tutela jurídica dos animais: evolução histórica e conceitos contemporâneos. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século XXI. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016, p. 724-737. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf. Acesso em: 20/04/2017.

> II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;
> III - obrigar animais a trabalhos excessívos ou superiores ás suas fôrças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo;
> (…)
> V - abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem coma deixar de ministrar-lhe tudo o que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária;
> (…)
> XII - descer ladeiras com veículos de tração animal sem utilização das respectivas travas, cujo uso é obrigatório;
> (…)
> XX - encerrar em curral ou outros lugares animais em úmero tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água e alimento mais de 12 horas;

Veja-se que até mesmo este antigo diploma legal, que remonta à decada de 1930, portanto editado há mais de oitenta anos, fazia referência expressa a preocupação com o descanso, necessidades de alimentação e água, bem como de ministar as animais o que humanitariamente se lhes possa prover, questões que associam diretamente o bem estar animal às condições de conforto que, nos casos de fauna silvestre, o *habitat* natural da flora nativa naturalmente çhe provê. Bem se observa que, de qualquer que seja a perspectiva analisada, a supressão do *habitat* representado pela vegetação nativa acarreta maus tratos e a prática de crueldade contra a fauna.

6 Da efetiva e eficiente realização do resgate da fauna

O dever de eficiência, insculpido no art. 37 da Constituição Federal, vincula a administração pública em todas as suas atividades e deveres. Para tanto, no que diz respeito ao resgate da fauna, o Instituto Brasleiro do Meio Ambiente e dos Recurso Naturais e Renováveis editou a Instrução Normativa nº 146, de 10 de janeiro de 2007, a qual estabelece critérios técnico-científicos a fim de assegurar a eficiência do resgate da fauna. Veja-se:

> Considerando a necessidade de estabelecer critérios e padronizar os procedimentos relativos à fauna no âmbito do licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades que causam impactos sobre a fauna silvestre;
> resolve:
> Art. 1º Estabelecer os critérios para procedimentos re lativos ao manejo de fauna silvestre (levantamento, monitoramento, salvamento,resgate e destinação) em áreas de influencia de empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de impactos à fauna sujeitas ao licenciamento ambiental, como definido pela Lei n° 6938/81 e pelas Resoluções Conama n° 001/86 e n° 237/97.
> Art. 2º As solicitações para concessão de autorização de captura, coleta ou transporte de fauna silvestre em áreas de empreendimento e atividades deverão ser formalizadas e protocoladas na Difap/Ibama, ou na Superintendência do Estado onde se localizará o empreendimento, para avaliação no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.
> Parágrafo único. O pedido de renovação da autorização deverá ser protocolado 30 (trinta) dias antes de expirar o prazo da autorização anterior.
> Capítulo I
> Art. 3º Serão concedidas autorizações de captura, coleta e transporte de fauna silvestre específicas para cada uma das seguintes Etapas de Manejo:
> I - Levantamento de Fauna;

II - Monitoramento de Fauna;
III - Salvamento, Resgate e Destinação de Fauna.
Parágrafo único. O Levantamento de Fauna na área de influência do empreendimento, precede qualquer outra atividade relacionada à fauna silvestre.
Art. 4º - O Levantamento de Fauna deverá conter:
I - lista de espécies da fauna descritas para a localidade ou região, baseada em dados secundários, inclusive com indicação de espécies constantes em listas oficiais de fauna ameaçada com distribuição potencial na área do empreendimento, independentemente do grupo animal a que pertencem. Na ausência desses dados para a região, deverão ser consideradas as espécies descritas para o ecossistema ou macro região;
II - descrição detalhada da metodologia a ser utilizada no registro de dados primários, que deverá contemplar os grupos de importância para a saúde pública regional, cada uma das Classes de vertebrados, e Classes de invertebrados pertinentes. Em caso de ocorrência, no local do empreendimento, de focos epidemiológicos, fauna potencialmente invasora, inclusive doméstica, ou outras espécies oficialmente reconhecidas como ameaçadas de extinção, o Ibama poderá ampliar as exigências de forma a contemplá-las.
III - a metodologia deverá incluir o esforço amostral para cada grupo em cada fitofisionomia, contemplando a sazonalidade para cada área amostrada;
IV - mapas, imagens de satélite ou foto aérea, inclusive com avaliação batimétrica e altimétrica, contemplando a área afetada pelo empreendimento com indicação das fitofisionomias, localização e tamanho das áreas a serem amostradas;
V - identificação da bacia e microbacias hidrográficas e área afetada pelo empreendimento. Deverão ser apresentados mapas com a localização do empreendimento e vias de acesso pré-existentes;
VI - informação referente ao destino pretendido para o material biológico a ser coletado, com anuência da instituição onde o material será depositado; (anexo formulário de destinação/recebimento, assinado pelas partes);
VII - currículo do coordenador e dos responsáveis técnicos, que deverão demonstrar experiência comprovada no estudo do táxon a ser inventariado.
Parágrafo único - O Levantamento de Fauna deve ser apresentado pelo empreendedor e será avaliado para emissão do TR definitivo.
Art. 5º Como resultados do Levantamento de Fauna em áreas de empreendimentos, deverão ser apresentados:
I - lista das espécies encontradas, indicando a forma de registro e habitat, destacando as espécies ameaçadas de extinção, as endêmicas, as consideradas raras, as não descritas previamente para a área estudada ou pela ciência, as passíveis de serem utilizadas como indicadoras de qualidade ambiental, as de importância econômica e cinegética, as potencialmente invasoras ou de risco epidemiológico, inclusive domésticas, e as migratórias e suas rotas;
II - caracterização do ambiente encontrado na área de influência do empreendimento, com descrição dos tipos de habitats encontrados (incluindo áreas antropizadas como pastagens, plantações e outras áreas manejadas). Os tipos de habitats deverão ser mapeados, com indicação dos seus tamanhos em termos percentuais e absolutos, além de indicar os pontos amostrados para cada grupo taxonômico;
III - esforço e eficiência amostral, parâmetros de riqueza e abundância das espécies, índice de diversidade e demais análises estatística pertinentes, por fitofisionomia e grupo inventariado, contEmplando a sazonalidade em cada área amostrada;
IV - anexo digital com lista dos dados brutos dos registros de todos os espécimes - forma de registro, local georreferenciado, habitat e data;
V - estabilização da curva do coletor;
VI - detalhamento da captura, tipo de marcação, triagem e dos demais procedimentos a serem adotados para os exemplares capturados ou coletados (vivos ou mortos), informando o tipo de identificação individual, registro e biometria.

Art. 6º Os impactos sobre a fauna silvestre na área de influência do empreendimento, durante e após sua implantação, serão avaliados mediante realização de monitoramento, tendo como base o Levantamento de Fauna.

Parágrafo único. Na ausência de levantamento prévio à implantação do empreendimento, caberá solicitação de levantamento em áreas de características semelhantes, próximas ao local de implantação, a critério do Ibama.

Art. 7º A concessão de autorização para realização do Programa de Monitoramento de Fauna Silvestre na área de influência do empreendimento far-se-á mediante a apresentação dos resultados do Levantamento de Fauna e do Programa de Monitoramento, observadas as determinações do art. 2º.

Art. 8º O Programa de Monitoramento de Fauna deverá apresentar:

I - as exigências especificadas no art. 28 e nos incisos II, III e VI do art. 5°;

II - a exigência especificada no art. 29 e no item VII do art. 5º, somente no caso de mudança de equipe;

III - descrição e justificativa detalhada da metodologia a ser utilizada, incluindo a escolha dos grupos a serem monitorados;

IV - detalhamento da captura, tipo de marcação, triagem e dos demais procedimentos a serem adotados para os exemplares capturados ou coletados (vivos ou mortos), informando o tipo de identificação individual, registro e biometria.

V - seleção e justificativa de áreas controle para monitoramento intensivo da fauna silvestre. Nestas áreas não deverá ocorrer soltura de animais. O tamanho total de áreas controle a serem monitoradas deverá ser representativo, contemplando todas as fitofisionomias distribuídas ao longo de toda a área de influência;

VI - seleção de áreas de soltura de animais para aqueles empreendimentos onde a realização do resgate de fauna será necessária. Essas áreas devem apresentar o maior tamanho possível, observadas a similaridade dos tipos de habitats de proveniência do animal a ser solto e a capacidade suporte da área;

VII - mapas detalhados das áreas controle e das áreas de soltura;

VIII - cronograma das campanhas de monitoramento a serem realizadas, tanto nas áreas de soltura, quanto nas áreas controle. O monitoramento consistirá de, no mínimo, campanhas trimestrais de amostragem efetiva em cada área, e deverá ser iniciado antes da data programada para a instalação do empreendimento (monitoramento prévio), com, no mínimo, amostragens nos períodos de chuva e seca, salvo particularidades de cada empreendimento avaliadas pelo Ibama;

IX - programas específicos de conservação e monitoramento para as espécies ameaçadas de extinção, contidas em lista oficial, registradas na área de influência direta do empreendimento, consideradas como impactadas pelo empreendimento.

X - o Monitoramento posterior deverá ser realizado por no mínimo 2 (dois) anos após o início da operação do empreendimento, devendo este período ser estendido de acordo com o as particularidades de cada empreendimento.

Art. 9º. Em caso de empreendimentos que contenham estruturas e equipamentos que minimizem o impacto sobre a fauna, deverá estar previsto o monitoramento desses para avaliar o seu funcionamento e eficiência.

Art. 10. A necessidade de elaboração do Programa de Resgate ou Salvamento de Fauna será definida pelo Ibama.

Art. 11. A concessão de autorização para realização de resgate ou salvamento de fauna na área do empreendimento e sua respectiva área de influência far-se-á mediante a apresentação dos resultados obtidos no Programa de Monitoramento de Fauna e apresentação do Programa de Resgate ou Salvamento de Fauna.

Art. 12. O Programa de Resgate ou Salvamento de Fauna deverá ser apresentado no âmbito do Plano Básico Ambiental (PBA) ou do Plano de Controle Ambiental (PCA).

Parágrafo único: Para empreendimentos em que haja a necessidade de centro de triagem, a autorização de resgate só será emitida após a sua implementação.

Art. 13. O Programa de Resgate de Fauna deverá conter:

I - descrição da estrutura física, incluindo croqui das instalações relacionadas ao Programa de Resgate, suas localizações e vias de acesso. Quando

necessária, deverá estar prevista a instalação de centro de triagem, onde os animais ficarão temporariamente alojados;
II - descrição e quantificação dos equipamentos utilizados;
III - composição das equipes de resgate, incluindo currículo dos responsáveis técnicos. Para a definição do número de equipes (incluindo equipe de apoio), deverão ser considerados os dados referentes à velocidade do desmatamento ou regime de enchimento do reservatório e acessos existentes. O número de equipes de resgate deverá ser compatível com a área total do ambiente a ser suprimido;
IV - programa do curso de capacitação pessoal para a equipe de resgate;
V - plano específico de desmatamento que deverá direcionar o deslocamento da fauna e auxiliar na execução do resgate, utilizando dispositivos que limitem a velocidade de desmatamento e favoreçam a fuga espontânea da fauna.
VI - destinação pretendida para cada grupo taxonômico da fauna resgatada, prevendo a remoção dos animais que poderão ser relocados para áreas de soltura previamente estabelecidas de acordo com o art. 9º, inciso V ou encaminhados para centros de triagem, zoológicos, mantenedouros, criadouros ou ainda destinados ao aproveitamento do material biológico em pesquisas, coleções científicas ou didáticas;
VII - detalhamento da captura, triagem e dos demais procedimentos a serem adotados para os exemplares coletados, vivos ou mortos, informando o tipo de identificação individual (marcação duradoura consagrada na literatura científica), registro e biometria.
Art. 14. O centro de triagem da fauna silvestre deverá apresentar instalações para manutenção temporária dos animais resgatados (viveiros, terrários, tanques, caixas, recintos, dentre outros); sala para recepção e triagem; sala para realização de procedimentos clínicos veterinários; local com equipamento adequado à manutenção do material biológico, ao preparo dos alimentos e à realização de assepsia do material a ser utilizado com os animais.
I - o número de instalações a serem construídas, bem como suas dimensões e características, será baseado no levantamento das espécies registradas e no tamanho da área de influência do empreendimento;
II - a responsabilidade da implantação e manutenção do centro de triagem é de responsabilidade do empreendedor.
Art. 15. Os animais mantidos no centro de triagem do empreendimento deverão receber cuidados específicos como alimentação, tratamento e ambientação dos recintos sob acompanhamento e responsabilidade de profissional qualificado.

Como se vê, com vistas à assegurar a efetiva proteção da fauna silvestre, cada uma das fases estabelecidas no plano de manejo da fauna deve ser precedida de autorização específica, a qual somente pode ser concedida pelo respectivo órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente, nos termos do art. 17-L da Lei .6.938/81: *"As ações de licenciamento, registro, autorizações, concessões e permissões relacionadas à fauna, à flora, e ao controle ambiental* ***são de competência exclusiva dos órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente****".*

Ou seja, no curso da fase prévia do licenciamento ambiental a autoridade competente deverá autorizar e exigir o cumprimento – antes da emissão da licença prévia – das atividades de levantamento da fauna, e sussesivamente – antes da emissão da licença de instalação – das atividades de monitoramento, e somente ao final e atendidas plenamente todas as etapas anteriores, as atividades de salvamento, resgate e destinação da fauna silvestre. Isto confere segurança jurídica de que o resgate da fauna será realizado de maneira efetiva, com o devido acompanhamento do órgão ambiental.

7 Da indevida flexibilização de critérios promovida pelo órgão ambiental do Estado do Rio Grande do Sul

A partir de um acordo de cooperação – que deveria promover a melhoria da gestão da fauna silvestre – firmado entre o IBAMA e a Secretaria Estadual do Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul, o órgão ambiental gaúcho iniciou o desmonte da legislação relativa ao resgate da fauna, mediante a expedição de portarias e instruções normativas, subvertendo inclusive a competência do Conselho Estadual do Meio Ambiente, que é o órgão superior da gestão ambiental no Estado, para a edição de normas e padrões a nível estadual.

Além de violar a necessária participação democrática no trato das questões ambientais, o governo que tomou posse tratou de flexibilixar em absoluto os padrões exigidos para o resgate da fauna, em especial pela edição da Portaria SEMA nº 179, de 23/12/2015. Por meio deste expediente, substituiu os objetivos critérios por uma genérica previsão de autorizaçõo excepcional, prevista em seu art. 11, a qual se constitui em verdadeira carta branca, na medida em que não possui quaisquer critérios objetivos para balizar a atuação do órgão, e ainda permite a realização de posteriores atos de resgate de fauna medinate autodeclaração do interessado, sem a interveniência de qualquer agente estatal.

Não bastasse isso, inseriu em seu art. 12 o seu § 2º, com a seguinte redação:

> § 2º As autorizações de manejo de fauna silvestre com o objetivo de levantamento, monitoramento, afugentamento, resgate ou controle, **em decorrência de exigências inerentes ao processo de licenciamento ambiental**, deverão ser emitidas pelos órgãos licenciadores competentes, atendendo o previsto no artigo 13, da Lei Complementar Federal nº 140, de 08 de dezembro de 2011.

Ora, tal art. 13 da Lei Complementar 140/11 em nada inovou no ordenamento jurídico, apenas repetndo disposição já existente ma Resolução Conama 237/97. Ademais, isso não implica dizer que o estado ou município possa, além de conduzir o licenciamento ambiental, conceder autorizações especificas relacionadas a outros bens tutelados, como o patrimônio arqueológico (cuja atribuição é privativa do IPHAN nos termos da Instrução Normativa IPHAN 001/2015 e Portaria Interministerial 60/2015), a presença de comunidades indígenas na área licenciada (que exige autorização da FUNAI, conforme Instrução Normativa 02/2015), a coleta de material em patrimônio espeleológico (que depende de autorização do IBAMA, nos termos da Resolução CONAMA 347/2004), a supressão de vegetação de Mata Atlantica primária ou em estágio avançado de regeneração (submetida a anuência prévia do IBAMA, nos termos da Lei 11.428/06 e Decreto 6.666/08, bem como arts. 11 e 19 da Lei Complementar 140/11), o mesmo se dando em relação a atos de recolher, prender, capturar ou de qualquer forma apanhar animais da fauna silvestre, o que se insere entre as as ações administrativas cometidas à União, expressamente no art. 7º, XX, da própria Lei Complementar 140/11.

Ainda que esta competência pudesse ser delegada pelo órgão federal ao estado, não estivesse evidente a incapacidade do estado de realizar a atribuição de forma eficiente para a proteção da fauna – tanto que retrocedeu na proteção em relação à IN146/07 do Ibama – o estado jamais poderia simplesmente se demitir desta atribuição recebida por delegação do ibama, sem sequer firmar convênios com os municípios que que restasse comprovada a aptidão técnica e de infreestrutura destes para realizar o encargo. Essa simples demissão genérica, errática e feita sob falsa autorização do art. 13 da lc 140, ilegalmente, corresponde a simples demissão do encargo legal constitucional e

contratual frente ao IBAMA, precarizando a proteção da fauna silvestre e sujeitando à crueldade os animais silvestres em todo o território do estado do rio grande do sul.

8 Considerações finais

Maior atenção deve ser dada à supressão de habitats naturais, já que os animais que compõem a fauna silvestre e é incinstitucional qualquer ato que lhes submeta a crueldade. Nos expecionais casos em que é permitida sua destruição, o resgate da fauna deve ser sempre efetivo, sob pena de cometimento de atos de crueldade contra a fauna.

Referências

ALBUQUERQUE, Letícia; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Constituição e animais não-humanos: um impacto no direito contemporâneo. In: CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida. *Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do Direito na contemporaneidade*. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. II, p. 134-158. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1845faa2957cb42b. Acesso em: 27/04/2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios.* Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BENJAMIN, Antonio Herman. Implementação da legislação ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Cord.) *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 376.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. pp. 863.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* 4. ed. Ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.* 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; HESS, Giovana Albo. *A tradição no estado socioambiental: um olhar acerca da proteção da vida.* In: CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Elder Câmara; Coordenadores: Luis Renato Vedovato, Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Marcelino Meleu. Direito ambietal e socioambientalismo II. Florianópolis: CONPENDI, 2015, p. 560-579. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/Nt7L6rOI1Fl4AlYd.pdf. Acesso em: 27/04/2017.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; HESS, Giovana Albo. A tradição no estado socioambiental: um olhar acerca da proteção da vida. In: CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Elder Câmara; Coordenadores: Luis Renato Vedovato, Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Marcelino Meleu. Direito ambietal e socioambientalismo II. Florianópolis: CONPENDI, 2015, p. 560-579.

Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/Nt7L6rOI1Fl4AlYd.pdf. Acesso em: 27/04/2017.

OST, François. *A natureza a margem da lei.* Lisboa: Instituto Piaget, 1995. 399. pp.

ROCHA, Caroline Medeiros. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental; org. Antonio Herman Benjamin, José Rubens Morato Leite. Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século XXI. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016, p. 511-523. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf. Acesso em: 20/04/2017.

A COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO

Rodrigo Kempf da Silva,
Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.
Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.
Integrante do Grupo de Pesquisa "Direito, Risco e Ecocomplexidade",
coordenado pelo Professor Délton Winter de Carvalho. Advogado.
E-mail: rodrigokempfdasilva@gmail.com..

Resumo:

O presente trabalho pretende demonstrar como o Brasil pode-se utilizar dos conceitos da União Europeia para aplicação do princípio da precaução. Através da pesquisa doutrinária e legislativa, tentar-se-á demonstrar como é feita a aplicação deste princípio no âmbito da União Europeia e no ordenamento jurídico brasileiro. Entende o estudo que a utilização dos critérios europeus para aplicação do princípio da precaução poderá ser uma saída para o ordenamento pátrio com o intuito de se evitar decisões arbitrárias e ideológicas. A presente pesquisa pretende demonstrar que o uso de critérios de análise da incerteza científica e de avaliação do risco podem ser úteis para o judiciário brasileiro aplicar o princípio da precaução de forma criteriosa e séria.

Palavras-chaves: Princípio da precaução. União europeia. Brasil. Incerteza científica. Riscos.

1 Introdução

O presente trabalho pretende analisar a utilização do princípio da precaução nos âmbitos europeu e brasileiro. Para isso, será feita a análise da Comunicação da Comissão Europeia Comunicação COM(2000) 1final[30] que versa sobre a aplicação do princípio da precaução no âmbito europeu, bem como a maneira que este princípio é aplicado no Brasil.

A COM (2000) 1 final possibilitou que a Comissão Europeia pudesse aplicar o referido princípio de forma criteriosa, por meio da análise das incertezas científicas (e suas dimensões) e da avaliação do risco (análise, gestão e comunicação). Observando-se mais a fundo a Comunicação, percebe-se que o intuito é de que as decisões sobre o princípio da precaução sejam proporcionais, não discriminatórias, equivalentes, coerentes e passíveis de revisão.

Após, será analisado o princípio da precaução no contexto pátrio. Observar-se-á qual a maneira que se aplica o princípio da precaução no ordenamento jurídico brasileiro (diferenciando-se os ricos concretos dos riscos abstratos) e como o judiciário brasileiro vem aplicando de forma equivocada este princípio.

Analisando-se a atual doutrina ambiental brasileira, será elencada algumas sugestões para aplicação do princípio da precaução de forma não arbitrária ou ideológica, respeitando critérios

[30] Aqui tratada como COM(2000) 1 final.

técnicos e jurídicos. Com isso, tentar-se-á analisar a questão da seguinte forma: seria a Comunicação Europeia referida uma possível fonte para aplicação do referido princípio em âmbito nacional?

2 O princípio da precaução na união europeia

O Princípio da Precaução já vem sendo utilizado no âmbito da União Europeia desde antes de possuir tal alcunha. Orientações normativas, decisões de órgãos internacionais e decisões judiciais já se utilizavam de denominações como "medidas precaucionais" em momentos anteriores à elaboração desta Comunicação.

Após a publicação da Comunicação da Comissão Europeia sobre o Princípio da Precaução, em 2002, na cidade de Bruxelas, na Bélgica, a Comissão Europeia passou a adotar o *princípio da precaução* como norteador das decisões que envolvem o risco, conforme será apresentado a seguir.

2.1 A Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final

A COM (2000) 1 final, referente ao princípio da precaução foi publicada na cidade de Bruxelas, na Bélgica, em 2 de fevereiro de 2002. Tal Comunicação teve por função estabelecer critérios para que a aplicação do princípio da precaução não fosse discriminatória ou arbitrária em situações de *incerteza e desconhecimento científico*. Tratou-se de uma tentativa de se *fixar níveis* de proteção em matérias referentes ao meio ambiente, à saúde (das pessoas e dos animais) e à proteção vegetal[31].

A aplicação do princípio da precaução, de acordo com a Comunicação, deverá ser feita a partir de uma *análise dos riscos*. Esta análise constitui de três fases essenciais, são elas: a *avaliação*, a *gestão* e a *comunicação dos riscos*[32]. Esses elementos serão melhor explorados mais a diante neste trabalho.

Para que se passe a realizar a análise dos riscos e a respectiva aplicação do princípio da precaução, o órgão europeu decisor deverá identificar dois fatores em uma determinada situação: a *ausência de certeza científica* que possibilite determinar os possíveis efeitos de uma atividade e reconhecer o grave risco de dano. Caso exista certeza científica e possibilidade de se reconhecer os danos, o princípio da precaução não será utilizado[33].

A decisão de se aplicar ou não o princípio da precaução passa a ser, assim, uma análise do *conhecimento científico existente*, o que determinará as medidas que poderão ser tomadas. Decidir

---

[31] Conforme disposto no item 3 do resumo da COM (2000): "(...) a Comunidade tem o direito de fixar o nível de protecção, nomeadamente em matéria de ambiente, saúde das pessoas e dos animais e protecção vegetal que considere adequado". UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*, 2001, p. 3. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017.

[32] "O princípio da precaução deveria ser considerado no âmbito de uma abordagem estruturada da análise de riscos, a qual inclui três elementos: a avaliação de riscos, a gestão de riscos e a comunicação de riscos. O princípio da precaução é particularmente relevante no que se refere à gestão de riscos". UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*, 2001, p. 3-4. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017.

[33] Alexandra Aragão relata que quanto maior for a previsibilidade, menor será o uso do princípio da precação. ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 27.

conforme o princípio da precaução passa a ser uma decisão sobre "[...] tomar medidas sem esperar dispor de todos conhecimentos científicos necessários" em uma situação na qual existe uma ameaça aos níveis de proteção existente (riscos)[34]. Ou seja, o princípio da precaução será aplicado em casos nos quais a amplitude e os efeitos dos riscos potenciais não são totalmente conhecidos.

2.1.2 A incerteza científica

A COM (2000) 1 final dispõe que para se aplicar o princípio da precaução, faz-se necessário realizar uma *avaliação dos riscos*. Esta avaliação constitui-se na elaboração de relatório técnicos e científicos que apresentem os possíveis efeitos nocivos que uma determinada atividade pode causar, tomando por base *os dados científicos disponíveis*[35].

A *avaliação científica* será feita num mundo em constante evolução e desenvolvimento e, muitas vezes, os efeitos de uma nova tecnologia são muitas vezes pouco conhecidos ou não sabidos. Uma avaliação científica para aplicação do princípio da precaução sempre será feita em um cenário repleto de *incertezas*.

Alexandra Aragão[36] relata que a incerteza científica pode existir na causa de um evento potencialmente nocivo, ou no efeito causado, ou no seu nexo. Ela também poderá existir em todos esses âmbitos.

A autora apresenta três razões para a existência da incerteza científica. A primeira diz respeito à *novidade*: os riscos de novas tecnologias são, ainda, pouco conhecidos e a falta de certeza quanto aos seus possíveis efeitos podem ser prejudiciais para as gerações futuras. A segunda razão é sobre a *falta de estudos* que, fora de um contexto laboratorial, não consegue levar em consideração características reais e ambientais. A terceira é sobre *novos riscos que surgem de tecnologias antigas*, que somente agora foram percebidos, como, por exemplo, as mudanças climáticas[37].

A incerteza científica deixará como responsabilidade do poder decisor o dilema de atuar ou não atuar[38], visto que a comprovação concreta da existência do risco poderá chegar em um momento no qual a medida poderá ser tardia. Porém, ao se tratar de incerteza, a decisão será tomada com base nas diversas *dimensões de incerteza*[39]. Essas dimensões servirão de "[...] parâmetro para justificar a intensidade das medidas preventivas a serem adotadas" e o "[...] âmbito de incidência e abrangência dos princípios da prevenção e da precaução"[40].

---

[34] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, 14 e 8.

[35] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 14.

[36] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 34.

[37] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 33-36.

[38] Nos termos da Comunicação: "É nestas situações que as instâncias de decisão políticas são colocadas perante o dilema de actuar ou não actuar". UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 16.

[39] Tal conceito é tanto visto na doutrina ambiental europeia, como, recentemente, na doutrina jurídica brasileira. Conferir: CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90. ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 35.

[40] CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92.

As dimensões da incerteza auxiliam no que se sabe (e no que não se sabe) cientificamente sobre um determinado evento. Quanto maior for o conhecimento científico sobre este evento, maior será a quantidade de informação existente sobre o seu efeito (magnitudes e os impactos) e sua probabilidade de ocorrência. As dimensões da incerteza transitam entre esses dois eixos (conhecimento sobre os *efeitos* x conhecimento sobre as *probabilidades*), como demonstrado na figura abaixo:

Conhecimento sobre probabilidades	Conhecimento acerca dos efeitos	
	Efeitos bem definidos	Efeitos definidos de forma pobre
Alguma base para probabilidades	Risco	Ambiguidade
	Indeterminação ou incerteza geral	
Sem base para probabilidades	Incerteza	Ignorância

FIGURA 1: CARVALHO, Délton WInter de. **Desastres ambientais e sua regulação jurídica:** deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

Quando existir uma base científica clara para as probabilidades e o conhecimento sobre os efeitos é bem definido, estar-se-á diante do que se denominou como *risco* (em sentido estrito) nesta tabela. Quando houver forte confiança dos efeitos, porém as probabilidades são fracas ou desconhecidas, ter-se-á a *incerteza*. A *ambiguidade* existirá quando se tiver algum conhecimento sobre a ocorrência do evento, mas não se sabe os efeitos que serão causados. Por fim, a *ignorância* caracteriza uma situação de um grande desconhecimento tanto sobre os efeitos possíveis, quanto às probabilidades[41], podendo-se estar diante de uma situação de total surpresa sobre um evento. A ignorância é a dimensão da incerteza mais problemáticas, pois "[...] é sempre possível que haja efeitos que tenham sido totalmente excluídos da consideração"[42].

Quanto maior for o conhecimento técnico e científico disponível, menor será a necessidade de se utilizar o princípio da precaução[43]. A análise das graduações da incerteza científica possibilitará que as decisões jurídicas tomadas sejam menos discricionárias e mais compatíveis com os fins pretendidos. A noção da "[...] profundidade que a incerteza pode ter" é, de fato, compatível com o objetivo da Comunicação analisada, pois evitará que as decisões tomadas *não sejam arbitrárias* e, sim, proporcionais e razoáveis com seus objetivos[44]. Estes são alguns padrões que as medidas deverão seguir para que se adote uma postura precaucional, como será melhor explorado nos próximos capítulos deste trabalho.

2.1.2. Os riscos

Além da incerteza científica, outro fator que deve ser observado pelo órgão decisor ao aplicar (ou não) o princípio da precaução é quanto ao risco existente em uma determinada atividade. O risco também poderá variar, conforme o tipo de atividade, as próprias medidas tomadas para tentar mitiga-lo e outros fatores, como o tempo e o próprio conhecimento científico.

---

[41] Também chamadas por Carvalho de *incógnitas desconhecidas*, CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91.

[42] CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 90-91.

[43] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 31-32.

[44] CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 93.

Os riscos são as comunicações voltadas para o futuro, constituindo-se na distinção entre probabilidade e improbabilidade[45]. Os riscos são a demonstração de que não se pode manter-se inerte e esperar que as possíveis consequências graves ocorram[46]. Os riscos representam os reflexos de uma sociedade na qual o modelo industrial e capitalista já se encontra ultrapassado. A atual sociedade (chamada de *Sociedade do Risco*) é caracterizada pela produção de riscos globais, transtemporais e invisíveis[47], também chamados de novos riscos[48]. Evitando a concretização desses riscos, o princípio da precaução auxilia as futuras gerações, para que essas não venham a encontrar situações irreversíveis causadas pela inércia quando se tinha conhecimento da existência de algum risco.

A noção da existência de *novos riscos* determina que as medidas tomadas devem levar em considerações fatores com pouquíssima probabilidade de ocorrência, mas com consequências catastróficas. Alguns riscos com os quais podem-se lidar serão mencionados a seguir.

Os *riscos globais* são riscos "em larga escala", ocasionados por conta da globalização dos mercados e disponibilidade planetária de serviços[49]. Esses riscos caracterizam por não terem fronteiras como limites de suas possíveis consequências. Os riscos passam a ter consequências planetárias e efeitos diferenciados em locais distintos[50].

Riscos podem ter efeitos *retardados*. Esses eventos se caracterizam pela lenta construção do risco. Devido à soma de diversos eventos, os riscos podem ter um efeito retardado (como, por exemplo, o crescimen

to exponencial da população, somado à ocupação irregular do solo), causando às futuras gerações consequências irreversíveis. Por isso, a necessidade de se evitar o problema antes que seja tarde ao se utilizar do princípio da precaução[51].

Os riscos também podem ser *irreversíveis*, cujas consequências serão permanentes, ou duradouras. Entretanto, a irreversibilidade não deverá ser o único fator a ser levado em consideração para aplicação do princípio da precaução. Os possíveis danos que poderão ser causados podem não ser irreversíveis, mas, mesmo assim, necessitarão de uma abordagem precaucional para sua mitigação.

2.2 A aplicação do princípio da precaução a partir da COM (2000) 1 final

A Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução estabelece que se deverá tomar por base o *gerenciamento do risco* ao se aplicar o princípio da precaução. O

[45] CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
[46] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 20.
[47] CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 34.
[48] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 20.
[49] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, 21.
[50] CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 75.
[51] ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008, p. 22.

gerenciamento dos riscos possui três elementos que devem ser levados em consideração: a *avaliação dos riscos*, a s*eleção de estratégia de gestão dos riscos* e a *comunicação dos riscos*[52].

2.2.1 A avaliação dos riscos:

A *avaliação dos riscos* é classificada como o procedimento realizado previamente à utilização do princípio da precaução. Referida avaliação verifica e avalia os "[...] efeitos potencialmente nocivos que decorrem de um fenómeno"[53]. A partir de uma análise científica realizada com as informações disponíveis no momento (que podem ser escarças), será elaborado um relatório cujo conteúdo arrolará os conhecimentos e as informações existentes e, se necessário, indicará incertezas ainda existentes que necessitarão de uma análise mais aprofundada futuramente. Ou seja, a avaliação dos riscos identificará os fatores de incertezas existentes e dará, também, prognósticos sobre a possível redução desses fatores[54].

Quatro componentes constituem a avaliação do risco para a Comunicação[55]. O primeiro é a *identificação do perigo*, que identifica os possíveis efeitos nocivos que podem ocorrer por conta de uma substância, tecnologia ou procedimento. O segundo componente é a *caracterização do perigo*, na qual se tenta caracterizar qualitativa e quantitativamente os possíveis efeitos e a sua gravidade, fase na qual existe uma grande dificuldade em se demonstrar a *relação* entre o elemento que pode causar um dano potencial e o seu efeito, por conta da inexistência de dados científicos concretos. O terceiro elemento consiste na *avaliação da exposição*, momento no qual tenta se estimar a probabilidade de exposição ou de contaminação que os possíveis atingidos podem sofrer. Por fim, o quarto componente da avaliação do risco é a *caracterização do risco*, uma conclusão dos três levantamentos anteriores, com a qual se poderá pensar nas medidas a serem tomadas que visam evitar o risco. Neste último momento, caso os estudos anteriores sejam *inconclusivos*, as informações passadas podem ser prejudicadas. Isso demonstra o cuidado e a necessidade de se tomar grandes esforços para que se tenha à disposição toda a informação possível existente para que sejam realizados esses estudos.

De acordo com Carla Amado Gomes, a "[...] avaliação do risco tem a ver com a identificação dos factores de incerteza e com a elaboração de um juízo de prognose sobre a sua possível evolução"[56]. Todos esses componentes terão seus resultados afetados conforme a disponibilidade e o conhecimento científico existente no momento em que se realiza tais estudos. Segundo a

[52] UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017, p 7.

[53] UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 14.

[54] GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, ano 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1399/1767>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 146.

[55] Todos citados no ANEXO III da Comunicação.

[56] GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, ano 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1399/1767>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 146.

Comunicação, "[a]ntes de tomar a decisão de actuar deve tentar-se completar estas quatro etapas"[57]. Realizada a análise ou levantados os dados disponíveis no momento, ter-se-á informações necessárias (ou possíveis) para se iniciar as medidas de gerenciamento dos riscos.

2.2.2 Gestão dos riscos

O segundo elemento da análise e gerenciamento dos riscos é a *gestão dos riscos*. Neste momento, atuar-se-á a partir dos estudos realizados durante a avaliação dos riscos. A partir do conhecimento da existência de possíveis riscos que uma atividade poderá causar, será realizada sua gestão, criando-se medidas que visam à redução e minimização dos riscos.

Para Carla Amado Gomes, sabendo-se da existência dos riscos, o Poder Público tem a *obrigação* de atuar, não podendo se manter inerte. Nas palavras da autora[58]:

> Decidir sobre o risco é avaliar e gerir a incerteza na medida do possível, mas deve ser ainda decidir.
> Num quadro de risco generalizado, a resposta das autoridades públicas não pode se adiar a decisão, mas antes conformar linhas de actuação que permitam minimizar o risco, controlar as condições da sua eventual eclosão e criar estruturas que possibilitem neutralizar os seus efeitos lesivos (prevenção, supervisão e neutralização).

Mencionada autora divide a gestão em dois momentos distintos: a *estruturação das medidas* e a *supervisão*. Enquanto o primeiro momento realiza a própria gestão do risco, o segundo garante que as medidas tomadas sejam analisadas e, se necessário retificadas[59].

2.2.3 Comunicação dos riscos

A partir destes elementos da avaliação dos riscos, será possível comunicar os riscos à população e aos possíveis afetados de algum evento. Neste momento poderão ser passadas informações e recomendações explicitando procedimentos que poderão ser adotados e a quem poderão reportar.

Todos esses momentos de avaliação dos riscos deverão ser realizados tomando por base os mencionados princípios que guiam a aplicação do princípio da precaução relatados pela Comunicação. Segundo esses princípios, as medidas adotadas deverão ser *proporcionais* ao nível de proteção pretendido, não podendo ser medidas muito radicais quando o evento não caracteriza um

---

[57] UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 15.

[58] GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, ano 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1399/1767>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 143.

[59] GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, ano 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1399/1767>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 146.

dano potencial muito grave, nem ser branda quando há conhecimento de danos graves que podem ser causados. Situações semelhantes não poderão ser tratadas de formas distintas, deve-se ter uma proteção *equivalente*. As medidas deverão ser *coerentes* com medidas já tomadas para casos semelhantes. Deve-se levar em consideração quais serão os benefícios e prejuízos que uma medida poderá causar, não apenas econômicos, mas sociais e ambientais. Todas as medidas deverão ser *revistas* quando surgirem novos dados científicos que permitam um aprofundamento para questões que antes não possuíam informações disponíveis, mas para os quais deveriam ser tomadas medidas[60]

3 O princípio da precaução no Brasil

No âmbito brasileiro, a Constituição Federal determina que o Poder Público (art. 225, § 1º, inciso V[61]) "[...] não se omita no exame das técnicas e métodos utilizados nas atividades humanas que ensejem risco para a saúde humana e o meio ambiente". Desta forma, o Poder Público deverá agir quando tiver conhecimento da existência de "[...] riscos inaceitáveis" (quando valores constitucionais, como o meio ambiente, são expostos ao perigo)[62]. Ou seja, em casos de incerteza científica e existência de riscos, é obrigação que o Poder Público atue de forma precaucional.

O Princípio da Precaução na legislação infraconstitucional brasileira não possui "[...] delimitações regulatórias" tão explicativas e criteriosa como na União Europeia. Algumas medidas, como a *avaliação de impactos ambientais* elencada no rol de instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), em seu artigo 9º, inciso III[63], servem, de forma mais ampla, para análise e verificação dos impactos ambientais que um determinado empreendimento poderá causar, bem como as alternativas que poderão ser tomadas para reduzir e mitigar esses impactos[64].

Paulo Affonso Leme Machado menciona, também, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, exigência constitucional ao se realizar obras ou procedimentos potencialmente lesivos ao meio ambiente (art. 225, §1º, IV[65]). Segundo o autor, "[...] a palavra 'potencialmente' abrange não só o dano de que não se duvida, como o dano incerto e dano provável"[66]. No caso, tanto para os danos que já existe um amplo conhecimento técnico e científico de suas ocorrências (também chamados de *riscos concretos)*, quanto àqueles incertos e não sabidos (denominados tradicionalmente como *riscos abstratos*) deverão ser analisados pelos Estudos Prévios de Impacto Ambiental. A Resolução nº 1 de

---

[60] UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017, p. 20-21.

[61] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

[62] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 106.

[63] Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (...) III - a avaliação de impactos ambientais.

[64] CARVALHO, Délton Winter de. Modelos de gestão de riscos ambientais extremos: entre as dimensões da incerteza e as intensidades da precaução na decisão jurídica modelos de gestão. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 76, p. 65-66, 2014.

[65] IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

[66] MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 116.

1986 do CONAMA também determina algumas informações que deverão ser levantadas por este estudo[67] ao se analisar o risco.

Nisso, algumas medidas para se analisar e gerir o risco existem nacionalmente. Entretanto, essas medidas não separam a atuação precaucional da atuação preventiva[68]. Quanto à aplicação do princípio da precaução em si, algumas legislações elencam este princípio como condutor das medidas tomadas no caso de desconhecimento científico[69].

Voltando-se para uma análise de quantificação e qualificação dos riscos da doutrina e da legislação nacional, existe um *consenso* de que o risco que pode ser quantificado e conhecido é classificado como *risco concreto*; enquanto aquele risco possuidor de incerteza científica é classificado como *risco abstrato*. Ainda que possam ser usadas, essas qualificações para se realizar um gerenciamento do risco no Brasil, esses termos precisam ser melhores explorados, exigindo-se um maior aprofundamento para os riscos atuais e os chamados problemas ecológicos de segunda geração, reflexos da sociedade atual (ou Sociedade do Risco)[70].

---

[67] Como, no caso, o art. 6º desta Resolução, que dispõe: "Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas: I - *Diagnóstico ambiental* da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando: a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas; b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente; c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos. II - *Análise dos impactos* ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. III - *Definição das medidas mitigadoras* dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas. lV - *Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento* (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados. Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto Ambiental o órgão estadual competente; ou o IBAMA ou quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área". (grifo nosso).

[68] Ou o chamado *fator de prudência* pela Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final, que, explicado pela própria Comunicação, não se confunde com o princípio da precaução!

[69] É o caso da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei nº 12.608/2012), que, para os casos de desastres, estabelece em seu artigo 2º, § 2º, dispõe: "Art. 2o É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre. (...) § 2º *A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco"*. (grifo nosso).

A Lei de Biossegurança (Lei nº11.105/2005) também estabelece em seu artigo 1º que o princípio da precaução é uma das diretrizes utilizada por esta lei, *in verbis*: Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, *tendo como diretrizes* o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a *observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente*. (grifo nosso).

[70] CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 82 - 84.

3.1 Riscos concretos e abstratos: delimitação problemática?

Classicamente, na doutrina brasileira, temos a divisão dos riscos em duas categorias: riscos concretos e riscos abstratos. Riscos concretos são os riscos quantificáveis, cujos efeitos são conhecidos por estudos e experiências anteriores. Os riscos abstratos seriam aqueles dotados de incerteza quanto a sua ocorrência, ou seus efeitos, ou, inclusive, sua própria existência. Aos riscos concretos, por serem facilmente quantificáveis, aplica-se o princípio da prevenção e para os riscos abstratos (não quantificáveis, dotados de incerteza), o princípio da precaução[71].

A judicialização dos riscos encontra bastante dificuldades na *questão probatória*. Apesar de se conseguir provar de forma muito mais facilitada a existência de riscos concretos, com a consonante aplicação do princípio da prevenção, os riscos abstratos (consistentes nos riscos eivados de *incerteza científica* e falta de probabilidade para se demonstrar sua ocorrência) não são tão simples. A dificuldade em se demonstrar um dano certo e atual tem trazido uma dificuldade em se responsabilizar ou determinar medidas antecipatória (preventivas) pelo risco abstrato[72].

Desta ausência probatória de danos concretos, o Direito deve "[...] estar apto a decidir racionalmente [...] nestes contextos de incerteza", sob pena de se ter decisões que, fundamentadas no *medo*, podem ser *exageradas* em um cenário de incerteza, ou, por outro lado, se tornarem uma "[...] desculpa para ignorar um problema iminente"[73], visto que não existem provas concretas para elucidar a existência dos riscos. Nas palavras de Carvalho[74]:

> A adoção generalizada de um padrão probatório exigente para casos referentes a atividades e tecnologias que detenham algum grau de incerteza científica pode gerar significativos déficits protetivos. Da mesma forma, a adoção de um padrão menos exigente para casos de atividades conhecidas pode gera uma proteção exagerada e desproporcional.

Dantas, igualmente, entende existir um "[...] uso indevido do princípio da precaução" que, muitas vezes, baseado em uma opinião isolada, sem qualquer critério científico, cria obstáculos para o desenvolvimento de atividades, sob a alegação da aplicação deste princípio. O uso irrestrito do princípio da precaução pode "[...] dificultar ou mesmo impedir atividades legítimas que, por alguma razão (política, econômica, etc.), não interessam a determinada pessoa ou grupo" e, também, possibilitar o uso do princípio em prol de um *radicalismo exacerbado*, na qual se coloca o princípio do meio ambiente sadio e equilibrado acima de qualquer outro princípio[75].

Necessita-se, assim, de uma maior simetria entre o *Direito e a Ciência*. O Direito deverá passar a operar de uma forma que consiga utilizar de critérios técnicos e científicos (mesmo que escarços) que apresentam uma *probabilidade* de ocorrência em um contexto de grande incerteza. Sugere-se um "[...] padrão de exigência probatória compatível com a natureza do risco e sua incerteza", para que se aumente a capacidade perceptiva jurídica ao risco e se tenha padrões de

---

[71] CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 77.

[72] CARVALHO, Délton Winter de. *Dano ambiental futuro:* a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 188.

[73] CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 85.

[74] CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87.

[75] DANTAS, M. B. *Direito Ambiental de conflitos*: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 95-100.

decisão adequados em contextos de incerteza[76]. Reconhecendo-se juridicamente a existência das *dimensões de incerteza*, conforme já demonstrado acima, haverá uma possibilidade de se ter decisões jurídicas precaucionais fundadas em critérios técnicos e o princípio da precaução poderá atuar como "[...] um conteúdo normativo principiológico capaz de orientar os processos de tomada de decisão a lidar com as dificuldades cognitivas do homem em determinar probabilidades e priorizar riscos relevantes", bem como determinar a intensidade de aplicação de medidas preventivas[77]. Carvalho sugere, ainda, algumas medidas para delimitarem critérios de aplicação do princípio da precaução[78].

Da mesma forma, Dantas entende pela necessidade de se "[...] observar determinados parâmetros" para aplicação do princípio, criando-se alternativas ao invés de se realizar uma paralisação das atividades. Sustenta o autor que "[...] o juiz deve ter em mente quais os efeitos que a sua decisão irá produzir. Pensar nos cenários possíveis resultantes da decisão que irá tomar pode ser um excelente instrumento"[79].

Neste ínterim, mostra-se cada vez mais necessário que o judiciário se atenha a critérios científicos para que se aplique o Princípio da Precaução. Em conformidade com o que estipula a Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução, ao se aplicar o princípio da precaução, deve-se atentar para que a decisão seja *proporcional*, *não discriminatória*, *equivalentes*, *coerentes* e *revisitadas* (quando surgir novo conhecimento científico para o que não se sabia quando se aplicou o princípio), além de se tentar realizar a avaliação, gestão e comunicação dos riscos, evitando-se, assim, a arbitrariedade na aplicação do princípio.

4 Considerações finais

Através de uma análise da Comunicação da Comissão Europeia podemos perceber que, para se aplicar o princípio da precaução, é necessário que exista a aferição de determinados critérios. Critérios científicos e análise do risco são essenciais para que se aplique tal princípio em um contexto na qual existe muita incerteza acerca da existência, ou não, de riscos que uma atividade pode causar, bem como, qual será a magnitude desse evento.

Para isso, a COM (2000) 1 final estabeleceu que, no âmbito da União Europeia, se realize uma *avaliação de riscos* (consagrando a análise, gestão e comunicação do risco) para que se aplique o referido princípio. Uma análise quanto às incertezas existentes sobre uma determinada atividade também é um procedimento que deverá ser feito, para que se saibam quais medidas deverão ser tomadas e em quais medidas.

Uma análise da aplicação do princípio da precaução na doutrina e legislação brasileira demonstra que se tem realizado uma aplicação *equivocada* deste princípio. Tanto pela dificuldade em se trazer ao cerne probatório questões de difícil probabilidade técnica, quanto questões ideológicas (econômicas, políticas, ambientais, que transgridam do sistema jurídico).

---

[76] CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86 e 89.

[77] CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102 e 92.

[78] Como, por exemplo, a *interpretação em aberto*; *o planejamento por cenários*; *distribuição de risco em cauda larga*; *a teoria do pior cenário*; *gestão adaptativa*. Em: CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105-111.

[79] DANTAS, M. B. *Direito Ambiental de conflitos*: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 99, 107 e 108.

A recente doutrina nacional já vem levantando algumas soluções que podem ser tomadas para que se tenha uma aplicação do princípio da precaução não-arbitrária. Além destas sugestões, a Comunicação parece-nos, também, uma fonte da qual se possa usufruir no momento da aplicação do princípio da precaução, sobretudo quanto à análise das incertezas existentes (e de suas dimensões), passando pela avaliação, gestão e comunicação dos riscos, e observando seus princípios de aplicabilidades (proporcionalidade, não discriminação, equivalência, coerência e revisão).

Referências

ARAGÃO, Alexandra. *Princípio da precaução*: manual de instruções. Revista do CEDOUA, n. 22, ano XI, 2008.

BRASIL. *Constituição (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. *Lei 11.105/2005.* Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

BRASIL. *Lei 12.608/2012*. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nos 12.340, de 1o de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em 04 nov. 2015.

BRASIL. *Lei 6.938/1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 01 jun. 2017.

CARVALHO, Délton WInter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica:* deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Modelos de gestão de riscos ambientais extremos: entre as dimensões da incerteza e as intensidades da precaução na decisão jurídica modelos de gestão. *Revista de Direito Ambiental*, vol. 76, p. 63-83, 2014.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE – IBAMA. *Resolução nº 1 de 23 de janeiro de 1986*. Necessidade de se estabelecerem as definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>. Acesso em: 01 jun. 2017.

DANTAS, M. B. *Direito Ambiental de conflitos*: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, ano 3, n. 2, jul./dez. 2011. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/1399/1767>. Acesso em: 01 jun. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da Comissão Europeia relativa ao princípio da precaução COM (2000) 1 final*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3Al32042>. Acesso em: 01 jun. 2017.

PARA ALÉM DAS DIFERENÇAS SOCIAIS NA EDUCAÇÃO

Eliane Carmanim Lima
Bacharelado em Psicologia pela Unisinos
Especialização em Projetos Culturais pela UFRGS
Bacharelado em Ciências Sociais pela UFRGS
Mestrado em Sociologia pela UFRGS
eliane.ufrgs@gmail.com

Resumo:

Partindo-se das propostas da Educação Ambiental e o papel que diferentes atores sociais devem desempenhar para atingir os objetivos propostos por este projeto e as novas concepções e princípios que sugerem estas abordagens no tratamento dos animais, propõe-se uma reflexão sociológica sobre como os animais são compreendidos e estudados nas diferentes disciplinas. Neste trabalho apresentam-se novas abordagens sobre a relação humano-animal e sua inclusão na educação na busca de uma desnaturalização do lugar histórica e culturalmente reservado aos demais animais nas diferentes disciplinas. A partir daí, sugerem-se modificações na forma como os (demais) animais são estudados na história, geografia, biologia, sociologia, literatura e mesmo na língua portuguesa numa proposta interdisciplinar, numa leitura crítica sobre a forma como os animais são considerados e tratados na educação. O fio condutor do trabalho é a própria sociologia, pois este saber em muito auxilia a desnaturalizar o lugar do animal como objeto para uma possibilidade além dos condicionamentos culturais.

Palavras-chave: Animais. Educação Ambiental. Diferenças de espécie. Mudança Cultural;

Até que os leões inventem as suas próprias histórias, os caçadores serão sempre os heróis das narrativas de caça. (provérbio africano)

1 Introdução

Nos últimos anos temos visto uma crescente mobilização de grupos sociais voltados à defesa de direitos animais e obras advogando seu bem-estar ou sua libertação. Há mudanças de hábitos quanto à forma como consideramos e tratamos os demais animais em curso, afetando o mercado, a política, trazendo inovações em políticas públicas e mesmo na academia surge um novo campo nas ciências sociais, que passa a estudar a relação humano-animal.

As teorias que advogam melhores tratamentos aos animais são milenares, assim na filosofia encontramos pensadores que desde tempos pré-socráticos sugerem tratamentos mais éticos para com os animais e no direito juristas igualmente têm proposto, desde longa data, condutas que tragam menos sofrimento para com alguns animais. Assim teóricos e juristas têm proposto preceitos jurídicos para diminuir ou impedir o sofrimento de animais. Essas novas ideias têm favorecido a criação de inúmeras leis na defesa de animais em vários países e mesmo no Brasil.

No século XX, em especial nos últimos 30 anos, no campo da filosofia e do direito, acompanha-se a produção de obras voltadas a uma nova ética na relação humano-animal. O debate destes autores situa-se num amplo espectro de preceitos e considerações para com os (demais) animais que vão desde a ideia de um bem-estar animal, mas com a manutenção da exploração de várias espécies para benefício humano. Mas também já começa a ser propagada a ideologia que prega o fim da exploração animal, ou seja, não somente seu bem-estar, mas o fim do uso de animais para interesse humano. Estas ideias são acompanhadas em movimentos sociais e vividas pelos veganos que buscam não somente defender estas ideias, mas também viver em suas vidas esta proposta de não exploração animal em nenhuma prática humana, mesmo com as dificuldades que isto acarreta numa sociedade que se acostumou a utilizar os animais em várias situações para vários fins de interesse e benefício humano.

Nos saberes menos normativos das ciências sociais, estas ideias têm alcançado também esse campo, levando inicialmente à produção de obras na antropologia, estendendo-se paulatinamente aos demais campos das ciências sociais. Desta maneira, alguns cientistas sociais, conforme seu oficio, começam a relativizar as condutas condicionadas culturalmente para com os demais animais e trabalhos começam a ser produzidos na história, na ciência política, na geografia e na sociologia.

Não podemos esquecer que atores sociais passam a assimilar estas novas ideias, e vice-versa, engendrando mudanças sociais com práticas sociais diversas do pensamento e da conduta dominante em relação aos (demais) animais, e indivíduos e grupos passam a recusar-se de participar de hábitos que naturalizam o uso de animais e seu sofrimento nas mais variadas situações.

Este trabalho se dispõe a uma análise crítica das práticas culturais relacionadas aos usos dos (demais) animais em sociedade ou na(s) cultura(s) avançando até o lugar da educação e os atuais debates sobre as diferenças, exclusão, democracia e o papel da educação neste debate envolvendo este novo campo da relação humano-animal.

Nesta proposta, parte-se das abordagens já consagradas nas ciências sociais, em que são abordadas a cultura e a formação dos (pré) conceitos em relação às diferenças, num estudo transdisciplinar envolvendo sociologia, antropologia, história, geografia e estudos culturais. Aqui se pretende inovar para além das abordagens antropocêntricas, indo na direção destes novos movimentos sociais que se orientam para além das opressões e exclusões quem envolvem diferenças de etnia, gênero, identidade e orientação sexual, idade ou características físicas, classe social ou quaisquer outras reflexões similares das usuais nas ciências sociais. Parte-se de análises críticas sobre as diferenças, cultura, alteridade e as violências nos discursos universalizantes para ir além das diferenças de gênero, etnia, idade, religião, ou outras, para incluir este novo olhar que desnaturaliza a exploração animal, incluindo igualmente estes novos atores sociais, os que advogam o fim da exploração animal, no espaço social e na educação.

2 A Expansão dos Estudos da Relação Humano-Animal nas Ciências Sociais

Se fôssemos traçar um mapa arqueológico dos paradigmas ocidentais relacionados aos (demais) animais diríamos que estes conceitos existem primeiramente no ocidente desde a Grécia pré-socrática quando já encontrávamos pensadores que abordavam a forma como devemos tratar os (demais) animais, ou seu lugar na sociedade. Em outro trabalho apresentamos forma arqueológica estas ideias de que davam conta de uma supremacia humana ancorada num ideia distintiva dos humanos em relação aos demais animais. Ali pôde se ver que persistiram no mundo Romano e na

Idade Média que passa a acrescentar a essas noções conceitos judaico-cristãos favorecendo que se atribuísse uma maior desvalorização dos atributos animais e mesmo uma negação de nossa animalidade. Ali, nossos instintos, nossa animalidade, ganham as cores religiosas de pecado e desvio sendo atribuídas a entidades maléficas, como o "diabo" que teria mesmo traços animais. Aliás, ser comparado a animal é algo ofensivo e sinônimo de inferioridade. Com a Renascença estes atributos humanos passam a ser mais aceitos numa supervalorização do humano em contrapartida ao divino, mas o lugar do animal passa a ser o de objeto a partir das ideias materialistas de Descartes e do humanismo (LIMA, 2012).

Cabe lembrar que o campo semântico da palavra "humanista" surge no século XV quando começa "como calão estudantil referindo-se ao professor universitário de "humanidades", os *studia humanitatis*. Esta era uma antiga expressão romana para descrever um programa acadêmico composto especificamente por cinco disciplinas: Gramática, Retórica, Poesia, Ética e História" (BURKE, 2008, p. 25). Segundo Leonardo Bruno, historiador medieval, estas disciplinas deveram ser estudadas "porque aperfeiçoam o homem":

> A ideia fundamental era de que os homens (por outras palavras, os humanos, contemplados por homens humanistas em termos masculinos) se distinguem do animal em primeiro lugar pela capacidade da fala e portanto de distinguir o bem do mal. Daí que as principais matérias de estudo fossem aquelas respeitantes à linguagem (Gramática e Retórica) ou à Ética. (BURKE, 2008, p. 25).

Apesar do marco histórico do uso dos animais na ciência a partir da filosofia cartesiana, que passa a considerá-los como autômatos, ou incapazes de sentir, começam a surgir pensadores que defendem animais, por entenderem que eles são capazes de sentir e sofrer e propõem formas de tratamento não cruéis para com os animais. Keith Thomas relata que aos poucos começam a existir alguns movimentos de defesa dos animais e propostas de controle ou proibição para que a crueldade fosse proibida ou coibida (THOMAS, 2010), mas a ideia de direitos para os animais é mais recente. Peter Singer aponta que o progresso intelectual do século XVIII trouxe algumas melhorias nas condições dos animais e no século XIX começaram a surgir algumas leis e instituições buscando defender os animais da crueldade (SINGER, 2004). Segundo Keith Thomas (2010) já no século XVIII e na virada do século XIX começa um movimento de inclusão dos animais no universo moral e observam-se a partir daí vários protestos contra as práticas envolvendo a crueldade com os animais.

O pensamento dominante inicialmente delegava aos (demais) animais o lugar de objeto de usufruto humano, mas isto não era privilégio de animais somente, porque mulheres, estrangeiros ou grupos étnicos estrangeiros ou estranhos à cultura local também eram desconsiderados numa escala hierárquica inferiorizada. Eles eram excluídos e oprimidos e sua exploração e mesmo crueldade era naturalizada. Desta forma conceitos de hierarquia entre os seres também engendraram o racismo, o sexismo, a homofobia e outras fontes de violências, preconceitos e desigualdades sociais.

Estes paradigmas acompanhavam a ideologia dominante ou como diria o Sociólogo Durkheim, (2005a, 2010a), que já observava que a lei é fruto da norma social que se cristaliza na legislação a partir do que a sociedade considera desvio, conflito, desequilíbrio ou simplesmente diferente. A atitude dos humanos frente os (demais) animais segue a mesma direção, e desta forma criam-se normas para regular a conduta humana em relação aos animais e mesmo à natureza. As leis são fruto da dinâmica social e como expressa este autor, "normalmente, os costumes não se opõem ao Direito, mas, ao contrário, são sua base" (DURKHEIM, 1983, p. 32). Assim a moral social da sociedade espelha o sentimento e ideologia coletiva do grupo social com o poder de influenciar os

integrantes dos grupos sociais coagindo de forma inconsciente todo o corpo da sociedade. À medida que se modifica a moral ou normas sociais de determinada sociedade, modificando-se os conceitos e práticas sociais e esta mudança materializa-se em normas jurídicas, que acompanham as modificações sociais.

Se acrescentarmos a isso a forma como os valores morais se disseminam no espaço social, cabe falarmos de Bourdieu e sua ideia de poder e violência simbólica num espaço social ordenado de forma desigual a partir de diferenças sociais que legitimam uma cultura dominante conforme a posição social dos atores de maior poder e capital simbólico. Esta cultura é garantida e validada desde o lugar desses dominantes, o que assegura e reproduz a ordem social que mantém os dominantes nessa posição. Tal legitimação está na origem dos conflitos entre as classes sociais, e nos campos sociais onde as lutas sociais tomam a forma de uma luta simbólica. Os conceitos veiculados e reproduzidos sobre os animais foram produzidos e validados a partir desta estrutura de poder e passaram a ter valor ou capital simbólico e são reproduzidos numa lógica que os desvaloriza e objetifica. (BOURDIEU, 2005 b, 2004, 2005b).

Segundo Garner (2004) desde os anos 1960 tem havido uma mudança radical no debate sobre a relação humano-animal e o tema tem ganhado novas abordagens e na filosofia chegou a tornar-se um campo independente dentro do ramo da ética e a Ética Animal ganhou novos autores que se destacam como Peter Singer que dentro de uma abordagem utilitarista ganha notoriedade ao escrever e debater o tema. Depois da apresentação de sua obra "Libertação Animal", livro marco sobre o tema, outros autores têm se consagrado ao advogarem a defesa de animais. Atualmente há várias obras tanto na filosofia como no direito defendendo direitos dos animais tanto de autores que se consagram com estas ideias como dissertações e teses discorrendo sobre estes direitos.

Muitas destas teses tecem considerações de direitos relacionadas a humanos e animais assim vemos novas propostas de consideração para com os (demais) animais, da mesma forma como se desenvolvem novas abordagens a cerca das diferenças culturais entre os diferentes grupos humanos.

Alguns destes pensadores ampliam a questão das diferenças de etnia, gênero, orientação e identidade sexual para as diferenças de espécie. Assim Derrida propõe que se pense "o processo de diferenciação para além de qualquer espécie de limites: quer se tratem de limites culturais, nacionais linguísticos ou mesmo humanos" (DERRIDA, 2004, p.33). Diferentemente dos demais filósofos que falam sobre os direitos e igualdade de direitos que devem ser estendidos aos (demais animais), Derrida denuncia a marca da distinção que existe ao se falar em animais e não O Animal, no singular, como se faz ao 'homem', quando esta palavra enuncia os humanos. Ele denuncia na expressão "o completamente outro que chamam 'o animal'" (Derrida, 2002, p.31) este lugar que os humanos reservam aos demais animais apontando nos dois últimos séculos uma subversão na relação dos humanos com os demais dada a tecnologia e o volume dos usos dos animais neste período.

> No decurso dos dois últimos séculos, estas formas tradicionais de tratamento do animal foram subvertidas, é demasiado evidente, pelos desenvolvimentos conjuntos de saberes zoológicos, etológicos, biológicos e genéticos sempre inseparáveis de técnicas de intervenção no seu objeto, de transformação de seu objeto mesmo, e do meio e do mundo de seu objeto, o vivente animal: pela criação e adestramento a uma escala demográfica sem nenhuma comparação com o passado, pela experimentação genética, pela industrialização do que se pode chamar a produção alimentar da carne animal, pela inseminação artificial maciça, pelas manipulações cada vez mais audaciosas do genoma, pela redução do animal não apenas à produção e à reprodução superestimulada (hormônios, cruzamentos genéticos, clonagem, etc.) de carne alimentícia mas a todas as outras finalidades a serviço de certo estar e suposto bem-estar do homem Derrida, 2002, p.31.

Esse “conjunto de saberes zoológicos, etológicos, biológicos e genéticos” tem garantido um assujeitamento de grandes proporções nesta produção de violência para com os animais, já que as intervenções nestes animais são para benefício humano (DERRIDA, 2002, p. 51). Ele fala de uma dissimulação que os humanos empregam para esconder a crueldade nestes usos ostensivos dos animais em escala mundial num “esquecimento” organizado desta violência. Esse assujeitamento também se dá pela forma como empregamos palavras para lidar com os animais utilizados, mascarando sua animalidade e capacidade de sofrer.

Semelhante a Derrida, Lisa Johnson examina a “verdade” sobre os animais desde uma análise foucaultiana. Nosso conhecimento ou saber sobre os animais e ações sobre eles são produzidas pelo poder/saber associado aos animais (JOHNSON, 2012, p.16) e no discurso dominante de certos campos sociais os animais são objetos. As forças do poder incluem a criação de condições que sustentam as declarações sobre o que é verdade ou não sobre os animais. Esta autora nos convida a refletir sobre qual regime de verdade sustenta estas ideias sobre os animais e humanos. A partir de Foucault esta autora também aponta sobre a autoridade que emana das pessoas que fazem declarações sobre os animais. Assim o discurso jurídico cria realidade sobre os animais enquanto propriedade devido a legitimidade daqueles que sustentam estes enunciados sobre os animais. Poderíamos pensar então que é por conta desse poder/saber que os animais são vistos como propriedade e os humanos como seres racionais e superiores aos demais e também que os humanos não se reconhecem como animais.

A filósofa Martha Nussbaum propõe um alargamento das “fronteiras da justiça” para além dos humanos onde o pacto social deveria incluir também os direitos dos animais (NUSSBAUM, 2006). Ainda relacionado às teorias da justiça cabe mencionar Rowlands que entende que não é somente o gênero, a idade, a raça (etnia), classe que estariam escondidos sob o véu da ignorância, mas também a espécie deveria ser incluída (GARNER, 2004).

O historiador Éric Baratay faz um estudo arqueológico de como os humanos tratam os animais entre o século XIX e XX, separando esta história em três fases. Na primeira fase existia uma proteção relativa de alguns animais, num viés utilitarista econômico, já que os animais deveriam ser bem tratados, pois assim produziriam mais. Num segundo período, mais denunciatório e repressivo começa-se a abordar o sofrimento animal e as situações de abandono, vivissecção e maus tratos. Numa terceira fase, correspondente aos tempos atuais, começa-se a abordar o ponto de vista dos animais diante das situações em que são sujeitados e aqui já surge a ideia de um valor intrínseco dos animais num caráter mais abrangente do que apenas dos animais domésticos, abarcando tantos os animais domésticos quanto selvagens. Nos textos mais recentes deste autor (BARATAY, 2011), o enfoque deveria partir do interesse dos próprios animais e a forma como isto é articulado pelos humanos, assim na primeira fase isto é ignorado, e somente na terceira fase, aparecem ideias que dão conta do interesse dos animais frente às situações que acarretariam sofrimento. Nos textos mais recentes deste autor (BARATAY, 2011), ele chega a propor uma nova historiografia no que diz respeito à relação humano-animal. Assim numa narrativa crítica da história ou de obras das ciências sociais o historiador aponta o olhar antropocêntrico em que se faz a história humana dos animais, pois ela é fundada desde uma representação falsa ou parcial do animal sobre o qual se exercem representações, saberes e práticas humanas num binômio sujeito-objeto e homem-animal. Para ele seria preciso insistir no contrário; sobre a influência dos animais nas relações com os humanos, sobre o seu papel como ator, enquanto seus gestos, comportamentos e “culturas” como falam antropólogos atuais.

Nestas abordagens antropocêntricas muito tem se produzido como história(s) das touradas, história do gado leiteiro, do zoológico, dos animais nas guerras, dos animais domésticos, etc. Numa história mais recente sobre cavalos, por exemplo, os estudos não dizem nada sobre os cavalos, mas se concentram numa perspectiva de uma história social ou sobre uma perspectiva de uma história econômica relacionada aos humanos. Assim, mesmo falando de animais, mesmo com abundancia de detalhes geográficos, ou etnológicos, estamos falando dos humanos e não dos animais. A proposta do autor é que o animal seja ator nestas narrativas, assim ao escrevermos sobre as touradas deveríamos falar sobre os touros nas touradas e não sobre a instituição ou hábito cultural humano das touradas que envolvem uma espécie de animais ou indivíduos animais. "O historiador deve tomar os conhecimentos dos naturalistas, aprender a dominar-lhes e utilizar como fizeram há algumas dezenas de anos os economistas, os sociólogos, os demógrafos, os etnólogos/antropólogos constituindo uma bagagem, obrigatória, sem a qual ele seria impotente para sua profissão[80]" (BARATAY, 2012, p.56.). Os animais são autores de sua existência , singulares e deveriam ser tratados como tal. Animais e humanos formam uma "comunidade híbrida" com interações e sociabilidade complexa.

Mesmo na geografia começa a surgir um subcampo que não mais invisibiliza os animais e a relação humano-animal e constitui-se da geografia animal que seria "o enredamento complexo das relações homem-animal com espaço, local, localização, ambiente e paisagem" ou "o estudo de onde, quando, por que e como os animais não humanos se cruzam com as sociedades humanas" [81]. Estes geógrafos exploram essas relações temporal e espacialmente,para entender o porquê e a forma como diferentes configurações de humanos imbricam-se e buscam também as subjetividades animais.

A partir destas novas concepções muitos cientistas naturais, geógrafos de várias tradições intelectuais como economia política, pós-estruturalismo, feminismo e estudos científicos - começaram a defender a subjetividade animal e a necessidade de descortinar este campo ainda virgem de estudos sobre a natureza e animais para animar os entendimentos do mundo. Em especial destaca-se o papel dos animais na construção social da cultura e outros assuntos humanos, a natureza da subjetividade animal e sua própria capacidade de ser agente nesta relação.

3 Considerações Finais

É partindo destas considerações de animais enquanto atores sociais que parte o desafio e provocação deste trabalho. Se observarmos o avanço dos estudos neste campo das relações humano-animal, observaremos que estes estudos começam a penetrar nos tradicionais campos da história, antropologia, ciência política, literatura, geografia e sociologia, mesmo que no Brasil este campo ainda seja bem menos prolífico. No Brasil ainda são tímidos os trabalhos além do campo da antropologia, que já apresenta revistas temáticas específicas no tema. A Antropologia tem produzido obras e pensadores que começam a se consagrar ao estudarem nossa relação com os (demais) animais como Tim Ingold (SORDI, 2011) e surgem mesmo obras antropológicas que incluem outras espécies além dos humanos[82].

[80] Tradução livre da autora

[81] Philo, C., Wilbert, Animal Spaces, Beastly Places: New Geographies of Human-Animal Relations. Routledge, London and New York, 2000, p. 4.)

[82] BEVILÁQUEA, Cimea Babato. Chimpanzés em juízo: Pessoas, coisas e diferenças. In: *Horizontes Antropológicos*. Porto Alegre, ano 17, n.35.p.65-102, jan/jun.2011.

Nos outros campos ainda são insignificantes as obras em português sobre o tema, mas em países da Europa e América do Norte a produção estende-se para além dos campos mais tradicionais como Filosofia e Direito e mesmo para além da Antropologia.

Estas mudanças causam impactos em todas as atividades de interesse humano como comércio, mercado, economia, política, relações internacionais, políticas públicas, educação e política.

O cientista político Robert Garner também aponta que há um esforço na busca de mudanças nas atitudes para com os animais e as ações de ativistas têm influenciado os governos através do poder da opinião pública. As mudanças são percebidas no consumo, nas cortes de justiça, em níveis locais e internacionais. Também no terreno político percebem-se mudanças que não são explicadas nas abordagens políticas tradicionais e a polarização entre esquerda e direita, propondo uma nova forma de estudar a questão na ciência política. (GARNER, 2004). Destas destacamos o impacto na configuração política e o surgimento de novos partidos políticos em vários países e até o presente momento sabe-se da existência de aproximadamente 30 partidos animalistas[83] espalhando-se pelo planeta. Trata-se de partidos políticos, em diferentes países, de diverso espectro ideológico, mas com o objetivo comum de defender ou mesmo libertar animais da crueldade ou exploração humana. Sobre o surgimento destas novas demandas políticas o sociólogo político Inglehart (2009) fala em uma substituição dos valores de sobrevivência por valores de autoexpressão e novas reivindicações têm espaço. Sua teoria da mudança de valores aponta a construção de novos valores sociais e consequentes mudanças nas atitudes em relação ao meio ambiente e ecologia e novas formas de participação política.

Da mesma forma estes estudos sobre a relação humano-animal são reflexos dessas mudanças culturais que tem modificado nossas concepções, considerações e práticas para com os demais animais, consequentemente afetando o campo da ciência e a produção de trabalhos.

Por outro lado cabe uma reflexão sobre a invisibilidade de trabalhos envolvendo a Educação, pois os trabalhos se divorciam das realidades escolares em todas as fases de estudo e não contemplam estas mudanças de paradigmas. No discurso da educação que já introduz maduras discussões acerta da alteridade, da desigualdade em sua denúncia do discurso universalizante das escolas tradicionais ainda não há espaço para os atores sociais que reivindicam outro lugar para os demais animais. Ou seja, não só a escola reproduz uma matriz conservadora e antropocêntrica a respeito da natureza e dos demais animais como ela é excludente para aqueles que já buscam uma visão não antropocêntrica no seu relacionamento com os demais animais e mesmo com a natureza. Mesmo nos estudos de sociologia que favoreceriam a construção de uma postura crítica e reflexiva frente os eventos que o educando vivencia, viabilizando o exercício da cidadania e mesmo a participação na construção de uma sociedade mais justa e menos desigual, ainda testemunhamos resistência para avançar neste tema, perpetuando os velhos temas e objetos de estudo sociológico. Desta afirmação cabe lembrar mais uma vez o pensamento de Pierre Bourdieu quando diz que: “cada sociedade, em cada momento,

[83] Em ordem cronológica : Alemanha (1993), Holanda (2002), Espanha (2003), Canadá (2005), Reino Unido (2006), Itália (2006), Partido Animalista Europeu- Itália (2006), Inglaterra (2008), Animal Protection Party, (há que se confirmar se está inativo ou se mudou para outro a seguir), Portugal (2009), Humane Party -EUA (2009), Austrália (2010),Dinamarca (2010), extinto em 2015Suíça - 2010 (24-07-2010)Animal Rights Party- EUA (2011), Equo-EspanhaParty EcoAnimalista- Itália (2012), Suécia (2014), Chipre (2014), Partido europeu (2014), Euro Animal 7, composto de sete países, buscando assento na Comunidade Europeia, Turquia (faltam dados, mas teria começado a se estruturar em 2014), Finlândia, (2016), Tailândia, (2016), França- (2016) ,Greens for Animal Protection(Inglaterra, provavelmente em 2016/2017) , Costa Rica- (2017) e ainda sema maiores dados : Sem maiores dados : Albânia : Partido Ecologista Europeu, Israel- Justice4All Party, Sérvia , Brasil pré-partido registrado em 2016.

elabora um corpo de problemas sociais tidos por legítimos, dignos de serem discutidos, publicados, por vezes oficializados e, de certo modo, garantidos pelo Estado" (BOURDIEU, 2005 p.35).

Mas este pensamento crítico a cerca dessa invisibilidade a cerca dos (demais) animais e da relação humano-animal seria viável justamente pelos saberes que o estudo da sociologia desenvolve, levando o aluno a um crescente questionamento das forças sociais atuando nos processos de naturalização de violências, preconceitos e da estrutura desigual da sociedade que favorece estas desigualdades e violências. Uma das competências que o estudo da sociologia favorece é a percepção de uma pluralidade de discursos sobre a realidade social, conforme aponta Enno Liedke Filho (Lições do Rio Grande, 2009, p. 95) além de favorecer a percepção de um discurso dominante se impondo sobre esta pluralidade cultural. Ao estudar criticamente a interação dos humanos com os demais animais e com a natureza somos liberados para pensar estas relações para além deste discurso dominante. O debate que sugerimos ser desbravado seria uma análise sociológica da própria sociologia, como sugere Bourdieu, uma vez que "existem problemas que os sociólogos deixam de apresentar porque a tradição profissional não os reconhece como dignos de serem levados em consideração, ou não propõe as ferramentas conceituais ou as técnicas que permitiriam tratá-los de forma canônica: e inversamente, existem questões que eles se obrigam a formular porque as mesmas ocupam uma posição elevada na hierarquia consagrada dos temas de pesquisa (BOURDIEU, 2005, p.41)".

Estudar a relação de nossa sociedade para com os demais animais exige um estranhamento de hábitos histórico e culturalmente arraigados e mesmos os cientistas sociais ainda não têm se detido a fazê-lo, e os conceitos e práticas sociais para com os mesmos fazem parte do discurso dominante. Ainda citando Bourdieu a respeito, é importante a apontar sua crítica: "o sociólogo que não fizer a sociologia da relação social característica de sua classe social de origem correrá o risco de reintroduzir, em sua relação científica com o objeto, os pressupostos inconscientes de sua primeira experiência social" (BOURDIEU, 2005, p. 92). Numa analogia ao capital cultural e o lugar ocupado por estes atores sociais que hoje debatem sobre a relação humano-animal poderíamos dizer que nós, enquanto cientistas sociais, falamos desde um lugar que nossa cultura nos permite e nossa relação com os demais animais é ainda um tema por demais invisibilizado nas ciências sociais para garantir-nos este estranhamento e desnaturalização de condutas (re) correntes na cultura ocidental (globalizada).

Sugerimos que este tema acompanhe a sequência de estudos fundamentais sobre cultura, alteridade e movimentos sociais. Ao estudar-se cultura e a forma como são engendradas as violências e preconceitos para com minorias, somos instados a desnaturalizar os conceitos reproduzidos desde o senso comum, possibilitando a liberação de condicionamentos culturais que têm favorecido a reprodução do racismo, sexismo, classismo, e todas as manifestações de preconceitos e visões etnocêntricas, androcêntricas, eurocêntricas ou outras percepções universalizantes que acentuam diferenças de lugar (e poder) e a possibilidade de expressão desde o ethos destes grupos marginalizados, excluídos ou subjugados.

Os estudos já tradicionais de sociologia no Brasil, já são bem sucedidos na possibilidade de desvendar os saberes universalizantes que têm favorecido a exclusão e preconceito de gênero, etnia, orientação e identidade sexual, classe social, religião, condição física e mesmo em relação à faixa etária. Seguindo os novos questionamentos desses atores sociais que desnaturalizam as condutas que têm histórica e culturalmente favorecido o sofrimento de muitas espécies de animais, este trabalho convida ao exercício desta desnaturalização destas violências para além das questões tradicionais da sociologia, acompanhando o surgimento deste campo de estudos nas ciências sociais na relação humano/animal. Se já há uma percepção crítica de como estes temas passam a serem temas de

interesse, como a própria sociologia favorece compreender, caberia a mesma discussão na educação para que ela não perpetue os saberes tradicionais. Assim como timidamente se introduz uma história africana e indígena, desde o saber destes atores sociais; caberia uma educação crítica envolvendo os animais e mesmo a natureza. Parte-se da proposta de Eric Baratay para que os animais figurem na educação, nas diferentes disciplinas, não como objetos de estudo, mas como atores, como personagens atuantes numa nova narrativa destes estudos. Para tal aponta-se este novo campo desde uma nova perspectiva sobre o lugar desses animais na sociedade, na história, na educação e na relação humano-animal, tendo como fio condutor o saber sociológico neste debate.

Referências

BARATAY,Eric. La souffrance animale face masquée de la protection au XIXe-XXe siècle. *Revue québecoise de droit international*, 2011.

_____.*Le Point de vue Animal*. Paris: Éditions du Seuil.2012.

BOURDIEU, Pierre. Ofício de Sociólogo. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____ (2005a). O Poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

_____ (2005b). Razões Práticas. Campinas: Papirus, 2005.

BURKE, Peter. *O renascimento*. Lisboa: Texto & Grafia, 2008.

CARNEIRO, Henrique. *Sociedade e Comida, uma história da alimentação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

DERRIDA, Jacques. *De que Amanhã*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

_____. *O Animal que logo sou*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

DURKHEIM, Émile (2005a). As Regras do Método Sociológico. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____ (2010a). Da divisão do trabalho social. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____ (2010b). Educação e Sociologia. São Paulo: Editora Hedra, 2010.

_____. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

FLANDRIN, Jean-Louis; MONTANARI, Massimo(coord).História da Alimentação. São Paulo: Estação Liberdade, 1998.

GARNER, Robert .*Animals, Politics and Morality*. Manchester University Press, 2004. Manchester and New York.

_____ .*The Political Theory of Animal Rights*. Manchester University Press, 2008.

INGLEHART, R.; WELZEL, C. *Modernização, mudança cultural e democracia: a sequência do desenvolvimento humano.* São Paulo: Francis, 2009.

JOHNSON, Lisa. *Power, knowledge, animals*. Hampshire, England: Palgrave Macmillan, 2012.

LIMA, Eliane Carmanim. *A Era dos Direitos animais*. Porto Alegre: UFRGS, 2012. Monografia de Graduação em Ciências sociais, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. História das Agriculturas no Mundo. Do neolítico à crise contemporânea. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: NEAD, 2010.

MONTANARI, Massimo. *Comida como Cultura*. São Paulo; Editora SENAC São Paulo, 2008

NUSSBAUM, M.C. *Frontiers of Justice: Disability, Nationality,* Species, Oxford USA Trade, 2006.

PEGGS, Kay. Animals and Sociology. Hampshire, England: Palgrave Macmillan, 2012.

POULAIN, Jean Pierre. *Sociologia da Alimentação*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2004.

REGAN, Tom. *Jaulas vazias*. Porto Alegre: Lugano; 2006.
Rio Grande do Sul. Secretaria da Educação. Departamento Pedagógico. *Lições do Rio Grande*: Porto Alegre: Secretaria da Educação, 2009. 5 v. : il.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Lugano Editora, Porto Alegre, 2004.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. As culturas negadas e silenciadas no currículo. In: SILVA, Tomaz Tadeu. (org.). *Alienígenas na sala de aula*. Uma Introdução aos Estudos Culturais em Educação. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

SORDI, Caetano. *O animal como próximo: por uma antropologia dos movimentos de defesa dos direitos animais***.** Cadernos IHU Ideias (UNISINOS), v. 145, p. 3-28, 2011

SUNSTEIN, C; NUSSBAUM, M. Animal Rights: Current Debates and. New Directions. (Oxford University Press, USA, 2004).

THOMAS, Keith. *O Homem e o Mundo Natural*. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.

A PROTEÇÃO AMBIENTAL PARA HOMENS E ANIMAIS NÃO HUMANOS: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA?

Paloma Rolhano
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUC-RS. 2011),
mestranda em Direito (UNILASALLE)
Advogada.

Resumo:

A Constituição Federal de 1988 é clara quanto à concessão da proteção ambiental. Não restam dúvidas acerca da necessidade da tutela jurídica para esse bem tão importante, a fim de que as próximas gerações possuam um meio-ambiente são e equilibrado. Contudo, a questão ambiental ultrapassa a seara antropocêntrica e requer uma proteção diferente além daquela apontada pelo homem como necessária. Os animais, seres ativamente participantes do meio e de extrema importância para o Ecossistema, necessitam também de uma proteção jurídica.

Desta forma, o presente trabalho busca questionar as teorias da justiça existentes na literatura jurídica, discutir a relevância dos argumentos apresentados por essas linhas de pensamento na atualidade, demonstrando que o mundo contemporâneo necessita de um novo olhar sobre a Justiça, mais abrangente e ético, contemplando todas as formas de vida existentes no planeta.

Palavras-chave: Teoria da Justiça. Direito dos Animais não-humanos. Proteção Ambiental. Meio-ambiente. Antropocentrismo.

THE ENVIRONMENTAL PROTECTION FOR HUMANS AND NON HUMAN ANIMALS: A MATTER OF JUSTICE?

Abstract:

The Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 is clear about the environmental protection. There's no doubt about the need of legal protection for such important matter. However, the environmental issue goes beyond the anthropocentric thoughts and requires a different protection than that the one men establishes as necessary. Animals, beings who are actively participating in the environmental and which are extremely important for the Ecosystem, also need legal protection. Thus, this work wants to question the existing theories of justice and also discuss the relevance of the arguments sustained by these schools nowadays, showing that the contemporary world needs and seeks a brand new legal point of view, more comprehensive and ethical, including all existing forms of life on the planet.

Keywords: Theory of Justice. Animal Rights. Environment Protection. Environment. anthropocentrism.

1Introdução

O tema Justiça vem sendo objeto de estudo e da atenção de diversos filósofos e juristas ao longo dos séculos. O que é certo? Como medir a justiça? Desde Aristóteles até os contemporâneos escritores buscam a melhor definição para esse tão importante tópico. Pesquisa essa, que se demonstra imprescindível, uma vez que é aplicada nas mais diversas searas da sociedade, inclusive nos conflitos envolvendo o meio ambiente.

Em que pese os grandes avanços na proteção ambiental com o advento da Constituição Federal de 1988, os instrumentos jurídicos atuais não vêm trazendo a efetividade ideal para um ecossistema sadio. Ressalta-se que tema vem ganhando maiores proporções – e importância – na atualidade, uma vez que o Direito Ambiental tornou-se um notável fragmento do Direito. Tal notabilidade, infelizmente, decorre dos diversos desastres ambientais ocorridos no último século, bem como a conscientização da necessidade de cuidar e resguardar o planeta, sob pena da extinção da vida humana.

Ainda, cada vez mais a ciência demonstra que o equilíbrio ecológico necessário para a preservação do planeta depende, também, das mais diferentes espécies de animais e plantas. Não obstante, sérias pesquisas científicas demonstram que os animais não-humanos são seres sencientes, capazes de sentir dor, alegria, sofrimento, amor, raiva, compaixão. Tal conclusão traz diversas consequências para o mundo jurídico. Sendo o animal titular de emoções, não seria ele também titular de direitos? Não estaria o conceito de justiça utilizado ainda hoje atrasado?

Uma vez senciente, o animal não-humano não pode mais ser tratado como propriedade pelo ordenamento jurídico, mas sim como uma vida, que merece dignidade e proteção. Demonstra-se imprescindível ao Direito, técnica responsável pela busca da justiça, debruçar-se sobre o tema, a fim de proteger aqueles que ainda não estão protegidos. É dever do Direito cumprir seu papel social, qual seja - trazer justiça onde ainda houver injustiça. O presente trabalho procura demonstrar que é necessário romper com a visão antropocêntrica das teorias da justiça existentes na literatura jurídica, ampliando esse conceito para além do ser humano, acolhendo um novo tipo de proteção - para todas as formas de vida.

2 Desenvolvimento

2.1 O desenvolvimento das teorias da Justiça na literatura jurídica e filosófica

O questionamento acerca do conceito de Justiça envolve o aprofundamento em diversas áreas do conhecimento e da pesquisa científica. Tratar sobre um assunto tão delicado e ao mesmo tempo, de suma importância, requer um preparo ímpar dos doutrinadores. Assim, a fim tentar responder a intrigante pergunta “O que é Justiça?”, diversos pensadores criaram o que chamamos de teorias da justiça.

Inicialmente, interessante registrar que essas teorias de justiça, durante muitos anos, foram norteadas pelo princípio da justa distribuição dos bens sociais. Entre as linhas pensamentos, ressalta-se aqui as mais relevantes para o presente estudo. A linha utilitarista do filósofo Jeremy Bentham, por exemplo, trouxe a ideia de que a distribuição justa dos bens está atrelada à maximização do bem-

estar, da felicidade e da utilidade. Conforme Sandel (2013, pg. 48), Bentham definia "utilidade" como tudo aquilo que produzisse prazer ou felicidade e que evitasse a dor e o sofrimento. A maximização da felicidade era vista como o objetivo mais elevado da moral, de forma a assegurar a hegemonia do prazer sobre a dor (BENTHAM, 1823). Desta forma, o autor sustentava que o governo deveria priorizar a promoção de felicidade ao maior número de pessoas possíveis, uma vez que felicidade da maioria é o que importa. Contudo, essa teoria corrobora com a possibilidade de práticas absurdas em nome de uma maioria feliz - como "esportes" envolvendo dores físicas de humanos e não-humanos. Assim, acabou sendo alvo de muitas críticas, uma que vez que permite condutas que ferem claramente os direitos fundamentais.

Outra importante obra é "On Liberty", de John Stuart Mill, que procura reformular o utilitarismo. Sua proposta era conciliar os direitos e as liberdades individuais com o a teoria utilitarista inicial de Bentham. Sustentava que o respeito aos direitos e às liberdades individuais proporcionariam a máxima felicidade humana. Pregava uma visão mais ampla da utilidade, acreditando na maximização da utilidade a longo prazo, uma vez que argumentava que a ideia de utilidade numa perspectiva imediatista poderia tornar a sociedade pior e menos feliz.

Em uma segunda abordagem sobre a justiça na distribuição de bens, demonstra-se importante destacar a que aborda o prisma da liberdade. Essa abordagem divide-se em duas correntes: libertária e da equanimidade. A ideologia libertária tem como escopo a ideia de que todos os indivíduos são titulares do direito fundamental à liberdade. Robert Nozick é o grande filósofo dessa ideologia libertária, propondo a máxima liberdade, os mercados livres e pregando o Estado Mínimo. Nozick se opõe às regulamentações do governo. Repudia a ideia de que uma justa distribuição dos bens esteja ligada à igualdade. Ao contrário, sustenta que o importante é como a distribuição é feita. A proposta de estado mínimo apresentada por essa linha de pensamento exclui qualquer tipo de paternalismo, ou seja, qualquer lei que protegem as pessoas de si mesmas não deve existir.

Ainda, para essa corrente, legislações que disponham acerca da moral não devem ser promulgadas, bem como não deve haver nenhuma redistribuição de riqueza ou renda, visto que a taxação é tida como tão ruim quanto o trabalho forçado. Entretanto, novamente, essa ideologia apresenta diversos problemas, porquanto a plena liberdade de mercados pode gerar diversas injustiças sociais – tais como a degradação do meio ambiente, miséria, fome, problemas raciais e de gênero, entre tantos outros. Refutando o argumento da plena liberdade e valendo-se das críticas feitas à ideologia libertária, a corrente da Equanimidade apresenta aspectos mais igualitários, sustentando que o excesso de liberdade pode conduzir a diversas situações de injustiça sociais e econômicas.

Outro importante pensador da corrente liberal, é Immanuel Kant, que desenvolve sua filosofia sustentando que a moral não pode ser associada ao aumento da felicidade ou utilidade, mas sim ao respeito das pessoas como fins em si mesmas. De acordo com Sandel (2011, pg. 137-139.), "O argumento moral de Kant não se baseia em vontades ou desejos humanos (os quais contaminam, segundo Kant, a liberdade de escolha), mas sim no exercício daquilo que define como 'pura razão pratica'.". Desta feita, o agir ético atinge o que ele chama de imperativo categórico, que é produto da razão pura (RAMMÊ, 2012). Conforme Kant (1997, pg. 51) "age somente, segundo uma máxima tal, que possas querer ao mesmo tempo que se torne lei universal". Assim, as capacidades humanas devem ser livres e raciocinar, estando profundamente relacionadas, uma vez que agir livremente e de acordo com a moral é encontrar o motivo correto de agir. (RAMMÊ, 2012). Ressalta-se que essa linha de pensamento muito contribuiu para a construção e reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

John Rawls, na obra "Uma teoria da Justiça", propõe um rompimento com a preferência dos filósofos da primeira metade do século XX. Refuta o argumento da justiça como exploração dos ideais e princípios, apontando que a análise de ideais e princípios éticos trazem um conceito de justiça mais

adequado. Em suma, sua teoria busca o ideal do que deveria ser a sociedade. Em suas críticas às linhas pensamentos anteriores, o autor é pragmático, principalmente à concepção utilitarista. Rawls refuta fortemente a teoria de Bentham, apontando que essa filosofia pressupõe que a sociedade está ordenada de forma justa, "(...) suas instituições mais importantes estão planejadas de modo a conseguir o maior saldo líquido de satisfação obtido a partir da soma das participações individuais de todos os seus membros" (1997, pg. 25). Critica também, em todas as versões do utilitarismo, o fato de o bem assumir prioridade ao justo, e por isso, eventual violação de um direito básico, não caracterizar uma injustiça, desde haja uma "maximização das vantagens sociais", pois a justiça passa a ser secundária.

Rawls aponta que a estrutura básica da sociedade é o objeto primário da justiça, porquanto tal estrutura apresenta diferentes posições sociais, fazendo com que homens nascidos em diferentes condições tenham diferentes expectativas de vida. Assim, as instituições da sociedade afetam, desde o início, as possibilidades de vida dos seres humanos, mais do que qualquer mérito ou valor. (RAMMÊ, 2012).

Em linhas gerais, podemos dizer que a teoria de Rawls traz em sua essência a esperança de alcançar uma justa distribuição social dos bens materiais e imateriais, independentemente de aspirações pessoais dos indivíduos, pois, para ele, se os princípios de justiça forem aplicados em primeiro lugar às desigualdades decorrentes da estrutura social básica, a escolha política e os elementos do sistema econômico e social serão feitos de forma correta, extirpando as injustiças do sistema. Toda essa teoria está baseada em um contrato hipotético, firmado por indivíduos livres e condições ideais, ao que o autor chamou de posição original do contrato. Tal posição exige dos contraentes a ausência de interesses pessoais, estando sob o manto do véu da ignorância, que traria uma imparcialidade para decidir sobre as questões da estrutura sociopolítica.

Muitas críticas são feitas a essa concepção, pois separar totalmente os debates sobre justiça das noções de honra e virtude pode ser problemático (SANDEL, 2013). Muitas vezes, as discussões sobre direitos e justiça estão atreladas às discussões sobre o propósito das instituições sociais e sobre as virtudes que elas valorizam e recompensam. Ainda, a teoria rawlsiana pode levar a algumas exclusões complexas, conforme aponta Sen (2014, pg. 121):

> (...). A natureza e o conteúdo dos "princípios de justiça" rawlsiano e do processo através do qual são derivados podem levar a algumas exclusões seriamente problemáticas: (1) ignorar a disciplina de responder a perguntas comparativas sobre a justiça, concentrando-se apenas na identificação de uma sociedade hipoteticamente justa; (2) formular as exigências da justiça com relação aos princípios de justiça que estão exclusivamente focados nas "instituições justas", ignorando a perspectiva mais ampla das realizações sociais; (3) ignorar os possíveis efeitos negativos sobre as pessoas além das fronteiras de cada país a partir das ações e escolhas internas do país (...); (4) não ter nenhum procedimento sistemático para corrigir a influência dos valores paroquiais à qualquer sociedade pode ser vulnerável quando separada do resto do mundo; (5) não permitir a possibilidade de que, mesmo na posição original, diferentes pessoas possam continuar a considerar, depois de muita discussão pública, princípios muito diferentes como os apropriados para a justiça (...); (6) não dar espaço para a possibilidade de que algumas pessoas nem sempre se comportem "razoavelmente", apesar do contrato social hipotético, e isso poderia afetar todos os arranjos sociais (...).

Assim, pode-se afirmar que apesar dos esforços dos diversos estudiosos acerca do tema e ainda que todas essas concepções tenham sido extremamente importantes para a construção do conceito de Justiça, diversos aspectos precisam ser repensados. No que diz respeito à Justiça Ambiental, é necessária uma mudança de paradigma sobre o conceito do objeto a ser tutelado, uma

vez que o meio ambiente é uma matéria transdisciplinar, envolvendo questões estudadas por diversas áreas.

2.2 O surgimento da necessidade da construção de uma Justiça Ambiental

A Justiça Ambiental nasce recentemente, com o intuito de abranger e tutelar os novos problemas sociais bem como aqueles referentes à natureza. A partir do século XIX, o mundo passou por diversas mudanças importantes a nível de meio ambiente, sendo necessária reflexões diversificadas acerca da justiça.

Um dos primeiros casos emblemáticos foi o da região de Niagra Falls, Nova York, nos EUA. Teve notória importância no crescimento do movimento social pela Justiça Ambiental, em virtude da luta local contra a poluição por dejetos químicos. Em 1882, o empreendedor William T. Love propôs um projeto para conectar as partes alta e baixa do Rio Niagra por meio de um canal. Entretanto, em 1920, o projeto foi abandonado e a área escavada foi vendida, tornando-se um imenso depósito de lixo, inclusive químico e bélico, até 1953. Nessa data, o canal foi coberto com terra e começou a ser urbanizado e ocupado com moradias.

Alguns anos depois, em 1970, a comunidade lá estabelecida passou a identificar a ocorrência de diversas doenças. Após descobrir a procedência do local onde a comunidade tinha sido construída, os moradores fundam Love Canal Homeowners Association, a fim de pressionar as autoridades políticas e juntas fundos para evacuação dos moradores locais. Menos de um mês depois, o governador do estado realocou definitivamente essas famílias e comprou suas casas. Em 1980, um estudo realizado pela Environmental Protection Agency demonstrou que os moradores da região do Love Canal demonstravam uma quebra cromossômica anormal e grandes chances de contraírem cânceres.

É imprescindível ressaltar que, a partir do século XX, em meados da década de 60, um novo movimento social é formado reivindicando direitos civis às populações afrodescendentes, tendo em vista a exposição humana à contaminação tóxica de origem industrial. Um dos casos extremamente significativos foi o da cidade de Afron, localizada no estado da Carolina do Norte. Sua população era composta por 60% (sessenta) por afrodescendentes que viviam em situação de extrema pobreza e situação precária que foi agravada quando, em 1982, o governador decidiu implantar na região um depósito para resíduos de policlorobifenilos (PCB).

Tal manobra política ensejou diversos protestos pacíficos, apoiados nacionalmente. O movimento social chamou atenção para o fato de que a distribuição das externalidades ambientais negativas era profundamente desigual e que o componente racial era fator determinante nessa equação. O caso Afron foi considerado o marco do surgimento da justiça ambiental, motivando um estudo surpreendente, por parte da U.S General Accouting Office, que concluiu que 75% das áreas nas quais os aterros comerciais de resíduos perigosos de uma região dos EUA se encontravam em comunidades afroamericanas, contrastando com o fato delas representarem apenas 20% (vinte por cento) da região (RAMMÊ, 2012). Desta forma, a origem da expressão Justiça Ambiental está extremamente ligada à questão racial.

A perspectiva da justiça ambiental nos EUA é, conforme Alier (2009, pg. 215-238), “fruto de um movimento social organização contra casos locais de racismo ambiental, possuindo fortes vínculos com o movimento dos direitos civis de Martin Luther King.”. Portanto, ainda que haja divergência por parte da doutrina acerca da origem da Justiça Ambiental, pode-se dizer que essa

expressão está diretamente ligada aos movimentos sociais em defesa dos direitos de populações discriminadas por questões raciais e expostas a riscos de contaminação tóxica, por habitarem regiões próximas de grandes depósitos de lixo tóxico ou às grandes indústrias emissoras de efluentes químicos.

A partir de 1990, a difusão do movimento ambiental para além das fronteiras norte-americanas ganhou força. Um caso emblemático foi a divulgação de um memorando de circulação restrita aos quadros do Banco Mundial, que ficou conhecido como Memorando Summers (RAMMÊ, 2012). Lawrence Summers, economista chefe da instituição, apontava 3 (três) razões para que os países pobres fossem o destino dos polos de maior impacto ao meio ambiente, sendo elas, conforme asseveram Acselrad, Mello e Bezerra (2009, pg. 7-8):

> A primeira delas: o meio ambiente seria uma preocupação estética, típica dos países ricos; a segunda: os indivíduos mais pobres, na maioria das vezes, não vivem tempo suficiente para sofrer os efeitos da poluição ambiental; e a terceira: pela lógica econômica de mercado, as mortes em países pobres têm um custo mais baixo do que nos países ricos, pois seus moradores recebem menores salários.

Com esse caso, a expansão global das lutas por justiça ambiental consolidou uma rede multicultural e multirracial internacional denominada Ecologismo dos Pobres, que buscou articular direitos civis junto aos mais diferentes grupos sociais. Apontou o problema do crescimento econômico desfreado sem uma logística ambiental, salientando os grandes impactos ao meio ambiente, bem como a questão do deslocamento geográfico das fontes e recursos das áreas de descarte dos resíduos, o que poderia afetar fundamentalmente a subsistência humana.

No Brasil, apesar da expressão justiça ambiental ainda ser recente, lutas ambientais vêm sendo travadas desde 1970, como o repúdio à utilização de agrotóxicos, o movimento dos atingidos pelas barragens e de resistência de seringueiros. Ainda, tendo em vista a grande desigualdade social do país, bem como o fato da população ser formada por uma mistura de raças e culturas (ALMEIDA, 2009), juntamente com a busca pelo desenvolvimento econômico e a fragilidade político-institucional, o país acaba tornando-se um campo fértil para a ocorrência de inúmeras injustiças ambientais. A injustiça social e a discriminação de parcelas da população são percebidas no modelo etilista de apropriação do espaço territorial e dos recursos naturais da nação, bem como na exposição desigual da população brasileira à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento. Conforme revelam os estudos da Fiocruz e da Fase[84], no Brasil há uma maior ocorrência de conflitos socioambientais em áreas rurais do que em áreas urbanas, em razão de atividades produtivas ligadas ao agronegócio, mineração e grandes empreendimentos de infraestrutura, como hidrelétricas e rodovias. Apontam também que as principais populações atingidas pela injustiça ambiental são os moradores do entorno de aterros sanitários e lixões, bem como os operários e trabalhadores das indústrias.

[84] MAPA DA INJUSTIÇA AMBIENTAL E SAÚDE NO BRASIL. *Resumo.* Disponível em: http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=resumo. Acesso em 12/06/2017.

2.3 Justiça e o Direito dos Animais

Haja vista a questão levantada, é impossível falar em Justiça Ecológica ou Ambiental sem mencionar o Direito dos Animais. Primeiramente, uma abordagem extremamente interessante sobre o tema é o fato de os animais serem raramente citados pelas filosofias morais e políticas clássicas como passíveis de proteção e merecedores de justiça, e sequer explicarem o porquê dessa exclusão (GARNER, 2013). E, ainda, mesmo quando há pequenas explicações, todas elas estão relacionadas à suposta irracionalidade dos animais. Tal reflexão é muito importante, tendo em vista que essa argumentação traz uma questão polêmica – então os seres humanos irracionais também não podem ser sujeitos merecedores de justiça. Oportuno ressaltar o ponto de vista de John Rawls, que explica em sua teoria que os animais não humanos não são agentes morais, mas mesmo assim, nós humanos devemos agir com caridade e compaixão com os animais (RAWLS, 1997). Assim, podemos concluir que o autor reconhece o valor intrínseco destes seres, bem como os deveres indiretos dos seres humanos com o mundo interespécies.

Em que pese as teorias de justiça clássicas não abordarem o tema, escritores contemporâneos vêm buscando uma solução para a questão animal. Uma abordagem inovadora e progressista é de Tom Regan, que sustenta que os animais possuem uma existência e valor próprio (REGAN, 2006), salientando que uma moral que não incorpore essa verdade é vazia. Para ele, um sistema jurídico que a exclua, é cego. Desta forma, o direito dos animais é uma ideia simples, afinal de contas, no nível mais básico, significa apenas que os animais têm direito de serem tratados com respeito. Mas que tem implicações concretas, uma vez que a exploração humana com esses seres requer abolição e não apenas uma reforma. (REGAN, 2006). Tais direitos são direitos morais básicos que englobam todas as raças, todas as nacionalidades, os sexos, e todas as espécies. Assim, os animais não humanos detêm direitos básicos como a vida, a liberdade e a integridade física e, portanto, jamais deveriam ser sacrificados em benefício de outrem.

Salienta-se que quando falamos em ética e justiça, parece não subsistir mais qualquer justificativa aceitável para a não inclusão dos interesses não humanos como dignos de um tratamento ético e justo. (RAMMÊ, 2012). Percebe-se ainda, que a tendência jurídica contemporânea é a de reconhecer um conteúdo de indignidade nas condutas humanas predatórias da natureza e cruéis aos animais, situação que implica o reconhecimento do valor intrínseco da vida em geral e do patrimônio ambiental como um todo (SARLET, 2014). Ora, essa tendência demonstra-se apenas como consequência lógica do resultado das mais recentes pesquisas acerca dos animais não-humanos. A comprovação científica que esses são seres sencientes (PROCTOR, 2013), ou seja, são capazes de sentir prazer e dor manifestando felicidade e sofrimento; incluindo seus anseios, sonhos, pensamentos e lembranças, bem como sua imensa interação social e capacidade de aprender, comunicação e transmissão de cultura (MEDEIROS, 2013) ampliam o conceito de animais não-humanos. Conforme atesta a Declaração de Cambridge (2012):

> Os substratos neurais das emoções não parecem estar confinados às estruturas corticais. De fato, redes neurais subcorticais estimuladas durante estados afetivos em humanos também são criticamente importantes para gerar comportamentos emocionais em animais. A estimulação artificial das mesmas regiões cerebrais gera comportamentos e estados emocionais correspondentes tanto em animais humanos quanto não humanos. Onde quer que se evoque, no cérebro, comportamentos emocionais instintivos em animais não humanos, muitos dos comportamentos subsequentes são consistentes com estados emocionais conhecidos, incluindo aqueles estados internos que são

> recompensadores e punitivos. A estimulação cerebral profunda desses sistemas em humanos também pode gerar estados afetivos semelhantes. (...)

Ou seja, os animais não-humanos possuem grande semelhança com os animais humanos. Gordilho (2009) aponta que a ciência demonstrou ser o homem apenas mais um animal na cadeira evolucionária, inexistindo qualquer característica que o distinga dos animais, uma vez que as diferenças entre ambos são apenas de grau e não categoria. Desta forma, haja vista a comprovação da capacidade de sentir e possuir consciência há uma nítida mudança de classificação jurídica, porquanto não podemos equiparar uma cadeira (coisa) com um animal não-humano (um cachorro, por exemplo). Nesse sentido, podemos citar a recente alteração do Código Civil Francês, que deixa de tutelar os animais não-humanos como propriedade (FRANÇA, 2014).

No Brasil, cumpre sustentar primeiramente que, apesar da proteção do meio ambiente não estar elencada explicitamente no rol dos direitos fundamentais, tem-se que seu fundamento como garantia fundamental encontra-se na dignidade da pessoa humana, mesmo que de modo e intensidade variáveis. (SARLET, 2001). Portanto, conforme Medeiros (2004) "percebe-se que a proteção do ecossistema se está inserido, e dele faz parte, foi concebida para respeitar o processo de desenvolvimento econômico e social para que o ser humano desfrute de uma vida digna.". Desta forma, toda proteção do ambiente está inserida, direta ou indiretamente no domínio dos direitos fundamentais.

Giza-se que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a proteger de forma deliberada a questão do ambiente no Brasil (MEDEIROS, 2013), quando as anteriores apenas faziam poucas referências à fauna e flora. Assim, podemos considerar essa proteção como um avanço na questão ambiental, ainda que com uma visão antropocêntrica, voltada apenas para o bem-estar do ser humano, preponderando interesses outros que não aqueles relacionados à compaixão que se deve nutrir pelas criaturas vivas. Entrementes, cabe enfatizar que o artigo 225 prevê que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Conforme afirma Machado (2005) a Carta "alarga a abrangência da norma jurídica, pois não particularizando quem tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, evita que se exclua quem quer que seja". E aqui, resta claro que tal proteção é estendida aos animais não-humanos. De toda forma, ainda que a proteção dos animais não-humanos esteja prevista no ordenamento, é preciso compreender que a quebra do paradigma antropocentrista é requisito elementar para a efetivação da norma.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que tais movimentações mundiais atuais seguem a linha de argumentação da Teoria do Direito dos Animais, na qual a visão de direito passa a ser ampliada, rejeitando a premissa de que os animais não-humanos sejam mera propriedade dos seres humanos, entendendo que, ao menos alguns deles, possuam interesses efetivamente protegíveis por 'direitos' (MEDEIROS, 2013), deixando assim, de serem meios para os fins desejados pelos animais humanos e sim titulares de direitos.

2.4 Uma teoria de Justiça alternativa

A julgar todas as questões contemporâneas ambientais que o planeta vem passando, demonstra-se necessária a formulação de uma concepção alternativa de justiça, superando o paradigma antropocêntrico distributivo, a fim de que a natureza, a justiça ambiental e todos os componentes da natureza sejam tutelados pelo Direito de forma efetiva.

Em que pese os estudos sobre as teorias e concepções de justiça, todas elas demonstram uma limitação, não apenas em termos de justiça ambiental, mas também nos aspectos dos direitos individuais. A abordagem utilitária demonstra defeitos graves, pois faz da justiça e dos direitos uma questão meramente aritmética, de cálculos e não de princípios (SANDEL, 2013). Diversas objeções são feitas à teoria de Bentham, porquanto claro o desrespeito ao indivíduo isolado. Da mesma forma, o utilitarismo de Mill demonstra dificuldades, uma vez que vincula o respeito de direitos individuais ao alcance de um progresso social, tornando os direitos "reféns da contingência", pelo fato de que se o progresso social for alcançado por meios despóticos, os direitos individuais passariam a ser considerados desnecessários. Ainda, vincula o respeito a direitos individuais a considerações utilitaristas, e inviabiliza o reconhecimento de que a violação dos direitos de um indivíduo infringe-lhe um mal, independentemente dos efeitos negativos que tal violação possa vir a produzir no bem-estar geral a longo prazo.

Em que pese o destaque na questão animal dentro do Utilitarismo, com Peter Singer - porquanto defende a ideia de uma ética universal, que conduz à adoção de uma posição utilitária -, sua tese produz críticas de todos os lados. Para ele, os juízos éticos são formados a partir de um ponto de vista universal, que acarreta a aceitação de que os interesses de um indivíduo não podem se sobrepor aos de outros indivíduos (RAMMÊ, 2012). A filosofia de Singer passa pela reflexão dos interesses de todos os envolvidos, inclusive os não-humanos, nos âmbitos dos interesses a serem considerados, culminando com a adoção das ações mais aptas a maximizar os interesses dos afetados (SINGER, 2009). Contudo, o defeito presente em todos os modelos utilitaristas é a maximização do bem-estar. Mesmo quando leva em conta interesses não-humanos, a o utilitarismo não necessariamente será de fato a mais justa para as relações entre o homem e a natureza. Afinal, parte sempre do homem como objeto central.

Por outro lado, o problema encontrado nas teorias liberais para conceber o conceito de justiça na natureza, está na tentativa de afastar o debate moral dos debates de justiça, bem como o foco exacerbado no indivíduo. Por fim, a lacuna na teoria liberal do contrato social encontra-se no fato de que a noção moral básica é o benefício mútuo e reciprocidade entre as pessoas que celebram o contrato (RAMMÊ, 2012). Desta forma, os animais não-humanos sequer fazem parte desse rol. Contudo, questão atual enseja muito mais do que uma simples redistribuição, mas um reconhecimento de capacidade como questões centrais. O bem comum é que deve nortear a construção de uma perspectiva ampla de justiça ambiental.

Assim, na tentativa de trazer concepções mais amplas, diversos autores buscaram aprimorar teorias que conseguissem resolver a questão ambiental, quebrando o paradigma da justiça distributiva. Portanto, podemos apontar duas correntes importantes para uma nova concepção das teorias de justiça, qual seja Justiça ambiental e Reconhecimento e Justiça Ambiental e Capacidades (RAMMÊ, 2012). Na primeira, procura-se demonstrar a necessidade de reconhecer os todos os tipos de grupos - inclusive para os grupos aviltados ou cuja cultura se encontre limitada. Uma importante autora desta linha é Nancy Fraser, que identifica uma natureza ambivalente na justiça, focada na relação entre distribuição e reconhecimento. A abordagem do reconhecimento evidencia um novo perfil das demandas por justiças, sem vinculação direta com a lógica distributiva, por estar atrelada a reivindicações culturais. Quer demonstrar que os mecanismos de justiça devem ser distintos para cada uma de suas demandas – as demandas por redistribuição requerem mecanismos e políticas de redistribuição de renda, organização da divisão do trabalho. Enquanto as demandas por reconhecimentos exigem uma mudança cultura, através de mecanismos que promovam sua revalorização.

Entretanto, para alguns autores, essa opinião acarreta problemas, pois as relações sociais deixam de ser o ponto de partida e as instituições voltam a ter um caráter muito importante. Por fim, Alexey Honneth também merece destaque. Sustenta que a ofensa moral está suportada por indivíduos ou grupos em função de processos de negação de reconhecimento social (HONNETH, 2009). Aduz que existem três padrões de reconhecimento – por amor ou afeto; reconhecimento jurídico e o reconhecimento ela comunidade de valores. Por isso, sustenta que todas as lutas sociais estão relacionadas a ofensas morais de recusa de reconhecimento. Assim, a teoria permite compreender que as injustiças ambientais são, na verdade, formas de recusas de reconhecimento, envolvendo seres humanos e seu ambiente, perspectiva que o paradigma distributivo não é capaz de demonstrar.

Já a corrente Justiça Ambiental e Capacidades, busca uma concepção de justiça ambiental pautada no bem comum. Amartya Sen e Marta Nusbaum são os principais representantes desta teoria. Ambos desenvolvem suas teorias sobre a justiça com foco nas capacidades básicas necessárias para que os indivíduos possam viver plenamente e com dignidade (RAMMÊ, 2012). Essa perspectiva aponta a importância ética do pleno funcionamento e florescimento das capacidades básicas dos indivíduos, sustentando que qualquer limitação deles é um fato gerador de injustiças. Essa corrente complementa, ainda, a abordagem do reconhecimento, pois traça um caminho alternativo que permite identificar as características formadoras da dignidade para além dos seres humanos. Busca, complementar as lacunas na teoria de Rawls. Manifesta-se em favor da perspectiva da justiça como liberdade. A abordagem das capacidades é voltada para o resultado e não para o procedimento ou arranjos sociais.

Sen (2011) entende que as capacidades desempenham um papel melhor que o dos bens primários apresentados na teoria Rawls, para tratar as questões de distribuição. Por outro lado, Marta Nusbaum acredita que a abordagem das capacidades é uma forma de solucionar os três problemas não resolvidos por Rawls – justiça para pessoas com discapacidades físicas e mentais; o problema de estender a justiça a todos os cidadãos do mundo e a não inserção nos debates de justiça ao trato que os seres humanos dispensam aos animais. Segundo sua teoria, o enfoque das capacidades apresenta-se como uma base filosófica para a teoria dos direitos básicos dos seres humanos, os quais devem ser respeitados como requisito mínimo de consideração à dignidade humana (NUSSBAUM, 2013). Ainda, a autora traz, em seu principal argumento, que a abordagem das capacidades se mostra para identificar questões de justiça básica e titularidade, humana e animal, superando as estreitas concepções kantianas de reciprocidade moral para os sujeitos de justiça e a proposta de Rawls.

Quanto aos animais sencientes, a autora levanta uma questão básica fundamental: o fato de os seres humanos negarem aos animais uma existência digna constitui uma questão de justiça. E mais, é uma questão de justiça urgente, não havendo qualquer razão para que a proteção jurídica não alcance esses seres (NUSSBAUM, 2013). Nesse sentido, o enfoque das capacidades reconhece a existência de diversos tipos de dignidades animal, merecedoras de respeito. O reconhecimento de uma dignidade a outras formas de vida ou à vida de um modo geral envolve uma questão de justiça básica, para além da simples ideia de compaixão e humanidade. Trazendo uma nova perspectiva à teoria da justiça, a obra Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie define uma lista de capacidades básicas, aplicando-a para seres humanos e animais sencientes (NUSSBAUM, 2013).

Ainda, a autora defende que essa lista é aberta, bem como está sempre suscetível à revisão. Sustenta que essas capacidades estão diretamente ligadas a direitos fundamentais. Desta forma, basta que o animal sinta dor ou prazer para que seja protegido. No que tange à injustiça ambiental, o enfoque das capacidades permite perceber que tais injustiças não estão atreladas apenas a uma má-distribuição de bens sociais, mas também à limitação de capacidades essenciais para o florescimento pleno dos indivíduos.

Por fim, no que tange a uma teoria de justiça alternativa, interessante se faz observar as diferentes dimensões da justiça ambiental (RAMMÊ, 2012): intrageracional, intergeracional e interespécie. A dimensão Intrageracional se foca na injusta distribuição do espaço ambiental e do equilíbrio ecológico que atinge os seres humanos de gerações humanas contemporâneas. Segue o princípio de partes iguais, qual seja, cada habitante da Terra tem igualdade de direitos sobre o patrimônio natural dela. Já a dimensão Intergeracional propõe a trivalência: redistribuição, reconhecimento e capacidades. Permite identificar uma segunda dimensão cujos destinatários são as gerações humanas futuras, sustentando a ideia de que as gerações atuais não são proprietárias do planeta, mas apenas guardiãs, bem como devem entregar aos sucessores o planeta em tal estado que lhes permita o seu desenvolvimento pleno. Assim, essa concepção origina deveres ecológicos, para todas as gerações. A terceira dimensão, Interespécies, talvez seja a mais importante, porquanto quer demonstrar o quanto é possível ampliar a perspectiva de justiça ambiental, tornando-a mais abrangente, ultrapassando a visão antropocêntrica e atingindo interesses além dos seres humanos.

As considerações de justiça assumem como valências teóricas principais as abordagens do reconhecimento e das capacidades. Corroborando com esta corrente, entende-se que o direito dos animais envolve as teorias da natureza e os mesmos princípios que se aplicam aos homens em sociedade, e porque cada ser vivo possui singularidades que deveriam ser respeitadas (MEDEIROS, 2013). Ainda, o Estado e o Direito possuem um dever fundamental de proteção com os animais não-humanos e, portanto, a nova concepção de teoria da justiça deve observar que antes de uma distribuição justa ambiental, é preciso reconhecer os seres vivos não humanos e a própria natureza em si, como sujeitos de justiça.

3 Considerações finais

Com as mudanças observadas na sociedade nas últimas décadas, uma nova perspectiva passou a ser observada pelo Direito – a ambiental. A Constituição Federal de 1988 buscou resguardar nosso meio-ambiente, a fim de que as próximas gerações pudessem desfrutar de um meio digno, onde o planeta fosse sustentável e habitável para raça humana. Nesse sentido, os animais possuem uma responsabilidade simbiótica sem tamanho, considerando que todos os seres estão interligados e possuem um papel inegavelmente importante na sustentabilidade do meio. Ainda, as descobertas científicas acerca do comportamento do animal não-humano e de sua capacidade senciente traz um novo panorama para as questões antes tidas como comuns.

A comprovada senciência traz consigo uma carga moral a ser repensada pelo homem, uma vez que o argumento de que os animais não-humanos não sentem dor está superado. Possuem sentimentos, capacidade de aprender, bem como são capazes de se comunicar entre si, e até mesmo com os seres humanos. O fato de sabermos que os animais não-humanos sofrem com as condutas praticadas pelo animal humano acarreta a necessidade de uma nova posição perante esses seres. Interessante apontar que até pouco tempo atrás, as pessoas pertencentes à etnia negra eram tratadas como propriedade, não sendo consideradas sequer como seres humanos, baseado na falácia de que não sentiam dor. Eram desprovidos de qualquer dignidade moral ou status jurídico, sendo vítimas de trabalho forçado, açoites e agressões diárias. Ainda, as mulheres negras sofriam humilhações e o estupro era considerado um ato heroico. A escravidão era uma prática absolutamente normal, ainda que absurda. Foi necessária a mudança da posição da sociedade sobre o tema, para que a situação

dessas pessoas fosse alterada juridicamente. O mesmo ocorre com os animais. A sociedade já vem demonstrando que não pode mais tolerar o tratamento abusivo com os animais.

Impõem-se recordar que o ordenamento jurídico, surge, primeiramente, a fim de proteger os mais fracos; tratar os desiguais, de forma desigual, a fim de atingir a igualdade material. Contemplar os direitos dos menos privilegiados. Impossível não nos remetermos a atual situação dos animais não-humanos, que passam suas vidas para servir os humanos, desprovidos de qualquer direito ou bem-estar. Suas vidas têm pouco valor. Tais práticas ofendem diretamente nossa Carta. E em maior escala, afeta a ética.

Para que se possa agir com ética na questão animal, é necessário responder algumas perguntas: "Como devo agir perante às questões animais?"; "Por que é certo comer carne de porco mas não de cachorro?"; "O que difere um de outro?". Inevitavelmente, a resposta para todas essas perguntas tem como base um denominador comum - empatia. Para que possamos agir com ética, é imprescindível flexibilizar o antropocentrismo. Perceber que o ser humano faz parte do ecossistema, mas não é o seu centro.

Pretende-se demonstrar, portanto, que uma nova perspectiva acerca da ordem jurídico-ecológica é imperativa uma vez que as teorias de justiças clássicas não comportam a proteção desses interesses. É necessário o aprimoramento da concepção da teoria da justiça alternativa na literatura jurídica, a fim de equilibrar a questão social e ambiental, defendendo-se a dignidade da vida dos animais não-humanos e os interesses da natureza como um todo. Assim, a busca por uma Constituição ambiental e de um Estado Democrático Socioambiental parece ser a saída para as questões levantadas, respondendo-se assim à questão proposta – A proteção jurídica ambiental para homens e animais não humanos: uma questão de direito?

Desta forma, resta-se claro que a proteção ambiental para os animais humanos e não-humanos é não somente uma questão de direito, mas também, uma questão imperativa. Sendo o animal não-humano senciente, cabe ao Estado e ao Direito a proteção dos mesmos. São sim titulares de direitos. Possuem o direito de não sofrerem maus-tratos, tratamento cruel. Possuem o direito de ter dignidade. E resta aos operadores do direito aprimorar a tutela e instrumentos jurídicos para que a justiça seja feita, de forma concreta para a proteção do animal não-humano, para que finalmente, a escravidão animal acabe.

Referências

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. O que é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALMEIDA, José Roberto Novaes de. Desigualdades brasileiras: aspectos econômicos históricos. In: PADUA, José Augusto. Desenvolvimento, justiça e meio ambiente. São Paulo: Peirópolis, 2009.

ALIER, Joan Martínez. O ecologismo dos pobres. São Paulo: Contexto, 2009.

BAARS, B. J. "There are no known differences in brain mechanisms of consciousness between humans and other mammals", Animal Welfare, 10, Suppl. 1, pp. 31-40. (2001).

BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the principles of morals and legislations. New York: Oxford University Press, 1823. Disponível em

https://books.google.com.br/books?id=pEgJAAAAQAAJ&pg=PA236&redir_esc=y&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false . Acesso em 08/06/2016.

FREEMAN, Samuel. Introductions: John Rawls – The Cambridge Companion to Rawls. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GARNER, Robert. A theory of Justice for Animals: Animals Rights in a Nonideal World. New York: Oxford, 2013.

GORDILHO, Heron Jose de Santana. Abolicionismo Animal. Disponível em http://abolicionismoanimal.org.br/artigos/abolicionismoanimal.pdf . Acesso em 02/04/2017.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática oral dos conflitos sociais. São Paulo: Editora 34, 2009.

KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Tradução de Paula Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. O Direito dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Meio ambiente: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NACONECY, Carlos. Ética & Animais: Um guia de argumentação filosófica. Porto Alegre: EdiPCURS, 2014.

NUSSBAUM, Martha C. Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RAMMÉ, Rogério Santos. Da Justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos: Conjecturas políticos-filosóficas para uma nova ordem ecológica. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REGAN, Tom. Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

SANDEL, Micheal J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Princípios do Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEN, Amartya. A ideia de Justiça. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SINGER, Peter. Ética e prática. São Paulo: Marins Fontes, 2009.

SINGER, Peter. Ética Prática. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 399. pp.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SOCIOLOGIA E DAS VULNERABILIDADES: GOVERNANÇA E POLÍTICAS PÚBLICAS.
Coordenador: Leonel Olhweiler

Canoas, 2017.

A ATUAÇÃO CONJUNTA DO TERCEIRO SETOR E DA ADMINISTRAÇÃO PÚLICA PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MAIS DEMOCRÁTICAS

Claudine Rodembusch Rocha,
Doutora, claudinerodembusch@yahoo.com.br

Cristiane Feldmann Dutra,
Doutoranda; cristiane.feldmann@hotmail.com

Suely Marisco Gayer,
Doutoranda; suelylo@hotmail.com

Diego Silveira,
Mestre, dosilrgs@hotmail.com

Carina Deolinda da Silva Lopes,
Mestre, lopesdeo@hotmail.com

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo trazer uma abordagem sobre aspectos do poder local, bem como, da gestão compartida, demonstrando a importância da atuação conjunta dos cidadãos e da Administração Pública na implementação de políticas públicas realmente eficazes. Desta forma, em um primeiro momento serão analisadas algumas considerações sobre a cidadania, sua origem e conceitos, demonstrando que a ideia de cidadania plena deve ser aplicada à sociedade como um todo, caracterizando assim uma nova concepção de cidadania, governante e ativa. Posteriormente discorrer sobre o fenômeno de reconhecimento da relevância do poder local, sobretudo da inclusão do Município como ente federativo para a consecução das demandas de interesse local, pois são os Municípios que enfrentam os problemas de forma mais próxima, sendo assim, podem atuar efetivamente na busca de soluções para os conflitos enfrentados a nível local. Por fim, discorre-se sobre a necessidade de se instituir mecanismos que proporcionem uma maior cooperação dos cidadãos no processo de decisão e fiscalização dos gestores públicos, visto ser notório a necessidade de um novo modelo de Estado, em parceria com a sociedade civil organizada, trabalhando em comum acordo, fazendo com que o cidadão atue na busca de respostas para suas angústias. Através de uma metodologia histórica e de direito comparado, tendo como técnicas de pesquisa a exploratória e bibliográfica, verifica-se que o aprimoramento dos mecanismos de participação nas comunidades, poderão definir suas prioridades econômico-sociais, numa articulação que concretize princípios mínimos, contribuindo assim para o fortalecimento da democracia.

Palavras-chave: Cidadania. Gestão Compartida. Poder Local e Políticas Públicas.

1 Introdução

Quando se fala em cidadania confunde-se em muito com a história das lutas pelos direitos humanos. A cidadania esteve e está em permanente construção. Ser cidadão é ter consciência de que se é sujeito de direitos. Neste sentido, segundo a doutrina, pode-se verificar que o cidadão tem de perceber que possui responsabilidades enquanto parte integrante de um grande e complexo organismo que é a coletividade, a nação, o Estado, para cujo bom funcionamento todos têm de dar sua parcela de contribuição.

Destacadas algumas características da cidadania, importante realizar-se uma análise sobre a importância do Poder Local, ou seja, do Município, como ente federativo, juntamente com a sociedade, na implementação de ações públicas tendentes a solucionar as demandas sociais existentes. Serão também apresentadas algumas reflexões sobre a incorporação de práticas participativas, bem como, demonstrar a articulação dos atores sociais na adequação de políticas públicas de acordo com os interesses coletivos, procurando fazer com que um maior número possível de cidadãos tenham seus direitos garantidos, comprovando assim que a co-gestão se tornou um diferencial quando o assunto tratado são as políticas públicas, pois coloca o cidadão em situação privilegiada, levando-se em consideração que o mesmo acaba auxiliando de forma permanente nas deliberações políticas.

2 Breve Reflexão Sobre Cidadania

O conceito de cidadania não é estanque, pois varia no tempo e no espaço. Já na antiguidade encontram-se resquícios de lutas sociais que demonstram a busca por cidadania. Bem tratado por Emiliano José (2003, p. 7), por volta do século VIII a.c. os Profetas Isaías e Amós pregavam em favor do povo e contra os opressores:

> [...] cessai de fazer o mal, aprendei a fazer o bem. Respeitai o direito, protegei o oprimido. Fazei justiça ao órfão, defendei a viúva. Portanto, já que explorais o pobre e lhe exiges tributo de trigo, edificareis casas de pedra, porém não habitareis nelas, plantareis as mais excelentes vinhas, porém não bebereis de seu vinho. Porque eu conheço as vossas inúmeras transgressões e os vossos grandes pecados: atacais o justo, aceitais subornos e rejeitais os pobres à sua porta.

Para Platão e Aristóteles eram considerados cidadãos na Grécia Antiga, todos aqueles que preenchessem os requisitos para opinar sobre os rumos da sociedade. Sendo assim, o número de pessoas consideradas como cidadãos era ínfimo, levando-se em consideração que dentre os requisitos da cidadania era necessário a de que o homem fosse livre, ou seja, não tivesse a necessidade de trabalhar para sobreviver, portanto, praticamente apenas os proprietários de terras eram livres para ter o direito de decidir sobre o governo. A cidadania grega era compreendida apenas por direitos políticos, referentes a participação nas decisões sobre a coletividade.

Bernardes (1995) menciona outros autores para demonstrar que no princípio da evolução ateniense apenas uma classe de cidadãos desempenhava a plenitude da cidadania (existia uma

divisão censitária da sociedade); apenas a partir das reformas de Clístenes (509 a. c.), essa cidadania foi ampliada a todo cidadão ateniense, que poderia até mesmo exercer qualquer cargo de governo.

Em Roma a cidadania era atribuída somente aos homens livres, mas nem todos os homens livres eram considerados cidadãos. Para Bernardes (1995), em Roma as classes sociais eram divididas em: os patrícios (descendentes dos fundadores), os plebeus (descendentes dos estrangeiros), os escravos (prisioneiros de guerra e os que não saldaram suas dívidas) e os clientes (homens livres, dependentes de um aristocrata romano que lhes fornecia terra para cultivar em troca de uma taxa de trabalho).

Apesar de serem considerados homens livres os plebeus não eram considerados cidadãos e somente após a reforma do Rei Sérvio Túlio é que os mesmos tiveram acesso ao serviço militar e lhes foram assegurados alguns direitos políticos. Com a elaboração da famosa Lei das Doze Tábuas, foi assegurada aos plebeus uma maior participação política.

O Direito Romano regulava as diferenças entre cidadãos e não-cidadãos, sendo que o direito civil (jus civile) regulamentava a vida do cidadão e o direito estrangeiro (ius gentium) era aplicado a todos os habitantes do império que não eram considerados cidadãos.

Para Quintão (2001), vê-se que o Direito Romano, apesar de proteger as liberdades individuais e reconhecer a autonomia da família com o pátrio poder, não assegurava a perfeita igualdade entre os homens, admitindo a escravidão e discriminando os despossuídos. Ao lado da imensa desigualdade existente entre homens livres e escravos, o Direito Romano admitia a desigualdade entre os próprios indivíduos livres, institucionalizando a exclusão social.

Com a decadência do Império Romano, e adentrando a Idade Média, inúmeras alterações ocorrem nas estruturas sociais. O período medieval é caracterizado pela sociedade caracteristicamente estamental, com rígida hierarquia de classes. As relações cidadão-Estado, antes reguladas pelo Império, passam a ser controladas pelos ditames da Igreja cristã. Na época medieval, em razão dessa índole hierarquizada das estruturas das classes sociais, dilui-se o princípio da cidadania, porém o relacionamento entre senhores e vassalos dificultava bastante a definição desse conceito.

Já no Brasil, desde o seu descobrimento, percebe-se um contraste de desigualdade de oportunidades da vida em sociedade. A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo, inúmeros direitos e garantias individuais em face do Estado, emergindo daí as concepções do "Estado Democrático de Direito", que em termos gerais é a limitação do exercício dos poderes de soberania (do Estado) sobre o cidadão.

Encontra-se, no art 1º da Carta Magna, a cidadania como fundamento da Republica Federativa do Brasil; encontra-se também como fundamento, a dignidade da pessoa humana, concluindo-se que a Constituição Brasileira não trata tais termos como sinônimos. Mas Silva (2016) pensa de forma diversa, pois para ele a cidadania possui um sentido mais amplo do que ser apenas titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significando também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular.

De acordo com Carvalho (2002), o conceito de cidadania possui três enfoques distintos, cada um representando uma corrente do pensamento político ocidental. A primeira vertente é a liberal, que define a cidadania enquanto titularidade de direitos ao indivíduo, formando, assim, uma redoma protetora dos abusos do poder do Estado. A segunda corrente é a do republicanismo clássico, e distingue – se da anterior na medida em que enfatiza a preocupação com a *res publica*, com o bem coletivo, mesmo que isto exija o sacrifício de interesse individual. Por fim, a terceira corrente é a visão comunitária da cidadania que vem de Aristóteles e tem sua função moderna em

Rosseau e Comte. Menos que a titularidade de direitos, importa, aqui, o sentimento de pertencimento a uma comunidade política.

Para Marshall (1967), sua visão de cidadania engloba as três versões, uma vez que envolve elementos das três. Nela, a titularidade de direitos básicos se une à preocupação com a justiça social e com a identidade coletiva.

No dizer de Dallari (2004, p.14):

> A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá á pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social.

Atualmente tem-se institucionalizado o axioma de que a sobrevivência dos regimes democráticos derivam do amparo dos cidadãos, assim como, de sua confiança nas instituições e nos governantes. Embora seja impossível fixar o grau de apoio necessário para fortalecer a segurança política, o consenso é de que, sem ele, os regimes políticos não serão eficientes e terão pouca credibilidade.

Com o despontar da Constituição Federal de 1988 é que o princípio da participação da sociedade civil ganha importância, fazendo assim, com que o poder do Estado pudesse ser compartilhado com a sociedade. Entre os espaços implementados destacam-se os Conselhos Gestores de Políticas Públicas, instituídos por lei, e os Orçamentos Participativos, que a partir da experiência pioneira ocorrida na cidade de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, foram criados em cerca de cem cidades brasileiras.

Nas transformações da sociedade brasileira, marcadas pela exclusão social, demandas e domínios das minorias, há a ingerência de novos atores, de ordem coletiva, despertando a consciência do direito a ter direitos. A cidadania passa a ser buscada com um novo sentido.

> Ocorre que a própria cidadania, não mais se presta à condição de expectadora, porque boa parte dela encontra-se exaurida diante de tantos desmandos e silêncios frente às demandas que se avolumam, deixando pouca margem de escolha, senão comportamentos de autopreservação e autotutela que beiram mesmo a cenários e instâncias de ilicitude (LEAL, 2006, p. 49).

Inúmeros são os argumentos que confirmam a necessidade de uma participação ampla e efetiva da sociedade civil na formulação e implementação das ações de governo, não apenas para produzir melhores programas e projetos, mas também como instrumento para a construção de uma sociedade mais dinâmica, mais justa e mais democrática.

3 A Importância do Poder Local

O mundo vem assistindo, a partir da década de 80 do século passado, um crescimento das tendências de federalização de Estados, sobretudo devido ao fortalecimento da autonomia das esferas federativas já existentes, e de descentralização do poder político-econômico, fenômeno este reforçado com a queda do socialismo, com a ruptura da concepção desenvolvimentista do terceiro-mundo, com a falência do Estado Social e com o fenômeno da globalização.

Ao mesmo tempo, vislumbra-se uma tendência de fortalecimento do municipalismo, na qual

o ente local figura como referência de cultura e cidadania, tornando-se importante espaço estratégico de atuação para a salvaguarda dos valores e interesses daqueles que residem nestes territórios.

Isso se deve, principalmente, porque, apesar do reconhecimento aos Estados nacionais da posição de atores principais nos assuntos mundiais, verifica-se, cada vez mais, a imposição, pelas instituições internacionais, de diversas limitações à sua atuação, fazendo com que seja necessário a diminuição das esferas burocráticas que lidam diretamente com os cidadãos e respectivas comunidades, favorecendo, cada vez mais, a devolução de poder dos Estados nacionais às entidades políticas de âmbito regional, provincial ou local, como forma de atuação eficiente destes no âmbito de seus territórios (HUNTINGTON, 1997).

Diante disso, grandes eventos internacionais, realizados a partir do final do século passado, indicam o surgimento da concepção do relevante papel assumido pelas cidades na ordem mundial. Pode-se destacar a Conferência de Cidades Européias, ocorrida na cidade de Roterdã, em 1986, que inaugurou o movimento das cidades européias, consolidado na Conferência de Barcelona, de 1989; a criação do Comitê de Regiões, em Maastricht (1993), reconhecendo os governos locais como integrantes de sua rede institucional. Posteriormente, tem-se a Conferência sobre População da ONU, realizada na cidade do Cairo, em 1994; a Conferência de Prefeitos, em preparação para a reunião da Cúpula Social em Copenhague (1995) e a conferência sobre o Habitat, em Istambul (1996), entre outras, que destacaram o papel das autoridades subestatais, bem como a necessidade de tratamento das questões sociais como emprego, pobreza, integração sócio-cultural e outras, em nível local (BORJA, 1996).

No Brasil, não seria diferente, e é a partir da Constituição Federal de 1988 que se verifica uma inovação no tratamento até então dispensado ao ente local, ganhando, este, relevância, seja pela excepcionalidade do *status* a ele conferido, seja pela sinalização – pelo menos no plano constitucional – no sentido da inversão do movimento expansionista do poder central, pela ampliação do campo de autonomia e participação do Município. Neste sentido, lembra Horta que "a ascensão do Município desfaz antigas reservas que se opunham às relações diretas entre a União e o Município" (HORTA, 1995, p. 253).

Nesta nova perspectiva, o municipalismo no Brasil, passa a ser defendido sob enfoques diferentes: como *princípio democrático* e como *princípio de engenharia administrativa*, com vistas à construção da eficiência na prestação do setor público, que, segundo Melo (1999) constituem o núcleo de sustentação do *consenso em torno da idéia do neomunicipalismo ou neolocalismo*, apreendido segundo as seguintes conotações:

> Na realidade, a idéia de descentralização é hoje lugar comum tanto em uma agenda neoliberal quanto em uma agenda histórica, identificada com a social-democracia [...]. Dentro de uma tradição neoliberal, a idéia da descentralização, da devolução de funções e competências a entes subnacionais, equivale a uma estratégia maior de retirada de parcela do poder do Governo central. Este é o Leitmotiv da idéia da descentralização. Da mesma forma, dentro de uma agenda social democrática, histórica, a idéia de descentralização é inteiramente diversa; aqueles que propugnam pela descentralização e pela autonomia local, em última instância, estão postulando a democratização da gestão e a ampliação do controle social (MELO, 1999, p.5).

Sob essa perspectiva, diante da complexidade de demandas e prestações, são igualmente importantes a reconstrução do federalismo e a defesa da ampliação do campo de autonomia do

Município, sobretudo como instância de fortalecimento da sociedade e da esfera municipal de governo.

Justamente a partir desta nova perspectiva de inserção do Município dentro do federalismo brasileiro, que Hermany destaca a amplitude do papel a ele aferido:

> Diante disso, o Município, no federalismo brasileiro, deve ter o seu espectro ampliado para além de um simples estudo de enumerações de competências, passando para uma verificação dos instrumentos e estruturas capazes de permitir a atuação da sociedade civil como sujeito ativo do processo decisório, sem olvidar, contudo, a necessária vinculação aos princípios constitucionais referenciais (2005, p. 286).

O referido autor destaca que este fenômeno contribui para a descentralização e conseqüente democratização da participação popular nas decisões, ocasionando a apropriação do espaço público pela sociedade, garantindo a construção de uma cidadania participativa junto ao governo local, a partir de instrumentos de socialização do processo legislativo e das decisões quanto às demandas e interesses locais.

Caracterizando-se a descentralização como princípio base do federalismo brasileiro, é a partir do ente local, o Município, onde se verifica que a maior parte das ações públicas, tendentes a solucionar as demandas sociais existentes, deveriam ser consideradas de interesse local, sendo necessário, para tanto, o engajamento de todos os atores sociais no sentido de reivindicarem a municipalização das principais políticas públicas, como forma de efetividade das mesmas no espaço local.

4 A Cooperação do Terceiro Setor para o Desenvolvimento de Políticas Públicas

Muitos clássicos da Democracia (Platão, Rousseau, Aristóteles...) demonstram a importância da cultura política e da sociedade civil. Já as atuais reflexões tratam da importância de se trazer de volta o cidadão para a esfera política (Habermas, Giddens, Mouffe...), sendo a reconfiguração da sociedade civil de suma importância tanto para o desenvolvimento da participação dos atores sociais, como também, para a constituição de espaços públicos, que são a representação da sociedade civil.

Com a idéia de direito legitimado pela sociedade, abre-se a possibilidade de a normatividade ter uma ligação maior com os anseios da sociedade. Neste sentido, Gurvitch menciona que a ordem jurídica que encontra sua legitimidade na própria sociedade e não no processo legislativo oficial viabiliza a manifestação e interpenetração de "uma pluralidade de ordenações autônomas (sic) de agrupamentos particulares, excluindo o Estado" (GURVITCH, 1968, p. 256).

Assim, a legitimidade do direito e sua eficácia não ficam condicionadas ao processo coativo, mas à identificação do sistema de direito com a estrutura social. Trata-se da denominada "garantia social", que não exige a organização e estruturação de natureza formal, pois está desvinculada das instituições estatais (GURVITCH, 1968).

De acordo com a teoria política, a confiança interpessoal e a confiança nas instituições políticas são pré-condições para a constituição de associações secundárias, sendo que estas, possuem a faculdade de atuar como incentivadoras da participação política, pois é imprescindível encontrar os meios através dos quais haja uma maior ingerência dos cidadãos na política.

Putnam, em sua obra "Comunidade e democracia: a experiência na Itália Moderna", defende seu estudo afirmando que para haver cooperação é preciso confiança e solidariedade e é através do uso constante desses recursos que eles prosperam, podendo, porém, se esgotar com o desuso (PUTNAM, 1996).

Existem ainda muitas dúvidas com referência a melhor forma de se constituir cidadãos que interajam com o cenário político, levando-se em consideração que o que se verifica na prática é uma situação de apatia e senso de impotência para resolver as coisas.

No Brasil as pessoas possuem laços sociais que raramente ultrapassam a família, porém é necessário fortalecer as redes de solidariedade entre os cidadãos, pois caso contrário, as células sociais serão praticamente destruídas, impossibilitando o desenvolvimento da confiança e tolerância, tornando difícil a solidificação de uma cultura política participativa.

Cabe destacar que o registro da necessidade desse aumento da participação da sociedade civil, não é um fato que possa ser considerado novo. O professor Paulo Haddad, por exemplo, já em trabalho publicado em 1980, ainda no período do Regime Militar, afirmava que era indispensável aumentar o

> [...] grau de participação das comunidades, dos vários grupos sociais, dos diferentes níveis de governo, a fim de que possa haver maior mobilização de recursos para as soluções alternativas que são melhor conhecidas, em geral, pelos próprios grupos afetados (HADDAD , 1980, p.14).

Se constatou que cresceu a materialização do cidadão no processo político, principalmente no contexto do fortalecimento de entidades locais, organizações não-governamentais (ONGs), associações de moradores, entre outros. No campo de reativamento do poder local, por exemplo, várias experiências têm mostrado que a guinada para o seu revigoramento tem possibilitado uma ingerência maior dos cidadãos na política (FACHIN, R. & CHANLATN, 1998).

De fato, tem-se argumentado que as políticas para o desenvolvimento local são mais eficientes quando formuladas e implementadas por uma cooperação próxima entre os atores públicos e privados (COUTO, 1995; SOARES, 1996; MOURA, 1998).

Existem algumas linhas de raciocínio referentes a importância da articulação dos atores sociais nas políticas voltadas para a promoção do desenvolvimento, sendo elas as seguintes:

a)é imprescindível a consulta aos segmentos da comunidade diretamente afetados, quando da instituição de uma política pública;

b) a sociedade civil deve ser atuante na vida pública para que ocorra uma governância transparente, combatendo assim, à possível corrupção no setor público;

c) deverá haver operação dos mecanismos participativos na formulação e implementação de políticas públicas.

A participação faz com que haja um aumento da eficácia das ações governamentais, pois a falta desta por parte da comunidade é apontada como uma das causas fundamentais do fracasso das políticas, programas e projetos diversos. Como conseqüência do desinteresse da comunidade, inúmeros programas e projetos governamentais concebidos e implantados de cima para baixo não sobrevivem às administrações responsáveis pelo seu lançamento, e muitos são substituídos por outros igualmente passageiros, num ciclo patético que envolve grande desperdício de recursos e só contribui para aumentar o descrédito com relação a eficácia das ações do setor público.

A revisão institucional da Administração Pública confere ao Direito segundo Habermas:

> [...] que a deliberação pública, realizada fora do âmbito estatal, constituiria a base de legitimação para a ação política. Este espaço, ao menos em termos hipotéticos , permitiria a todos os potencialmente envolvidos, poder opinar e interagir comunicativamente antes de que uma decisão fosse adotada [...] (LEAL, 2006, p. 60).

No Brasil é recente a preocupação com a implantação de políticas públicas, um produto do processo do estabelecimento de uma nova organização do Estado, fundamentada na descentralização. Um dos objetivos da descentralização é a eliminação de procedimentos clientelísticos na relação Estado-Sociedade, pois visualiza o cidadão comum como um ator social com poder e capaz de fazer prevalecer seu ponto de vista, em um contexto de deliberação.

A implementação destas políticas exige uma maior participação da sociedade no sentido de que auxiliem na escolha das políticas públicas a serem implementadas, surgindo assim à idéia de uma gestão pública compartida. A sociedade passa a ter uma atuação participativa, no sentido de fiscalizar as políticas existentes, bem como, solicitar a elaboração de outras, deixando de ter um papel inerte, passando a fazer parte da tomada de decisões.

Para Leal (2006), tal perspectiva condiciona a legitimidade da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, à existência de um processo democrático de comunicação política, que institui um espaço permanente de construção de entendimentos racionais, sobre o que se pretende em termos de sociedade e governo, a partir da organização de mecanismos e instrumentos de co-gestão que garantam a visibilidade, compreensão e debate das questões comunitárias relevantes (inclusive na definição de quais sejam), para em seguida, se passar ao nível dos seus dimensionamentos em políticas públicas efetivadoras das demandas que elas representam. Ao depois, de maneira não menos importante, mister é que o processo democrático de co-gestão se estenda ao plano da executoriedade e avaliação daquelas políticas públicas definidas, eis que momento particular de esvaziamento do que até então se estabeleceu como tal (por expedientes de cooptação ideológica ou desvio de finalidade política).

É com base nessa gestão pública compartilhada que o Estado conseguirá atender as demandas de forma mais satisfatória, desenvolvendo políticas públicas que possibilitem a inclusão social, uma vez que os atores sociais participarão do processo de determinação dessas políticas, bem como de sua execução e avaliação. Segundo Leal:

> Tal participação não é formal ou circunstancial, mas fundacional, eis que na ação de gestar a cidade, o cidadão a constitui enquanto lugar de civilização, comunhão e existência digna; é nesta cidade que o homem se torna ser no mundo, porque co-responsável pela sua criação e desenvolvimento, e tudo que diz à respeito a cidade diz respeito a ele, simbólico, formal e materialmente (2006, p. 56).

De acordo com Heringer (2002) um “bom governo” se refere a colocar em prática um estilo de governar no qual a separação rígida entre setor público e o setor privado deixa de existir, predominando um espírito de colaboração mútua.

A conquista de canais de comunicação fazem com que ocorra o fortalecimento da cidadania participativa, veiculando o poder democrático do centro para a periferia. Deste modo, a Constituição assume o papel de garantidora desses canais ou procedimentos de ação comunicativa dos cidadãos, para que estes criem seu próprio direito.

O Estado deverá assegurar a igualdade de oportunidades aos diferentes projetos de institucionalidade democrática, bem como, garantir padrões mínimos de inclusão que tornem possível à cidadania ativa, criar, monitorar, acompanhar e avaliar o desempenho dos projetos de

governo e proteger a comunidade. Tais padrões mínimos de inclusão são indispensáveis para transformar a instabilidade institucional em campo de deliberação democrática.

Carvalho leciona:

> Há consciência de que não bastam políticas. As premissas e as estratégias que embasam seu desenho são fundamentais:
> O direito social como fundamento da política social. Não há mais espaço para se conduzir à política de forma clientelística, paternalista ou tutelar. O reconhecimento da cidadania implica a adoção de programas e estratégias voltadas ao fortalecimento emancipatório (empowermente) e automização dos grupos e populações – alvo das ações públicas.
> Uma pedagogia emancipatória põe acento nas fortalezas dos cidadãos usuários dos programas e, não mais tão-somente, nas suas vulnerabilidades. Potencializa talentos, desenvolve autonomia e fortalece vínculos relacionais capazes de assegurar inclusão social (1999, p. 23).

Deve-se buscar essencialmente um maior entendimento, no sentido de comunicação, entre Estado, a Administração Pública e a Sociedade, para que assim se possa pensar numa implementação maior de políticas públicas efetivas, que realmente garantam aos cidadãos a efetivação dos seus direitos fundamentais.

Somente através de uma interlocução mais ampla entre Sociedade e Estado é que será possível lograr uma perspectiva de controle, decidibilidade e executoriedade da gestão pública dos interesses sociais, substituindo-se um modelo vertical por um modelo horizontal de relações intrasociais. Só assim, o Estado estará desempenhando a sua função social, tendo sempre como objetivo principal o interesse coletivo, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais sem os quais o ser humano não tem condições de viver uma vida digna.

O objetivo não seria a exclusão da presença efetiva do Estado, mas sim, um Estado que atue em conjunto com a sociedade, partilhando responsabilidades. O Estado sozinho, já não possui mais condições de garantir todas as demandas da sociedade, devendo ambos (Sociedade/Estado), através do princípio da subsidiariedade, assumirem juntos a responsabilidade de prestar assistência aos cidadãos com políticas públicas eficazes.

5 Considerações finais

Apesar de haver inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da natureza ou não federativa do Município, vislumbra-se no federalismo brasileiro, a importância do ente local como instrumento de consecução de políticas públicas para a solução das demandas sociais existentes no âmbito do interesse local. Esta nova corrente de descentralização, prevê uma tendência de fortalecimento do municipalismo, na qual o ente local figura como importante espaço estratégico de atuação para a salvaguarda dos valores e interesses daqueles que habitam seu território.

Estudos com diferentes metodologias e perspectivas teóricas têm crescentemente convergido para a idéia de que é imprescindível resgatar o cidadão para a esfera pública. Presume-se que o processo de construção de bons cidadãos passa por um engajamento mais eficiente e permanente na arena política.

Assim, é necessário uma maior participação da sociedade no sentido de apontar as reais necessidades dos indivíduos, de forma que sejam implementadas políticas públicas que beneficiem

grande parcela da população. Sendo indispensável que haja capacidade de motivar suficientemente todos os atores envolvidos, fornecendo clareza conceitual, recursos de conhecimento, transparência de informações e partilhamento do poder.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de Estado na Constituição de 1988. IN: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Vol. 12, n. 3, jul./set. de 1994.

_____. *O princípio de subsidiariedade.* Conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 408p.

_____. Teoria Geral da Cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. XXXVIII, n. 1., p. 29-78, 1997.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa:* referendo, plebiscito e iniciativa popular. 2. ed. São Paulo: Ática, 1996. 208p.

_____. Cidadania e democracia. *Revista de cultura e política Lua Nova.* Rio de Janeiro, n. 32, p. 5-16, set.1994.

BERNARDES, W. L. M. *Da nacionalidade:* Brasileiros natos e naturalizados. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

BORJA, Jordi. As cidades de planejamento estratégico: uma reflexão européia e latino-americana. IN: FISCHER, Tânia (Org.). *Gestão contemporânea*: cidades estratégicas e organizações locais. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

_____. Lo*cal y global.* La gestión de las ciudades en la era de la información. Madrid: Grupo Santillana de Ediciones, 1997.

_____. O papel do cidadão na reforma do Estado. In: PEREIRA, L. C. B. (org.) *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp, 2001, pp. 361-374.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Féderativa do Brasil.* Brasília, DE: Senado Federal, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. Cidadania da encruzilhada. In: BIGNOTO, N. (org.) *Pensar a República.* Belo Horizonte: Editor UFMG, 2002.

CARVALHO, Maria do Carmo B. de. Gestão social: alguns apontamentos para o debate. In: RICO, E.M; RAICHELIS, R. (org) *Gestão social:* uma questão em debate. São Paulo: EDUC; IEE, 1999.

COUTO, C. *O desafio de ser governo:* o PT na periferia de São Paulo. São Paulo: Brasiliense, 1995.

CUNILL, Nuria. *Partipacion ciudadana:* dilemas e perspectivas para la democratizacion de los estados latinoamericanos. Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para lê Dasarollo, 1991.

DALLARI, D. A. *Direitos Humanos e Cidadania.* São Paulo: Moderna, 2004.

DIAS, Elias. *Estado Democrático de Direito e Direitos Fundamentais*. Madrid: Siglo Veinte Uno, 1987.

DOWBOR, Ladislau. *Da globalização ao Poder local:* a nova hierarquia dos Espaços. São Paulo, jun. 1995. Disponível em: http://www.ppbr.com/ld. Acesso em: 09 set. 2001.

_____. *Gestão social e transformação da sociedade.* São Paulo, nov. 1999. Disponível em: http://www.ppbr.com/ld. Acesso em: 09 set. 2001.

_____. *Globalização e tendências institucionais.* ln: —. Desafios da globalização. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 09-16.

EMILIANO JOSÉ. *História da Cidadania* – uma trilha de lagrimas. Disponível em <http:www.emilianojose.com.br/artigos.php> Acesso em 01 Dez 2003.

FACHIN, R. & CHANLATN, A (orgs.). *Governo municipal na América Latina:* inovações e perplexidades. Porto Alegre: UFRS, 1998.

GURVITCH, Georges. *Tratado de Sociología*. 2. ed. Rio de Janeiro: Iniciativas Editoriais, 1968.

HADDAD, Paulo Roberto. *Participação, justiça social e planejamento.* Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1980.

HERINGER, Rosana Rodrigues. Estratégias de descentralização e políticas públicas. In: MUNIZ,

J.N; GOMES, E. C. (ed.) *Participação Social e gestão pública:* as armadilhas da política de descentralização. Belo Horizonte, 2002.

HERMANY, Ricardo. *O município como espaço privilegiado de construção do direito social:* a peculiaridade do federalismo brasileiro. Tese de Doutorado, 2005.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional.* Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HUNTINGTON. Samuel P. *O choque de civilizações.* Rio de Janeiro: Objetiva, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade:* novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARSHALL, Thomas. *Cidadania, classe social e status.* Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MELO, Marcos André B. C. de. O município na federação brasileira e a questão da autonomia. In: *SUBSIDIARIEDADE e fortalecimento do poder local*. São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, Centro de Estudos, 1999

MOURA, S. Inovações municipais no Brasil recente. Impulsos de democratização e crise . In:

FACHIN, R & CHANLATN, A (orgs.). *Governo municipal na América Latina:* inovações e perplexidades. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia:* a experiência da Itália Moderna, 1996.

QUINTÃO, S. M. L. *Teoria do Estado.* 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

SOARES, J. A . *Mudanças e impasses na gestão das grandes cidades no Brasil, 1986-1996.* Brasília. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília, 1996.



ANAIS

GT: TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICOS APLICADAS AO DIREITO
NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E DIREITO.
Coordenadores: Leonel Severo Rocha (Unisinos) e Irineu Barreto Junior (FMU)

Canoas, 2017.

COMPLIANCE PROGRAMS E CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Dr. Cristian Wittmann;
Doutor em Direito;
cristianwittmann@gmail.com

Resumo:

Este trabalho tem como objetivo a demonstração, a partir da ótica da Teoria dos Sistemas Sociais aplicada ao Direito, dos limites e possibilidades da observação dos programas de *compliance* – também conhecidos como programas de integridade – como instrumentos jurídicos que hoje potencializam a emergência de um constitucionalismo social e global em meio ao processo contínuo de fragmentação da sociedade e do Direito. A metodologia apoia-se na matriz epistemológica pragmático-sistêmica, sendo uma pesquisa exploratória de cunho qualitativo com método construtivista nos moldes propostos por Niklas Luhmann. Enquanto resultados identificou-se que a característica da fragmentação social impede a emergência de um constitucionalismo global universal que pudesse congregar todos os Estados e suas legislações. Frente a esse contexto, somando os aspectos da policontexturalidade descritos por Gunther Teubner, há a necessidade de compreender os novos instrumentos de regulação privados e voluntários como parte do sistema jurídico autopoiético. A partir das observações concluiu-se que os programas de *compliance* fazem parte e fortalecem o surgimento do que tem sido considerado como constitucionalismo social global e que seu fortalecimento implica na possibilidade de uma regulação harmônica em meio a crescente fragmentação jurídica no seio da sociedade global.

Palavras-chave: compliance. fragmentação jurídica. autorregulação

1 Introdução

Este ensaio acadêmico busca demonstrar, a partir de uma epistemologia diferenciada baseada na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e aportes do jurista Gunther Teubner, a emergência de um constitucionalismo policontextural. Embora a pesquisa esteja em andamento já é possível vislumbrar determinadas conclusões preliminares ao questionamento da pesquisa: em que medida a perda do monopólio do Estado no cenário global colabora com a emergência de um constitucionalismo policontextural?

Inicialmente, enquanto apresentação metodológica, indica-se o uso da matriz epistemológica pragmático-sistêmica[1] e o método construtivista[2] com fundamentos na Teoria dos Sistemas Sociais

[1] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998, p. 96.

[2] Conforme o sociólogo alemão: "observada desde la posición constructivista, la función de la medotología no consiste únicamente en asegurar una descripción correcta (no errónea) de la realidad. Más bien se trata de formas refinadas de producción y tratamiento de la información internas al sistema. Esto quiere decir: los métodos permiten a la investigación científica sorprenderse a sí misma. Para eso se vuelve imprescindible interrumpir el coninuo inmediato de realidad y conocimiento del cual proviene la sociedad". LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007, p. 22.

de Niklas Luhmann. Entende-se que ambos proporcionam um ponto de visa qualificado para observar não somente o tema proposto mas o Direito e a sociedade.

Enquanto estrutura propõe-se três capítulos. O primeiro capítulo trata de qualificar a observação da sociedade e em certa medida do próprio sistema jurídico a partir da epistemologia adotada de forma a observar a sociedade como global e não mais vinculada exclusivamente aos Estados-nação e a um regime inter"nacional". O segundo capítulo observa a emergência deste Direito policontextural e instrumentos característicos disponíveis hoje para não somente observação mas a interação neste contexto. No último capítulo demonstra-se que, a partir dos diferentes centros e periferias de atuação jurídica é possível já observar a emergência de instrumentos jurídicos que trazem no seu bojo a garantia de direitos fundamentais e instrumentos de efetiva regulação daquele setor como é o caso dos códigos de conduta e programas de cumprimento.

2 Constitucionalismo público estatal e novas perspectivas

Conforme a teoria de base eleita neste projeto tem-se que a sociedade é, na realidade, um sistema autopoiético e portanto, que se reproduz, ou melhor, se autorreproduz, onde nela somente participam comunicações. A concepção luhmanniana de Teoria dos Sistemas Sociais, e portanto de sociedade, possui contornos hoje que remetem a uma concepção biológica de autopoiese, teoria esta desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, já em 1960, explicavam o surgimento e manutenção da vida a partir desta teoria de autorreprodução[3]. Mais tarde a mesma teoria foi transposta ao conhecimento[4] e, de forma inédita, replicada na análise sociológica por Luhmann.

Trata-se de uma teoria sistêmica de cunho autopoiético aplicada aos sistemas sociais. Contudo, na observação de Luhmann, existe uma autonomia entre o sistema biológico e social, cada um possuindo sua autopoiese específica e particular.[5] Significa dizer, que enquanto o sistema biológico possui a vida como unidade básica de análise, constituindo também sua base reprodutiva, a sociedade, na condição de sistema social, pode ser descrita como um sistema noético, ou seja, um sistema cujo princípio ordenador é o sentido. Significa dizer que no sistema social as unidades do

[3] "[...] o ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar, e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produções de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede [...]". MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 12.

[4] Vale citar um dos fundamentos da teoria cognitiva autopoiética que leva a conclusão de que o que se observa depende do observador: "[...] tudo o que é dito é dito por alguém." MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 32.

[5] Cabe mencionar aqui que, ao contrário de Luhmann, que defende a posição de que os sistemas sociais não são sistemas vivos, Fritjof Capra considerando a organização humana, defende que os sistemas sociais podem ser vivos em diversos graus: "Quanto a mim, prefiro conceber a autopoiese como uma das características específicas da vida. Entretanto, ao discutir as organizações humanas, vou defender também a tese de que os sistemas sociais podem ser "vivos" em diversos graus". CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002, p. 94.

sistema não são os sistemas humanos ou cognitivos, mas sim as comunicações, isto é, tendo como unidade básica de análise os atos comunicativos.[6]

Neste sentido a sociedade passa a ser observada como um sistema autopoiético, um sistema auto-referencial[7], em que seus elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, graças a uma sequência interna de interação circular e fechada[8]. Nestas interações, como já é de se concluir, Luhmann identifica a comunicação como o elemento central das redes sociais, utilizado como modo particular de reprodução pelos sistemas sociais autopoiéticos. As comunicações são produzidas e reproduzidas, formando uma rede de comunicação que constituem os elementos do sistema e que não podem existir externamente – motivo esse que, resumidamente, justifica que esta concepção não compreende as pessoas como membros da sociedade, e sim exclusivamente a comunicação. Motivo esse que corrobora na superação dos limites físicos e geográficos atrelados a concepção de diferentes sociedades com base nos diferentes Estados.

Sobre a não mais utilização de características territoriais-geográficas para a definição de sociedade pode-se identificar uma razão. Por se tratar de uma sociedade que se caracteriza na comunicação, não existem barreiras comunicacionais visíveis. As barreiras geográficas são substituídas por limites, pela diferença ente sistema e ambiente que não operam como barreiras clara - a exemplo do sistema jurídico que opera pelo binômio "legal/ilegal" daquela comunicação social. Especialmente hoje, a partir do invento da imprensa e mais ainda da *internet* houve não somente um aumento mas uma densificação da rede de comunicação da sociedade de modo a não existir mais uma relação dependente ou não do incremento ou da diminuição demográfica já que existe um desenvolvimento suficiente para a manutenção da capacidade de autorreprodução do sistema social[9]. Dessa forma "[...] *society* is not a communicative and normative unity which can be fully represented by one sovereign or parliamentary body"[10]. Constata-se que a sociedade do mundo nada mais é que o sobrevir do mundo na comunicação. Embora tais argumentos sejam postos com a denominação de sociedade mundial, advoga-se aqui pela por outra nomenclatura: global.

Denomina-se aqui como global a partir dos pressupostos de Gunther Teubner que, ao conceituar a ideia de ordem global busca superar a própria linguagem 'internacional' pelas suas relações entre o nacional e internacional e suas definições geográficas ainda alicerçadas no Estado-nação. Desta maneira justifica-se a eleição pelo global em detrimento das outras possibilidades, que, embora contingente esta decisão demonstra-se adequada nas palavras do jurista alemão quando se refere a uma ordem jurídica global:

---

[6] TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 63-64.

[7] TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoiético. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 32 e seguintes.

[8] Convém mencionar que ao falar em interação circular e fechada, está se falando no processo de clausura operacional, uma operação interna do sistema essencial para assegurar a identidade do sistema e logo, possibilitar sua abertura. Também ao se referir à interação circular estamos nos referendo não a um circulo vicioso, mas a um circulo virtuoso, onde ocorre sempre uma perspectivação em espiral.

[9] O sociólogo alemão ensina que "En lo que concuerdan todos los sistemas funcionales y en lo que no se distinguen es en el hecho de su operar comunicativo. Considerada en abstracto, la comunicación [...] es la diferencia que el sistema no hace ninguna diferencia. Como sistema de comunicación, la sociedad se distingue de su entorno, pero éste es un límite externo y no interno. Para todos los sistemas parciales de la sociedad los límites de la comunicación (la diferencia de la no-comunicación) son los límites externos de la sociedad. En esto y sólo en esto coinciden. Toda diferenciación interna debe y puede relacionarse con este límite externo ya que ella crea para cada uno de los sistemas parciales distintos códigos y programas. En la medida en que comunican todos los sistemas parciales participan de la sociedad; en la medida en que comunican de todo distinto, se distinguen entre sí." LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Cidade do México: Herder, 2007, p. 113.

[10] SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. Transnational Governance and Constitutionalism. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 43.

> o direito global (não: 'inter-nacional'!), nesse sentido, é um ordenamento jurídico *sui generis* que não pode ser avaliado segundo os critérios de aferição de sistemas jurídicos nacionais. [...] esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro lado, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.[11]

A sociedade atual é formada por relações entre Estados, entendida como uma coletividade de sociedades diferentes no Direito, política, economia dentre outras características. Lembra-se que esta coletividade não possui uma organização central e dessa maneira permite, desde já, a pulverização de decisões em meio a diferentes organizações inter*nacionais* sem olvidar a relevância que assumem outras organizações privadas por exemplo.

3 Policontextos constitucionais

Enquanto modo de operação tradicional do Direito, o mesmo é orientado a partir da *programação condicional*, ou seja, produção do passado quando a construção do sentido jurídico já está orientado anteriormente. Existe a possibilidade, hoje crescente, de orientação a partir da *programação finalística* com a consideração do futuro na reflexão da decisão em busca da produção da diferença[12]. Fundado na repetição do tempo e todos seus elementos comunicacionais, hoje o Direito se mostra preocupado com o futuro, ou seja, na limitação das consequências relevantes de uma decisão:

> como las consecuencias futuras de las decisiones son interdependentes en alto grado, tanto más cuanto que las consecuencias hipotéticas de las alternativas se han de incluir en la decisión jurídica, la orientación a las consecuencias nos lleva forzosamente a desdibujar las diferenciaciones actuales, sea en el aspecto profesional, sea en el organizativo.13

Conceitualmente o Direito se classifica em um sistema autopoiético funcionalmente diferenciado e, portanto, carrega consigo as características já apresentadas quando do sistema social global. Seu código binário específico que permite a diferenciação do ambiente é o "legal/ilegal" e, portanto, o Direito é o único sistema que pode operar esta diferenciação. Embora o Direito possua a exclusividade de operar a partir nos limites de suas comunicações, vale mencionar a sua capacidade de ressonância. A programação do sistema jurídico está calcado em normas no sentido amplo, comunicações jurídicas que se revestem desde orientações, leis a decisões judiciais - ou seja, toda comunicação que opera na diferenciação do código binário apontado. Toda essa comunicação deste sistema parcial busca a realização da função precípua do Direito, função esta que atrai interesse

---

[11] TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Revista Impulso. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003, p. 11.

[12] FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. Direito da sociedade policontextural. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 67.

[13] LUHMANN, Niklas. Sistema juridico y dogmatica juridica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 9.

particular na universalidade da comunicação social: a possibilidade de estabilização das expectativas[14].

Quando determina comunicação passa a operar a partir da disputa entre legal e ilegal a mesma está inserida dentro da concepção jurídica de sistema, e pelo tanto, há uma transformação de tal evento em um evento jurídico - seja um evento inicialmente econômico, social, religioso e científico como bem podem envolver as nanotecnologias. Justamente a eficácia social do Direito, enquanto sistema, depende da sua capacidade de refletir internamente com base em sua própria complexidade seletiva:

> a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.15

A compreensão da dogmática jurídica tem levado em conta, como categoria dominante, a ideia de validade da norma jurídica - com forte apelo na teoria normativista de Hans Kelsen[16]. Nos tempos recentes de hipercomplexidade a validade é colocada em segundo plano em privilégio da efetividade do Direito[17]. Exemplos são os mais diversos da importância da efetividade. Organizações privadas, transnacionais já que operam globalmente por meio da internet - por exemplo o site de aluguel de imóveis "Airbnb", adotam procedimentos normativos internos que permitem identificar que, independentemente da validez de tais contratos com as ordens nacionais, buscam a efetividade da garantia do negócio para todos os participantes. Exemplos de organizações que não operam exclusivamente pela *internet* também existem, como a marca têxtil global "GAP" que identifica por meio de códigos de conduta e um programa de cumprimento que, ao ser constantemente aprimorado, busca implementar decisões privadas de forma a garantir direitos fundamentais como os relacionados com a erradicação do trabalho infantil, desenvolvimento local/regional onde suas fábricas estão inseridas dentre outras políticas[18]. Hoje, em decorrência de acordos e o maior controle sobre as práticas de lavagem de dinheiro, é possível observar a implementação de programas similares em todas as instituições financeiras. Exemplos como esses demonstram a pulverização de comunicações jurídicas, não sendo mais possível conceber que o efetivo exercício da função do Direito esteja exclusivamente centrado na ideia de Estado e muito menos em concepções territoriais-geográficas.

Superando a organização social entre territórios, entende-se que a sociedade é policontextural. Essa policontexturalidade, como definida por Teubner e demonstrada

---

[14] "El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna [....], cuya función es mantener estables las expectativas [...] aun en caso de que resulten vanas. Dichas expectativas son normas que permanecen estables independentemente de su eventual violación." DERECHO. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996, p. 54.

[15] TEUBNER, Gunther. Direito, sistema e policontexturalidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 31

[16] Ver KELSEN, HANS. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[17] Lembra Leonel Severo Rocha: "Como se podem pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o Direito? Uma primeira alternativa que surge, e é interessante, é a ideia de *efetividade*. Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora, a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito - não mais normativo - passa a ser a *efetividade*" ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. IN: ___, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

[18] Este tema será abordado no decorrer deste ensaio.

anteriormente, apoia-se na diferenciação entre centro e periferia de Niklas Luhmann[19] onde o que definiria esta posição é unicamente o ponto de observação, ou seja, o local de onde parte a decisão. Lembra Flores que "o 'Direito da sociedade' não pode ser reduzido à figura do juiz ou da Constituição", sendo necessário "[...] considerar tudo isso em uma perspectiva sistêmico-complexa, onde emerge a importância de repensarmos os contornos da noção de 'Organização'"[20]. Por sua vez, a organização baseia sua autorreprodução com base na decisão[21].

Mantendo sua concepção autopoiética, lembra-se que enquanto sistema parcial o Direito assegura sua autonomia e sua incerteza. Seu futuro somente pode ser desenvolvido a partir dos limites do sistema, e não externamente. Buscar a certeza em uma sociedade e um Direito contingente é ignorar, ou manter-se ingênuo e alheio, os avanços da comunicação e a própria característica autopoiética. Manter-se associado à noção tradicional de povo, território e governo, ou seja, à noção tradicional de Estado é não perceber a natureza de alta complexidade da sociedade atual. Os desafios são inúmeros, mas o imaginário base de que o Estado mantém o monopólio da regulação jurídica não mais se coaduna com a era de incerteza e insegurança na qual se encontra a sociedade e o Direito.

Ainda, a relação de causalidade normalmente identificada pelo Direito quando da sua decisão não se coaduna com a gestão reflexiva e policontextural dos riscos. Torna-se primordial [...] afastar-se da causalidade e aproximar-se da circularidade construtivista [...]" de forma a viabilizar "uma explicação reflexiva da decisão jurídica, ou seja, uma teoria não normativista da decisão jurídica"[22]. Reflexividade também corrobora com a indução de condutas por parte dos demais sistemas e organizações. O direcionamento com base no Direito é possível seja a partir de uma comunicação normativa geral ou por atos jurídicos específicos e a consequente perturbação sistêmica orientada. Embora lembra-se que cada sistema/organização orienta sua comunicação a partir da recursividade circular fechada de seus atos, e que é impossível a orientação externa desse funcionamento, o Direito pode irritar os demais sistemas provocando uma compatibilização de comportamentos:

> Quando sistemas recursivos e auto-organizados pode realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.23

Essa compatibilização recíproca de comportamentos proporciona também um maior sincronismo no paralelismo temporal. Veja que cada sistema possui sua complexidade interna completamente diferenciada do seu ambiente e demais sistemas, característica conhecida como *paralelismo temporal* - uma defasagem temporal. Segundo Flores a "defasagem na concepção temporal do Direito gera a impressão de existirem duas concepções temporais distintas e

---

[19] Ver LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guaralajara: Universidad de Guadalajara: 1993.

[20] FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. Direito da sociedade policontextural. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 63.

[21] Cf. LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

[22] SILVA, Artur Stamford de. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. IN: SCHWARTZ, Germano (Org.). Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 37-8.

[23] TEUBNER, Gunther. Direito, sistema e policontexturalidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 38.

desconectadas: um Tempo da sociedade, altamente dinâmico e, paralelamente, um Tempo específico do Direito, extremamente conservador, fruto de uma racionalidade moderna que acentua demasiadamente o passado"[24].

A situação regulatória será mais efetiva quanto mais maleável for a comunicação, permitindo que organizações e sistemas ajustem mutuamente seus comportamentos de forma a produzir uma organização das expectativas de forma recíproca efetiva e duradoura. Trata-se de sincronizar, e não impor, comunicar e não mais ordenar, regular e não mais regulamentar lembra Alain Suipot[25]. Regular passa por reconhecer a autonomia da complexidade jurídica frente ao seu ambiente - seja a sociedade seja os demais sistemas parciais de comunicação. Reconhecer também que o Direito global, não mais inter*nacional*, somente vai possuir efetividade quanto mais se tornar reflexivo e compatível temporalmente com os demais sistemas e organizações sociais - sejam privadas ou públicas. A policontexturalidade torna-se fundamental, já que as organizações empresariais não mais operam nacionalmente e sim "[....] procuram novas formas de organização de trabalho" e tampouco "se contentam com a subordinação, já não querem trabalhadores somente obedientes"[26] da mesma forma que os consumidores como um todo não esperam mais que seus produtos e suas experiências tenham de ficar restritas a determinado território.

A emergência de normas globais, autoproduzidas por organizações privadas são um novo exemplo da contratualização do Direito a partir de centros e periferias. Historicamente as atividades de atores privados têm sido reguladas pelos contextos jurídicos de cada Estado, todavia, cada vez mais os entes públicos possuem dificuldade de dar efetividade a regulação quando se trata de atividades transnacionais de empresas que atuam globalmente. Por tal motivo é que se torna cada vez mais importante buscar alternativas a partir da insuficiência do modelo atual de imposição de comportamento:

> Global laws are regarded as self-regulations which are made by private actors. Essentially, the activities of private actors have been regulated by laws of each state. But, in certain fields, states or interstate organizations have some difficulty in regulating transnational activities caused by or involving private actors which are becoming more and more important in the global society. In such fields as economics, activities are essentially transnational27.

Não se trata de uma compreensão liberal, ou *neo*liberal, de Estado e Direito, mas o reconhecimento do paralelismo temporal entre a sociedade e o sistema jurídico quando arraigado a uma observação de mínima complexidade. A emergência de tais normas não pode ser barrada no contexto atual, mas pode ser induzida de forma a dar coerência e integridade ao sistema jurídico entre sua periferia e centro e vice-versa já que se trata do ponto de observação. Miguel Reale já alertava que "[...] nenhuma estrutura social é uma unidade maciça e mononuclear, mas sim uma *unitas ordinis* ou 'unidade de sentido', ou seja, uma composição de múltiplos fatores que se correlacionam em função de um ou mais motivos"[28]. Fundamental desta forma o reconhecimento de

---

[24] FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. Direito da sociedade policontextural. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 65.

[25] SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 146.

[26] SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154.

[27] KAWAMURA, Satoko. The formation of Global Economic Law: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, p. 9.

[28] REALE, Miguel. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

novos instrumentos de regulação, como são os códigos de conduta e seus programas de cumprimento, instrumentos privados de cunho voluntário oriundos do fenômeno da autorregulação.

4 Constitucionalismo não-Estatal

Historicamente os textos constitucionais possuem basicamente dois objetivos: *limitar o poder do soberano e constituir uma ordem jurídica própria*. Esta tem sido a fonte originária de todo ordenamento jurídico de algum país e serve de legitimação para todo o Direito objetivo de cada nação. Já observou Miguel Reale que as fontes e modelos jurídicos não se esgotam no Estado embora dele emana uma centralidade no dizer o Direito. Cogitar a existência de instrumentos privados não é algo recente na doutrina jurídica. Miguel Reale, já a algum tempo, identificava nos contratos uma das fontes e modelos do Direito[29]. Mesmo não prevendo a dimensão da utilização específica dos instrumentos ora analisados, o jurista brasileiro já indicava o contrato enquanto fonte negocial, fonte essa hoje muito usual na estabilização das expectativas sociais - funcionando em determinados contextos como efetivos instrumentos de garantias fundamentais, limitação da autonomia privada e o nascedouro de obrigações vinculantes a terceiros. Observa-se hoje um contínuo processo de solução dos conflitos, sejam individuais ou coletivos, mediante decisões negociadas - com ou sem a participação do Estado.

Com a policontexturalidade proposta por Teubner nos parece adequado compreender que a produção normativa ocorre nos mais diferentes pontos da sociedade, não estando mais delimitado pelos limites tradicionalmente arraigados na concepção de Estados nacionais. Leonel Severo Rocha, ao explicar e exemplificar esta especial concepção de sociedade proposta pelo jurista alemão comenta acerca da emergência de uma série de comunicações jurídicas, autônomas a partir de sua própria lógica, que, dependendo do ponto de observação podem estar tanto no centro quanto na periferia do sistema jurídico:

> Teubner afirma que é preciso se pensarem novos tipos de direitos que surgiram na periferia, mas que também têm autonomia, como se fossem o centro: os direitos softs, soft law, direitos híbridos, direitos de contratos internacionais, direitos de organizações internacionais, que têm uma lógica própria. E que começam a surgir, paralelos ao Estado, na globalização. O surpreendente, exemplifica Teubner, é que grandes multinacionais, ao regularem a sua atuação, seguem os direitos, têm regras e, às vezes, códigos de ética (para seus interesses). Em poucas palavras, a grande empresa tem códigos de atuação normativas, que não são necessariamente os mesmos dos países.30

A partir o surgimento associado ao enfretamento aos escândalos corporativos de cunho contábil, os programas de conformidade remetem a data de 1986 e a partir de 1991 permite uma

---

[29] "Na usual afirmação de que 'o contrato tem força de lei entre as partes' já se albergava o reconhecimento de que a 'autonomia da vontade ' é fonte geradora de regras de direito, mas esta asserção só adquiriu plenitude de significado quando Kelsen, ao mesmo tempo que reduzia o Direito a um sistema de normas, alargava o sentido *normativo*, libertando-nos definitivamente do *legalismo*, isto é, do incontrastado domínio das normas legais" REALE, Miguel. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 73.

[30] ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. IN: ___, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39-40.

punição diferenciada para organizações que possuem iniciativas para detectar e prevenir crimes.[31] Um dos grandes desafios frente a capacidade reflexiva da doutrina jurídica é a possibilidade de criar programas condizentes com a conciliação interna do discurso jurídico com as implicações do ambiente (sistemas sociais)[32].

No contexto contratual são identificados três níveis de conflitos no sistema contratual, o primeiro quanto à interação, o segundo sob o prisma institucional e o terceiro no âmbito da sociedade. No nível da interação o conflito se dá entre acordo contratual e moral da interação quanto ao feixe de expectativas informais que não necessariamente estão expressas nas declarações. Quanto ao nível institucional há o conflito entre contrato e instituições sociais, demonstrando que o contrato está inserido em um contexto mais amplo de prerrogativas e restrições que tais declarações devem levar em conta. No âmbito da sociedade o conflito se dá entre o contrato e o seu ambiente, ou seja, sistemas sociais funcionais como política, economia, família, cultura e religião que acabam por aumentar a complexidade de tal decisão frente ao modo clássico de análise dos contratos. Uma das grandes importâncias da existência dos códigos de conduta corporativos e dos programas de cumprimento é quanto as perspectivas de responsabilidade das organizações quando do, potencial ou efetivo, dano/crime/prática abusiva a partir das suas atividades. De outro lado tais programas podem se tornar instrumentos de grande contribuição para as boas práticas e para dar efetividade aos Direitos Humanos buscando a máxima sempre lembrada de Bobbio: "[...] que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los"[33]. Mais, sociologicamente analisando é possível perceber a emergência de limitações voluntárias à autonomia negocial, a busca da efetiva prestação de garantias fundamentais e a constituição de uma ordem jurídica autônoma com direitos e obrigações com terceiros.

Não se pode olvidar que a efetividade está intimamente relacionada com os sistemas regulatórios. Em se tratando da perspectiva da relação das organizações tidas como privadas e àquelas tidas como públicas sempre houveram dois objetivos. Essas sempre buscaram meios para controlar aquelas que, por sua vez, buscaram meios de desenvolver sistemas de governança próprios de forma a controlar a cadeira produtiva onde quer que estivesse localizada geograficamente. [34]

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos define esses como programas de cumprimento estabelecidos pela gestão corporativa para prevenir e detectar a má-conduta e assegurar que as atividades corporativas são conduzidas de acordo com todas as regras, regulações e leis civis e criminais. O mesmo órgão norte-americano encoraja esse policiamento realizado pela própria corporação, incluindo divulgações voluntárias para o governo de quaisquer problemas que a corporação tome conhecimento por conta própria. Indica ainda a insuficiência de que a simples existência de programas de cumprimento justificaria a imunidade da empresa por condutas criminosas realizadas pelos seus empregados, diretores e agentes. Pelo contrário, orienta o referido órgão que a existência de tais condutas ilegais implica no entendimento de que o programa de

[31] Cf. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. Building a World-Class Compliance Program: best practices and strategies for success. Nova Jersei: John Wiley & Sons, 2008, pp. 45-71.

[32] Cf. TEUBNER, Günther. Níveis de conflito no "sistema contratual". IN: ____, Günther. O Direito como Sistema Autopoiético. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 239-42.

[33] BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

[34] BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, p. 2.

conformidade não esteja sendo bem aplicado podendo gerar ações do Estado independentemente da existência de tais programas[35].

Exemplos de regulações globais e autônomas são os mais diversos - motivo pelo qual advoga-se pelo reconhecimento e uma qualificada observação jurídica acerca desse assunto. Um bom exemplo disso é a "Internet Society", uma associação privada que define as regras e regulação da evolução do protocolo *internet* ao redor do mundo. Dentro desse contexto sites como o eBay fornece um espaço comercial para as pessoas usarem e ele é quem decide as regras para que os usuários resolvam suas disputas jurídicas. Essa mesma organização estabeleceu mecanismos de avaliação da performance dos compradores e vendedores - sistema esse que virou um modelo e foi replicado em diferentes outros sites como é o caso do "Mercado Livre" e outros sistemas de comércio. Os domínios, endereços de sites e os endereços IP (*internet protocol*) são regulados por regras editadas pela Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) que é uma organização privada sem fins lucrativos criada pela Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICAAN) que, por sua vez, é uma associação norte-americana privada:

> For example, the Internet Society is a private association which makes rules and regulates the evolution of Internet protocol of all over the world. eBay supplies an online market for people to use. eBay decides detailed and formalized rules for users and has established a mechanism to resolve disputes among users. It also made a system which evaluates performance of buyers and sellers on the online market. The systems and the rules of eBay became a model of other online markets. The assignments of domain names and IP addresses are regulated by rules made by Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) which is an private non-profit organization built on the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN). ICANN is an American private association36

Os programas de cumprimento, também conhecidos como programas de conformidade, são somente um dos exemplos de normas autônomas. Eles, originalmente desenvolvido em inglês sob a expressão *compliance programs*, nada mais são que um contexto de estar atuando de acordo com o que está estebelecido em normas gerais, especificações ou legislação. Na realidade os programas de cumprimento nada mais são que medidas internas que qualquer entidade pode adotar afim de assegurar que estará cumprindo com um contexto legal específico, ou seja e em termos pragmático-sistêmicos, trata-se de comunicação específica a partir do código "legal/ilegal" enquanto campo específico da comunicação jurídica de forma a organizar as expectativas internas daquela organização. Trata-se de cumprimento da lei e mais. Verifica a aderência das atividades e processos aos requisitos legais onde para cada atividade torna-se uma obrigação estar ciente de todas as implicações e consequências legais. Essa perspectiva se coaduna com a proposta de uma regulação eficaz a partir da concepção de Teubner:

---

[35] "Compliance programs are established by corporate management to prevent and to detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with all applicable criminal and civil laws, regulations, and rules. The Department encourages such corporate self-policing, including voluntary disclosures to the government of any problems that a corporation discovers on its own. However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal conduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. Indeed, the commission of such crimes in the face of a compliance program may suggest that the corporate management is not adequately enforcing its program. In addition, the nature of some crimes, e.g., antitrust violations, may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program." US DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum: principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/ 05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

[36] KAWAMURA, Satoko. The formation of Global Economic Law: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, pp. 9-10.

> A regulação (direcionamento) somente é bem-sucedida em poucos casos, nos quais os programas auto-regulativos (sic) concretos do direito 'coincidentemente' se coadunam com os programas auto-regulativos (sic) concretos da economia, isto é, quando o processamento econômico de diferenças vai 'mais ou menos' ao encontro da intenção legislativa.37

Não se pretende aqui desenvolver uma concepção de análise dos programas de cumprimento, oriundos dos respectivos códigos de conduta, como um benefício para a própria organização. Pelo contrário. Trata-se de demonstrar como tais contratos possuem uma dimensão não somente regulatória, mas também social. Embora não se olvide que o objetivo das corporações seja o lucro[38], tem-se observado uma crescente importância do conceito de *corporate citizenship* no mundo organizacional, ou seja, cidadania empresarial pela prática de condutas fiéis ao Direito e pela participação da organização nos assuntos públicos[39]. Da mesma forma não se ignora o fato de que a conduta cidadã da organização possa ser - e muitas vezes é - uma forma de alcançar mais lucros considerando uma característica contemporânea do consumidor. Mas, como observado, a efetividade da prestação da garantia torna-se cada vez mais relevante no contexto atual, e se demonstra que contratos particulares voluntários podem ser mais um instrumento deste Direito policontextural que possa se equiparar em determinadas características a textos constitucionais fragmentados no sistema jurídico.

Observando referido documento, existem preocupações da organização nos seguintes tópicos: *como empoderar o consumidor para expor suas preocupações; trabalhando com integridade; ter uma prática ética; afastando conflitos de interesse; proteção da marca; entendendo as linhas políticas da política empresarial, e; recursos para fazer o que é correto*[40]. Todas essas características dão um novo molde ao negócio, também contratual, com seus fornecedores que antigamente somente envolvia um retorno financeiro pela produção de determinados produtos. Hoje existe uma preocupação, ao menos expressada, em quem está produzindo e como se está produzindo aqueles produtos e a própria instituição. Por conta desta nova política empresarial é que houve a necessidade de demandar um nível de conduta uniforme de toda sua cadeia produtiva.

Os novos padrões aumentam o valor da companhia. Inicialmente reduzem custos e aumentam a qualidade dos produtos. Secundariamente esta visão de responsabilidade social corporativa serve como resposta lucrativa pela demanda dos consumidores por produtos produzidos em determinada maneira. Por fim esta nova maneira de gerenciar a cadeia produtiva de forma socialmente responsável está relacionada também com boas práticas de governança corporativa, ou seja, atrai novos acionistas e um retorno mais sustentável do lucro a eles. Tais práticas foram iniciadas em 1992 com o estabelecimento de padrões ao redor do mundo. Em 2004 a "GAP Inc." começou a editar seu Relatório de Responsabilidade Social e em 2006 começou a ter uma atenção ao trabalho colaborativo com ONGs.[41]

---

[37] TEUBNER, Gunther. Direito, sistema e policontexturalidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 43.

[38] A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

[39] DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 26 e seguintes.

[40] GAP INC. Our Cord of Business Conduct. 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

[41] Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, pp. 12-13.

Posteriormente foi estabelecido o documento *Code of Vendor Conduct*[42] que, baseado em padrões laborais aceitos internacionalmente e em convenções internacionais, estabelece os padrões mínimos exigidos que todos os fornecedores deveriam praticar para realizar negócios com a "GAP Inc.". Verifica-se que, considerando a possibilidade desta organização trabalhar em regiões onde a legislação seja de pouca incidência ou a prática cotidiana das empresas pouco fiscalizadas pelo Estado local, acaba que tais padrões são mais fortes e protetivos que a própria realidade local/regional externa às fábricas. Inclusive o código de conduta de fornecedores estabelece a possibilidade de fiscalização inesperada e punições unilaterais em caso de descumprimento, incluindo a suspensão de encomendas, o fim do relacionamento e/ou a implementação de um plano de ação corretivo.[43]

Mesmo com o estabelecimento dessas políticas, em outubro de 2007 houve a divulgação de trabalho infantil próximo a condição de escravidão em uma das fábricas na Índia. Um dia após ter tomado ciência das denúncias na mídia a organização identificou que houve uma subcontratação por parte de um de seus fornecedores e imediatamente cessou a compra deste fornecedor e preveniu que os produtos oriundos daquela fábrica fossem vendidos em suas lojas. O mais inesperado deste episódio foi que a partir das sanções aplicadas tomou-se conhecimento que aquelas crianças que naquela fábrica trabalhavam voltaram a uma situação de vulnerabilidade estando elas e suas famílias desamparadas, quando então a empresa notou que a sanção aplicada a empresa causou uma repercussão da mesma forma negativa. Prontamente identificou que uma política de um plano de ação para remediar o problema, com a obrigação do fornecedor de prover uma remuneração, educação e oportunidades dignas àquele entorno que anteriormente havia sido explorado. Hoje existe uma política de financiamento de organizações não-governamentais ao redor do mundo que advogam em causas de direitos fundamentais e o incentivo para que apoiem práticas sustentáveis em suas regiões.[44]

Embora ainda incipiente, a temática dos códigos de conduta e programas de cumprimento parecem demonstrar que tais documentos podem sim vir a ser um instrumento auxiliar no emaranhado de possibilidades jurídicas de regulação, em especial a partir da policontexturalidade. Talvez tenhamos chegado na época onde *os contratos substituem o Direito, redes de relacionamento substituem uma comunidade política, interesses substituem o território e o regulado passa a se tornar regulador*[45].

5 Considerações finais

É possível identificar que a diferenciação da sociedade por meio de Estados geograficamente delimitados não se demonstra adequado ao contexto contemporâneo. Em homenagem a Teubner

---

[42] GAP INC. Code of Vendor Conduct. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

[43] Cf. GAP INC. Code of Vendor Conduct. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015, p. 15

[44] Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, pp. 11 e seguintes.

[45] Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, p. 26.

adotou-se no trabalho a perspectiva de uma sociedade e um Direito global, não mais inter"nacional" levando em conta a característica autopoiética. Associado a isso ainda existe a característica policontextural, onde a prática do código binário jurídico, ou de outro sistema social por exemplo, é praticado não mais exclusivamente por atores privilegiados.

Com a superação da verticalidade e da exclusividade por uma horizontalidade decisional baseada dentre centro e periferia do sistema há a possibilidade de que organizações privadas, dentre inúmeras outras possibilidades, comunicarem sob a lógica jurídica e criarem padrões como podem ser considerados os instrumentos analisados no terceiro capítulo. Por fim analisou-se as características dos códigos de conduta e programas de cumprimento.

Muito embora tais instrumentos sejam associados a minimização dos prejuízos em casos de condenação das empresas, esses institutos, conforme demonstrou-se, podem ser equiparados, em específicas características, a fragmentos constitucionais empresariais autônomos em relação ao Estado e a região onde possam ser aplicados. Acredita-se que se tenha cumprido, embora com resultados parciais da pesquisa, em demonstrar a característica constitucional destes *novos* instrumentos jurídicos do Direito policontextural.

Referências

BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Building a World-Class Compliance Program*: best practices and strategies for success. Nova Jersei: John Wiley & Sons, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas:* ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002.

DERECHO. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann.* México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. *Direito da sociedade policontextural.* Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73.

GAP INC. *Code of Vendor Conduct.* Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

GAP INC. *Our Cord of Business Conduct.* 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

KAWAMURA, Satoko. *The formation of Global Economic Law:* under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012.

KELSEN, HANS. *Teoria pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad.* Guaralajara: Universidad de Guadalajara: 1993.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sistema juridico y dogmatica juridica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento*: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas e seres vivos:* autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito:* para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. IN: ___, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. *Transnational Governance and Constitutionalism.* Portland: Hart Publishing, 2004.

SILVA, Artur Stamford de. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. IN: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista Impulso*. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003.

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

TEUBNER, Günther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Memorandum:* principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

A MEDIAÇÃO EM LUIS ALBERTO WARAT COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS AUTOPOIÉTICO

Roséle Joaquim Centeno[46]
Pedro Ernesto Neubarth Jung[47]

Resumo:

Cada vez mais, o modelo tradicional de resolução de conflitos, qual seja o processo, se mostra insatisfatório diante dos anseios da sociedade contemporânea, desse modo, em face da busca pela satisfação dos envolvidos em situações de lide, abre-se o subsistema do Direito a métodos fora do código. Luis Alberto Warat propõe, portanto, a utilização da Mediação como uma forma de pacificação dessas relações conflitantes infelizes, de forma a se restaurar a convivência e o diálogo entre os litigantes, não se preocupando, assim, com a celebração, unicamente, de acordos. Deste modo, a presente pesquisa aspira analisar como a Mediação, em Luis Alberto Warat, funcionaria como possível instrumento de promoção para uma cultura de paz e, ainda, como essa pode ser o meio mais adequado para se recuperar a comunicação, diante do fato de a sociedade ser comunicação e a Mediação, talvez, o único caminho adequado para se alcançar a reconstrução das comunicações destruídas. Para tanto, utilizar-se-á, como amparo teórico para se compreender esta complexa relação, à Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann, buscando-se, assim, trabalhar a Mediação como método capaz de transformar os envolvidos no conflito, através de suas diferenças. Por meio dessas linhas de pensamento e através da observação acredita-se na evolução da atual sociedade complexa de conflitos, em uma sociedade complexa futura Waratiana, onde o amor e a cultura de paz predominarão.

Palavras-chave: Mediação em Luis Alberto Warat. Cultura de Paz. Observação. Sistemas Autopoiéticos. Direito.

1 Introdução

Luis Alberto Warat foi um grande pensador que, perambulava livremente entre a filosofia, psicanálise, literatura e, também, na teoria do Direito, suas idéias vanguardistas e radicais, surgiam de lugares inesperados, marcando, assim, profundamente todo o universo jurídico. Warat teve como grande diferencial a capacidade de inspirar as mais diversas pessoas, reunir amigos e transformar qualquer encontro em um espaço de grande afetividade e genialidade.[48]

Assim, envolvido por estes pensamentos, pretende-se realizar uma interpretação da doutrina, agrupando-se conceitos teóricos, com o intuito de se explanar a complexibilidade existente na

[46] Graduanda em Direito pela UNISINOS. E-mail: ro-centeno@hotmail.com
[47] Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. E-mail: pedroneubarth@gmail.com
[48] ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. IN: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 207.

Mediação Waratiana como instrumento de pacificação social, através da utilização de métodos que sejam capazes de transformar os envolvidos no conflito.

O objetivo central desse ensaio, por sua vez, consiste-se em demonstrar como a busca pela satisfação dos envolvidos em situações de lide, através da mediação, restaurará a convivência e o diálogo entre os litigantes, funcionado, assim, como um possível instrumento de promoção da cultura de paz e amor. Para enfrentar, contudo, o tema em questão, o presente trabalho apresenta-se dividido em dois pontos, inicialmente, se exporá o amor como possibilidade de pacificação social, através da mediação em Luis Alberto Warat. Posteriormente, se fará uma analisa do amor como paixão em Niklas Luhmann, verificando-se a relação entre este e o meio complexo em que se encontra a sociedade contemporânea.

2 A Mediação em Luis Alberto Warat: o Amor como Possibilidade de Pacificação Social

A condição moderna nos impôs crenças que nos levaram à desumanização, a humanidade, assim, não depende da sua inteligência, ou de seu conjunto de verdades, mas sim do amor. O objetivo dos homens ao comunicarem-se ou procurarem vínculos é, portanto, buscar o amor, contudo, esta privação do amor e o bloqueio da comunicação amorosa levam à desumanização do homem.[49]. Warat noutra senda, ainda nos ensina a respeito do homem e o amor que:

> A identidade do homem e sua condição de sujeito dependem de um outro que o reconheça amorosamente. Sem o reconhecimento amoroso do outro o homem se transforma num sujeito inumano. Sem o outro que o reconheça amorosamente se cancela a humanidade. [...]. O amor, à diferença da paixão, é uma perda de fé, a infidelidade que nos põe em crise para tomar uma decisão que nos mude.50

É diante destas verdades que a mediação Waratiana propõe a reintrodução do amor nas situações conflituosas, uma vez que, é somente através desta reinserção que se é possível reconstruir os vínculos que foram destruídos.[51]

Deste modo, consiste-se a mediação em Luiz Alberto Warat na realização dos nossos sentimentos com o outro, ou seja, ao se realizar a mediação acabamos por reviver em harmonia consigo e com os outros. Essa forma de mediação, poderíamos dizer, talvez, sensível, consiste na introdução do amor como condicionante de vida, uma vez que, seria este um meio de se sentir e dar sentido a vida, o amor seria, logo, visto como um *dom supremo* que dá sentido à existência.[52]

Percebe-se, assim, que a ideia de mediação em Warat, diferentemente das correntes de mediação acordistas, busca a mediação transformadora, através do entendimento do conflito, que proporcionara, assim, uma oportunidade para melhorar a vida dos que dele participaram. Warat, desta forma, denomina sua mediação de *terapia do reencontro mediado* ou *do amor mediado*.[53]

---

[49] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[50] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004, p. 196.
[51] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[52] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[53] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.

Todavia, para se alcançar o amor, raiz esta da mediação Waratiana, far-se-á necessário a realização de um trabalho com perspectivas de "[...] produção psicoterapêutica da diferença com o outro"[54]

O afeto e, principalmente, o amor, são assim à base da mediação em Luiz Alberto Warat, que essencialmente não é uma teoria jurídica, pois, na realidade é radicalmente contrária às mediações institucionais, isto é, as propostas de mediação praticadas pelo Poder Judiciário, que buscam apenas a solução do litígio.[55]

Contudo, a de se esclarecer que o amor é o reconhecimento do outro, pois, quando somos reconhecidos melhoramos nossa vida e nossa relação para com o mundo, todavia as dificuldades em relação ao amor surgem quando não nutrimos o amor por nós mesmos, ou quando não sabemos dar e receber amor. Nessas situações há um constante sentimento de abandono permanente, uma vez que, não conseguimos conceber o fato de que o outro possa cuidar de algo que, nós próprios, não dispusemos atenção.[56]

Em circunstancias como estas, acabamos por nos autojulgarmos indignos de receber amor, condenando-nos a relacionamentos de dependência, assim, se receber amor torna-se algo difícil, é bastante provável que também não consigamos doá-lo.[57]

O amor, portanto, é caminho do crescimento pessoal, da autonomia, de novos conhecimentos, a mediação, assim, está ligada a uma necessária produção da autonomia.[58] Que, de acordo com Luiz Alberto Warat, nada mais é do que:

> [...] um dever de subjetividades, um múltiplo de sublimações conflitivas e incertas. Um sujeito autônomo, na medida em que consegue ter vínculos criativos com os outros. A autonomia é, nesse sentido, uma possibilidade de aceitarmo-nos no tempo.[59]

Percebe-se, portanto, que o amor não é algo passível de explicação por meio das palavras, amor é sentir, por meio do corpo e de nosso silêncio, o amor entre duas pessoas é possível quando o encontro ocorre no feminino, haja vista que as transformações masculinas do amor são carregadas de ego e pensamentos que nos armam quando chegamos ao encontro com o outro.[60]

Desta forma, a fim de superarmos o modelo hegemônico de direito normativo, bem como, a procura pela satisfação daqueles que estão envolvidos em um conflito, acredita-se que a mediação como um modelo ideal, seria aquela a realizar, exatamente, o feminino no Direito, uma vez que, busca está sempre algo que esteja além do desejo, o que é faticamente uma característica própria do feminino.[61]

---

[54] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004, p. 63.

[55] ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A MEDIAÇÃO E O AMOR NA OBRA DE LUIS ALBERTO WARA. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 33, n. 1, 2017, p. 112. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/revistafdsm2/resultado_revista.php?artigo=233>. Acesso em: 21 mai. 2017.

[56] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.

[57] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.

[58] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.

[59] WARAT, Luis Alberto. Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

[60] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004, p. 387.

[61] WARAT, Luis Alberto. Em nome do acordo: a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impressiones, 1998.

Assim sendo, para se inserir o amor em uma situação conflituosa é imprescindível que, antes de qualquer coisa, realizemos a nossa transformação interna, pois, o encontro com a nossa interioridade modifica o mundo.[62]

Cabe, deste modo, a cada um de nós produzirmos diferença com o outro, a fim de que nasça o novo. É por isso que a produção conjunta da diferença é a mediação, os vínculos quando mediados são produtores diretos da diferença, ou seja, em outras palavras, o amor sendo inscrito no conflito.[63]

Tal afirmação reforça o ponto da transformação das pessoas, a mediação trabalha, assim, com o propósito de conduzir os mediandos a mudarem a visão sobre o seu mundo e, também, em relação ao que está em seu entorno, o que proporcionara, dentro deste contesto, a realização da alteridade e da responsabilidade.[64]

Precisamos, assim, de uma mudança do olhar de um para o outro, a mediação age como uma *terapia do reencontro,* ela tenta nos fazer olhar o outro e termos a concepção de aquilo que vemos reflete a nossa própria imagem. Se conseguirmos mudar o olhar poderemos ter a consciência de que o outro é uma oportunidade, é uma base para a resolução de problemas aparentemente sem solução.[65]

Desta forma, ao olharmos o outro, torna-se possível encontrar nossa *reserva selvagem*, que é tudo aquilo que tem relação com os[66] "[...] componentes amorosos ou afetivos que ignoramos em nós mesmos [...]"[67].

Destarte, de acordo com a concepção Waratiana, precisamos assimilar o fato de que a mediação é pautada por *acordos do coração,* pois, em um acordo de palavras reside a improbabilidade de sua concretude, levando-se, assim, em consideração que estes não estão pautados pelos sentimentos. É necessário, se compreender, inclusive, que as pessoas não se comprometam apenas com a mente, ou por mero interesse, elas se comprometem acreditando na solução destes problemas, pois caso contrário os conflitos estarão propensos a se perpetuarem para sempre.[68]

3 O Amor como Paixão em Niklas Luhmann

Perante esta possibilidade de predisposição da perpetuação dos conflitos, faz-se necessário compreender que se trata a sociedade contemporânea em que vivemos de uma sociedade formada por sistemas, na qual a uma estruturação sistêmica que se torna identificável em face da equação da problemática da (im)possibilidade, da ordem social.[69]

---

[62] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[63] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[64] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[65] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[66] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[67] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004, p. 69.
[68] WARAT, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.
[69] SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. IN: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

Diante desta assertiva, assume-se a idéia de que a sociedade é altamente complexa, pois, tudo o que se pode imaginar e observar pode ocorrer, desde que autoproduza-se comunicação,[70] em outras palavras, "o mundo é complexo demais para sua capacidade sensitiva"[71].

Leonel Severo Rocha, deste modo, nos ensina que "a sociedade como sistema social se constitui e se sustenta por intermédio da "comunicação". Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, [...] e das estruturas, gerando a evolução social"[72]. Compreende-se, do mesmo modo, que a sociedade é comunicação, tudo o que comunica-se faz parte da sociedade, esta é, por sua vez, uma realidade autorrefencial e autossubstitutiva, que faz com que a sociedade se comunique, transforme-se e se complexifique.[73]

A sociedade se caracteriza, portanto, pela sua grande complexidade que exige, para ser reduzida, a tomada de decisões, que surgem segundo o tipo de comunicação no código de inclusão – exclusão. O sistema nos permite, logo, a observação dessa amplitude problemática, através de organizações comunicacionais, que constroem possibilidades de sentido voltadas a cenários repentinos.[74]

> [...] pode-se construir observações sobre a sociedade com uma abrangência inovadora, pois situações vistas como mediações jurídicas individualizadas implicam relacionamentos, redes, constelações de sentimentos, desejos e impossibilidades criadas pelos diferentes atores de uma mesma cultura, família ou comunidade. Uma identidade, ao mesmo tempo, individual mas criada socialmente.[75]

Contudo, a de se explanar que para Luhmann não existem relacionamentos amorosos unilaterais e paixões infelizes, para o autor os relacionamentos amorosos são, sempre, expectativas, isto é, há relações amorosas estáveis, casamentos e parcerias, pois só elas é que formam um sistema sociológico.[76]

Desta forma, para se enfrentar os problemas dentro da sociedade complexa, Niklas Luhmann nos propõem observar, justamente, esta falta de amor, olhando-se apenas o lado de um indivíduo, sem relacioná-lo aos outros. Este sujeito, por conseguinte, amará ou odiará tudo aquilo que lhe

---

[70] ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. IN: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A Verdade sobre a Autopoiese no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

[71] SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. IN: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 60.

[72] ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. IN: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

[73] SCHWARTZ, Germano. A fase pré-autopoiética do sistemismo luhmanniano. IN: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 62 e 63.

[74] ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: DESAMOR E MEDIAÇÃO: RELEITURA SISTÊMICA DA ECOLOGIA DO DESEJO DE WARAT. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 30, n. 2, 2014, p. 117. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/revistafdsm2/resultado_revista.php?artigo=142>. Acesso em: 31 mai. 2017.

[75] ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: DESAMOR E MEDIAÇÃO: RELEITURA SISTÊMICA DA ECOLOGIA DO DESEJO DE WARAT. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 30, n. 2, 2014, p. 117. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/revistafdsm2/resultado_revista.php?artigo=142>. Acesso em: 31 mai. 2017.

[76] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 260.

comunica o sistema, isto é, em outras palavras, uma sociedade que cultua a violência e as reações de causa e efeito não poderá exigir de maneira simples condutas pacifistas.[77]

Luhmann entende, ainda, a respeito do amor que se trata este de um meio de comunicação, já que, o amor em si não é um sentimento, mas, sim, um código de comunicação que deve estar de acordo com as suas regras expressas que, consequentemente, formam ou simulam determinados sentimentos.[78]

Diante desta fruição, tem-se a multiplicidade de experiências como algo social, que, por sua vez, sublinha a esperança da satisfação imediata dos desejos. Este complexo sentir, por consequente, acentua as diferenças entre o homem e a mulher.[79] Leonel Severo Rocha e Sheila Willani doutrinam, assim, a respeito do amor e da paixão no homem e na mulher, sob uma ótica Luhmanniana que:

> Esta perspectiva da assimetria dos sexos e do papel dos homens no amor romântico está bem ilustrada em várias obras [...] do primeiro quarto do século XIX, [...]. Trata-se quase de um manual de bem amar, [...] um homem sensível destinado a outras almas sensíveis, que ensina a distinguir entre a simples galanteria ou o amor-gosto das verdadeiras e desinteressadas paixões, que se dão bem melhor com a espontaneidade dos sentimentos do que com retórica.[80]

Esta alteridade entre homens e mulheres, fica reservada aos primeiros, diante do seu papel ativo e as segundas em face de sua função expectante, relacionando-se, ainda, as atribuições familiares incumbida as mulheres, a qual precisa defender-se de propósitos menos honestos, as mulheres devem, assim, preservar a sua intimidade, entregando-se por amor somente uma vez e para toda a vida, contudo aos homens incumbe-se o exercício das artes do amor que produzem novas experiências, sabedoria e sensibilidade.[81]

Percebe-se, claramente, neste ponto, há existência de um jogo entre os gêneros, fazendo, assim, surgir uma contradição até então oculta, não erótica e nem sexual, uma contradição entre as exigências sociais e as demandas de relacionamento amorosos, na família, no casamento, na maternidade, na paternidade e na amizade.[82]

---

[77] ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: DESAMOR E MEDIAÇÃO: RELEITURA SISTÊMICA DA ECOLOGIA DO DESEJO DE WARAT. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, v. 30, n. 2, 2014, p. 117. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/revistafdsm2/resultado_revista.php?artigo=142>. Acesso em: 31 mai. 2017.

[78] LUHMANN, Niklas. El Amor como Pasión: la codificación de la intimidad. Barcelona: Ediciones Península, 2008.

[79] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 260.

[80] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 260.

[81] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 261.

[82] OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AS DIFICULDADES ATUAIS DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS A SOCIOLOGIA DAS EMOÇÕES. IN: BASSO, Ana Paula Basso; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; RAMOS, Marcelo Maciel. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito: Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. XX. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/iy7q98vn/6YE59m1ab00y2vmR.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2017.

É possível se traçar, neste ponto, um retrato riquíssimo e muito bem informado das relações sociais, em especial, entre o casamento e o amor romântico, o qual explica as mudanças socioestruturais existentes, bem como, a diferenciação dos sistemas propiciadores de laços, deixando-se de ocupar, assim, um lugar central na regulação das funções económicas, políticas e religiosas, o que torna possível a existência de uma relação mais próxima entre inclinação amorosa e casamento.[83]

A generalização das relações impessoais e os critérios de comportamento universalistas, entretanto, não assumem a unicidade das experiências amorosas e da sua identidade, tendo em vista a necessidade de intensificação das relações pessoais. As experiências básicas ou relações impessoais e pessoais se tornaram, deste modo, conhecimento comum, uma vez que, a verdadeira cristalização dos desejos e relações pessoais, passou a necessitar de uma maior interpenetração, que em um nível mais profundo aparenta ser ainda mais inatingível.[84] Leonel Severo Rocha e Sheila Willani dissertam, ainda, a respeito disso que:

> A identificação desta nova semântica da intimidade, segundo Luhmann, acaba por nos conduzir aos paradoxos e dificuldades dos nossos dias, no final do século XX. De um lado, e devido às transformações socioestruturais, os indivíduos têm mais autonomia em relação às instituições, o que se traduz em acrescida margem de manobra individual. A crescente paridade entre homens e mulheres é exemplo dessas transformações e dessa maior autonomia.[85]

A necessidade da intensificação das relações pessoais, deste modo, aumenta as expectativas em relação ao desejo de ser compreendido de uma parte pela outra, tornando-se difícil, senão impossível, a sua autoretratação, que em outra senda aproxima as expectativas mais elevadas, que acabam por implicar, também, na ausência de ajustes à realidade, desenvolvendo-se, assim, maiores desilusões, crescente instabilidade e incerteza, o que termina por afirmar que o amor, nas sociedades contemporâneas, promete muito, mas acaba por dar pouco.[86]

Enfim, é possível se dizer que o "amante não deseja se apropriar de uma coisa; ele deseja, em verdade, capturar a consciência do outro. Dito de maneira mais clara, o Direito é Amor, na medida em que tão quanto o Amor é constituído necessariamente por uma relação, uma relação jurídica," [87] deste modo, o que o amante possui como desejo não é o objeto da relação, mas, sim, o reconhecimento da outra parte, na medida em que só o reconhecimento é que poderá efetivamente

---

[83] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 261.

[84] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 262.

[85] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 262.

[86] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 262.

[87] ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). Políticas Constitucionais e Sociedade: Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 269.

aproximar estes da mediação, instrumento este dotado da capacidade de pacificar os conflito sociais através do amor.

4 Considerações Finais

Embora haja uma perceptível diferença das propostas Waratiana e Luhmanniana, no que versa sobre o amor na sociedade, observa-se que há uma real possibilidade de aprimoramento da mediação, com base na convivência e no diálogo, que, por sua vez, proporcionará mais amor aos envolvidos e a sociedade complexa num todo.

Precisamos assimilar, assim, o fato de que a mediação é um tratamento do coração, que tenta uma reinserção de sentimentos amorosos nas relações desfeitas. A mediação seria o tratamento adequado para todos os problemas que, por sua vez, só existem em virtude da ausência de sentimento. Que poderiam ser resolvidos através da utilização reinserção da sensibilidade na relação conflitual, restabelecendo por conseguinte os laços comunicativos desfeitos.

A necessidade da intensificação destas relações pessoais, portanto, aumenta o desejo dos membros de se ver resolvido e compreendido o litígio, tornando-se, consequentemente, mais fácil a relação social contemporânea, que por si só já é complexa. Enfim, trata-se este do papel do mediador sistêmico Waratiano, o qual possui como objetivo, a busca pela evolução da atual sociedade complexa de conflitos, em uma sociedade complexa futura Waratiana, onde o amor e a cultura de paz predominarão.

Referências

LUHMANN, Niklas. *El Amor como Pasión*: la codificación de la intimidad. Barcelona: Ediciones Península, 2008.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade.* Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AS DIFICULDADES ATUAIS DOS RELACIONAMENTOS AFETIVOS A SOCIOLOGIA DAS EMOÇÕES. IN: BASSO, Ana Paula Basso; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; RAMOS, Marcelo Maciel. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito:* Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídicas. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/iy7q98vn/6YE59m1ab00y2vmR.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2017.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat. IN: STRECK, Lenio Luiz;

ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica:* Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Leonel Severo; GUBERT, Roberta Magalhães. A MEDIAÇÃO E O AMOR NA OBRA DE LUIS ALBERTO WARA. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas.* Pouso Alegre, v. 33, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/revistafdsm2/resultado_revista.php?artigo=233>. Acesso em: 21 mai. 2017.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A Verdade sobre a Autopoiese no Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; OLIVEIRA, Julia Franciele Neves de. AMOR E DOMINAÇÃO: O PARADOXO DOS RELACIONAMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO SOB A ÓTICA DE N. LUHMANN E P. BOURDIEU. IN: MELO, Milena Petters; CARDUCCI, Michele; LOPES, Raquel Fabiana (Orgs.). *Políticas Constitucionais e Sociedade:* Jurisdição e Democracia. Curitiba: Prismas, 1. ed. v. 1, 2016, p. 255 a 282.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; WILLANI, Sheila. Desamor e mediação: DESAMOR E MEDIAÇÃO: RELEITURA SISTÊMICA DA ECOLOGIA DO DESEJO DE WARAT. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas.* Pouso Alegre, v. 30, n. 2, 2014. Disponível em: <http://www.fdsm.edu.br/site/revistafdsm2/resultado_revista.php?artigo=142>. Acesso em: 31 mai. 2017.

WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo:* a mediação no direito. Buenos Aires: Angra Impressiones, 1998.

WARAT, Luis Alberto. *Essa raridade chamada amor.* 19 ago. 2007. Disponível em: <http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/2007/08/essa-raridade-chamada-amor.html>. Acesso em: 23 mai. 2017.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca:* o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos:* a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O SISTEMA JURÍDICO-PENAL COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO: SUFICIÊNCIA TEÓRICA E EFEITOS PRÁTICOS A PARTIR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Fernando Andrade Fernandes
Pós-Doutor em Direito penal pela Universidad de Salamanca
feranfer@uol.com.br

Leonardo Simões Agapito
Mestrando em Direito pela Unesp
leoagapito@gmail.com

Resumo:

O Direito penal contemporâneo se utiliza de normas extrapenais e de mecanismos de *compliance* enquanto exerce pressão sobre o processo penal e a execução penal, seja pela introdução de novos mecanismos seja por seu recrudescimento. Seriam todas estas interações devidamente compreendidas pelos simples mecanismos de input e output? Como compreender as apropriações feitas pelo Direito penal? Quais os desdobramentos desta perspectiva sobre a tutela das relações de consumo? Em suma, como pensar a funcionalidade do Direito penal na sociedade contemporânea? Neste artigo, faz-se uso do método tópico-problemático, tendo por referencial a leitura de Niklas Luhmann feita por Günther Jakobs. Quanto ao recorte, adota-se a regulação do setor agropecuário, tendo em vista a atualidade do debate e a relevância social da segurança alimentar. Assim, o Direito penal pode ser compreendido como um sistema autopoiético na medida em que seus princípios político-criminais atuam como filtro dos mecanismos de input, tendo como meio linguístico interno a norma, comunicando sua atuação aos demais subsistemas não apenas por meio de penas, mas também por sua atuação formal (processo) e sua comunicação simbólica.

Palavras-chave: Dogmática-penal. funcionalismo normativista. relações de consumo. compliance.

1 Introdução

Tentando evitar formulações prontas e carregadas de dúvidas e críticas, como “liquída” e “pós-moderna”, resta como ponto inicial mais pacífico a concepção de que a sociedade contemporânea é complexa. Com isso, diz-se que todos os cidadãos se encontram interligados e interdependentes. As relações, talvez melhor compreendidas por “conexões”, estabelecidas não dependem, em geral, de aprofundamento, ocorrendo mecanicamente por padrões pré-estabelecidos. As relações de consumo, de forma exemplar, seguem rotinas, em sua maioria, desenvolvidas pelos fornecedores, visando eficiência e maximização dos lucros. Ainda que em diversos momentos estes padrões sugiram pessoalidade, trata-se de uma construção milimetricamente desenvolvida para atender anseios de exclusividade dos consumidores. Um copo com o nome do cliente escrito à mão no lugar de uma senha numérica ou a personalização de acessórios de vestuário igualmente não exigem um aprofundamento da relação entre vendedor e consumidor, tal qual as vitrines em restaurantes e as certificações quanto aos produtos não garantem total consciência quanto as

condições da produção daquilo que será consumido. Em resumo, as relações de consumo evidenciam a necessidade de confiança entre os cidadãos para a viabilização das atividades diárias.

Neste sentido, como se nota no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.8.078/90), diversos princípios são estabelecidos para reequilibrar esta relação de confiança, como os descritos nos art.4º e 6º. São direitos do consumidor a proteção à sua dignidade, saúde, segurança, devendo-se zelar pela transparência e desenvolvimento harmônico das relações de consumo.

Todavia, as relações consumeristas não devem ser generalizadas, sendo a divisão entre "oferta de produtos" e a "oferta de serviços" ainda insuficiente. Como manifestação da mencionada complexidade em relação às relações de consumo, algumas características devem ser apontadas. Os produtos eletrônicos oferecem riscos bastante específicos aos seus consumidores, desde a perda de informações, até o desenvolvimento de doenças pela radiação. Por sua vez, produtos químicos devem alertar quanto aos riscos de seu uso incorreto. Particularmente em relação ao gênero alimentício, não são poucos os entraves sociais de um país em que a taxa populacional com obesidade infantil cresce enquanto ainda não se superou a desnutrição. Resta claro, o Brasil possui um claro desenvolvimento, que gera novas questões a serem pensadas, sem que tal desenvolvimento tenha superado os antigos problemas.

Neste recorte então proposto quanto à oferta de produtos alimentícios em uma sociedade complexa, observou-se, nos últimos anos, um crescimento da indústria frigorífica brasileira, recebendo cada vez mais espaço, mesmo nos mercados estrangeiros mais exigentes. Mas, a despeito da oscilação do preço no mercado interno, que depende de muitos outros fatores, se houve o aumento do consumo nacional de carnes, não houve igualmente o desenvolvimento de um controle interno da qualidade do produto oferecido. Resta dizer, pelo modelo econômico de intervenção por agências setoriais, o MAPA (Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento) não cumpriu seu papel como regulador e fiscalizador das atividades dos frigoríficos[88], que poderia ter prevenido a situação deflagrada pela recente operação da Polícia Federal, noticiada em diversos veículos de comunicação de massa, nomeada "Carne Fraca".

Dessa forma, não se pretende questionar aqui a operação em si, a investigação desenvolvida e os diversos fatores processuais que permearam a atuação da Polícia Federal e do Ministério Público. Parte-se aqui do pressuposto demonstrado de que outra instituição falhou com sua atuação previa. Questiona-se, portanto, a confiança do consumidor brasileiro no produto que lhe é oferecido com a certificação da agência nacional; questiona-se a proteção aos cidadãos que se encontram em situação de real dependência daquilo que lhe é informado e oferecido; questiona-se a função do Direito, particularmente o sistema jurídico-penal, na tutela desta relação.

Observando a legislação consumerista, nota-se a mesma tendência presente em outros setores das relações econômicas de crescente demanda por uma tutela penal especial. Em termos sistêmicos, o subsistema econômico tem produzido crescentes impulsos sobre o subsistema jurídico-penal, que passa a interferir de forma mais incisiva sobre os subsistemas cultural e social. Para tanto, deixa a dogmática criminal de utilizar uma linguagem própria, para lançar mão de conceitos externos como baliza de sua intervenção punitiva. De forma ainda mais emblemática, o Direito penal não utiliza apenas de outra linguagem, mas de mecanismos extrajurídicos, como os programas de *compliance*, para valorar a responsabilidade jurídico-penal.

Encontra-se aqui o primeiro entrave para a compreensão do problema a partir da teoria dos sistemas. De que modo então falar de um sistema autopoiético, reduzindo esta influência exercida sobre o sistema jurídico-penal a meros mecanismos de *input*? Por outro lado, ao receber tais

[88] Com base na Lei n.1.283/50, art.4º.

influências, o próprio Direito penal passa a exercer pressão sobre o processo penal e sobre a execução penal, seja pela introdução de novos mecanismos, como a delação premiada e a extinção da punibilidade, seja pelo recrudescimento, como a relativização de garantias processuais e o aumento das penas previstas. Seriam tais influências devidamente compreendidas a partir por mecanismos de output ou seria o sistema jurídico-penal um único sistema reunindo o direito material, processual e a execução penal? E neste caso, qual o valor dos modelos de compliance? Quais os desdobramentos desta perspectiva sobre a tutela das relações de consumo? Em suma, retorna-se para a pergunta anteriormente proposta, agora com o recorte interno ao sistema jurídico: qual a função do Direito Penal na tutela das relações de consumo?

Para o presente estudo, faz-se uso do método tópico-problemático, partindo do problema para a compreensão da resposta pelo sistema. De forma, sintética, propõe-se: a) uma análise das normas penais primárias, tomando por referência a legislação consumerista; b) uma análise das normas penais secundárias e das consequências jurídicas do crime; c) uma análise sobre a natureza e a validade das normas de compliance, dentro da sistemática jurídico-penal; d) uma análise sobre as funções atribuídas ao Direito penal. Toma-se por recorte a indústria pecuária para gado de corte, tendo em vista os recentes debates gerados pela operação "Carne Fraca", particularmente no que se refere ao controle de qualidade do produto e a fiscalização, de modo que se torna evidente o interesse social sobre o debate e o conflito entre os interesses econômicos e sociais sobre a atuação do Direito penal. Tem-se por referencial teórico os estudos de Niklas Luhmann, particularmente em seus desdobramentos no pensamento de Günther Jakobs.

2 As normas penais

A título de introdução, a dogmática-penal enfrentou, desde o início do Século XX, um questionamento bastante relevante. A quem se dirigem as normas penais? Desde uma visão dos sistemas sociais, poder-se-ia pensar em uma produção autopoiética em que o sistema cria estruturas para si, por seu próprio meio linguístico, de modo que não estaria este direcionado a ninguém a não ser ele mesmo. Por meios diversos, escolas de pensamentos distintos chegaram a conclusões próximas e antepostas, de modo que dever-se-á observá-las com algum cuidado para melhor compreender o que intentaram. Primeiramente, as normas penais podem ser divididas em dois ramos, a saber, as normas primárias e secundárias. As normas primárias são aquelas que carregam comandos normativos. Já as secundárias apresentam as consequências decorrentes da violação das normas primárias.

O pensamento positivista clássico, tendo por referência principal Franz v. Liszt, considerava todos os cidadãos, que integram uma determinada ordem jurídica, como principais interessados nas normas jurídico-penais, sejam as normas primárias ou secundárias[89]. Neste sentido, cabe dizer, as normas determinariam as condutas a serem evitadas e demonstrariam a motivação para tanto.

Em contraposição, Karl Binding compreendia as normas secundárias como uma comunicação diretamente aos aplicadores da lei penal, de modo que a fixação de limites para as penas teria por principal objetivo impedir a desproporcionalidade no uso do poder punitivo pelo

[89] Neste sentido, o Direito Penal estaria voltado para a proteção de interesses, portanto suas normas seriam a conexão entre particulares e a comunidade. Sobre isso, ver: LISZT, "Tratado de derecho penal", p.1 e ss.

Estado[90]. Dessa forma, se as normas primárias derivavam de normas extrapenais, o Direito penal deveria impor as consequências jurídicas do ilícito, sem que no próprio Direito penal houvesse força constitutiva, cabendo a este emprestar sua força coercitiva.

Os autores neoclássicos, como Ernest Mayer, Gustav Radbruch e Wilhelm Sauer, compreendiam que as normas primárias advinham não de outras normas, mas de outros setores sociais, extrajurídicos, compreendidos por instituições sociais. Assim, as normas primárias e secundárias teriam por fim o limite da atuação do Estado e de seu poder coercitivo. Pela teoria dos sistemas, restaria dizer, as normas primárias e secundárias seriam o resultado de influxos pelos *inputs* recebidos pelo sistema jurídico-penal, moldando seu desenvolvimento e configuração[91].

A partir destas concepções iniciais, tem-se que, atualmente, a posição majoritária em Direito Penal é de que as normas primárias são prioritariamente direcionadas aos cidadãos, na medida que estas comunicam uma valoração a pautar as relações em sociedade. Por outro lado, as normas secundárias são, prioritariamente, direcionadas aos aplicadores da lei penal, por limitarem o poder coercitivo do Estado. Ao mesmo tempo, são as normas primárias que definem as balizas adequadas da intervenção penal. Em outras palavras, os aplicadores são destinatários das normas primárias pois estas carregam a valoração e definem a realidade a ser valorada. Por sua vez, as normas secundárias complementam a comunicação produzida desde as normas primárias aos cidadãos, ainda que de forma subsidiária.

Quanto ao que se apresentou aqui, exemplifica-se: "Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços" (art.66, Lei n.8.078/90), com pena de detenção prevista de três meses a um ano, além de multa. A conduta fraudulenta e a omissão quanto à informação sobre o produto são equiparadas, atribuindo-se mesma valoração e mesma possível consequência penal. Como como compreender a redução quando culposo, prevista no §2º do mesmo artigo? Como podem ser lidas as distintas valorações jurídicas? Não se trata da lesão de bens jurídicos ainda, mas de algo anterior ao próprio bem. Há um comando normativo, que é em si o fim de proteção da norma penal.

2.1 O fim de proteção das normas penais

O referido art.66, da Lei n.8.078/90, estabelece ao fornecedor um dever de informar corretamente acerca do produto ou serviço oferecido. Nesse sentido, informar incorretamente a qualidade do produto é uma forma de violar o dever posto pela norma, mas não é o único. A omissão sobre informação relevante também demonstra seu desprezo pelo bem jurídico e desrespeita o dever de informar. Este dever não se confunde, por exemplo, com o dever de informar sobre condição inadequada do produto, descoberta posteriormente à sua oferta ao mercado (art.64), diverso ainda da propaganda enganosa ou abusiva (art.67).

Somente por esta perspectiva funcional é que se tem uma clara compreensão, portanto, da necessidade de prevenção por trás da condenação dos crimes omissivos, tentados e culposos, bem como a diferenciação clara entre diferentes tipos penais. Uma leitura menos cuidadosa destes

[90] Para o aprofundamento sobre a teoria de Binding sobre as consequências jurídicas do delito, ver: BINDING, "Compendio di Dirito Penale", p.410 e ss.

[91] Para uma leitura mais profunda sobre os autores neoclássicos, ver: SAUER, "Derecho penal: parte general"; MEZGER, "Tratado de Derecho penal".

artigos poderia os tornar por demais amplos, ou mesmo, os limitar a casos em que um dano efetivo à saúde de um consumidor fosse comprovado. Incorre-se no risco de compreendê-los como crimes de perigo, em que o bem jurídico poderia ser a saúde pública. Distintamente, ao se proteger as relações de consumo em si, a oferta de produto inadequado ao consumo (ou mesmo a sua manutenção em estoque) é um dano em quanto quebra da confiança depositada. A distinção se simplifica pela reparação. Crimes de perigo não carecem de reparação necessariamente, enquanto crimes de dano trazem um prejuízo a ser recomposto. No caso da referida "Operação Carne Fraca", de forma exemplar, há a necessidade de se reconquistar a confiança dos consumidores para restaurar "a transparência e a harmonia das relações de consumo" (com referência ao art.4º, *caput*, da Lei n.8.078/90).

Particularmente em relação aos crimes culposos, não se deve considerar uma dispensa da análise da motivação. O crime doloso tem deliberadamente a intenção de infringir a norma ou considerável descaso pela mesma (caso do dolo eventual). O crime culposo se verifica não pela ausência de motivação de infringir a norma, mas pela ausência de motivação para seguir a norma, seja por negligência, imperícia ou imprudência. O dever é violado, ou melhor, desrespeitado e tem-se a comunicação de rejeição de sua validade, que não deixa de ser grave, motivo pelo qual deve sobre este recair a uma comunicação proporcional em sentido inverso, reafirmando a norma. Ou seja, nos crimes culposos o Direito penal torna ainda mais clara sua finalidade de motivar um agir conforme a norma.

Quanto à diferenciação entre os tipos penais, distingue-se a comunicação fraudulenta e a propaganda enganosa exatamente pela definição apresentada pela mesma Lei, em seu art.36 e ss, em que a propaganda é aquela facilmente assim identificada pelo consumidor, enquanto a comunicação fraudulenta seria uma lesão ao art.6º, III, que garante ao consumidor interessado acessar detalhes sobre o produto a ser obtido. Ocorre que é responsável por verificar a propaganda enganosa o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), enquanto as informações que devem constar nas embalagens de produtos, por exemplo, são definidas pelo regulador do setor responsável pela produção (*e.g.* com relação à produção de gêneros alimentícios de origem animal, o MAPA).

Portanto, o principal fim do Direito penal é justamente não impor as penas nele mesmo cominadas, sendo exatamente por essa razão porque elas são previstas. O Direito fixa o que espera, mas estabelece um resultado para sua violação. Em geral, a lógica pela qual se costuma pensar é inversa, de que a preocupação do Direito é a punição e não a conformação social. E qual o reflexo desta compreensão apresentada aqui? Em um primeiro momento, normativamente, a norma penal não tem por centro a pena, mas um dever penal. Secundariamente, isto traz reflexos sobre a própria atuação das instituições policiais e judiciais, que não devem ter por objetivo a punição, centradas no juízo de reprovação, mas de verificação do cumprimento de deveres. Em termos concretos, o uso que se faz dos institutos processuais e o desenvolvimento que lhes é determinado seria outro.

De igual forma, a partir desta perspectiva funcional, as questões de autoria também se tornam mais simples. Por muitos anos, o Direito penal girou em torno de questões como "quem causou isso?", ou "quem começou isso?", de modo que desenvolveu-se um conceito geral, chamado "domínio do fato", do qual se especificaram o "domínio da ação" e o "domínio da vontade", sendo este último ainda dividido em (a) "domínio da coação", (b) "domínio da instigação" e (c) "domínio da organização"[92]. De forma bastante breve, pois não é a intenção aqui discorrer longamente sobre cada uma delas, o domínio da ação seria a atribuição que se faz àquele que executa uma conduta

[92] Ver: DIAS, "Questões fundamentais de Direito penal revisitadas", p.355 e ss.

delituosa. Já o domínio da vontade parte da compreensão que o executor em si não é o único responsável, seja porque foi coagido para tanto, seja porque foi induzido a isso, seja por uma cega obediência hierárquica. Diversos são os debates e critérios para verificação de cada uma destas categorias.

Porém, se analisados os deveres impostos pela norma penal, a primeira verificação a ser feita não recai sobre as condições factuais da conduta e do agente (embora estas não devam deixar de ser observadas pelo juízo penal), mas sobre a responsabilidade normativa imposta sobre este. Dessa forma, o Direito penal diferencia autores e participes por quem violou um dever que lhe era próprio. Um dos exemplos mais comuns é o caso da mãe que está com um amante e é surpreendida pela filha. Se para proteger seu segredo, o amante decide matar a filha, estará violando o dever imposto pela norma "não eliminar vida humana alheia". Contudo, a mãe, que se omite e nada faz ao perceber a intenção do amante, deixa de cumprir seu papel de garante (art.13, §2º, a) e será responsável igualmente pelo resultado, como autora. Não se trata da omissão em si, mas da relação mãe-filha de proteção. Em uma variação do caso, a mesma relação não existe entre vizinhos e, caso o amante decidisse silenciar aquele que observou algo por cima do muro, ainda que a dona da casa lhe ofereça uma faca emprestada, não há de responder mais do que como partícipe[93].

Para o âmbito que aqui se propõe, caso um fornecedor coloque à venda produto inadequado para o consumo humano, estará este violando um dever jurídico para o qual se prevê uma consequência penal (art.7º, IX, lei n.8.137/90). Contudo, se um órgão público deixa de atuar ostensivamente, fiscalizando as condições dos produtos oferecidos, bem como instaurando os procedimentos administrativos cabíveis quando do recebimento de denúncias, não estaria igualmente violando seus deveres e atuando ao menos como partícipes destas irregularidades, oferecendo todas as condições materiais para que estas se perpetuem?

Esta questão se torna ainda mais simples quando observado o conceito unitário de autoria estabelecido pelo art.29, do Código penal. Todos são autores, não havendo previsão específica para a participação, de modo que ao dispor a autoria na "medida da sua culpabilidade", caberá ao aplicador analisar as condições factuais para dimensionar tal confluência de condutas.

2.2 As normas penais primárias

Aprofundando um pouco mais a análise que se faz das normas penais, observam-se aqui as diferenciações sobre as normas primárias em três categorias, a saber: a) as normas incriminadoras; b) as normas permissivas; c) as normas descritivas, também chamadas esclarecedoras.

Com relação às normas incriminadoras, há uma clássica divisão entre normas proibitivas, aquelas que estabelecem uma proibição, ou, de forma mais clara, definem tipos penais comissivos e comissivos por omissão; e as normas preceptivas, que estabelecem uma determinação, os crimes omissivos. Quanto às normas preceptivas, aquilo que se demonstrou acima (imposição de deveres pela norma penal) fica mais evidente, embora a norma em si exija particularidades, ou seja, impõe-se uma obrigação de agir de uma forma determinada, mas essa obrigação tem condições específicas para ser exigível, que são as circunstâncias do objeto da norma. Para estas, deve-se analisar duas questões especiais, (a) o poder agir e (b) o dever agir. De forma geral, a jurisprudência e a doutrina

[93] Sobre isso, ver: JAKOBS, "Crítica à teoria do domínio do fato", p.9 e ss.

se reclinaram com muito mais cuidado sobre o "dever agir", tendo em vista o art.13, §2º, do Código penal.

Observando os tipos penais anteriormente pontuados, somente pela clara delimitação do "poder agir" é que se tem a distinção entre os tipos penais do art.7º, IX, da Lei n.8.137/90 (vender ou ter em estoque produto inadequado para o consumo) e o art.64, da Lei n.8.078/90 (não informar sobre riscos de produto descobertos após a colocação no mercado). Embora o mesmo ocorra com o "dever agir", a definição do "poder agir" depende de uma análise técnica que não se limita à perícia na fase judicial, mas a atuação dos órgãos reguladores, que determinam rotinas mínimas de verificação dos produtos ofertados, aparelhos e exames específicos, bem como o incentivo a práticas melhores. Em outras palavras, o aplicador da lei, na verificação do "poder agir" não deve considerar se os agentes tinham aparelhos suficientes, se no mercado existem aparelhos capazes de verificar problemas com os produtos, nem mesmo se no setor é comum o uso de tais práticas. Caberá analisar se o mesmo estado que detém o poder de punir e dever de vigiar também tem estimulado a técnica em questão. O "poder agir" depende, portanto, daquele a quem é incumbido, em prol do interesse público o dever de estimular o desenvolvimento do setor.

Assim, as normas incriminadoras não estão apenas na parte especial e leis extravagantes, mas por todo o Código penal. Os tipos penais somente são compreendidos a partir da parte geral e somente se tem normas incriminadoras nos termos da parte geral do Código penal, por seus critérios e condições, mesmo que os critérios e condições não se esgotem nas normas em si, como é o caso do referido "poder agir".

Por sua vez, as normas permissivas são aquelas que comunicam uma tolerância quanto à violação de uma norma penal. Seriam estas as causas de justificação, que logo remetem à ideia de causas de excludente de ilicitude, previstas na parte geral e inicialmente desenvolvidas no Direito civil, por Ihering[94], a saber: a) legítima defesa; b) estado de necessidade; c) estrito cumprimento de um dever legal; d) exercício regular de um direito. Não se pode esquecer, contudo, de vários enunciados presentes na Parte Especial, que pontuam condutas justificadas, por exemplo: art.150, *caput*, que estabelece como condição para violação de domicílio a entrada "clandestina ou astuciosamente, ou contra vontade". Igualmente, em seu §3º, estão presentes as condições em que a entrada não configura crime. Pode-se ainda ressaltar o artigo seguinte, que dispõe da violação de correspondência quando devassada "indevidamente".

No caso da legislação consumerista, por exemplo, a Lei n.8.078/90 em diversos momentos determina como deverão ser apresentadas as informações sobre produtos, limitando a interpretação de seu art.66, quanto à omissão de informação relevante. Igualmente, quanto à necessidade de informar sobre risco descoberto posteriormente, disposta no art.64, são os art.10, §1º e 2º, e art.12, §1º, 2º e 3º.

Mas não seriam normas penais permissivas um contrassenso? Como se pode pensar uma norma penal que retira deveres? Observando a conclusão de que também são normas incriminadoras as normas presentes na Parte Geral, as normas permissivas se tornam assim razoáveis enquanto limites para a configuração das normas incriminadoras.

Por fim, são normas descritivas, ou esclarecedoras, aquelas que tem por finalidade limitar a definição de um conceito. Estas estão também tanto na parte especial quanto na parte geral do Código penal, sendo ainda mais evidentes na legislação extravagante. Para utilizar um exemplo já mencionado, no art.150, §4º, do Código Penal, encontra-se a definição de casa, para a devida

[94] Para uma leitura aprofundada: TOLEDO, "Princípios básicos de Direito penal", p.159 e ss.

interpretação do tipo penal no *caput*; o art.37, §1º e 2º, da Lei n.8.078/90, apresentam a definição de publicidade enganosa e abusiva, respectivamente.

Apesar das distinções aqui feitas, todas as categorias aqui apresentadas seguem sendo valorativas, ou seja, tanto normas incriminadoras, quanto as normas permissivas e descritivas são fundamentalmente valorativas. A norma que permite uma determinada conduta em condições específicas acaba por imprimir uma valoração particular às circunstâncias fáticas. Da mesma forma, ao se definir um conceito utilizado, atribui-se especial valor ao elemento definido. Como é exemplar no caso mencionado do funcionário público, art.327, CP, a definição de "funcionário público" imprime um especial valor para a relação entre este e a administração pública. Não é diferente com todos os institutos consumeristas aqui demonstrados que apresentam uma especial necessidade de tutela do consumidor, que se encontra em situação desproporcional de confiança.

2.3 As normas penais secundárias

Com relação às normas penais secundárias, que apresentam as consequências jurídicas do delito, deve-se destacar que (a) são estas pautadas por princípios específicos, (b) são complementadas por normas específicas para sua aplicação e (c) possuem outras normas (processuais) que precisam ser observadas para que sejam validadas no caso concreto. Em suma, esvaziadas de seus princípios, incompatíveis com a execução ou não advindas da correta prática processual, as normas secundárias são ilegítimas.

No que diz respeito aos princípios, são importantes três, em particular, dos quais derivam os demais. Primeiramente, o princípio da humanidade das penas surge como fator diferenciador do Código Penal brasileiro de 1890, tendo em vista as penas violentas que eram anteriormente aplicadas. Derivado do próprio conceito de dignidade humana, o princípio da humanidade das penas permite que haja uma proporção entre o mau causado pela conduta do agente e o mau produzido pela própria pena, como se observa no art.59, do Código Penal atual. Também a natureza das penas, que não podem ser cruéis ou degradantes são limites ao próprio direito de punir do Estado. Ou seja, não apenas o Estado não pode aplicar qualquer sanção que considerar conveniente, como ainda poderá ter sua legitimidade retirada caso não apresente condições mínimas para sua justa execução.

Em segundo lugar, observa-se o princípio da individualização das sanções. Por este princípio, tornam-se relevantes para a aplicação, execução e cominação de penas as circunstâncias e as consequências do crime. Considerando a execução penal, âmbito mais simples para o reconhecimento deste princípio, percebem-se os critérios para a organização penitenciária. A segurança, o acompanhamento do condenado, são questões que observam o fato produzido e o agente. Alguém poderia mencionar a divisão de presos por "facções" como uma destas medidas. Não se pode dizer que este seja um bom desdobramento do princípio, mas uma má aplicação, em que o Estado reconhece sua falência. Mas outras políticas penitenciárias são importantíssimas, como a preocupação com parturientes e a separação de alas por identidade de gênero.

São desdobramentos deste princípio, contudo, na fase judicial da aplicação da pena, a observância das condições e do agente na majoração entre o mínimo e máximo previstos. Considere-se um caso hipotético de uma competição clandestina de carros (o chamado "raxa") em que um dos condutores coloca ao seu lado, dentro do veículo, seu filho, menor impúbere, que vem a falecer em razão do acidente. As condições do acidente deixam clara a acentuada culpabilidade do agente e, dentro da previsão do Código Penal para homicídio (6 a 20 anos), a violação das regras de

trânsito, a responsabilidade como condutor pela vida dos demais passageiros, o fato de haver um parentesco, relação pai e filho, sendo a vítima menor impúbere, indicam a necessidade de uma aplicação muito além do mínimo previsto.

Contudo, falar em individualização das penas se torna algo ainda mais importante quando considerada a atividade empresarial e os possíveis delitos cometidos a partir de dentro da organização. Hipoteticamente, e não se pretende aqui alcançar o caso analisado pela "Operação Carne Fraca", uma grande companhia cuja atividade principal seja a comercialização de carnes terá muitas pessoas responsáveis por fazer o controle de qualidade da mercadoria, de modo que o agente que realiza os testes deverá informar um supervisor quando se deparar com um lote fora dos padrões. Da mesma forma, este supervisor deverá tomar as medidas cabíveis para o correto descarte dos produtos inadequados. Porém na cadeia produtiva, muitas pessoas atuam direta e indiretamente, desde o abate até a conservação para entrega ao consumidor final. O conselho de acionistas jamais sujará as mãos com o sangue dos animais, mas suas decisões afetarão inegavelmente a qualidade do produto final e, por resultado, a saúde de seus consumidores[95]. O princípio da individualização das penas carece, portanto, de instrumentos que lhe permita distinguir a medida da culpabilidade do agente e seus particulares agravantes e atenuantes.

No campo legislativo, a individualização da pena permite que as condições do delito possam ser especificadas, as consequências relevantes sejam particularmente valoradas e que as consequências jurídicas das diversas formas de violação sejam balizadas. Faz-se assim a análise da gravidade abstrata do delito. Em termos concretos, é pela individualização da pena que se justifica que o crime culposo tenha uma sanção menor (*e.g.* art.63, *caput* e §2º, da Lei n.8.078/90); que a execução de atividade de risco sem os devidos cuidados (art.65, da Lei n.8.078/90) é punida sem prejuízo das penas aplicáveis aos tipos de lesão corporal e homicídio; que há o reconhecimento de uma autoria mediata daquele que patrocina afirmação falsa ou enganosa sobre produto ou serviço (art.66, §1º, da Lei n.8.078/90).

Por fim, o princípio que abarca a todos os demais, a proporcionalidade se apresenta como gênero e limite de todos os supra mencionados, incluindo aqueles que estruturam o injusto penal. Para além de um princípio constitucional, a proporcionalidade é fonte de legitimação da intervenção penal em um Estado democrático de Direito e base para que o Direito Penal realize corretamente sua função comunicativa de controle social. É a segurança da própria sociedade que, em tempos de populismo penal, impede políticas descabidas de recrudescimento de penas e deve fundamentar, inclusive, a escolha da natureza da pena a ser aplicada. Aclare-se, o princípio da proporcionalidade não é apenas um limite posto ao legislador e ao juiz em termos quantitativos (tempo posto de pena prisão), mas em termos qualitativos (previsão e aplicação de outras penas, que não sejam consideradas apenas "alternativas"). Em momentos de crise penitenciaria, fica evidente a falha de ambos os poderes no uso de suas atribuições no que diz respeito a tal princípio.

[95] Alerta-se quanto a um risco da análise. Em se tratando do Direito Penal consumerista, a saúde do consumidor, embora relevante (o primeiro dos Direitos básicos assegurados pelo art.6º, da Lei n.8.078/90), permanece em plano secundário (majoração da culpabilidade). Em primeiro lugar permanece a proteção das relações de consumo em si. Em termos concretos, a produção de produtos alimentícios tóxicos e de produtos de limpeza inadequados para o manuseio humano são igualmente crimes contra as relações de consumo, mas atingem de formas diversas a saúde de seus consumidores, enquanto muitos outros crimes contra as relações de consumo tem por finalidade a proteção do mesmo sistema de comércio, embora recebam valoração diversa por ser diversa a danosidade.

3 Os mecanismos de compliance diante de uma nova ética

A lei n.1.283/50, que regula as funções do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, dispõe que norma do Poder Executivo deve regular as condições dos produtos de origem animal (art.9º, §1º). As multas aplicáveis pelo Poder Executivo estão presentes na lei n.7.889/89, em seu art.2º. Fica assim claro o mencionado modelo de atuação do Estado na economia. A mencionada regulação, atualmente, se dá pelo Decreto n.9.013/2017, publicada poucos dias após as primeiras notícias sobre a "Operação Carne Fraca". Neste Decreto, especifica-se o funcionamento do Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal (DIPOA), do Serviço de Inspeção Federal (SIF) e do Sistema Unificado de Atenção à Sanidade Agropecuária (SUASA). Em termos gerais e suficientes, o SIF é submetido ao DIPOA, diretamente submetidos ao MAPA, enquanto o SUASA é apenas um sistema de gestão de informações dos serviços estaduais e municipais, que atuam de forma subsidiária (art.7º, *caput*, Dec. n.9.013/2017)[96]. Ainda neste referido Decreto, em seu art.73, atribui-se aos estabelecimentos comerciais a necessidade de prestarem informações ao SIF, bem como, em seu art.74, de manterem-se códigos internos de boas práticas e procedimentos de autocontrole.

Em suma, para além de toda a regulamentação sanitária, como é exemplar o Código Sanitário de Animais Terrestres, que inclusive determina as condições adequadas para que os animais sejam mantidos ao longo do processo produtivo, o MAPA também estabeleceu que cabe às próprias companhias reguladas a criação de padrões de qualidade e de conduta. Este modelo de "autorregulação regulada", existente já em outros meios, delega aos agentes reguladas a necessidade de criar, fiscalizar e assegurar padrões de qualidade sob pena de sofrerem sanções não pelos danos efetivamente produzidos, mas pela inadequação em sua conduta delegada, ou seja, por não realizar aquilo que seria função da própria instituição reguladora do setor. Não se pode negar que a finalidade da própria empresa é assim alterada. Não basta realizar uma determinada atividade comercial, seu exercício precisa ser responsável.

O Decreto que vigia anteriormente, ainda que sob diversas alterações, era o Dec.n.30.691/1950. Nele, observando especialmente os art.77 a 105, restam claras as obrigações dos entes regulados quanto à higiene e colaboração com a fiscalização, porém por uma perspectiva bastante diversa. O modelo efetivamente regulatório exigia uma atuação muito mais ativa do agente regulador, que esbarra em limites materiais (capacidade).

Pensar um novo modelo "pós-crise" é necessariamente pensar um modelo que visa superar problemas. Mas até que ponto a autorregulação regulada supera as limitações materiais que afligem a efetividade do DIPOA? Aumenta-se a responsabilidade do agente regulado, na mesma medida em que a sanção se torna muito mais discricionária (análise de efetividade de um modelo de autorregulação) e dependente daquilo que é informado pelos próprios agentes.

Parece irônico que após uma crise em que se afirmou que uma empresa recebera diversas vantagens ilícitas por parte do alto escalão do governo federal, um modelo de regulação por "cooperação" entre o poder público e privado seja a escolha feita.

[96] Nos termos do referido artigo, "A execução da inspeção e da fiscalização pelo Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal isenta o estabelecimento de qualquer outra fiscalização industrial ou sanitária federal, estadual ou municipal, para produtos de origem animal".

4 É o Direito penal um sistema funcional?

Diante do cenário jurídico apresentado, resta clara a existência de um sistema, ordenado ou não, coerente ou não, jurídico-penal. Um sistema com normas primárias, especialmente pensadas para comunicar os cidadãos (comunicação externa); com normas secundárias, para comunicar os aplicadores do Direito (comunicação interna); legitimadas por um processo penal e limitadas por regras específicas de execução. Até este momento, um sistema *autopoiético* pode ser bem compreendido, sendo a norma penal, o procedimento e a sanção os mecanismos de *output*, enquanto o processo legislativo, as normas extrapenais e as próprias decisões judiciais seriam mecanismos de *input*. Estaria esta leitura parcial correta?

A partir da leitura luhmaniana feita por Günther Jakobs, percebe-se que o Direito penal pode sim ser compreendido a partir de um sistema *autopoiético*, observando-se que o sistema social como um todo é muito mais caótico do que inicialmente previsto por Luhmann (tendo o próprio Niklas Luhmann reconhecido isso em seus últimos escritos). Para Jakobs, a comunicação se daria pela norma penal (menor elemento comum ao sistema), de modo que seu desenvolvimento é autônomo, embora harmônico, considerando o restante do sistema social[97].

Porém, conforme descrito acima, o Direito penal encontra no plano fático uma dificuldade de fiscalização e, no plano normativo, uma limitação conceitual. Ainda que se fale em normas em branco, a própria regulação é insuficiente. A partir do novo modelo proposto, de autorregulação regulada, tem-se um sistema em que a fiscalização é delegada e que outro gênero de obrigações é instituído. Em suma, o *compliance* delega funções (atribuindo novos deveres) e não pode em si ser considerado norma.

Dessa forma, lançam-se pressupostos para responder tal incoerência: a) seriam os programas de *compliance* incompatíveis com o sistema jurídico penal e, portanto, ilegítimas?; b) seriam as normas de *compliance* um fractal normativo?; c) seria o conceito de sistemas *autopoiéticos* incapaz de compreender a nova conjuntura, muito mais interdisciplinar?; d) seria o elemento "norma penal" equivocado?

Primeiramente, com relação aos programas de *compliance*, resta dizer que, para além de ser este um modelo cada vez mais comum no cenário global (inclusive por permitir a fixação dos *global standards*), sua legitimidade constitucional e sua assimilação pelo direito regulatório já são pacíficas, de modo que o sistema jurídico penal, que utiliza frequentemente de conceitos de licitude e tipicidade emprestados, deverá solucionar tal incoerência, caso houvesse. Dessa forma, parece muito mais uma restrição conceitual, da leitura feita, do que verdadeiramente dogmática.

Igualmente, embora se possa dizer que os programas de *compliance* atuam como "regras de conduta", seja compreensível que tenham finalidade preventiva (compatível com a finalidade objetivada pelo sistema jurídico-penal) e vinculem sanções às suas infrações; é inegável o déficit democrático (ainda que se considere um conceito de democracia demasiadamente abstrato); tais programas são estabelecidos desde dentro e se legitimam pela delegação de funções "fim" do poder estatal, além do fato de derivarem de padrões e modelos pré-estabelecidos de conduta (e não de

[97]Como observa Mir Puig, este retorno ao normativismo se inicia com o próprio Roxin, na busca por fórmulas normativas que permeassem todo o sistema do delito. O aprofundamento posterior por Jakobs não o coloca, a rigor, em posição diametralmente oposta ao pensamento teleológico, embora em cada categoria em que se assemelham existam fundamentos diametralmente opostos. Ver: MIR PUIG, "Límites del normativismo en derecho penal", In: Imputación Objetiva y dogmática penal, p.27. Ver também: POLAINO-ORTS, "Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto", In: "El funcionalismo en derecho penal", Tomo II, p.63.

princípios ou valores). Em suma, utilizar do conceito de "norma" para compreender os programas de *compliance* seria incorrer em uma distorção e redução do conceito (e da legitimidade) das próprias normas jurídicas.

Se podem os programas de *compliance* ser utilizados pelos juízos penais, adequam-se às normas penais e não são ilegítimos, haveria então um conceito ainda menor e comum que permita a comunicação interna ao sistema jurídico-penal?

O que de fato estabelecem às normas primárias, secundárias, processuais, de execução e mesmo os programas de *compliance* são "deveres". As normas primárias subentendem deveres e os delimitam nas interações sociais. As normas secundárias expressam deveres estatais e por isso são prioritariamente dirigidas aos aplicadores da lei penal. As normas processuais definem deveres para o sistema judicial e se a execução penal não adimplir com seus deveres (ou seja, viole os princípios *supra* mencionados), a sanção é irregular e "deve" ser suspensa. A criação de programas de *compliance* é um dever imposto pelos órgãos reguladores e por meio deles os agentes regulados reconhecem novos deveres.

Em suma, o sistema jurídico-penal pode sim ser compreendido como sistema *autopoiético* desde que se atente corretamente para o elemento comunicativo. Por meio dos deveres, o sistema é legitimado, comunica-se internamente e produz irritações nos demais sistemas. É por meio deles que se configuram verdadeiramente os papeis sociais e por eles que se reconhecem os âmbitos de atuação privada, ou seja, a comunicação se desenvolve pelo binômio "dever" e "não-dever".

5 Considerações finais

A título de síntese, a partir das questões apresentadas no âmbito das relações de consumo, restou evidente que: a) o sistema jurídico-penal tem constantemente recebido novas demandas por tutela, devendo para tanto lançar mão das estruturas extrapenais que lhe sejam suficientes para sua compreensão e correta intervenção; b) o sistema jurídico-penal é composto por normas de comando e normas de sanção, bem como por outras espécies de normas, pelas decisões judiciais e, inegavelmente, por também obrigações reivindicadas pelos próprios agentes, sendo o elemento mínimo comum ao sistema o "dever"; c) o sistema jurídico-penal pode ser compreendido como sistema funcional, considerando sua finalidade de prevenção, a partir dos deveres e fazendo-se a advertência de que as interações são muito mais caóticas do que inicialmente previstas por Luhmann.

Quanto às relações de consumo, especificamente na produção e oferta de produtos alimentícios de origem animal, resta claro que são deveres dos entes regulados (a) oferecer produtos adequados e (b) informar as condições para consumo do produto. Estes dois deveres se desdobram em outros específicos, como: a.1) a obtenção de autorização para o funcionamento do estabelecimento; a.2) certificação do SIF sobre o produto oferecido; a.3) desenvolvimento de um modelo adequado de "boas práticas" na linha de produção; a.4) assegurar que o produto seja entregue ao consumidor final em condições apropriadas, atentando-se para o adequado transporte e correto manuseio do produto; b.1) desenvolvimento de embalagem apropriada com todas as informações; b.2) desenvolver publicidade não abusiva ou enganosa; b.3) apresentar às autoridades competentes, quando exigido, de forma transparente e detalhada, as condições de produção, armazenamento e transporte, bem como as funções de fiscais internos, a periodicidade e os exames realizados; b.4) não negligenciar as informações relevantes obtidas posteriormente à oferta do

produto ou mesmo sua entrega; b.5) realizar as diligências cabíveis para que produtos inadequados, que assim se descobrirem após à entrega, causem malefícios aos consumidores finais.

Por fim, resta destacar que, há uma relação direta entre o aumento da complexidade das interações com o desenvolvimento dos subsistemas (para reduzir a complexidade do ambiente) e do aumento da interdependência entre estes. Neste sentido, para o sistema jurídico-penal, o aumento da complexidade entre as interações se traduz necessariamente em densificação da confiança naquilo que é informado e oferecido (como destacado inicialmente quanto ao art.6º, da Lei n.8.078/90) ao consumidor, mas, de forma especial atualmente, aos próprios reguladores. Não por outra razão, maior a confiança depositada, maior a responsabilidade e, não é de todo incoerente o aumento das penas previstas, que em se tratando de Direito Penal não se reduzem à pena de prisão. Esta última consideração deve ser acompanhada por um destaque, o aumento das penas não se faz incoerente se respeitados os princípios que dirigem especificamente as normas secundárias e, principalmente, não se afastem do fim objetivado pelo Direito Penal, que lhe garante sua funcionalidade dentro do sistema social, a saber, a prevenção.

Resta a pergunta ainda a ser respondida: é o modelo de *compliance*, embora legítimo, o mais adequado e efetivo para o Direito Penal?

Referências

BINDING, Karl. *Compendio di diritto penale (parte generale)*. Trad. Adelmo Borettini. Roma: Athenaeum, 1926.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JAKOBS, Günther. *Critica à teoria do domínio do fato.* 2ªEd. Revista e traduzida. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo, Editora RT, 2007.

_____, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional.* Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Barueri, SP: Manole, 2003.

_____, Günther. *Fundamentos de direito penal.* Trad. André Luís Callegari. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

_____, Günther. *Tratado de Direto Penal: Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade.* Luiz Moreira, coordenador e supervisor; Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho, tradutores – Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____, Günther. *Derecho penal – Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1993.

LISZT, Franz v. *Tratado de Derecho penal.* Tomo II. Trad. Luis Jiménez de Asúa. Ed.2. Madrid: Editorial Reus, 1927.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho penal.* Tomo I. Trad. Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. “Límites del normativismo en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm.07-18, p. 18:1-18:24. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf.

POLAINO-ORTS, “Vigencia de la norma: el potencial de sentido de un concepto”, In: *El funcionalismo en derecho penal*, Tomo II. Org. Eduardo Montealegre Lynett. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

SAUER, Wilhelm. *Derecho Penal (parte general).* Trad. Juan del Rosal; José Cerezo. Barcelona: Bosch, 1956.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5ªEd, São Paulo: Saraiva, 1994.

DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À DEMOCRACIA DELIBERATIVA APONTAMENTOS DE UMA EPISTTEMOLOGIA JURÍDICA DEMOCRÁTICA

Júlia Francieli Neves de Oliveira[98]
Leonel Severo Rocha[99]

Resumo:

A democracia remonta aos mais antigos tempos e tem sido remodelada desde então, ganhando maior espaço no final do século XIX e XX, pois propiciou o surgimento de uma nova modalidade de democracia: a chamada democracia deliberativa (ou participativa). O presente estudo tem por objetivo tratar de forma sucinta o que é democracia, apresentando seus elementos constitutivos, por fim, realizar alguns apontamentos de uma epistemologia jurídica democrática, do qual, a política e saber são duas questões que se entrelaçam, analisando as distintas manifestações do discurso do direito na sociedade contemporânea. A partir destes aspectos, procura-se enfrentar o seguinte problema: Qual seria o papel da política e do direito nesta nova realidade social emergente? Com o aumento da nossa complexidade social, a insuficiência do sistema político institucional para atender as demandas sociais e coletivas e a emergência de um novo espaço público virtual, percebe-se que também no Brasil o debate contemporâneo sobre a democracia deliberativa tem importância para o direito. A perspectiva metodológica será histórica e construtivista.

Palavras-chave: Democracia. Direito. Epistemologia.

1 Introdução

O presente trabalho visa realizar reflexões a respeito do exercício da cidadania, bem como analisar a mudança do contexto social, econômico e cultural do último quarto do século XX, que propiciou o surgimento de uma nova modalidade de democracia: a chamada democracia deliberativa (ou participativa). A relação entre democracia deliberativa e direitos fundamentais resta evidenciada pela circunstância de que nas democracias contemporâneas a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de forma democrática, possa definir quais são os direitos que são tidos por fundamentais, mas também estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais.

Promovendo não somente uma simples análise do texto legal, o estudo visa tecer considerações a respeito das possibilidades de maior utilização destes mecanismos pela sociedade,

[98] Doutoranda em Direito Público pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Mestre em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/RS, Campus Santo Ângelo. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Processual Civil, pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bolsista-Taxa em Pesquisa do CNPq. Advogada. E-mail: julianeves15@hotmail.com.

[99] Pós-Doutor em Sociologia do Direito (Universitá degli Studi di Lecce/Itália), Doutor em Direito (Ecole des Hautes Etudes em Sciences Sociales Paris/França). Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pesquisador II do CNPq. Associado Honorário e Ex-Presidente do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Foi Professor Titular e Coordenador do PPGD/UFSC (Mestrado e Doutorado). E-mail: leonel.rocha@uol.com.br.

tidos neste artigo como instrumentos com potencial para promover uma maior integração da população com as questões públicas. Rocha afirma que a epistemologia jurídica é um espaço em permanente construção, cujos limites, paradoxalmente, quanto mais se determinam e objetivam, mais produzem lacunas e vazios. Portanto tem-se por objetivo estudar as mudanças históricas do saber jurídico, onde a epistemologia aproxima-se da democracia[100].

O artigo será distribuído em três itens: Primeiro será realizado estudo sucinto sobre o que é democracia, apresentando seus elementos constitutivos. Analisa-se como proporcionar uma maior legitimação para as decisões políticas, de forma a reposicionar os cidadãos na vida pública, para que o povo passe a participar, interferir e se relacionar com o regime democrático de maneira mais intensa, para além da escolha de representantes em eleições periódicas.

O segundo item será analisada as abordagens para a realização dos direitos fundamentais no Estado democrático de Direito. Apresentar-se-á textos sobre distintas manifestações do discurso do direito na sociedade contemporânea, onde política e saber se entrelaçam, e ao final, visa sistematizar os pontos mais relevantes dos três principais paradigmas da epistemologia jurídica identificados por Leonel Severo Rocha, observando alguns apontamentos de uma epistemologia jurídica democrática. A epistemologia jurídica é a teoria do Direito é o ramo do conhecimento jurídico-filosófico que se preocupa, de certa forma, consigo mesmo, ou seja, com o próprio conhecimento jurídico. Preocupa-se com o seu método, com os seus pressupostos, com a sua natureza e com a sua própria validade. Além disso, preocupa-se com a relação deste conhecimento jurídico com os demais ramos do conhecimento, com a situação do Direito neste quadro da (cons)ciência humana.

A metodologia utilizada será histórica, em virtude da análise do tempo e também construtivista, segundo Luhmann observada desde a posição construtivista, a função da metodologia não consiste unicamente em assegurar uma descrição correta (ou errada) da realidade. Trata-se das informações internas ao sistema, os métodos permitem à investigação científica surpreender-se a si mesma[101].

2 A democracia e seus elementos constitutivos

A palavra democracia deriva do grego, *Demokratia*, *de dêmos* quer dizer povo, e *kratia* significa o poder, a força (governo)[102] o que em uma tradução literal nos remeteria à ideia de "governo do povo". E é de Atenas do século V que extraí-se, um elemento específico: a importância da participação do povo, para o exercício da democracia. Tanto é assim que ao analisar a transição temporal, observasse que é no significado do voto do povo que se verifica a relevante distinção da democracia antiga em relação à moderna.

Analisando este tema, Coulanges concluiu que o direito de sufrágio na Grécia antiga possuía valor do voto incomparavelmente maior do que possui nos Estados modernos, uma vez que era através deste instrumento que o último dos cidadãos grego participava de todos os negócios, nomeava magistrados, elaborava as leis, administrava a justiça, decidia a guerra ou a paz, bastando a extensão do direito de sufrágio para que o governo se tornasse realmente democrático[103].

---

[100] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
[101] LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007. p. 22.
[102] RIBEIRO, Darci G. Da Tutela Jurisdicional Às formas de tutela. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010, p. 96.
[103] COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS,

No entanto, alguns cidadãos já bradavam em desfavor do regime democrático. Na obra *Política*, de Aristóteles afirma que a melhor forma de democracia seria a constituída por agricultores, uma vez que os mesmos preferem trabalhar a participar da vida pública; estando sempre ocupados, não poderiam se reunir frequentemente em assembleias[104]. Não obstante as críticas, a postura política ativa permanecia como traço marcante da sociedade grega, estando tal prática enraizada na cultura dos integrantes da *pólis*.

De sua concepção original na Grécia antiga até os dias atuais, a forma como a democracia é exercida alterou-se profundamente. Modificaram-se também as concepções a respeito deste regime, que ganhou novos contornos, novas nuances. Segundo Bobbio, o estar em transformação é o estado natural do regime democrático, uma vez que a democracia é dinâmica e o despotismo é estático, sempre igual a si mesmo[105].

Com a positivação de direitos humanos nas Constituições contemporâneas, sob a forma de direitos fundamentais, levou os sistemas constitucionais positivos a incorporar conteúdos éticos, morais e valorativos, com evidentes repercussões em sua eficácia normativa. Percebe-se que o ápice da democracia é o povo, que necessariamente deve ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados[106].

Tal fato, bem como a mudança do contexto social, econômico e cultural, se em dado período histórico a democracia representativa progrediu, com o Liberalismo[107], que atingiu seu auge das formas de Estado, mas que atualmente desmoronou-se, pois não efetivou suas promessas.

De fato, também a Constituição Federal de 1988, elaborada em reação ao período autoritário que então findava, buscou instaurar um Estado Democrático e Social de Direito. Conforme Bonavides ocorre uma transição "do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe, ao governo de todas as classes"[108]. Marcado pelo reconhecimento de amplo rol de direitos fundamentais à pessoa humana, tendo a pretensão de não apenas restaurar o Estado de Direito, mas de voltar-se contra o positivismo na busca de um fundamento ético para ordem jurídica e contra o privatismo na busca da efetividade do amplo sistema de direitos assegurado[109].

Portanto, o Estado Liberal adveio da cisão entre o âmbito político e o âmbito econômico representado pela livre dominação do mercado nas relações e pela participação mínima do Estado entre os indivíduos, levou tal forma de governo à ruína. Assim, o Estado se reajustou novamente com novos compromissos e restabeleceu o rompimento anterior do político e do econômico[110].

Nesse sentido, Habermas, também, faz uma crítica contundente à concepção de Constituição como ordem objetiva de valores adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, argumentando que quando ele se deixa conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados pelo direito constitucional, transforma-se em uma instância autoritária. Além disso, concebe o papel do controle de constitucionalidade como voltado apenas para a proteção do sistema de direitos que

---

1961 p. 295-296.

[104] ARISTÓTELES. Política . Brasília: Editora Universidade de Brasília. Livro VI, Cap. II, p. 1319 A.

[105] BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986. p. 09.

[106] RIBEIRO, Darci Guimarães. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 53-64.

[107] BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 53.

[108]BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.p.43.

[109]CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 14.

[110] CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Direito, poder, justiça e processo*: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p.90.

possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, afirmando que o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos das normas controvertidas no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático[111].

Observa-se, a mudança do contexto social, econômico e cultural do último quarto do século XX, aliada a uma nova postura dogmática sobre os direitos fundamentais previstos nas Constituições, propiciou o surgimento de uma nova modalidade de democracia: a chamada democracia deliberativa (ou participativa), na qual a argumentação pública passa a ter um lugar de destaque e as instâncias da concretização constitucional são deslocadas, em grande medida, para o Poder Judiciário, com evidente perda de nitidez entre a política e o direito.

Portanto, a democracia participativa passa a ser a democracia do Terceiro Milênio, pois a participação passa a ser o ápice em termos democráticos, inserção do povo, para além de mero ícone formal, ou seja, exercer somente o direito de votar, alterando-se, assim, para o cenário democrático como ator principal e não mais como mero coadjuvante, como aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa, democrática na essência de seus valores[112].

Esse processo de transição da democracia representativa para a democracia deliberativa produziu inúmeras repercussões teórico-dogmáticas e práticas na teoria do direito e fez surgir inúmeras questões, ainda não inteiramente respondidas, que interessam diretamente ao direito constitucional. Uma Constituição pode ser entendida como um projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração.

As Constituições modernas devem-se a uma ideia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, são capazes de se ligar a uma comunidade de livres e iguais e escolher os direitos que eles precisam se reconhecer mutuamente para regular de maneira legítima seu convívio por meio do direito positivo[113]. A própria evolução do conceito moderno de Constituição está diretamente relacionada ao desenvolvimento de conceitos como o de "direitos humanos" e de "direitos fundamentais", pois é justamente no contexto das constituições positivas que a diferenciação entre o conceito de "direitos humanos" e "direitos fundamentais" ganha importância teórica.

3 Abordagens para a realização dos direitos fundamentais no Estado democrático de Direito

A figura do Estado, segundo Canotilho[114] é "uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros poderes e organizações de poder", nasce e evolui progressivamente com o objetivo precípuo de se tornar porta-voz dos anseios sociais, zelando pelo desenvolvimento, segurança e paz do povo.

---

[111] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 326.

[112] BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 281.

[113] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.229.

[114] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2001, p. 89.

Embora o Estado tenha surgido com essa finalidade, muitos modelos estatais acabaram se desvirtuando de sua função precípua, fazendo uso do poder conferido pelo povo, para subjugá-lo. É o que se observa em determinados momentos que vão se sucedendo na história, como na escravidão, no feudalismo e no absolutismo (Idade Moderna), em que o Estado atua como mantenedor de uma estrutura econômica opressiva e supressora de direitos e garantias fundamentais, cujo jugo só foi rompido mediante revoluções[115].

Especificamente a respeito do Estado Absolutista do século XVIII, as revoluções burguesas: inglesa, americana, francesa romperam definitivamente com o antigo modelo estatal, dando origem a uma nova fase, a do Estado de Direito, através do constitucionalismo moderno, em que a lei deixa de ser a vontade do governante para se tornar limitador de seu poder[116]. Em linhas sintéticas, pode-se dizer que o constitucionalismo moderno é resultado destas três revoluções burguesas, tendente a limitar o poder com fins garantísticos[117].

Embora o constitucionalismo moderno tenha sido um evento conjuntural, o foi também pendular, refletindo as necessidades e anseios sociais do povo, segundo o contexto histórico de cada Estado a que estava inserido. Cada país teve sua História individualizada, e com o tempo a sociedade foi se moldando e formando o arcabouço denominado de direitos fundamentais.

A sociedade não é estanque, ela vai evoluindo no tempo e transformando tudo aquilo que está ao seu redor. Com isso, o constitucionalismo foi também progressivamente sofrendo mudanças para melhor atender as necessidades do povo.

No constitucionalismo social, o Estado passa a ter uma postura mais ativa, promovendo políticas sociais e interferindo na vida privada. Entretanto, de uma forma geral, os direitos conquistados não eram plenamente efetivados. Somente no século XX, com o surgimento do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais saíram do papel para serem efetivamente aplicados. Inaugurava-se uma nova era, a era dos direitos fundamentais, que acolheu a pessoa humana como centro de preocupação do Estado.

O conceito de democracia social surgiu a partir dos estudos de Tocqueville[118], que, segundo Sartori[119], trata-se de "democracia num sentido social, como uma condição da sociedade", elemento que decorreria de um "espírito" democrático assentado na sociedade norte-americana, algo que o referido cientista político atribuiu ao fato de que, diferentemente do que ocorrera na Europa, os Estados Unidos não tiveram um passado feudal e tampouco uma nobreza aristocrática, e, por isso o poder não estava nas mãos da nobreza antes da democracia e precisaram, assim, eleger e escolher um governo para estabelecer instituições[120].

---

[115] BARROSO. Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[116] BARROSO. Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

[117] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2001.

[118]TOCQUEVILLE, Alexis. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[119] SARTORI, Giovani. A Teoria da Democracia Revisitada: as questões clássicas. São Paulo: Ed. Ática, 1994ª, p. 25.

[120] James Bryce sucedeu Tocqueville nos estudos sobre a democracia social, explicando que a democracia social seria decorrente de um valor de igualdade entre os membros da sociedade, do sentimento de que são indivíduos socialmente iguais (SARTORI, Giovani. A Teoria da Democracia Revisitada: o debate contemporâneo. São Paulo: Ed. Ática, 1994b, p. 25).

A democracia econômica, por sua vez, emerge da perspectiva de igualização das riquezas, ou seja, "(...) uma democracia cuja meta política é a redistribuição da riqueza e a equalização das condições e oportunidades econômicas"[121].

Acerca dessa modalidade democrática, adverte que possui um significado ambíguo e amplo, uma vez que esse conceito pode apenas complementar ou ser extensão da democracia política; assim como pode também ser decorrente da democracia industrial e, finalmente, associada à filosofia marxista, pode se dissociar da democracia política, retirando o sistema político e implantando um sistema econômico diverso[122].

A despeito disso, a ideia central da democracia econômica influenciou sobremaneira no desenvolvimento da democracia de diversos países, em especial o Brasil, que traz no bojo de sua Constituição Federal vigente esses ideais como premissas para o bem-estar social, procurando assegurar igualdade, liberdade e oportunidades equitativas pela livre iniciativa e livre concorrência.

No Brasil o marco da democracia é a Constituição da República de 1988, conhecida popularmente como Carta Cidadã, que traz expressamente a forma federativa; o Estado Democrático de Direito; e a dignidade da pessoa humana e o trabalho como fundamentos da República.

O epicentro da democracia é o ser humano e por isso, o poder emana do povo (parágrafo único do artigo 1º, da Constituição da República de 1988). Na democracia, o Estado desempenha uma função de fomentador de participação pública no processo de reconstrução de um novo projeto de sociedade, em uma perspectiva humanística e com obrigação de observar a população de forma massiva, mas ao mesmo tempo heterogênea e diversificada.

A sociedade deve atuar com o fim de preservar não apenas a teoria dos direitos sociais, mas exigir a concretização destes. Do contrário, Paulo Bonavides suscita que essa justiça é fadada a passar do indivíduo, do trabalhador e do cidadão às gentes sacrificadas da humanidade subdesenvolvida. “Estamos, assim, em presença daquela humanidade cujos filhos viajam no comboio do progresso em vagão de terceira classe, isto é, nos últimos compartimentos da miséria social, do sofrimento, do abandono, da dor, do esquecimento”[123].

Assim, tem-se a Democracia participativa como instrumento que possibilitará a libertação da sociedade que sobrevive ao caos social, a miséria, ao sacrifício de direitos fundamentais. Urge que essa democracia seja pregada nas universidades, nos centros acadêmicos, nos programas da televisão aberta, nas redes sociais. A parcela da sociedade que detém um senso crítico suficiente perante a situação ora narrada, não pode permanecer inerte, como se a violação flagrante dos direitos humanos e sociais não fosse uma realidade flagrante no país.

A democracia não é apenas um sistema de governo ou um regime político. Ela é um direito da humanidade e tem a participação como pressuposta. Não há democracia sem a população como sujeito ativo e passivo do processo político no pleno exercício da cidadania. Não há democracia sem a sociedade nas ruas, na militância partidária, na militância social. A participação popular na vontade governativa é que constitui um governo democrático. A democracia participativa

[121] SARTORI, Giovani. A Teoria da Democracia Revisitada: o debate contemporâneo. São Paulo: Ed. Ática, 1994b, p.27.
[122] SARTORI, Giovani. A Teoria da Democracia Revisitada: o debate contemporâneo. São Paulo: Ed. Ática, 1994b.
[123] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 50.

compreende o consenso e a ampla consulta popular, a integração de todos os povos, em busca de novas expressões do coletivo e da descentralização das iniciativas de gestão e do poder[124].

Entretanto, constata-se que só haverá democracia participativa se os cidadãos forem educados politicamente. O Estado encontra-se em calamidade em razão da condição cultural política e social dos seus cidadãos. É necessário que os cidadãos conheçam o Estado, as suas finalidades constitucionalmente previstas e os seus direitos e deveres como cidadãos.

Por sua vez, Habermas, na obra *Direito e Democracia*: entre facticidade e validade, critica a possibilidade de se manterem princípios substantivos de justiça no atual contexto das sociedades pluralistas. Afirma, em linhas gerais, que nas sociedades complexas contemporâneas, qualquer modelo que dependa de uma concepção material de legitimidade é incapaz de dar conta das expectativas normativas inseridas na esfera pública pelos diversos grupos sociais[125]. Para o autor, os direitos fundamentais formam uma categoria de direitos intrínseca a um sistema de direitos comunicativamente estruturado, pois "o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica"[126]. Habermas entende, portanto, que o núcleo material da Constituição exige que a deliberação pública seja pautada por ações comunicativas.

Já na concepção republicana, o *status* dos cidadãos não é determinado segundo o modelo das liberdades negativas, mas com base num modelo de liberdades positivas. Assim, mesmo os direitos políticos são vistos como direitos positivos, que garantem a participação em uma práxis comum, por meio da qual os cidadãos se tornam o que tencionam ser: sujeitos livres e responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais[127].

Nesse sentido Habermas[128] relata como a deliberação política é pública e baseia-se nas condições de comunicação (teoria do discurso), diferem dos outros dois modelos (liberal e republicano), na medida em que permite a criação de uma coesão interna entre negociações, discursos de auto entendimento e sobre a justiça. Com isso a razão prática desloca se dos direitos universais do homem e da eticidade concreta para as regras discursivas e formas argumentativas[129].

No modelo de Habermas os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são concebidos como uma resposta à pergunta sobre como institucionalizar as condições de comunicação do procedimento democrático, valendo-se da intersubjetividade existente em processos de entendimento mútuo para reinterpretar a ideia de soberania popular a partir de uma intersubjetividade democrática, que será capaz de redirecionar o poder administrativo para determinados fins[130].

---

[124] AMARAL, Roberto. Apontamentos para a Reforma Política. Revista de Informação Legislativa 151. Brasília. Subsecretaria de Edições Técnicas, jul. - set. 2001, p. 55.

[125] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.p. 159-160.

[126] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158.

[127] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 272.

[128] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 277-278.

[129] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 272.

[130] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 280-283.

4 Apontamentos de uma epistemologia jurídica democrática

A teoria jurídica do séc. XX é caracterizada, em Matrizes Teórico-Políticas da Teoria jurídica Contemporânea, inicia-se pela tentativa de elaboração de uma racionalidade capaz de transformar o direito em uma ciência. Desta maneira, desde a Teoria Geral do Direito em Benthan à Teoria Pura do Direito de Kelsen, chegando à jurisprudência em Hart, até a Teoria dos Sistema em Luhmann, procurou-se construir, sob diferentes pressupostos epistemológicos, um estatuto de cientificidade para o Direito[131].

Atualmente, a noção de ciência do direito, baseada em critérios sintático-semânticos, tem-se alterado para critérios pragmáticos. Esta trajetória desloca sucessivamente de uma perspectiva estrutural, voltado aos aspectos normativos do direito, até uma perspectiva funcionalista, dirigida as funções sociais do Direito, de um ponto e vista mais teórico até um ponto de vista mais político, permitindo a colocação do problema da democracia.

Entretanto, com a constatação das insuficiências das análises positivistas centradas nas normas, e das perspectivas hermenêuticas e pragmáticas, excessivamente convencionalistas, a teoria dos sistemas de Luhmann, aliada à categoria risco e à concepção de democracia de Lefort, pode realizar uma análise mais sofisticada da complexidade social[132].

Em síntese, será realizada uma breve exposição das principais teorias jurídicas contemporâneas, conforme a matriz pragmática dominante, em seus critérios de cientificidade racional exigidos para a construção do conhecimento jurídico histórico. Para chegar à constituição destas matrizes, tomam-se como ponto de partida as tentativas de delimitação de uma Teoria Geral do Direito, que vão desde a construção de uma teoria rigorosa do ponto de vista discursivo até a perspectiva crítica interdisciplinar[133].

Visando facilitar a exposição, será utilizado neste estudo, como técnica auxiliar, objetivando uma melhor delimitação das matrizes epistemológicas, a tradicional divisão da semiótica de Carnap[134] em três níveis: a sintaxe, cujo objetivo é o estudo da estrutura formal da linguagem, através da análise lógico-linguistica, a semântica, que visa averiguar o sentido das proposições, tendo em vista as relações dos enunciados com a realidade e a pragmática, voltada ao estudo do uso das preferencias discursivas[135]. A seguir, serão demonstradas as construções jurídicas desde o nível semiótico nela dominante, resumindo-as nas três matrizes epistemológicas do Direito que são nomeadas: analítica, hermenêutica e pragmática. A pragmática, neste caso, redefinida pela teoria sistêmica, trazendo a vantagem de romper com o psicologismo da versão pragmática tradicional.

Contudo, a descrição das matrizes, é estudada a partir da matriz pragmático-sistêmica, pode-se analisar simultaneamente os três níveis da semiótica, com predominância do nível pragmático e suas conexões com o social, devido á sua perspectiva sistêmica, demonstrando a superioridade desta matriz perante a semiologia numa sociedade complexa[136].

---

[131] ROCHA, L. S. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas, In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 5, no. 2 2013, julho-dezembro. (ISSN: 2175-2168), p. 87.

[132] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 83.
[133] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 94-95.
[134] CARNAP, Rudolf. *The Logical Sintax of Language*. London: Smeaton, 1937.
[135] WARAT, Luis Alberto. O Direito e sua Linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris editor, 1984.
[136] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 85.

Denota-se que é possível aclarar que se existe independência entre a sociologia e a ciência jurídica, denota que é falso aludir que dessa afirmação existe algum aspecto de oposição, bem como que no direito sejam estudados apenas normas e na sociologia apenas fatos.

Desta maneira, observa-se que as matrizes teórico-jurídicas são inventadas de acordo com a sua inserção semiótica. Deste modo, a filosofia analítica encontrou o seu desdobramento na teoria geral do direito, através da análise logico-formal das normas jurídicas. Esta visão vai desde o normativismo Kelseniano, passando por Bobbio.

Nesse diapasão, durante o desenvolvimento da metodologia jurídica é possível verificar que, muitos estudiosos do direito, como Kelsen, se aproximaram demasiadamente dos fatos ou das normas, tendo em vista a seguinte perspectiva: "tal como o positivismo empírico perdeu de vista a norma, assim também o positivismo lógico-normativo perdeu de vista a vida real" [137].

> A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito para a questão sobre a existência de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas é sob a condução de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função dessa norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo[138].

Com base nos argumentos supramencionados, conclui-se que o direito não pertence apenas a uma ou outra extremidade, mas sim entre eles, entendimento este consolidado pelo doutrinador Castanheiro Neves: "o Direito consiste num 'dever-ser que é' (Seiendes Sollen)"[139].

A hermenêutica por sua vez, no nível semântico, está voltada a análise dos conteúdos de sentido das proposições, colocando o problema da interpretação de textos (Gadamer), típica da dogmática jurídica (Robles, Ferraz Junior). Por fim, o nível da pragmática (pragmático-sistêmica), indaga sobre as formas de comunicação e os procedimentos de Luhmann[140].

Contudo, a concepção luhmanniana funda-se na comunicação. Os sistemas sociais seriam sistemas de comunicação, e a sociedade seria o mais amplo desses sistemas, composta por três subsistemas (Direito, Política e Economia). Cada sistema definir-se-ia por sua capacidade de diferenciação do meio, servindo essencialmente como redutor de complexidade, isto significa que, no interior de cada sistema, a abundância de informações do meio é selecionada; apenas uma fração transparece, formando-se uma *clausura operacional*[141].

O critério para a seleção, segundo o autor, seria o *sentido*, que advém do próprio meio. Ademais, cada sistema manteria uma identidade distintiva (dos demais sistemas), constantemente reproduzida na comunicação sistêmica. Esse processo de reprodução de identidade a partir de

---

[137] KAUFMANN, Arthur. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenklan, 1994, p. 182.

[138] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 225-226.

[139] CASTANHEIRA NEVES. As Fontes do Direito e o problema da positividade jurídica. In. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LI, Coimbra, 1975, p. 115.

[140] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 95.

[141] LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Cidade do México: Herder. 2007. p. 46.

elementos previamente "filtrados" do meio hipercomplexo seria a autopoiese. Tem-se, assim, um sistema fechado[142], mas aberto[143] sendo o paradoxo inerente aos sistemas autopoiéticos[144].

Quanto ao Direito, em específico, Luhmann contesta tanto a doutrina analítica (positivismo), porque muito fragmentária, quanto a doutrina hermenêutica, porque muito aberta; para ele, o Direito é um sistema social que tem por função a estabilização e generalização congruente de expectativas comportamentais normativas[145], tendo, como os demais sistemas, a função de reduzir a complexidade do ser dos sistemas psíquicos e do comportamento social.

Ao ter como um dos pressupostos basilares dessa reflexão, o Direito como um sistema social autopoiético, significa que se está lidando inclusive com uma teoria complexa. Em que pese se possa buscar elaborar uma comunicação teórica com todo o cuidado para comunicar essa complexidade. Sabe-se que Luhmann não nega o ser humano, mas apenas o desloca, ajustando o seu foco principal de observação para a sua concepção de sistema. Com isso, indica que o ser humano é o ambiente da comunicação que está no centro da operacionalização da sociedade. As ações comunicativas dos indivíduos seriam constituídas, mas não definidas pelas sociedades, e a sociedade seria constituída, mas não definida pelas ações comunicativas dos indivíduos. Assim, essa interação comunicativa que resulta no acoplamento estrutural, produziria conhecimento e, com ele, a modificação do sistema[146].

Sendo assim, sempre que se está fazendo referência a um sistema, considerando a lógica das formas de Spencer Brown, estará pressuposto o ambiente que está intrínseco, pois um sistema só pode existir em um ambiente. Dessa forma, o ser humano sempre está implícito quando se menciona os sistemas sociais, embora ele não esteja no centro da observação luhmanniana[147].

Desta forma assistimos a um processo de readaptação imperativa do Direito tradicional, com alto grado de complexidade que responde as contingencias sociais que integra o sistema social. Nessa perspectiva, a sistema do Direito se apresenta alguns pressupostos-chave para compreender a presente reflexão na linha de um construtivismo sistêmico, utilizando-se do Direito compreendido como um sistema social autopoiético para dar as bases para qualquer reflexão que se proponha a enfrentar a complexidade social contemporânea.

Segundo Rocha a atitude epistêmica adotada por ele, sugere uma análise voltada a uma investigação dos potenciais críticos de uma possível dialética entre formas de sociedade e Teoria da Ação Comunicativa, que pode ser descrita, da seguinte forma:

> Trata-se de pensamentos dirigidos à crítica da sociedade, notadamente a partir da reivindicação, da liberdade de manifestação práxis-discursiva da opinião pública;
> Ambas partem do pressuposto de um a priori sociocultural do conhecimento e da ação social. Habermas, defendendo uma hermenêutica críticana qual a capacidade de compreensão provém da inserção do interprete na cultura, e Lefort, desde a sua conhecida influência da fenomenologia de Merleau-Ponty, postulando o necessário envelopamento da obra(política ou literária) pelo chair dos processos visíveis-invisíveis que instituem a história;
> Insistem na redescoberta dos potenciais questionadores da democracia;

[142] O sistema é fechado porque o mundo exterior é "filtrado" pela linguagem, pelos paradigmas *lato sensu,* como forma de reduzir a complexidade.
[143] O sistema é aberto por suas curiosidades, verificações, interações com o meio.
[144] LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Cidade do México: Herder. 2007. p. 46.
[145] LUHMANN, Niklas. El Derecho de la Sociedad. Cidade do México: Universidad Iberoamericana. 2005. p 92-106,
[146] LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Cidade do México: Herder. 2007. p. 46.
[147] BROWN, George Spencer. Laws of Form. New York: Bantam Books, 1973.

> Em suma, pretendem recuperar as potencialidades críticas da filosofia da política e também do direito148.

Percebe-se que umas das dificuldades da ontologia habermasiana ocorre devido a sua tese da imanência da linguagem, pelo pressuposto universalista da pragmática discursivo-comunicacional. Contudo Lefort[149] permite uma maior compreensão da dinâmica social da ação comunicativa, abrindo mais espaços para a rediscussão do Direito e da Democracia. Denota-se que esta proposta hermenêutica parte da tentativa da ideia de democracia como princípio gerador da forma de sociedade democrática, conforme propõe Lefort, com a dialética emancipatória da práxis discursiva da ação comunicativa de Habermas[150].

Assim, assentada a atitude interpretativa, a observância ao sistema deixa de ser mecânica; os sujeitos passam a tentar impor *significado* ao sistema, reestruturando-o à luz desse significado. Daí extrai-se que, se quer compreender o Direito, deve-se adotar a atitude interpretativa ou seja, deve-se admitir que o Direito terá que ter um propósito e construir as normas individuais de acordo com esse propósito[151].

Segundo Lefort a democracia constitui-se enquanto forma política num centro de articulação e auto-instituição da sociedade, onde a política não é vista como uma instância autônoma, mas como a *mise em forme* de sentido e encenação do social. A própria identidade da sociedade, é então, uma questão política[152]. A politica é o que possibilita a delimitação do espaço de auto-instituição do social[153].

Contudo a grande dificuldade clássica da democracia é sua necessidade de conciliar a liberdade com a igualdade, pois a liberdade sempre foi o princípio fundante do liberalismo, e a igualdade do socialismo. Porém, numa dimensão histórica a análise das teorias políticas adquire certa complexidade. A própria teoria liberal foi elaborada em circunstancias e condições socais diversas da atualidade, pois se modificam com o contexto histórico. O liberalismo se formou a partir de diferentes fontes: do protestantismo religioso, da materialização do mercado capitalista, etc., determinando suas influencias em cada país, engendrando-se, por exemplo, um liberalismo predominante econômico na Inglaterra e político na França.

Nesta maneira, face às profundas deficiências do pensamento liberal e do pensamento marxista perante as questões democráticas, esta crise das sociedades de capitalismo avançado ocorre para Habermas, quando os aspectos sistêmicos, por exemplo, no nosso estudo a técnica dogmática, ao invés de interagirem com a práxis conflitiva das pretensões do cotidiano, transformam-se numa ideologia de dominação que impede a democratização das falas plurais e indeterminadas[154].

Portanto, com o aumento desta crise na América Latina, gerou uma enorme crise de legitimação, ou seja, a crise do Direito implica uma crise de governabilidade, gerando a irracionalidade da opinião pública. Sendo necessário uma nova cultura política, articulada a partir da ideia de forma de sociedade, realizando uma linha de pesquisa prioritária a ser seguida, pelos juristas, na reelaboração de uma nova cultura política, ou seja, a reavaliação crítica da teoria jurídica

---

[148] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 174.
[149] LEFORT. Claude. Les formes de L' histoire. Paris: Gallimard, 1978. p. 239.
[150] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 175.
[151] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.56-59.
[152] LEFORT. Claude. Les formes de L' histoire. Paris: Gallimard, 1978. p. 240.
[153] CASTORIADIS, Cornelius. *Les carrefours de Labyrinthe II:* Domaines de L'homme. Paris: Seuil, 1986.
[154] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

e de suas relações com a política, tal como a política como invenção e Direito como espaço decisório de conflitos, em busca de uma emancipação democrática das relações submetidas à dominação tecnológica[155].

5 Considerações finais

No decorrer deste artigo observa-se a evolução da democracia, modalidades como a democracia social e econômica surgiram, trazendo um novo desenho para o ordenamento jurídico e influências claras para o constitucionalismo. Contudo a maturidade político deliberativa da sociedade brasileira está longe de ser completamente eficaz, atualmente é frágil, a estabilidade política e econômica, gerou o aumento da complexidade social, que quando conjugada com o fortalecimento e a redefinição dos papeis de instituições públicas e privadas como o Ministério Público; a Defensoria Pública; as organizações não governamentais; a imprensa e os movimentos sociais.

Inclusive com a criação de um novo espaço público, principalmente o virtual, como: a internet e as redes sociais, que é ao mesmo tempo mundial e local, foi capaz de gerar toda uma gama de novas demandas políticas e sociais além de recuperar e remodelar as antigas demandas, as quais exigem um aprimoramento dos mecanismos deliberativos procedimentais vigentes[156].

Se para ser democrático um Estado deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem espaços de interlocução e participação de todos os interessados, bem como o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, o caminho para uma verdadeira democracia deliberativa no Brasil parece ainda estar longe de ser alcançado.

Todos esses fatores exigem uma revolução epistemológica que, rompendo com a departamentalização dos campos de racionalidade dominantes, que isoladamente trabalham a analítica, a hermenêutica e a pragmática, aponte uma perspectiva pragmático-sistêmica. Ou seja, permita a comunicação entre o eixo sincrônico e o eixo diacrônico da linguística[157], ou seja, inter-relacionando a língua e a fala: o sistema jurídico e a história. Deste modo, trata-se de uma crítica à técnica jurídico-dogmática, voltada muito mais para um controle democrático da produção dos mecanismos procedimentais e decisórios do Direito, do que a uma pura negação irracionalista ou ideológica das regras do jogo. A democracia é a possibilidade da tomada de decisões sempre diferentes, inserindo a sociedade no paradoxo comunicativo da invenção.

Assim, se pretende avançar na construção de uma nova teoria jurídica (interdisciplinar), capaz de ajudar a compreender a complexidade originada pelo surgimento de novos emergentes problemas ecológicos, socais e culturais que ultrapassam a teoria jurídica tradicional. Neste sentido, a rediscussão do Direito e da Teoria do direito e a reproblematização do sentido político dos direitos humanos se impõem como ponto de partida fundamental, objetivando a participação efetiva da sociedade na sua produção e interpretação, em busca de uma autonomia e de uma pluralidade

---

[155] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 184.

[156] CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

[157] SAUSSURE, Ferdinand de. Curso de lingüística geral. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riedlinger. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24ª ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002.

político-ideológica, a qual privilegia a discussão pública democrática sobre o alcance e o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, contribuindo para a efetiva realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e para a legitimidade democrática do Estado brasileiro.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ARISTÓTELES. *Política* . Brasília: Editora Universidade de Brasília. Livro VI, Cap. II.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política* . Rio de Janeiro: Campus Editora, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de janeiro: Elservier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia.* São Paulo: Brasiliense, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 20. ed. São Paulo: Malheiros, 199.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa* – por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo, Malheiros, 2001.

BARROSO. Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BROWN, George Spencer. *Laws of Form*. New York: Bantam Books, 1973.

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. *Direito, poder, justiça e processo:* julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2007.

CASTANHEIRA NEVES. *As Fontes do Direito e o problema da positividade jurídica.* In. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LI, Coimbra, 1975.

CARNAP, Rudolf. *The Logical Sintax of Language*. London: Smeaton, 1937.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança:* movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTORIADIS, Cornelius. *Les carrefours de Labyrinthe II:* Domaines de L'homme. Paris: Seuil, 1986.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Editora das Américas S.A. EDAMERIS,1961.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

LUHMANN, N. *Poder*. 1ª ed. 1ª reimp., Barcelona: Anthropos, Mexico Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Tradução Dario Rodriguez Mansilla. Mexico, DF: Herder, 2007.

LUHMANN, N. *Sociologia do Direito I*, (Trad., BAYER, G.). Rio de Janeiro, Biblioteca Tempo Universitário, 1983.

LEFORT. Claude. *Les formes de L' histoire*. Paris: Gallimard, 1978.

ROCHA, L. S.; SCHWARTZ, G.; CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, L. S. *Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas*, In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v. 5, no. 2 2013, julho-dezembro. (ISSN: 2175-2168).

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia.* São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIBEIRO, Darci G. *Da Tutela Jurisdicional Às formas de tutela*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2010.

SARTORI, Giovani. *A Teoria da Democracia Revisitada:* as questões clássicas. São Paulo: Ed. Ática, 1994ª.

SARTORI, Giovani. *A Teoria da Democracia Revisitada:* o debate contemporâneo. São Paulo: Ed. Ática, 1994b.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Organização de Charles Bally e Albert Sechehaye com a colaboração de Albert Riedlinger. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 24ª ed. São Paulo: Pensamento-Cultrix, 2002

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América:* leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenklan, 1994.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris editor, 1984.

OPERAÇÃO LAVA JATO E CORRUPÇÃO SISTÊMICA: COMO OBSERVAR O DIREITO EM UMA SOCIEDADE COMPLEXA

Bernardo Leandro Carvalho Costa,
Mestrando em Direito Público pela Unisinos;
bernardoleandro@me.com.

Leonel Severo Rocha,
Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos;
leonel@unisinos.br.

Resumo:

A Operação Lava Jato tem sido o tema central nos debates envolvendo Direito e política no cenário nacional. Nesse contexto, o presente trabalho procura apresentar um ponto comum na pluralidade de discussões envolvendo o tema do trabalho. Após o referido apontamento, procura demonstrar a insuficiência do individualismo metodológico empregado nas análises citadas para observar uma operação complexa. Passadas essas considerações, apresenta a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann como referencial teórico sofisticado e adequado para observar a Operação Lava Jato.

Palavras-chave: Operação Lava Jato. Teoria dos Sistemas Sociais. Organização. Autopoiese. Complexidade.

1 Introdução

A Operação Lava Jato, desde início de sua fase concentrada em políticos do alto escalão, em 2014, tem suscitado uma série de debates que envolvem ambos os lados de atores do Sistema da Política (governo/oposição). Nos diversos comentários acerca da Operação, multiplicam-se opiniões comuns no sentido de centrar as críticas e elogios na figura do juiz Sérgio Fernando Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR[158], responsável, com exceção dos casos que envolvem foro privilegiado, pelo julgamento de casos oriundos da Operação Lava Jato em primeiro grau de jurisdição.

Como alternativa às citadas análises, que visam descrições a partir da figura de um juiz singular, este trabalho apresentará uma observação da Operação Lava Jato a partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann[159] e suas concepções acerca das organizações. Utilizando-a como método para observar, portanto, acrescentando-se o procedimento de análise de documentos (acórdãos e artigos de opinião), buscar-se-á apontar os equívocos nas observações majoritárias, seja na imprensa ou nas opiniões de juristas.

[158] Situada em Curitiba/PR. Vara com competência para julgar Direito Criminal, Crime Organizado, SFN e Processos do Júri. Vara responsável, no Brasil, pela condução dos processos da Operação Lava-Jato. O juiz responsável é Sérgio Fernando Moro. Disponível em <http://www.jfpr.jus.br/enderecos/jfpr/?id_orgao=88>. Acesso em: 09. Set. 2016.

[159] LUHMANN, Niklas. El derecho de La sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

Seguindo essa proposta, far-se-á, em um primeiro momento, uma introdução sobre a Operação Lava Jato, citando algumas das opiniões contestadas ao longo do desenvolvimento, as que centram suas críticas/elogios na figura do juiz Sérgio Moro.

Em um segundo momento, será demonstrada a transição de um individualismo metodológico, presente nas análises citadas no primeiro item, para a perspectiva sociológico-sistêmica, centrada na figura das organizações como ponto de análise. Neste ponto, será destacada a atuação do Tribunal Regional Federal da 4ª região[160], instância recursal no âmbito da Operação Lava Jato.

A título de considerações finais, far-se-á um balanço conclusivo acerca da insuficiência de análises centradas no individualismo metodológico para observar operações complexas como a Lava Jato.

2 A Operação Lava Jato e suas análises do ponto de vista majoritário

A Operação Lava Jato e a apuração constante de crimes envolvendo uma série de políticos e as principais empreiteiras do cenário nacional é tema diário de debates no país.

Após tempo considerável desde o início da Operação Lava-Jato, observa-se, ainda, que as diversas manifestações acerca da referida operação insistem fortemente em análises centradas na figura do juiz Sérgio Moro para explicar os eventos que tiveram início na 13ª Vara Federal de Curitiba no ano de 2014[161].

Para exemplificar tal fato, basta citar a série de biografias do magistrado – muitas figurando na lista das obras mais vendidas do país- publicadas no decorrer das investigações: "*Lava-Jato: O juiz Sérgio Moro e os bastidores da operação que abalou o Brasil*" de Vladimir Netto ; "*Sérgio Moro: a história do homem por trás da operação que mudou o Brasil*" de Joice Hasselmann ; "*Sérgio Moro: o homem, o juiz e o Brasil* " de Luiz Scarpino Junior; "*Sérgio Moro: o juiz do bilhão e do milhão que fez a república tremer* " de Neiriberto Silva de Freitas.

Além das referidas biografias, citando-se tão somente as de maior destaque, o referido magistrado tem sido apresentado como herói nacional, ícone no combate à corrupção, em diversas manifestações organizadas por movimentos sociais no país.[162]

---

[160] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Situado em Porto Alegre/RS, possui competência para julgar recursos oriundos da Justiça Federal de Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Responsável, na Operação Lava Jato, por julgar os recursos de decisões do juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

[161] ENTENDA o caso. Ministério Público Federal. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 12 Ago. 2016.

[162]Algumas reportagens acerca das manifestações favoráveis ao impeachment a presidente Dilma Roussef que destacavam a figura do juiz Sérgio Moro: 1- ORTIZ, Déliz. Sérgio Moro afirma que ficou tocado com o apoio do povo brasileiro: o governo e a oposição comentaram as manifestações de domingo. Moro ressaltou a importância das autoridades ouvirem a voz das ruas. G1, Brasília, 14 de marçode. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/03/sergio-moro-afirma-que-ficou-tocado-com-o-apoio-do-povo-brasileiro.html>. Acesso em 09>. Acesso em 9 Ago. 2016. 2- 13 de março: JUIZ Moro, o herói dos protestos pelo país. VEJA, [S.I], 13 março. 2016. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/brasil/13-de-marco-juiz-moro-o-heroi-dos-protestos-pelo-pais/>. Acesso em 09 Ago. 2016. 3- MACEDO, Fausto. Na terra da lava-jato, 200 mil apoiam juiz Sérgio Moro em ato pró impeachment: Público recorde vai às ruas em Curitiba na manifestação do 13 de março, contra o governo da presidente Dilma Rousseff, e faz ato de desagravo aos investigadores e ao magistrado que mandou conduzir Lula coercitivamente para depor. ESTADÃO. 13 março. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/na-terra-da-lava-jato-200-mil-apoiam-juiz-sergio-moro-em-ato-pro-impeachment/>. Acesso em: 09. Ago. 2016. 4- FALCÃO, Mariana. Manifestação no Recife tem Sérgio Moro como herói nacional. VALOR ECONÔMICO. 13 março. 2016. Disponível em:

Afora as manifestações expressadas por mídia, movimentos sociais e obras biografias sem pretensões de comprovação científica, boa parte dos juristas – corrente majoritária- ao manifestar-se sobre a Operação Lava Jato, foca sua análise na figura do juiz Sérgio Moro e nas suas decisões proferidas na 13ª Vara Federal de Curitiba. A partir do referido pressuposto, as discussões – na maioria das vezes- limita-se a fundamentação/ ausência de fundamentação das decisões e legalidade/ilegalidade dos atos proferidos pelo referido magistrado.

Recentes discussões midiáticas envolvendo veículos de comunicação de grande circulação no território nacional têm colocado o que foi acima destacado no foco de análise, fato que é observável, entre outros episódios, na seguinte chamada: "Que zurre a direita xucra: exigência que Moro faz a Lula é ilegal: juiz se irrita porque defesa de petista arrola 87 testemunhas e decide retaliar: exige que Lula esteja presente a todos os depoimentos. Não faz sentido[163]!."

Opiniões semelhantes permanecem sendo publicadas, pelo mesmo autor, após o depoimento prestado pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva ao Juiz Sérgio Moro[164]. Tal fato é observável no seguinte artigo: "Moro esmagou o devido processo legal na condução do depoimento de Lula[165]."

Além das análises midiáticas, artigos jurídicos de opinião geralmente focam suas críticas na figura do magistrado de primeiro grau: "Segundo o advogado Cristiano Zanin Martins, a decisão de Moro, que é responsável pelas ações da Lava Jato em Curitiba, 'não tem amparo legal' e que 'o juiz não pode inovar ou criar situações ou penas que não estejam expressamente previstas na lei[166]'"

Observa-se, nessas descrições, que independente do lado no âmbito do Sistema da Política (governo/oposição), as críticas são semelhantes. Reinaldo Azevedo[167], cujos artigos foram citados acima, é considerado um dos representantes da direita nacional.

Além disso, envolveu-se em polêmica recente com Andrea Neves[168], irmã do senador afastado Aécio Neves[169]. Cristiano Zanin Martins[170], por sua vez, é advogado do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva[171].

<http://www.valor.com.br/politica/4478460/manifestacao-no-recife-tem-sergio-moro-como-heroi-nacional>. Acesso em 09. Ago. 2016.

[163] AZEVEDO, Reinaldo de. Que zurre a direita xucra: exigência que Moro faz a Lula é ilegal: Juiz se irrita porque defesa de petista arrola 87 testemunhas e decide retaliar: exige que Lula esteja presente a todos os depoimentos. Não faz sentido!. VEJA. São Paulo. 18 abr. 2017. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/que-zurre-a-direita-xucra-exigencia-que-moro-faz-a-lula-e-ilegal/>. Acesso em: 20 abr. 2017.

[164] O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva prestou depoimento ao juiz Sérgio Moro, na 13ª Vara Federal de Curitiba, em 10 de maio e 2017, no processo que envolve o suposto recebimento de um tríplex no Guarujá.

[165] AZEVEDO, Reinaldo de . Moro esmagou o devido processo legal na condução do depoimento de Lula. Folha de São Paulo. São Paulo, 12 de maio de 2017. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/colunas/reinaldoazevedo/2017/05/1883337-moro-esmagou-o-devido-processo-legal-na-conducao-do-depoimento-de-lula.shtml>. Acesso em: 12. Mai. 2017.

[166] MARQUES, José; PESSOA, Gabriela Sá. Lula recorre de decisão que determina sua presença em oitiva de testemunhas. São Paulo. Folha de São Paulo. 18 de abril de 2017. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1876717-lula-recorre-de-decisao-que-determina-sua-presenca-em-oitiva-de-testemunhas.shtml>. Acesso em 20 abri. 2017.

[167] Colunista da revista Veja na época da publicação. Atualmente, trabalha na Folha de São Paulo.

[168]Irmã do senador afastado Aécio Neves. Citada como uma das articuladoras da carreira política do irmão.

[169] STF DIVULGA CONVERSA DE JORNALISTA COM IRMÃ DE AÉCIO. Estadão. 23 de maio de 2017. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-divulga-conversa-de-jornalista-com-irma-de-aecio,70001810497>. Acesso em: 28 mai. 2017.

[170] Advogado do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Manifesta-se com frequência sobre a Operação Lava Jato.

[171] CHAER, Márcio; CARDOSO, Maurício; DE VASCONCELLOS, Marcos de; Léllis, Leonardo. Ações contra Lula são baseadas em ataques publicados na imprensa. Consultor Jurídico. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/entrevista-cristiano-zanin-martins-advogado-ex-presidente-lula>. Acesso em: 28. mai. 2017.

As opiniões comuns oriundas de governo e oposição evidenciam o método comum de análise da Operação Lava Jato, observada a partir de um individualismo metodológico, centrado na figura do juiz Sérgio Moro.

Ocorre que- o que se pretende destacar no presente trabalho-, a partir do referencial teórico sistêmico, o ponto de observação em uma operação complexa, como a Lava Jato, não pode ser o sujeito que decide de maneira isolada, como se tem feito a partir da referência constante ao juiz Sérgio Moro.

Em uma análise sociológico-sistêmica, centrada na perspectiva das organizações, pouca relevância tem a observação que parte de um individualismo metodológico, método recorrente nas discussões acerca da Operação Lava Jato. Nesse sentido, como destaca Rocha (2013), entre a matriz analítica e a pragmático-sistêmica: *A diferença está na ênfase na organização em lugar do sujeito atomizado*[172].”

Para elucidar tal ponto, basta verificar que a grande maioria das decisões oriundas da 13ª Vara Federal de Curitiba- em que pese todas as discussões acerca de fundamentação e outros temas- foram mantidas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região[173], órgão propício, conforme a Teoria dos Sistemas, para ser vir de foco de análise. Nesse sentido, basta observar a manutenção das decisões de primeiro grau de jurisdição em alguns dos casos mais emblemáticos da Operação:

> A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) confirmou ontem (16/12), por unanimidade, a condenação do ex-diretor internacional da Petrobras, Nestor Cuñat Cerveró, a cinco anos de prisão, em regime inicial fechado, pelo crime de lavagem de dinheiro. A decisão também ordenou a expedição de mandado de prisão para a execução provisória da pena, independente de recurso.” [...] “Em seu voto, o desembargador federal João Pedro Gebran Neto, relator dos processos da Lava Jato no TRF4, entendeu que deve ser mantida a condenação de Cerveró pelo crime de lavagem de dinheiro . (ACrim 5007326-98.2015.404.7000/TRF) 174
>
> Após a sentença, o Ministério Público Federal (MPF) e os réus recorreram ao TRF4. O relator dos processos da Lava Jato no tribunal, desembargador federal João Pedro Gebran Neto, decidiu manter parte das condenações.” “A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) concluiu ontem (9/12) o julgamento da segunda apelação criminal decorrente das investigações da Operação Lava Jato. O caso refere-se à ação penal envolvendo a doleira Nelma MitsuePenassoKodama, além de outros cinco réus. Foram mantidas as condenações de Iara Galdino da Silva, de Juliana Cordeiro e de Rinaldo Gonçalves de Carvalho. Maria Dirce Penasso foi absolvida de todas as acusações e Cleverson Coelho de Oliveira foi absolvido do crime de evasão de divisas. Nelma, por sua vez, foi condenada por organização criminosa, evasão de divisas e corrupção ativa, sendo absolvida somente do delito de lavagem de dinheiro . (ACrim 5026243-05.2014.4.04.7000/TRF) 175.

[172] ROCHA. Leonel Severo. Epistemologia do Direito: Revisitando as três matrizes. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo/RS V.5, n. 2, 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>. Acesso em 12 Mai. 2017. p. 141.

[173] Localizada em Curitiba, Paraná, é a vara com competência para julgar Direito Criminal, Crime Organizado, SFN e Processos do Júri. Vara responsável, no Brasil, pela condução dos processos da Operação Lava-Jato Disponível em <http://www.jfpr.jus.br/enderecos/jfpr/?id_orgao=88>. Acesso em: 09. Set. 2016.

[174]TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). OPERAÇÃO Lava Jato: TRF4 mantém condenação de Nestor Cerveró por lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11581>.Acesso em: 09 Ago. 2016.

[175]TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO (TRF4). OPERAÇÃO Lava Jato: TRF4 mantém condenação de Nelma Kodama. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11562> Acesso em 09 Ago. 2016.

Situação análoga é verificada na manutenção da polêmica prisão preventiva de Marcelo Odebrecht, responsável pela empreiteira Odebrecht, uma das empresas investigadas na Operação Lava Jato[176]:

> OPERAÇÃO LAVA-JATO". HABEAS CORPUS. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMPLEXO ENVOLVIMENTO DO CRIMINOSO. NOVOS PARADIGMAS. NOVO DECRETO PRISIONAL. PRECLUSÃO PROJUDICATO. INEXISTÊNCIA. PROVOCAÇÃO. PRESENÇA. AUSÊNCIA DE NULIDADE.
> [...] 5. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade, real e concreta, para tanto.
> 6. Para a decretação da prisão preventiva é imprescindível a presença do fumus commissi delicti, ou seja, prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, bem como do periculum libertatis, risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.
> 7. A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada "Operação Lava-Jato", os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos.
> 8. Em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato, como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização, ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa.
> 9. Materialidade e indícios suficientes de autoria caracterizados pela transferência de significativo numerário entre contas situadas no exterior, em nome de offshores das quais o paciente figura como controlador e beneficiário, inclusive no curso da investigação e após a sua notoriedade.
> 10. Havendo fortes indícios da participação do paciente em "organização criminosa", em crimes de "lavagem de capitais" e "contra o sistema financeiro nacional", todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública (STJ/HC nº 302.604/RP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, QUINTA TURMA, julg. 24/11/2014).
> 11. Surgindo indícios de atuação do paciente na tentativa de interferir na colheita de provas, admite-se a prisão preventiva como forma de preservação da instrução criminal.
> 12. A teor do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal, é indevida a aplicação de medidas cautelares diversas, quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe

[176]A Odebrecht é uma das maiores empresas brasileiras e atua em mais de 27 países. Com atuação em diversos negócios, ente os quais Engenharia & Construção, Indústria, Imobiliário e no desenvolvimento e operação de projetos de Infraestrutura e Energia, a empreiteira é uma das empresas investigadas na operação lava jato, acusada de fraudar licitações de obras públicas. O líder da empreiteira, Marcelo Odebrecht, está em prisão preventiva há mais de um (ementa de habeas corpus colacionado acima) ano. ODEBRECHT. Sobre a organização. [n.i]. Disponível em: < http://www.odebrecht.com/pt-br/organizacao-odebrecht/sobre-a-organizacao>. Acesso em: 12 ago 2016.

23/10/2014).
12. Ordem de habeas corpus denegada177. (grifo nosso).

Tal posicionamento pode ser verificado quantitativamente, principalmente nas decisões envolvendo concessão/ denegação da ordem em sede de Habeas Corpus, verificando-se, na grande maioria dos casos, a manutenção das decisões proferidas na 13ª Vara Federal de Curitiba.

Em análise qualitativa, concluiu-se que mais de 90% das decisões oriundas da 13ª Vara Federal de Curitiba, proferidas pelo juiz Sérgio Moro- em que pese as diversas críticas feitas em veículos de comunicação de massa e no meio jurídico- têm sido confirmadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região[178].

Referida constatação, que aponta divergência em relação às manifestações que se tem feito acerca da Operação Lava Jato, principalmente em artigos jurídicos, demonstra a importância de observar o referido tema a partir da perspectiva sociológico-sistêmica, com ênfase na teoria das organizações[179]. Assim, com o intuito de constatar a falha metodológica na observação e de propor uma alternativa ao observador, far-se-á uma exposição acerca da Teoria dos Sistemas Sociais e de sua importância em tempos de Lava Jato no próximo tópico.

3 Do individualismo metodológico à Organização: pressupostos sociológico-sistêmicos para observar a Operação Lava Jato

Pela complexidade e inovação que a Operação Lava Jato apresenta no cenário do Poder Judiciário, levando-se em consideração o que foi demonstrado acima, entende-se que uma observação da referida operação não pode prescindir de considerações sociológico-sistêmicas acerca da decisão.

A posição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região[180] ao longo da Operação Lava Jato apresenta proximidade com as características da gestão organizacional descrita por Dario Rodriguez[181], partindo dos pressupostos da Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann[182].

Na Teoria dos Sistemas Sociais, após rígidas considerações acerca dos diversos marcos históricos da sociedade, Luhmann[183], afirma que há determinado momento em que a sociedade pode

---

[177] BRASIL Tribunal Regional Federal da 4ª região. Habeas Corpus nº 5031258-66.2015.4.04.0000. PACIENTE/IMPETRANTE: MARCELO BAHIA ODEBRECHT IMPETRADO: Juízo Federal da 13ª VF de Curitiba. Relator: JOÃO PEDRO GEBRAN NETO - 8a. TURMA. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50312586620154040000&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=522bad84e661535cf458c47f4fc384a9&txtPalavraGerada=TBDW> Acesso em 12 ago. 2016.

[178] ROLSSING, Carlos. TRF4 já julgou nove apelações da Lava-Jato: No tribunal, sentenciados pelo juiz federal Sergio Moro são julgados em segunda instância. Zero Hora. Porto Alegre, ano 53, maio 2017. Disponível em: < http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2017/05/trf4-ja-julgou-nove-apelacoes-da-lava-jato-9786175.html>. Acesso em: 12 mai. 2017.

[179] LUHMANN, Niklas. El derecho de La sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

[180] Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Situado em Porto Alegre/RS, possui competência para julgar recursos oriundos da Justiça Federal de Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Responsável, na Operação Lava Jato, por julgar os recursos de decisões do juiz Sérgio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR.

[181] RODRIGUEZ M.,Darío. Gestión Organizacional: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011

[182] LUHMANN, Niklas. El derecho de La sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

[183] LUHMANN, Niklas. El derecho de La sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

ser observada a partir de sistemas funcionalmente diferenciados; o que Luhmann[184] denomina de diferenciação funcional. Com a função comum de reduzir complexidade na comunicação, cada sistema opera a partir de um código específico. Nessa perspectiva, o Sistema do Direito, a título de exemplo, "[...] é um sistema social parcial que, a fim de reduzir a complexidade apresentada por seu ambiente, aplica uma distinção específica (codificação binária: Direito/ Não Direito) por meio da formação de uma comunicação peculiar (comunicação jurídica)[185].

Na Teoria dos Sistemas Sociais, ponto fundamental no interior de cada sistema é a organização, cuja característica principal é tomar decisões. Como destaca Darío Rodriguez :"*Toda organización puede ser entendida como un sistema autopoiético de comunicaciones, tematizadas como decisiones*[186]."

A partir dessas considerações, é possível concluir que em cada sistema há um subsistema (organização), cuja função característica é tomar decisões. No exemplo do Direito – ponto central do presente trabalho- tal organização é o Tribunal.

Darío Rodriguez[187], autor que destaca o papel das organizações na Teoria dos Sistemas Sociais, afirma que uma das características principais desses subsistemas é a capacidade de condicionar o pertencimento de seus membros. Neste ponto, Darío Rodriguez[188] conclui que o indivíduo, para permanecer ou evoluir em determinada organização deve necessariamente seguir as condições estabelecidas pela própria organização. Nesse sentido: "[...] *la toma de decisiones se divide de tal manera, que los niveles más elevados establecenlas líneas más amplias de la política y losinferiores vanhaciendo esta política más detallada*[189]."

Sendo assim, qualquer observação que parta dos pressupostos sociológico-sistêmicos deve ter a organização como foco de análise em matéria de decisões.

Quando se parte de uma observação pautada pela Teoria dos Sistemas, há de se considerar que, no âmbito das organizações, os seus membros – como condição de pertencimento- decidem conforme as orientações da própria organização. Isso Darío Rodriguez[190]chama de processo de formalização:

> Se llama formalización a las normas y procedimientos diseñados para manejar las contingencias afrontadas por la organización. Mientras más recurrente y rutinario es un procedimiento, más formalizado puede encontrarse, es tanto los casos únicos no están formalizados y debe recurrirse al juicio del que toma la decisión ante cada situación. En todo caso, formalización no significa necesariamente anotación escrita, por lo que puede haber normas formalizadas no escritas191.

---

[184] LUHMANN, Niklas. El derecho de La sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

[185]ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In. ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean (org.). Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 39.

[186]RODRIGUEZ M.,Darío. Gestión Organizacional: elementos para suestudio. 5. ed. Santiago: EdicionesUniversidad Católica de Chile. 2011. p. 122.

[187] RODRIGUEZ M., Darío. Gestión Organizacional: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. p. 19.

[188] RODRIGUEZ M., Darío. Gestión Organizacional: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. p. 19.

[189] RODRIGUEZ M., Darío. Gestión Organizacional: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. p. 45.

[190] RODRIGUEZ M., Darío. Gestión Organizacional: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. p. 69.

[191] RODRIGUEZ M., Darío. Gestión Organizacional: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. p. 69.

Tal assertiva deve levar em consideração, também, o contínuo processo de formação que passam os juízes que disputam a concorrida carreira na Justiça Federal, de modo que o ponto de análise das decisões não perpassa pela construção pessoal da figura de determinado juiz, mas sim de um ator social que decide a partir – e como membro- de uma organização. Neste ponto, é precisa a lição de Darío Rodriguez:

> Todo el personal de la organización debe ser permanentemente entrenado, con el objeto de que consiga desarrollar todo su potencial. Es necesario que todos los niveles jerárquicos de la organización tengan la oportunidad de comprenderla globalmente, de manera que puedan entender el modo en que se inserta su aporte al cumplimiento del objeto genera de la empresa [192].

Observando a Operação Lava Jato a partir da teoria das organizações, o Tribunal Federal da 4ª Região pode ser descrito como uma organização do Sistema do Direito. Tal perspectiva é confirmada quando se conclui que, como demonstrado acima, apesar da série de críticas envolvendo decisões do juiz Sérgio Moro, magistrado responsável pela Lava-Jato em 1º grau de jurisdição, as suas decisões têm sido mantidas pela instância superior.

Nesse sentido, no caso específico da Operação Lava Jato, objeto de análise do presente trabalho, as decisões emanadas do primeiro grau de jurisdição seguem o posicionamento da instância superior (Tribunal). Portanto, pouca relevância possui uma análise centrada na figura do juiz Sérgio Moro, como se tem feito majoritariamente em artigos de opinião e manifestações recorrentes no âmbito jurídico.

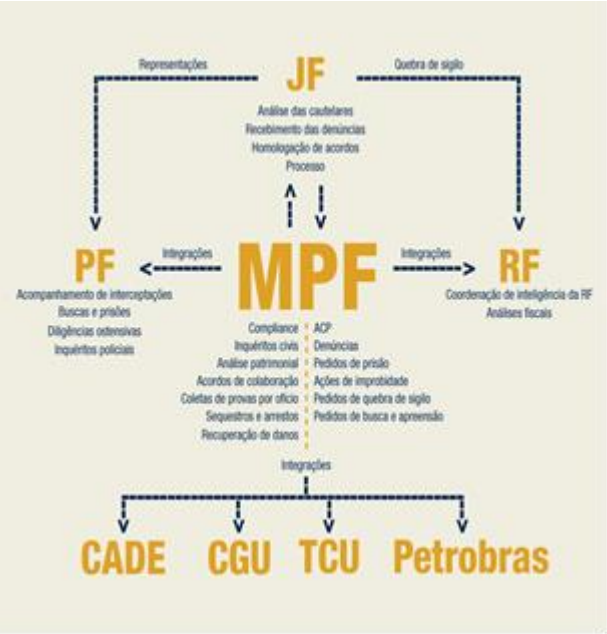
Esses são alguns pressupostos fundamentais da Teoria dos Sistemas para compreender a Operação Lava Jato a partir da sociologia das organizações. Tais considerações são de fundamental importância para observar uma operação complexa nos moldes da Lava Jato. Todavia, conforme se depreende de rápida análise das discussões que a envolvem, não é considerada nos debates sobre o tema.

Conforme exposto ao longo do primeiro item do presente artigo, em operações complexas, como a Lava Jato, as descrições que focam no magistrado como sujeito atomizado em um processo de tomada de decisões não conseguem observar o contexto organizacional em que é formada, a partir da cooperação de diversas instituições. Tal formato é demonstrado no gráfico abaixo, desenvolvido pelo próprio Ministério Público Federal para explicar o caso[193]:

---

[192] RODRIGUEZ M., Darío. Gestión Organizacional: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011. p. 57.

[193] BRASIL. Ministério Público Federal. Fluxo de investigação: papel dos órgãos. Brasília, DF, 2014. Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/fluxo-da-investigacao>. Acesso em: 12 mai. 2017.



Da ilustração acima, observa-se a construção da Operação Lava Jato – em uma perspectiva construtivista- a partir da cooperação de diversões órgãos, incluindo Polícia Federal, Refeita Federal, Ministério Público Federal e Justiça Federal, entre outros.

Além da perspectiva organizacional em que está enquadrado o tribunal, neste caso específico o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja capacidade, enquanto subsistema do Direito, é condicionar o pertencimento de seus membros, a força tarefa da Lava Jato conta com diversos membros dos órgãos acima citados.

Nessa verificação, percebe-se o equívoco de insistir –como fazem os críticos citados no item primeiro deste texto- em uma análise da Operação Lava Jato focada na figura de um juiz que decide de maneira isolada.

A concepção do tribunal como organização do Sistema do Direito e, portanto, como instância encarregada de tomar decisões, o desloca, na concepção de Luhmann[194], para o centro do sistema jurídico.

O modo pelo qual a Operação Lava Jato foi construída, a partir da cooperação de diversos órgãos, evidencia o modelo construtivista em sua concepção, desenvolvida a partir da observação de outro sistema, cuja característica era a pela corrupção[195]:

[194] LUHMANN, Niklas. El derecho de La sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

[195] BRASIL. Ministério Público Federal. Fluxo de investigação: papel dos órgãos. Brasília, DF, 2014. Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/fluxo-da-investigacao>. Acesso em: 12 mai. 2017.



A partir desta constatação, da existência de um sistema que – sem distinções- envolve diversos atores do Sistema da Política, foi construída uma operação específica para tal problema.

Tal operação não é produto de uma pessoa específica, como insistem diversas análises acerca da Lava Jato, mas de uma organização que, como visto acima (primeira imagem), engloba diversas instituições de âmbito federal.

A Operação Lava Jato, nesse sentido, é um exemplo de organização construída a partir de um modelo construtivista, que, inicialmente observa de modo sofisticado como opera determinado sistema caracterizado pela corrupção e, em um segundo momento, desenvolve uma operação baseada nas conclusões oriundas de referida observação. Tudo isso é possibilitado, atualmente, pela conexão em redes, que permite uma comunicação sofisticada entre as diversas instituições envolvidas, especificamente as que aparecem no gráfico divulgado por membros da Operação[196].

Após tal conclusão, resta evidenciada a insuficiência metodológica das diversas análises acerca da Operação Lava Jato, oriundas de ambos os lados (governo e oposição), focadas na figura de um juiz singular, enquanto sujeito atomizado, para descrever uma operação complexa que, como visto, parte de um pressuposto mais sofisticado para o seu desenvolvimento.

Portanto, imprescindível se faz considerar que esse tipo de operação, complexa, necessita de um arcabouço teórico de ampla abstração para ser compreendido. Isso só é possível, conforme demonstrado, por meio da Teoria dos Sistemas Sociais[197], dando-se ênfase na organização em detrimento de um sujeito atomizado.

4 Considerações finais

Como se viu ao longo do trabalho, desde o desenvolvimento da Operação Lava Jato, uma série de opiniões têm sido emitidas sobre ela, desde meios de comunicação de massa, partindo de jornalistas, passando por opiniões jurídicas.

[196] BRASIL. Ministério Público Federal. Fluxo de investigação: papel dos órgãos. Brasília, DF, 2014. Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/fluxo-da-investigacao>. Acesso em: 12 mai. 2017.
[197] LUHMANN, Niklas. El derecho de La sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

Em comum nas opiniões oriundas dos dois lados do Sistema da Política (governo/oposição), e opiniões de jornalistas e juristas, está o individualismo metodológico, centrando as observações na figura do juiz Sérgio Moro, responsável pela Operação do primeiro grau de jurisdição.

Um segundo momento do presente trabalho denunciou, a partir de dados empíricos e referencial teórico sofisticado, a insuficiência do individualismo metodológico para observar uma operação complexa como a Lava Jato. Neste ponto, foi demonstrado o modo como a Operação foi estruturada, bem como o que se pretendia com a sua instauração, que partiu de uma observação sofisticada de um sistema que perpassava ambos os lados do Sistema da Política (governo/oposição), caracterizado, independente dos sujeitos envolvidos, pela corrupção. Tal demonstração foi feita a partir de gráficos desenvolvidos por atores envolvidos diretamente na Operação Lava Jato[198].

Com a demonstração do modo como é estruturada a Operação Lava Jato, bem como da observação que motivou a sua criação, conclui-se que pouco ou nada tem em comum com as perspectivas de análise demonstradas no primeiro item, partindo do individualismo metodológico para descrever a Operação, uma vez que, conforme demonstrado, a Lava Jato não é produto da construção e atuação de um único indivíduo, mas sim de um sistema, de uma organização formada pela atuação conjunta de diversos membros.

Sendo assim, afastando-se do individualismo metodológico – insuficiente para a observação de operações complexas- a Teoria dos Sistemas sociais de Luhmann, centrada na análise das organizações e de um modelo construtivista se mostra adequado para observar a Operação Lava Jato. Nessa perspectiva, faz-se o que há muito tempo tem sido destacado por Leonel Severo Rocha[199]: "A pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade, centrada na organização."

Referências

AZEVEDO, Reinaldo de. Que zurre a direita xucra: exigência que Moro faz a Lula é ilegal: Juiz se irrita porque defesa de petista arrola 87 testemunhas e decide retaliar: exige que Lula esteja presente a todos os depoimentos. Não faz sentido!. *VEJA*. São Paulo. 18 abr. 2017. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/que-zurre-a-direita-xucra-exigencia-que-moro-faz-a-lula-e-ilegal/>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Fluxo de investigação*: papel dos órgãos. Brasília, DF, 2014. Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/fluxo-da-investigacao>. Acesso em: 12 mai. 2017.

CASTRO, Fernando; NUNES, Samuel; NETTO, Vladimir. Moro derruba sigilo e divulga grampo de ligação entre Lula e Dilma; ouça. *G1*. Curitiba, 16. Mar. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/03/pf-libera-documento-que-mostra-ligacao-entre-lula-e-dilma.html> . Acesso em: 12 Agosto. 2016.

[198] BRASIL. Ministério Público Federal. Entenda o caso. Brasília, DF, 2014. Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br >. Acesso em: 12 mai. 2017.

[199] ROCHA. Leonel Severo. Epistemologia do Direito: Revisitando as três matrizes. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo/RS V.5, n. 2, 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>. Acesso em 12 Mai. 2017. p. 141.

CHAER, Márcio; CARDOSO, Maurício; DE VASCONCELLOS, Marcos de; Léllis, Leonardo. Ações contra Lula são baseadas em ataques publicados na imprensa. *Consultor Jurídico*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/entrevista-cristiano-zanin-martins-advogado-ex-presidente-lula>. Acesso em: 28. mai. 2017.

CNJ. Resolução nº 106/2010. Dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acesso aos Tribunais de 2º grau. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2830> Acesso em: 10.Agosto. 2016.
ENTENDA o caso. *Ministério Público Federal*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 12 Ago. 2016.

FALCÃO, Mariana. Manifestação no Recife tem Sérgio Moro como herói nacional. *VALOR ECONÔMICO*. 13 março. 2016. Disponível em: http://www.valor.com.br/politica/4478460/manifestacao-no-recife-tem-sergio-moro-como-heroi-nacional. Acesso em 09. Agosto. 2016

JUIZ Moro, o herói dos protestos pelo país. *VEJA*, [S.I], 13 março. 2016. Disponível em: http://veja.abril.com.br/brasil/13-de-marco-juiz-moro-o-heroi-dos-protestos-pelo-pais/. Acesso em 09. Ago. 2016.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de La sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

MACEDO, Fausto. Na terra da lava-jato, 200 mil apoiam juiz Sérgio Moro em ato pró impeachment: Publico recorde vai às ruas em Curitiba na manifestação do 13 de março, contra o governo da presidente Dilma Rousseff, e faz ato de desagravo aos investigadores e ao magistrado que mandou conduzir Lula coercitivamente para depor. *ESTADÃO*. 13 março. 2016. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/na-terra-da-lava-jato-200-mil-apoiam-juiz-sergio-moro-em-ato-pro-impeachment/. Acessoem: 09. Ago. 2016

MARQUES, José; PESSOA, Gabriela Sá. Lula recorre de decisão que determina sua presença em oitiva de testemunhas. São Paulo. *Folha de São Paulo*. 18 de abril de 2017. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/04/1876717-lula-recorre-de-decisao-que-determina-sua-presenca-em-oitiva-de-testemunhas.shtml>. Acesso em 20 abri. 2017.

MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación y contingencia en América Latina*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado: Santiago de Chile, 2010

NA DISPUTA mais acirrada da história, Dilma é reeleita presidente do Brasil. *FOLHA DE SÃO PAULO*. São Paulo, 26 out. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1537894-dilma-e-reeleita-presidente-do-brasil.shtm.> Acesso em: 10. Ago. 2016.

OMS, Carolina; PERES, Bruno; AGOSTINE, Cristiane; VIEIRA, André Guilherme; CASADO, Letícia. Ministro do STF coloca em dúvida gravações entre Dilma e Lula. *Valor Econômico*. 13.

Mar. 2016. Disponível em: < http://www.valor.com.br/politica/4485294/ministro-do-stf-coloca-em-duvida-gravacoes-entre-dilma-e-lula> . Acesso em: 12 Ago. 2016.

OPERAÇÃO Lava Jato: TRF4 mantém condenação de Nelma Kodama. *JUSTIÇA FEDERAL*. Porto Alegre. 10. Dez. 2016. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11562> Acesso em 09 Ago. 2016.

OPERAÇÃO Lava Jato: TRF4 mantém condenação de Nestor Cerveró por lavagem de dinheiro. *JUSTIÇA FEDERAL*. Porto Alegre. 17 dezembro. 2015. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=11581>. Acesso em: 09. Agosto. 2016.

ORTIZ, Déliz. Sérgio Moro afirma que ficou tocado com o apoio do povo brasileiro: o governo e a oposição comentaram as manifestações de domingo. Moro ressaltou a importância das autoridades ouvirem a voz das ruas. *G1*, Brasília, 14 março. 2016. Disponível em: http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/03/sergio-moro-afirma-que-ficou-tocado-com-o-apoio-do-povo-brasileiro.html. Acesso em 09. Ago. 2016. 2- 13 de março.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico II. In. ROCHA, Leonel Severo; SCHARTZ, Germano; CLAM, Jean (org.). *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA. Leonel Severo. Epistemologia do Direito: Revisitando as três matrizes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo/RS V.5, n. 2, 2013. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>. Acesso em 12 Mai. 2017. p. 141.

RODRIGUEZ M., Darío. *Gestión Organizacional*: elementos para su estudio. 5. ed. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile. 2011.

ROLSSING, Carlos. TRF4 já julgou nove apelações da Lava-Jato: No tribunal, sentenciados pelo juiz federal Sergio Moro são julgados em segunda instância. *Zero Hora*. Porto Alegre, ano 53, maio 2017. Disponível em: < http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2017/05/trf4-ja-julgou-nove-apelacoes-da-lava-jato-9786175.html>. Acesso em: 12 mai. 2017

STF DIVULGA CONVERSA DE JORNALISTA COM IRMÃ DE AÉCIO. *Estadão*. 23 de maio de 2017. Disponível em: < http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,stf-divulga-conversa-de-jornalista-com-irma-de-aecio,70001810497>. Acesso em: 28 mai. 2017.

DIREITO E MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL: UM ESTUDO A PARTIR DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA CAPACIDADE DE LIDAR COM OS DIREITOS DAS MINORIAS

Selmar José Maia[200]
Carlos Eduardo Alban[201]

Resumo:

Para refletir sobre as limitações e possibilidades do direito atual, analisaremos os novos movimentos e 19 audiências públicas. Em um primeiro momento, disserta-se sobre a importância desses eventos para a sociedade brasileira, destacando-se, sobretudo, as irritações provocadas pelos movimentos de protesto aos subsistemas sociais. Ainda, frisa-se a importância das ferramentas tecnológicas, principalmente a internet como forma de acoplamento, aperfeiçoamento e concretização da democracia brasileira. Já nas últimas partes do presente artigo, discorre-se sobre as audiências públicas e a possibilidade desses eventos serem uma ponte para participação efetiva dos cidadãos, considerando que buscam debater temas de grande repercussão geral e que ainda carecem de análise jurídica por meio do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, ao analisar as construções teóricas críticas a respeito das assimetrias das relações sociais de poder, conclui-se que, apesar de fundamental e relativamente efetiva em matéria de participação popular, uma arena pública centralizada de deliberação mostra-se insuficiente considerando as demandas de uma sociedade policontextural.

Palavras-chave: Movimentos sociais. Transformação. Sociedade. Democracia. Audiência pública.

LAW AND SOCIAL MOVEMENTS IN BRAZIL: A STUDY BASED ON THE PUBLIC HEARINGS OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT AND ITS CAPACITY TO DEAL WITH MINORITY RIGHTS.

Abstract:

To reflect on the limitations and possibilities of the current law, we analyze the new movements and 19 public hearings. At first, it will discuss the importance of these events for Brazilian society, emphasizing, above all, the irritations caused by the protest movements to social subsystems. Moreover, it underlines the importance of technological tools, especially the internet, as a form of coupling, improvement and implementation of Brazilian democracy. In the last parts of this article, the public hearings and the (im)possibility of such events as a bridge to effective participation of citizens are debated, considering they seek to deal with issues of great general repercussion and that they still lack legal analysis by the Supreme Court. However, in analyzing the critical theoretical constructions regarding the asymmetries of the social relations of power, it is

[200] Advogado. Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica de Nível Superior – CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha – FSG.

[201] Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Bolsista Integral do Programa CNPq. Especialista em Direito Médico pela Universidade Católica de Salvador – UCSAL. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA.

concluded that, although fundamental and relatively effective in terms of popular participation, a centralized public deliberation arena is insufficient considering the demands of a Polyontextural society.

Keywords: Social movements. Transformation. Society. Democracy. Public hearing

1 Introdução

A facilidade de comunicação no último século aproximou e, ao mesmo tempo, aumentou a complexidade entre pessoas, grupos e instituições. Nesse ínterim, os chamados novos movimentos sociais foram ganhando espaço em meio a uma sociedade policontextual que conta com novas ferramentas de comunicação. Todavia, mesmo com mudanças sociais provocadas pela tecnologia, a mesma arena discursiva única e centralizada de deliberação pública de outrora vem sendo palco dos debates que geram mais controversas e que permeiam relações assimétricas entre diferentes grupamentos sociais.

Como forma de primar por uma participação mais efetiva da população, o Judiciário brasileiro vem adotando, desde o ano de 2007 (a partir da Audiência Pública sobre células-tronco embrionárias) uma série de medidas para ampliar o acesso ao judiciário. Uma dessas opções são as chamadas audiências públicas, que buscam debater temas de grande repercussão geral que perpassam os mais variados setores da sociedade e que possuem forte contribuição dos movimentos sociais em suas pautas.

A fim de analisar a eficácia e impacto que esses novos movimentos sociais têm nas decisões controversas da suprema corte, em um primeiro momento do artigo, disserta-se sobre o Direito e a democracia na era global, abarcando as promessas da última Constituição para com a sociedade brasileira partindo de um referencial teórico pragmático-sistêmico *luhmanniano* e de sociólogos como Manuel Castells e Maria da Glória Gohn.

Por seu turno, no segundo e terceiro tópicos, desenvolve-se uma análise mais sofisticada dos novos movimentos sociais, partindo-se da pergunta fulcral desta pesquisa: "há espaço nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal para participação efetiva do cidadão e seria apenas a participação formal suficiente?". Para tanto, serão contrastadas construções teóricas que discutem democracia e a efetividade do direito das minorias como Nancy Fraser e Patricia Hill Collins.

2 Os Novos Movimentos Sociais e a Busca pela Efetivação da Democracia

Embora a questão da democracia seja tema conhecido no mundo acadêmico, uma vez que existem inúmeras dissertações e teses tratando sobre a importância do assunto nos Estados Democráticos de Direito, o advento da Constituinte de 1988, que assegura mecanismos democráticos para que a população possa aperfeiçoar a Democracia, fez com que a questão do resgate de seu fundamento ganhasse novamente seu espaço de debate, perpassando praticamente todas as camadas da sociedade brasileira. No que tange à busca pela efetivação da democracia, as

ideias aqui propostas se coadunam ao que bem dissertou Claude Lefort[202], ao trazer que a democracia, bem mais do que se limitar às suas instituições constituintes, ela própria é uma forma de sociedade.

Nesse sentido, pode-se dizer que a democracia nasce como experiência na qual o povo será colocado como soberano; entretanto, sua identidade estará sempre em constante discussão[203]. Para Leonel Severo Rocha, a democracia é uma forma política eminentemente histórica devido ao questionamento que implica a necessidade do consenso social para sua legitimação, o que pressupõe na democracia a participação da sociedade[204]. Ainda, é importante destacar que a Carta Constitucional inovou ao trazer a possibilidade de apresentação de emendas populares que possibilitem o exercício de uma democracia semidireta, como é o caso do artigo quatorze da Constituição, que prevê mecanismos de iniciativa popular, plebiscito e referendo[205].

Nesse mesmo contexto, importantes são as observações de Vicente Paulo Barretto ao mencionar que "a importância de se reproduzir esse tipo de reflexão no constitucionalismo brasileiro pode ser justificada [...] porque as grandes transformações não se concretizam simplesmente com o surgimento de novos textos, mesmo que sejam *revolucionárias* constituições" [206]. Um exemplo clássico seria o de como as ocupações dos espaços públicos são uma maneira de pressionar o Estado a intervir na efetivação de direitos, de fazer cumprir o que já está garantido, mas não efetivado pela Constituição.

Desse modo, embora a Constituinte represente uma conquista para o Estado Democrático de Direito, suas promessas não se concretizam pelo simples fato de encontrar guarida em seu próprio corpo constitucional. Logo, a participação popular, seja por meio dos movimentos sociais, seja por meio de seus representantes políticos, tem o dever de pressionar na concretização dos direitos prometidos/efetivados pela *Lex Magna*. Seguindo nesse mesmo sentido, Paulo Napoleão Nogueira da Silva destaca que os instrumentos de participação popular inscritos na Constituição significam avanço em relação às Constituições anteriores. Mas, ainda assim, mostram-se tão tímidos – tênues promessas ou advertências – que resultam insuficientes[207].

Para Zilda Grícoli Iokoi, a globalização desencadeou um alargamento das fronteiras, na medida em que as novas tecnologias e o barateamento dos meios de comunicação têm levado as sociedades a interagirem cada vez mais entre si[208]. No entanto, para um maior entendimento dos movimentos sociais do século XXI, é necessário analisá-los a partir de um contexto global, até

---

[202] LEFORT, Claude. Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade./ Claude Lefort; tradução Eliana M. Souza. –Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

[203] LEFORT, Claude. *Ibidem.* p.35.

[204] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p. 119,120.

[205] REIS, Márlon. O gigante Acordado: manifestações, Ficha Limpa e Reforma Política. Rio de Janeiro: LeYa, 2013. p. 66.

[206] BARRETTO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In:* STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS:mestrado e doutorado.V10: Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo:UNISINOS, 2013. p. 277.

[207] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, Democracia e realidade brasileira. 1ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1989. p. 146.

[208] IOKOI, Zilda Márcia Grícoli. Movimentos sociais na América Latina: desafios teóricos em tempos de globalização. In: Júlio Quevedo; Márcia Grícoli Iokoi (orgs.). Movimentos sociais na América Latina: desafios teóricos em tempos de globalização. Santa Maria: MILA, CCSH, Universidade Federal de Santa Maria. 2007, p. 09.

porque, na contemporaneidade brasileira, "alguns ideários têm permeado as demandas e lutas dos mais diversos movimentos sociais" [209].

O resultado, segundo Ilse Scherer-Warren, a ampliação da democracia a partir da participação da sociedade civil organizada, o alargamento dos processos de inclusão social e de reconhecimento de diferenças socioculturais e institucionalização dessas demandas em direitos humanos e da cidadania"[210] têm ganhado forte destaque ultimamente.

Ademais, as novas tecnologias certamente têm um papel importante nesse processo participativo, visto que, como aponta Manuel Castells, vários acontecimentos importantes trouxeram complexidade da comunicação para a sociedade, mas nenhum se compara à revolução tecnológica[211]. Nesse contexto de maior rapidez e fluidez da comunicação, os novos movimentos sociais vêm tentando comunicar a toda sociedade no sentido de que é necessário resgatar a democracia sequestrada pelas instituições políticas e pelas camadas mais abastadas[212].

Por outro lado, destaca-se que, concentradas nas tecnologias da informação, as redes remodelaram a base da comunicação perpassando todas as camadas da sociedade em ritmo acelerado. Nesse mesmo sentido, verifica-se que "as redes interativas de computadores estão crescendo exponencialmente, criando novas formas e canais de comunicação, moldando a vida e, ao mesmo tempo, sendo moldadas por ela" [213].

Importa frisar, em termos *luhmannianos*, que os movimentos sociais se apropriam das redes tecnológicas como forma de acoplamento na tentativa de *irritar o sistema*, produzir divergência, preencher as lacunas e combater as injustiças produzidas. Contudo, como os próprios movimentos estariam inseridos na sociedade, tem-se uma luta interna de "*la sociedad contra la sociedad*" [214]. Todavia, essa constatação não implica uma desimportância desses movimentos, na medida em que "os protestos reconhecem temas que nenhum sistema funcional (política, economia, religião, sistema educativo, ciência, direito) reconheceu como seu"[215].

Ademais, conforme salienta Celso Fernandes Campilongo, "os movimentos sociais fazem a crítica da sociedade. Logo, seus alvos são as lacunas, as inconsistências, as perversões, o mau funcionamento e os efeitos do próprio funcionamento dos sistemas de função"[216]. Desse modo, os novos movimentos sociais possuem um descontentamento em comum; tais insatisfações se expressam por meio do protesto, tentando combater uma estrutura que impera historicamente na sociedade e que gera exclusão[217]. Nesse contexto, "os movimentos sociais provocam a realidade do direito, perseguem o objetivo de mudar o Direito. Em casos extremos, não só o direito: mas sim, mudar toda a sociedade"[218].

---

[209] WARREN, Ilse Scherer. Movimentos sociais e geração de novos direitos em tempos globais: o caso brasileiro. In: GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M. (orgs.). Movimentos sociais na era global. 1 ed. Petrópolis,RJ: Vozes, 2012. p. 115.

[210] *Idem. Ibidem.*

[211] *Ibidem*., p. 39.

[212] CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 15.

[213] CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 40.

[214] LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Editorial Herder, 2006. p. 672.

[215] LUHMANN, Niklas. *Sociologia del riesco.* Tradução Javier Torres Nafarrate (Coord). México : Iberoamericana, 1992.p. 191.

[216] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Interpretação do direito e movimentos sociais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 63.

[217] *Ibidem.*, p. 52.

[218] *Ibidem*, p. 158.

No mesmo sentido, Charles Titty[219] destaca que construir um forte movimento social pró-democracia é uma tarefa necessária para toda sociedade civil que se depara com um ambiente político opressivo. Por sua vez, Lucia Santaella assinala que "a ação dos movimentos sociais não está dirigida fundamentalmente contra o Estado e não pode ser identificada como uma ação política pela conquista de poder". As ações dos novos movimentos sociais, ao contrário de uma ação de classes, são direcionadas a qualquer adversário social [220].

Nas palavras de Luhmann, *"los movimientos de protesta tienen que reclutar a sus seguidores e impresionar a los adversarios"*[221]. Apesar de exercerem um papel importante para as sociedades democráticas, os movimentos sociais, muitas vezes, são alvo de ataques, principalmente, da grande mídia e de alguns políticos. Entretanto, esquece-se de que, em um Estado Democrático de Direito, é lícito à sociedade civil se expressar com liberdade de voz, manifestar suas demandas emergentes, equacionar demandas materiais e simbólicas por meio dos movimentos sociais, grupos de pressão institucional ou até mesmo através de seus representantes na própria esfera estatal[222].

Dessa forma, o fato é que, ao longo da história, os movimentos foram e ainda continuam sendo os promotores da transformação[223]. Todavia, paradoxalmente, ainda que alguns movimentos sociais tenham forte representação, quando analisados no âmbito das Audiências Públicas no STF, pouca ou nada se constata da sua participação, como é o caso do Movimento dos Trabalhadores sem Terra, por exemplo.

Faz-se necessário mencionar também que na sociedade *policontextural*, a *disputa* pela democracia é simultaneamente local e global[224], perdendo-se até o sentido dessa divisão. Nesse sentido, os novos movimentos sociais ganharam agilidade, força e incremento ao tirarem proveito das redes digitais móveis de comunicação à distância. Aliás, note-se que, em outros tempos, esses acontecimentos dependiam estritamente da ocupação dos prédios e das praças públicas, bloqueios de estradas e avenidas[225].

Castells alerta que, apesar de os movimentos surgirem com a indignação nas plataformas digitais, "precisam abrir um novo espaço público que não se limite à internet, mas se torne visível nos lugares da vida social. É por isso que ocupam o espaço urbano e os prédios públicos simbólicos" [226]. A propósito, os espaços ocupados têm desempenhado papel importante na história da mudança social, assim como na prática contemporânea.

Feitas essas observações da importância dos novos movimentos sociais como medida de ampliação da democracia brasileira, a realidade das audiências públicas e a possibilidade de participação efetiva do cidadão por meio dos novos movimentos sociais e órgãos não governamentais em casos de grande relevância social é trazida à tona. Nesse contexto, levanta-se a hipótese acerca dos efeitos de se deliberar questões socialmente controversas em uma única arena pública centralizada.

---

[219]TILLY, Charles. Movimentos sociais como política. Traduzido por André Villalobos. *In:* Revista Brasileira de Ciência Política, n° 3. Brasília, janeiro-junho de 2010. p. 133.

[220] SANTAELLA, Lucia. Movimentos sociais não são mais os mesmos. *In:* FILHO, Willis Santiago Guerra (Coord.). Alternativas poético-políticas ao Direito: a propósito das manifestações populares em junho de 2013 no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 02.

[221] LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Herder, 2006. p. 681

[222] WARREN, Ilse Scherer. Movimentos sociais e geração de novos direitos em tempos globais: o caso brasileiro. In: GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M. (orgs.). Movimentos sociais na era global. 1 ed. Petrópolis,RJ: Vozes, 2012. p. 116,117.

[223] CASTELLS, *Ibidem*., p. 157.

[224] GOHN, *Ibidem*., p. 25.

[225] SANTAELLA, *Ibidem.*, p 02.

[226] CASTELLS, *op. cit.*

3 Movimentos Sociais e Audiências Públicas: Um Acoplamento para a Ampliação da Democracia Participativa

Para analisar a situação das audiências públicas, parte-se do ano de 2009, ano de realização da primeira audiência pública no Supremo Tribunal Federal[227], até os dias atuais, em meio às irritações dos novos movimentos sociais. Necessário lembrar também que no período pós-ditadura militar já havia movimentos sociais debatendo assuntos importantes e que contêm relação direta com a efetivação de direitos, sobretudo na área de direito sanitário. É o caso do movimento que versou sobre a necessidade de reforma para municipalização da saúde, bem como o movimento sanitário brasileiro, inspirado na reforma sanitária italiana. Essas ideias não abarcavam apenas o sistema, mas todo o setor da saúde, introduzindo uma maior busca por melhores condições de vida da população[228].

A despeito de outros fatos importantes, foi a partir desses eventos que se possibilitou vislumbrar a forma de articulação dos movimentos sociais na tentativa de efetivar direitos ainda não contemplados pela sociedade, sobretudo por meio de audiências públicas. Nesse ínterim, as audiências públicas tornaram-se uma ferramenta (acoplamento) importante para efetivação de direitos, justamente porque possibilitam participação mais efetiva, tanto da sociedade quanto dos órgãos públicos. Assim, passados alguns anos desde os primeiros movimentos sociais e audiências públicas, verifica-se sua possibilidade de abertura democrática como ponte entre o poder judiciário e a sociedade brasileira.

É importante observar que essas audiências se apresentam como um novo mecanismo de participação social[229], *uma ponte imaginária* entre judiciário e sociedade.

Nas palavras de Simmel:

> A ponte se torna um valor estético, não somente quando estabelece, nos fatos e para a realização dos seus objetivos práticos uma junção entre termos dissociados, mas também na medida em que a torna imediatamente sensível. Ela oferece ao olhar, ligando as partes da paisagem, o mesmo suporte que oferece ao corpo para satisfazer a realidade da praxis. A simples dinâmica do

---

[227] As perguntas a seguir foram retiradas diretamente do *site* do Supremo Tribunal Federal - STF.

Qual o objetivo da realização de uma audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal? Esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal (arts. 13, XVII, e 21, XVII, do RISTF). Quem será ouvido em audiência pública? Especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas. Pessoas com experiência e autoridade na matéria submetida ao Tribunal (arts. 13, XVII, e 21, XVII, do RISTF). Quem pode convocar uma audiência pública? O Presidente do Tribunal (art. 13, XVII, do RISTF) ou o Relator do processo (art. 21, XVII, do RISTF).

Que dispositivos regulam a matéria? Art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/99; art. 6º, § 1º, da Lei 9.882/99; e arts. 13, XVII, 21, XVII, e parágrafo único do art. 154 do RISTF. A quem compete a seleção das pessoas que serão ouvidas em audiência pública? Caberá ao Ministro que presidir a audiência selecionar as pessoas que serão ouvidas, divulgar a lista dos habilitados, determinar a ordem dos trabalhos e fixar o tempo de que cada um disporá para se manifestar (art. 154, parágrafo único, III, do RISTF). É necessária a inscrição para assistir à audiência pública?

Não. A audiência será transmitida pela TV Justiça e pela Rádio Justiça (art. 154, parágrafo único, V, do RISTF). No âmbito do Tribunal, o número de espectadores será limitado apenas à capacidade do local de sua realização.

Como requerer a participação na audiência pública? Informações fornecidas pelo Gabinete do Ministro responsável pela audiência estão disponíveis no link "*Previstas".* É possível enviar sugestões? Informações fornecidas pelo Gabinete do Ministro responsável pela audiência estão disponíveis no link "*Previstas"*. Disponível em: http:<//www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em 21 set. 2016.

[228] Reforma sanitária. Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: < http://bvsarouca.icict.fiocruz.br/sanitarista05.html>. Acesso em 13 de out. 2016.

[229] GODOY, Miguel Gualano de. Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 179.

> movimento, em cuja efetividade vem se esgotar a cada vez o "objetivo" da ponte se faz visualmente durável, [...]. A ponte empresta um sentido último, superior a todo o sensível, uma figura particular que não mediatiza nenhuma reflexão abstrata e que recolhe em si a significação prática da ponte[230].

Ademais, observa-se que, até o momento, dezenove audiências foram realizadas pelo Supremo; entre elas, citam-se as mais polêmicas em termos de discussão social, sendo a primeira a respeito da judicialização no Sistema Único de Saúde, considerando a negativa do fornecimento de medicamentos com custo elevado a pacientes em estado de saúde grave por parte dos municípios e os estados. Nesse sentido, para Gilmar Mendes, a referida audiência pública buscou analisar os fatos de ambas as esferas, chegando-se ao entendimento de que, "no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, visto que ocorre na quase totalidade dos casos é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes" [231].

A terceira audiência, por sua vez, tratou sobre interrupção de gravidez em caso de feto anencéfalo e teve forte impacto social, envolvendo setores sanitários, religiosos e os movimentos feministas. No Brasil, assim como em outros países da América Latina, o aborto ainda é um dos mais graves problemas de saúde pública, sobretudo considerando a disparidade de acesso à saúde entre mulheres de diferentes classes sociais.

Já a quarta guardou relação com a regulamentação de políticas públicas afirmativas de acesso ao ensino superior, que contou com forte participação do movimento negro, resultando impacto substancial na composição étnico-econômica dos estudantes universitários nos anos subsequentes. De igual sorte, a audiência sobre pesquisas científicas com células-tronco embrionárias ganhou enorme repercussão geral e foi considerado pelos próprios ministros do STF como o julgamento mais importante da história do Tribunal[232].

Em situação similar encontraram-se tanto a audiência que tratou sobre o financiamento de campanhas eleitorais, como a que discutiu sobre o programa "Mais Médicos", que contou com uma significante participação de cidadãos[233]. A audiência pública que tratou do ensino religioso nas escolas públicas, por sua vez, estabeleceu as medidas a serem tomadas para uma perspectiva laica da educação, na medida em que representa um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito e envolve o interesse de diversas camadas da população. Por fim, tem-se a audiência que discutiu acerca do Novo Código Florestal, que contou com grande presença de representantes de movimentos sociais e da sociedade civil, acadêmicos, pesquisadores e representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental, conforme destacou o ministro Luiz Fux[234].

Em outros termos, em uma primeira análise, é possível perceber que o Supremo Tribunal Federal caminhou no sentido de ampliar o acesso democrático da população. Para o Ministro, foi uma resposta à crítica que existe em relação ao STF quanto à capacidade institucional da

---

[230] SIMMEL. Georg. *Ibidem.*

[231] STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em: 03 meio 2016.

[232] CONECTAS. STF decide que pesquisa com células-tronco embrionárias é constitucional. Disponível em: http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/stf-decide-que-pesquisa-com-celulas-tronco-embrionarias-e-constitucional>. Acesso em: 21 set. 2016.

[233] Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/05/participantes-de-audiencia-defendem-continuidade-do-mais-medicos>. Acesso em: 21 set. 2016.

[234] Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em: 03 maio 2017.

magistratura para ouvir os clamores de todos os setores da sociedade em questões de maior complexidade.

4 Acerca da Insuficiência da Esfera Pública Oficial para a Efetivação dos Direitos das Minorias

Importa frisar que ao se pensar nas audiências públicas como um modelo democrático de debate sobre questões que envolvem interesses sociais conflitantes, é necessário se discutir a própria definição de esfera pública. Nesse ínterim, Fraser traz que concepções marxistas dominantes, que comumente influenciaram a pauta dos movimentos sociais clássicos, falham em diferenciar os aparatos do Estado (como as audiências públicas) das demais arenas públicas de debate e associação. Essa visão acaba se tornando obstáculo à participação democrática, na proporção em que legitima a institucionalização de uma forma estatal autoritária de controle dos debates[235].

Outro problema conceitual para autora um pouco menos trágico é relativo à confusão comum de algumas feministas em considerar a expressão como significando tudo aquilo que está fora da esfera familiar ou doméstica. Essa posição interpretativa é insensível às distinções do que, dentro da esfera pública, representa o Estado, a economia oficial do trabalho assalariado e as arenas públicas de discurso, ao passo em que confluem todas elas no mesmo conceito amplo, sendo um exemplo de eventual problema prático decorrente as críticas dos movimentos sociais feministas ao trabalho doméstico estarem indo de encontro à sua reificação em uma economia capitalista[236].

Fraser levanta essas críticas para introduzir sua própria definição de esfera pública, destituída de um atrelamento conceitual com relações econômicas e a noção de Estado, que remonta muitos aspectos do trabalho teórico de Jürgen Habermas. Nesse sentido, uma esfera pública habermasiana, em contrapartida, representaria um teatro no qual a participação política é mediada pelo diálogo ou, em outras palavras, um espaço em que cidadãos deliberam sobre seus assuntos comuns em uma arena institucionalizada de interação discursiva. Através dessa separação, então, as noções essenciais relacionadas à esfera pública podem ser mais bem delimitadas[237].

Ao remontar a pesquisa de Habermas sobre o breve e tímido surgimento histórico de um modelo burguês de esfera pública (antes do Estado de bem-estar social), Fraser sinaliza para um mecanismo institucionalizado para racionalizar uma política de dominação ao tornar os Estados, de alguma forma, responsáveis por dar alguma satisfação para (alguns) cidadãos. Nisso, criou-se uma arena discursiva voltada para o consenso e o "bem comum", que era idealmente irrestrita e acessível a todos, porém cega às desigualdades de status através de uma associação dos debatedores como pares (*peers*)[238].

Mesmo com uma roupagem aparentemente democrática, esse modelo proposto por Habermas peca em não se atentar para questões sociais relevantes, a exemplo da sua exclusão de aspectos relativos a gênero. A autora aponta para pesquisas históricas na França pós-revolução que revelam a idealização dessas arenas públicas burguesas em um estilo que valorizava comportamentos "masculinizados" como a virtude e o pretenso aspecto de racionalidade dos

[235] FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: Social Text, nº25/26, *Duke University Press*: 1990, p.56.
[236] *Ibidem*, p. 56-57.
[237] *Ibidem*, p. 57.
[238] *Ibidem*, p. 59.

discursos, o que desencadeou, no auge do reinado jacobino, a exclusão formal das mulheres da vida política oficial e uma distinção sexista afiada entre as esferas públicas e privadas[239].

Fraser considera fundamental e inevitável uma participação dos cidadãos em arenas contrapúblicas de debate para a efetivação da democracia, a exemplo das múltiplas esferas públicas nacionalistas, camponesas, de mulheres de elite e da classe operária. A partir dessa tese, a autora remonta estudos que denotam que a imagem de exclusão feminina da esfera pública tem um viés de gênero, já que, historicamente, essa imagem de distanciamento e silenciamento das mulheres parece estar atrelado apenas àquela arena burguesa idealizada como oficial[240].

A despeito de defender evidências de uma maior participação histórica das mulheres do que costuma ser creditado, a teórica estadunidense lembra que a questão do amplo acesso à justiça não pode ser reduzido às exclusões formais. É necessário um olhar através das próprias interações discursivas dentro dessas arenas públicas, visto que a visão clássica nos levaria a deixar de lado as diferenças como pares (*peers*) sociais e econômicos. Historicamente, as arenas públicas burguesas foram governadas por protocolos de estilo e decoro que, em si mesmos, marcam uma inequidade social[241].

A partir daí são levantados exemplos de como obstáculos velados para a participação democrática de grupos oprimidos são levantados pela autora, como a tendência de homens interromperem ou ignorarem a fala de mulheres, a dificuldade de comunicação de certos grupos economicamente oprimidos e outras formas mascaradas de dominação. Ademais, a propriedade dos grandes veículos de comunicação por grupos mais abastados certamente contribui para a manipulação de massas em direção a interesses econômicos em temas controversos[242] (a exemplo de muitos dos debatidos em audiências públicas, como o Código Florestal).

O conceito de contrapúblicos para Fraser envolve também pesquisas historiográficas de como outras formas de organização políticas paralelas de grupos subalternos, como mulheres, trabalhadores, negros e gays é mais vantajosa, na medida em que envolve a criação e circulação de contradiscursos que trazem uma visão alternativa das suas próprias identidades, interesses e necessidades, de algum modo apartada dos meios de comunicação hegemônicos. A História remonta a importância dessas mobilizações sociais alternativas para a própria reformulação de termos como assédio sexual, sexismo e estupro marital, o que ajuda a tratar as assimetrias presentes na esfera pública oficial[243].

Desse modo, é interessante pensar em outro aspecto democrático dos movimentos sociais, ainda mais na sua apresentação contemporânea mais interseccionada, que possibilita a propagação de formas de contrapúblicos subalternos. De um lado, essas arenas funcionariam como espaços de proteção e reagrupamento para grupos oprimidos e do outro como bases de preparação para a atividade política direcionada para espaços de discussão mais amplos, a exemplo das audiências públicas. O poder de emancipação reside nessa tentativa de reduzir as assimetrias sociais.

A questão de espaços seguros de deliberação, não precisamente pela noção de contrapúblicos, é também apontada por teóricas feministas negras como Patricia Hill Collins. A autora acredita que esses espaços são essenciais para mulheres negras, e outros grupos oprimidos, conversarem livremente e existirem como um grupo social viável aparte de uma "ideologia

---

[239] FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: Social Text, nº25/26, *Duke University Press*: 1990, p. 59-60.
[240] *Ibidem*, p. 61-62.
[241] *Ibidem*, p. 63.
[242] *Ibidem*, p. 64-65.
[243] FRASER, Nancy. Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: Social Text, nº25/26, *Duke University Press*: 1990, p. 67.

hegemônica". Para tanto, presume-se o desenvolvimento da relação entre essas próprias mulheres tanto em espaços familiares como em igrejas e outras organizações. Uma das intenções é estabelecer mentoras que as empoderem através dos conhecimentos essenciais para a sua sobrevivência e formação identitária longe de processos sociais como a objetificação e a construção imaginária da mulher negra pela ampla cultura[244].

Mesmo que esses espaços de proteção propostos por Collins tenham uma deliberada concepção mais exclusória, natureza e propósito que Fraser nega em relação aos contrapúblicos[245]. A intenção é, no fim, a efetivação da democracia através de uma sociedade mais inclusiva e justa[246].

5 Considerações Finais

No Brasil, podemos diferenciar um movimento de outro, considerando que existem movimentos específicos para efetivação de direitos já prometidos pela Constituição brasileira. Ao se partir das contribuições de Luhmann, percebe-se que, hoje, os movimentos falam de todas as questões, o que traz tamanha variabilidade de pautas que, muitas vezes, torna difícil entender quais os seus reais objetivos.

De igual sorte, foi possível perceber que, no Brasil, o alargamento dos processos de inclusão social tem ganhado forte destaque nos últimos anos, facilitando maior participação social. Por conseguinte, observa-se que as audiências públicas apresentam-se com um novo mecanismo de participação social; uma espécie de *ponte*. Uma ferramenta importante para ouvir o clamor social, além de possibilitar maior interação entre judiciário e sociedade. Nesse sentido, conforme consta no voto de Gilmar Mendes, a audiência pública que tratou sobre a interferência do Poder Judiciário na criação e efetivação de políticas públicas em matéria de saúde foi fulcral para efetivar programas já existentes sobre saúde no país. Ainda, a audiência que tratou sobre interrupção de gravidez de feto anencéfalo teve grande repercussão geral, justamente pela relevância do assunto.

Além do mais, verifica-se que o judiciário vem adotando medidas para ampliação do acesso democrático da população. Quiçá o maior exemplo disso seja a participação ativa dos novos movimentos sociais, da sociedade civil, pesquisadores e representantes de órgãos governamentais na Audiência Pública que versou sobre o Novo Código Florestal, ainda que esses clamores sejam fortemente questionados. Por outro lado, ainda que paradoxal, quando analisadas as audiências públicas no STF, os velhos movimentos sociais (MST, MPA, MAB) não aparecem como propulsores, ainda que os temas tenham ligação direta com a causa, tais como educação, saúde e meio ambiente, apenas para citar esses três como exemplo.

Contudo, como foi apontado na pesquisa, mesmo que essenciais, dada a nossa atual configuração jurídico-política, as audiências públicas mostram-se insuficientes para lidar com as assimetrias das relações sociais de poder, que antecedem o próprio ato de deliberação. A participação popular é, certamente, um passo importante para o aprimoramento democrático, porém não há como apenas considerar a participação formal dos grupos sociais vulneráveis, já que uma arena pública única não consegue dirimir as disparidades sociais.

---

[244] COLLINS, Patricia Hill. Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment, 2ed, New York and London: Routledge. 2000, p. 100-102.
[245] FRASER, op.cit., p.68-69
[246] COLLINS, op.cit., p. 110.

Em uma palavra final, a democracia implica a necessidade de aproximação da população com os seus representantes, que, em última instância representam a figura do Estado. Dessa forma, para sua legitimação, é necessário que a participação da sociedade surta efeitos concretos que sejam expressos nas próprias decisões e na sua aplicação prática.

Referências

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/STA175.pdf>. Acesso em: 03 em 20 set. 2016.

BRASIL. *Senado Federal*. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/07/05/participantes-de-audiencia-defendem-continuidade-do-mais-medicos>. Acesso em: 21 set. 2016.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Fundamentos morais do Estado Democrático de Direito. *In:* STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:* anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS:mestrado e doutorado.V10: Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo:UNISINOS, 2013.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança:* movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CASTELLS, Manuel. Para o Estado-Rede: Globalização econômica e Instituições políticas na era da informação. *In:* PEREIRA, Luis Carlos Bresser Pereira; WILHEIM Jorge; SOLA, Lourdes (orgs.). *Sociedade e Estado em transformação.* São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

COLLINS, Patricia Hill. *Black Feminist Thought*: Knowledge, Consciousness and the Politics of Empowerment, 2ed, New York and London: Routledge. 2000.

CONECTAS. STF decide que pesquisa com células-tronco embrionárias é constitucional. Disponível em: http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/stf-decide-que-pesquisa-com-celulas-tronco-embrionarias-e-constitucional. Acesso em: 21 set. 2016.

COSTA, Igor Sporch; MIRANDA, João Irineu de Resende (Orgs.). *Direito e movimentos sociais.* A busca da efetivação da igualdade. 1 ed. Juruá: Curitiba,PR, 2012.

FILHO, Willis Santiago Guerra. *Alternativas poético-políticas ao direito:* a propósito das manifestações populares em junho de 2013 no Brasil / Willis Santiago Guerra Filho (coordenador). – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

Reforma Sanitária. *Fiocruz*. Disponível em: < http://bvsarouca.icict.fiocruz.br/sanitarista05.html>. Acesso em 13 de out. 2016.

FRASER, Nancy. *Rethinking the Public Sphere:* A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy. In: *Social Text*, nº25/26, *Duke University Press*: 1990.

GODOY, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo:* crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 179.

GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M. (orgs.). *Movimentos sociais na era global.* 1ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

LEFORT, Claude. *Pensando o político:* ensaios sobre democracia, revolução e liberdade I Claude Lefort; tradução Eliana M. Souza. - Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II./* Niklas Luhmann; tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMNN, Niklas. *O direito da sociedade.* Tradução de Saulo Krieger; tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. *La sociedad de la sociedad.* NIKLAS LUHMANN. Tradução de Javier Torres Nafarrete. México: Herder, 2006.

MARICATO, Ermínia. *Cidades rebeldes:* Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. 1ª ed. São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

QUEVEDO, Julio, IOKOI, Zilda Márcia Grícoli. *Movimentos sociais na América Latina:* desafios teóricos em tempos de globalização. – Santa Maria: MILA, CCSH, UFSM, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia.* 2 ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

SANTAELLA, Lúcia. *Os movimentos sociais não são mais os mesmos. In:* FILHO, Willis Santiago Guerra. *Alternativas poético-políticas ao direito*: a propósito das manifestações populares em junho de 2013 no Brasil / Willis Santiago Guerra Filho (coordenador). – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUZA, Luciana Cristina de. *A função social do Direito e a concreção da cidadania. In:* COSTA, Igor Sporch e MIRANDA, João Irineu de Resende (orgs.). Direito e movimentos sociais. A busca da efetivação da igualdade. 1 ed. Curitiba: Juruá: 2012.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Democracia e realidade brasileira*. 1ª ed. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1989.

SIMMEL. Georg. A Ponte e a Porta. Traduzido pela professora Simone Carneiro Maldonado (DCS-UFPB). Política e Trabalho. João Pessoa. Volume 12. Setembro de 1996, p. 10-14. Mauro Guilherme Pinheiro Koury (Editor). Disponível em: http://www.oocities.org/collegepark/library/8429/12-simmel-1.html. Acesso em: 12.10.2016.

TILLY, Charles. *Movimentos sociais como política.* Traduzido por André Villalobos. *In:* Revista Brasileira de Ciência Política, n° 3. Brasília, janeiro-junho de 2010, p. 133-160.

WARREN, Ilse Scherer. *Movimentos sociais e geração de novos direitos em tempos globais:* o caso brasileiro. In: GOHN, Maria da Glória e BRINGEL, Breno M. (orgs.). Movimentos sociais na era global. 1ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: SOCIOLOGIA DO DIREITO I: TEORIA, EMPIRIA E MOVIMENTOS SOCIAIS
Coordenador: Lucas Konzen (UFRGS)

Canoas, 2017.

OCUPAR E RESISTIR: O ESPAÇO COMO AÇÃO E RITUAL DE CONTESTAÇÃO

Guilherme Michelotto Böes,
Doutor em Ciências Sociais,
integrante do GPESC/PUCRS,
guilherme.boes@gmail.com.

Resumo:

Refletir o espaço público nas cidades rebeldes, esses espaços que atualmente envolvem o presenciar das forças hegemônicas da globalização e as práticas de ocupações desafiam os níveis globais desde baixo. Os espaços públicos cada vez mais se tornam raros e com padrões de rituais em que ocupar e resistir apontam contestações nos espaço das cidades são possibilidades de ação e o ritual entre o que se nega e reivindicam-se entre os sujeitos, relações sociais, normas e conflitos. A metodologia para esse trabalho explana a concepção do espaço a partir do *spatial turn* na sociologia. Assim os avanços de pesquisas comparativas sobre o espaço visam distinguir entre o espaço como lugar da sociedade e a sociedade em seus lugares. Ou seja, o espaço nas cidades em que os movimentos de ocupação transformam suas reivindicações por direitos, como aponta Harvey (2014). Os processos de ocupar e resistir apresentam a ação do espaço nas demandas políticas da pluralidade social, em que o espaço é processo crítico de tornar visível o presente para o outro e tem a capacidade de alterar o poder, do fazer cívico, de fazer história, em que é característica para a consequência do direito à cidade à revolução urbana e as manifestações nos confrontos com novas dinâmicas de poder nos espaços das cidades

Palavras-chave: resistências. Espaço. direitos.

1 Introdução

O espaço está em conflito com suas mudanças, administrado conscientemente seja nas desigualdades ou nas categorias sociais. A composição da busca por direito nas cidades globalizadas no século XXI possibilita a existência do espaço público aos movimentos de resistências que estabelecem e quebram essas ordens. Como uma nova forma de afirmação de suas lutas coletivas que alcancem resultados importantes e que diante dessas transformações dos espaços urbanos a busca por direitos coletivos é um constante exercício sobre o processo de urbanização (HARVEY, 2014). Levar essa crítica estrutural em que as cidades globalizadas se estabeleceram no sistema, aponta para a experiência urbana contemporânea que possa apresentar formulações políticas sobre a cultura e a sociedade, pois as cidades contemporâneas oferecem condições para que a pluralidade social transformem seus padrões de trocas e criam novos cenários para transformações urbanas mais rápidas nos rituais de vida pública. A atividade urbana deve ser compreendida e desenvolvida diante da sociedade e suas relações com seus sistemas de justiça e política.

Os processos de ocupar e resistir apresentam a ação do espaço e as demandas políticas na pluralidade social, em que o espaço é o processo crítico de tornar visível o presente para o outro e tem a capacidade de alterar essa impotência de poder, do fazer cívico, de fazer história, em que a

impotência é característica para a consequência do direito à cidade, entre revolução urbana e as manifestações, que apresentam os confrontos com novas dinâmicas de poder nos espaços.

2 O espaço urbano

As estéticas das cidades emergem pelas formas de controle que sustentam as experiências contemporâneas, exprimindo espaços *em* transformações gerando conteúdos para ações e trajetórias que fundamentam culturas e dinâmicas sociais contemporâneas. Na cidade são realizadas ações que demarcam diferenças no ato de formação dos espaços, no qual tal lugar, como aponta Martina Löw (n/d), constitui os recursos para a afirmação social e política para a realização da alteridade, dos desejos, das pulsões e dos encontros. É onde as apropriações grupais – e aqui falamos em temporalidade – são cruciais para as interações sociais com os outros em suas aquiescências afirmativas.

Não obstante, com a escalada dos níveis de globalização no século XXI, as análises sobre as questões das culturas urbanas emergem entre esses espaços que estão cada vez mais sendo assemelhados em seus aspectos urbanos. Saskia Sassen (1998) demonstra que a partir dos cenários das "cidades globais" estamos diante de inéditos espaços de manifestações e contestações, onde a ordem disciplinar sobre a sociedade encontra na experiência urbana a materialidade dos lugares abordoando novas imaginações em seus espaços. Diante a construção da materialidade, o lugar e local, de contestações das formas como podem ser usados, construído e constituído as relações de poderes.

Esses locais, agora, estão inseridos em escala cada vez mais ampla da cidade. Eles sujeitam o movimento, a atividade e a sociabilidade em atos de interação que variam conforme os sujeitos espaciais. Isso evidencia o fato que a sociedade cria os espaços a partir da interação cotidiana com outros. O encontro desses lugares promove o sentimento de interação e modelação do poder em suas materialidades concretas. Perspectivas que apontam o conhecimento do lugar, de sua materialidade, são desenvolvidas e reconhecidas por suas manifestações culturais e encontros sociais.

Nessas questões pode-se entender que é na história de imagem que inclui os espaços das cidades em que vivemos as condições de racionalização e entendimento mútuo do agir nos espaços públicos a ideia geradora de condições sociais. A possibilidade de construir desejo e associação sobre as formas que a vida social estrutura a cidade na composição do espaço que estabelecemos relações. Isso passa por uma evidente discussão sobre o desenvolvimento de cidade contemporânea e seu processo de racionalização dos espaços constituindo a cidade, seus nexos e sentidos com que temos associado soluções aos problemas. E assim, constituem, estabelecem as normas funcionais (das políticas urbanas) para práticas sociais em ambientes públicos.

A partir da influência globalizada do mundo, os coletivos culturais se manifestam entre os diversos atores que compõem a sociedade. Suas influências não são apenas localizadas, mas reflete possibilidade de abertura criativa dos espaços públicos não como modelo de ativismo político, mas como integração social e política nas quais a violência não alcança o modelo de justiça social, mas a justiça social é posta como experiência política nas existências coletivas nos espaços plurais das cidades. Temos visto que o espaço é crítica na composição dos movimentos e nas possibilidades de fazer política, ou momento cívico onde as multidões não estão a tomar poder sobre o espaço, mas fazer a história e uma política para o século XXI (SASSEN, 2011).

Devemos diferenciar a questão das formas espaciais nos espaços públicos além de suas formas ritualizadas e críticas às políticas de controle, de lei e ordem, na qual a partir da globalização as cidades sofrem de suas imposições legais. Coletivos culturais e sociais se reinventam contra a ordem moralizante de um mundo que cada vez mais tenta ser binário na produção de espaços urbanos homogêneos. Ao mostrar as necessidades críticas para o (des)envolvimento de explorar os usos e *contra-usos* (ou sua profanação) dos espaços públicos urbanos em suas articulações com as culturas que exploram esses espaços. O estudo crítico sobre as questões culturais urbanas compreende as transições que ocorrem nas sociedades contemporâneas diante as modificações dos espaços públicos e suas influências sobre a vida na cidade. A percepção dessas atividades permite que façamos análises não somente textuais sobre o espaço e a globalização das cidades, mas refletir sobre esses espaços urbanos e a conjectura vida social e cultural na sociedade. Gabriel Feltran (2015) aponta que são cenários sociais e políticos que se movem para "direções ainda desconhecidas" sobre a exploração e deslocamento do universo cultural em que os espaços criados são inventados em operação social e cultural. Parece que cada vez mais pesquisar o contexto das cidades e seus espaços representa os movimentos sociais que se originam nas culturas contemporâneas, interconectando lugares com as ilusões de unificações. Desse modo, pesquisar o *local* com influência da globalização nos espaços das cidades envolve modelos de resistência da homogenização sobre culturas. Momentos em que a ordem cultural é a imposição e o que resta é o caos cultural. Assim, ilustra que questões sobre os espaços públicos das cidades são aberturas para insurgência culturais.

Portanto, no entendimento de Martina Löw (n/d) a categoria do espaço na sociologia urbana é pensar a vinculação relacional entre as atividades individuais e coletivas de conexão. É a interligação dos objetos na qual a globalização em seu processo de interligação mundial não homogeniza nem heterogeniza, mas cria múltiplas configurações culturais em transformações em suas margens, pois o global é o espaço de fluxo móvel e *desterritorializado* em que o global e local se constituem reciprocamente (LÖW, n/d).

Esses processos de globalização nas cidades modernas estruturam seus espaços não como produção de uma cidade *pura*, fixada geograficamente e espacialmente, mas como um espaço de constante fluxo móvel e *desterritorializado* que não produz unicamente momentos de socialização. Essas características de cidades globais "[...] constituem objetos tão interessantes para a observação científica e política: porque elas são lugares onde o mundo adquire uma forma específica de significado" (LÖW, n/d, pp. 3-7).

Essa globalização é uma relação. Cidades sofrem influências das culturas. As relações espaciais modificam as suas estruturas, onde as culturas que estavam restritas aos espaços determinados começam a insurgirem no ambiente das cidades. Assim a globalização promove aspirações culturais, evitando-se sociedades homogêneas. Os espaços das cidades são configurações culturais em transformações. Esses processos levam em consideração que a rua não mais pertence a uma concepção clássica e europeia de atividade pública ritualizada[1] em ação construtiva sobre cidade que se posta localmente nos espaços globalizados. (LÖW, n/d)

Na possibilidade de observar e identificar as formas de relações entre os espaços e as suas atividades (sejam coletivas ou individuais), certamente, o momento onde compreendemos a experiência urbana contemporânea em suas existências com a sociedade e as dinâmicas culturais a

[1] Nesse sentido: "The Street is a space where new forms of the social and the political can be ***made***, rather than a space for enacting ritualized routines" (SASSEN, 2011). Disponível em: http://www.possible-futures.org/2011/11/22/the-global-street-comes-to-wall-street/. Acesso em setembro 2016.

eles associados. Os coletivos sociais nos espaços das cidades se tornam movimentos indisciplinares a partir de suas espontaneidades imaginativas nesses cenários espaciais que apresentam as cidades. Como o espaço promove vinculações relacionais com a sociedade, isso é a interligação entre os objetos culturais, da atividade individual e coletiva de conexão com as adaptações a elas realizadas no ambiente das cidades. Perspectivas, essas, evitam a discussão para problemas de estereótipos das situações e dos espaços de sociabilidades e culturas.

São ações que a globalização dos espaços institui aos fundamentos e técnicas do conhecimento e da natureza das sociedades no envolvimento com a cidade moderna. A alocação e o poder de suas ações partem dos sujeitos em suas individualidades, conectando-se no envolvimento da cultura urbana. Seus coletivos, a partir dos objetos produzidos nas convenções humanas e nos seus espaços de relações naquilo que chamamos de cidade, o espaço de convivência e pluralidade para práticas coletivas.

Analisar o espaço urbano a partir do seu objetivo para a sociedade como um todo, partimos que a cidade não é um local onde se homogeniza suas estruturas sociais e de práticas culturais. Observar a cidade a partir de um todo aspecto espacial revela uma ampla variedade de coletivos que aparecem em níveis globais e são regulamentados em seus aspectos nacionais. Com isso encontrar os lugares da materialidade urbana é o encontro atmosférico das potenciais sensibilidades sobre o corpo/corporalidade nos espaços.

A partir desses encontros nas ruas e nos espaços reportam para a questão sobre a dimensão que o espaço pode vir a ser posto em pesquisa empírica, como bem desenvolveu o dossiê apresentado por Frehse (2013). A questão de pesquisar o espaço é que se apresenta em um conjunto de relações que podem expor a partir de diversos aportes teóricos e metodológicos; o que incentiva as Ciências Sociais a refletir de maneira extensiva entre cidade, seus espaços e suas culturas. Esses encontros coletivos são os processos de construção políticas, de interesses econômicos e dominação cultural.

A questão para se estudar o espaço urbano é ir além de sua produção de materialidade para responder como o espaço tornou-se representável[2]. Não pretendemos discutir esses coletivos, mas encontrar o lugar, o sentimento e interação com que suas reinvindicações são modeladas para materialidades concretas. Neste contexto podemos formular uma questão de como as ações cotidianas, individuais e coletivas, acionam os espaços para se constituírem entre as experiências urbanas contemporâneas? Essas ações constituem os espaços e é a partir da sua relação que os espaços das cidades são transformados em territórios culturais. Martina Löw (2013) conceberá os espaços das cidades contemporâneas como ordenamento-ordens (*An-ordnungen*) das relações dos lugares entre os seres e os bens sociais. Esse termo (ordenamento-ordem) coloca o espaço como prática de ordenamento e também para estabelecer a ordem já existente. Esses apontamentos da autora apresentam a fundamentação social que o espaço constitui pela interação da ação e estrutura, ou seja, a estrutura social que precede a ação é a consequência para o reconhecimento, associação e regramento. "Sob esse prisma, estruturas políticas, econômicas ou jurídicas fazem par com estruturas espaciais" (LÖW, 2013, p. 27).

É na construção política e de controle social que se proíbe as diferentes atividades públicas, ou atos que envolvam manifestações contrárias à norma em lei. Essas mudanças da escala que estão representadas aos cidadãos tem uma profunda implicação sob a ordem política e social em que o

[2] "Essas abordagens já não satisfazem mais. A globalização da economia, acompanhada pelo surgimento de uma cultura global, alterou profundamente a realidade social, econômica e política dos Estados-Nação, das regiões transnacionais e – daquilo que constitui o tema deste livro – das cidades" (SASSEN, 1998, p. 11).

mundo moderno vive como uma mistura entre a paisagem e o espaço. Essas ações participantes em coletivos e multidões diz respeito às materialidades concretas em conhecer os lugares a partir de suas perspectivas, que sugestionam os espaços urbanos para existência através da diversidade, que encontra o espaço urbano os lugares em específicas histórias, representações de suas estruturas sociais. Essas representações conectam, as estéticas, imagens que transformam a imaginação, apresentam processos de performances onde esses espaços estão presentes e são percebidos pelas pessoas que se encontram nessas diferenças.

3 O ocupar e resistir

Estamos em momentos onde o viver na cidade, de nos colocarmos no presente urbano encontrou um sistema social cada vez mais dividido em seu próprio espaço. Fragmentando todas as formas de socialização e propensos a mais conflitos.

Esse aspecto, do ocupar e resistir surge durante o *Occupa Poa* no ano de 2011. As ruas estão sobtensões contra a desintegração da revolução cultural. Aponta que a coerção do poder, a partir dos mecanismos de controle social e espacial, tem se expandido com o fenômeno da "financeiração dos territórios". Ocupe, conteste, resista. Essas eram as frases que foram penduradas em um varal no centro de Porto Alegre, quando coletivos do *OccupaPoa*, no ano de 2011, se encontraram em frente ao Mercado Público da cidade de Porto Alegre. Essa reinvindicação colocou em movimento o intrigante processo de reinvindicação da justiça social. Harvey (2014) reflete que as cidades produzem vida comunal em constante mutação e transitoriedade. Na crescente mudança dos espaços com cercamento, monitoramento e policiamento das relações sociais a tentativa de inibirem novas formas de relações citadinas, os indivíduos concebem engenhosos mecanismos para desenvolverem seus interesses comuns.

É a partir das questões relativas aos interesses comuns culturais criados ao longo dos tempos, nos quais passaram a serem acessíveis para todos a partir de ações políticas que os cidadãos corroboram com os interesses públicos. Suas formas práticas de insurgências promovem a busca de coletividade que alcança a todos. Como exemplo há a educação acessível, gratuita e de qualidade, pois "por meio de suas atividades e lutas cotidianas, os indivíduos e os grupos sociais criam o mundo social da cidade ao mesmo tempo em que criam algo de comum que sirva de estrutura em que todos possam abrigar-se" (HARVEY, 2014, p. 146).

Alunos e alunas de escolas públicas no Brasil em 2016, os chamados secundaristas, ocuparam os prédios públicos para reivindicarem justiça social e educação de qualidade. Ocuparam e resistiram contra a ordem policial, jurídica e estatal. Jornalistas foram presos e sofreram violência. Jovens saíram às ruas para contestar o transporte público precário e abusivo. Os secundaristas com toda a sua agenda realizaram um festival musical denunciando o abuso policial contra menores de idade: "Pai! Mãe! Sou da ocupação; desculpe, mas estou no camburão; me prenderam por lutar pela educação!". Essa disposição é ocupar nos espaços das cidades contemporânea e resistir contra esses espaços privilegiados que a globalização perversa impõe em seus espaços de invenção cultural.

O processo de questionamento dos espaços urbanos pelos movimentos sociais mostra que a articulação em redes e alianças para suas reinvindicações serem "ouvidas" é apenas o resultado de suas estruturações em redes nos espaços das cidades modernas e suas experiências contemporâneas constituem as formas de suas vidas cotidianas na dinâmica da globalização, nas margens das

estruturas sociais de aglomeração das cidades. Sobre os movimentos *Occupy*, Harvey (2014, p. 283) lança:

> O público não tem nenhum direito comum ao espaço público! Com que direito prefeitos, chefes de polícia, e oficiais militares e funcionários de Estados nos dizem a nós, o público, que cabe a eles determinar o que é público em "nosso" espaço público, quem pode ocupa-lo e quando? Quando lhes passou pela cabeça que podem expulsar-nos de qualquer espaço que decidamos ocupar coletiva e pacificamente? Eles alegam estar tomando providências de interesse público (e citam leis para comprovar o que dizem), mas o público somos nós! Onde está "nosso interesse" em tudo isso?

Com isso podemos partir das críticas aos espaços de exclusividade como modelo do controle público por parte da mídia e das políticas públicas. Essas reflexões sobre as dinâmicas da cidade na demanda por cidadania, em suas esferas públicas, estão parcialmente sobrepostas em seus espaços como conjuntos que visam moldar e condicionar a vida cotidiana em sua produção e gestão coletiva como própria vivência política e cultural, fazendo com que os espaços sejam resultados de suas contestações e ações culturais.

Apreender essa crítica sobre as relações de conflitos nos espaços urbanos é a necessidade de constituir o ato de interação nos espaços em suas variações sociais e culturais e assim conhecer e identificar essas complexas especificidades. Esse encontro entre o presente e as contestações é a ruptura radical que a modernização consiste. Não é uma passagem ordenada, mas uma multiplicação de atores que compõem a sociedade e que evitam a repetição do passado. É importante acompanhar o entendimento de Saskia Sassen (2012)[3] no qual vê que esses movimentos estão dedicados para reinvindicações da cidadania e não para a tomada de poder. O espaço da cidade é a possibilidade crítica de torná-las *visíveis* aos que se encontram nas margens dos espaços das cidades globais.

Os significados sobre os espaços públicos são contestados nessas diversas políticas dos que ocupam esses lugares. Ao apresentar essas possíveis formas de contestar os espaços das cidades, a relação que a cultura urbana tem com seus aspectos no desenvolvimento urbano e sua percepção com o espaço e os equipamentos públicos disponíveis nas cidades, permite analisar essas reconfigurações da experiência sobre as *dimensões* do caráter de espaços urbanos ilimitados. O cenário da cidade pensada enquanto forma econômica aponta para os traços que associamos à dimensão do espaço urbano e as suas dimensões estéticas e políticas. O ponto de sociabilidade, de encontro e desencontro, onde a experiência urbana de ocupar e resistir são arte pública que cria lugares, transforma territórios, e seus espaços.

A compreensão do indivíduo na cidade parte de uma compreensão que a urbanização atinge de fato sobre as pessoas e os seus danos alcançam a coletividade de seus habitantes. Entender os espaços das cidades dentro de seus quadros conceituais e suas novas dinâmicas espaciais é entender que os coletivos urbanos de contestações contemporâneas buscam seus prazeres nas emoções de seus aspectos significativos dos objetos que a cercam; e faz um modelo de resistência em beneficio à transformação social. O espaço das cidades é uma vinculação entre seu uso pessoal, corporal, com o próprio interesse cultural e político que resulta na relação entre as culturas urbanas em seus processos de reorganização espacial e territorial encontradas nas cidades contemporâneas.

---

[3] http://www.saskiasassen.com/PDFs/publications/Occupying-is-not-the-same-as-demonstrating.pdf. Acesso em setembro 2016.

Estamos diante de “movimentos” nos espaços das cidades. Movimentos que estruturam a ação e as práticas cotidianas em momentos que tendem a reforçar a materialidade do espaço e os sujeitos que estão nessa relação. Suas intencionalidades podem vir a serem confirmadas nas identidades pelos quais os sujeitos sociais passam a acionar os espaços das cidades em suas ações para consolidarem e produzirem suas ações como *citadinos*.

Ocupar e resistir encontra as maneiras criativas para mostrarem a força coletiva das reinvindicações sociais, produzindo diversidades de situações em que o reaparecimento da questão política em suas mãos encontra questões para se abordar na sociedade como um todo. A prática radical retoma uma massa crítica de pessoas com “energia política e disposição para fazê-lo” (HARVEY, 2014).

4 Conclusão

A compreensão dos espaços urbanos na vida moderna produz encontros coletivos nos espaços públicos para os atores sociais em suas especificidades de determinação e estruturas. É nesse conjunto de práticas sociais que se associam entre suas coletividades e reinvindicações, em que há a afirmação de suas identidades, e seus reconhecimentos em determinados pontos territoriais. Os conflitos de ocupação se comunicam entre as estruturas urbanas e a sociabilidade que delas decorrem é fruto desse momento de resistência em que as revoltas em toda a parte que inquietam os coletivos, sejam os jovens nas escolas, sejam naqueles que buscam uma sociedade democrática.

É preciso distinguir que na rua e nas manifestações dos coletivos há uma reflexão da desigualdade social, da criatividade e do território, o que remete às possibilidades da cidade rebelde que está cansada do excedente de controle sobre suas vidas. O direito à cidade tem se configurado como um excedente de força sobre as pessoas, o controle democrático e um estabelecimento de formas urbanas da não ocupação. A partir das emergências que deram suporte para as mudanças mais amplas da sociedade se experimentou os riscos sociais. Foi no plano de progresso que estabelecemos o contrato social abrangente a todos os cidadãos, desde sua moralidade às medições de suas interações.

Para considerar os espaços na cidade devemos compreender os seus processos que são construídos em sua questão material e cultural e que se cruzam nas cidades, promovendo as distintas práticas em seus atores. Igualmente não é nossa pretensão elaborar teoria sobre a sociologia do espaço, mas entender a dinâmica dos espaços. A capacidade de realizar uma leitura dos mecanismos de modificação urbana e dos conflitos que surgem no tecido que narra a cidade no presente de seu pertencimento e a experiência urbana contemporânea mostra que o desenvolvimento da cidade está estritamente relacionado ao espaço e aos seus coletivos sociais e culturais que emergem em seus conflitos.

O espaço humano é definido por sua interpenetração de existência no sentido gerado em relações e concebido em atividades coletivas e individuais de conexão que são fixos na composição do espaço. Esse espaço é produzido pela ação dos sujeitos e os objetos que são construídos no tempo e na sua estrutura de organização. Sejam quais forem os hábitos, tradições, conceitos e práticas cotidianas, essas formas tendem a “reforçar” a materialidade e as relações que delas desencadeiam (LÖW, 2013).

O espaço adquire o significado e o valor de suas distinções na experiência de origem, seja mental ou material, que estimula o *sujeito* em sua capacidade de acomodar-se aos conteúdos e à forma de vida na cidade. É o fenômeno da interligação social, da crônica e da imaginação da cidade e dos espaços no movimento permanente desse espaço em ação e que produz e coloca a forma mental e material na relação dos indivíduos.

A montagem dos atos sobre o corpo dos indivíduos é posta como autoridade social em suas intencionalidades quando possam ser acionadas nas ações fundadoras dos espaços para as trajetórias da mobilidade corporal, desenhando o imaginário do espaço mental. Em cada momento da vida, sua natureza psicológica passa por adaptações individuais, por um ajuntamento a qual vai inventar seu corpo diante da sociedade. As diversas confluências que corpos se deslocam, apresenta-se entre os espaços em que cada qual interpreta sua condição moral e social.

Os Estados modernos e sua sociedade estarão sempre em suas disputas pelos espaços simbólicos, construindo suas diferenças culturais e terão suas resistências exprimidas entre as diversas formas da economia moral de classes subalternas ou de seus conflitos, mesmo que advindo das resistências da uniformização e à igualdade codificada pelos sistemas produtivos e jurídicos. Nos espaços está a composição das cidades em seus fenômenos simbólicos que a cercam. Ela é sua cultura que se converte para a civilização como natureza; é um curso que segue sozinho para a manifestação da sua política.

Como Harvey (2015) aponta o direito de liberdade para mudar a cidade é a possibilidade de avaliarmos continuamente a nós mesmos, no processo de descobrirmos *outra* imagem de cidade. Nos espaços das cidades, desigualdades sociais se encontram. Conflitos apresentam as divisões. As cidades sempre se apresentam como espaços de violências, confusões e contradições. "Na história urbana, calma e civilidade são exceções, e não a regra" (HARVEY, 2015, p. 30).

As cidades rebeldes estão a serem ocupadas, e na resistência investida pelos movimentos culturais mostram que alternativas à forma de pertencer ao espaço urbano contemporâneo terão de vir dessa multiplicidade de espaços locais, que são combinados com os movimentos mais amplos de reinvindicações democráticas para repensar a política da qual queremos e da qual teremos que viver sob a batuta da "esfera democrática".

Referências

FELTRAN, Gabriel. A disputa política nas periferias. Entrevista de Marina Amaral. *A pública*. São Paulo, jul. de 2015. Disponível em: http://apublica.org/2015/07/a-disputa-politica-nas-periferias/.

FOUCAULT, Michel. "De espaços outros." Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. *Estados Avançados*, n. 27 (79), 2013.

FREHSE, Fraya. "Quando os ritmos corporais dos pedestres nos espaços públicos urbanos revelam ritmos de urbanização". *Civitas*: Revista de Ciências Sociais, Porto Alegre, v. 16, n. 1 (2016a).

FREHSE, Fraya. "A rua no Brasil em questão (etnográfica)." *Pluralidade urbana em São Paulo: Vulnerabilidade, marginalidade, ativismo.* Org. Lúcio Kowarick e Heitor Frúgoli Jr. São Paulo: Editora 34; FAPESP, 2016b. Pp. 197-223.

FREHSE, Fraya. "O espaço na vida social: uma introdução." *Estudos Avançados*, n. 27 (79), 2013.

HARVEY, David. *Paris, capital da modernidade*. Trad. Magda Lopes. 1. ed. – São Paulo: Boitempo, 2015.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes*: do direito à cidade à revolução urbana. Trad. Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

LÖW, Martina. "O spatial turn: para uma sociologia do espaço." Trad. De Rainer Domschke e Fraya Frehse. *Tempo social, revista de sociologia da USP*. V. 25, n.2, novembro 2013. Pp. 17-34.

LÖW, Martina. "A sociologia do espaço: bases e objetivos." *Simpósio: Passado e presente da globalização.* Salvado-Bahia: Goethe-Institut, n/d. Disponível em: http://www.goethe.de/mmo/priv/6558982-STANDARD.pdf. Acesso em setembro 2016.

SASSEN, Saskia. "Occupying is not the same as demonstrating". *Global thought:* Columbia University. 2012. Journal article from CGT faculty members. Disponível em: http://cgt.columbia.edu/wp-content/uploads/2014/01/Occupying-is-not-the-same-as-demonstrating.pdf. Acessado por: http://www.saskiasassen.com/PDFs/publications/Occupying-is-not-the-same-as-demonstrating.pdf.

SASSEN, Saskia. "The global street comes to Wall Street". *Possibles futures*: a project of the social science research council. Nova Iorque, 2011. Disponível em: http://www.possible-futures.org/2011/11/22/the-global-street-comes-to-wall-street/

SASSEN, Saskia. *Sociologia da globalização:* Estado, economia, cidades globais e as redes digitais. Tradução Ronaldo Cataldo Costa. Porto Alegre: Artmed, 2010.

SASSEN, Saskia. *As cidades na economia mundial*. Trad. Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Studio Nobel, 1998.

SASSEN, Saskia. "A new geography of centers and margins: summary and implications". *The city reader*. Org. Richard T. Legates and Frederic Stout. New York: Routledge, 1997. Pp. 70-74.

O PROTAGONISMO DA MÍDIA COMO ATOR EMERGENTE NA SOCIEDADE GLOBALIZADA E OS LIMITES DA REGULAÇÃO JURÍDICA

Isadora Kauana Lazaretti
Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó.
Bolsista na modalidade de apoio à produção científica financiada pela Unochapecó.
E-mail: isadoralazaretti@hotmail.com.

Giovanni Olsson:
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Professor Permanente do Mestrado em Direito da Unochapecó.
E-mail: golsson71@gmail.com.

Resumo:

O presente estudo tem como objetivo analisar o protagonismo da mídia como ator emergente na sociedade globalizada e os limites da regulação jurídica. Especificamente, busca-se estudar a sociedade internacional e o fenômeno da globalização; compreender a mídia enquanto um ator internacional não estatal emergente no cenário internacional; e, por fim, entender a atuação da mídia nesse papel na sociedade globalizada e seu protagonismo, identificando os limites da regulação jurídica estatal. A investigação dessa temática e sua problematização assim se deram em razão de que o tema, por si só, mostra-se relevante e contemporâneo, porque a mídia está presente de forma constante no atual contexto. Com a emergência do fenômeno da globalização, os avanços nos meios de comunicação deram-se de forma irrefreável, expandindo-se em nível global. Isso acarretou transformações profundas da sociedade, emergindo assim a denominada sociedade informacional, na qual a informação difunde-se globalmente com facilidade e rapidez. Nesse contexto, a mídia ostenta um caráter de reprodutora (auto)comunicativa em massa. Além disso, a mídia é um ator não-estatal que possui a capacidade e a habilidade de influenciar o poder de decisão dos Estados, ao ponto de constranger e coagir os Estados à tomada de decisões, e pressioná-los na busca de uma ação a curto prazo. Esses artifícios são propagados pela mídia através dos canais de comunicação, com disseminação global. Por fim, o protagonismo da mídia reflete no enfraquecimento da soberania estatal, bem como no esgotamento da regulação jurídica realizada até então exclusivamente pelos Estados.

Palavras-chave: mídia. sociedade da informação. Poder. regulação jurídica.

1 Introdução

O presente estudo versa sobre o protagonismo da mídia no cenário internacional globalizado e os limites da regulação jurídica. Como objetivo geral, tem-se a tarefa de investigar a crescente projeção da mídia no âmbito global, sua influência na atual sociedade informacional e os desafios para a regulação pelos sistemas jurídicos.

Especificamente, busca-se estudar a mídia enquanto um ator internacional não-estatal emergente na sociedade internacional contemporânea; compreender o cenário internacional a partir

da emergência do fenômeno da globalização; analisar o protagonismo da mídia nesse novo papel na sociedade da informação; e identificar os principais limites da regulação jurídica.

Trata-se de um tema complexo, contemporâneo e extremamente relevante, porque enfrenta uma realidade dinâmica no mundo que não vem sendo estudada com profundidade. O uso de novas plataformas digitais institui também novas formas de linguagem e de (auto)comunicação de massa.

A manifestação da mídia nesse aspecto tem a capacidade de construir realidades, condicionando e dominando a opinião pública através dos meios de comunicação. O estudo é importante para compreender o protagonismo da mídia na atual sociedade informacional e identificar *se* e *como* a regulação jurídica estatal pode atuar.

A pesquisa abrange discussões teóricas, e utiliza-se de abordagem qualitativa. O estudo dos pressupostos teóricos é realizado pela técnica de pesquisa bibliográfica, e o instrumento de pesquisa escolhido foi o documental, adotando-se o método dedutivo.

2 A sociedade internacional globalizada

A partir do transcurso do período moderno e em razão das inúmeras transformações e dos consideráveis acontecimentos históricos ocorridos nessa época, bem como pela influência de movimentos internacionais que se manifestavam no cenário internacional, as relações internacionais passaram a ser cada vez mais intensas, ensejando-lhes um avançado desenvolvimento e uma reconhecida importância.

Ao longo do caminhar das relações internacionais, os fluxos, "caracterizados pelas relações entre os governos dos Estados, relações entre os indivíduos, grupos públicos ou privados, encontrados de um lado e de outro lado das fronteiras", passaram a se relacionar, constituindo intercâmbios que se desenvolvem para além dessas fronteiras (OLIVEIRA, 1999, p. 23).

A noção de um conjunto de Estados na arena internacional foi a base da formação da ideia de sociedade internacional. Essa concepção passou a ser progressivamente alargada a partir da "transposição dos referenciais de organização do próprio homem (como sociedade e comunidade) para o ambiente internacional, como a reunião de 'homens artificiais'" com base nos moldes expostos no Leviatã, de Thomas Hobbes (OLSSON, 2003, p. 75).

Bedin (2001, p. 176) considera que a sociedade internacional moderna passou a se definir como uma sociedade "tipicamente interestatal". Para ele, inicialmente estariam presentes os Estados soberanos, considerados atores internacionais de caráter estatal, definidos pelo autor como "entidades políticas igualmente soberanas e representantes legítimos de seus respectivos povos e de suas estruturas institucionais".

Contudo, com o passar dos anos e diante da intensificação das relações internacionais entre os Estados, face à emergência do fenômeno da globalização, novos atores passaram a povoar esse cenário e a concorrer com os Estados, modificando a noção de estatocentrismo, que progressivamente avança para o multicentrismo. Nesse sentido, Oliveira considera que, no contexto das relações internacionais, figuram duas categorias básicas de protagonistas: os atores estatais e os atores não-estatais, que se tornaram "mais arrojados e dinâmicos no panorama mundial" (OLIVEIRA, 1999, p. 31).

Hoje se apresenta uma realidade plural de atores, resultado do modelo interdependentista. Esse modelo reconhece o protagonismo do Estado, mas reconsidera o controle completo que sempre lhe foi creditado em razão do surgimento dos novos atores internacionais (FAZIO, 2014, p. 334).

Dessa forma, “as relações internacionais passam a ser analisadas a partir de um conjunto de processos e atores de caráter transnacional” (SANTOS JÚNIOR, 2011, p. 208).

O estudo clássico das relações internacionais, e, consequentemente, da sociedade internacional, repousava apenas sobre o relacionamento entre os Estados. Stelzer (1999, p.98) afirma que, durante muito tempo, os debates no cenário mundial se davam em torno do envolvimento dos países, porque considerados os principais protagonistas, quando não os únicos que impulsionavam essa dinâmica internacional.

É incontroverso, portanto, que os Estados cumprem um importante papel de destaque na sociedade internacional. Hoje, contudo, protagonizam ao lado de atores não-estatais, como, por exemplo, as organizações internacionais, organizações não-governamentais, empresas transnacionais, e uma série de outros atores que se expressam nesse cenário (STELZER, 1999, p. 98).

A sociedade internacional pode ser analisada a partir de uma série de características que são destacadas por Bedin (2001, p. 185): trata-se de uma sociedade universal, porque abrange todos os Estados soberanos do mundo; trata-se de uma sociedade aberta, porque qualquer nova entidade política reconhecida como soberana passa a fazer parte imediatamente dessa sociedade; é uma sociedade igualitária, isto é, todos os membros possuem os mesmos deveres e direitos; é uma sociedade que não possui um poder supranacional, ou seja, “cada membro da sociedade é árbitro legítimo de suas próprias convicções”; é uma sociedade descentralizada, tendo em vista que o poder é exercido de forma dispersa; é uma sociedade que não estabeleceu o monopólio da coação física legítima; e, por fim, é uma sociedade que possui uma moral e um direito muito específicos.

Oliveira (2013, p. 132) adverte que a sociedade internacional deve ser analisada a partir de características comuns, forma de pensar, raciocinar e comunicar comuns. A sociedade internacional, para a autora, “apresenta a forma de sociedade mais exclusiva e peculiar da face da terra” (2013, p. 144).

A sociedade internacional é compreendida como uma “sociedade humana considerada sob certos aspectos” (TRUYOL y SERRA, 1998, p.26), e também pode ser definida como “um conjunto de relações sociais e interdependentes, que constituem um todo” (ARENAL, 1979, p. 430). Oliveira (2014, p. 97) entende que a sociedade internacional é formada “por um elenco de agentes sociais que ali se influenciam e se relacionam mutuamente, inteirando-se em ações de cooperação ou conflito, formando conjuntamente um todo”.

Bull (1977, p.8) parte da concepção de que “o ponto de partida das relações internacionais é a existência de Estados, comunidades políticas independentes, cada um dos quais possuindo um governo e exercendo soberania”. Entende ainda que, “quando um grupo de Estados, conscientes de certos interesses comuns e valores comuns, forma uma sociedade no sentido que concebam eles próprios a serem unidos por um conjunto comum de normas na relação deles um com outro”.

Essa é uma visão estritamente estatocêntrica. Após a emergência do fenômeno da globalização, a sociedade internacional passou a ser interpretada a partir de uma visão pautada no multicentrismo, isto é, no pluralismo de atores internacionais que vão além dos Estados e instituem novos eixos de referência no exercício de poder.

A ruptura da noção de que o globo deixou de ser apenas uma figura astronômica, passando a ser o território onde todos encontram-se interligados e relacionados, configura uma descoberta que, ao mesmo tempo que surpreende e encanta, também assusta. O globo não é mais um conglomerado de sociedades nacionais com Estados em relações de interdependência, porque essa realidade sofreu uma série de transformações, pela emergência da sociedade global, pelos novos atores e pelos movimentos da globalização (IANNI, 1999, p. 13).

Com a emergência do fenômeno da globalização sob o pano de fundo do sistema capitalista marcado pelo avanço tecnológico nos meios de transporte, de comunicação, processamento de dados, ou, em síntese, pelas tecnologias de telecomunicação e informática ("telemática"), inúmeras foram as transformações que ocorreram no cenário global, cujos reflexos verificam-se no cotidiano.

Até então, mantinha-se na arena internacional apenas o protagonismo do Estado na tradicional visão estatocêntrica, com plena e pacífica capacidade de regulação jurídica de todas as relações, também marcadamente nacionais em termos de origem de seus protagonistas e de limites territoriais. Porém, propulsionado pelo fenômeno globalizante, esse cenário sofreu mudanças profundas especialmente em razão da ascensão de atores não-estatais transnacionais, que passaram a influenciar na capacidade plena do Estado, relativizando a soberania estatal (OLIVEIRA, 2014, p. 33).

A globalização constitui um processo em marcha que está em constante movimento e transformação (IANNI, 1999, p.23), e a sociedade contemporânea na qual ela se desenvolve é marcada pela era da informação, uma vez que a comunicação toma importância fundamental na vida em sociedade (CASTELLS, 2006, p.57).

Esse fenômeno tem como traços principais a capacidade de "desenraizar negócios, dilemas, movimentos sociais e uma gama de acontecimentos que, se antes tinham alcance local, regional ou nacional, agora pairam sobre as nações e a todas envolve, indistintamente" (STELZER, 1999, p. 101).

Com a globalização, a sociedade internacional e as relações internacionais, num contexto geral, passaram a se tornar mais complexas, interdependentes e policêntricas em razão do surgimento dos novos atores internacionais e da rapidez com que os fluxos passaram ocorrer nesse cenário (BEDIN, 2001, p.270).

É inegável que o fenômeno da globalização é um fato consumado e está em curso na atual sociedade internacional, com todos os limites, possibilidades e contradições que apresenta. Hoje, essa sociedade se articula em rede, totalmente interligada por fluxos virtuais. Nesse cenário de desenvolvimento na história da comunicação e da informação, as relações de poder dos atores internacionais, especialmente dos atores não-estatais emergentes, atingiram um profundo nível de protagonismo e relevância na arena internacional (OLIVEIRA, 2014, p. 95).

É partir de tal premissa que a mídia, também na qualidade de ator não-estatal emergente, passou a exercer um destacado protagonismo no campo das relações internacionais, influenciando sobremaneira o comportamento dos demais atores internacionais na arena internacional.

Assim, extremamente necessário analisar a mídia enquanto um ator internacional não-estatal emergente na atual sociedade internacional globalizada.

3 A mídia como ator internacional não-estatal emergente

A compreensão do conceito de ator internacional é necessária, nesse contexto, para compreender a integralidade da presente pesquisa. A sociedade internacional é formada, além do conjunto dos Estados soberanos, por uma série de outros atores internacionais que protagonizam e se manifestam nesse cenário de forma integrada.

Ator internacional pode ser definido, com base na concepção de Esther Barbé, como "a unidade do sistema internacional (entidade, grupo, indivíduo) que tem habilidade para mobilizar

recursos que lhe permitem alcançar seus objetivos e capacidade para exercer influência sobre outros atores do sistema" (1995, p.117).

Oliveira (2014, p. 96-97) define ator internacional como "o agente que participa das relações internacionais, desempenha o próprio ato internacional" e "atua na dimensão dinâmica da sociedade internacional". Para figurar como ator internacional, algumas determinantes devem ser verificadas, como, por exemplo, a capacidade, a autonomia, a habilidade, o poder de influência e a tomada de decisão (2014, p. 97).

Nessa mesma linha, complementa Barbé (1995, p.117) que a definição de ator internacional abrange uma lógica que se reveste da noção de que ator internacional está centrado nas condições de habilidade, capacidade, autonomia e influência.

Os atores internacionais são estudados por Merle (1981, p. 213) a partir de uma tipologia clássica que compreende três tipos de atores internacionais: primeiramente, os Estados, que figuram ainda como atores estatocêntricos; em segundo lugar, as organizações internacionais, que desempenham um importante papel, com autonomia e independência; e, em terceiro lugar, as forças transnacionais, que se dividem em empresas transnacionais, organização não-governamentais e a opinião pública internacional.

Mansbach estuda os atores internacionais a partir da classificação tradicional que é dividida em "atores públicos e privados", mas que se desenha em seis tipos diferentes de atores internacionais: atores governamentais interestatais ou organizações intergovernamentais; atores não governamentais interestatais; Estados; atores governamentais não centrais; atores intra-estatais não governamentais; indivíduos e pessoas que exerçam atividade de influência no cenário internacional (2000, p.27).

Oliveira adota a tipologia que divide os atores internacionais em três modalidades: *atores tradicionais*, cujo grupo abrange todos os Estados e seus desmembramentos estatocêntricos; *novos atores*, compreendendo, assim, as organizações internacionais, Organizações Não Governamentais e as empresas transnacionais; e, por fim, os *atores emergentes*, considerados os representantes dos tempos contemporâneos, e abrangem "movimentos sociais e os globais, grupos privados e grupos sociais, indivíduos, governos não centrais, opinião pública, partidos políticos, associações religiosas, sindicatos, igrejas [...] mídia, terrorismo" etc (OLIVEIRA, 2014, p. 101-102).

A mídia é, portanto, um ator internacional não-estatal, classificado, segundo a tipologia de Oliveira, como um "ator emergente". Assim, esse estudo volta-se para a mídia enquanto um ator internacional não-estatal emergente na sociedade da informação, onde exerce papéis variados, situados em diferentes cenários e com destacado protagonismo (OLIVEIRA, 2014, p. 101).

A evolução da tecnologia da informação ultrapassou limites geográficos e políticos, estimulando o crescimento dos atores não-estatais no panorama político do mundo. Tal desenvolvimento se mostrou tão grandioso que fez emergir novos paradigmas das Relações Internacionais, distanciando da visão de Estado como uma das instituições mais relevantes do sistema.

Com isso, ressalta-se que o papel exercido pela mídia, como um ator-não estatal das Relações Internacionais, vem se desenvolvendo de forma cada vez menos tímida no cenário atual. A mídia pode ser entendida como "o aparato técnico que permite a comunicação e a troca de informação (ou seja, como um meio), quanto como a cultura mediada com a ajuda das diferentes tecnologias de produção e distribuição de informação e comunicação" (MAZZETTI, 2008, p. 255).

Na visão de Joseph Nye (2004), os meios de comunicação são considerados como detentores de poder, emergem do *soft power* e influenciam mentes, mormente ao tratar de valores sociais. Desde o século XX, os meios de comunicação passaram a ocupar um importante espaço

institucional, em razão da produção de enunciados em relação à realidade e aceitos na sociedade como verdadeiros. Os meios de comunicação em massa são detentores do poder de dar relevância aos acontecimentos e de leva-los a público (RIBEIRO, 2008, p.195).

Cotidianamente, percebe-se que o poder da mídia e a influência que ela exerce são reconhecidas pela população em geral, bem como a sua forma de interação social e seu poder de moldar opiniões e lançar ideologias. Por exercer este poder de atuação e interferir em questões políticas internacionais, é percebida como um ator não-estatal das Relações Internacionais.

A mídia não é somente portadora da informação, porque seu papel primordial na sociedade enquanto formadora da opinião pública tornou-a também a figura central na construção da imagem que as pessoas fazem da política e de vários outros temas (BARTH, 2007, p.26). Ela constrói conceitos e introduz agendas sociais.

Geralmente, a noção de mídia está normalmente associada ao sentido de imprensa, jornalismo e meios de comunicação. A palavra "mídia" é utilizada de forma mais frequente nos estudos que se relacionam a comunicação e política e, diante disso, passou a ser empregada nos estudos que buscam explicar o poder de representação dos meios de comunicação e o mundo político. Contudo, "o papel da mídia na sociedade da informação não deve se limitar apenas à transmissão de conteúdos informativos, mas também se constitui num espaço de mediação daquelas questões que importam à sociedade" (OLIVEIRA, 2010, p.90).

Assim, estudada a noção de ator internacional e a mídia enquanto um ator não-estatal emergente, passa-se à análise do protagonismo da mídia no cenário internacional globalizado e os limites da regulação jurídica.

4 Os limites da regulação jurídica a partir do protagonismo da mídia no cenário internacional globalizado

Em razão dos avanços tecnológicos no campo da informação, os debates internacionais passaram a abranger questões políticas, econômicas, culturais e sociais, constituindo, inclusive, objetos de estudo na área da comunicação política internacional. Consequentemente, as discussões das Relações Internacionais passaram a se ocupar com aspectos midiáticos em relação à política interna e à opinião pública nacional na perspectiva dos diversos fluxos globais de interesses. Nesse ponto, passaram então a ocupar um espaço mais expressivo em razão de que "a própria imagem internacional dos Estados somente se forma adequadamente se o mesmo dispuser de mecanismos de mídia e de alcance global" (OLIVEIRA, 2010, p.155).

Com a emergência do fenômeno da globalização, as relações de poder no âmbito internacional foram drasticamente afetadas pelo novo contexto da comunicação digital. Hoje, vive-se a era da comunicação em massa e a imediata troca de informações. A projeção da mídia, por sua vez, repercutiu em uma série de transformações no cenário internacional.

A mídia é compreendida como veículo de comunicação e informação. Contudo, em razão dos avanços sociotécnicos na área da comunicação, a dimensão e a dinâmica desse veículo são cada vez mais proeminentes. Não se pode deixar de considerar que os meios de comunicação formam "um campo autônomo capaz de representar o social, construir diferentes realidades, criar distintas modalidades de socialização e influenciar e mediar outras esferas da vida social" (MAZZETTI, 2008, p. 255-256).

Oliveira (2010, p. 87) considera que a função primordial da mídia é a de manipular a opinião pública. Hoje, a comunicação no meio social é essencial na vida humana, de modo que ainda "haverá uma maior dependência da mídia na constituição de uma posição e de uma experiência acerca da temática e dos quadros interpretativos necessários para a sua compreensão".

O Estado continua a figurar como um ator fundamental nas relações de poder, mesmo por meio das redes de comunicação. Contudo, é impossível ignorar a mais antiga e direta política midiática: a propaganda e o controle.

Castells (2015, p. 319) entende que "a fabricação e a difusão de mensagens que distorcem fatos e induzem à desinformação com objetivos de promover interesses do governo", e "a censura de qualquer mensagem cujo objetivo é solapar esses interesses, se necessário, criminalizando a comunicação desimpedida e processando o mensageiro", são possibilidades que podem ser verificadas por conta do protagonismo midiático.

A partir do avanço tecnológico-informacional, a mídia se expandiu para além dos territórios nacionais e ganhou escala global. Altamente associada à expansão do novo paradigma tecnológico, a ascensão de novas práticas afetou todos os níveis da sociedade, agregando novas plataformas a novos modelos de (auto)comunicação de massa, em que transmissor e receptor até mesmo se confundem, como no caso do Youtube (CASTELLS, 2015, p.35).

Como ator emergente, ela é capaz de influenciar significativamente a vida cotidiana e a atuação política dos indivíduos: a maneira como agem, sentem, desejam e convivem (COUTINHO, 2008, p.8). Por meio de seus discursos e práticas, a mídia é capaz de induzir as relações políticas e construir uma opinião "pública" totalmente artificial.

A mídia, com isso, apresenta-se fundamentalmente como intermediária, produzindo resultados significativos no campo da informação. A mídia é vista como um espaço em que são expostas as diversas representações do mundo social, associadas a grupos diversos e interesses presentes na sociedade (OLIVEIRA 2010, p. 152).

Além disso, ostenta seu protagonismo pela sua influência na atuação de outros atores emergentes de nível global, como movimentos sociais e organizações não-governamentais, que passam a tornar-se mais abertos e conectados, utilizando-se da mídia como um instrumento eficiente para suas causas (KANTER e FINE, 2011, p. 11).

Como exemplo da atuação da mídia e sua influência perante os demais atores internacionais, tem-se a relação entre mídia e Estado. Nesse sentido, Oliveira (2010, p. 150) recorda que "todo comportamento político implica em algum tipo de atividade comunicativa". A política, em si, continua a ser condicionada pelas práticas midiáticas (CASTELLS, 2015, p. 33) uma vez que os governos persistem no uso da mídia como um instrumento de propaganda, utilizando-se de seu poder regulatório.

Isso faz com que se dissemine ainda mais a informação em nível global por conta do caráter da mídia como reprodutora (auto)comunicativa em massa, marcando a forma como os indivíduos compreendem o mundo, tanto no nível intelectual como no nível sensitivo (MAZZETTI, 2008, p.256).

Pode-se dizer que a mídia tem caráter revolucionário, porque desempenha um papel central no funcionamento do poder na sociedade e está diretamente relacionada à noção de poder e de manipulação na sociedade. Trata-se de um grande veiculador de sentidos e significados que operam na perspectiva de como as próprias pessoas se veem como sujeitos (GONÇALVES, 2008, p. 147).

Dessa forma, a mídia não pode ser somente vista como um conjunto de diversas ferramentas, "mas também, como um processo, um ator e uma arena de mediação e discussão do espaço público" (OLIVEIRA, 2010, p.90). Importa salientar que os meios de comunicação em

massa constituem instrumentos fundamentais para a formação da imagem política de determinado Estado, especialmente em razão da circulação de informações e até mesmo para a tomada de decisões políticas pelos Estados.

A atuação da mídia na sociedade internacional se diferencia dos demais atores nesse cenário. Enquanto os demais atores internacionais possuem identidades constantes, interesses baseados em tradições, e seu comportamento se dá de forma que é possível identificar certa previsibilidade, a mídia, por sua vez, configura-se enquanto "um ator de múltiplas faces", cuja aparência depende do contexto, do tipo de instrumento e da direção do meio de comunicação, não sendo possível observar uma identidade fixa e imutável da mídia na arena internacional (BURITY, 2013, p.172)

Esse interessante diagnóstico contemporâneo constitui um extraordinário desafio para os mecanismos de regulação jurídica. Até então marcadamente estatais, e fundados no "monopólio da violência legítima" weberiana de um Estado-nação considerado o modelo político-jurídico da modernidade, os instrumentos de regulação jurídica decorriam da atuação direta ou indireta do Estado, pela extensão de seu poder por organizações internacionais intergovernamentais ou mesmo por tratados e convenções internacionais. Entretanto, esse modelo estatocêntrico passa a revelar seu esgotamento neste momento histórico, onde a regulação jurídica estatal sofre perdas visíveis, tratadas como condições de um direito estatal "substituído", "suprimido" ou "suplantado" (ARNAUD, 1999, p.156-166).

Considerada como um ator constrangedor perante os demais, a mídia é vista como um elemento de influência direta na tomada de decisão pelos Estados, e sua função envolve influenciar os Estados a tomar decisões e agir em curto prazo. Isso ocorre pela pressão e coação realizada pela mídia através dos canais de comunicação (BURITY, 2013, p.173). O tempo da mídia, com pautas de horas ou poucos dias, note-se, é diferente do tempo do Direito ou do tempo da Política, onde a construção de conceitos e o processamento de demandas sociais levam semanas, meses ou anos.

Por conta dessa nova realidade que se manifesta no cenário internacional e em razão do destacado protagonismo da mídia, a regulação jurídica pelo Estado, em especial quanto à produção do Direito, encontra-se relativizada. Arnaud (1999, p. 156) se refere ao direito estatal *substituído,* quando outras formas de regulação jurídica substituem a tradicional. Arnaud cita a criação de acordos regionais que aumentam gradativamente no cenário internacional, como, por exemplo, a União Europeia e o Mercosul. Esses acordos tem o caráter de substitutos da regulação jurídica tradicional através do direito, e tem o intuito de "modificar totalmente a estrutura tradicional do direito, pela transformação que ela opera sobre as soberanias como a tradição nos havia legado" (1999, p. 157).

Com o direito estatal substituído, emerge um pluralismo de normas próprias para esses acordos regionais, acarretando na substituição do Estado em relação à sua função precípua de "dizer o direito". Arnaud (1999, p. 160) considera, ainda, quanto ao direito estatal e à regulação jurídica em si, a noção de direito estatal *suprido.* Essa noção surge a partir do momento em que políticas públicas ou programas de ação tomam as vezes do direito estatal em seu sentido tradicional, criando-se assim uma regulação social.

Isso é importante porque existem temas e problemas sociais que os Estados já não conseguem mais regular - seja por impossibilidade, ineficiência ou falta de prioridade -, sendo necessárias outras formas reguladoras. Isso demonstra "o desenvolvimento de uma suplência do direito estatal por um tipo de regulação mundial que, algumas vezes, ultrapassa os Estados ou os atravessa sem que eles possam agir eficazmente para se opor a isso" (ARNAUD, 1999, p. 162).

Por fim, quanto à concepção de Arnaud, o direito estatal pode ser ainda *suplantado*, isto é, suplantado por outras formas de regulação. Isto significa que outras ordens jurídicas surgem, escapando à regulação social, seja nacional ou internacionalmente (ARNAUD, 1999, p. 166).

Assim, essa realidade expressa protagonismo da mídia enquanto um ator internacional não-estatal que se manifesta de forma significativa nesse cenário, influenciando, inclusive, a capacidade regulatória do Estado. Além disso, a questão transcende esse ponto, porque o protagonismo de atores não-estatais emergentes, que transitam nas lacunas dos direitos estatais (na forma de elisão combinada de sistemas jurídicos, como no caso das corporações transnacionais que escapam da tributação dos Estados) ou mesmo além e fora dos direitos estatais (na forma de relações virtuais transversais que tendem a fugir do controle desses atores estatais, como no caso da mídia que constrói e difunde informação em plataformas agora de "auto-comunicação de massa"), constitui um elemento de grande limitação para a regulação pelo Direito na sua forma e nas suas premissas tradicionais, tanto na perspectiva de sua criação, como aplicação e efetivação.

Nessa nova realidade, muitos e inquietantes questionamentos surgem sobre de que forma ainda é possível a regulação jurídica sobre atores não-estatais globais, isto é, por transcenderem os limites territoriais de cada Estado, mas, em particular, sobre a mídia como ator emergente. A dificuldade em relação à mídia, nesse ponto, envolve pelo menos dois aspectos muito complexos.

Primeiro, observa-se a fragmentação de suas ferramentas e plataformas inclusive tipicamente sociais e de autocomunicação de massa ou chamadas mídias sociais (Youtube, Facebook, etc.), com pluralidade de personagens, altamente dinâmicos e voláteis nas suas intervenções e manifestações (posts, uploads, curtias, etc.), em que os receptores e destinatários confundem-se e estão simultaneamente dispersos pelo globo com instrumentos igualmente diluídos na rede mundial de computadores. Até então, as mídias tradicionais estavam centradas em plataformas impressas (jornais e revistas), de circulação territorialmente limitada por razões logísticas, ou em plataformas de áudio e vídeo comuns (rádio e televisão, por exemplo), também territorialmente limitadas, mas, em qualquer um dos casos, de sempre exclusivamente unidirecionais, ou dos produtores do conteúdo para os receptores passivos. Essa realidade mudou completamente.

Segundo, também houve uma clara mudança no formato das empresas que detinham os meios de comunicação. De tipicamente regionais ou nacionais, passaram a se expandir para o nível global, configurando típicas corporações transnacionais, com faturamento anual superior ao produto interno bruto de dezenas de países somados. Numa complexa articulação de holdings, filiais, subsidiárias, coligadas, ou simplesmente parceiras em interesses políticos e ideológicos compartilhados, elas transcendem largamente os limites da soberania estatal.

Em qualquer uma dessas situações, está claro que a regulação jurídica tradicional já mostra seu esgotamento, para não dizer sua completa incapacidade e inefetividade regulatórias. É esse o grande desafio que se apresenta para um Estado cujo direito está cada vez mais suprido, substituído ou até suplantado, por diversos atores e por variados motivos, inclusive pela notável emergência da mídia como um ator não-estatal proeminente no início do século XXI.

5 Considerações Finais

A partir da realização do presente estudo, foi possível verificar que a sociedade internacional não é apenas formada por um conjunto de Estados soberanos, porque nela se encontra presente uma

pluralidade de atores internacionais que caminham ao lado dos Estados nesse cenário. Abandona-se a posição estatocêntrica, onde o Estado figurava como um dos únicos atores com características de ator internacional (capacidade, autonomia, habilidade, poder de influência e tomada de decisão), emergindo uma nova realidade, marcada pelo multicentrismo com o surgimento de vários outros atores não-estatais.

Foi possível verificar que, dentre os atores não-estatais que emergiram na arena internacional, encontra-se a mídia, que, a partir da emergência do fenômeno globalizante, passou a ocupar um relevante espaço nesse cenário, exercendo um destacado protagonismo no cenário global. A mídia é vista no atual cenário como um ator que constrange, coage e influencia diretamente o poder de decisão dos Estados, gerando o enfraquecimento da soberania estatal.

Essa influência reflete diretamente na regulação jurídica estatal, que, até então, era marcadamente estatal e fundada no monopólio da violência legítima weberiana de um Estado considerado como o modelo político-jurídico da modernidade, onde os instrumentos de regulação jurídica decorriam da atuação direta do Estado ou sua atuação indireta, pela extensão de seu poder por organizações internacionais intergovernamentais ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

Porém, o protagonismo da mídia é capaz de modificar essa realidade, demonstrando que esse modelo estatocêntrico está, em verdade, esgotado, e sofre perdas visíveis, porque a capacidade regulatória do Estado está diretamente afetada pela atuação da mídia.

Além disso, o protagonismo dos atores não-estatais emergentes configura um elemento de limitação para a regulação pelo Direito, tanto na sua forma, quanto nas suas premissas tradicionais, bem como do ponto de vista de sua criação, aplicação e efetivação. Verifica-se que o direito estatal encontra-se substituído, suprimido e suplantado por outras formas de regulação social.

Por fim, pode-se dizer que a mídia é um ator não-estatal emergente, estudada pela ciência das Relações Internacionais, e tem a capacidade de exercer poder e influência no cenário internacional, instigando e induzindo os demais atores que formam a sociedade internacional. Sua atuação configura um grande desafio para a regulação jurídica estatal tradicional, já que se encontra limitada pelo destacado protagonismo da mídia sob vários aspectos.

Referências

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução de Patrice Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARTH, Fernanda. *Mídia, política e pesquisas de opinião pública*. Revista Debates, Porto Alegre, v.1, n. 1, jul.-dez., 2007.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

_____. *O poder da comunicação*. Tradução Vera Lucia Mello Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BURITY, Caroline Rangel Travassos. *A influência da mídia nas relações internacionais*: um estudo teórico a partir do conceito de diplomacia midiática. Contemporânea, Rio de Janeiro, n. 21, ano 11, vol.1, 2013.

GONÇALVES, Márcio Souza. Subjetividade, livros e o poder da mídia. In: COUTINHO, Eduardo Granja; FREIRE FILHO, João; PAIVA, Raquel (Orgs.). *Mídia e poder*: ideologia, discurso e subjetividade. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008, p. 133-156.

IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 8 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

_____. *Teorias da globalização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KANTER, Beth; FINE, Allisson H. *Mídias sociais transformadoras*: ação e mudança no terceiro setor. São Paulo: Évora, 2011.

MAZZETTI, Henrique. Mídia e questionamento do poder: três abordagens teóricas. In: COUTINHO, Eduardo Granja; FREIRE FILHO, João; PAIVA, Raquel (Orgs.). *Mídia e poder*: ideologia, discurso e subjetividade. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008, p.255-274.

MERLE, Marcel. *Sociologia das relações internacionais*. Trad. Yvonne Jean. Brasília: UnB, 1981.

NYE, Joseph. *Soft power*: the means to success in world politics. New York: Pubblic Affairs, 2004

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações internacionais: breves apontamentos e contextualização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações internacionais & globalização:* grandes desafios. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 1999, p.15-66.

_____. *Relações internacionais*: estudos de introdução. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2013.

_____. Relações internacionais, direito e atores não estatais: delineamentos de fundamentação. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais, direito e poder:* cenários e protagonismos dos atores não estatais: volume I. (Org.). Odete Maria de Oliveira. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 33-131.

OLIVEIRA, Rafael. *A mídia como ator emergente das relações internacionais*: seu protagonismo no uso do soft power frente aos desafios da mudança climática. 2010. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

OLSSON, Giovanni. *Relações Internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.

RIBEIRO, Ana Paula Goulart. Os meios de comunicação e as políticas de memória e esquecimento. IN: COUTINHO, Eduardo Granja; FREIRE FILHO, João; PAIVA, Raquel (Orgs.). *Mídia e poder*: ideologia, discurso e subjetividade. Rio de Janeiro: Mauad X, 2008, p. 187-204.

SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista. Diversificação das Relações Internacionais e teoria da interdependência. In: BEDIN, Gilmar Antônio et al. *Paradigmas das relações internacionais:* realismo, idealismo, dependência e interdependência. 3ed. Ijuí: Unijuí, 2011.

STELZER, Joana. Relações internacionais e corporações transnacionais: um estudo de interdependência à luz da globalização. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações internacionais & globalização*: grandes desafios. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 1999, p.95-122.

TRUYOL y SERRA, Antonio. *La sociedade internacional*. 2 ed. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Rosana Rahde Köche[4]
Fernanda Sartor Meinero[5]

Resumo:

A Alienação Parental tratada atualmente no Brasil traz diversas frentes de discussões referenciando a aplicabilidade da Lei nº 12.318/2010. No âmbito judicial, por meio das decisões judiciais, se busca verificar a melhoria do convívio familiar e a negativa de exclusão do cerceamento da convivência familiar de um dos genitores. Portanto, a pesquisa objetiva apurar o entendimento por parte dos Tribunais brasileiros, acerca do fenômeno da alienação parental, utilizando-se a análise quantitativa e qualificativa. Com base nestes dados pode ser avaliado o real entendimento e utilização da norma pelos julgadores e as consequências no campo do Direito Civil criadas a partir destas.

Palavras-chave: Alienação Parental. Família. Tribunais.

1 Introdução

Atualmente podemos visualizar um maior número de divórcios e rompimentos de famílias. Hoje a sociedade aceita mais facilmente e rapidamente os novos moldes familiares que foram ocorrendo ao longo do tempo. São mais de 140 mil casamentos cancelados por ano no Brasil, enquanto em 2006 não chegava a 80 mil, segundo dados extraídos pelo IBGE no ano de 2014 (IBGE, 2014).

Anterior a Lei nº 6515/1977 que regula o divórcio, a sociedade não aceitava a regulamentação do fim de um casamento, sendo tratado como algo denegritório, repudiando a moral dos então, separados. Assim, com a introdução da lei no Brasil - sendo esta uma luta de vários anos, havendo discussão entre correntes de pensamentos, Igreja Católica e concepções mais liberais- normatizou-se o processo da dissolução do vínculo conjugal, permitindo assim um novo matrimônio aos então divorciados. Tornou-se possível a regulamentação de uniões até então vistas como concubinárias e sem proteção ou reconhecimento civil e judiciário. Rizzardo pontua que o direito positivista "não podia, realmente, continuar a desconhecer ou ignorar as uniões livres que aumentavam em todo o País, mesmo que se defrontando com as ideias contrárias de grande parte dos credos religiosos" (RIZZARDO, 2009, p. 365). Ainda, no Estatuto da Criança e do Adolescente podemos encontrar em seu artigo 25 que o entendimento hoje formalizado referente a família natural como sendo "a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes" (ECA, 1990).

Eis que surgem discussões acerca das responsabilidades de cada um de seus componentes dentro da família. Estas discussões referentes a estrutura e responsabilidade especialmente de cada

[4] Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha; e-mail: rosanarahde@hotmail.com.
[5] Professora orientadora pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha; Mestre em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle; e-mail: fernanda.sartor@fsg.br.

genitor são, se não a mais criteriosa e importante na vida família. Portanto, o legislativo propôs lei específica para a Alienação Parental, sendo ela promulgada em 2010. Por tratar-se de crianças e adolescentes, sendo estes ainda dependentes dos responsáveis, se viu necessário esta regulamentação pois não estava sendo regido as normas até então já existentes como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/ 1990) e a Constituição Federal de 1988, especificadamente em seu artigo 227.

Com isso esclarece-se a dissolução da vida conjugal, seja ela estruturada da forma que for, mas abrangendo os frutos que destas foram concebidos, assim sendo, seus filhos. Porém, relativamente aos filhos, a dissolução do relacionamento entre pai e mãe deve ser ajustada em acordo com o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.[6] Isto se deve em razão do menor estar em formação pessoal, psíquica e comportamental sendo o que necessita de maior apoio, proteção e defesa de seus interesses, pois ainda não possui esta atribuição. Portanto, faz necessário que ele tenha sua base psicológica estruturada, com seus pilares sustentáveis para a vida adulta.

Nesta dissolução estão dispostas as regras que devem ser levadas em consideração, sempre tendo em vista o melhor interesse da criança e do adolescente, como, atribuir-se a guarda. A prioridade será a guarda compartilhada, e apenas quando esta não é possível se dá a unilateral. Esta será exercida pelo genitor que revelar melhor condição psicossocial e financeira para o seu exercício.

Porém, em razão do elevado número de divórcio questões como guarda, responsabilidades, direito e deveres dos pais com os filhos e o entendimento do rompimento, muitas vezes falho ou não aceito, dessa dissolução de união são levados ao Poder Judiciário. Nestas ocasiões podemos observar que a Alienação Parental surge com mais vigor, ou seja, sabemos que o fato gerador da Alienação sempre existiu, mas atualmente é tratada de forma mais concreta e com base legal.

Portanto, o objetivo desta pesquisa é analisar a alienação parental à luz das decisões dos tribunais de Justiça dos estados do Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo, assim como o STF e o STJ,[7] buscando visualizar até que ponto o Estado tem sido eficaz quanto a aplicabilidade da lei que abre portas para que sejam resolvidos os conflitos familiares e bem particulares nestas instâncias.

A metodologia trabalhada nesta pesquisa é análise quantitativa e qualitativa. Utilizando como técnica a pesquisa bibliográfica, exploratória bem como a análise de conteúdo jurisprudencial, permitindo que a partir dos dados levantados possamos verificar conceitualmente os reflexos e a postura perante o reconhecimento ou não da existência da Síndrome da Alienação Parental e seus delimitadores na área jurídica atualmente. Para este trabalho, foram extraídos os dados das decisões decorridas em um ano, sendo este escolhido e compreendido de 01 de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2016, para três tribunais brasileiros (RS, SP e MG) e também o STJ e o STF, de decisões onde abrangessem a busca com as palavras "Alienação Parental".

---

[6] Neste sentido, Eeclkaar entende que: "o melhor interesse da criança assume um contexto, que em sua definição o descreve como *'basic interest'*, como sendo aqueles essenciais cuidados para viver com saúde, incluindo a física, a emocional e a intelectual, cujos interesses, inicialmente são dos pais, mas se negligenciados o Estado deve intervir para assegurá-los" (apud FACHIN, 2002, p. 133).

[7] Para que o trabalho possa ser justificado e avaliado de forma coerente, buscamos uma metodologia onde possamos coletar informações dos três tribunais brasileiros mais relevantes nesta pesquisa por aspectos particulares existentes em cada um deles, ou seja: o Tribunal de Justiça de São Paulo pela quantidade de decisões e grande população, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua tradicional modernidade nas decisões relativas ao Direito Civil no que tange à família, e por fim e não menos importante o do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, por ser a instância local.

Com a utilização dos dados coletados a pesquisa se torna objeto concreto e matéria de estudo, permitindo que se façam as análises necessárias conforme o delimitado nos entendimentos trazidos pelas decisões.

Esta busca empírica do resultado é o que iremos discorrer nos capítulos que seguem para um bom entendimento da matéria pesquisada, trazendo em um primeiro momento as definições referenciadas nos números de decisões abrangidas. No segundo capítulo, com o intuito de entendermos o conceito da família e a Síndrome da Alienação Parental em si e suas relações, indicaremos como os tribunais estão visualizando esta concepção e até que ponto pode ser atribuída esta responsabilidade ao judiciário, sem interferir na independência e respeito do poder familiar. E por fim, as semelhanças entre judiciário e doutrina quanto a aplicação da norma e sua eficácia.

2 Das decisões judiciais

Como a metodologia trata dos caminhos utilizados para se conhecer o tema tratado, segundo Henriques e Medeiros, iremos percorrer estas situações para termos fundamento em nossa pesquisa. Sendo assim, para os autores citados, é a "prática de estudo da realidade que consiste em dirigir o espírito na investigação da verdade", sendo que o método é um "procedimento que permite chegar a soluções para problemas de maneira objetiva" (HENRIQUES; MEDEIROS, 2000, p. 21-23).

Utiliza-se a pesquisa quantitativa e comparativa, cujos dados são coletados por meio eletrônico, via internet nos sites dos tribunais dos estados de RS, SP e MG assim também como o STF e o STJ. Este estudo teve como seleção principal a escolha de um ano, 2016 por ser o ano corrente já encerrado mais atual, bem como em relação ao processo temos inovações no Novo Código de Processo Civil.

Pode-se observar que apesar de ser uma regulamentação moderna, Lei nº 12.318/2010, já existem muitas decisões acatando e ressaltando a Síndrome, mesmo que ainda em baixa escala, mas crescendo ao longo dos anos pós promulgação da lei. Notamos que, buscando dados do Tribunal de Justiça gaúcho que em comparação com o ano de 2011, praticamente o número de processos que envolvem as palavras "Alienação Parental", conforme nossa busca praticamente dobrou. Neste sentido:

Quadro 1: Casos crescentes de processos iniciados ou entendidos como sendo envolvidos na matéria Alienação Parental no Rio Grande do Sul.

2011: 27 casos
2012: 41 casos
2013: 32 casos
2014: 62 casos
2015: 59 casos
2016: 53 casos

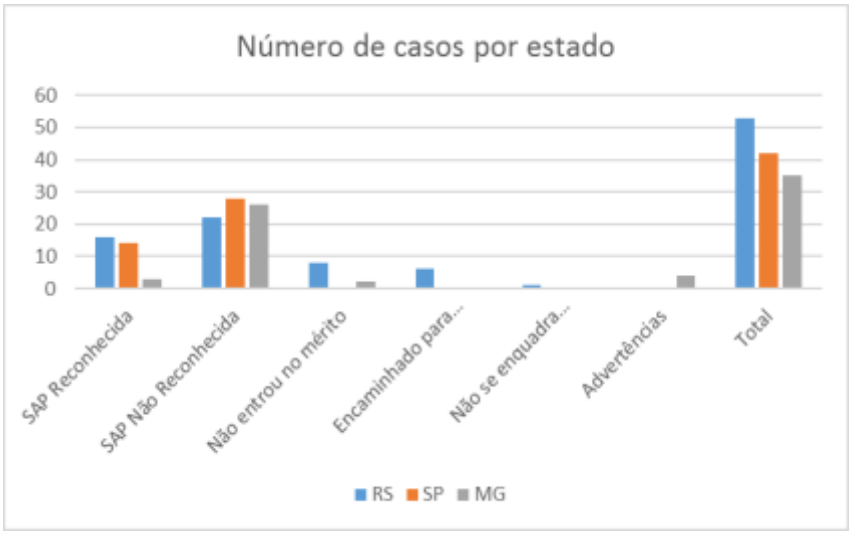
Não se irá analisar o mérito de cada um destes processos anteriores a 2016, para a exploratória pesquisa, mas para termos uma ideia de balização quanto a números referentes a estas situações é que fomos em busca desta informação.

Quadro 2: Entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul.

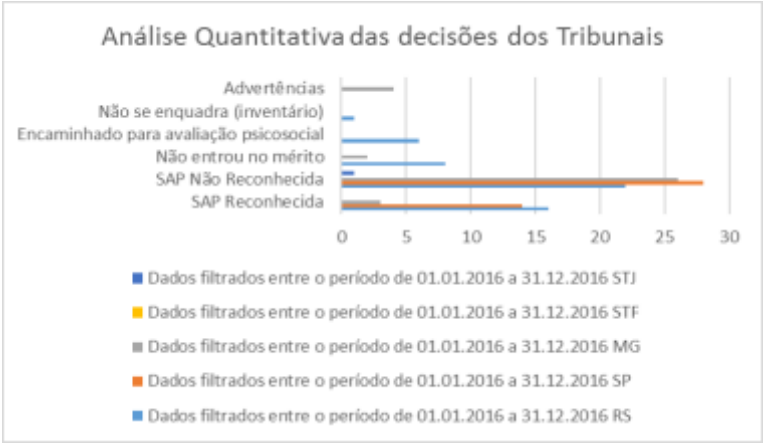


Pode-se ver no gráfico que a distribuição destes processos, ocorrem de forma alinhada, mesmo ainda não sendo reconhecida facilmente. Ainda, nota-se que há um crescimento significativo desde a promulgação da lei em 2010. Apenas analisando o TJ/RS verifica-se que, o dobro de processos, já são nomeados com as palavras chaves de nossa pesquisa: "Alienação Parental". Deste modo:

Quadro 3: Distribuição e procura do judiciário: comparativo entre estados.

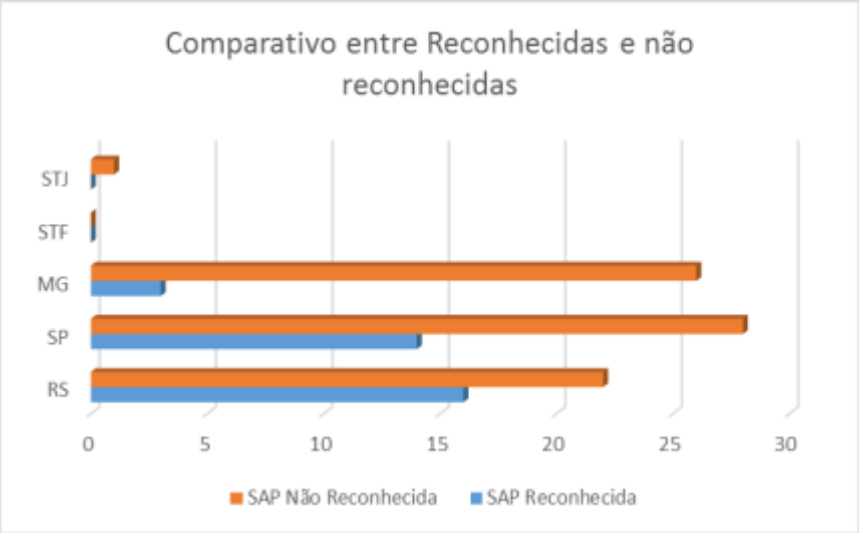


Quadro 4: Análise quantitativa das decisões dos tribunais trabalhados.



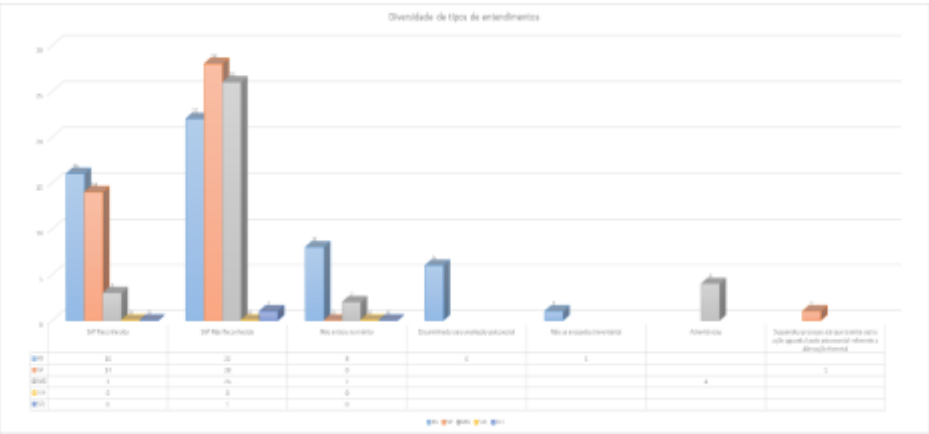
Com base nos dados levantados nesta pesquisa quantitativa podemos notar que atualmente a SAP, em seu maior número de decisões, ainda não é encontrada ou tem seu diagnóstico identificado facilmente. Conforme nos traz alguns juristas, como Dr. Eduardo de Oliveira Leite em uma de suas palestras, o judiciário passou a delegar e solicitar apoio aos profissionais psíquicos (psicólogos, terapeutas, avaliadores) tendo assim apoio da área técnica para poder julgar com base em uma prova que se torna não contraditória (LEITE, 2014). Esta responsabilidade trouxe às Varas de Família uma discussão particular para decisão técnica avaliada.

Quadro 5: Reconhecimento da SAP por Tribunal.



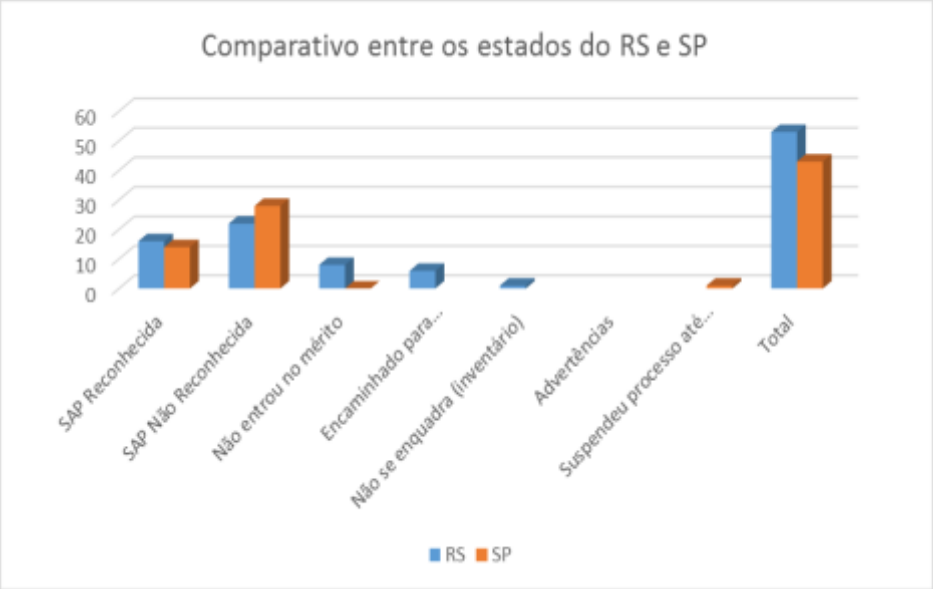
Verifica-se no quadro 4 que a grande parte não é reconhecida, seja por falta de provas, ou de uma forma lícita e também eficaz de se comprovar esses atos, assim como o não entendimento da abrangência familiar deste assunto pelos nossos julgadores. Muitas vezes, podemos notar que a sociedade trata de um dever do Estado uma responsabilidade que existe no seio familiar e não tendo sucesso na resolução deste conflito eleva para uma instância judiciária. Com a pesquisa, ou seja, com a busca de dados apresentados, encontra-se a diversidade de entendimentos dependendo do tribunal.

Quadro 6: A Diversidade nos tipos de entendimento referente ações que busquem Alienação Parental.



Observamos no resultado trazido, que no ano de 2016, nos estados brasileiros do Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais, e nos tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. Percentualmente analisado, se destacam os estados de São Paulo e Rio Grande do Sul tendo suas decisões bastante igualitários, tanto em número de processos com esta definição titulada quanto às suas decisões. O que não ocorre com o Tribunal de Minas Gerais, onde notamos uma realidade que se mostra diferenciada.

Quadro 7: Comparativo Rio Grande do Sul e São Paulo.



Quadro 8: Decisões do estado de Minas Gerais.



Quanto ao estado do RS, onde foram analisados 53 processos sendo que 14 desses tiveram declaradamente a SAP reconhecida como sendo o eixo da discussão central fixando e compreendendo o conceito trazido pela doutrina atual. Sendo, que a definição do que é a SAP, trazido ainda em 1987 pelo psiquiatra norte-americano Richard A. Gardner. Assim ele diserta:

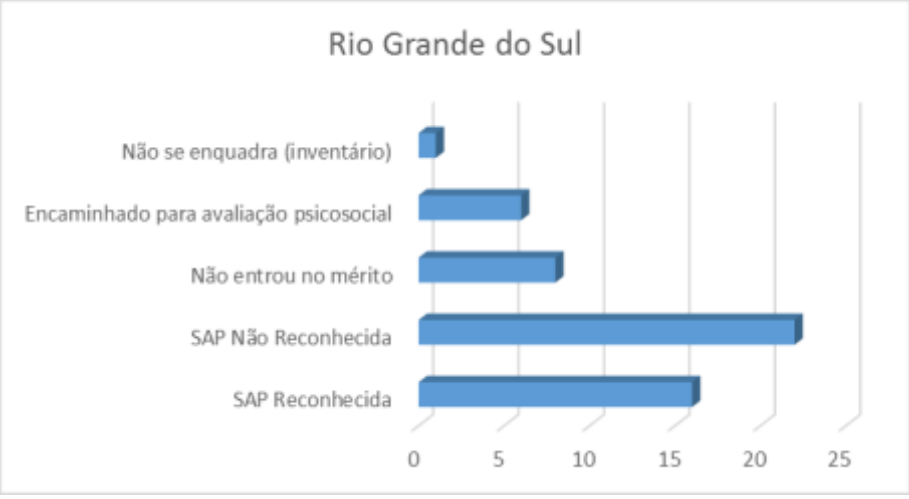
> A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um

> dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 1987).

Assim, entende-se que Gardner defende o conceito de que a SAP é diagnosticada quando identificado distúrbios em crianças e adolescentes que se encontram no meio da disputa da sua guarda pelos seus genitores. São interferências de um dos genitores ou ainda pessoas próximas, do convívio familiar como amigos e parentes, estes identificados como: alienantes. Tentam induzir os menores a se distanciar do outro genitor sendo por inventar histórias falsas, situações que não ocorrem e não são verídicas, para que o mesmo, por sua vontade e percepção errada da situação real, acabe por romper a relação e laços com o então alienado. Normalmente isto ocorre pela parte genitora que não aceita o fim do relacionamento, nutrindo sentimento de vingança, rivalidade, necessidade de demonstração de poder, etc. Alienante, genitor ou pessoa que critica, age com alienação parental, distorce e o alienado é o papel exercido por quem torna-se o alvo destas agressões. A importância e relevância deste assunto deve-se ao alto grau de problemas de desenvolvimento e formação psicológica dos menores.

Nestes, onde a SAP é reconhecida em sua totalidade, fica claro que a forma judicial de ser declarada é principalmente através de laudo psicológico de estudos realizados com a família ou os conviventes do mesmo espaço familiar, principalmente o alienado, ou seja, a criança e/ou adolescente que sofre esta grande tortura psicológica. Somente no estado do Rio Grande do Sul encontramos 20 processos onde a tratativa se inicia em uma suposta SAP e que ao decorrer do processo se abrem as circunstâncias entendidas anteriormente com SAP e que não se enquadram nas normas estabelecidas para assim serem julgadas.

Quadro 9: Decisões do Rio Grande do Sul.



O entendimento do judiciário nesta questão, nem sempre consegue ser avaliada de forma completa pois dependem de provas advindas de áreas técnicas, como o citado laudo (realizado através de encontros com profissional da área de psicologia) e também perícias e testemunhas. Em muitos dos processos levantados foi encontrada a situação de que se é solicitado o estudo psicossocial das famílias envolvidas para apenas depois desta fundamentação poder ser enquadrada ou não como um processo que realmente trata-se de SAP envolvida.

Por ser uma regulamentação relativamente nova, ainda existem diversas discussões referentes a aplicação e reconhecimento desta norma específica da Alienação Parental perdurando no âmbito jurídico quanto a sua eficácia, ou sendo vista como uma possibilidade de invasão do Estado nas instituições privadas de família e ordem particular, assim como pode ser interpretada sendo um repasse da responsabilidade pessoal para o Estado e que este resolva os conflitos, assim, amparados legalmente (BUOSI, 2012, p. 118-119).

Vários são os requisitos onde podemos diagnosticar a Síndrome Alienação Parental, e existem os trazidos na regra específica para que sirva de estrutura e organização. Presentes e bem destacadas no artigo 2 da Lei Nº 12.318/2010, deixa claro para o judiciário e operadores do Direito em si, o que é considerado um ato de Alienação Parental e Interferência na formação psicológica da criança. Ao confeccionar a norma o legislador verifica a exploração das diversas situações que possam ocorrer na vivência familiar e abrange estas possibilidades, o que podemos verificar na citação do parágrafo único do artigo supramencionado: "são formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros" (BRASIL, 2010).

3 Da reparação pelo dano da Síndrome de Alienação Parental

Aqui será analisada a reparação do dano (responsabilidade civil), ou seja, verificar-se-á se ela existe, quando ela existe e como ela é feita. Ora, na pesquisa realizada podemos notar que são poucos casos onde se identifica de qualquer forma uma atribuição ao alienante quanto a sua responsabilização e ou reparação do dano e quando ocorrem, não estão em uso, a ocorrência de valor ou multas em espécies e sim, na convivência com os filhos e ou o pagamento de seus deveres, possibilitando que se possa usufruir de seus direitos, sendo minimamente alertados das consequências futuras.

Neste sentido, no que se refere aos limites estabelecidos pela Lei quanto a responsabilidade objetiva, pode ser transcrito o entendimento de Filho, o qual comenta que, o Código Civil de 1916 era essencialmente subjetivista, porque estava fundado na cláusula geral do artigo 159 (culpa provada). No entanto, foi evoluindo e desenvolvendo-se o velho código, através, então, de leis especiais (FILHO, 2008, p. 151-154).

Já com o Código de 2002, foram feitas profundas as modificações neste aspecto, para seguir a evolução da sociedade, ocorrida nesta área durante o século XX. Mesmo mantendo também a responsabilidade subjetiva, trabalhou-se a objetiva, sendo estas extensas e profundas, consagrando, portanto, cláusulas gerais, podendo ser citados: o abuso do direito (artigo 187), o exercício da atividade de risco ou perigosa (artigo 927, parágrafo único), a responsabilidade (BRASIL, 2002).

A Alienação Parental é uma realidade de um fato muito grave em relação a família e principalmente ao menor alienado que devem ser tomadas todas as medidas possíveis para que seja evitado o acontecimento ou ainda buscar a reparação caso seja identificada quando realmente ocorre. Por esses motivos buscamos o que o legislador dispôs sobre o indício da mesma. Com isso já é possível que o juiz mande averiguar o caso. Nos traz o artigo 5º da Lei Nº 12.318/2010: "havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial" (BRASIL, 2010).

Conforme entendimento de doutrinadores, esta avaliação deve sempre levar em consideração o que é trazido pelo alienado, assim como o que é trazido também pelo alienador. Esta

segunda deve ser verificada sem perda de informações ou excluída qualquer que seja a situação, pois estão nelas os pontos a serem verificados com maior abrangência (TABORDA, 2004, p. 43).

Nos casos onde sejam estes identificados, mesmo sendo indícios de Alienação Parental devem ser solicitados a análise por perícia de um profissional da área da Saúde psíquica para que se tenha o resultado esperado e não se correr o risco de ter um laudo mal elaborado e prejudicar a vida deste menor. Nos parágrafos do mesmo artigo 5º está disposto como deve ser feita tal análise e por quem:

> § 1º. O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.
> § 2º. A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.
> § 3º. O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010).

Nestes casos, a avaliação realizada por um técnico da área da Saúde é de grande valia para a identificação de um possível desenvolvimento da Síndrome e de sua estrutura, servindo como base para que os julgadores possam tomar suas decisões. A perícia psicológica no processo se determina um "conjunto de procedimentos técnicos que tenha como finalidade o esclarecimento de um fato de interesse da Justiça", devendo ser acompanhada um perito "técnico incumbido pela autoridade de esclarecer fato da causa, auxiliando, assim, na formação de convencimento do juiz" (TABORDA, 2004, p. 43).

Com o presente estudo, são trazidas informações para que seja possível trabalhar as questões voltadas à alienação parental para o menor, a possibilidade de reparação, tanto em sua infância e juventude quanto aos males que poderão ser vistos na adolescência e idade adulta e como estas poderiam ter sido tratadas.

As consequências, trazidas para a adolescência e a idade adulta, caso não tenha sido identificado, tratado, punido e trabalhado na questão da alienação na infância e juventude, são irreversíveis. Neste sentido, poderemos identificar como o Direito trata atualmente esta questão, por meios ainda não muito utilizados e divulgados, mas tomando uma amplitude e formando uma jurisprudência mais ampla e fortemente respeitada, em conjunto com as questões psicológicas, para tratar e proteger a dignidade humana.

No Brasil, a alienação parental é regulada pela Lei n° 12.318/2010 e que inclui, além dos próprios genitores, também os avós ou qualquer pessoa que tenha a responsabilidade sobre a guarda ou vigilância da criança, sempre que se tratar de estabelecer campanha de desqualificação da conduta do outro genitor, dificultando o exercício da convivência familiar. Isso fere, portanto, o direito fundamental da criança ou do adolescente de uma convivência familiar saudável (artigo 227, CF/88), prejudicando as relações de afeto com o genitor e o seu grupo familiar (artigo 3°, Lei n° 12.318/2010).

Pode ser justificado que duas áreas são envolvidas no tratamento da síndrome, sendo elas o Direito e a Psicologia, pois, com a Psicologia Jurídica, obtemos maior entendimento dos fenômenos

emocionais destes filhos que são envolvidos em razão do divórcio de seus pais, e com o Direito, que se faz presente, ao trazer a responsabilidade civil como uma forma de reparação.

De acordo com Podevyn, a Síndrome de Alienação Parental provém de um processo utilizado por um dos genitores, geralmente, o que detém a guarda, mas, sem descartar o outro, o qual incute fatos nos filhos que podem gerar certo afastamento deste genitor alienado, denegrindo, assim, a sua imagem causando decepções manipuladas. Cria-se, pois, uma campanha de desmoralização do alienado para a criança. Historicamente, podemos traçar o quadro de que a mulher estaria mais apta do que seu esposo a cuidar do núcleo familiar e, com o divórcio ficando mais comum, com a evolução da sociedade, as disputas pela guarda dos filhos também são mais frequentes nos tribunais (PODEVYN, 2010).

Podem ser destacadas ainda, nesta perspectiva, as ideias de François Podevyn sobre este aspecto, ou seja, o fato de a síndrome se manifestar principalmente no ambiente da mãe, por se conhecer a mulher como a mais indicada, para exercer a guarda dos filhos:

> A Síndrome se manifesta, em geral, no ambiente da mãe das crianças, notadamente porque sua instalação necessita muito tempo e porque é ela que tem a guarda na maior parte das vezes. Todavia pode se apresentar em ambientes de pais instáveis, ou em culturas onde tradicionalmente a mulher não tem nenhum direito concreto (PODEVYN, 2010).

Podem ser interpretadas as palavras de Figueiredo e Alexandridis, onde notamos que a alienação parental é a prática de atos por parte do alienador, de uma forma depreciativa no que se refere ao outro genitor perante o menor. É, então, uma maneira negativa de deturpar a formação da percepção deste, no que diz respeito à personalidade do vitimado. Por conseguinte, pode causar ruptura de laços existentes entre os genitores, e fomenta mentiras, ilusões criadas, para agir, de forma negativa, na formação psicológica do menor (criança ou adolescente), fazendo com que a realidade seja falseada em relação ao outro genitor. Sendo assim, podemos apontar que uma ruptura da vida conjugal, não bem elaborada pelo luto do divórcio, rejeição, vingança, desencadeia este processo de destruição e descrédito do ex-parceiro (DIAS, 2007, p. 455-456).

Tendo em vista desse conjunto de situações identificadas como o malefício maior causado aos filhos, o legislador procura a proteção através da Lei n° 12.318/ 2010, tendo a sua origem no projeto de lei apresentado pelo Deputado Federal Régis de Oliveira. Mesmo com alguns vetos no que previam a detenção do alienador, pois tal pena também traria prejuízos aos próprios filhos, foram aprovadas sanções, como a inversão da guarda ou suspensão da autoridade parental, aplicar multas, sendo estas já, suficientes pelo fato de outrem (artigo 932, c/c o artigo 933), a responsabilidade dos incapazes (artigo 928), assim como outros. Após estes tratamentos, muito pouco sobrou para a responsabilidade subjetiva, o que assinala o autor.

Desta forma, conforme a doutrina, a responsabilização civil, é destacada na alienação parental como objetiva, pois, tem o seu fundamento na reparação do dano, não decorrente da apuração de culpa do alienador, sendo independente da prova da culpa. Fernandes nos ensina que, a responsabilidade civil objetiva, em face da atividade perigosa desempenhada, ou de acordo com determinação legal, é apurada independentemente culpa do agente causador do dano, nascendo da prática de atos antijurídicos relacionados com as certas atitudes. Pode ser, então, identificada a busca pela garantia do direito convivencial, próprio da restrição promovida e diante do nexo causal existente. Cumpre-se examinar os limites constantes no artigo 927, do atual Código Civil (FERNANDES, 2013. p. 75).

Ainda neste sentido, Stein assevera que a memória sobre alguns fatos relevantes em nossas vidas, podem ser falsos, pois foram treinados para acreditar nesta realidade forjada (STEIN, 2010, p. 21).

Com isso, a sociedade pede pais vigilantes, e os juízes atentos para que cumpram com o dever de interromper este círculo criminoso de Alienação Parental que é uma dura realidade de genitores que jogam com a estrutura psíquica dos filhos, destruindo, assim, *a harmonia familiar com suas desinteligências mentais*.

Conforme o entendimento Diniz, "isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor 'doente', passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado" (DINIZ, 2016).

A busca da eficiente correção através de ações processuais contra estes pais desajuizados, que se utiliza da inocência, creditação e impotência dos próprios filhos, para depositar as sementes de ódio e rancor emergentes de seus próprios problemas mal resolvidos. Tais atos devem ser constantemente denunciados e, cada vez mais, estar presentes na sociedade jurídica, para que os envolvidos neste contexto tenham os seus direitos assegurados, através de jurisprudências e estudos aprofundados, tanto do âmbito jurídico, quanto psicológico, a fim de que a lei seja cumprida.

4 Considerações Finais

Desta forma, destaca-se que o assunto é relevante, pois, cada vez mais, a família, conceituada como o primeiro agente socializador do ser humano sofre alterações e constantes mudanças em sua forma de ser. Assim podemos identificar um número maior de divórcios acontecendo em nossa sociedade, pois passou a ser mais aceito e não mais, marginalizado como antigamente.

Historicamente, em um divórcio, antes também identificado na sociedade como separação, tornou-se então, habitual a guarda dos filhos ser direcionada para a mãe, visto que o pai normalmente era o responsável único pela busca do sustento da família através do seu trabalho. Com a evolução da sociedade, a mulher (mãe) passou a ocupar o seu espaço no campo profissional e o pai, com isso, ganhou também o seu espaço na educação, na criação e nas responsabilidades com os filhos. Quando acontece um divórcio litigioso, seja por mágoa, sentimento de não aceitação da ruptura desse relacionamento, o cônjuge que detém a guarda, utiliza-se da convivência com os filhos menores, para disseminar a reprovação ao outro cônjuge, espelhando nos menores inocentes os seus próprios sentimentos.

Às vezes, sem perceber, são transmitidas para os filhos, a dor, a raiva, a frustração, sendo incontáveis as investidas e justificações falsas e imaginárias para afastar os filhos do pai ou da mãe (RIZZARDO, 2011, p. 246). Assim, cada vez mais, torna-se frequente nos juizados a solicitação de averiguação da Alienação Parental.

Para conceituar a Alienação Parental, precisamos considerar que a síndrome teve a sua primeira definição nos Estados Unidos por Richard Gardner em 1987 e passou a ser difundida mais tarde na Europa por François Podevyn, em 2001. O autor teve, em sua própria vida, fatos ocorridos o que o levaram a descrever a síndrome, conseguindo assim superar os problemas enfrentados: "[...] depois que me separei da mãe dos meus três filhos, vejo-os se afastarem de mim cada vez mais, apesar de todos os meus esforços. Graças a internet encontrei uma abundante literatura sobre o assunto" (PODEVYN, 2010).

A busca incansável pela utilização das normas existentes, estando relacionadas com a modernização da mutante sociedade e seguindo pelo mesmo caminho da Justiça, se faz e tende a somar promissores resultados de pesquisas com valores altamente consideráveis para estruturação de uma família em consenso para a garantia do melhor interesse de nossas crianças.

Referências

ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel; TABORDA, José. *Psiquiatria Forense.* Porto Alegre: Artmed, 2004.

ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fabio Vieira. *Alienação Parental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Alienação Parental.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ _ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. *Código Civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BUOSI, Caroline. *Alienação Parental:* Uma Interface do Direito e da Psicologia. Curitiba: Juruá, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Alienação parental.* Disponível em <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?113>. Acesso: 30 mai. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Falsas Memórias*. Disponível em <http://www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?113>. Acesso em: 25 mai. 2017.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARDNER, Richard. *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?* Disponível em <http://www.alienacaoparental. com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 25 mai. 2017.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito:* metodologia e técnicas de pesquisa, da escolha do assunto à apresentação gráfica. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2000. IBDFAM. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/pagina/6740>. Acesso em: 30 mai. 2017.

IBGE - *Instituto Brasileiro de Geografia e estatística*. Disponível na internet via http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/default.shtm Acesso em: 30 de maio de 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A nova lei de alienação parental:* eficácia duvidosa. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EgxFssxApaY>. Acesso em: 29 mai. 2017.

PODEVYN, François. *Associação de pais e mães separados.* Disponível em: <www.paisparasemprebrasil.org>. Acesso em: 25 mai. 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Diego de Ávilla Rodrigues[8]

Resumo:

A Lei 9.099/95 não previu a possibilidade de interposição de recursos contra decisões interlocutórias, seja relativamente à antecipação de tutela ou quaisquer outras. Desta forma, o objetivo do estudo é analisar a possibilidade de cabimento da Ação de Mandado de Segurança contra atos judiciais proferidos no âmbito dos juizados especiais cíveis, bem como em quais casos vêm sendo aceita a utilização do *writ* pelos tribunais superiores brasileiros e pelas turmas recursais cíveis gaúchas, realizando, ainda, uma leitura crítica dos julgados. Para análise do cabimento do mandado de segurança perante os juizados especiais cíveis, primeiramente, faz-se necessária uma análise teórica acerca do surgimento do sistema dos juizados e seus princípios norteadores, bem como sobre as finalidades e requisitos da ação de mandado de segurança. Após, através de uma leitura crítica de julgados, o estudo buscará determinar se é cabível o *mandamus* e, em caso de resposta afirmativa, quando pode ser utilizado. Há divergência entre os julgados do STF, STJ e das turmas recursais. Enquanto o primeiro nega a possibilidade de utilização da ação, os demais admitem o seu uso, embora de forma excepcional. Deve existir cuidado extremo com a utilização do *mandamus* perante os juizados, pois seu manejo desenfreado culminaria por violar os princípios informativos previstos na Lei 9.099/95 e, em última análise, prejudicaria a prestação jurisdicional, ordinarizando o rito, o que acabaria por impedir que fossem alcançados os objetivos da norma constitucional e infraconstitucional. Ao mesmo tempo, a vedação completa da utilização do Mandado de Segurança possibilitaria a perpetuação de ilegalidades, o que nunca foi objetivo do legislador.

Palavras-chave: Juizados Especiais Cíveis. Mandado de Segurança. Decisão Interlocutória. Irrecorribilidade.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, I, estabeleceu a obrigação de criação, pela União, Estados e Distrito Federal, de juizados especiais, compostos por juízes togados, ou togados e leigos, para a conciliação, o julgamento e execução de causas de menor complexidade, com procedimento oral e sumaríssimo, além de possibilidade de transação e julgamento de recursos por turmas compostas por juízes de primeiro grau.

Nesse contexto, em 1995 foi promulgada a Lei 9.099, instituindo os juizados especiais cíveis e criminais, com sistema processual e recursal próprios, além de principiologia adequada ao

[8] Servidor Público do Poder Judiciários do Estado do Rio Grande do Sul Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis, Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (Faculdade IDC) e Pós-graduando em Direito Público pela Faculdade IMED; E-mail: *dieavilla@gmail.com*.

sistema, que objetivava, justamente, a obtenção da conciliação ou, em não sendo possível a transação, uma solução adequada e célere às demandas.

No âmbito do direito processual civil, justamente objetivando um processo mais rápido, os únicos recursos previstos pela legislação foram os embargos de declaração e o recurso contra sentença, que, por ausência de nome dado pela Lei, passou a ser conhecido como recurso inominado. Dessa forma, a Lei 9.099/95 não previu a possibilidade de interposição de recursos contra decisões interlocutórias, relativamente à antecipação de tutela ou quaisquer outras.

Portanto, ainda que inocorrente a preclusão das matérias decididas no curso do processo, pois poderiam integrar o objeto de eventual recurso inominado, uma série de decisões permaneceria irrecorrível, como o caso de indeferimento de gratuidade de justiça, para dispensa de preparo recursal, ou mesmo de decisões proferidas na fase executiva. Ao mesmo tempo, o deferimento ou indeferimento de antecipação de tutela ou medida liminar poderia acarretar grave dano à parte que foi desfavorecida pela decisão, até que houvesse decisão de mérito e posterior análise de eventual inconformidade no recurso.

Na prática, os operadores do direito passaram a buscar ferramentas alternativas para obter a reforma de tais decisões, encontrando no mandado de segurança uma solução viável. Contudo, em que pese a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra atos judiciais, discute-se seu cabimento nos juizados especiais, pois há claro temor de violar-se o espírito da Lei 9.099/95 e, simplesmente, substituir o agravo, inadmissível, pois não previsto no sistema, pelo *mandamus*, oridinarizando o rito.

Desse modo, faz-se necessária a compreensão da sistemática e dos princípios norteadores dos juizados especiais cíveis, bem como da finalidade e dos requisitos do mandado de segurança, para, posteriormente, analisar-se as hipóteses em que o *mandamus* tem sido admitido pelos tribunais superiores e pelas turmas recursais gaúchas.

2 Aspectos Gerais Acerca dos Juizados Especiais Cíveis

Os juizados especiais cíveis foram instituídos pela Lei 9.099/95, em atenção à previsão contida no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de julgar causas de menor complexidade, através de um rito mais célere e simples.

Neste ponto, importante salientar que os juizados especiais cíveis não surgiram como uma forma de desafogar as varas cíveis ou judiciais, mas sim para proporcionar a todos o acesso à Justiça, possibilitando o ajuizamento de demandas que, talvez, por seu valor e simplicidade, jamais chegariam ao Judiciário (ASSIS, 2002, p. 15).

Com efeito, o excesso de formalidade presente nas normas processuais era prejudicial, não apenas ao acesso à Justiça, mas também ao próprio Poder Judiciário, que despendia recursos financeiros e humanos com a realização de solenidades e trâmites muitas vezes desnecessários para causas de menor complexidade. Portanto, o próprio Judiciário iniciou[9] a buscar formas alternativas e mais céleres à solução dos conflitos.

[9] Adriana Fasolo Pilati Scheleder afirma que, no Brasil, a experiência teve início no Rio Grande do Sul, no ano de 1982, através da implantação, na cidade de Rio Grande, pelo Tribunal de Justiça, com apoio da Associação dos Magistrados, dos Conselhos de Conciliação e Arbitramento, baseada em estudos realizados nos Juizados de Pequenas Causas de Nova Iorque (*Small Claims Court*), no ano de 1980 (SCHELEDER, 2009, p. 67).

Dessa forma, os juizados especiais surgiram como uma forma de superar diversas dificuldades existentes no âmbito da Judiciário, como o excesso de solenidade para realização dos atos processuais e a morosidade existente para concretização de direitos, que culminavam por repercutir negativamente na prestação jurisdicional (BARBOSA JÚNIOR; COSTA; 2013; p. 297), impedindo a concretização de direitos fundamentais como: o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (GUEDES; 2012; p. 194).

Para tanto, houve a necessidade de criação de um sistema processual próprio, diverso e mais simples do que os ritos previstos no Código de Processo Civil, embasado em princípios orientadores próprios.

2.1 Os Princípios Orientadores dos Juizados Especiais Cíveis

O artigo 2º da Lei 9.099/95, nesse contexto, apresenta os princípios orientadores (ou informativos) do sistema dos juizados especiais, que devem ser observados, sem prejuízo dos princípios gerais de processo, especialmente aqueles de ordem constitucional, *in verbis*:

> Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Tais princípios, logicamente, buscam a garantia ao atendimento da função esperada dos juizados especiais, qual seja a prestação jurisdicional ampla, simples, célere e efetiva (GUEDES; 2012; p. 196), com privilégio à transação, ao acordo (ASSIS; 2002; p. 16).

2.1.1 Princípio da Oralidade

O Princípio da Oralidade está presente em todo o procedimento adotado nos juizados especiais cíveis, especialmente em se considerando a grande quantidade de atos que devem ser realizados em audiência, que vão desde a apresentação da contestação até o julgamento da lide, incluindo toda a instrução processual, nos exatos termos dos artigos 27 e 28 da Lei 9.099/95.

Outra expressão de tal princípio informativo é que tanto o pedido inicial quanto a contestação poderão ser apresentados de forma oral (artigos 14, §3º, e 30 da Lei 9.099/95), além da previsão de que todos os incidentes que podem interferir no andamento da audiência devem ser decididos de plano (artigo 29 da Lei 9.099/95).

Desta forma, ao concentrar os atos processuais em audiência, privilegiando as manifestações orais, inclusive impugnações a documentos (artigo 29, parágrafo único, da Lei 9.099/95), a Lei 9.099/95 objetiva um procedimento mais célere para a satisfação do direito material buscado (BARBOSA JÚNIOR; COSTA; 2013; p. 296).

2.1.2 Princípio da Simplicidade

Uma vez que os juizados especiais cíveis surgiram como forma de garantir o acesso à Justiça àquelas demandas que, de outra forma, não chegariam ao judiciário, objetivando uma prestação jurisdicional mais célere às causas de baixa complexidade, o Princípio da Simplicidade vem garantir, justamente, que o processo seja mais simples e enxuto.

Nesse sentido, vale destacar as palavras de Fernanda Santos Sampaio Santoro:

> O princípio da simplicidade revela a nova tendência de desburocratização da Justiça, pois sua finalidade está na realização da justiça de forma simples e objetiva, reforçando a verdadeira finalidade do rito sumaríssimo. Simplificando o processo, pretende-se diminuir as exigências burocráticas concernentes à juntada de documentos aos autos, sem prejuízo do resultado da prestação jurisdicional. É relevante lembrar que esse princípio torna o processo especial mais rápido no seu trâmite, pois desconsidera as formas complicadas do processo comum. (SANTORO; 2009; p 60-61)

Representações deste princípio são: a vedação à intervenção de terceiros, a possibilidade de apresentação oral do pedido inicial, a necessidade de utilização de linguagem simples e acessível e a permissão às partes para litigarem sem a presença de advogado (artigos 10 e 14 da Lei 9.099/95) (GUEDES; 2012; p. 198).

2.1.3 Princípio da Informalidade

O Princípio da Informalidade objetiva eliminar o rigor das formas processuais. Ou seja, através desse princípio restou consagrado na lei que mais importa que o ato atinja a sua finalidade, do que a observância da forma prevista na legislação.

Não há, portanto, nos juizados especiais cíveis, a necessidade de atenção a requisitos formais rígidos para a realização dos atos processuais, mostrando-se essencial que atinjam o fim buscado, desde que respeitado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Nesse sentido, inclusive, é a previsão contida no artigo 13 da Lei 9.099/95, que estabelece a validade dos atos processuais sempre que atingirem a finalidade a que se destinam, desde que observados os princípios insculpidos no artigo 2º da mesma lei (SANTORO; 2009; p 62). Ainda, o §1º do referido artigo determina a impossibilidade de decretação de nulidade de ato processual, sem que tenha havido efetivo prejuízo a qualquer das partes.

2.1.4 Princípio da Economia Processual

O Princípio da Economia Processual possui a finalidade de tornar os atos processuais mais efetivos, buscando o máximo de resultado com o mínimo de procedimentos, possibilitando a otimização e a racionalização dos processos.

A concentração dos atos processuais em audiência, conforme disposto nos artigos 27 e seguintes da Lei 9.099/95, é exemplo desse princípio. Ainda, a dispensa de pagamento de custas processuais é tida por diversos autores[10] como uma de suas manifestações.

Portanto, o que se verifica é que o rito dos juizados especiais cíveis objetiva a não realização de atos desnecessários, devendo todos ocorrerem da forma menos onerosa ao sistema e às partes, sempre objetivando a máxima eficiência, na busca do direito subjetivo.

2.1.5 Princípio da Celeridade

Novamente, com o Princípio da Celeridade almejou o legislador garantir aos litigantes a possibilidade de uma prestação jurisdicional ágil, a fim de evitar o perecimento do direito buscado. A celeridade processual, aliada à eficácia do processo, em verdade, constitui objetivo do legislador ao criar o rito dos juizados especiais cíveis.

Nas palavras de Fernanda Santos Sampaio Santoro:

> Esse princípio representa, sem dúvida, a essência do texto da Lei 9.099/95. A celeridade processual diz respeito à prestação de uma justiça rápida, dando importância à oralidade e à concentração para solucionar conflitos e oferecer ao interessado resposta judicial em curto prazo, favorável ao judiciário e ao controle de processos. [...]
>
> A redução do tempo na resposta judicial é de pleno interesse social, pois quem reclama algo, procura soluções imediatas para resolver conflitos. Por isso, o princípio da celeridade é a garantia de resposta rápida, da concretização, da efetivação do direito do jurisdicionado que buscou ao Judiciário para fazer valer sua pretensão, com maior simplicidade e rapidez possíveis. (SANTORO; 2009; p 64)

Desta forma, em busca de uma maior celeridade e eficiência processuais, em atenção aos princípios norteadores dos juizados especiais cíveis, considerando, principalmente, a concentração dos atos, a Lei 9.099/95 terminou por não prever a possibilidade de interposição de recurso das decisões proferidas no curso do processo (BARBOSA JÚNIOR; COSTA; 2013; p. 296).

2.2 A Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias nos Juizados Especiais Cíveis

No que se refere ao cabimento de recursos no âmbito dos juizados especiais cíveis, a legislação apenas previu a possibilidade de interposição de recurso contra sentença, chamado de recurso inominado, e de oposição de embargos de declaração contra sentença ou acórdãos das turmas recursais, nos exatos termos dos artigos 41 e 48 da Lei 9.099/95.

A legislação não estabeleceu o cabimento de qualquer recurso contra as decisões interlocutórias, sequer embargos de declaração, pelo teor do texto legal[11], seriam oponíveis em tais casos.

---

[10] Para citar duas obras: SANTORO (2009; p 63) e BARBOSA JÚNIOR; COSTA (2013; p. 296).

[11] Art. 48. Caberão embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos casos previstos no Código de Processo Civil.

Imperioso salientar, ainda, que, ao contrário do que fez com relação aos juizados especiais criminais (artigo 92 da Lei 9.099/95), o legislador não estabeleceu a aplicação subsidiária das normas do Código de Processo Civil ao rito previsto na lei. Tal fato evidencia que a real intenção do legislador era, verdadeiramente, obstar a interposição de recursos que pudessem prejudicar o andamento processual, evitando a ordinarização do rito.

Desta forma, quanto às decisões interlocutórias no âmbito dos juizados especiais, em virtude da irrecorribilidade no momento em que foram proferidas, a doutrina e a jurisprudência passaram a entender pela inocorrência de preclusão, podendo as matérias, que seriam objeto de irresignação, integrar eventual recurso inominado posterior, seja na fase de conhecimento ou executiva[12].

Corroborando esse entendimento, veja-se:

> Assim, em razão da celeridade que preside o sistema dos Juizados Especiais, não há previsão legal para os recursos previstos no artigo 496 do CPC, bem como dos demais recursos eventualmente admitidos em regimentos internos de tribunais ou leis de organização judiciária local, de sorte que, quanto às decisões interlocutórias, não ocorre preclusão, podendo, em caso de irresignação de qualquer das partes, ser atacada ao final na eventualidade de interposição do 'recurso inominado' previsto no artigo 41 da Lei 9.099/1995, seja em processo de conhecimento, seja em processo de execução. Em outras palavras, as decisões interlocutórias não são impugnáveis de imediato, mas apenas e tão somente, via de regra, ao final do processo, no momento de interposição do recurso em face da sentença, seja ela terminativa, seja ela definitiva. (BARBOSA JÚNIOR; COSTA; 2013; p. 295-294)

Contudo, não é difícil imaginar situações onde as decisões, em virtude de seus efeitos e por serem interlocutórias, acabariam por se tornar absolutamente irrecorríveis, causando severo dano à parte, como, por exemplo, o indeferimento de gratuidade de justiça para interposição de recurso inominado, se a parte, efetivamente, não tiver condições de realizar o preparo recursal. Ademais, da mesma forma, há pensar em decisões no curso do feito, manifestamente ilegais, que contenham alguma nulidade e causem prejuízo imediato a uma das partes.

Objetivando solucionar tais situações, a doutrina e parte da jurisprudência vêm entendendo ser cabível o mandado de segurança, já que não há como imaginar que fosse intenção do legislador permitir que decisões manifestamente ilegais produzissem efeitos lesivos às partes, o que, certamente, culminaria por tornar os juizados especiais menos atraentes às partes, que por eles podem optar quando do ajuizamento da ação.

---

[12] Nesse sentido, vale destacar, apenas a título exemplificativo, recente julgado das Turmas Recursais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul: MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MULTA DE 10% PELO DESCUMPRIMENTO DO ACORDO, NOS TERMOS DO ART. 523 DO NCPC. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. DECISAO INTERLOCUTÓRIA QUE DEVE SER ATACADA POR IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA OU RECURSO INOMINADO, TENDO EM VISTA QUE NO AMBITO DO JEC NÃO SE OPERA A PRECLUSÃO. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. DESCABIMENTO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA DE PLANO. (Mandado de Segurança Nº 71006627038, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Glaucia Dipp Dreher, Julgado em 21/02/2017).

3 Panorama Geral Sobre o Mandado de Segurança

A Ação de Mandado de Segurança possui previsão constitucional, estando incluída, inclusive, no rol dos Direitos Fundamentais, objetivando a proteção do cidadão contra atos do Estado (autoridade pública), suscetíveis de lhe violar direito líquido e certo. Confira-se a redação do inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal:

> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

A origem histórica do mandado de segurança[13] deixa clara a preocupação com o desenvolvimento de um meio de defesa do cidadão contra arbitrariedades do poder público e de seus representantes. A intenção do instituto é preservar o direito da pessoa, permitindo a sua fruição integral e plena, evitando-se ou afastando-se o ato ilegal (BUENO; 2010; p. 37).

Por esses motivos que o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles assim conceitua o instituto:

> Mandado de segurança é o meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para a proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, não amparado por habeas corpus ou habeas data, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça [...]. (MEIRELLES; WALD; MENDES; 2014; p. 25-27)

Porém, apesar de constituir direito fundamental, o mandado de segurança não poderá ser impetrado contra toda decisão de qualquer autoridade, necessitando que estejam presentes certos requisitos, especialmente aqueles previstos na própria Constituição.

3.1 Requisitos para Interposição de Mandado de Segurança

Para o cabimento do mandado de segurança, conforme previsão constitucional, devem estar presentes três requisitos gerais: violação de (ou ameaça a) direito líquido e certo, por ato ilegal (ou abuso de poder) de autoridade pública (ou no exercício de atribuição do Poder Público).

3.1.1 Direito Líquido e Certo

A expressão "direito líquido e certo"[14] traz a necessidade de que, no momento da impetração do mandado de segurança, estejam preenchidos todos os requisitos para o seu reconhecimento e

[13] Sobre o tema, confira-se: MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2015; p. 332.

[14] Hely Lopes Meirelles, em obra clássica sobre o tema, faz crítica ao conceito de liquidez e certeza adotados pelo legislador, uma vez que fazem alusão à precisão e comprovação do direito, quando deveria aludir à precisão e comprovação dos fatos que ensejam o exercício do direito. (MEIRELLES; WALD; MENDES; 2014. p. 37).

exercício. O direito para ser buscado via mandado de segurança tem que ser evidente na impetração da ação, ou seja, deve vir expresso em norma legal, estando implementados todos os requisitos e condições para sua aplicação. Caso a existência do próprio direito suscite alguma dúvida, não possua delimitação ou dependa de fatos indeterminados, não poderá constituir objeto do *writ* (MEIRELLES; WALD; MENDES; 2014; p. 37).

Dessa forma, a existência de direito líquido e certo delimita a possibilidade de cognição do mandado de segurança, uma vez que o os fatos que dão ensejo ao direito buscado devem vir prontamente comprovados, mediante prova documental pré-constituída (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2015; p. 332).

Portanto, a existência de direito líquido e certo não é apenas mérito da ação de mandado de segurança, mas, antes, condição para sua impetração. Caso o direito não seja líquido e certo, entretanto, nada impede que seja buscado por outros meios judiciais. Ou, nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno:

> Por isso mesmo é que direito líquido e certo não deve ser entendido como "mérito" do mandado de segurança, isto é, como sinônimo do conflito de interesses retratado pelo impetrante em sua petição inicial e levado para a solução definitiva ao Estado-juiz. Direito líquido e certo é apenas uma condição da ação do mandado de segurança, assimilável ao interesse de agir e que, uma vez presente, autoriza o questionamento do ato coator por essa via especial e de rito sumaríssimo, desconhecido pelas demais ações processuais civis. Mister entender o direito líquido e certo como condição que torna o mandado de segurança a ação adequada para a tutela da afirmação de direito do impetrante. Sendo possível provar a ilegalidade ou abuso de poder documentalmente, já com a inicial – ressalvada a hipótese do §1º do art. 6º da Lei n. 12.016/2009 –, o caso é de mandado de segurança. Em termos práticos, a ausência de direito líquido e certo é obstativa somente do cabimento, do conhecimento ou da admissibilidade do mandado de segurança, sendo possível que, por outras vias, o impetrante busque a tutela jurisdicional da afirmação de seu direito, como, de resto, permite expressamente o art. 19 da Lei 12.016/2009. (BUENO; 2010; p. 41)

Por fim, vale destacar o já previsto na Constituição Federal, no sentido de que o direito líquido e certo, para embasar a impetração de mandado de segurança, não pode ser amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.

3.1.2 Ilegalidade ou Abuso de Poder

Muito embora, em princípio, as expressões ilegalidade e abuso de poder, especialmente em se considerando as explanações anteriores, não necessitem maiores esforços para sua compreensão, ao menos para fins do presente estudo, interessante ressaltar a diferença apontada por Cassio Scarpinella Bueno, segundo o qual:

> Ilegalidade, na doutrina do direito público, usualmente se relaciona aos desvios dos padrões de legalidade estrita (aí compreendido o desvio dos padrões constitucionais) e, consequentemente, à prática de atos vinculados.
> Abuso de poder, diferentemente, relaciona-se aos chamados "atos discricionários", que, de acordo com a doutrina tradicional do direito administrativo, correspondem àqueles atos em que a autoridade tem maior

> margem de apreciação dos motivos, dos elementos ou da finalidade a ser atingida pelo ato. (BUENO; 2010; p. 41)

Na prática, segundo o referido autor, ambas são formas de invalidades e inconformidades com o ordenamento jurídico, que podem ser objeto de apreciação pelo judiciário. Enquanto, no caso de ilegalidade do ato, a ofensa seria aberta à previsão legal, no abuso de poder, o controle do ato estaria vinculado à análise mais ampla acerca da discricionariedade da autoridade, justamente verificando se foi praticado em atenção às finalidades, formas e limites jurídicos impostos, constitucionalmente ou em normas infraconstitucionais, aos atos administrativos (BUENO; 2010; p. 42).

3.1.3. Autoridade Coatora

A autoridade coatora, nos termos estabelecidos na Constituição, pode ser autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, destacando-se que será sempre a pessoa com poder decisório, ou seja, que possui poderes para determinar a realização ou não do ato, e não, necessariamente, quem o executa (CARDOSO; 2012; p. 73).

Portanto, conforme a Carta Magna, a relevância não é se a autoridade está investida em cargo público, mas sim se está exercendo função pública, com poderes e atribuições públicas. A impetração de mandado de segurança contra particular, portanto, deve considerar a natureza do ato impugnado, motivo pelo qual não há falar em mandado de segurança contra empresas públicas em razão de suas atividades negociais, apenas admitido o uso do *writ*, quando atuando como autoridade pública, por exemplo, quando da realização de concurso ou licitação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2015; p. 335).

Neste ponto, para fins deste estudo, necessária a análise do cabimento de mandado de segurança contra decisões judiciais, uma vez que, manifestamente, podem ser ilegais, estando a autoridade, claramente, no exercício de função pública.

3.2 Mandado de Segurança Contra Ato de Autoridade Judicial

Atualmente[15], a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra decisões judiciais é expressamente prevista na legislação, não sendo admitida contra decisão da qual caiba recurso com efeito suspensivo ou transitada em julgado, nos exatos termos do artigo 5º, incisos II e III, da Lei 12.016/09:

> Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:
> [...]
> II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

[15] Muito já se discutiu sobre o cabimento do *writ* contra decisões judiciais, sendo que, sobre o tema, Lucio Picanço Facci (2011) divide o debate em quatro momentos que antecederam a promulgação da Lei 12.016/2009: Entre 1934 e o advento da Lei 1.533/51; da referida lei até o julgamento do Recurso Extraordinário 76.909, pelo Supremo Tribunal Federal; dessa decisão até a utilização do *writ* para atribuir efeito suspensivo ao agravo, frente à alteração legislativa imposta pela Lei 9.139/95; e, posteriormente, até a vigência da Lei 12.016/2009, fazendo uma crítica, ao final, às omissões ainda existentes na legislação infraconstitucional.

> III - de decisão judicial transitada em julgado.

Porém, o que se verifica é que o mandado de segurança tem se tornado uma alternativa para todos os casos em que o legislador estabeleceu a impossibilidade de interposição de recurso ou de concessão de efeito suspensivo. O *mandamus* tornou-se alternativa às decisões contrárias ao interesse das partes, ainda que inexista recurso cabível. Tal prática tem demonstrado efetivo desvirtuamento da função do *writ*, transformando-o em verdadeiro recurso.

Em diversos casos, saliente-se, é efetiva intenção do legislador que a decisão proferida não seja recorrível, justamente objetivando um processo mais célere e eficaz (como parece ser o caso dos juizados especiais cíveis), de forma que a impetração desenfreada do mandado de segurança tem desvirtuado, não apenas o instituto, mas impedido a concretização dos efeitos das alterações processuais pretendidas pela legislação.

Sobre o tema, Marinoni, Arenhart e Mitidiero trazem importante alerta, salientando que, hodiernamente, a jurisprudência tem buscado restringir as hipóteses de cabimento do *mandamus*, justamente objetivando a efetivação das normas processuais, na forma prevista pelo legislador:

> O tema do mandado de segurança usado contra ato judicial é questão bastante complexa no direito nacional. Isso porque, especialmente, tem-se usado e abusado desse instrumento para preencher lacunas (desejadas ou não) no campo dos instrumentos de impugnação de decisões judiciais. Isso tem levado a excessos no emprego desse mecanismo e ao desvirtuamento de sua função, muitas vezes desfigurando as linhas diretrizes do sistema recursal nacional. Por exemplo, tem-se visto que qualquer tentativa de eliminar de algum recurso o efeito suspensivo – ou mesmo eliminar o cabimento de recurso em certa situação – é prontamente respondida pela prática forense com o emprego do mandado de segurança em substituição ao recurso inexistente ou para conferir efeito suspensivo ao recurso que não o ostenta mais. Se, por vezes, essa função residual é importante para evitar abusos judiciais em casos determinados, por outros ordinariza o mandado de segurança e o transforma em pouco mais do que um pedido de reconsideração.
>
> É preciso, portanto, ter muita cautela com o emprego do mandado de segurança contra ato judicial, exatamente para que não torne letra morta as previsões recursais contidas no sistema processual brasileiro, nem se choque com as linhas de efetivação das decisões judiciais desejadas pelo legislador.
>
> [...]
>
> Durante muito tempo, os tribunais autorizaram o emprego do mandado de segurança sempre que a decisão judicial não tivesse previsão de recurso específico, ou ainda para conferir efeito suspensivo a recurso que, pela lei, era desprovido dessa condição. A jurisprudência mais recente, contudo, tem sido rigorosa com essa possibilidade. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO; 2015; p. 346-347)

Dessa forma, em atenção às opções do legislador, embora, em princípio, seja cabível mandado de segurança quando a lei expressamente excluir a possibilidade de recurso, a lei não prever a possibilidade de recurso ou a lei retirar o efeito suspensivo de determinado recurso (BELMIRO; 2011; p. 64); sua admissão deverá ocorrer apenas em situações excepcionais, quando cristalino o risco de violação a direito líquido e certo do impetrante, em virtude de agir manifestamente ilegal ou abusivo, a fim de evitar prejuízo efetivo à parte.

4 A Utilização do Mandado de Segurança Contra Decisões Interlocutórias Proferidas no Âmbito dos Juizados Especiais Cíveis

Em atenção aos princípios informadores dos juizados especiais cíveis, especialmente objetivando a prestação de uma jurisdição mais efetiva, o rito previsto na Lei 9.099/95 estabeleceu a possibilidade de interposição de recurso contra sentença e embargos de declaração. Com isso, o legislador deixou clara a intenção de obstar a paralisação do feito, em virtude de recurso a cada decisão proferida, vetando, inclusive, irresignações para a instância superior, em caso de deferimento ou indeferimento de liminar ou antecipação de tutela.

Porém, parece não ser intenção da lei, tampouco daqueles responsáveis por sua elaboração, que decisões manifestamente ilegais perpetuem-se no tempo, causando efeitos negativos, muitas vezes irreversíveis, às partes (PALHARINI JÚNIOR; 2008; p. 574). Por esse motivo, começou a ser utilizado o mandado de segurança no âmbito dos juizados especiais. Entretanto, o seu cabimento, especialmente no que se refere às hipóteses de admissão, ainda é tema controverso, vislumbrando-se julgados em diversos sentidos.

4.1 Posicionamento Conflitante nos Tribunais Superiores

O Superior Tribunal de Justiça, deixando claro o seu posicionamento de aceitar a utilização do *writ* contra decisões irrecorríveis proferidas nos juizados especiais, chegou a editar súmula acerca da competência para julgamento das ações de mandado de segurança[16]. Naturalmente, caso a corte superior entendesse pelo não cabimento do *writ* contra as decisões interlocutórias proferidas nos juizados especiais, jamais editaria tal súmula. Contudo, para deixar claro o entendimento acerca da aceitação do *mandamus*, veja-se o excerto jurisprudencial que segue:

> PROCESUAL CIVL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 28 E 356/STF. JUIZADOS ESPECIAS E TURMAS RECURSAIS. CRIAÇÃO. PREVISÃO CONSTIUCIONAL. LEI 10.259/01. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ABUSIVO OU ILEGAL DE JUIZ FEDERAL. COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS PARA O JULGAMENTO DO "WRIT". GARANTIA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ARTIGO 41 DA LEI 9099/95. APLICABILDADE AOS JUIZADOS ESPECIAS FEDRAIS. ARTIGO 3º DA LEI 10.259/01. NÃO INCIDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.
> [...]
> VIII – Embora a Lei 10.259/01, em seu artigo 3º, §1º, I, precitue não se incluir na competência do Juizado Especial Cível as ações de mandado de segurança, toda vez que houver algum ato praticado cm ilegalidade ou abuso de poder, o remédio cabível é o mandado de segurança, por se cuidar de uma garantia constitucional. De fato, é o mandado de segurança uma ação civil de rito sumário, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, inserido no Título

[16] Súmula 376 - Compete à turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial. (Súmula 376, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/03/2009, DJe 30/03/2009)

> das Garantias e Diretos Fundamentais. (REsp 690553/RS, Relator Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 25/04/2005 p. 361)17.

Porém, pouco após a edição da Súmula 376 pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado com reconhecimento de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu pelo não cabimento de mandado de segurança contra decisões interlocutórias proferidas nos juizados especiais cíveis, em virtude da inaplicabilidade subsidiária das normas de processo civil ao rito previsto na lei e, principalmente, da incompatibilidade do *mandamus* com os princípios inseridos na Lei 9.099/95.

Nesse sentido, confira-se a ementa do Recurso Extraordinário 576.847/BA:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. DECISÃO LIMINAR NOS JUIZADOS ESPECIAIS. LEI N. 9.099/95. ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. 1. Não cabe mandado de segurança das decisões interlocutórias exaradas em processos submetidos ao rito da Lei n. 9.099/95. 2. A Lei n. 9.099/95 está voltada à promoção de celeridade no processamento e julgamento de causas cíveis de complexidade menor. Daí ter consagrado a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias, inarredável. 3. Não cabe, nos casos por ela abrangidos, aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, sob a forma do agravo de instrumento, ou o uso do instituto do mandado de segurança. 4. Não há afronta ao princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV da CB), vez que decisões interlocutórias podem ser impugnadas quando da interposição de recurso inominado. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 576847/BA, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 20/05/2009, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJe-148, disponibilizado em 06-08-2009, publicado em 07-08-2009)

Veja-se, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal, por meio do julgado apontado, excluiu inclusive a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato manifestamente ilegal, capaz de causar prejuízo irreparável à parte.

Outra não é a interpretação que se pode extrair do fato de ter restado vencido o Ministro Marco Aurélio Mello, cujo voto divergente manifestava sua preocupação, justamente, com tais situações, conforme se extrai do trecho que segue:

> Ressaltou o Ministro Eros Grau, e o fez com absoluta fidelidade à Lei 9.099/95, que, nas causas submetidas aos Juizados Especiais, não é cabível o agravo. Vale dizer: as decisões interlocutórias não são impugnáveis de imediato. Indago: é possível fechar-se a porta, diante de uma situação excepcionalíssima – e estou, aqui, a raciocinar em tese -, ao manuseio do mandado de segurança, afastando, até mesmo, a possibilidade de corrigir-se um erro de procedimento ou julgamento causador de prejuízo irreparável? A meu ver, não. A meu ver, estamos diante de exceção comportada e alcançada pela Lei nº 1.533/51, no que essa lei realmente revela como regra o não-cabimento de mandado de segurança contra decisão judicial. Mas a previsão pressupõe a possibilidade de ter-se recurso contra essa decisão e, na espécie, é pacífico que não haveria esse recurso. Creio que o mandado de segurança merecia o processamento e não o indeferimento liminar verificado. Assim concluo diante das peculiaridades do caso, da regência do processo pela Lei nº 9.099/95, que exclui o recurso.

---

[17] Embora o julgado citado refira-se aos juizados especiais federais, diversos outros, utilizados como precedentes para a edição da súmula, eram provenientes dos juizados especiais cíveis de âmbito estadual, como é o caso do RMS 17254, por exemplo, sendo aplicável o mesmo raciocínio em ambas as esferas.

> [...]
> Peço vênia, Presidente, para entender que, no caso, o afastamento do mandado de segurança implica o da própria jurisdição e assim provejo o extraordinário.

Vale mencionar, inclusive, que a decisão prolatada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal vem, até hoje, sendo observada por aquela colenda corte, conforme se denota, por exemplo, do Agravo em Recurso Extraordinário 954535/SP[18].

Porém, mesmo com o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, mandados de segurança continuam a ser impetrados, diariamente, perante as turmas recursais cíveis.

4.2 A Utilização do Mandado de Segurança Perante as Turmas Recursais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul

Especificamente nas turmas recursais cíveis do estado do Rio Grande do Sul, o mandado de segurança tem sido aceito contra decisões manifestamente ilegais, teratológicas. Contudo, na maior parte das vezes, inadmitido como simples sucedâneo recursal contra deferimento ou indeferimento de medida liminar.

Ademais, o judiciário gaúcho tem buscado observar o risco de efetiva lesão a direito líquido e certo do impetrante, assim como a impossibilidade de interposição de recurso, ou mesmo outra forma processual de impugnação do ato.

Nesse sentido, vale analisar alguns casos específicos, que demonstram as hipóteses em que as turmas recursais do estado têm admitido o manejo do *mandamus*, inclusive destacando divergências de posicionamento, especialmente para, em uma análise crítica, verificar se estão sendo observados os princípios informadores dos juizados especiais cíveis ou se está sendo admitida a ordinarização do procedimento.

4.2.1 Mandado de Segurança Contra Indeferimento de Liminar e Antecipação de Tutela

As turmas recursais cíveis do Rio Grande do Sul têm considerado, de forma quase unânime, não ser cabível o mandado de segurança em casos de deferimento ou indeferimento de pedido liminar ou de antecipação de tutela, entendendo que, ainda que possa trazer prejuízo a uma das partes, não há como se considerar ilegal ou teratológica a decisão adequadamente fundamentada.

Nesse sentido, exemplificativamente, observe-se o seguinte excerto jurisprudencial:

> MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSENCIA DOS REQUISITOS DO ART. 1º DA LEI 12.016/09. NÃO HÁ COMO SE CONSIDERAR ILEGAL OU TERATOLÓGICA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. (Mandado de Segurança Nº 71006717607, Terceira Turma

[18] ARE 954535/SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO DJe-100, divulgado em 16/05/2016, com publicação considerada em 17/05/2016.

> Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 24/03/2017)

Porém, em alguns casos, adentrando ao mérito do pedido de antecipação de tutela, quando o relator entende estar cabalmente comprovada a existência de direito líquido e certo, e havendo risco de lesão irreparável ou de difícil reparação, tem sido admitida a impetração do *writ* e concedida a segurança, conforme demonstra o julgado que segue:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. EVENTUAIS DÉBITOS PRETÉRITOS NÃO AUTORIZAM A INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO ESSENCIAL. IMPETRANTES QUE COMPROVARAM O ADIMPLEMENTO DAS FATURAS E A INSTALAÇÃO DE NOVO POSTE AO TEMPO DO PEDIDO LIMINAR NA AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER MOVIDA EM DESFAVOR DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO VERIFICADA. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA CONFIRMAR A LIMINAR. (Mandado de Segurança Nº 71006504484, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 07/02/2017)

Assim, em que pese o entendimento amplamente predominante de todas as turmas recursais do estado, mesmo em situações de indeferimento de pedido de tutela antecipada, onde o mandado de segurança possui claro caráter de sucedâneo recursal, por vezes há a admissão da via heróica, inclusive com a concessão da segurança.

Tal situação, ainda que excepcional, em que pese a argumentação de violação a direito líquido e certo do impetrante e de risco de dano irreparável, parece estar dissonante, não apenas do entendimento do Supremo Tribunal Federal, mas, também, dos princípios dos juizados especiais cíveis, uma vez que torna o cabimento do *writ*, como sucedâneo recursal, algo subjetivo e incerto.

A admissão do mandado de segurança, em tais situações, acaba por encorajar o seu manejo contra as decisões de deferimento ou indeferimento de liminar ou antecipação de tutela, já que passa a impressão de que o *mandamus* seria admitido nos casos em que o entendimento do relator fosse contrário àquele constante na decisão atacada, o que, sem dúvida, labora contra os princípios de celeridade e efetividade dos juizados especiais.

Destaque-se, ainda, que as medidas cautelares e antecipatórias podem ser concedidas a qualquer tempo no processo, ou seja, nada impede que o próprio magistrado de origem, em momento posterior, defira a medida ou, ao contrário, revogue-a.

4.2.2 Mandado de Segurança contra Outras Espécies de Decisões Interlocutórias

Ao mesmo tempo, as turmas recursais têm considerado admissível a impetração do mandado de segurança contra decisões, não antecipatórias ou liminares, ilegais e abusivas que, efetivamente, causem dano irreparável à parte.

Esse parece ser o caso das situações em que há o indeferimento do pedido de gratuidade judiciária, quando da interposição de recurso inominado, pois a consequência prática da decisão seria o impedimento do acesso à instância superior, em manifesta violação ao princípio do duplo

grau de jurisdição. Logicamente, nesses casos, a concessão da segurança estará umbilicalmente ligada à efetiva prova da necessidade.

Confiram-se decisões nesse sentido:

> MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A IMPETRANTE ESTÁ DISPENSADA DE APRESENTAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA O QUE DENOTA QUE SUA RENDA É COMPATÍVEL COM A GRATUIDADE. RENDIMENTO INFERIOR A CINCO SALÁRIOS MÍNIMOS. ILEGALIDADE DA DECISÃO QUE INDEFERE O BENEFÍCIO. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança Nº 71006498109, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Gisele Anne Vieira de Azambuja, Julgado em 10/03/2017)

> MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE MANEJAMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS, ANTE A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE RECURSO PROPRIO. PROCESSAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA COMO RECURSO. AJG. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DESDE QUE COMPROVADA A HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. AUSÊNCIA DE PROVA DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. MANTIDO O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. SEGURANÇA DENEGADA (Mandado de Segurança Nº 71006549125, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabiana Zilles, Julgado em 06/12/2016)

Veja-se que, no último caso destacado, em que pese a denegação da segurança, diante da necessidade de verificação da existência de direito líquido e certo e da relevância do dano que poderia ser causado à parte, foi reconhecida a possibilidade de processamento do *writ*.

Outras situações que merecem destaque referem-se às decisões proferidas em sede de execução nos juizados especiais cíveis, em tese irrecorríveis. Nesses casos, da mesma forma, as turmas recursais cíveis do Rio Grande do Sul têm admitido a utilização do *mandamus*, desde que evidenciado direito líquido e certo e ilegalidade ou abuso de poder na decisão.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados:

> MANDADO DE SEGURANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INDEFERIMENTO DE PENHORA DE DIREITOS E AÇÕES RELATIVOS A VEÍCULO OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DIREITO DO CREDOR. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança Nº 71005845953, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 29/06/2016)

Veja-se que, nos casos destacados, há evidente direito líquido e certo das partes, bem como a decisão atacada, manifestamente ilegal em ambos os casos, jamais poderia ser modificada por qualquer outro recurso, causando grave dano às partes e prejudicando, em última análise, a efetivação do direito buscado. Em tais situações, a negativa do *mandamus*, nos termos do voto vencido do Ministro Marco Aurélio, seria negar a própria jurisdição.

Cabe frisar, por oportuno, que, não apenas nos casos em que incabível recurso, mas também quando presente qualquer outra forma de impugnação ao ato atacado na origem, as turmas recursais têm entendido pelo descabimento do *mandamus*[19].

[19] Destaca-se, a título exemplificativo o seguinte julgado: MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. REDIRECIONAMENTO. INCLUSÃO DO IMPETRANTE NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO. MATÉRIA A

Assim, em que pese a existência de diversas outras situações onde é aceito o *mandamus* nas turmas recursais do Rio Grande do Sul, o que se verifica é que os juízes têm buscado limitar o uso do *writ*, corretamente exigindo a presença de risco de dano irreparável a direito líquido e certo e de manifesta ilegalidade ou abuso na decisão.

5 Considerações Finais

Em que pese a existência de decisão, inclusive com reconhecimento de repercussão geral, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entendendo pelo descabimento de mandado de segurança contra as decisões interlocutórias dos juizados especiais cíveis, a sua utilização vem sendo aceita, tanto pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto pelas turmas recursais cíveis do estado do Rio Grande do Sul, em situações excepcionais.

De fato, deve existir cuidado extremo com a utilização do *mandamus* perante os juizados, uma vez que seu manejo desenfreado culminaria por violar os princípios informativos previstos na Lei 9.099/95 e, em última análise, prejudicaria a prestação jurisdicional, ordinarizando o rito, o que acabaria por impedir que fossem alcançados os objetivos da norma constitucional e infraconstitucional.

Assim, parece acertado o posicionamento, embora vencido, do Ministro Marco Aurélio Mello, que visava garantir o direito à impetração do writ apenas nos casos em que a decisão atacada, manifestamente ilegal, por ser irrecorrível, acabaria por causar grave dano a direito líquido e certo do impetrante.

É nesse sentido que a maioria da doutrina[20] entende que, em que pese deva prevalecer a irrecorribilidade das interlocutórias, em casos excepcionais, quando a segurança se mostre necessária para evitar dano real, em virtude de decisão manifestamente ilegal, deve ser admitida a utilização do mandado de segurança, especialmente porque direito fundamental.

Os princípios informadores dos juizados especiais e a inexistência de recurso cabível não podem servir de escusa para a perpetração de injustiça, sob pena de prejuízo à jurisdição e à própria busca pela Justiça, através do sistema dos juizados.

A opção pelos juizados especiais cíveis deve ser incentivada, uma vez que visa garantir uma prestação mais célere e eficaz da justiça, menos onerosa ao cidadão e ao Estado. Portanto, qualquer decisão das turmas recursais deve sempre considerar os reflexos em demandas futuras.

Referências

ASSIS, Arnoldo Camanho de. Juizados especiais civeis: A exata compreensão de sues princípios fundamentais. *Revista dos Juizados Especiais*: Doutrina e Jurisprudencia. Brasilia, tjdft, 2002. v.13.

SER COMBATIDA POR EMBARGOS A EXECUÇÃO. NÃO CABIMENTO DO MANDAMUS. INICIAL INDEFERIDA DE PLANO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 485, INCISO VI, DO CPC. (Mandado de Segurança Nº 71006657811, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 07/03/2017)

[20] Para citar alguns estudos nesse sentido: BARBOSA JÚNIOR; COSTA (2013), PALHARINI JÚNIOR (2008) BELMIRO (2011). CARDOSO (2012) e MEIRELLES; WALD; MENDES (2014).

BARBOSA JÚNIOR, Márcio Matheus; COSTA, Bruno Pereira. Da irrecorribilidade das decisões interlocutórias em sede dos Juizados Especiais Cíveis estaduais e da excepcionalidade de impetração de mandado de segurança para se evitar dano real resultante de ato judicial ilegal ou manifestamente abusivo. *Repertório de Jurisprudência IOB*: Civil, Processual, Penal e Comercial, São Paulo, v. 3, n.8, 3/31953, p. 297-291, abr. 2013.

BELMIRO, Celso Jorge Fernandes. O sistema recursal e os meios autônomos de impugnação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis - novos contornos jurisprudenciais. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 19, n. 73, p. 41-79, jan. /mar. 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*: v.2, t.3. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARDOSO, Oscar Valente. A impetração equivocada do mandado de segurança como sucedâneo recursal nos Juizados Especiais Cíveis. *Revista Dialética de Direito Processual*: RDDP, São Paulo, n. 114, p. 71-80, set. 2012.

FACCI, Lucio Picanço. A "nova" lei do mandado de segurança e a velha questão do seu cabimento contra decisões judiciais. *Fórum Administrativo* – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 129, nov. 2011. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=75911>. Acesso em: 9 mar. 2017.

GUEDES, Sérgio Wolney de Oliveira Batista. Juizados Especiais Federais cíveis, princípios e o paradigma da prestação jurisdicional ampla, simples, célere e efetiva. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, Brasília, v. 11, p. 194-206, jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Novo curso de processo civil*: v.3, tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. O mandado de segurança e o controle das decisões nos Juizados Especiais Cíveis. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais:* estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2008. p. 569-580.

SANTORO, Fernanda Santos Sampaio. A importância da aplicação dos princípios informativos nos Juizados Especiais Cíveis para evitar a morosidade processual e possibilitar amplo acesso à Justiça. *Revista de Direito UPIS*, Brasília, v.7, p. 51-72, jan. 2009.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *As garantias constitucionais das partes nos juizados especiais cíveis estaduais*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.

OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS NO BRASIL: CONJUNTURAS E PARADIGMAS

Pilar de Moraes Sidi.
Socióloga, mestre em Ciências Sociais,
doutoranda em Educação Unilasalle.
Bolsista Capes.
E-mail: pilarsidi@via-rs.net

Resumo:

O presente trabalho versa sobre os paradigmas dos Novos Movimentos Sociais com suas formas de atuação e constituição. O texto tem como objetivo historicizar os movimentos sociais, até chegar aos Novos Movimentos Sociais no Brasil, buscando identificar quais são os NMS, como eles se formam, quem são os protagonistas e as contribuições que o direito pode trazer para a melhoria da sociedade. Trata-se de uma reflexão teórica fundamentada na revisão de literatura. Os resultados apontam que as mobilizações envolvem bases culturais, sendo sustentadas pela identidade coletiva, o que é uma novidade em relação aos movimentos sociais em suas origens. Mostra ainda que, os sujeitos envolvidos passam a ser os atores sociais sendo que, eles estão engajados reivindicando seus direitos, se sentindo tocados e motivados pela causa que lutam e defendem, uma vez que, aspectos pessoais e íntimos estão envolvidos nos NMS. O estudo identifica que a política passa a ter um papel muito mais central do que antes nos NMS para a sua sustentação. Cidadania, sociedade civil, cultura, identidade, autonomia, subjetividade, cotidiano, representações, interações, são a base para a formação dos Novos Movimentos Sociais no Brasil. Conclui-se que, o que há de novo nos NMS é a inovação na forma de se fazer política e a politização e repercussão dos novos temas. Os NMS recusam o apoio dos sindicatos e querem lutar pelos direitos sociais, que devem ser seguidos por reformas institucionais, com a contribuição do direito, para que ampliem o sistema de participação e resolvam a situação demandada, proporcionando uma sociedade livre e aberta.

Palavras-chave: Direito. Novos Movimentos Sociais. Sociedade Civil.

1 Introdução

O presente trabalho discute os novos movimentos sociais com suas respectivas formações, objetivos, reivindicações e contextualizações. É importante salientar que, os novos movimentos sociais apresentam em sua conjuntura diversas mudanças no que tange a sua forma de organização. Segundo o sociólogo italiano Alberto Melucci (1989, 2001), nos últimos vinte anos, podemos observar o surgimento de novas formas de ação coletiva, principalmente em áreas antes não exploradas pelos conflitos sociais. Isso deve-se ao fato de que a crise advinda das estruturas políticas e também conceituais se sobressaiu durante a década de 70. Antes deste período, as ações coletivas eram analisadas a partir das crises estruturais, ou de suas contradições, ou ainda, como uma expressão de crenças que tinham um sentido orientado e compartilhado. Estas ideias acabavam bloqueando as tentativas de considerar a ação como um sistema de relações. Segundo a concepção de Charles Tilly (1978), a ação coletiva era considerada como advinda tanto da crise econômica quanto da desintegração social que os desamparados eram vítimas. Neste contexto, o presente

trabalho subdivide-se em três partes. Na primeira abordo o significado de movimento social; na segunda, as fases de um movimentos social; na terceira, a função dos movimentos sociais e os novos movimentos sociais, por fim teço as considerações finais.

2 O significado do movimento social

Iniciando a abordagem sobre os movimentos sociais, é importante esclarecer que a análise dos movimentos sociais surgiu em torno de 1840, quando Lorens Von Stein observou a necessidade de ter alguma ciência que se dedicasse a estudar as revoltas sociais, tais como, por exemplo, o movimento proletário francês. Neste contexto, um dos grandes teóricos que obteve destaque no paradigma clássico dos movimentos sociais norte-americano foi o interacionista simbólico Herbert Blumer. Segundo Maria da Glória Gohn:

> Blumer definiu os movimentos sociais como empreendimentos coletivos para estabelecer uma nova ordem de vida. Eles surgem de uma situação de inquietação social, derivando suas ações dos seguintes pontos: insatisfação com a vida atual, desejo e esperança de novos sistemas e programas de vida. Esta teoria, denominada das carências sociais, será retomada nos anos 80 e 90, após intenso debate entre os pesquisadores do assunto. Também Habermas retomou a tese central de Blumer ao retratar a importância dos movimentos sociais como possíveis criadores de uma nova ordem social (GOHN, 2004, p. 30).

Ainda segundo Gohn:

> Para Blumer, "no início um movimento social é amorfo, organizado pobremente, e indefinido; o comportamento coletivo é primitivo e os mecanismos de interação são elementares. Com o tempo os movimentos se desenvolvem e adquirem as características de uma sociedade: organização, forma, corpo de costumes e tradições, lideranças, divisão de trabalho duradoura, valores regras sociais-em resumo, cultura, organização e um novo esquema de vida" (Blumer, 1951, p. 199). Observa-se que, o binômio comunidade-sociedade está presente nesta formulação: os movimentos sociais seriam uma certa transição entre estas duas formas de organização social (GOHN, 2004, p.30-31).

A partir do pensamento de Blumer, é possível percebermos a nítida influência de Mead, com quem ele fundou a Escola de Chicago. As ideias presentes na Escola de Chicago, foram, em grande parte, advindas das corretes da psicologia social, contribuindo assim para a interpretação da sociedade e para a análise dos movimentos sociais. TNeste sentido, é possível identificarmos três elementos fundamentais do interacionismo simbólico, que se mostram bastante presentes na análise clássica dos movimentos sociais, e também, nos novos movimentos sociais. São eles: as formas de agir, se comunicar e os significados que as pessoas atribuem a isso, ou seja, os indivíduos agem em relação aos objetos, ou as outras pessoas, conforme o significado que atribuem àquela pessoa e a sua ação. Este significado está intimamente ligado a interação social. Para o sociólogo italiano Alberto Melucci (1989), um movimento social pode ser visto como um personagem, ou como um ator, o qual atua na cena histórica da sociedade, com o objetivo de atingir uma unidade de consciência e ação, ou seja alguma forma de mudança social.

Na tentativa de definir o que é um movimento social Tarrow (1982) considera que, o campo dos movimentos sociais é um dos mais indefiníveis que existem. Segundo este autor: "um movimento social é um fenômeno de opinião de massa lesada, mobilizada em contato com as autoridades" (Tarrow, apud Melucci 1989, p.?). De acordo com Melucci, Tarrow (ano) faz uma diferenciação entre movimentos que considera como formas de opinião de massa; organizações de protesto, as quais classifica como tipos de organização social e eventos de protesto, os quais coloca como modos de ação. Adverte para o risco de o movimento ser confundido com tudo aquilo que muda na sociedade dizendo que inclusive o conceito de protesto apresenta bases analíticas fracas. Questiona-se, quanto a definição do protesto, o autor assim se expressa: o protesto seria toda forma de denúncia de um grupo lesado? Seria uma reação que rompe as regras estabelecidas? Um confronto com as autoridades? Tudo isso junto? Melucci (1989) segue com os questionamentos, indagando-se: como fazer uma diferenciação entre um tumulto antigovernamental de bêbados, uma greve sindical e uma ampla mobilização contra a política nuclear? Segundo o autor, por um lado, todos estes exemplos podem ser considerados como protestos, por outro, o autor deixa claro todos eles apresentarem um significado diferente. Melucci (1989, p.), buscando uma definição para os movimentos sociais diz que: "Eu defino analiticamente um movimento social como uma forma de ação coletiva (a) baseada na solidariedade, (b) desenvolvendo um conflito, (c) rompendo os limites do sistema em que ocorre a ação". Segundo o autor, os movimentos sociais devem ser analisados em termos de "sistemas de ação", os quais implicam uma interação de objetivos, bem como recursos e obstáculos, movidos e motivados pela intenção da ação. Na ótica de Gohn (2005, p. 10):

> Para se entender o protagonismo de algo deve-se ter como referência quem são os atores envolvidos, como se transformam em sujeitos políticos, que forças sociopolíticas expressam, qual o projeto de sociedade que estão construindo ou abraçam, qual a cultura política que fundamenta seus discursos e práticas, que redes criam e se articulam, quais suas relações com conjuntos sociopolíticos maiores etc (GOHN, 2005, p.10).

Neste sentido, é importante observar que, os atores sociais ocupam um papel fundamental na constituição da sociedade, uma vez que possuem autonomia para denunciar que existe um problema que preocupa a população em determinada área e se mobilizar para fazer as reivindicações que consideram relevantes. Estes atotes sociais não lutam somente por reivindicações materiais, ou com o objetivo de melhorar sua participação no sistema, eles lutam para conseguir uma mudança na vida da sociedade, tendo a convicção de que nós indivíduos, enquanto atores sociais podemos modificar o cotidiano da sociedade em que vivemos através das reivindicações, dos protestos, das manifestações. É importante destacar que os movimentos sociais, apresentam algumas fases, as quais foram descritas pela autora Maria da Glória Gohn. No próximo tópico discorro sobre estas fases.

3 Fases de um movimento social

Segundo GOHN (2004, p.266, 267), é possível observar num movimento social as seguintes fases:

> Situação de carência ou idéias e conjunto de metas e valores a se atingir
> Formulação das demandas por um pequeno número de pessoas (lideranças e

> assessorias).Aglutinação de pessoas (futuras bases do movimento) em torno das demandas. Transformação das demandas em reivindicações. Organização elementar do movimento. Formulação de estratégias .Práticas coletivas de assembleias, reuniões, atos políticos, etc. Encaminhamento das reivindicações. Práticas de difusão (jornais, conferências, representações teatrais, etc.) e /ou execução de certos projetos (estabelecimento de uma comunidade religiosa, por exemplo).Negociações com os opositores ou intermediários por meio dos interlocutores. Consolidação e /ou institucionalização do movimento.

É importante salientar que, conforme a autora apresenta suas ideias, a partir do trecho exposto acima, verifica-se que existem muitas fases em um movimento social, sendo que elas são distintas entre si e não apresentam, necessariamente uma ordem sequencial. A autora assinala que existem movimentos sociais que são considerados como fracos, debilitados, e que sendo assim, poderiam se encontrar em um estágio inicial, no que tange a uma organização, sendo que, em alguns casos, eles terminam antes mesmo de atingir a consolidação. Na ótica da autora, as fases expostas acima, não apresentam uma linearidade porque os movimentos não podem ser identificados como sendo puros, ou isolados, autodeterminados. Eles nunca serão isolados da sociedade. Aquilo que rege a articulação de ideias, o fio condutor, depende de ligações externas, doutrina, outro movimento, bem como da existência de um líder, de um partido, de uma religião, entre outros fatores. Sendo assim, para Gohn:

> Ao se falar sobre as categorias de movimentos sociais e seus diferentes tipos corremos vários riscos, desde a simplificação de se estabelecer uma tipologia da realidade social, em termos de modelos ideais, até a generalização completa dos fenômenos sociais, onde tudo seria considerado movimento social (GOHN, 2004, p. 267).

Ainda na ótica da autora:

> Podemos ter movimentos de diferentes classes e camadas sociais, o tipo de ação social envolvida é que será o indicador do caráter do movimento. David Aberle (1966) nos fala em movimentos transformadores, reformistas, redentores a alternativos. Giddens, assume esta tipologia, na realidade criada por Smelser (1962), e analisa as condições sociais que geram as ações coletivas, tipificando-as posteriormente: movimentos gerados por ações originadas nas tensões estruturais (movimentos dos negros), crenças generalizadas (movimentos dos direitos civis), distúrbios e violências (movimentos de rua, quebra-quebra etc.) e movimentos que são deflagrados por situações de controle social (por exemplo, movimento contra as reformas da Constituição brasileira). Os movimentos são vistos por Giddens-e por Smelser, em quem se baseia-como respostas a estímulos externos. Touraine (1988), sem se preocupar com a criação de uma tipologia, apresenta um leque maior de registros históricos etc.

Desta forma, tendo como meta observar a realidade social com o intuito de compreender os movimentos sociais de uma forma ampla, englobando sua diversidade, e também respeitando a singularidade existente nos fenômenos que ocorrem, como movimentos presentes na sociedade, Gohn elaborou algumas categorias. A autora reconhece a importância das classes sociais na formação dos movimentos sociais, mas esclarece que esta não é a única categoria que envolve os movimentos, embora estejam presentes na maior parte deles. Ela ressalta também que, os movimentos sociais abordam características consideradas como objetivas da realidade social tais como, por exemplo, as carências econômicas. Por outro lado, ela destaca as questões subjetivas que estão presentes nos movimentos sociais, como a busca pela igualdade, pela liberdade, pela auto-

confiança, entre outras. A autora não concorda com a classificação entre novos e velhos movimentos sociais, assim como Tilly (1978). Para a ela, as reivindicações requeridas pelos atores que compõem um movimento, e as formas de atuação são os fatores que tem relevância. Em suas palavras:

> A ação coletiva de pressão e reivindicação, antes presente na maioria dos movimentos sociais latino-americanos, converteu-se nos anos 90 em ações voltadas para a obtenção de resultados, em projetos de parceria que envolvem diferentes setores públicos e privados. Para complicar o cenário, a globalização e as mudanças na conjuntura política do Leste Europeu levaram a alterações nas políticas da cooperação internacional (GOHN, 2004, p.18).

Nas abordagens mais antigas sobre os movimentos sociais, eles eram considerados como uma maneira de expressar interesses partilhados, em contexto de uma situação estrutural também comum, normalmente sendo tida pela condição de classe, assim como ocorria com as análises de cunho marxista. Para Melucci (1989), a ação coletiva era encarada como uma espécie de crenças pessoais, sendo dicotomizados pelo contexto histórico e econômico, de um lado, e pelo papel da ideologia e de seus valores, do outro. Assim sendo, os movimentos sociais apresentam também algumas funções, as quais tratarei no próximo tópico.

4 A função dos movimentos sociais e os novos movimentos sociais

Os movimentos sociais, independente da época, país ou regime sob o qual estejam ocorrendo, apresentam como função principal a luta pelos direitos sociais e civis, bem como pelo reconhecimento enquanto cidadão digno de atingir determinados direitos para ter dignidade e ser u cidadão livre. Os atores se unem e reivindicam aquilo que julgam faltar para melhorar a sociedade e suas vidas, sempre coletivamente. O protesto pode ser visto como um segmento do sistema social no qual através das relações e reivindicações os atores almejam uma resposta para o sistema social. Para Melucci (1989), os movimentos sociais dos anos 80, por exemplo, estavam fundamentados nas necessidades de auto-realização e não numa orientação política, pois contestavam a lógica do sistema no âmbito dos campos culturais, bem como no cotidiano da sociedade. Eles acabavam por se distanciar da luta pelos interesses de classe. Com os Novos Movimentos Sociais, os atores são motivados por fatores diferentes. Não são mais guiados por conquistas econômicas, mas sim por buscas que envolvem a solidariedade e a identidade, fatores que não são mensuráveis e que fazem parte não mais exclusivamente da esfera econômica, mas também, principalmente da subjetividade de cada um. Segundo Melucci (1989, p.), através da observação das sociedades contemporâneas, é possível perceber que:

> 1- As novas formas de agregação social devem ter uma natureza permanente coexistindo com outras categorias tais como: as classes, grupos de interesse e associações. Embora variem são um componente estável e irreversível dos sistemas sociais contemporâneos.
> 2- Existe uma função de socialização e de participação nestas novas formas de solidariedade conflitual, que abrem novos canais para o agrupamento e a seleção de elites. Os meios tradicionais de socialização política, de inovação cultural e de modernização institucional, em consequência disso se redefiniram.

> 3- O controle da complexidade tem de se ocupar cada vez mais com a relação entre sistemas institucionais de representação e de tomadas de decisão e novas formas de ação.

Sendo assim, percebe-se que existem mudanças nos movimentos sociais da atualidade. Uma delas, é que, os novos movimentos sociais passam a se constituir como pequenos grupos que fazem parte da vida cotidiana, buscando um envolvimento social bem como uma inovação cultural. Melucci, buscando exemplificar, cita as mobilizações pela paz, pelo aborto, contra a política nuclear, o feminismo, os movimentos em defesa do meio ambiente, etc. Na ótica do autor, eles não se apresentam mais como um fenômeno temporário, mas sim, como alterações morfológicas que ocorrem no interior da estrutura de uma ação coletiva. O autor destaca também, que, os novos movimentos sociais buscam novos significados para as demandas sociais, que agora não são puramente econômicas, mas passam a ser também afetivas e solidárias, como os significados de diferenças sexuais e de gênero, relação com a natureza, com o corpo. O fato do movimento social constituir-se como uma manifestação pública, já é suficiente para mostrar que o problema liga-se a lógica do sistema social. O sociólogo, discorrendo a respeito dos novos movimentos sociais destaca que:

> Os movimentos produzem a modernização, estimulam a inovação e impulsionam a reforma. Ex. o movimento de mulheres: reivindica a igualdade de direitos, a luta contra a discriminação, por uma distribuição mais igualitária no mercado de trabalho e contra o machismo. (...) O objetivo dos movimentos é fazer com que a sociedade escute suas mensagens e traduzam suas reivindicações. É a busca por uma sociedade mais ABERTA. (MELUCCI, 1989, p.)

Para Gohn, no início do milênio, o cenário do Brasil mostrava-se como algo um tanto quanto conturbado, na análise dos novos movimentos sociais, a autora aponta que:

> diferentes organizações, movimentos e entidades sociais continuam lutando por condições de habitabilidade nas cidades em áreas como: segurança pública, trânsito, poluição, moradia, saúde, educação (formal e não-formal destacando-se nesta última as centenas de programas com crianças, jovens, adolescentes, portadores de diferentes doenças, usuários de drogas etc.); assim como pela quantidade dos serviços públicos, áreas verdes, recuperação de áreas centrais, dentre outros (GOHN, 2005, p. 14).

Ainda para a autora:

> O paradigma dos Novos Movimentos Sociais, parte de explicações mais conjeturais que, localizadas em âmbito político ou dos microprocessos da vida cotidiana, fazendo recortes na realidade para observar a política dos novos atores sociais. As categorias básicas deste paradigma são: cultura, identidade, autonomia, subjetividade, atores sociais, cotidiano, representações, interação política, etc. Os conceitos e noções analíticas criados são: identidade coletiva, representações coletivas, micropolítica do poder, política dos grupos sociais, impactos da interações políticas (GOHN, 2004, p.15).

A questão das redes sociais está sendo abordada também pelos sociólogos Manuel Castells e Boaventura de Souza Santos, como uma das características fundamentais que diferenciam os novos movimentos sociais dos outros movimentos anteriores. Estas redes reivindicam uma pauta coletiva, na qual ocorre a busca por interesses comum, procurando a visibilidade social. Para Gohn:

> Novos movimentos sociais têm sido criados nas zonas periféricas, que também se tornaram heterogêneas, sob a forma de organizações locais, e lutas de comunidades territoriais específicas. Organizações não-governamentais (ONGS), que demandam e constroem ações pela cidadania (em lutas contra pobreza, a exclusão e a discriminação), e programas e políticas sociais de inclusão social completam o cenário onde o novo associativismo se desenvolve, articulado por diferentes redes sociais (GOHN, 2005, p. 14).

Para Melucci:

> Os chamados "novos movimentos sociais" nunca são somente "novos", mas são sempre o resultado da história de uma sociedade e, na sua realidade empírica, são um composto muito heterogêneo que combina orientações e níveis diversos de ação (MELUCCI, 2001, p. 9).

Na ótica de Gohn:

> Para que um indivíduo ou grupo possa dar sentido à sua participação numa ação social, ele tem que decodificar o significado do que está em tela, em termos do conteúdo das mensagens implícitas, determinar quem é o emissor e o receptador, que universos simbólicos contêm, que valores defendem ou rejeitam. De posse desse acervo de informações, este indivíduo o confronta com seu universo referencial. Essas operações mentais são instantâneas e buscam-se os referenciais na cultura política acumulada por esses personagens, na sua trajetória e experiência de vida; resgatam-se os valores herdados ou transformados pelo meio ambiente em que viveu e vive; recuperam-se registros na memória pessoal sobre a cultura das instituições de que participou ou participa" (GOHN, 2005, p. 31).

Também para a autora:

> Com a identidade e o reconhecimento inicia-se o processo de dar sentido às ações, individuais ou coletivas. Nesse processo, os indivíduos, de atores sociais-que ocupam diferentes lugares na estrutura social (como pais, trabalhadores, membros de alguma organização, movimento, partido, sindicato, religião, etc.) transformam-se em sujeitos, autores de ações históricas que ultrapassam as ações contidas no desempenho individual ou grupal. Os sujeitos reinterpretam o significado das coisas e fatos que recebem, dão sentido ás ações de que participam, produzem novos significados, porque, embora os significados sejam conceitos, eles não são fixos nem imutáveis; não são eternos, inativos e sim ferramentas dinâmicas que nos ajudam a decodificar o que é uma coisa. No entanto, a própria dinâmica da História transforma continuamente esses significados criados. O caráter das mudanças não é dado a priori, podendo ser no sentido de transformação ou de reiteração de valores e práticas existentes (GOHN, 2005, p. 32).

Neste contexto, é importante ressaltar ainda que, uma das grandes peculiaridades dos novos movimentos sociais é que, ele são considerados "novos" poruqe não apresentam clareza no que diz respeito a base social das classes, ou seja, este traço não é mais o pano de fundo das reinvindicações, como foi há muitos anos atrás, como por exemplo no movimento dos operários ou até mesmo dos camponeses. Eles apresentam interesses difusos. Conforme Gohn:

> O "novo" se contrapõem, na Europa, ao "antigo" movimento da classe trabalhadora; na América Latina se refere aos movimentos que não se envolviam com os esquemas da política populista, do jogo de favores e das relações clientelistas. Em ambos os casos, o que há de novo, são as novas formas de fazer política e a politização de novos temas (GOHN, 2004, p. 124).

Ainda para a autora:

> Uma das contribuições da abordagem contemporânea dos Novos Movimentos Sociais foi ter chamado a atenção para o significado das mudanças morfológicas na estrutura e na ação dos movimentos, relacionando-as com transformações estruturais na sociedade como um todo. As mudanças são portanto fonte dos movimentos (GOHN, 2004, p. 125).

Logo, ressalta-se que os movimentos sociais, desde sua origem até hoje, são movidos pela vontade, desejo, necessidade de mudanças sociais. Mesmo que mude as reivindicações, a forma de organização, os participantes, a maneira de se organizar, sua base será sempre a sede de um grupo de conseguir ser ouvido, reconhecido, de ter suas demandas sociais ouvidas e atendidas.

Fazendo uma breve análise dos novos movimentos sociais em sua historicidade, é possível compreendermos e averiguar que, apesar deles serem mais conhecidos a partir da década de 60, eles já existem muito antes disto. Segundo Gohn:

> Na Europa, a onda dos chamados novos movimentos sociais, a partir dos anos 60, de estudante, mulheres, pela paz, ecologia, meio ambiente, antinucleares, etc., deu origem ao que Offe designou como um novo paradigma da ação social e foi responsável pelo surgimento de abordagens que elegeram os movimentos sociais como tema central de investigação (GOHN, 2004, p. 332).

As ciências que se debruçaram com afinco ao seu estudo foram a sociologia e a ciência política, ou as ciências sociais. Os países que se dedicaram com mais rigor aos seus interesses e causas foram: França, com autores como Allain Touraine (1965), Itália, com Aberto Melucci (1989, 2001) e Espanha, com Manuel Castells (1972 e 1974). Nos anos 80, tivemos contribuições importantes com as análises voltadas para a teoria da mobilização de recursos, com autores como Tarrow (1978) e Cohen (1985). Segundo Gohn:

> Chegamos portanto aos anos 80 com um panorama mundial das formas de manifestação dos movimentos sociais bastante alterado. Progressivamente, as lutas armadas na Ásia, na América Latina e na África, e o próprio movimento operário, todos fortemente estruturados segundo os antagonismos entre as classes sociais, deram lugar a outras problemáticas sociais, enquanto eixos centralizadores das lutas sociais. O desenvolvimento do novo cenário passou pelas revoltas dos negros no movimento pelos direitos civis nos Estados Unidos; pelas rebeliões estudantis nos anos 60, juntamente com a emergência de um série de movimentos étnicos; pela estruturação dos movimentos feministas conjuntamente com a construção da problemática do gênero; pelas revoltas contra as guerras e armas nucleares; assim como pela constituição do movimento dos "pobladores" ou moradores, ou simplesmente de cidadãos, na cena política da América Latina e Espanha (GONH, 2004, p. 333).

Assim, percebe-se que os movimentos sociais, apesar de serem estudados por diferentes autores, em diferentes períodos, e em diferentes contextos sociais, seguem carregando as lutas, os conflitos e as reivindicações em seu cerne.

5 Considerações finais

O presente estudo objetivou fazer uma análise dos movimentos sociais, bem como da formação dos novos movimentos sociais, procurando identificar o que é um movimento social, o que ele busca, como se forma quem são os atores sociais nele envolvidos, como se estrutura e atentar para as formas e mudanças ocorridas na maneira de se caracterizar os movimentos, ou seja, o que diferencia os "novos" movimentos dos "antigos". Após este estudo fundamentado na revisão de literatura, conclui-se que, apesar de serem chamados de "novos movimentos sociais", ainda há controvérsia do que seria novo ou antigo, sendo que as bases formuladas pelos autores da Escola de Chicago ainda estão presentes nestes NMS. Apesar das mudanças e das diferenças dos movimentos, independente da sociedade de que façam parte, tudo sempre será movido pela luta social que se ancora no desejo de mudar algum aspecto presente na sociedade objetivando obter um melhor resultado para a vida coletiva, bem como de obter um reconhecimento de um determinado grupo, que representa um coletivo social.

Referências

CASTELLS, M. *La questión urbana*. Madri, 1972.

_____ *Movimentos Sociais Urbanos.* Madri, 1974.

COEHN, J. *Strategy ir Identity:* New Theoretical Paradigms and Contemporary Social Moviments. Social Research, n. 52, p. 663-716.

GOHN, M. G. *Teorias dos movimentos sociais.* Paradigmas clássicos e contemporâneos. Edições Loyola, 4ª edição. São Paulo, 2004.

_____*O protagonismo da sociedade civil.* Movimentos Sociais, Ongs e redes solidárias. Editora Cortez. São Paulo, 2005.

Melucci, A. *A invenção do presente.* Movimentos Sociais nas Sociedades Complexas. Editora: Vozes. Petrópolis, 2001.

_____*Um objetivo para os movimentos sociais?* Revista Lua Nova. São Paulo, junho de1989.

TARROW, S. Movimenti e organizzazioni sociali: che cosa sono, quando hanno sucesso. *Laboratorio Politico*, vol. 2, *nº* 1, 1982.

TILLY, C. *From Mobilization to Revolution, Reading*. Addison-Wesley, 1978.

TOURAINE**,** A. *Sociologie de l'action.* Paris, 1965.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: SOCIOLOGIA DO DIREITO II: TEORIA, EMPIRIA E MOVIMENTOS SOCIAIS.
Coordenadora: Fiameta Bonfigli (Unilasalle)

Canoas, 2017.

O PARADIGMA TRADICIONAL DO GOVERNO REPRESENTATIVO E O PAPEL DA PARTICIPAÇÃO NA CONTEMPORANEIDADE: UMA ANÁLISE DOS ESTUDOS DE BERNARD MANIN E CAROLE PATEMAN

Carla de Castro Amorim Maurin Krsulovic,
Mestranda do Programa de Ciências Sociais da
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC- Rio);
carla.c.amorim@hotmail.com

Resumo:

As manifestações sociais ocorridas em junho de 2013 reativaram o debate acerca de percepção de contexto de "crise" nas instituições representativas e questionamento sobre a existência, ou não, de correlação entre as decisões políticas das instituições Estatais e a vontade popular. Desse contexto emergiu a proposta de análise das estruturas do sistema democrático, com enfoque no governo representativo e no papel da participação no processo político, com a seguinte hipótese para questionamento: Afinal, a democracia contemporânea somente se viabiliza pela via da representação? O presente trabalho busca examinar o modelo de governo representativo, que constitui o paradigma ortodoxo da análise do regime democrático, sob o enfoque dos tipos- ideais descritos por Manin (1996) e da definição tradicional de democracia, enquanto mecanismo político de competição de elites em eleições periódicas, proposta por Schumpeter, destacando a sua influência na teoria política moderna. Passaremos, então, ao estudo da participação na teoria democrática, com a proposta de retomada do elemento participativo, na análise feita por Pateman (1992), que apõe visão crítica à concepção tradicional de democracia enquanto método competitivo. Por fim, em conclusão, nos valeremos da análise de José Álvaro Moisés, que se une à crítica de acepção tradicional da democracia, fundada unicamente no processo eleitoral, para propor uma visão de democracia sob o aspecto de procedimento e também no enfoque valorativo, em exame que considera o comportamento das demais instituições democráticas, em proposta de verificação da qualidade da democracia.

Palavras-chave: Democracia. Representação. Participação.

1 O paradigma tradicional do governo representativo nas democracias modernas

A análise das estruturas do sistema democrático aponta a adoção do modelo representativo nas democracias modernas, em substituição à concepção "clássica" de democracia, formulada precipuamente séculos XVII e XVIII.

No entanto, a compatibilidade do governo representativo com a democracia não foi assimilada de forma automática e o próprio modelo representativo teria sofrido diversas transições, cada qual identificada com a ascensão de contexto de "crise".

Sobre a formação do paradigma do governo representativo nas democracias modernas e suas transformações, nos valemos dos estudos de Bernard Manin, no ensaio *As Metamorfoses do Governo Representativo* (1996).

Segundo Manin, teria sido observado por décadas um comportamento de estabilidade e fidelidade do eleitorado em relação a determinados partidos, que resultavam de relação de confiança, sendo que as mudanças que se verificavam no interior dos partidos pareceriam refletir o resultado de mudanças sociais.

Esta atitude de *identificação* dos eleitores em relação aos partidos políticos refletia no processo eleitoral, o qual se voltava à apresentação dos programas políticos que o partido estaria se comprometendo a cumprir, de modo que os eleitores se utilizavam das eleições para indicação das políticas que desejavam ver executadas.

Contudo, Manin destaca a alteração deste quadro, observando que o eleitorado estaria demonstrando tendência a votar de forma diferente a cada eleição, assim como o aumento de número de eleitores que afirmaria não se identificar com partido nenhum em pesquisas de opinião.

Em relação ao processo eleitoral, os partidos teriam perdido a característica de refletir as mudanças sociais e essa ausência de *identificação* retiraria do processo eleitoral a função de meio pelo qual os eleitores indicariam as políticas que desejariam ver executadas.

Em virtude disso, observa-se uma estratégia eleitoral de domínio dos meios de comunicação de massa e construção de imagens *vagas* em relação a partidos e candidatos que, nas palavras de Manin, "projetam a personalidade dos líderes"(MANIN, 1996), de modo que as preferências dos eleitores passariam a ser expressas, em sua maioria, por meio das pesquisas de opinião e de manifestos de organizações que articulam interesses particulares, mas que não concorrem ao governo.

Em razão destas transformações no governo representativo, Manin aponta um crescente "abismo" entre governo e sociedade e entre representantes e representados.

Nas palavras de Manin, "*frequentemente se afirma que a representação política está passando por uma crise nos países ocidentais"* (MANIN, 1996).

No entanto, o autor pontua que nos últimos dois séculos o governo representativo teria passado por importantes modificações a partir da segunda metade do século XIX, a maior delas decorrente da ampliação do direito de voto, que foi desatrelado do direito de propriedade, assim como em virtude de imposição de "cultura intelectual", por parte do eleitor.

Outro ponto de mudança teria sido a ascensão dos partidos de massa e o reconhecimento da organização partidária como essencial à democracia representativa, em alteração à idéia inicial dos fundadores do governo representativo que, segundo Manin, advertiam para os riscos ao sistema que adviriam da divisão em partidos e "facções".

Os partidos de massa também teriam introduzido a presença de programas políticos, atrelados ao partido, que passou a consistir em instrumento eleitoral até então inexistente e que atendia à função de *aproximação* dos representantes e representados.

Outro ponto de aproximação consistiu na escolha dos candidatos pela organização partidária, mediante a participação dos militantes, os quais podiam escolher candidatos com os quais compartilhassem *identificação* e com os quais permaneciam em contato, através de suas organizações, mesmo fora dos períodos eleitorais, o que modificaria a relação de representação para maior aproximação entre representantes e representados.

A par disso, essas alterações chegaram a ser identificadas, à época, como sinais de crise da representação, pelo fato de a emergência dos partidos de massa destoar do modelo que Manin denomina de *parlamentarismo*, que identificava o modelo representativo do final do século XIX e correspondia ao modelo parlamentar liberal de tipo inglês.

Posteriormente, essa percepção de crise deu lugar à assimilação de que o modelo que emergia, embora distinto do modelo parlamentar liberal inglês, poderia ser entendido como um

"avanço da democracia", em virtude de o novo sistema acompanhar a ampliação do direito ao voto e por viabilizar uma maior identificação cultural e social entre governantes e governados e atribuir aos representados importante papel na definição de políticas públicas, o que resultaria em aproximação do ideal democrático de autogoverno do povo.

Em razão da análise destas modificações e da constatação de que estas não teriam importado em colapso do sistema representativo, Manin traça um paralelo com a identificação do contexto de crise, então apontada na ocasião da emergência dos partidos de massa, e a situação contemporânea, na qual novamente há indicativos de transformações, apontados como sinais de colapso do governo representativo.

Para Manin, a ideia de crise de representação é usual e, em sua análise, entende que esta sinalizaria mais um declínio no sistema de representação pela via dos partidos de massa (ou democracia de partido), do que um colapso do sistema de representação em si, e que poderia comportar a emergência do que seria uma terceira "forma" de governo representativo, distinta dos modelos "parlamentar" e "de partidos" (de massa).

Manin defende que a dita "crise" apontada na contemporaneidade indicaria como elementos característicos justamente os elementos que, na ascensão da representação pelos partidos de massa, eram identificados como distintivos do modelo parlamentar e se fundam, precipuamente, na alteração do elemento de *identificação* dos representantes e representados e na *determinação da política pública* pelo eleitorado.

Estes elementos, que identificam a atual percepção de "crise" da representação, podem indicar, para Manin, que o "terceiro modelo" que estaria a emergir se assemelharia ao modelo anterior "parlamentar", o qual foi substituído pelo modelo do "governo de partido", o que o leva a concluir que, talvez, a mudança no governo representativo empreendida no final do século XIX "tenha sido menos radical do que se imaginava".

Com efeito, a atual percepção de crise no modelo de representação aponta como principais indicativos de declínio o *afastamento* dos eleitores em relação a partidos e candidatos que possuam trajetória política ("políticos de carreira" ou "políticos tradicionais"), cujo manifesto, no Brasil, cunhou o termo "não me representa", para justamente identificar esta percepção de distanciamento dos representados em relação aos representantes.

Do mesmo modo, em relação à determinação da política pública, observa-se a crescente expectativa de participação direta na definição das políticas, concomitantemente ao descrédito na efetiva implantação das políticas, quando decorrem de programas apresentados pelos partidos em campanha eleitoral. Importa dizer, também o afastamento da apresentação de programas de governo pelos partidos e reapropriação desta tarefa pelos representados, que pretendem ou promovê-la diretamente ou atrelar sua execução ao seu representante eleito.

Nessa perspectiva, Manin passa a indicar três tipos- ideais, na terminologia Weberiana, do governo representativo, que seriam o tipo "parlamentar", a "democracia de partido" e o terceiro tipo, que denomina de "democracia do público", este último, como descrito, poderia ascender como conseqüência do declínio da democracia de partido.

Trata-se, portanto, de tipos – ideais que, conforme alertado por Manin, podem coexistir ou se fundirem ou mesmo estarem presentes juntamente com outras formas, em menor ou maior grau, a depender da época e do governo, sem exclusão de outras formas possíveis de governo representativo.

Para identificação destes tipos-ideais de governo representativo, Manin parte da análise dos princípios fundantes do governo representativo. Após a indicação destes traços em comum, Manin passa a distinguir os três tipos-ideais com base em quatro características e a forma como estas se

apresentam em cada modelo: a eleição dos representantes, a independência parcial dos representantes, a liberdade da opinião pública, e o debate parlamentar.

1.1 Os Princípios do governo representativo, segundo Manin

Segundo Manin, as origens do governo representativo moderno indicam pelo menos quatro princípios elementares que teriam permanecido sem contestação, convertendo-se em práticas e instituições concretas.

O primeiro deles seria o princípio segundo o qual os representantes são eleitos pelos governados, que conta com razoável consenso de que não existiria representação em um governo em que os governantes não são periodicamente eleitos.

Isso porque a noção de eleições periódicas seria típica do governo representativo, ao não se confundir com o ideal rousseauniano de identidade entre governantes e governados, por dois motivos.

Primeiramente, pelo fato de o sistema eletivo consistir em outorga de consentimento, com atribuição de autoridade aos eleitos, para governarem sobre os governados, de modo que não há eliminação das diferenças entre representantes e representados, motivo pelo qual a representação não alcança o ideal de autogoverno do povo, sendo método de escolha dos governantes e de legitimação do exercício do poder.

A segunda justificativa reside no fato de que o governo representativo não exigiria que os governantes fossem iguais aos governados, ou seja, não criaria identidade entre governantes e governados, desde que tenha havido o consentimento eleitoral da escolha do representante e, neste sentido, diferencia-se do método do sorteio, que era tido como o método democrático por excelência até o século XVIII.

O governo representativo, contudo, não estipularia uma função subordinada aos representados, haja vista que, por serem a eleições periódicas e repetidas, estes não apenas designariam e indicariam os representantes, mas também possuiriam influência nas decisões de governo, uma vez que seriam os responsáveis por destituir os representantes que não lhe agradassem e até mesmo por escolher, dentre um governo de elites, "que elite vai exercer o poder".

O segundo princípio indicado por Manin relativo ao governo representativo indica que os representantes conservariam uma independência parcial diante das preferências dos eleitores, mediante a rejeição de duas práticas que mitigariam a autonomia dos representantes, quais sejam, a vedação dos mandatos imperativos (segundo os quais os representantes não estão vinculados às "instruções" ou pedidos de seus eleitores) e a *recall (*ou "revogabilidade permanente e discricionária dos eleitos").

Manin pontua que, no governo representativo, os representantes mantiveram a liberdade de decidir, mas que tal princípio não inibiria o controle dos representados, notadamente em razão da periodicidade das eleições.

Em sua acepção, essa desvinculação da atuação do representante em relação a vontades e pedidos do eleitorado distinguiria o governo representativo do ideal democrático, segundo qual os governados são os responsáveis pela elaboração das leis que os regem. Assim, para Manin, o governo representativo não se distancia do ideal democrático pelo fato de haver representação, mas sim pela ausência dos mandatos imperativos.

Em sua análise dos escritos de Madison e Sieyès, Manin descreve a existência de "contrastes" entre a representação e a democracia. Assim, em Madison, invoca a descrição do governo representativo como uma forma diferente e superior de exercício do poder, por permitir que as opiniões fossem refinadas e ampliadas ao passarem por "crivo de corpo de cidadãos selecionados", prevalecendo o "julgamento ponderado da coletividade".

Em Sieyès, Manin destaca que este considera o sistema da representação como superior ao da democracia direta, por permitir um processo decisório mais racional e menos passional e, por isso, mais adequado às sociedades mercantis, nas quais as pessoas não disporiam de tempo para se ocupar dos assuntos públicos, tal como uma verdadeira divisão do trabalho na esfera política, que retiraria dos representantes a função de meros transmissores da vontade dos governados.

Um Terceiro princípio, que aparece como consectário dos dois primeiros, consiste no princípio segundo o qual a opinião pública sobre assuntos políticos poderia se manifestar independentemente do controle do governo. Importa dizer, em um governo representativo seria assegurada a liberdade de opinião, sendo que, para a formação desta opinião, seria necessário o acesso à informação, do que decorreria a necessária publicidade das decisões governamentais, assim como o direito a expressar esta opinião política.

A correlação com o governo representativo decorre da proteção à manifestação de opiniões de cunho individual e coletivo, atrelada à recusa do mandato imperativo, de modo que, se por um lado, o governo representativo teria afastado a imperatividade dos mandatos, por outro, teria assegurado a liberdade de expressão, para que os governados pudessem, livremente, levar ao conhecimento dos governantes as suas opiniões políticas. Nos dizeres de Manin, "a liberdade de opinião pública mantém a permanente possibilidade de que o povo fale por si mesmo" (MANIN, 1996).

O quarto, e último, princípio indicado por Manin consiste no fato de que as decisões políticas no governo representativo seriam tomadas após debate, sendo que a ideia de representação sempre esteve ligada à de discussão, tanto que se buscou assegurar a liberdade de expressão dos representantes dentro da assembléia, uma vez que o governo representativo foi desde sempre pensado como um sistema assemblear e, portanto, coletivo e diversificado, o que explica o papel do debate no governo representativo, para busca do consentimento através da persuasão.

De relevo notar a citação de Manin à resposta de Sieyès contida na obra *Vues sur les moyens d'exécution* (1789), em face das objeções aos debates assembleares, que merece transcrição:

> "Em primeiro lugar, há uma desaprovação da maneira complicada e lenta com que os assuntos são tratados em grandes assembléias deliberativas. Isso se deve ao fato de que, na França, já nos acostumamos a decisões arbitrárias, tomadas em segredo, nos meandros dos escritórios ministeriais. Uma questão discutida em público por um grande número de pessoas que têm opiniões divergentes, todas com igual direito de usar a palavra de modo mais ou menos prolixo, e que se permitem expor suas idéias com um brilho e um entusiasmo estranhos ao modo de ser da sociedade, é algo que naturalmente assusta nossos bons cidadãos, da mesma maneira que um concerto de instrumentos barulhentos cansaria o ouvido frágil de um doente no hospital. Fica difícil imaginar que pudesse ocorrer uma opinião sensata durante um debate tão livre e agitado. É tentador que se queira, então chamar alguém muito superior aos demais para fazer toda essa gente entrar em um acordo em vez de passar o tempo todo brigando entre si. (...) É preciso deixar que todos esses interesses pressionem uns aos outros, concorram entre si, lutem para definir o problema, e é preciso incitá-los, na medida da força de cada um, em direção à meta proposta. Neste processo de teste, idéias úteis e perniciosas são separadas, as últimas são abandonadas, as primeiras prosseguem em

> busca de um equilíbrio até que, modificadas e purificadas por sua ação recíproca, por fim se fundem numa só opinião" (Sieyès, 1789).

Desse modo, o debate constitui um método decisório, fundado no consentimento da maioria e não deve ser confundido com "concordância universal" e tampouco com a busca da "verdade", tal como mencionado por Manin, valendo-se das lições de Locke, segundo o qual a regra majoritária forneceria um princípio de *tomada de decisões* e não de busca da justiça ou da verdade.

Manin sintetiza este quarto princípio por meio do seguinte adágio: *"Nenhuma medida tem a validade de uma decisão enquanto não obtiver o consentimento de uma maioria, ao final dos debates".*

1.2 Os tipos –ideais de governo representativo, segundo Manin

Após expor as interfaces dos modelos de representação, Manin passa a distinguir os três tipos-ideais de governo representativo, utilizando como critérios de distinção justamente os pontos de contato anteriormente apresentados, que são a forma de eleição dos representantes; a independência parcial dos representantes; a liberdade de opinião pública e a tomada de decisões após debates.

1.2.1 O governo representativo de tipo "parlamentar"

No tocante à *eleição dos representantes*, a *relação de confiança* desempenha papel essencial no modelo de *tipo parlamentar*, relação esta que não decorre da competição eleitoral e que já se encontrava presente como recurso prévio dos atores políticos, fundada em proximidade geográfica ou de interesses e interação social comuns.

Neste modelo, os representantes mantêm relação direta e contato freqüente com os eleitores, de modo que as eleições "parecem ser reflexo e uma expressão de interação não- política" (MANIN, 1996).

Em relação à *independência parcial dos representantes*, estes são livres para votarem como quiserem e não tem o papel de simples "porta-vozes" da vontade política dos eleitores, pois atuam como seus "homens de confiança" (*trustees).*

O paradigma de atuação foi definido por Burke, em seu *Discurso aos Eleitores de Bristol* (BURKE, 1774), segundo o qual:

> "o Parlamento não é um congresso formado por embaixadores de interesses diferentes e hostis, que cada um deve sustentar como agente e advogado contra outros agentes e advogados. O Parlamento é uma assembléia deliberativa da nação, com um interesse, o interesse do todo – onde os preconceitos locais não devem servir de guia, mas sim o bem geral, que resulta do juízo geral do todo. É verdade que os senhores escolhem um membro; mas ele, uma vez escolhido, não é um membro de Bristol, é um membro do Parlamento". (BURKE, 1774).

No que tange à liberdade de opinião política, Manin identifica que, no modelo de tipo parlamentar, havia diferença entre os objetivos das eleições dos representantes e a expressão da opinião pública.

Com efeito, como a eleição baseava-se em critérios de confiança e mediante a inexistência de mandatos imperativos, os temas políticos não encontravam na eleição uma via de manifestação, de modo que a liberdade de opinião iria se expressar em outras searas, tais como associações, manifestações públicas, petições e campanhas de imprensa.

A este fator, Manin agrega também o caráter restritivo do voto, como fator que contribuiu para manutenção deste debate político fora da arena eleitoral. Para Manin, este modelo também correlaciona a liberdade ampla de opinião exercida pela população como um risco de desordem e violência. Dessa forma, neste modelo, a liberdade de opinião possibilita *"a existência de uma não–correspondência, ou mesmo de um conflito, entre a opinião pública e as preferências políticas manifestas nas eleições"* (MANIN, 1998).

Em relação ao debate em assembleia, este é considerado pleno, uma vez que não há vinculação dos representantes em relação à vontade dos representados, o que gera amplo debate de opiniões para que se alcance o consentimento da maioria.

1.2.2 A "democracia de partido"

No segundo tipo ideal indicado por Manin para o governo representativo ocorre uma substancial alteração no que tange à forma de eleição dos representantes.

Neste modelo, com a ampliação do direito ao voto e aumento do numero de eleitores, as relações pessoais de confiança são mitigadas, o que acarreta uma diferente forma de escolha dos representantes, estabelecida com base nos votos dirigidos a candidatos de partidos políticos, que foram formados para mobilizar este eleitorado mais amplo e se apresentavam de forma a pôr fim ao elitismo nas eleições.

No entanto, Manin cita Michels (MICHELS, 1962) para alertar que os atores políticos nesse sistema também se convertem em elites "desproletarizadas", após terem alcançado *status* e ascensão dentro do partido, de modo que se verificaria apenas o surgimento de um novo tipo de elite neste sistema de partidos de massa, cujas qualidades se alteram do "prestígio" e "notoriedade" locais para o "ativismo" e "capacidade de organização".

Como conseqüência desta escolha eleitoral direcionada a um partido, observa-se o fenômeno da *estabilidade eleitoral* no modelo da *democracia de partido.*

Do mesmo modo, Manin observa que o elemento da *confiança* continua presente na escolha eleitoral, tendo sido apenas deslocado de uma pessoa em direção a um partido.

No que diz respeito à liberdade de atuação dos representantes, o modelo da democracia de partido passa a estabelecer disciplina e vinculação do governante ao partido que o elegeu.

Essa mudança também resulta em um inicial enfraquecimento da minoria na obtenção de suas políticas. Com isso, este sistema favoreceria o confronto aberto e a oposição ferrenha. Justamente por isso, considerando a possibilidade real de confronto, a democracia de partido acaba viabilizando a coalizão e realização de acordos com a minoria.

Tais acordos, no entanto, poderiam resultar na impossibilidade da realização de todos os projetos do partido que detém a maioria, de modo que o partido majoritário também necessita de

uma razoável margem de manobra, uma vez que não poderá deixar de executar os programas aos quais se comprometeu o partido perante seus eleitores.

Quanto à liberdade de opinião pública, este modelo conta com o controle partidário tanto na disputa eleitoral quanto na expressão da opinião pública, estruturando, por exemplo, manifestações de rua, petições, campanhas pelos jornais, bem como por meio de laços com associações e imprensa.

Esse controle pelo partido resulta em pouca exposição dos eleitores a pontos de vista antagônicos, o que favorece a estabilidade de opiniões, assim como direciona as clivagens da opinião pública no mesmo sentido das clivagens eleitorais.

Essa atuação "totalizante" do partido, contudo, não esvazia por completo a possibilidade de expressão de opinião pública pelos governados, uma vez que permanecem outros campos de opinião fora do partido e nem todos participam do governo. Além disso, mesmo dentro do parlamento são mantidas as opiniões de oposição, uma vez que o governo detém apenas a maioria da assembléia.

Em relação ao debate para tomada de decisões, o direcionamento e controle de votos pelos partidos esvazia a arena de discussões na assembleia, uma vez que os representantes estão adstritos às orientações de voto partidária e não podem alterar seu convencimento em função das deliberações. Desse modo, as posições manifestadas são sempre as mesmas e as sessões servem para conferir legitimidade às decisões da maioria.

O debate é deslocado, portanto, para o interior dos partidos, onde os líderes decidem e estabelecem as diretrizes partidárias, assim como podem dialogar com líderes de outros partidos, em busca de coalizões e compromissos, motivo pelo qual, na democracia de partido, o diálogo teria sido direcionado para o âmbito dos partidos majoritário e minoritários.

1.2.3 A Democracia do "Público"

Neste terceiro tipo- ideal, Manin retrata as modificações observadas desde a emergência da democracia de partido, notadamente em razão da volatilidade do comportamento dos eleitores, que não parece mais ser determinado por suas condições sociais econômicas e culturais.

Em relação à escolha dos representantes, na *democracia do público,* a personalidade dos candidatos emerge como fator essencial na escolha dos eleitores e isso explicaria a grande variabilidade em relação ao comportamento eleitoral.

O afastamento e quebra na estabilidade das escolhas, que não passam a ser mais direcionadas a um partido, mas sim à pessoa do candidato, é identificada como sintoma de crise no governo representativo.

No entanto, para Manin, a identificação do voto com legendas partidárias é apenas uma característica de um tipo de governo representativo, a *democracia de partido*, de modo que a mudança neste comportamento não afetaria o governo representativo em si, mas apenas o modelo partidário.

Manin ainda pontua que essa tendência à personalização dos candidatos já vinha sendo observada pelos analistas, notadamente em países com eleição direta para chefe do executivo, em que os pleitos eleitorais estariam focados na figura do Presidente da República ou no líder do Parlamento, sendo que os partidos tenderiam a se tornar "instrumentos a serviço de um líder".

Para esta mudança na escolha dos representantes são apresentadas duas causas: Os canais de comunicação, que permitiram a interlocução direta dos candidatos com os eleitores, por meio de rádio e televisão e que dispensam a intermediação partidária, ao mesmo tempo em que projetam e incrementam a personalidade dos candidatos, escolhidos justamente em função de seus atributos no domínio da comunicação de massa e com apelo midiático (segundo Manin, os "comunicadores"); e, em segundo lugar, a mudança na forma de exercício do poder, no qual são ressaltadas capacidades pessoais do candidato (individualidade), ao invés de enfoque de projetos políticos, uma vez que a complexidade e aumento das atribuições de governo, de âmbito nacional e internacional, teriam dificultado a exposição detalhada de plataformas de governo e teria exigido do candidato que fosse mantida certa abertura de *prerrogativas*, para lidar com situações imprevistas e rapidamente modificáveis, o que levaria esta opção pela projeção de uma plataforma mais "vaga", em detrimento de um plano especifico de governo.

Porém, por se tratar de um governo representativo democrático, aos eleitores caberia sempre a atribuição de verificar a responsabilidade dos governantes e de avaliá-los em sua atuação e prestação de serviços de acordo com o bem público.

Além da personalização dos candidatos, Manin indica a mudança no comportamento dos eleitores em cada âmbito de escolha eleitoral, a depender de se tratar de eleição municipal, estadual ou federal e mesmo considerando um curto espaço de tempo.

Manin faz importante observação acerca da dimensão *reativa* do voto, na qual os pleitos são usados pelo eleitor para *reagir* à determinada proposta política, ao invés de sintetizar uma expressão de suas condições econômicas, culturais e sociais. E, por essa razão, cada eleição importa em *divisão* dos eleitores entre os que apóiam um candidato e os que são contrários a ele, cisão esta que é estimulada pelos candidatos, os quais passam a acentuar suas diferenças em relação aos demais e a identificação de seus opositores.

Em sociedades em que já exista uma divisão duradoura, tal distinção é identificada previamente e explorada pelo candidato, com a *"transposição para a esfera eleitoral de uma clivagem pré-existente*" (MANIN, 1996).

Dessa forma, os políticos passam a identificar os fatores que melhor dividem o eleitorado para fazer uso destas politicamente, uma vez que "*as clivagens mais eficazes são aquelas que correspondem às preocupações dos eleitores*" (MANIN, 1996).

A independência parcial dos representantes no modelo da *democracia do público* encontra-se fortemente influenciada pela projeção de *imagens*, que seriam esquemas de representação simplificados, que não se aprofundariam nas plataformas políticas dos partidos e dos candidatos e que, por essa razão, permitiriam aos representantes um espaço de liberdade em sua atuação política.

Quanto à liberdade de opinião, Manin dispõe que a neutralização da mídia, com a ausência de jornais de propriedade de partidos e a inexistência de uma orientação política oficial dos canais de rádio e televisão, permitiria a uniformidade de informações recebidas pelos eleitores. Por essa razão, a percepção dos temas e dos problemas públicos tenderia a ser homogênea, independentemente do fato de as posições assumidas pelas pessoas poderem ser distintas, o que se tem por uniforme é a informação acessada por cada um.

Nesse ponto, retornaria, segundo Manin uma característica que esteve ausente na democracia de partido, qual seja, a possibilidade de não coincidirem manifestações eleitorais e não eleitorais da população.

Outro fator enfatizado por Manin é o relevo que passam a assumir os institutos de pesquisa, que também são independentes dos partidos e que contribuiriam para a retomada da dissociação das esferas de opinião eleitoral e não eleitoral tal qual no tipo- ideal de governo representativo

parlamentar, sendo que não demandaria dos eleitores o engajamento em passeatas e petições, simplificando o acesso à expressão da opinião pública, que se faria notar pelas respostas às pesquisas, e que permitiria a facilitação da manifestação de opinião mesmo entre os cidadãos ditos "apáticos" e "não- engajados".

No modelo da *democracia do público* também se observa uma maior incidência de expressão da opinião política, que passa a ser mais freqüente e não só se manifesta em circunstâncias especiais.

Em relação aos debates públicos para a tomada de decisões, o parlamento deixa de ser a arena principal de discussão (exceção feita ao Congresso Americano) e os debates de questões políticas são transferidos ao próprio povo, através dos meios de comunicação de massa.

Assim, em conclusão, Manin entende que os indicativos de uma "crise" na representação consistiriam em um *"deslocamento e um rearranjo da mesma combinação de elementos que sempre esteve presente desde o final do século XVIII"* (MANIN, 1996).

2 A retomada do papel da Participação no cenário político contemporâneo

Como visto anteriormente, consolidou-se ao longo dos séculos XIX e XX a associação do sistema representativo como sinônimo de democracia.

No entanto, as modificações pelas quais o sistema representativo tem passado, bem como a percepção de "desencaixe" entre a representação e os anseios da população, colocaram em questão a ocorrência de "crise" de representatividade e alçaram a necessidade de redefinição dos parâmetros para que se alcance o governo do povo, pelo povo.

Nesse contexto, a crítica ao sistema representativo e a ascensão de outros elementos que buscam compor uma visão contemporânea do exercício da democracia sugerem a análise da retomada das vias de participação e de uma aferição da "qualidade" da democracia nos dias atuais.

2.1 A Participação na contemporaneidade:

Carole Pateman, na obra *Participação e Teoria Democrática* (1992), analisa a retomada do elemento da participação na teoria política, a partir dos anos 60, como conseqüência de manifestações populares e estudantis, que conduziram pleitos de abertura para novas formas de participação e de efetivação de direitos, que permaneciam sem dimensão material.

O uso do termo teria se popularizado e tomado como usual nos meios de comunicação de massa, mas a sua acepção real ainda permaneceria imprecisa, o que levou Pateman a realizar a indagação de qual seria o lugar da participação em uma teoria da democracia moderna e viável.

Pateman inicia sua análise voltando sua atenção para a concepção manifestada pela maior parte dos estudiosos de teoria da democracia, do período em que centra seu estudo (final dos anos de 1970), especialmente norte-americanos, que teriam atribuído à participação um papel menor e até mesmo teriam enfatizado os "perigos" inerentes à ampla participação política da população.

Essa ênfase pejorativa da participação decorreria, segundo Pateman, de duas razões principais.

A primeira delas seria o entendimento de que os teóricos chamados de "clássicos", responsáveis pela formulação das bases da teoria democrática moderna, com previsão de participação política máxima da população, precisariam ser revistos ou ignorados, porque teriam defendido um *ideal* de participação que não se mostraria aplicável na contemporaneidade.

A segunda razão seria a preocupação com a *estabilidade* do regime democrático, com a reiterada associação de que uma "crise" no sistema político conduziria ao totalitarismo, por meio da oposição entre democracia de totalitarismo como as únicas alternativas políticas possíveis na modernidade.

Para Pateman, as bases dessa noção teórica, que busca desassociar a democracia do elemento da participação, seriam encontradas na afirmação da sociologia política enquanto ciência, assim como no fundamento histórico da ascensão dos regimes totalitários no século XX.

No início do século XX, teóricos como Mosca e Michels, de tendência empirista, entendiam pela impossibilidade de implantação, na prática, do conceito de democracia, concebido como governo do povo pelo povo, sob o fundamento de que a complexidade das sociedades industrializadas obstaria a participação da população. Por essa razão, estes teóricos defendiam o governo de elites e de uma oligarquia, que seriam compatíveis com o regime de representação.

Por volta da metade do século XX, embora ainda se afirmasse o ideal democrático, a participação era colocada em dúvida, bem como a teoria democrática tida como "clássica", que tinha na participação seu elemento fundamental.

Isso se deveu à ascensão nazista, que teria contado com altas taxas de participação da população, assim como a implantação de regimes totalitários no pós- guerra. Mesmo que a referida participação seja contestável em face de métodos de intimidação e coerção, tais fatos acentuaram a propensão de "se relacionar a palavra 'participação' com o conceito de totalitarismo mais do que com o de democracia" (PATEMAN, 1992).

Pelo mesmo motivo, passou-se a justificar a preocupação com a *estabilidade*, sendo que no período histórico do pós-guerra a instabilidade democrática era uma realidade sentida, especialmente nas ex-colônias.

Nesse contexto, a abordagem adotada pela sociologia política do pós-guerra, fundada em investigação empírica, parecia fundamentar a rejeição do papel da participação na teoria política. Tal se deveu ao fato de que os dados coletados teriam revelado como uma característica expressiva dos cidadãos, especialmente os de condição sócio-econômica baixa, a falta de interesse em política e a propensão a atitudes não democráticas e autoritárias, o que conduziu à conclusão de que o ideal "clássico" do governo do povo pelo povo seria uma "ilusão" e que o aumento da participação conduziria a uma instabilidade do sistema democrático.

Além disso, considerando que a teoria política buscava ser reconhecida como científica, baseada em fatos e dados empíricos, os teóricos modernos pretendiam refutar a visão "clássica", que era acusada de idealista e "carregada de valor".

Pateman destaca o papel desempenhado por Schumpeter, em sua obra C*apitalismo, socialismo e democracia* (1943), em que tratou de mitigar o papel da participação e da tomada de decisões pela população, ao propor uma revisão da teoria "clássica" e oferecendo um conceito dito "realista" e "moderno" de democracia, que teria servido de parâmetro às principais obras de teoria democrática posteriores.

Para Schumpeter, o conceito de democracia deveria ser dissociado de "ideais" ou "fins", isto é, de um caráter valorativo, que estaria presente nas definições "clássicas", posto que seria um método político- decisório, ou seja, um arranjo institucional que permitiria se chegar às decisões

políticas, com a competição para alcançar a liderança sendo o elemento distintivo da democracia em relação a outros métodos políticos.

Segundo sua definição, a democracia consistiria em *"arranjo institucional para se chegar a decisões políticas, no qual os indivíduos adquirem o poder de decidir utilizando para isso uma luta competitiva pelo voto do povo"* (SCHUMPETER, 1943).

O instrumento competitivo é comparado por Schumpeter ao mercado, que seria regulado na esfera política pelos partidos, de modo que os eleitores escolheriam entre as opções políticas disponíveis, tão como os consumidores o fazem em relação a produtos em competição.

Esse arranjo institucional dependeria de condições necessárias para que se afirmasse como democracia, que são a garantia das liberdades civis, tolerância para as opiniões contrárias, "certo tipo de caráter e hábitos nacionais" e lealdade dos interesses envolvidos aos "princípios estruturais da sociedade existente" (SCHUMPETER, 1943).

Na definição de Schumpeter o sufrágio universal não seria inerente à democracia, a qual poderia ser compatível com quaisquer meios de restrição ao direito de voto (tais como propriedade, raça e religião) e os únicos meios de participação do *cidadão* seriam a *discussão* e o *voto*.

Quaisquer outras formas de participação são tidas por Schumpeter como incabíveis, por consistirem em tentativa de "controle" dos representantes por parte do eleitorado, que entende ser incompatível com a noção de *liderança*. Para ele, somente em novas eleições seria dado ao eleitorado se manifestar novamente sobre seus lideres, reelegendo-os ou substituindo-os por outros líderes.

Conforme observa Pateman, tanto a abordagem que Schumpeter faz da teoria "clássica", como a sua definição de método democrático teriam se afirmado como paradigmas na teoria política moderna tradicional e com isso o papel da participação, tão presente nos fundamentos da democracia, teria sido esvaziado.

Para demonstrar a influência de Schumpeter, Pateman analisa os trabalhos de teoria da democracia elaborados até aquela ocasião (por volta de 1970), por Berelson, Dahl, Sartori e Eckstein, que privilegiavam o fator *estabilidade* e a oposição aos fundamentos "clássicos" da democracia.

Na obra *Voting*, de Berelson (1954) este se vale de um modelo no qual enfoca que a teoria "clássica" demandaria determinadas qualidades do "cidadão médio" para o funcionamento da democracia, tais como o interesse e a participação em política, que não estariam presentes nos indivíduos, segundo demonstrações empíricas.

De acordo com Berelson, isso demonstraria o equívoco da formulação dos "clássicos", pois se as qualidades que estes concebem como necessárias não estão presentes e ainda assim a democracia sobrevive, a conclusão a que se chega é a de que as características aventadas pelos clássicos não seriam essenciais à democracia.

Berelson também atribuiria à teoria clássica uma visão de cidadania "politicamente homogênea" em relação a atitudes e comportamentos, sendo que, na prática, o que se constataria seria a heterogeneidade. Por essa razão, conclui que presença de heterogeneidade, quando conjugada ao fator de desinteresse e pouca participação, beneficiaria o sistema ao "amortecer" os conflitos e afastar a *instabilidade* que ocorreria se houvesse ampla participação. Com isso, o desinteresse e pouca participação permitiriam que as contradições da heterogeneidade se resolvessem, em modelo ao mesmo tempo *estável* e *flexível*.

A crítica de Pateman às idéias de Berelson destaca que:

> "Segundo este ponto de vista, pode-se perceber que os altos níveis de participação e interesse são exigidos apenas de uma minoria de cidadãos e que, além disso, a apatia e o desinteresse da maioria cumprem um importante papel na manutenção da estabilidade do sistema tomado como um todo. Portanto, chega-se ao argumento de que essa participação que ocorre de fato é exatamente a participação necessária para um sistema de democracia estável" (PATEMAN, 1990).

Pateman também analisa a influência de Schumpeter em duas obras de Dahl: *Uma introdução à teoria democrática* (1956) e *Hierarquia, democracia e negociação política e em economia* (1956a).

A análise detalhada das características da democracia como poliarquia, proposta por Dahl, escapa ao enfoque do presente trabalho, mas é importante destacar o liame que Pateman aponta entre o pensamento de Dahl e as idéias de Schumpeter, uma vez que a acepção de Dahl também correlaciona democracia a um arranjo político centrado no processo eleitoral, sendo que o voto consistiria em método de controle dos cidadãos sobre os líderes.

Do mesmo modo que Schumpeter, Dahl também procura atribuir ao controle o significado que defluiria das pesquisas empíricas, ou seja, focado na "realidade", de modo que a maioria das pessoas seria apática e desinteressada em política, de sorte que o "controle" decorreria da possibilidade de competição eleitoral, que sujeitaria os líderes à periódica confirmação pelos eleitores, sendo a competição o elemento especificamente democrático.

Além disso, Dahl também considera que, como as pesquisas empíricas indicariam que os grupos de condição sócio-econômica baixa apresentariam pouca atividade política e revelariam propensões autoritárias, deveria ser evitado o aumento da participação, pois o ingresso destes grupos na atuação política poderia acarretar "perigo" para a *estabilidade* do sistema democrático.

Em Sartori, Pateman analisa a obra *Teoria Democrática* (1962), na qual o referido autor também explicita os "riscos" de instabilidade do sistema e o distanciamento da teoria "clássica" em relação à "realidade prática". Para Sartori, a teoria "clássica", ao traduzir um ideal, acarretou um sentimento de desilusão com a "meta não alcançada". A participação é vista como propulsora direta do totalitarismo, por isso a consolidação do sistema democrático deveria se afastar destes ideais, mantendo a estrutura de autoridade e liderança, evitando que os líderes sejam substituídos por "contra-elites não democráticas".

Na visão de Eckstein, exposta na obra *Uma teoria de democracia estável* (1966), a democracia corresponde, mais uma vez, a arranjos institucionais para competição eleitoral entre os líderes, mas a *estabilidade* assume um papel de relevo e dependeria de uma forma específica de governo, que seria aquela em que um *"padrão de autoridade governamental deve se tornar congruente com a forma predominante de estrutura de autoridade na sociedade, ou seja, o padrão governamental não precisa ser 'puramente' democrático", pois considera que a tomada de decisões necessitaria da presença de um "elemento autoritário"*, assim como atribui uma justificativa psicológica em uma "necessidade" de líderes e lideranças firmes que assegurariam a *estabilidade*.

Segundo Pateman, estes teóricos aduzem que as teorias antigas seriam "normativas" e "carregadas de valor", ao passo que a teoria política moderna deveria ser científica e empírica, assentada nos fatos da vida política.

No entanto, Pateman revela que as teorias mencionadas parecem mais preocupadas em mostrar que espécies de teorias são necessárias para se considerar os fatos existentes em termos de

atitudes e comportamento político. Ou seja, consideram essencial o aspecto da realidade e não do que poderia ser mudado, confundindo sistema político com realidade prática.

Ao mesmo tempo, também existe excessiva preocupação em não colocar em perigo os sistemas democráticos vigentes ao criar expectativas irreais ou potencialmente desintegradoras.

Assim, estas teorias, segundo Pateman, vinculam a democracia a um método político e a uma série de arranjos institucionais. O elemento característico do método democrático seria a competição entre os líderes (elite), pelos votos dos eleitores, em eleições periódicas e livres.

As eleições seriam cruciais para este método, pois, segundo sustentam, seria através delas que os eleitores poderiam exercer controle sobre os líderes.

A reação dos líderes às reivindicações que não pertencem à elite seria assegurada pela sanção de perda do mandato nas eleições seguintes e também pelo fato de que as decisões dos líderes poderiam sofrer influências de grupos ativos.

Para estes teóricos, na visão de Pateman, a igualdade política refere-se ao sufrágio universal e à existência de igualdade de oportunidade de acesso aos canais de influência sobre os líderes. A "participação" constituiria, assim, unicamente, a participação na escolha daqueles que tomam as decisões.

Por essa razão, a função a participação nessa teoria é apenas a de proteção: A proteção do indivíduo contra decisões arbitrárias dos líderes eleitos e a proteção de seus interesses privados.

A esta abordagem Pateman direciona suas críticas.

A primeira, a de que a teoria "clássica" não teria sido compreendida, pois, ao sustentarem que esta seria essencialmente normativa, os ideais que ela contém teriam sido substituídos, modificando-se fundamentalmente o significado da democracia.

Além disso, sob a justificativa de formulação de uma teoria "livre de valores", os mencionados teóricos teriam produzido uma nova teoria normativa, uma vez que, na descrição do tipo de sistema que deveria ser valorizado, passam a incluir uma série de padrões e critérios que acabam por descrever o sistema americano como o ideal.

A teoria tradicional refutada por Pateman apresentaria apenas duas alternativas: Um sistema de líderes controlados pelo eleitorado e que deveria prestar contas a ele, no qual o eleitorado pode escolher entre os lideres ou a elite, em competição; ou um sistema no qual isso não ocorre (totalitarismo).

Para Pateman, a teoria do governo representativo não esgotaria toda a teoria democrática atual e apresenta sua oposição a esta concepção de democracia que privilegia unicamente uma série de arranjos institucionais para realização de eleições periódicas e que rechaça o elemento da participação.

Em sua análise de Stuart Mill e Rousseau, a participação revelaria funções bem mais abrangentes e seria fundamental para o estabelecimento e manutenção do Estado democrático, que não poderia ser considerado apenas como conjunto de instituições representativas nacionais, mas como aquilo que Pateman denomina de "sociedade participativa". Rousseau seria, portanto, o expoente teórico da democracia participativa.

Segundo Pateman, toda a teoria política de Rousseau apóia-se na participação individual de cada cidadão no processo político de tomada de decisões e, em sua teoria, a participação seria bem mais do que um complemento protetor de arranjos institucionais, pois provocaria um efeito psicólogo sobre aqueles que participam, assegurando uma interrelação contínua entre o funcionamento das instituições e as qualidades e atitudes psicológicas dos indivíduos que interagem dentro delas.

Para Rousseau, a participação aumentaria o valor da liberdade para o indivíduo, permitiria que as decisões coletivas fossem aceitas mais facilmente, assim como teria a função de integração, haja vista que forneceria a sensação de que cada cidadão pertenceria à sua comunidade. A principal função da participação, portanto, seria o seu caráter educativo (PATEMAN, 1992).

J. S. Mill e Cole se valeriam, segundo Pateman, da teoria democrática participativa de Rousseau e a trazem ao contexto de Cidade - Estado do sistema político moderno.

Mill se impressiona com a obra de Tocqueville, em especial a análise dos perigos inerentes ao desenvolvimento de uma sociedade de massa e destaca que:

> "De nada servem o sufrágio universal e a participação no governo nacional se o individuo não for preparado para essa participação em um nível local, é neste nível que ele aprende a se autogovernar. Um ato político que apenas se repete com o intervalo de alguns anos e para o qual não teve o preparo nos hábitos cotidianos do cidadão, deixa seu intelecto e suas disposições morais inalteradas" (PATEMAN, 1992).

Assim, para que os indivíduos, em um Estado de grande extensão, sejam capazes de participar efetivamente do governo, as qualidades subjacentes a essa participação deveriam ser fomentadas e desenvolvidas a nível local (PATEMAN, 1992).

Já Cole acentua o contexto da sociedade moderna industrializada, sustentando que a participação no local de trabalho (nas indústrias) conteria uma chave para governo efetivamente democrático.

Assim, para Pateman, a democracia das teorias "clássicas" fornece sim os planos de ação e prescrições específicas para um governo verdadeiramente democrático (PATEMAN, 1992).

A teoria da democracia participativa, na visão de Pateman, seria construída em torno da afirmação central de que os indivíduos e suas instituições não poderiam ser considerados isoladamente. A existência de instituições em nível nacional não bastaria para a democracia, posto que máximo de participação de todas as pessoas, ou a socialização e treinamento social, precisariam ocorrer em outras esferas, para que as atitudes e qualidades psicológicas necessárias à atuação política pudessem se desenvolver.

As principais funções da participação, na teria democrática participativa de Pateman, seriam, portanto, educativa no sentido mais amplo, psicológica, assim como de aquisição de prática de habilidades e procedimentos democráticos.

Por isso não haveria problema quanto à estabilidade de um sistema democrático participativo, uma vez que, quanto maior o grau de participação, maior seria a capacidade dos indivíduos para o seu exercício. Para que exista uma forma de governo democrática seria necessária a existência de uma sociedade participativa.

3 Elementos para uma análise da *qualidade da democracia*

Como visto, a abordagem hegemônica no século XX estabelecia associações entre a competição livre, em eleições periódicas, e a estabilidade, com a definição de democracia.

Ao cuidar do conceito de democracia como arranjo institucional competitivo e se afastar de sua base valorativa e do elemento participativo, essa acepção foi alvo de críticas.

Na análise de Pateman, são retomados os elementos da teoria democrática "clássica", na qual a participação direta na esfera política constituiria elemento essencial ao exercício democrático.

Também nesta linha, em conclusão, no que tange à busca de uma acepção contemporânea da democracia, cumpre destacar as análises de José Álvaro Moises em relação à *qualidade da democracia.*

Na obra *Democracia e Confiança* (2010), Moisés explicita a necessidade de um debate que recoloque a necessidade de definir a *democracia como multidimensional*, já que as abordagens que chama de "minimalista" e "procedimentalista", de Schumpeter e Dahl resumiriam a democracia à escolha de governos por meio de eleições regulares, com liberdade de expressão e opinião e acesso à informação.

Segundo Moisés, a referida abordagem privilegia o pleito eleitoral em detrimento de outras dimensões da democracia e não abarcaria o fato de que mesmo a garantia de processo eleitoral poderia ser conjugada com outros aspectos, que resultariam em mitigação da liberdade de escolha, além de desconsiderar o comportamento das demais instituições democráticas, como o parlamento, o judiciário e a polícia, e a compatibilidade de suas atuações de acordo com a doutrina da separação de poderes.

Por esse motivo, não apenas o aspecto formal do comportamento das instituições, mas também a realização de *valores* que orientam a escolha democrática, deveriam ser examinados, uma vez que esse *descompasso* geraria efeitos nas relações dos cidadãos e no sistema político, por meio da *desconfiança* e crítica das instituições.

Valendo-se de Morlino e Diamond (2005), Moisés indica oito dimensões da qualidade da democracia, as relativas a procedimentos, que seria o primado da lei, participação, competição política e modalidades de *accountability* (vertical, social e horizontal); as relativas a aspecto material, de respeito a liberdade civis e políticas e progressiva igualdade política correlata com igualdade social e econômica; e aspecto híbrido, tanto formal quanto material, que seria a *responsividade* de governos e representantes perante avaliação dos cidadãos acerca do efetivo direcionamento das políticas públicas e da atuação prática aos interesses e preferências dos cidadãos.

Para Moisés, a democratização ocorreria em processo gradual e não linear, sendo que em vários casos de democracias instauradas após períodos ditatoriais, tal como no Brasil, o sistema de eleições livres foi implantado antes que fosse completada a instauração de outras instituições democráticas, que assegurariam o "*primado da lei, a participação da sociedade civil e os mecanismos de responsabilização dos governos."*

Por essa razão, além da contraposição "democracia-ditadura" deve ser questionada a *qualidade da democracia.* Algumas democracias eleitorais conteriam *déficits* de representação, assim como partidos políticos sem identificação com os eleitores e possuiriam atuação institucional que não permitiria a separação dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário) e sem a devida participação da sociedade civil na tomada de decisões que afetam a comunidade.

Moisés destaca, assim, que as instituições "não são instrumentos neutros", de modo que o *"funcionamento adequado das instituições democráticas requer a presença de elementos de justificação de sua função, os quais estão relacionados com convicções dos cidadãos a respeito da missão e funcionamento delas".*

Dessa forma, o que os cidadãos "pensam e sentem sobre as instituições" e suas "atitudes a respeito delas" seriam indicadores importantes sobre o *significado* da democracia na contemporaneidade.

Referências

MANIN, Bernard. *As Metamorfoses do governo representativo*; tradução Vera Pereira. Revista Brasileira de Ciências Sociais ANPOCS nº 29, ano 10, 1996, p.5-34

MOISÉS, José Alvaro. *Cultura Política, Instituições e Democracia- Lições da Experiência Brasileira, in*: Democracia e Confiança. São Paulo: Editora USP, 2010, p. 77-119.

_____. *Eleições, Participação e Cultura Política: Mudanças e Continuidades.* Lua Nova n.º 22, 1990, p.133-187.

PATEMAN, Carole. Participação e teoria democrática; tradução Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

ESTATUTO DO NASCITURO: ESCOLHAS POLÍTICAS QUE VIOLAM A DIGNIDADE DAS MULHERES, RETROCESSOS PARA A CIDADANIA E OS DIREITOS HUMANOS

Cibele Cheron
(UFRGS, IFRS – iccibele@gmail.com);

Guilherme Wunsh
(UNISINOS)

Resumo:

O artigo em tela examina Projeto de Lei (PL) n. 478/2007, denominado pelos proponentes de Estatuto do Nascituro, cujo objetivo é garantir a proteção integral dos concebidos e ainda não nascidos. O PL reconhece ao nascituro sua natureza humana desde o momento da concepção, atribui ao Estado o dever de assegurar-lhe a expectativa do direito à vida com absoluta prioridade e a proteção frente a qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Proíbe o aborto, mesmo ante risco de morte da mãe ou em caso de estupro e, nesta última circunstância, chega a determinar que o estuprador pague alimentos. A análise observa, além dos artigos do PL, os argumentos de sua justificativa, os discursos dos proponentes em sua defesa e os diplomas legais que confronta. O estudo é explicativo-descritivo, para o qual empreendemos análise de dados oficiais e de conteúdo, documental, legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, com a portes do Direito, das Ciências Sociais, das Ciências da Saúde e da Comunicação Social. Defendemos que ao dar primazia às expectativas de direito do nascituro em detrimento dos direitos das mulheres, o PL n. 478/2007 explicita escolhas políticas que violam a dignidade das mulheres e constituem retrocessos para a cidadania e os Direitos Humanos.

Palavras-chave: PL n. 478/2007. Estatuto do Nascituro. Direitos Humanos. Teoria do Direito como Integridade

1 Introdução

O presente artigo aborda os Direitos Sexuais e Reprodutivos Femininos (DREF) e o Projeto de Lei 478/2007, Estatuto do Nascituro, partindo das relações de poder que se desenvolvem em uma sociedade patriarcal, influenciando a criação de normas que podem ser violadoras de direitos. Pergunta-se a partir disso se as desigualdades de gênero e o fundamentalismo religioso influenciaram na produção do texto do Estatuto do Nascituro e como ele impacta os Direitos Humanos das Mulheres. O estudo centra-se, teoricamente, no âmbito dos Direitos Humanos e dos Estudos Feministas.

Para o estudo, o emprego da categoria de gênero e das relações de poder permite compreender o sistema hierarquizado, de dominação masculina e submissão feminina, fomentado com a influência religiosa nas atividades estatais pode ser um fato causador da falta de tutela dos Direitos Humanos das Mulheres. Analisando o texto legal, investigamos a tutela dos DSRF das mulheres diante da proposta de segurança maior à expectativa de direitos do nascituro.

2 Desenvolvimento do Artigo

O emprego da categoria gênero, no presente trabalho, busca demonstrar a existência de desigualdades entre mulheres e homens nos contextos sociais em que vivem. Gênero é uma categoria utilizada para abranger as desigualdades que resultam das relações sociais, enquanto sexo é a categoria referente às diferenças biológicas. A categoria gênero é construída, nas relações e interações sociais, a partir da percepção a respeito das diferenças biológicas existentes entre os sexos, conforme ensina Joan Scott (1990). A partir da construção do gênero, ao longo da história de uma sociedade, é possível observar como se estabelece a estrutura hierarquizada na qual o masculino ocupa lugares de superioridade em relação ao feminino. Essa estruturação, explica Pierre Bourdieu (2002), acontece com a valorização do masculino, e a associação de características a esse gênero como força, liderança, agressividade, dominação e, ao mesmo tempo, a desvalorização do feminino, com a associação de características como fragilidade, dependência, docilidade, submissão. De acordo com o autor, essas características associadas são internalizadas no decorrer da história, por gerações de mulheres e homens, e se tornam naturalizadas nos hábitos e nos corpos dos seres humanos.

Viviane Heberle, Ana Cristina Ostermann e Débora Figueiredo (2006) afirmam que desde a década de 1970 o termo gênero é utilizado em trabalhos e pesquisas que buscam compreender as desigualdades entre homens e mulheres nas sociedades, em âmbito moral, econômico, cultural, político, entre outros. Assim, diferente do significado de sexo, o termo gênero é uma construção com significados culturais e sociais específicos, que serve para designar o indivíduo de acordo com a atribuição que é conferida a ela desde seu nascimento. Compreender os significados do gênero possibilita compreender a existência de desigualdade na forma como as responsabilidades se organizam para a produção social da existência. Com essa afirmativa, Heleieth Saffioti (1992) explica que a sociedade estabelece critérios para distribuir atribuições inerentes a essa produção, de forma classista, sexista e racista, sem considerar as vontades ou subjetividades dos indivíduos. Fúlvia Rosemberg (2001) aponta que a desigualdade entre os gêneros é estrutural na sociedade, existindo hierarquia nas divisões de papeis, responsabilidades e atribuições da produção social da existência. Segundo a autora, a produção e a administração das riquezas e a ocupação dos espaços públicos de poder e decisão têm privilégio sobre a produção, reprodução e cuidado da vida. Diz:

> [...] concebo a sociedade estruturada em torno de relações de dominação, entre as quais as de gênero e que consistem em considerar as atividades associadas ao masculino como superiores às atividades associadas ao feminino, independentemente do sexo das pessoas que as executem (ROSEMBERG, 2001, p.515).

Porém, ao estruturar-se buscando sistematizar o lugar social do feminino como dominado e explorado, a sociedade, no entendimento de Saffioti (1992) vai reforçar as relações de poder e subordinação justificando-se na diferença biológica. Dessa maneira, as diferenças entre os sexos, de ordem natural, serão associadas a relações de poder, naturalizando a desigualdade social ao reafirmar estereótipos dos gêneros (homem e mulher) como se fossem inatos, determinados pelos sexos. Segundo a autora, as relações de poder nas quais as desigualdades de gênero são produzidas e reproduzidas acontecem das mais variadas formas, e envolvem todos os atores sociais.

O poder, nessas relações, é observado com referencial em Michel Foucault (1999), presente em todas as relações e interações sociais, apresentado nos mais diferentes tipos, conforme as diferentes organizações das sociedades, perpassando todos os seus níveis. Numa análise histórica que parte da teoria clássica da soberania, quando o soberano decidia sobre a "vida e a morte dos súditos [, que] só se tornam direitos pelo efeito da vontade do soberano" (p.286), Foucault (1999) explica que o poder não acontece apenas entre o Estado e os cidadãos. Com a modernidade, o surgimento do poder disciplinar assume grande importância, uma vez que:

> [...] viram-se aparecer técnicas de poder que eram essencialmente centradas no corpo, no corpo individual. Eram todos aqueles procedimentos pelos quais se assegurava a distribuição espacial dos corpos individuais (sua separação, seu alinhamento, sua colocação em série e em vigilância) e a organização, em torno desses corpos individuais, de todo um campo de visibilidade (FOUCAULT, 1999, p.288).

Desde a segunda metade do século XVIII, o poder disciplinar, conforme Foucault (1999), é transformado pelo surgimento de uma nova tecnologia de controle, que chama de biopolítica. A biopolítica passa a integrar o poder disciplinar, constituindo uma nova tecnologia de poder, que não se dirige propriamente ao corpo, mas à espécie humana. Essa nova tecnologia do poder irá tratar da coletividade humana como um problema científico e político, estabelecendo previsões e projetando formas de controle de forma a atender a um planejamento coletivo. Surgem, assim:

> Um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos, constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica (FOUCAULT, 1999, p.289).

O controle da sexualidade é exemplo claro da atuação desse tipo de poder, conforme Saffioti (1992), articulando normas de conduta e de sujeição entre o corpo, a população e o Estado, e permitindo ver a atuação simultânea dos mecanismos disciplinares (voltados para o ser humano) e reguladores (voltados para a coletividade).

Os Direitos Sexuais e Reprodutivos Femininos são aqueles que garantem à mulher o livre exercício da sua sexualidade e reprodução humana. Miriam Ventura (2009) explica que é um direito subjetivo de toda pessoa decidir a forma como se terá filhos, bem como o acesso aos meios para ter livre exercício da sua autonomia, sendo que a restrição a esses direitos pode se configurar como violação de Direitos Humanos. A autora ainda afirma que as principais fontes desses direitos são as leis (internacionais e nacionais) e outras normas que formulem políticas públicas de atenção às mulheres. Tanto os direitos reprodutivos quanto os direitos sexuais são direitos humanos das mulheres, porém enquanto aquele se encontra legitimado, este ainda encontra grande resistência no que se refere à formulação de políticas públicas de atenção especial.

Sabe-se que os direitos humanos são universais e indivisíveis, o que significa que ninguém será excluído de direitos, independente de quaisquer aspectos sociais e culturais e que todos os direitos valerão para todos, ou seja, se vale para um, valerá para todos. Porém a evolução histórica dos Direitos Humanos se mostrou diversa no que se refere à aceitação das minorias. Nesse sentido, Lynn Hunt (2007), explica que os Direitos Humanos foram utilizados para garantir direitos de alguns, e utilizados para discriminação de outros:

> Ainda mais perturbador é que aqueles que com tanta confiança declaravam no final do século XVI que os direitos são universais vieram a demonstrar que tinham algo muito menos inclusivo em mente. Não ficamos surpresos por eles considerarem que as crianças, os insanos, os prisioneiros ou os estrangeiros eram incapazes ou indignos de plena participação no processo político, pois pensamos da mesma maneira. Mas eles também excluíam aqueles sem propriedade, os escravos, os negros livres, em alguns casos as minorias religiosas e, sempre e por toda parte, as mulheres. (LYNN HUNT, 2007, p.16).

Em que pese a CF determinar o direito à vida como um direito fundamental, não há dispositivo que refira o momento exato da concepção à vida. No entanto, o Brasil criminaliza no Código Penal a prática abortiva. Do ponto de vista dos direitos sexuais e reprodutivos, significa dizer que a mulher deve ter o livre arbítrio de decidir sobre o seu próprio corpo. Sem dúvidas a maternidade, quando por vontade própria, tende a ser muito mais valiosa quando por uma imposição da sociedade. O caminho para a mulher que opta pelo abortamento é amparado na esmagadora das vezes por amigos, familiares e alguns profissionais que se dizem entendedores de medicamentos abortivos. A sociedade condena com a intenção de proteger o embrião e acaba por esquecer que quem tem o poder de decidir se quer ou não emprestar o seu corpo à geração de um embrião, é a gestante (HURST, 2000).

Na última década do século XX a Agenda Social enfatizou a importância da participação social como um elemento principal na contribuição para melhoria da modernidade contemporânea. Alguns dos eventos (foros multilaterais da ONU e de outros sistemas) têm como cunho principal a discussão sobre a questão das mulheres. Eventos, como o de Beijing, conferências mundiais e o programa de ação da conferência do Cairo foram de suma importância, contribuindo fortemente a discussão dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e ao empoderamento das mulheres.

O Programa de Ação do Cairo, orientado por 15 princípios, sustenta, no de número 4, a promoção da igualdade de gênero, a equidade entre os sexos, a capacitação e o empoderamento das mulheres, a eliminação da violência contra elas e a garantia de controlarem sua própria fecundidade. Apesar do Programa de Ação do Cairo não ter por objetivo a criação de novos direitos humanos, no princípio número 8 incluiu o direito a saúde física e mental, relativos à saúde reprodutiva, e nisso está incluído o planejamento familiar e a saúde sexual.

O Brasil ratificou, entre 1945 e 1995, convenções, protocolos e planos de ação de incentivo a promoção de igualdade de gênero e empoderamento das mulheres. A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, 1979) é uma das mais influentes convenções adotadas pela ONU, e que já no seu art. 1º define o que se deve entender sobre discriminação contra a mulher:

> toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, sobre a base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais das esferas política, econômica, social, cultural e civil ou em qualquer outra esfera.

O projeto de Lei nº 478/2007 baseia-se na certeza de existência de vida em potencial mesmo na fase embrionária, os chamados nascituros. A intenção de dar ao nascituro um estatuto é uma forma de violação dos direitos sexuais e reprodutivos femininos. Sinteticamente falando, desde a década 90 que o Brasil vem ratificando acordos cujo tema são de direitos humanos sexuais e

reprodutivos das mulheres, assumindo a obrigação de incluir a temática em políticas públicas e de normas garantidoras.

O comprometimento com a causa iniciou em 1993, em Viena, na II Conferência Internacional de Direitos Humanos, na qual apenas alegava-se a necessidade de inclusão de tais direitos. Em 1994 na cidade do Cairo, na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD), onde ficou consagrado como Direitos Humanos e reconheceu o aborto inseguro como causa de saúde pública. Em 1995 foi a vez de Pequim na Conferência Mundial sobre Mulheres, que alertou o mundo para a importância do empoderamento das mulheres, orientando os Estados no combate às medidas punitivas contra as mulheres que praticaram aborto ilegal, e a importância de ofertar o acesso à saúde digno, evitando os problemas decorrentes do ato.

No Brasil, desde o início do empenho em tornar os diretos femininos efetivados, alguns avanços foram feitos, como a adoção do Programa de Atenção à Saúde Integral das Mulheres (PAISM), as políticas de atenção à feminização da epidemia de Aids, elementos da estratégia Rede Cegonha, entre outros. Outro exemplo disso foi a criação Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde, que consiste no apoio clínico e psicológico a mulheres que abortaram naturalmente ou provocadamente, que posterior ao ato, procuram o SUS.

Com efeito, defende-se que a legislação restritiva e a criminalização do aborto não contribuem para a redução da prática clandestina, aumentando a morte das mulheres que, segundo a Universidade de Brasília, na maioria das vezes são casadas, já possuem filhos e são de todas as classes sociais. Estima-se que o abortamento inseguro varie de 729 mil a 1 milhão ao ano, onde se pode mensurar a quantidade de mulheres que morrem em consequência disso, logo após o aborto, mas que não possuem a causa mortis relacionada ao ato. Segundo o Datasus (, cerca de 230 mil internações por ano são em razão de alguma complicação resultante do aborto, sendo o segundo procedimento obstétrico mais realizado em todo o país.

Quando o aborto passou a ser discutido abertamente, inúmeros foram os movimentos conservadores dentro das casas legislativas que surgiram com a intenção de impedir a descriminalização do abortamento, e fomentando iniciativas de cunho incriminador das mulheres que o praticaram. Um dos projetos que seguem em tramitação é o PL 478/2007, o Estatuto do Nascituro, que visa a proteção do nascituro no Congresso Nacional e dá outras providências. Tal projeto tem por objetivo a proteção do nascituro como sujeito de direitos perante a sociedade, cabendo à família, à sociedade e ao Estado a proteção com "absoluta prioridade" de direitos como do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar, além de colocá-lo a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A versão atual do referido Projeto de Lei tem 32 artigos, que beneficiam e priorizam os direitos do feto, desde a concepção, em prejuízo aos direitos da mulher. Conforme o artigo 2º do Estatuto, nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido, o que inclui os seres humanos concebidos "in vitro", os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito. Dessarte, percebe-se no legislador uma confusão entre as teorias concepcionista e natalista da aquisição da personalidade civil, sem falar no encerramento sumário de quaisquer atividades de pesquisa com células tronco embrionárias.

Conforme manifestação do STF na ADI 3510, não há um elemento de conexão absoluta entre a vida humana e a pessoa humana. Não se pode equiparar embrião e nascituro na mesma categoria de pessoa, e o próprio Estatuto reconhece isso, mas mesmo assim ao longo da redação há inúmeras tentativas de tutelar o nascituro com os direitos fundamentais que pertencem às pessoas nascidas vivas. A decisão do STF foi proferida somente em maio de 2008, julgando a ação

improcedente, tendo o ministro Barroso salientado que a lei proíbe a comercialização de embriões, células ou tecidos, a clonagem humana e a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano. Importante destacar que a lei também proíbe a produção de embriões apenas para pesquisa, só podem ser utilizados os resultantes das fertilizações in vitro, que seriam descartados pelas clínicas de fertilização.

De outra sorte, o legislador não prevê o futuro dos embriões excedentários, nem como o Estado deva fazer a proteção prioritária que pretende garantir-lhes, mantendo a incógnita sobre como dispor dos cilindros de armazenagem, o que fazer em caso de falecimento dos pais, entre tantas outras dúvidas geradas.

Estão elencados os direitos fundamentais do nascituro do artigo 7º ao 21º. Especialmente, no artigo 9º, dispõe-se que é vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevida. Analisando o art. 10º do projeto, tem-se que o nascituro deficiente terá à sua disposição todos os meios terapêuticos e profiláticos existentes para prevenir, reparar ou minimizar suas deficiências, haja ou não expectativa de sobrevida extrauterina. Isso significa que até mesmo em casos de anencefalia não seria possível o abortamento, contrariando inclusive o atual posicionamento do STF, que na decisão da ADPF 54 garantiu a interrupção da gestação de feto anencefálico, garantindo respeito à dignidade e tratamento humano.

Outra violação que o projeto faz aos direitos das mulheres está no art. 13º, o qual determina que quando o nascituro for concebido a partir de ato violento terá prioridade de acesso à saúde e adoção, e direito a pensão alimentícia até completar 18 anos de idade. Em seu parágrafo único, prevê que sendo identificado o genitor, será ele o responsável pela pensão alimentícia e, caso não seja identificado ou insolvente, a obrigação recairá sobre o Estado. O artigo impõe à mulher a continuidade da gestação consequente do estupro, revogando o inciso II do artigo 128 do Código Penal. Tal imposição não considera a saúde física, mental e emocional da mulher, sua vida social, afetiva, familiar e profissional, deixando de considera-la ser humano sujeito de direitos, vítima de crime e necessitada de cuidados e atenção, para trata-la como invólucro do útero onde o nascituro, com expectativas de direitos, está a se desenvolver. Além de indicar que será necessário identificar o genitor – estuprador – e para isso a mulher violentada deverá se submeter à presença de quem a violentou, este artigo ainda propõe criar um vínculo entre a vítima, o estuprador e a criança gerada do ato violento, que perdurará até a criança completar 18 anos.

Adiante no Projeto do Estatuto do Nascituro, no art. 23, figura a tipificação de aborto culposo e sua respectiva sanção entre um a três anos de detenção, servindo a mesma pena para quem congelar, manipular ou utilizar o nascituro como objeto de experimento. Ainda, o art. 31 do Estatuto do Nascituro, prevê a inclusão do aborto como crime hediondo, alterando a Lei 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) invadindo ainda mais a privacidade, a liberdade e a autonomia das mulheres de decidirem sobre seu próprio corpo.

O projeto de Lei que visa proteger o Nascituro é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois significa mitigar a dignidade inerente a uma vida já nascida, à qual se negam direitos, em prol de uma expectativa de vida e direitos.

Em relação aos antecedentes históricos do PL 478/07 – Estatuto do Nascituro, salienta-se que o referido Projeto de Lei, objeto de análise deste trabalho, é de autoria conjunta dos deputados Luiz Bassuma - PT/BA , Miguel Martini - PHS/MG. Fora apresentado à Câmara em 19/03/2007 e atualmente possui cinco projetos apensados, quais sejam: PL 489/2007, PL 3748/2008, PL 1763/2007, PL 1085/2011 e PL 16/2014. Em junho de 2013, a Comissão de Finanças e Tributação aprovou o PL 478/07 e outros quatro projetos sobre o assunto que tramitam em conjunto, faltando a

proposta ser analisada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), para finalmente ser analisada pelo Plenário. No mesmo dia, houve manifestação de evangélicos em favor do projeto, da liberdade de expressão, da família tradicional e da vida. No dia anterior também houve manifestos de religiosos em favor do Estatuto. Segundo dados da Câmara dos Deputados, desde 8/9/2015 o PL está em posse da CCJC aguardando parecer do relator.

3 Considerações finais

Na análise observou-se que o Projeto de Lei 478/2007 – Estatuto do Nascituro, conta com dispositivos legais violadores dos Direitos Humanos, Sexuais e Reprodutivos Femininos, traço marcante das últimas legislaturas que se voltam ao conservadorismo, ao fundamentalismo religioso, à negação dos direitos e demandas de grupos sociais historicamente mais vulneráveis, tais quais as mulheres, a população LGBT, a população negra, indígena, entre outros.

A busca por agendas políticas que fomentem os direitos e a cidadania das mulheres tem sido grande desafio, para o qual a elaboração, a coordenação e a implantação de normativas orientadas pelo enfoque de gênero possibilitam dar vigência e importância necessária à construção da equidade, e ao fortalecimento da democracia, o que passa ao largo do Estatuto do Nascituro.

Ao trazer a análise do Projeto de Lei, denota-se que a expectativa de direitos de quem ainda não nasceu merece, segundo os legisladores, maior proteção do que os direitos das mulheres. O grande desafio que se apresenta, nesse patamar perverso, é o de superar o discurso fundamentalista na criação de normas, revestido de proteção aos inocentes, a fim de que as mulheres possam ser reconhecidas como sujeitos plenos de direitos.

Referências

SAFFIOTI, Heleieth. Rearticulando gênero e classe social. In: In: COSTA, Albertina de Oliveira;

BRUSCHINI, Cristina (Orgs.). *Uma questão de gênero*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1992. p. 183-215.

ROSEMBERG, Fúlvia. Educação formal, mulher e gênero no Brasil contemporâneo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 2, p.515-540, jan. 2001. ISSN 0104-026X. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8638.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*: curso no Collége de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Vol. 15, nº 2, jul./dez. 1990.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de janeiro. 2002.

VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 3ª edição. Brasília: Ed./DF, 2009.

HURST, Jane. Uma historia não contata: a história das ideias sobre o aborto na igreja católica. *Cadernos Católicas pelo Direito de Decidir nº1*. Ed. 4. São Paulo: Católicas Pelo Direito de Decidir, 2000.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 dezembro 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados, 22 maio 1969. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em: 04 mai. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em 1979. Disponível em: < http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: norma técnica. 2ª ed. Atualizada e ampliada. Série A. Normas e Manuais Técnicos; Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos -Caderno nº 6. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2007

HEBERLE, Viviane Maria; OSTERMANN, Ana Cristina; FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. *Linguagem e gênero*: no trabalho, na mídia e em outros contextos. Florianópolis: Editora da UFSC, 2006.

ETNOGRAFIA NO LIMITE, ÉTICA DO VIAJANTE MEDIADOR E O REGISTRO DA INFORMAÇÃO VIVA

Guilherme Baziewicz de Carvalho e Silva,
mestrando em Ciências Criminais;
gcsgib@hotmail.com.

Álvaro Filipe Oxley da Rocha,
pós-doutor em Criminologia;
álvaro.rocha@pucrs.br.

Resumo:

O artigo busca contribuir para o aprimoramento da pesquisa empírica em Direito, especificamente na área vinculada ao estudo da violência, do crime e da segurança pública, utilizando como fundamentação prática no trabalho de campo os princípios desenvolvidos pela criminologia cultural agregados a experiências baseadas na antropologia social e na sociologia urbana. A metodologia contou com a imersão etnográfica proposta pelo método apresentado pela Criminologia Cultural, conjugada a entrevistas e análise qualitativa de dados, cujos resultados foram utilizados no estudo do fenômeno de assimilação cultural pelas torcidas gaúchas de futebol, da cultura de arquibancada argentina, dos grupos de estilo nominados como *barras* e assimilados no senso comum como *barras bravas*, a partir do grupo conhecido como Geral do Grêmio. Pelo caráter interdisciplinar da criminologia, agregaram-se ao método fontes de pesquisa etnográfica da sociologia urbana e da antropologia social argentina, bem como, a produção empírica antropológica e sociológica nacional. Desenvolveram-se ainda entrevistas informais ou semi-estruturadas, submetendo-se os dados a análise qualitativa. O desenvolvimento da pesquisa empírica proposta corroborou para atacar e testar hipóteses levantadas quando do desenvolvimento analítico do objeto de pesquisa investigado contribuindo para a solidez do embasamento epistemológico do conteúdo analisado.

Palavras-chave: Método. Etnografia. Registro. Campo.

1 Introdução

O presente trabalho é resultado do trabalho empírico desenvolvido dentro da linha de pesquisa em violência, crime e segurança pública proposta pelo PPGCCRIM da Faculdade de Direito da PUCRS, mediante a realização de etnografia conjugada a entrevistas e análise qualitativa de dados, cujos resultados foram utilizados na elaboração da dissertação de mestrado em Ciências Criminais do autor, tendo como objeto o fenômeno de assimilação cultural pelas torcidas gaúchas da cultura de arquibancada de matriz platina, especificamente dos grupos de estilo nominados como barras e assimilados no senso comum como barras bravas, detentores de um código moral e de conduta baseado na violência, o aguante, a partir do grupo de estilo conhecido como Geral do Grêmio, torcida vinculada ao clube de futebol, Grêmio de Foot-Ball Porto Alegrense.

Para tanto, gozando a criminologia de um caráter naturalmente interdisciplinar, seria

contraproducente abdicar de fontes de pesquisa etnográfica correlacionadas à sociologia e a antropologia, posteriormente conjugadas àquelas da linha em violência, crime e segurança pública, notadamente as desenvolvidas pela criminologia cultural, sob pena de limitar sumariamente o trabalho de campo.

Neste sentido foram utilizadas como paradigma metodológico, as produções etnográficas realizadas pelo campo da antropologia social argentina, no que toca ao estudo dos grupos de estilo vinculados a cultura de arquibancada daquele país, agregadas a produção empírica antropológica e sociológica nacional e local, para em um momento posterior, aplica-las ao trabalho de campo inerente a observação participante realizada pelo autor junto ao grupo de estilo estudado.

Realizada a etnografia, a pesquisa empírica proposta foi complementada com a feitura de entrevistas com os atores sociais envolvidos com o grupo de estilo analisado, entrevistas informais ou semi-estruturadas, para a posteriori, ser desenvolvida à submissão qualitativa dos dados colhidos correlacionado-os com matérias de jornal e manifestações advindas dos meios de comunicação de massa sobre o fenômeno, dentro da perspectiva do campo jornalístico conceituado por BOURDIEU (1997).

2 Trabalho de campo e observação participante

A fim de desenvolver o trabalho empírico sugerido, devemos em um primeiro momento concentrar-nos na aproximação com o objeto de pesquisa e o locus ao qual o grupo de estilo habita. Tomando este referencial como ponto de partida, adotou-se na realização da pesquisa de campo, a observação participante desenvolvida por GARRIGA ZUCAL (2007) e outros antropólogos sociais argentinos, além das inspirações etnográficas apresentadas pelos criminólogos culturais e da ancoragem metodológica referida no presente artigo, optando pelo desenvolvimento da análise qualitativa lastreada nas referências apresentadas, com o acréscimo de algumas peculiaridades.

Para que não reste dúvida quanto a esta consideração, foi com grande proveito que nos valemos do desafio empírico metodológico proposto e enfrentado por GARRIGA ZUCAL (2007), quando este resolveu estudar as práticas violentas, as representações e o código de postura da barra do Club Atlético Huracan, conhecida como Los Quemeros, posteriormente aplicada por ARAGÓN (2007) em sua etnografia junto à barra do Club Atlético San Lorenzo de Almagro; La Gloriosa Butteller.

O historiador relata que em seu trabalho decidiu participar “como um torcedor a mais, quase fanático” (ARAGÓN, 2007, p. 20), por sugestão de Eduardo Archetti (apud, ARAGÓN, 2007, p. 21), conceituado antropólogo argentino, pioneiro naquele país em investigações científicas envolvendo esporte, manifestações culturais, violência, segurança pública e identidade nacional. O antropólogo social revela sobre suas dificuldades em contatar com membros da mesma barra a ser explorada, visto que estes lhes pediam dinheiro, ou outras vantagens, sem que lhes dessem informações sobre o objeto investigado. Assim seria melhor permanecer realizando sua observação participante como proposto, deixando de se identificar como pesquisador, para que pudesse trabalhar sem ser observado de maneira diferente, e que não lhes dessem respostas preparadas ante seus questionamentos. Mas ele teve dificuldades no acesso às informações, sobretudo no entorno da barra, visto que não conhecia ninguém intimo o bastante para lhe introduzir sem gerar desconfiança. Contava apenas com sua experiência de anos em arquibancadas, o que lhe permitia não levantar qualquer suspeita enquanto participava na torcida, mas tinha de ter precaução com o que fazia e

com o que perguntava quando se encontrava no núcleo central da barra (ARAGÓN, 2007, p. 20-21).

Neste aspecto em particular tive mais sorte, ao que pese a diferença no que toca a interpretação do código da cultura de barra entre as duas torcidas.

Pela apropriação dos trabalhos de GARRIGA ZUCAL (2007) e ARAGÓN (2007), a observação participante a ser desenvolvida na pesquisa de campo foi referendada perante o locus da torcida. A aproximação metodológica restou possibilitada a partir de identificações do pesquisador, com algumas similaridades à ARAGÓN (2007), como a condição comum de estar familiarizado com a cultura de arquibancada e a afinidade pela equipe cujo grupo de estilo investigado se identificava, o que trouxe segurança para o desenvolvimento da pesquisa de campo. A observação participante junto a Geral do Grêmio nasceu também de questionamentos desenvolvidos graças à proximidade que o pesquisador cultivou a partir do ano de 2006 com os locus do grupo, justamente porque ao contrário do pesquisador argentino, possuía alguém muito próximo de seu círculo social que lhe introduziu naquele ano, o que lhe possibilitou presenciar não só com antecipação significativa ao período oficial de observação participante, alguns acontecimentos que estabeleciam comparações com as barras argentinas, como ser visto como um torcedor militante da Geral, que muito embora não fosse membro direto da barra, era alguém com referências, "pertencente" a um nicho.

A partir da segurança metodológica desenvolvida, se partiu para a busca de uma aproximação mais profunda, com base no ideário etnográfico da Criminologia Cultural. Por este viés, a observação participante foi explorada até o limiar de alguns limites bens próximos do extremo. Neste sentido, buscando inspiração em FERRELL (1996) que observou por cinco anos de dentro da cena underground do grafitti de Denver, o trabalho empírico desenvolvido junto à observação participante que deu origem a este artigo, guiou-se nestas orientações metodológicas, tentando driblar as limitações do tempo, diante da dinâmica do grupo de estilo e da imersão na pesquisa de campo, pelos rigorosos, porém necessários prazos de conclusão.

Assim se buscou no período de desenvolvimento da observação participante, uma aproximação à proposta etnográfica dos culturais. Na mesma medida, o pesquisador se inseriu "na cena" da Geral "assistindo" aos jogos com a postura esperada para um membro do grupo. "Alentando[1]" à equipe o tempo todo através dos inúmeros cânticos, independente do que acontecia em campo. Subindo em paravalanches "borracho[2]" ou realizando o "descontrole". Freqüentando o "Canteiro", "a Sede", o "Bar do Ito", o "dos Borrachos" ou o "Brechó". Praticando alguns de seus rituais e observando outros, juntando-se aos subgrupos pertencentes a Geral.

Durante o decorrer do período, atentando ao binômio da observação participante (ZALUAR, 2007, p. 566-567), também foram aplicados questionamentos indiretos aos atores que pudessem prestar informações e, sobretudo, observado o que servisse de nota, utilizando-se de forma reservada o gravador de um celular. Ao final da partida, ainda era realizado um último registro no gravador, um resumo do que tinha sido apreendido. Então as gravações eram convertidas para o caderno de campo. Quando não havia jogos em Porto Alegre, assistia-se aos mesmos em algum dos redutos do grupo, quando se repetia o procedimento.

O trabalho de observação participante desenvolvido junto à Geral, a partir da dicotomia "observar" e "participar", no que toca a proximidade com a experiência de FERRELL (1996), e dos

[1] Alentar deriva de alento. Na cultura de barra significa cantar o tempo todo e exaltar o clube ao qual se pertence com cânticos identitários dentro do estádio antes e no decorrer da partida. Especificamente no transcorrer do jogo, de forma ininterrupta. Principalmente em momentos de adversidade do time.

[2] Expressão similar a bêbado.

conceitos etnográficos apropriados de apreensão da cultura do grupo a partir da visão mais próxima possível de um de seus membros, imergindo nas proximidades da transgressão do estilo (FERRELL; HAMM, 1998), não é exclusiva enquanto método etnográfico. Löic Wacquant (apud, ZALUAR, 2007, p. 563-564) argumenta que a qualidade da pesquisa depende do mergulho do etnógrafo nas práticas iniciatórias e sua "conversão moral e sensual para o cosmos sob investigação", o que instrumentalizaria a apropriação das estruturas cognitivas, morais e estéticas daqueles que fazem parte do grupo.

Entretanto esta técnica produz um perigoso efeito colateral, quando o pesquisador se vê envolvido em ações criminosas de iniciação, onde para ser aceito tem de realizar as mesmas atividades ilícitas investigadas, correndo o risco de mesmo assim continuar sendo visto como um estranho, o que comprovaria que entre o investigador e os sujeitos da investigação, permanecem existindo diferenças que os distanciam (ZALUAR, 2007, p. 563).

Por receio de passar a ser visto como um estrangeiro e perder a espontaneidade da ação e das informações do grupo, durante grande parte do tempo de pesquisa, seu objeto não foi revelado, seguindo-se a dinâmica adotada por GARRIGA ZUCAL (2007), em conjugação com a etnografia estabelecida pelos criminólogos culturais. Até porque, muito embora se tenha decidido revelar as motivações da pesquisa em um determinado momento, a fim de se poder praticar determinados rituais e realizar entrevistas com membros influentes, também seria fundamental para atestar posturas comportamentais, começar pela inquirição indireta, enquanto o investigador era visto como participante do grupo.

Era preciso, entretanto, praticar um contraponto seguro, apresentado pela "ética do viajante mediador": a busca da objetividade dependeria do afastamento, assim como o acesso à subjetividade do grupo pesquisado dependeria da aproximação. O desafio seria saber o momento mais adequado para realizar este movimento de "entrada/saída" do grupo nativo. O momento de passagem de um mundo para o outro, onde o pesquisador "viajante" busca compreender seu campo por antecipação para poder enfrentá-lo. "Saber entrar" e "saber sair" são processos essenciais para efetivar este movimento de pesquisa empírica. Mantendo-se como o outro e estudando o nativo, o investigador se apropria melhor na diferença. Participar e observar, "ser de lá e estar cá", "registrar lá e escrever cá", faz com que o pesquisador "viajante" transite de um mundo ao outro através de seu texto, construindo uma via entre os dois mundos (ZALUAR, 2007, p. 566-570).

Não que os métodos investigativos produzidos pela criminologia cultural desprezem a parcela "observar" do binômio da observação participante. Reportando-se ao plano conjunto das correlações documentadas com os "fatores de fundo", o criminólogo cultural assume seu papel de observador que retorna da "viagem", pois quando valora a exploração do "fenômeno distintivo" da transgressão (KATZ, 1988, p. 312), está dizendo que sabe o momento mais apropriado para "sair". O que confirma a assertiva de ZALUAR (2007), quanto à necessidade do pesquisador primeiro conhecer seu campo por antecipação, para posteriormente confrontá-lo. Ou seja, primeiro deve "saber entrar", para depois que realizou suas apreensões, "saber sair" e então enquanto ente diverso ao grupo, passar a instrumentalizar a hipótese levantada. Chegado o momento de "sair" do grupo, pelo esgotamento do período estabelecido quanto ao sigilo da pesquisa, era preciso revelar as intenções etnográficas para poder por em prática a segunda etapa do trabalho de campo: a realização de contatos mais pontuais, visando às entrevistas e a possibilidade de certas práticas vedadas aos membros comuns.

Ocorre que a partir do momento que com muito cuidado foi referido sobre o trabalho para os integrantes mais próximos, se começou a perceber certos olhares estranhos, chegando o pesquisador a ser questionado mais de uma vez, sobre o conteúdo da pesquisa ou quais eram suas intenções

quando tirava fotos ou operava o vídeo do celular. Já haviam sido tiradas fotos e realizadas gravações em vídeo antes, mas só agora estes procedimentos da pesquisa empírica chamavam atenção. A porção de "estrangeiro" do investigador acabava de se constituir.

Apreendido os rituais necessários a compreensão das posturas do grupo, restava à pesquisa empírica proposta, efetivar o distanciamento essencial para elaboração do roteiro das entrevistas e produção da análise qualitativa dos dados colhidos.

3 Entrevistas e análise qualitativa

O relato oral marca o desenvolvimento do conhecimento humano em todas as épocas. Desde o passado mais longínquo, até o recente da experiência cotidiana. É à base de captação de qualquer espécie de informação e precede quaisquer técnicas de obtenção e conservação do saber (QUEIROZ, 1991, p. 2-3).

Conforme já salientado, em um primeiro momento a coleta dos relatos orais para a pesquisa foi realizada pela inquirição indireta, nela incluída além dos integrantes da barra, moradores do entorno na Arena, sendo tudo repassado para o gravador na primeira oportunidade viável. Era necessário então definir a técnica, ou melhor: as técnicas de apreensão dos relatos orais de inquirição direta que foram propostos. Com o investigador já apartado do convívio com o objeto de pesquisa e agora visto como tal pelos demais. Com todas as implicações que isto ocasionava.

A escolha dos entrevistados foi feita levando-se em conta a especificidade do tema em questão e de se saber se eles possuiriam conhecimentos importantes a seu respeito. Dependendo do que se pretenda revelar, a qualidade do material obtido será proporcional à qualidade dos informantes selecionados. Quanto mais conhecidos do pesquisador, maior a probabilidade dele conseguir um relato elucidativo do que está estudando. Em contraponto, quanto menos conhecido, "maior o peso do acaso ou da contingência", o que torna o relato imprevisível (QUEIROZ, 1991, p. 75).

DIAS (2013), quando estrutura no preâmbulo metodológico de sua tese de doutorado, a importância da escolha dos informantes, reporta-se não só a QUEIROZ (1991). Acrescenta também a contribuição de Sidney Mintz (apud, DIAS, 2013, p. 70), para quem a seleção dos entrevistados é crucial para a qualidade das informações obtidas, posto que não é qualquer informante que se demonstra adequado para determinada pesquisa. Os entrevistados foram assim selecionados conforme os pontos específicos do tema que se procurava investigar. Não só por seus conhecimentos, mas também pela relação que possuíam com o ele.

Querendo conjugar-se simultaneamente a obtenção dos dados desejados, com uma maior liberdade dos informantes, sem perder a condução do procedimento, foram elaborados roteiros de entrevistas semiorientadas aos integrantes da Geral, conforme a dinâmica proposta por QUEIROZ (1991, p. 58), onde o informante fala mais que o pesquisador, em questões conduzidas por este, que, no entanto, deixa aberta a possibilidade do entrevistado tomar a iniciativa em assuntos específicos. Nas entrevistas semiorientadas, portanto, se concede ao informante um certo grau de liberdade, atentando-se apenas para os rumos que ele toma. Apesar da posição de dominação do pesquisador, está é uma dominação camuflada, que dá a impressão ao entrevistado, que de certa maneira esta livre em sua fala (QUEIROZ, p.58-59).

Com este modelo se puderam traçar roteiros para a busca dos dados que interessavam, deixando aberta a expectativa de que a espontaneidade gozada pelos informantes, possibilita-se a

colheita daquilo que se encontrava explícito em seus discursos, e também do que estava implícito, subjetivamente, pelo arquétipo ou pelo inconsciente coletivo, em uma operação definida como a "técnica da liberdade". Isto porque no decorrer da entrevista, gozando de autonomia perante o pesquisador, eles optavam pelo que iriam declarar, ordenam os assuntos e ditando o ritmo com o mínimo de influência exterior (QUEIROZ, 1991, p. 75-76).

Outro aspecto essencial para o sucesso da empreitada foi a relação estabelecida com os entrevistados, fundamental para a significância das informações pretendidas (DIAS, 2013, p. 79). Se não existisse um nível específico de confiança por parte do informante, suas respostas poderiam ser limitadas e talvez impedissem o usufruto de suas vivências (QUEIROZ, 1991, p. 76). No que recorre aos integrantes das torcidas, além do processo de aproximação argumentativa e discursivo-dialógica que se teve de realizar para possibilitar a concessão dos relatos, houve ainda à posição em que o investigador se encontrava no momento de captação da informação mediante inquirição direta.

O pesquisador sempre está em uma posição mais elevada. Possui conhecimento e determinação prévia do que procura. O informante por seu turno buscará a maneira mais adequada para se comportar e responder à demanda, estando tanto quanto o pesquisador, diante de uma interrogação, tentando esquivar-se de situações incômodas, recusando-se a responder, exagerando nas respostas ou simplesmente sendo evasivo. Deve superar o constrangimento para obter confiança e alcançar a narrativa espontânea, o que prova o quão importante é o conhecimento prévio entre os dois. Tanto quanto a simpatia. Além destes antagonismos, haviam ainda imagens estereotipadas que era preciso desconsiderar, assim como a tentativa de que os entrevistados as desconsiderassem em relação ao pesquisador, visto agora menos como alguém familiar e mais como tal. Assim no desenvolvimento do trabalho empírico se buscou amenizar ao máximo possível estas influências nos relatos obtidos, já que estas limitações poderiam aumentar ou diminuir conforme o modo de agir de quem está à frente da pesquisa (QUEIROZ, 1991, p. 83).

No que concerne a imagens estereotipadas, o pesquisador é um investigador, e no momento em que se trabalha com grupos de estilo que constituem sua cultura e seu código de conduta, a partir de valores particulares legitimados pelo enfrentamento corporal, a parte da sociedade estatal legalmente estabelecida e encarados como transgressores da lei e da ordem, facilmente poderia se cometer o erro de colaborar para ser interpretado como o outro a combater, um jornalista investigativo, ou um policial infiltrado, por exemplo. Ainda mais utilizando procedimentos que para o senso comum do grupo poderiam lembrar a praxe de questionamentos do campo jornalístico ou da inquirição judicial.

No que toca a matriz histórica da inquirição, GINZBURG (1991) revela que ela instituiu uma analogia comum entre inquisidores e antropólogos, e uma ambigüidade em suas implicações, vez que enquanto inquisidores buscavam retirar dados de seus "hereges", antropólogos o fazem com seus informantes, inobstante a abissal distância de seus métodos e intenções. A solução para esta analogia que fatalmente prejudicaria o trabalho empírico foi dada então pela natureza dialógica. Esta estrutura pode aparecer nas perguntas e respostas tanto do processo inquisitorial, como na transcrição das conversas entre informante e pesquisador. Entretanto, enquanto os processos inquisitoriais se revelaram repetitivos, uma vez que as respostas dos réus não eram mais do que ecos dos questionamentos dos inquisidores, na essência do que é nominado como "atitude antropológica", reside uma disposição para o diálogo, pelo "confronto" entre culturas divergentes, sendo necessário aprimora-la (GINZBURG, 1991, p. 206-208).

Mikhail Bakhtin foi quem fundou as noções de dialogismo e gêneros discursivos na linguagem, conceitos que em muito contribuíram para a análise crítica do discurso (RESENDE;

RAMALHO, 2006, p. 14 e 17), instrumento erigido por Norman Fairclough, e do qual o pesquisador se valeu para fundamentar a disposição para o diálogo com os informantes da Geral do Grêmio. Atentando para a pluralidade incomensurável das produções da linguagem na interação social, onde cada espaço de uso da língua, conforme suas funções e condições particulares constroem gêneros de enunciados mais ou menos estáveis que dizem muito quanto ao meio social em que foram construídos (BAKHTIN, 1997, p. 284). Prestando atenção ainda para a concepção foucaultiana de entendimento da linguagem como exercício que configura o social, os objetos e os sujeitos sociais (FOUCAULT, 1999, p. 10). Assim, a apreensão e prévio conhecimento da linguagem dos grupos de torcedores, foi um trunfo para atestar a confiabilidade do investigador e diminuir a concepção do pré-concebido por eles, no que diz respeito aos efeitos da matriz histórica da inquirição, nas estruturas e métodos de percepção e pensamento de membros de um grupo social constantemente em conflito com a polícia e essencializado como "vândalos" pelo senso comum produzido pela mídia de massa.

Seguindo a estratégia adotada por DIAS (2013, p. 79-80) para ganhar a confiança dos informantes, durante os contatos realizados junto a Geral, se procurava elucidar de maneira bem acessível o objetivo da pesquisa, esclarecendo se tratar de um trabalho acadêmico, que não tinha vínculo com o clube, qualquer meio de comunicação ou instituição vinculada ao Poder Judiciário. Ainda, que era garantido o total sigilo das informações prestadas. Apenas quando o entrevistado autorizasse, ou quando por sua notoriedade, assim fosse possível proceder, é que se revelava sua identidade. Mais das vezes, em relação aos membros do grupo de estilo, utilizou-se os pseudônimos que possuíam sempre os questionando. Esclarecia-se ainda o que era a investigação, a qual universidade ela se vinculava e o papel da criminologia em seu contexto, deslocando a compreensão dos informantes para questões envolvendo a criminalização e o controle social que permeiam estes grupos de estilo e a cultura de arquibancada no século XXI.

Apesar disto houve um problema um tanto quanto frustrante. Especificamente no que diz respeito às técnicas de registro da informação viva, se deparou com o desafio e a preocupação de saber qual delas seria a melhor para captar com precisão e com resultados válidos, o que os informantes tinham a expor. Sem que no momento da entrevista pudessem recuar em decorrência da própria técnica empregada. Este dilema não é novo na utilização do gravador no trabalho de investigação sociológica urbana no Brasil. Já no início dos anos de 1980, aferia-se que a técnica mais adequada à finalidade proposta era a entrevista com o gravador, pois o instrumento permitia "apanhar com fidelidade os monólogos dos informantes, ou o diálogo entre informante e pesquisador", levando a um abandono do registro escrito imediato. Entretanto, o gravador também era "fonte de inibição para determinados informantes que, ao contrário, podem aceitar o registro escrito", pois na presença do aparelho "titubeiam, balbuciam" (QUEIROZ, 1991, p. 56-57).

Esta fidelidade do gravador para com o registro e a preocupação quanto à utilização da melhor técnica, também foram motivos de considerações por parte de DIAS (2013), quando trinta anos depois de QUEIROZ (1991), foi impedida de trabalhar com o aparelho. Frustrou-se por perder "o fio condutor da narrativa, que engloba os silêncios e hesitações", obrigando-se a utilizar o registro escrito. Todavia, reprisando o que já havia sido constatado por QUEIROZ (1991), percebeu que o gravador poderia ser fator de inibição sobre os entrevistados, impactando o resultado do trabalho. Apesar das perdas na captação do discurso do informante, atingiu com o registro escrito, ganhos consideráveis, visto que assim lhe foi possível abordar assuntos que não seriam passíveis de gravação por oposição do entrevistado (DIAS, 2013, p. 52). A de se considerar, que as anotações do pesquisador em seu caderno de campo também podem inibir o informante: "esta inibição tinha por foco o lápis na mão do pesquisador, correndo célere sobre o papel, no afã de nada perder do que

estava sendo narrado" (QUEIROZ, 1991, p. 56). As anotações muitas vezes freiam o diálogo, posto que alguns informantes param de falar no exato momento em que o pesquisador se concentra no caderno, anotando suas falas (DIAS, 2013, p. 81).

Com estas considerações e referências, foi traçada uma estratégia de trabalho que possibilitasse tentar superar estes obstáculos a partir das apreensões estabelecidas pelas sociólogas. Assim, no momento em que se realizava as entrevistas, era esclarecido aos informantes quanto aos procedimentos que se gostaria de adotar, perguntando-lhes se estavam confortáveis em conversar enquanto se utilizava o gravador. Se não concordassem, se passava a registrar o diálogo pelo caderno de campo. Se mesmo assim se sentissem desconfortáveis, se faziam as perguntas que então eram gravadas com a própria voz do pesquisador no gravador digital do celular. Era explicado o conteúdo do diálogo que iria se propor, esclarecendo quanto ao interesse em algumas peculiaridades específicas e que para se poder registrar com maior precisão as informações, se necessitava grava-las. Quando ocorria a negativa, descontraía-se a conversa, inserindo as questões que eram importantes em meio a ela, quando então começava a se anotar. Mesmo assim nos questionamentos, se repetiu a inibição no registro escrito, fazendo com que se seguisse à prática de encerrada a entrevista, registrar-se imediatamente no caderno de campo tudo o que a memória guardara do diálogo (QUEIROZ, 1991, p. 57). Esta foi a frustração.

No que se refere às questões conduzidas no roteiro direcionado aos integrantes da Geral, foram separados episódios marcantes da torcida e de sua história; relativos a testes de hipóteses de seu código de postura, práticas, representações e produtos culturais; rivalidades com outras torcidas e relação com a polícia; relações com a política e os dirigentes do clube; e por último, das impressões pessoais de cada um dos entrevistados sobre o grupo, importância que dispensavam nesta relação, e compreensão do que era a cultura de arquibancada.

Para finalizar a pesquisa empírica proposta pelos instrumentos metodológicos utilizados, foi procedida à análise qualitativa dos dados colhidos em campo e através das entrevistas, bem como também de conteúdos e matérias em plataformas de mídia, internet, jornais e revistas, sobretudo imagens que pudessem fornecer apreensões significativas sobre o fenômeno estudado. Após o questionamento dos atores, da observação do que servisse de nota e da realização no gravador do registro das apreensões, também se procedia a degravação dos dados colhidos no caderno de campo. Este procedimento rendeu 71 (setenta e um) apontamentos do que se viu durante o ano dedicado a observação participante conjugada à fundamentação bibliográfica da pesquisa, para posteriormente se fundamentar a hipótese criminológica buscada.

Quanto à análise qualitativa das entrevistas, além da preocupação de se as respostas às questões refletiam (ou não) aspectos comuns à cultura originária de barra levantada através de revisão bibliográfica, se analisava as falas espontâneas possibilitadas pela estruturação semiorientada, no intervalo entre uma e outra inquirição, anotando-se no caderno de campo os silêncios e as hesitações pelas quais passavam cada informante, conforme as questões que se levantava (QUEIROZ, 1991, p. 89), sendo a anotação destes pormenores, fundamental para não se perdê-los.

Seguindo a metodologia da criminologia cultural quanto à análise qualitativa de conteúdos e matérias em plataformas de mídia, de imagens de amplificação da violência, e suas relações com os códigos, representações e produtos culturais dos grupos envolvidos na pesquisa, de sua mercantilização, massificação e conseqüente relativização, foram ainda observados programas esportivos de rádio e televisão, mediante gravação e posterior análise, de sua ressignificação e vinculação com a violência das "torcidas organizadas".

Procedeu-se da mesma forma em relação a sítios da internet dos grupos de estilo, cânticos

das torcidas, sobretudo da Geral do Grêmio, informes publicitários vinculados a publicações do clube, pixos, e sobremaneira, na análise de imagens. Análise de imagens tendo como referência a criminologia visual também defendida pela criminologia cultural.

Isto porque a violência pode ou não estar presente na experiência do cotidiano na modernidade recente, mas certamente as imagens estão, sobretudo as imagens de violência. A televisão é prodigiosa nisto. Imagens de transgressão, vitimização e vigilantismo, também pontuam na internet e pipocam em monitores de computadores e celulares. A liquidez destas imagens vaza de um meio para outro, como através de downloads, cruzamento de postagens, vídeos de imagens ilícitas recortadas de suas origens, libertando-as para circular da tela para a rua e/ou para o celular, por exemplo. Liberando-as para tornarem-se parte da consciência coletiva pela qual nós damos sentido a violência e o seu controle. Assim a criminologia só pode se tornar viável por esta assimilação do visual (FERRELL; HAYWARD; YOUNG, 2008, p. 184), e isto não poderia faltar na pesquisa empírica que se propôs.

4 Considerações finais

O desenvolvimento da pesquisa empírica proposta corroborou para atacar e testar hipóteses levantadas quando do desenvolvimento analítico do objeto de pesquisa investigado, contribuindo para a solidez do embasamento epistemológico do conteúdo analisado. Neste sentido a observação participante junto a Geral do Grêmio restou ao final produtiva pelo acompanhamento de episódios relevantes para a construção das hipóteses suscitadas, inclusive quanto ao código que move a lógica e as relações do grupo de estilo. Sem o trabalho de campo seria impraticável ter-se alcançado os resultados que se almejava.

O esteio da pesquisa empírica realizada, no campo da antropologia social argentina, no trabalho desenvolvido através do conceito de etnografia no limite sustentada pela Criminologia Cultural perante a realidade do grupo nativo, inserido no contexto sócio-cultural peculiar riograndense formalizado na tradição construída do gaúcho campeiro, possibilitou a conjugação de semelhanças e verificação de diferenças que posteriormente se expressaram nos questionamentos formulados aos atores sociais envolvidos.

Algo importante aconteceu, quando em detrimento ao acompanhamento da experiência viva da transgressão, taxada de obscenamente sensacionalista, optou-se por um retorno as bases da transgressão, que são, no entanto, invisíveis em sua manifestação situacional. Especialmente aquelas convenientemente quantificadas pelas agências oficiais como sendo “o material do conhecimento científico e do método rigoroso” (KATZ, 1988, p. 311-312), ao que o resgate etnográfico nos moldes propostos tenta superar este paradigma metodológico.

Por outro lado tornar-se-ia contraprodutivo estabelecer uma metodologia à sociologia do Direito, dirigida exclusivamente à quantificação de dados, estatística e análise de questionários apinhados de perguntas preordenadas, respondidas via múltipla escolha por determinados grupos específicos, escolhidos conforme a vontade de “(im)parcialidade” do pesquisador, sem a contraposição de uma experiência etnográfica sólida, sobretudo na investigação criminológica. Não diante dos rumos que a pesquisa criminológica toma na contemporaneidade, visto o temerário retorno ao fetiche positivista de tentativa de essencialização do objeto pela instituição de compreensões sistêmicas, que fatalmente pecam pela impossibilidade de explicar a complexidade do problema inerente ao objeto de pesquisa (YOUNG, 2002, p. 156).

Estas foram as abordagens que se pretendeu trazer ao debate pela propositura do presente artigo, diante da pesquisa desenvolvida, e que estão longe de serem esgotadas frente aos dilemas metodológicos contemporâneos que a sociologia do Direito, e neste particular, a criminologia enfrentam.

Referências

ARAGÓN, S. *Los trapos se ganan en combate*: Una mirada etnográfica sobre las representaciones y prácticas violentas de la "barra brava" de San Lorenzo de Almagro. Lanús: Antropofagia, 2007;

BAKHTIN, M. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 1997;

BOURDIEU, P. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997;

DIAS, C. C. N. PCC: *hegemonia nas prisões e monopólio da violência*. São Paulo: Saraiva, 2013;

FERRELL, Jeff. *Crimes of Style*: urban graffiti and the politics of criminality. Boston: Northeastern University Press, 1996;

FERRELL, J.; HAMM, M. (eds.). *Ethnography at the edge*: crime, deviance, and field research. Boston: Northeastern University Press, 1998;

FERRELL, J.; HAYWARD, K.; YOUNG, J. *Cultural Criminology*: An Invitation. London: Sage, 2008;

GARRIGA ZUCAL, J. *Haciendo amigos a las piñas*: violencia y redes sociales de una hinchada de fútbol. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007;

GINZBURG, C. O inquisidor como antropólogo. In: GINZBURG, C. *A micro-história e outros ensaios.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991;

KATZ, J. *Seductions of Crime*. New York: Basic Books, 1988;

QUEIROZ, M. I. P. *Variações sobre a técnica de gravador no registro da informação viva*. São Paulo: T.A. Queiroz Editor, 1991;

RESENDE, V.; RAMALHO, V. *Análise de discurso crítica*. São Paulo: Contexto, 2006;

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002;

ZALUAR, A. Pesquisando no perigo: etnografias voluntárias e não acidentais. *Revista Mana*. Rio de Janeiro, vol. 15, n. 2, p. 557-584, 2009;

ZALUAR, A. Violência, cultura e poder. In: MONTEIRO, R. A. *Torcer, lutar, ao inimigo massacrar*: raça rubro regra! Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

ROBERT COVER E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL: UM DEBATE CONTEMPORÂNEO

Maurício Pedroso Flores,
Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS),
Bolsista CAPES/PROEX; mauriciopflores@gmail.com

Resumo:

O objetivo deste trabalho é posicionar a obra de Robert Cover no debate teórico contemporâneo sobre a desobediência civil, buscando alternativas que consigam escapar aos dilemas apresentados por autores como William Scheuerman e Robin Celikates. Constata-se, inicialmente, que o debate contemporâneo sobre a desobediência civil transcende a visão liberal formulada por autores como Rawls e Habermas. No entanto, divergências a respeito da relação que a desobediência civil mantém com a defesa do Estado de Direito levam a pelo menos duas posições teóricas distintas: uma preocupada em afirmar seu caráter democrático, representada por Robin Celikates; e outra que critica uma suposta tendência "anti-legal" presente na primeira, representada por William Scheuerman. Ainda que sua incursão sobre o tema tenha sido breve, os conceitos formulados por Cover - como *nomos* e *jurisgenesis* - permitem repensar o debate atual especialmente no que tange à relação entre direito e violência. Por um lado, o pensamento de Cover se aproxima das formulações teóricas de Celikates: enquanto Cover sugere que deveríamos permitir o nascimento de novos universos normativos, Celikates propõe que deixemos de lado definições rígidas sobre a desobediência civil e passemos a relevar o seu potencial democratizante. No entanto, o aspecto legalista trazido por Scheuerman também não pode se negligenciado. Nesse sentido, é possível encontrar em Cover um critério distinto para lidar com esse impasse: a desobediência civil se verifica na medida em que envolve criação ou afirmação de um significado jurídico que determinados agentes visam defender.

Palavras-chave: desobediência civil. *nomos*. Violência. *jurisgenesis*.

1 Introdução

O debate teórico sobre a desobediência civil voltou a ganhar importância nos últimos anos. Entre as razões para que isso ocorresse estão a ascensão de diversos movimentos sociais em países como Brasil, Egito, Síria e Grécia e também as práticas de revelação de documentos secretos (em inglês, *whistleblowing*) que comprometeram seriamente os níveis de segurança que cidadãos e cidadãs sentem em relação às agências de inteligência de seus governos, sobretudo nos Estados Unidos.

Os recorrentes exemplos de David Thoreau, Mahatma Gandhi e Martin Luther King Jr. e as ações do *Civil Rights Movement* norte-americano, que constituem grandes marcos para as reconstruções teóricas da desobediência civil, passaram a ser repensados diante das novas tendências apresentadas por agentes sociais e movimentos inseridos na era da globalização. Nesse sentido, a primeira parte deste artigo apresenta as reflexões teóricas de autores contemporâneos, especialmente Robin Celikates e William Schueuerman, que procuram compreender as novas formas assumidas pela desobediência civil. Ambos buscam transcender a visão liberal formulada

por John Rawls e Jurgen Habermas, mas chegam a visões um tanto distintas sobre as pretensões e limitações de tais práticas, e especialmente sobre o papel do direito em relação a elas.

Diante do impasse teórico observado na primeira parte, o trabalho introduz a perspectiva do jurista norte-americano Robert Cover sobre a desobediência civil. Além de identificar suas formulações específicas sobre o assunto, a segunda parte do artigo também apresenta, em linhas gerais, sua particular concepção de direito apoiada em conceitos como *nomos* e *jurisgenesis*. Tais conceitos ajudam a compreender o contexto mais geral em que Cover posiciona a desobediência civil, uma vez que as referências sobre esse tema em sua obra são, apesar de ricas, lamentavelmente escassas.

Em um terceiro momento, as concepções de Cover sobre direito e desobediência civil são colocadas em debate com os argumentos centrais dos autores mencionados na primeira parte. Primeiro, mostra-se como a questão da violência do Estado emerge, nos escritos de Cover, como problemática a ser considerada pela teoria; em seguida, propõe-se que suas concepções podem ajudar a reformular o grande impasse suscitado por Celikates e Scheuerman em torno do respeito ao direito (ou, mais especificamente, ao *rule of law*) como condição da desobediência civil.

2 Pensando a desobediência civil hoje

Depois de certo período de estagnação, a literatura sobre desobediência civil parece ter recebido um novo impulso recentemente. As tradicionais referências teóricas e práticas do debate - a obra inicial de Thoreau, as ações de Gandhi e Martin Luther King e o movimento dos Civil Rights - não perderam o seu caráter de centralidade, mas ganharam, em compensação, a companhia de personagens contemporâneos como o *whistleblower* Edward Snowden.

Um ponto em comum entre as análises teóricas passadas é a forte influência da visão liberal de John Rawls sobre elas, visão essa que caracteriza a desobediência civil como um "ato público, não violento e consciente, contrário ao direito, geralmente produzido com a intenção de trazer uma mudança nas políticas ou leis do governo"[3]. A partir desse modelo, passou-se a elaborar uma série de condições e requisitos normativos para que a desobediência civil fosse tomada como um ato legítimo e efetivo de protesto.[4]

Contudo, autores contemporâneos como Robin Celikates contestam a capacidade dessa visão de dar conta dos contornos específicos que a desobediência civil adquire como prática democrática de contestação política. O mesmo vale para as visões extremistas que, por um lado, consideram seu exercício como uma forma de chantagem política inaceitável dentro da estrutura do Estado de direito (*rule of law*) ou que, por outro, a desvalorizam como uma forma burguesa de protesto que não desafia o *status quo*.[5]

De acordo com Celikates, nenhum dos elementos presentes na visão liberal escapa de problemas ou contestações. O principal deles reside na afirmação de que a prática de desobediência civil deve necessariamente se manter fiel aos limites do Estado de direito, sem colocar a sua

[3] RAWLS, John. The Justification of Civil Disobedience. In: FREEMAN, Samuel (ed.). John Rawls: Collected Papers. Harvard: Harvard University Press, 1999. p. 181.
[4] CELIKATES, Robin. Democratizing civil disobedience. Philosophy and Social Criticism, v. 42, n. 10, p. 982-994, 2016.
[5] CELIKATES, Robin. Democratizing civil disobedience. Philosophy and Social Criticism, v. 42, n. 10, p. 982-994, 2016. p. 982-983.

estrutura verdadeiramente em questão. As narrativas clássicas de Thoreau, Gandhi e King são comumente trazidas como ilustrativas desse aspecto; entretanto, como destacam Celikates e também Eric Pineda, essas mesmas narrativas podem levar a conclusões contrárias a esse raciocínio.

Nenhum desses casos paradigmáticos oferece, segundo eles, uma mensagem clara de obediência ao sistema ou às leis. Embora o ato de oferecer justificativas públicas para as ações tomadas fizesse parte da estratégia política empregada, disso não deriva que Thoreau, Gandhi e King vissem a si próprios como sujeitos a um rigoroso dever de permanecer fiéis às formas jurídicas que eles procuraram contestar.[6] A esse respeito, Eric Pineda mostra que a atitude dos três frente à possibilidade de encarceramento é sintomática: para Thoreau, a prisão oferecia o último refúgio possível para um homem consciente diante de um governo corrupto e fundamentalmente injusto; para Gandhi, a aceitação da punição representava mais um ato de pureza espiritual do que propriamente uma concordância em relação às regras estabelecidas[7]; para King, o encarceramento tinha implicações estratégicas e era apenas um dos riscos aos quais os praticantes de atos de desobediência civil se viam expostos.[8]

Na visão desses autores, não parece apropriado reduzir a desobediência civil a uma questão ética ou de consciência individual, que deva ser exercida dentro dos limites do respeito ao *rule of law*. Da mesma forma, insistir em seu caráter necessariamente não violento sem problematizar a forma pela qual a violência é compreendida na teoria e na prática se apresenta como um grande equívoco presente na visão liberal.[9] Voltaremos mais detalhadamente a questão da violência na parte do artigo dedicada a Robert Cover; por ora, cumpre trazer à tona os efeitos que as críticas contemporâneas a seus elementos problemáticos exercem sobre a definição geral de desobediência civil. Para Celikates,

> [...] parece apropriado definir a desobediência civil de uma forma que seja menos exigente normativamente e portanto menos restritiva, como um ato de protesto coletivo intencionalmente contrário à lei e baseado em princípios (em contraste tanto com o protesto legal e com infrações penais 'ordinárias' ou tumultos 'imotivados'), por meio do qual cidadãos - no sentido mais amplo, que vai além daqueles reconhecidos como cidadãos por um Estado em particular - perseguem o objetivo político de mudar leis, políticas ou instituições específicas (em contraste com a objeção de consciência, que é protegida em alguns Estados como um direito fundamental e que não busca tais mudanças) sob formas que podem ser vistas como civis (em oposição às militares).[10]

De forma deliberada, essa definição minimalista deixa em aberto a questão de saber se a desobediência civil, para ser reconhecida como tal, deve sempre ser pública, não violenta e dentro dos limites do sistema legal, bem como se a aceitação de uma punição futura também constitui um

---

[6] Ibid., p. 985.

[7] PINEDA, Erin. Civil Disobedience and Punishment: (Mis)reading Justification and Strategy from SNCC to Snowden. History of the Present, v. 5, n. 1, p. 1-30, 2015. p. 8.

[8] Ibid., p. 9.

[9] CELIKATES, op. cit., p. 983.

[10] Todas as traduções do inglês presentes nesse artigo são de nossa autoria. No original: ""it seems appropriate to define civil disobedience in a way that is less normatively demanding and therefore less restrictive, as an intentionally unlawful and principled collective act of protest (in contrast to both legal protest and 'ordinary' criminal offenses or 'unmotivated' rioting), with which citizens – in the broad sense that goes beyond those recognized as citizens by a particular state – pursue the political aim of changing specific laws, policies, or institutions (in contrast to conscientious objection, which is protected in some states as a fundamental right and does not seek such change) in ways that can be seen as civil (as opposed to military)." CELIKATES, Robin. Democratizing civil disobedience. Philosophy and Social Criticism, v. 42, n. 10, p. 982-994, 2016. p. 985.

critério decisivo para esse reconhecimento. Esses aspectos, ressalta Celikates, continuam desempenhando um papel importante para se saber até que ponto determinados atos de desobediência civil são justificáveis; o equívoco consiste, na verdade, em fundar a própria definição do termo em função desses elementos, que são variáveis em cada caso.[11]

Por conta de sua excessiva preocupação com o elemento da não violência, teorias como as de Rawls e também de Jürgen Habermas se apoiam firmemente no caráter simbólico das práticas de desobediência civil, negligenciando o momento de confrontação real. Celikates, ao contrário, considera fundamental que a desobediência civil não seja completamente reduzida a sua dimensão simbólica. Isto porque, sem momentos reais de confrontação, a desobediência civil acaba perdendo também seu poder simbólico, transformando-se em simples apelo moral. A visão liberal negligencia o fato de que a efetividade do ato deriva justamente da existência do confronto, seja ele considerado violento ou não.

A visão de Celikates, ao contrário da liberal, não entende a desobediência civil primordialmente em termos de limitação, mas sim como a "expressão de uma prática democrática de auto-determinação coletiva", bem como um "contrapeso às tendências enrijecidas das instituições estatais".[12] Em vez de ser resultado das ações de indivíduos portadores de direitos frente ao Estado, constitui-se em uma forma de radicalizar a democracia, lutando contra déficits democráticos e assimetrias de poder.[13]

A posição de Celikates insiste, portanto, no potencial democrático da desobediência civil como prática de contestação de políticas governamentais quando os meios institucionalizados estão obstruídos à participação dos cidadãos.[14] Democratizar a desobediência civil significa, assim, reconhecê-la como parte essencial das lutas democráticas. Em consequência, sua teorização também precisa ser democratizada, tanto metodológica como substancialmente, de modo a compreender seu verdadeiro potencial.[15]

William Scheuerman, por sua vez, demonstra certa resistência a definições do tipo da que Celikates propõe. Sua maior preocupação em relação a elas reside em suas supostas tendências "anti-legais", que no afã de criticar o modelo liberal rawlsiano arriscam, segundo as palavras do autor, "jogar o bebê fora junto com a água do banho"[16]. Scheuerman entende que as críticas a Rawls e sua visão liberal são justas, mas alerta que elas podem esconder uma estratégia retórica. Essa estratégia consiste, segundo ele, em fazer de Rawls o exemplo paradigmático dos modelos "legalistas" de desobediência civil. Assim, ao transcender o modelo rawlsiano, os críticos de quebra se dariam ao luxo de descartar qualquer ideia de desobediência civil em consonância como o *rule of law*.[17] Eliminar a necessidade de respeito ao direito pode não ser, no entanto, uma operação tão simples como parece.

A ideia de fidelidade ao direito comporta, segundo o autor, uma *dinâmica voltada ao futuro* que não pode ser negligenciada pelos teóricos da desobediência civil: por meio dela, os atores políticos são forçados a promover mudanças no direito que, longe de enfraquecê-lo, na verdade

---

[11] Ibid., p. 986.
[12] Ibid., p. 988.
[13] CELIKATES, Robin. Democratizing civil disobedience. Philosophy and Social Criticism, v. 42, n. 10, p. 982-994, 2016. p. 989.
[14] Ibid., p. 990.
[15] Ibid., p. 991.
[16] SCHEUERMAN, William. Recent Theories of Civil Disobedience: An Anti-Legal Turn? Journal of Political Philosophy, v. 23, n. 4, p. 427-449, 2015. p. 428.
[17] Ibid., p. 436.

incrementam sua legitimidade e sua eficácia.[18] Mas como é possível, pergunta Scheuerman, manter a ideia (cada vez mais antiquada, admite ele) de que a desobediência civil apoia o *rule of law* sem incorrer nos erros das tão criticadas posições liberais, como a de Rawls?[19]

O autor sugere que os exemplos de Edward Snowden e dos protestos contra as políticas de austeridade da União Europeia apontam um possível caminho para salvaguardar posições legalistas que, de acordo com seus críticos, não se enquadrariam no contexto político e social dos movimentos contemporâneos. Scheuerman acredita que o vazamento de informações praticado por Snowden se baseia fortemente em um apelo à legislação vigente e também a uma noção implícita de *rule of law*, e na verdade até respeita as condições liberais sob as quais a desobediência civil seria legítima.[20] Manifestam gregos agiram da mesma forma quando insurgiram-se contra as medidas de austeridade tomadas pela União Europeia que passavam por cima do legislativo do país e, portanto, violavam as condições da legalidade.

Scheuerman aponta algumas visões equivocadas ou parciais sobre o direito entre os autores que propõem uma "virada" anti-legal na forma de se pensar a desobediência civil. A mais comum entre elas é, segundo o autor, aquela que acredita que o respeito ao direito ("very high respect for the law") "implica necessariamente em lealdade ao *status quo* constitucional e jurídico, ou a 'legitimidade da ordem judiciária' *em sua forma existente*." [21] Ao recuperar o legado de Martin Luther King, por exemplo, autores como Celikates negariam seus *insights* sobre a possível relação entre o direito e transformações radicais na sociedade. Scheuerman, ao contrário, argumenta que

> [Martin Luther] King estava certo ao sublinhar a relação íntima entre a desobediência civil e o rule of law. Ao contrário da consciência moral, o direito consiste em regras e princípios compartilhados sobre os quais as pessoas podem sempre discordar, mas que são publicamente anunciados e promulgados. Se uma ordem legal se fundamenta na ideia de legalidade ou rule of law, então ela é obrigada a se ater à clareza e à coerência legais. Como um código compartilhado relativamente acessível, o direito potencialmente representa uma fonte coletiva e comum de normatividade que a moral conscienciosa não pode nem equiparar e nem suplantar.[22]

De sua parte, Celikates até concorda com o argumento de Scheuerman segundo o qual não é possível conceber um sistema político minimamente estável sem as virtudes legais presentes no *rule of law*, e até poderia admitir que Snowden e os manifestantes gregos representem sua defesa. No entanto, recusa-se a assumir a ideia de que o direito é capaz de fornecer uma linguagem comum que nem a consciência moral e nem ideias políticas controversas possam suplantar, como afirma Scheuerman. Isso seria pressupor, segundo Celikates, uma imagem do direito altamente contrafactual e idealizada.[23]

Diante do exposto, o debate teórico atual sobre a desobediência civil pode ser descrito, em linhas gerais, da seguinte maneira: de um lado, Celikates sustenta uma posição radicalmente democrática, que enxerga a desobediência como um recurso à disposição de cidadãos e cidadãs alijados dos processos políticos; de outro, Scheuerman defende que a desobediência civil não se

[18] Ibid., p. 431.
[19] Ibid., p. 447.
[20] SCHEUERMAN, William. Whistleblowing as civil disobedience: the case of Edward Snowden. Philosophy and Social Criticism, v. 40, n. 7, p. 609–28, 2014.
[21] SCHEUERMAN, William. Recent Theories of Civil Disobedience: An Anti-Legal Turn? Journal of Political Philosophy, v. 23, n. 4, p. 427-449, 2015. p. 442.
[22] Loc. cit.
[23] CELIKATES, Robin. Democratizing civil disobedience. Philosophy and Social Criticism, v. 42, n. 10, p. 982-994, 2016. p. 990.

deve abrir mão de um comprometimento com as virtudes do *rule of law*. Mas o ponto central da divergência entre ambos parece ser a questão de ver (ou não) o direito como um "código compartilhado" capaz de abranger as diferentes demandas de grupos e movimentos desobedientes.

Scheuerman parece ter razão ao afirmar que não se deve descartar o respeito à estrutura Estado de direito enquanto garantidor de conquistas passadas e instituto apto a promover transformações futuras. Celikates, por outro lado, parece ter intuído de maneira correta que uma visão de direito cujo fundamento está no "acordo geral dos membros da ordem política"[24] pode correr o risco de, na prática, ser um argumento em favor da ordem dominante contra aqueles que reivindicam mudanças radicais estrutura do Estado ou que simplesmente veem na desobediência civil uma forma de contornar vias políticas obstruídas e fazer suas demandas serem reconhecidas.

Diante desse dilema legal contemporâneo, propomos um retorno aos anos oitenta, período em que o jurista norte-americano Robert Cover escreveu os principais textos de sua curta obra, abreviada por uma morte precoce, em 1986, quando tinha apenas 42 anos de idade. A riqueza e originalidade de seu pensamento, largamente inexploradas, podem ajudar a repensar alguns dos termos do debate entre Celikates e Scheuerman sobre os contornos da desobediência civil.

3 Reconsiderando Robert Cover

Em seu célebre texto denominado *Nomos and Narrative*, Cover concedeu apenas duas páginas especificamente à desobediência civil. Entretanto, subestimar sua possível contribuição para a questão seria uma atitude apressada. Para dar conta dela, é imperioso retomar aspectos mais gerais enunciados em sua obra, que apontam para uma concepção de direito pouco tradicional. A começar pelo referencial adotado por Cover para observar os fenômenos jurídicos: o conceito de *nomos*. Explica o autor, no início de seu ensaio:

> Nós habitamos um nomos - um universo normativo. Nós constantemente criamos e mantemos um mundo do certo e errado, do lícito e ilícito, do válido e inválido. O estudante de direito pode chegar a identificar o mundo normativo com a parafernália profissional do controle social. As regras e princípios de justiça, as instituições formais do direito e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo; contudo, elas são apenas uma pequena parte do universo normativo que deveria chamar nossa atenção. Nenhum conjunto de instituições ou preceitos legais existe separado das narrativas que o situam e lhe dão sentido.25

Por meio de sua concepção de *nomos*, Cover vislumbra o direito não como um sistema de regras a serem observadas, mas como um verdadeiro mundo no qual vivemos[26], que ultrapassa as

---

[24] SCHEUERMAN, William. Recent Theories of Civil Disobedience: An Anti-Legal Turn? Journal of Political Philosophy, v. 23, n. 4, p. 427-449, 2015. p. 442.

[25] No original: "We inhabit a *nomos* - a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world; they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning." COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 4.

[26] Ibid., p. 5.

instituições tradicionalmente constituídas para esse fim, isto é, a "parafernália profissional do controle social". Assim, o *nomos* construído pelo direito se trata de um universo normativo que é "tão 'nosso mundo' quanto o universo físico de massa, energia e movimento"[27], mantido pela força de compromissos interpretativos que determinam o que o direito significa e o que ele deverá se tornar.[28]

Como consequência direta dessa concepção, Cover aduz que a criação de significado jurídico - por ele denominada como *jurisgenesis* - não está adstrita aos contornos oficiais do Estado. Em vez disso, a *jurisgenesis* é tida como um processo coletivo ou social essencialmente enraizado em um meio cultural[29], por meio do qual grupos ou comunidades não apenas criam regras, mas instituem novos mundos.

A centralidade comumente atribuída ao Estado nesse processo não deriva, segundo Cover, de uma capacidade superior para a criação do direito, mas unicamente porque o Estado é capaz de garantir, através da violência, o comprometimento necessário para a afirmação do significado jurídico. Assim, o autor nega que o direito estatal seja *qualitativamente* melhor do que as normas criadas por grupos e comunidades com base em preceitos religiosos ou em identidades sociais.

Esse primeiro ponto é importante para as discussões sobre a desobediência civil na medida em que se afasta de concepções jurídicas que confundem o respeito ao direito com o respeito às leis e instituições do Estado. Ainda que o Estado determine quais interpretações de respeitam seus preceitos e portanto devem prosperar, a fecundidade do princípio da *jurisgenesis* sempre permite que novas interpretações sejam colocadas à prova.

Não basta, no entanto, simplesmente criar significados jurídicos por meio de novas interpretações. Para que a *jurisgenesis* tome forma, é preciso comprometer-se com eles. E por comprometimento entenda-se o ato de aceitar as exigências que a defesa de uma determinada interpretação legal implica na prática, ou seja, as consequências fáticas da transformação pretendida na realidade do *nomos*.[30] Eis aqui mais um ponto a ser considerado sobre o tema da desobediência civil: seguindo Cover, podemos dizer que sua prática não precisa estar necessariamente comprometida com os preceitos estatais (ou mesmo com as virtudes do *rule of law*, como defende Scheuerman), mas sim com as normas ou interpretações legais adotadas pelos movimentos, grupos ou comunidades dos quais o indivíduo venha a fazer parte.

Cover ressalva, no entanto, que nem toda narrativa irá será capaz de atingir o grau de comprometimento que caracteriza a interpretação legal. As narrativas oferecem modelos de ação, mas nem sempre esses modelos são realizáveis. Se determinada visão não for capaz de fornecer uma ação viável, então ela não é, de acordo com o autor, uma narrativa propriamente jurídica. Todo movimento incapaz de ajustar sua visão à realidade circundante perde sua ligação com a realidade jurídica.[31] A *jurisgenesis* em grupos e comunidades não é apenas questão de palavras, mas de *comprometimento*, seguido de sua *objetivação*[32]. Esses dois requisitos, que diferenciam a interpretação legal das demais, não aparecem sem justificativa: basta perceber que os grupos que

[27] Loc. cit.
[28] Ibid., p. 7.
[29] Ibid., p. 11.
[30] "Dado que o *nomos* não é mais do que um processo de ação humana tensionado entre a visão e a realidade, uma interpretação legal não pode ser válida se não se está preparado para viver de acordo com ela." COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 44.
[31] COVER, op. cit, p. 39.
[32] Ibid., p. 45.

oferecem uma visão sobre o direito contrária a fornecida pelo Estado não se contentam com uma regra que os permita falar, mas que não os autorize a "viver" o seu próprio direito.[33]

Ainda sobre a criação de significado jurídico (*jurisgenesis*), Cover estabelece uma distinção com base nos propósitos visados pelos grupos ou comunidades em face da autoridade estatal. Se a pretensão é a de constituir universos normativos à margem do direito estatal, nos encontramos diante de uma forma de *jurisgenesis* batizada por Cover de *autonomia insular*.[34] Quando não há pretensão de constituir um *nomos* sectário, mas de transformar o significado constitucional dentro do próprio âmbito estatal, a *jurisgenesis* assume outra forma, batizada por Cover de *constitucionalismo redentor*. Esse registro compreende grupos e instituições que procuram modificar o direito a partir de diferentes narrativas sobre a realidade, fornecendo interpretações alternativas aos preceitos estatais na expectativa de vê-las integradas à gramática oficial do Estado.[35]

A desobediência civil pode ser classificada dentro desta última categoria: seus atos não visam a constituição de um *nomos* próprio, mas a reconfiguração do universo normativo criado pelo próprio Estado a fim de que atenda novas demandas derivadas de interpretações distintas. Do ponto de vista da própria comunidade, portanto, um entendimento distinto sobre o direito não se traduz pela reivindicação de uma desobediência justificável, mas sim de uma reinterpretação radical dos preceitos vigentes.[36]

No subtítulo dedicado à desobediência civil, compreendido na seção denominada "Comprometimento" e sob o título "Intepretação não-oficial", Cover reitera a utilidade de sua perspectiva não-estatista para compreender o assunto. Nesse sentido, afirma o autor:

> Se alguém concebe o status de "desobedientes civis" a partir da perspectiva dos tribunais estatais, dificilmente consegue evitar um enquadramento jurisprudencial da questão como partindo da obrigação que o indivíduo possui em relação ao direito estatal. De uma perspectiva jurisprudencial geral, entretanto, conceder um papel tão central aos tribunais [...] implica em negar à comunidade jurisgenerativa, de onde provém os significados jurídicos, a integridade de um direito próprio.[37]

---

[33] Ibid., p. 49.

[34] Trata-se de casos em que comunidades social e/ou territorialmente coesas, com pretensões de soberania na aplicação de seus próprios preceitos, estabelecem significados próprios para interpretar os princípios constitucionais dos Estados onde se localizam. As comunidades descritas pelo autor respeitam as normas do Estado (no caso, a Constituição Americana), mas negam terminantemente o monopólio estatal da interpretação sobre o direito. Nasce daí uma luta constante para definir e manter a independência de seus *nomoi* em relação ao Estado, uma vez que este detém a violência necessária para destruí-los. As narrativas *amish* e menonita são, não por acaso, marcadas pela resistência e, sobretudo, pela adaptação a mudanças, dada a dificuldade da tarefa de procurar um lugar seguro para poder viver conforme seus preceitos. Do ponto de vista da legalidade estatal, é plenamente justificável que os Estados não estejam facilmente inclinados a aceitar a afirmação de um *nomos* autônomo dentro de seus domínios. Como afirma Cover, "cada grupo deve acomodar dentro de seu próprio mundo normativo a realidade objetiva do outro", o que costuma resultar em conflitos interpretativos ou mesmo sangrentos. COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 28-29.

[35] Ibid., p. 34.

[36] Ibid., p. 46-47.

[37] No original: "If one addresses the status of 'civil disobedients' from the perspective of the state's courts, one can hardly avoid framing the jurisprudential question as one of the individual's obligation to the state's law. From a general jurisprudential perspective, however, to concede so central a role to the courts (in any sense other than as a sociological datum - that is, a recognition that courts in the United States do wield the heaviest stick and, as a result, are often the voice most carefully attended to) is to deny to the jurisgenerative community out of which legal meaning arises the integrity of a law of its own." Ibid., p. 47.

Cover toma como exemplo a comunidade surgida em torno do movimento dos Civil Rights e sua prática do *sit-in* adotada entre 1961 e 1964. Ao mesmo tempo em que declarava obediência à Constituição norte-americana, o movimento retirava dela uma interpretação de igualdade que incluía ser atendido em bares e restaurantes sem sofrer discriminação racial, contrariando prática comum à época. Assim, o movimento tinha duas opções: ou se comportava de acordo com a discriminação oficial enquanto protestava contra ela, ou então moldava seu comportamento público conforme sua interpretação própria da Constituição.[38]

Ao se comprometerem com sua própria interpretação, os manifestantes demonstram disposição para defendê-la com suas próprias vidas, ou sejam, passam a *viver* seu próprio direito. Se o direito é, como pensa Cover, "sistema de tensão ou uma ponte ligando um conceito da realidade a uma alternativa imaginada"[39], a ponte nesse caso é o próprio ato de desobediência civil que visa modificar a realidade. A desobediência civil provoca os tribunais para que, instados a considerar uma nova interpretação da lei, redefinam os limites do significado jurídico oficial.

Quando uma comunidade desobedece a legislação criminal sob a justificativa de uma interpretação própria da constituição, os juízes precisam decidir entre afirmar a interpretação oficial por meio do uso de violência contra os manifestantes ou permitir a profusão de significados jurídicos contida no domínio das práticas sociais.[40]A desobediência civil aparece, portanto, como uma forma de manifestação da *jurisgenesis*, na medida em que a criação de significado jurídico envolve o comprometimento em relação a uma interpretação objetivada pelos agentes sociais, que confronta os limites do universo normativo do qual o direito estatal e os tribunais fazem parte.

É preciso atentar para a existência, segundo Cover, de uma "dicotomia radical entre a organização social do direito como poder e a organização do direito como sentido"[41]. O arquétipo do direito como poder é representado pelos tribunais, definidos por Cover como *jurispáticos*. São eles os responsáveis por solucionar os inevitáveis impasses surgidos da produção incontrolável de significados jurídicos. Para o autor, o problema que se apresenta aos tribunais não é a existência de um direito incerto, como afirmam alguns teóricos, mas a existência de direito em demasia - consequência da capacidade inesgotável da *jurisgenesis*.[42] A multiplicidade de interpretações legais é o problema para o qual, segundo Cover, os tribunais representam a solução.[43]

Na visão de Cover, a interpretação legal no âmbito dos tribunais se trata de uma atividade prática desenhada para gerar ameaças críveis e atos de violência reais sob uma forma eficaz.[44] Em um sentido mais preciso, as interpretações legais não são de natureza "prática" (em inglês, *pratical*) mas constituem, elas mesmas, práticas (*pratices*); são mandamentos para que outras pessoas realizem ou deixem de realizar ações, modificando estados de coisas anteriores a fim de responder à interpretação do juiz (ou de qualquer agente que venha a assumir o papel de interpretar).[45]

---

[38] COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 47.
[39] Ibid., p. 9.
[40] Ibid., p. 47-48.
[41] Ibid., p. 18.
[42] Ibid., p. 42.
[43] Ibid., p. 40.
[44] COVER, Robert. Violence and the Word. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2708, p. 1601-1629, 1986. Disponível em:<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. p. 1610.
[45] Ibid., p. 1611.

Interpretação legal e violência são vistas como indissociáveis para Cover e para todos aqueles que, como ele, praticaram atos de desobediência civil.[46] Como poucos, o autor teve a oportunidade de transformar suas experiências práticas em raciocínios teóricos; talvez por isso a problemática da violência no direito tenha lhe chamado tanta atenção. Ao participar da contestação às práticas raciais enraizadas nos Estados Unidos da década de sessenta, Cover soube mais do que ninguém que o direito é "um recurso significativo que nos permite submeter, rejeitar, lutar, perverter, zombar, desgraçar, humilhar ou dignificar".[47]

No contexto das práticas de violência socialmente organizadas levadas a cabo pela interpretação feita pelos tribunais, já não se distingue entre melhores ou piores interpretações legais, mas entre prisioneiros e autoridades oficiais - carcereiros, delegados, oficiais de justiça, juízes. No começo de seu artigo intitulado *Violence and the Word*, Cover consegue condensar de forma brilhante e ao mesmo tempo espantosa a sua visão sobre o caráter violento do direito: "A interpretação legal tem lugar em um campo de dor e morte."[48]

Cumpre então perguntar: por que a violência proveniente do "campo de dor e morte" da interpretação legal dos tribunais é justificável e uma violência contra essa violência inicial não o é? Pode o direito aceitar uma violência contra ele, ou por ele? Se o direito é violento, por que a desobediência civil não deve ser? O respeito ao direito deve estar necessariamente vinculado ao *rule of law* ou pode provir de outras narrativas que venham a ser entendidas como jurídicas? Essas são algumas questões que resultam do olhar acurado de Cover sobre a relação entre direito e violência. Como veremos a seguir, o aprofundamento dessas questões pode ser uma importante via para compreender o debate contemporâneo acerca da desobediência civil.

4 Dois momentos da violência

De acordo com o mito ocidental da preservação do direito, um ato de violência só pode ser justificado em nome da manutenção da ordem por ele regulada. Mas a interpretação legal, embora necessariamente opere em um contexto de violência, não é em si mesma violenta. Somente como prática social organizada é que o significado jurídico se torna portador também de um elemento violento.[49] Essa observação ajuda a explicar certa ambiguidade no pensamento de Cover: ao mesmo tempo em que estimula a criação e a proliferação de novos universos normativos em *Nomos and Narrative*, o autor reconhece que os tribunais exercem uma importante função de controle social dos preceitos e significados jurídicos em *Violence and the Word*.

A organização do direito como sentido e como poder não se excluem mutuamente - ao contrário, a última se alimenta do material narrativo fornecido pela primeira. Mas a desobediência civil, quando se encontra associada a práticas de violência, parece embaralhar um pouco essa

---

[46] Cover participou do movimento dos Civil Rights sobre o qual os autores contemporâneos hoje se debruçam, tendo inclusive sido preso e sofrido ameaças de morte por parte de segregacionistas. BURT, Robert. Robert Cover's Passion. Yale Journal of Law & the Humanities, v. 17, n.1, p. 1-8, 2005.

[47] COVER, COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 8.

[48] COVER, Violence and the Word. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2708, p. 1601-1629, 1986. Disponível em:<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. p. 1601.

[49] FITZPATRICK, Peter. Why the Law Is Also Nonviolent. In: SARAT, Austin (ed.). Law, Violence, and the Possibility of Justice. Princeton, New Jersey: University Press, 2001. p. 142-143.

distinção. Pode a organização do direito como sentido se utilizar de práticas violentas para reivindicar a autoridade de afirmar o seu próprio direito? Essa é uma questão que Cover não teve tempo de desenvolver. Embora afirme, em dado momento, que o "princípio jurisgenerativo pelo qual o significado jurídico se prolifera em todas as comunidades nunca existe isolado da violência"[50], seus exemplos paradigmáticos são comunidades religiosas, como os *amish* e os menonitas, que evitam qualquer tipo de confrontação violenta contra o Estado.[51]

De qualquer forma, os *insights* de Cover demonstram a necessidade de se problematizar não apenas a violência oriunda dos atos de desobediência civil, como Celikates sugere, mas também a violência oriunda do próprio direito estatal. E a própria prática de desobediência pode servir a esse propósito. Ao considerar outras formas de organização, seus participantes são capazes de enunciar formas menos violentas de direito, como na prática do *sit-in* por parte do movimento Civil Rights. Embora esse caso tenha sido pautado pela não violência, não é impossível imaginar que um ato violento de desobediência civil possa ter como propósito, por mais contraditório que isso possa parecer, a reivindicação de que o direito assuma uma forma menos violenta em determinado contexto.

Nesses casos, a conformidade ou não ao *rule of law* parece ser uma questão secundária, ainda que não deva ser negligenciada; de maior importância é constatar a emergência, no interior das práticas contestatórias, do que Cover chama de *narrativas redentoras*. Tratam-se de narrativas que conseguem integrar diferentes reivindicações "nômicas" existentes dentro de um mesmo espaço normativo. A narrativa da desegregação racial presente na década setenta é um exemplo: por força da ação dos movimentos sociais, as autoridades norte-americanas foram forçadas a adotar uma narrativa de igualdade racial que englobasse tanto o norte como o sul - e todo o seu passado escravocrata - do país.

A estratégia adotada foi de não violência, mas seriam condenáveis atitudes mais duras de confrontação em relação àquelas práticas de discriminação em boa parte consideradas, já naquela época, como profundamente antiquadas? Impossível saber se, nesse caso, os manifestantes teriam conseguido a mesma eficácia ou conquistado as mudanças pretendidas em mais ou menos tempo. Em todo caso, não parece fazer sentido estabelecer limitações prévias ao exercício legítimo da desobediência civil sem antes atentar para o contexto de violência organizada sustentado pelo aparato estatal.

Evidente que a medida exata de cada violência - tanto aquela proveniente da desobediência civil como a oriunda da ação do Estado - não pode ser calculada de maneira precisa e, mesmo que fosse possível, esse cálculo seria de pouca ou nenhuma utilidade, face a "grandeza" envolvida. As próprias circunstâncias podem levar um ou outro lado a enfraquecer ou recrudescer seu potencial ofensivo no calor dos acontecimentos. Entretanto, ao se democratizar a desobediência civil teorica e substancialmente como pretende Celikates, abre-se a oportunidade para que os próprios indivíduos

---

[50] COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 40.

[51] Em outro texto, Cover se aproxima da problemática da violência fora dos contornos do Estado, mas sem desenvolvê-la de forma satisfatória: "The organized behavior of other groups and the commitments of actors within them have as sound a claim to the word 'law' as does the behavior of state officials. The most important consequence of this radical relativization of law is that violence - a special problem in the analysis of any community's commitments to its future - must be viewed as problematic in much the same way whether it is being carried out by order of a federal district judge, a mafioso or a corporate vice-president." COVER, Robert. The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction. Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 2706, p. 179-203, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2706>. p. 182.

que se sintam injustiçados possam estimar o potencial de violência contido tanto nas interpretações estatais como em suas possíveis práticas contestatórias, e então tirarem suas próprias conclusões.

O caso de Snowden mostra, por exemplo, como um vazamento ilegal contribuiu para revelar que o governo norte-americano, ao utilizar sofisticadas técnicas de espionagem, é na verdade mais ameaçador do que parece. Sob a ideologia da segurança nacional e do combate ao terrorismo, as agências governamentais dos Estados Unidos violaram sistematicamente o direito à privacidade de seus próprios cidadãos e cidadãs, e somente com a atitude de Snowden foi possível dimensionar essas violações.

As ações empregadas pelo Estado para atingir determinados fins, como no caso da espionagem, ou para defender as suas formulações jurídicas, no âmbito da jurisdição, constituem ambas um primeiro momento da violência no direito. Essas formas de violência, para as quais Cover há muito nos alertou, são comumente toleradas pela sociedade e, não fosse a ação de indivíduos como Snowden, poderiam mesmo passar despercebidas pela opinião pública. A desobediência civil exerce aqui um papel fundamental de trazer à tona aquilo que os governos pretendem esconder e que alguns teóricos preferem negligenciar.[52] No entanto, atos de desobediência podem trazer em seu bojo um segundo momento da violência no direito, que confronta o primeiro, situado no "campo de dor e morte" de Cover.

A conclusão que deriva desse estado de coisas parece ser a seguinte: a presença ou não de violência não deve, por si mesma, constituir parâmetro para avaliar práticas de desobediência civil. Aliás, se levarmos o nexo entre violência e interpretação legal apontado por Cover realmente a sério, é possível dizer que toda vez que um grupo ou movimento propor que os preceitos legais vigentes sejam reinterpretados estaremos em face de algum tipo de violência.

Nesse sentido, o pensamento de Cover parece se aproximar das formulações teóricas de Celikates sobre a desobediência civil. Enquanto Cover sugere que deveríamos parar de circunscrever o nomos, permitindo o nascimento de novos universos normativos[53], Celikates propõe que deixemos de lado as definições estreitas e rígidas sobre a desobediência civil e passemos a considerar, acima dessas questões pontuais, o seu potencial democratizante. Tanto em um com em outro, trata-se de conceber a desobediência civil como um impulso capaz de produzir novas esperanças para cidadãos e cidadãs inconformados com as leis de suas nações.

Mas o ponto central do debate contemporâneo persiste: o direito pode ser visto como um "código compartilhado" à maneira de Scheuerman ou, seguindo Celikates, devemos desacreditar que essa seja uma questão realmente importante? Como o pensamento de Cover poderia ajudar a solucionar esse impasse?

Em primeiro lugar, Cover concordaria perfeitamente com o argumento de Scheuerman de que "falando na linguagem do direito, os desobedientes transformam suas reivindicações controversas e às vezes sectárias em apelos normativos mais amplos e implicitamente gerais"[54]. Inclusive, essa afirmação não difere muito daquilo que Cover entende como narrativas do

[52] Cover contesta o alcance das interpretações "literárias" do direito, como as de James Boyd White e Ronald Dworkin, que parecem ignorar o problema da violência. Violence and the Word. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2708, p. 1601-1629, 1986. Disponível em:<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. p. 1602.

[53] Com essa mensagem, Cover conclui *Nomos and Narrative*: "Legal meaning is a challenging enrichment of social life, a potential restraint on arbitrary power and violence. We ought to stop circumscribing the nornos; we ought to invite new worlds." COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 68.

[54] SCHEUERMAN, William. Recent Theories of Civil Disobedience: An Anti-Legal Turn? Journal of Political Philosophy, v. 23, n. 4, p. 427-449, 2015. p. 442.

constitucionalismo redentor. Mas suas análises divergem em uma questão fundamental: o que é a "linguagem do direito"?

Scheuerman identifica-a não exatamente com a gramática do Estado, mas com as virtudes potencialmente universais presentes no *rule of law*. É razoável dizer que a "revogação de standards básicos do *rule of law* caminha lado a lado com injustiças substantivas"[55], mas há um risco em adotar uma posição que restrinja a linguagem jurídica a único *corpus* de preceitos legais, mesmo que eles sejam tão abrangentes como de fato parecem ser. Um Estado incapaz de respeitar os princípios básicos do *rule of law* será indubitavelmente um Estado autoritário. Mas não parece correto pensar, como Scheuerman deixa implícito, que o potencial de transformação do direito se esgote neles.

Isso até pode ser verdade para o próprio Estado, mas então seria preciso admitir que o Estado é a única fonte possível de direito. E disso Cover discorda de forma veemente: sua própria obra é, em boa parte, uma tentativa incessante de desvincular o fenômeno jurídico dos limites do Estado. Seus conceitos de *nomos* e de *jurisgenesis* foram inteiramente concebidos com base nesse pressuposto, que talvez seja o mais adequado para se pensar manifestações de desobediência civil provenientes de grupos e comunidades com os mais diversos interesses, perspectivas e objetivos. Nesse ponto, Cover parece mais próximo da visão democrática de Celikates do que do legalismo de Scheuerman.

Por outro lado, a recusa de Celikates em acreditar que o direito possa funcionar como uma espécie de "código" a ser compartilhado parece contrária ao pensamento de Cover. Se Celikates está pensando no tipo de direito presente na concepção de Scheuerman, sua afirmação faz todo o sentido. Mas se alargarmos essa concepção, como faz Cover, então o ceticismo de Celikates em relação ao direito já não parece justificável. Ou seja, quando se trata de crer no potencial do direito, seja ele estatal ou não, Cover parece mais próximo da posição adotada por Scheuerman.

5 Considerações finais

Nossa discussão começou com as críticas à visão liberal rawlsiana sobre a desobediência civil. Cada um à sua maneira, Celikates e Scheuerman desacreditam que seja possível salvar essa concepção contemporaneamente. Suas teorias, entretanto, seguem caminhos ligeiramente diferentes. Para Celikates, o grande valor da desobediência civil está em seu potencial democratizante, apesar das possíveis discussões sobre o respeito ou não ao direito que ela implica. Scheuerman, na contramão de uma tendência por ele definida como "anti-legal", acredita que essa é uma questão embaraçosa demais para ser colocada em segundo plano, como se não fizesse a mínima diferença resolvê-la.

Em seguida, voltamos ao pensamento pouco conhecido de Robert Cover à procura de uma saída para esse impasse atual. Revisitamos seus conceitos de *nomos* e *jurisgenesis* e, em seguida, suas reflexões sobre a violência no direito. Pensada como uma ponte entre uma realidade existente e uma alternativa possível, a concepção de direito de Cover parece se adaptar bem aos contornos que uma teorização da desobediência civil exige. Além disso, ao problematizar a violência como um elemento constitutivo do próprio Estado, o autor torna o debate sobre a possibilidade ou não de que

[55] Ibid., p. 444.

a desobediência civil seja violenta ainda mais complexo. Mas onde isso nos leva em relação ao debate Celikates/Scheuerman?

Como vimos, o pensamento de Cover possui similaridades e discordâncias em relação a ambos. Contra Celikates, Cover acredita que o direito pode funcionar como um "código" (ou uma "ponte", de acordo com suas palavras) compartilhável e capaz de acomodar as mais variadas reivindicações de ordem social, econômica, política ou religiosa. Contra Scheuerman, Cover não acha que tal "código" possa ser reduzido ao respeito pelos princípios do *rule of law*, em que pese sua importância.

Essas observações sugerem uma pista a ser seguida. Não caberia compreender as ações de desobediência civil praticadas por indivíduos, grupos ou movimentos em termos de *qual* legalidade eles propõem, sem necessariamente compará-las com a do Estado? A presença ou não de criação de significado jurídico (*jurisgenesis*) não poderia funcionar como um critério para se verificar, empiricamente, se determinado ato de desobediência civil se baseia uma visão alternativa da realidade ou no anseio por outra legalidade possível?

O critério para diferenciar a desobediência civil de ações criminosas ou de revoluções, como quer Scheuerman, continuaria a ser o direito, mas não a *sua* concepção de direito. Em vez de suspender esse critério, como sugere Celikates, a *jurisgenesis* de Cover permitiria mantê-lo, ao mesmo tempo em que ultrapassa sua formulação estatal. Toda vez que determinados agentes criam ou afirmam determinado significado jurídico, estaríamos em face de uma forma de desobediência civil. Objeções a esse modelo certamente poderão ser apresentadas, mas não há espaço para desenvolvê-las aqui. Apenas para responder a uma delas, segundo a qual se poderia afirmar que o critério da *jurisgenesis* é amplo demais, podendo englobar qualquer tipo de visão radical, inclusive as puramente utópicas e as fundamentalistas, cumpre trazer uma última citação extraída da obra de Cover:

> Se o direito reflete uma tensão entre o que é e o que pode ser, ele só pode ser mantido enquanto ambos estiverem próximos o suficiente para revelar uma linha de esforço humano capaz de reconciliá-los de forma temporária ou parcial. Todos os movimentos utópicos ou escatológicos que não se afastam da insularidade arriscam falhar em converter a visão em realidade e, portanto, rompem a tensão. Nesse ponto, eles podem até ser movimentos, mas não são mais movimentos do direito.[56]

Referências

BURT, Robert. Robert Cover's Passion. *Yale Journal of Law & the Humanities*, v. 17, n.1, p. 1-8, 2005.

CELIKATES, Robin. Democratizing civil disobedience. *Philosophy and Social Criticism*, v. 42, n. 10, p. 982-994, 2016.

[56] No original: "If law reflects a tension between what is and what might be, law can be maintained only as long as the two are close enough to reveal a line of human endeavor that brings them into temporary or partial reconciliation. All utopian or eschatological movements that do not withdraw to insularity risk the failure of the conversion of vision into reality and, thus, the breaking of the tension. At that point, they may be movements, but they are no longer movements of the law." COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. p. 39.

COVER, Robert. The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative. *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 2705, p. 4-68, 1983. Disponível em: < http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2705>. Acesso em: 25 mai. 2017.

COVER, Robert. The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction. *Yale Law School Faculty Scholarship Series.* Paper 2706, p. 179-203, 1985. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2706>. Acesso em: 25 mai. 2017.

COVER, Robert. Violence and the Word. *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 2708, p. 1601-1629, 1986. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2708>. Acesso em: 25 mais. 2017.

FITZPATRICK, Peter. Why the Law Is Also Nonviolent. In: SARAT, Austin (ed.). *Law, Violence, and the Possibility of Justice*. Princeton, New Jersey: University Press, 2001.

PINEDA, Erin. Civil Disobedience and Punishment: (Mis)reading Justification and Strategy from SNCC to Snowden. *History of the Present*, v. 5, n. 1, p. 1-30, 2015.

RAWLS, John. The Justification of Civil Disobedience. In: FREEMAN, Samuel (ed.). John Rawls: *Collected Papers*. Harvard: Harvard University Press, 1999.

SCHEUERMAN, William. Recent Theories of Civil Disobedience: An Anti-Legal Turn? *Journal of Political Philosophy*, v. 23, n. 4, p. 427-449, 2015.

SCHEUERMAN, William. Whistleblowing as civil disobedience: the case of Edward Snowden. *Philosophy and Social Criticism*, v. 40, n. 7, p. 609–28, 2014.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: DIREITOS HUMANOS: DIREITOS DE LIBERDADE.
Coordenadores: Dani Rudnicki (Uniritter) e Caio Sperandeo de Macedo (FMU)

Canoas, 2017.

(RE)PENSANDO A LEGALIDADE E O DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Priscila Vargas Mello,
mestre em direito, priscilavargasm@gmail.com

Nicole Berto,
mestre em direito, nicoleberto@gmail.com

Dani Rudnicki,
doutor em direito, danirud@hotmail.com

Resumo:

O artigo tem o propósito de analisar a concepção de legalidade e os seus reflexos no exercício do direito de defesa no processo penal. Para isso, analisamos as contribuições de Thomas Hobbes e Cesare Beccaria para a construção do conceito de legalidade e os reflexos no que tange ao exercício do direito de defesa. Desenvolveu-se a pesquisa a partir da análise das obras "Leviatã", de Thomas Hobbes, e "Dos Delitos e das Penas", de Cesare Beccaria e revisão bibliográfica sobre o tema. A contribuição de Thomas Hobbes é fundamental para a construção de uma concepção humanista do processo penal, pois o conceito de legalidade defendido por Beccaria, e a própria noção de um direito (e processo) penal de garantias, oferece continuidade as ideias também desenvolvidas na obra Leviatã. Assim, percebemos que em Hobbes já existiam fundamentos para o desenvolvimento de um processo penal de garantias. Em Beccaria, presenciamos a sistematização de toda a concepção racional e humanista de seu tempo, construção que ainda se mostra atual quanto alguns pontos, principalmente no que se refere ao tratamento digno ao acusado, vedação de procedimentos tortuosos e da pena de morte. Porém, os ideais defendidos por Beccaria estavam associados, não só a limitação do poder de punir do estado, mas, também, aos interesses e ideais políticos da burguesia, resultando em uma aplicação não igualitária das regras e garantias processuais. Por fim, no que se refere à relação entre a legalidade e o direito de defesa, a definição prévia dos crimes, penas e procedimentos processuais não se mostra suficiente para garantir que o indivíduo seja protegido da intervenção do poder punitivo, deve-se promover o pleno acesso do acusado ao seu defensor e que este possa exercer seu postulado em paridade de armas com o órgão acusatório. De nada serve uma noção humanista e racional do processo penal se nas instituições punitivas o defensor não estiver à disposição para atendimento adequado de quem necessita deste serviço; ou, quando disponível, o assistido não compreender os termos e a dinâmica do processo por precariedade das informações transmitidas, inviabilizando o exercício amplo de sua defesa.

Palavras-chave: Processo Penal. Legalidade. Thomas Hobbes. Cesare Beccaria.

1 Introdução

Para garantir que a humanidade se desvinculasse das amarras inquisitoriais, período em que o processo penal era exercido de forma arbitrária pela lógica desenvolvida nos sistemas penais do baixo medievo (aplicação de castigos corpóreos, confissões resultantes de práticas tortuosas, ausência de garantias, inexistência de um defensor para o acusado, acusações de ofício e fundadas na mera desconfiança por parte de quem detivesse o poder, dentre outras barbáries) (CAMPOS, 1997, p.170) teóricos intitulados reformadores criticaram o fato de o direito penal fundamentar-se na vontade arbitrária do soberano e em práticas que privilegiavam o suplício.

A principal preocupação dos reformistas foi apresentar justificativas para limitar o poder de punir do estado. Defendiam a existência de leis que estabelecessem previamente os crimes e a forma de aplicação dos atos processuais, bem como o controle dos órgãos responsáveis por tal aplicação. Isto é, sustentavam que o exercício do poder punitivo deveria partir da noção de legalidade, mediante a existência prévia de uma lei que regulasse a atuação dos cidadãos participantes do contrato social, permitindo que os mesmos tivessem acesso às regras que regeriam a vida em sociedade (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2012, p.110; CARVALHO, 2015, p.203-205).

A partir desta perspectiva humanista, era necessário extirpar do processo penal a aplicação de castigos corpóreos, de acusações de ofício e de práticas que não permitissem o exercício da liberdade e da presunção de inocência. A obra *Dos delitos e das Penas* de Beccaria (1764) marcou o movimento reformista do direito a partir da concepção liberal, principalmente no que se refere ao direito penal. No entanto, embora tal obra seja de importância indiscutível, não se pode desconsiderar que ela possui elementos contidos em *Leviatã*, publicado por Hobbes em 1651.

Desta forma, analisamos as contribuições de Hobbes e Beccaria para a construção do conceito de legalidade no âmbito do direito penal e os reflexos destas construções para o processo penal contemporâneo, especialmente no que tange ao exercício do direito de defesa. Desenvolvemos a pesquisa a partir da análise das obras "Leviatã", de Thomas Hobbes, e "Dos Delitos e das Penas", de Cesare Beccaria. Utilizamos das técnicas de análise documental e revisão bibliográfica sobre o tema. Apresentamos o estudo em quatro partes: primeiro, análise da legalidade em Hobbes e contribuições advindas de seu sistema político; segundo, realizamos o mesmo processo em relação à obra de Beccaria; terceiro, aprofundamos a análise das perspectivas teóricas apresentadas em relação ao processo penal contemporâneo; e, ao final, refletimos sobre a insuficiência da legalidade no desenvolvimento do processo penal.

2 Hobbes e a Legalidade no Processo Penal

Bobbio (1991, p.61-62), em seus estudos sobre a teoria política de Hobbes, o apresenta como um filósofo conservador e como alguém que jamais guardou qualquer relação direta com atividades políticas, tampouco concedendo conselhos ou instruindo os homens responsáveis pelas decisões políticas de seu tempo. Hobbes, enquanto filósofo político de extrema relevância para compreensão do surgimento do estado moderno, apresenta objetivo muito claro em suas obras: preocupava-se com a corrosão do estado, que resultaria da ausência de um poder soberano capaz de controlar as inconsistências advindas de um estado de natureza.

O filósofo parte da premissa de que os seres humanos exercem sua liberdade e seus desejos de forma desmedida no estado de natureza. Ainda que existam membros tão capazes, eloquentes ou cultos, o fato é que a natureza humana impede o reconhecimento da qualidade e das necessidades dos demais indivíduos. (HOBBES, 2012, p.104). Mesmo que todos tenham a mesma quantidade de bens e recursos, os homens jamais se contentariam com o que possuem, perpetuando a instabilidade das relações e o estado de guerra de todos contra todos (HOBBES, 2012, p.103). Exercer a liberdade, as paixões e os desejos de maneira desmedida são a essência da natureza humana, pois os seres humanos "[...] pensam demasiadamente em si mesmos, dão muito valor à gratificação do presente e têm dificuldades em prever o resultado de suas ações" (SORELL, 1996, p.531).

> Hobbes escreveu sobre política partindo do problema real e crucial de seu tempo: o problema da unidade do Estado, ameaçada, por um lado, pelas discórdias religiosas e pelo contraste entre dois poderes, e por outro pelo dissenso da Coroa e do parlamento e pela disputa em torno da divisão dos poderes. (...) O ideal que ele defende não é a liberdade contra a opressão, mas a unidade contra a anarquia. Hobbes é obcecado pela idéia da dissolução da autoridade, pela desordem que resulta da liberdade de discordar sobre o justo e o injusto, pela desagregação da unidade do poder, destinada a ocorrer quando se começa a defender a idéia de que o poder deve ser limitado, ou, numa palavra, obcecado pela anarquia que é o retorno do homem ao estado de natureza. O mal que ele mais teme – e contra o qual se sente chamado a erigir o supremo e insuperável dique de seu sistema filosófico – não é a opressão que deriva do excesso de poder, mas a insegurança que resulta, ao contrário, da escassez de poder. (BOBBIO, 1991, p.26).

Na perspectiva hobbesiana, o homem é visto como sujeito passível das mais diversas paixões, desejos destrutíveis e suscetível a tormentos capazes de corrompê-lo na busca incessante de poder, ainda que isso resulte na destruição de outros em condições naturais e instrumentais menos desenvolvidas. No estado de natureza (pré-estatal), percebido como de notória infelicidade, os homens comungam da igualdade de fato, na medida em que podem dispor dos bens que se encontram ao seu alcance, porém, sem esquecer que esses mesmos bens são escassos, resultando em conflitos, lutas, morte e destruição.

Hobbes, portanto, preocupa-se exatamente com essa potencialidade destrutiva existente em cada indivíduo. Em sua perspectiva necessitamos de algo capaz de conter os efeitos nefastos da liberdade irrestrita e das paixões desenfreadas, capazes de erradicar os conflitos mais sangrentos da humanidade. A partir disso, desenvolve sua teoria política com o objetivo de legitimar as ações de um poder soberano para proteção do gênero humano, pois, é o Estado Leviatã o órgão artificial capaz de estabilizar tais conflitos. Em outras palavras, um Estado forte, absoluto, soberano e indissociável é o remédio indispensável caso queiramos nos manter agrupados em segurança num dado território. Hobbes desvincula-se de qualquer abordagem relacionada ao exercício de liberdade dos indivíduos; também não se preocupa em justificar um estado que esteja fundado na livre consciência e manifestação de seus subordinados. O poder deve ser exercido por um homem (ou por uma assembleia deles) escolhidos pelos demais cidadãos, os quais concordam em ceder sua liberdade entre si, na condição de que todos respeitem o pacto, transferindo tais liberdades a um órgão artificial, o Estado Leviatã (HOBBES, 2012, p.141).

A ideia dominante na teoria política de Hobbes é a de que a ausência de um poder soberano resulta em um estado permanente de guerra. Isto é, o estado de natureza condiz à igualdade formal dos indivíduos e ao exercício desmedido de suas paixões. Logo, no estado de natureza, há o estado permanente de "uma guerra de todos contra todos" pelo fato de que os bens são escassos, os homens

não possuem as mesmas condições de proteger os seus bens e recursos e haverá o risco constante à segurança privada. A ausência de um poder comum, que tenha a legitimidade de exercer o necessário para garantia da segurança de todos e preservação da paz, resulta em um estado natural de anarquia, de dissolução do poder, no qual os homens viveriam em uma condição permanente de temor (BOBBIO, 1991, p.26, 36-38).

Para garantir a sobrevivência, a segurança e a paz necessita-se da realização de um pacto em que todos desistam do direito de se autogovernarem, transferindo tal autoridade ao poder soberano. O Estado Leviatã definirá diretrizes, regras e leis para evitar a guerra que emana da ausência de um poder regulador, fundamentando-se na premissa de que "[...] quando não existe um poder comum capaz de manter os homens numa atitude de respeito, temos a condição do que denominamos guerra, uma guerra de todos contra todos" (HOBBES, 2012, p.104).

Assim, pode-se dizer que Hobbes parte da concepção de que a multidão, considerada individualmente, possui interesses, desejos e naturezas diversas. A ausência de um poder soberano e artificial inviabiliza a convivência humana, oferece vazão para um estado em que todos estão contra todos e exercem seu direito natural de liberdade com fundamento na força. O homem não nasceu para a vida política e deve transferir sua liberdade e o seu direito de autodefesa ao Estado, sob a condição de que esse garantirá a segurança e a paz da comunidade (HOBBES, 2012 p.142).

Os poderes que cabem ao soberano estão estreitamente ligados um ao outro, de maneira que não podem deixar de pertencer a uma só pessoa. O poder executivo ou seja, o poder de obrigar ou de empregar legitimamente a força física, tanto contra os inimigos externos quanto contra os inimigos internos, pressupõe o poder de julgar o torto e o direito (poder judiciário); o poder judiciário pressupõe que sejam pré-estabelecidos os critérios gerais em cuja base o julgamento deve ser emitido, isto é, as leis civis. Por sua vez, o poder legislativo pressupõe o poder executivo, se é que as leis devem ser autênticas normas da conduta humana e não *flatus vocis*. E assim o círculo se fecha. (BOBBIO, 1991, p.53).

Em relação às penas, Hobbes dividiu-as em divinas e humanas. As penas humanas são as corporais (capitais ou menos capitais), pecuniárias, ignomínias (envolviam a aplicação de ato desonroso ou a privação de bem considerado honroso) ou prisão (para custódia ou punição propriamente dita). O fundamento de sua aplicação seguia as seguintes premissas 1) as vinganças e atos de injúria privados não constituíam punição, pois tal poder estava na essência do Estado e não no exercício particular de autodefesa; 2) quando o indivíduo era desconsiderado (ou esquecido) na eleição das preferências do Estado, tal circunstância não tinha o caráter de punição; 3) a punição praticada por autoridade pública sem condenação prévia configurava ato hostil; 4) atos praticados por autoridade ou juízes não escolhidos pelo Estado (ou carecedores de legitimidade) configurava a prática de ato hostil; 5) a punição que não tinha por objetivo incitar a obediência à lei configurava ato hostil; 6) se na prática de um ato o indivíduo sofria alguma lesão física ou fatal, tal circunstância poderia ser suscetível de reprovação divina, mas não infringia a autoridade da lei dos homens; 7) a aplicação de punição mais severa do que o estipulado na lei, configurava ato hostil; 8) punir os danos resultantes de determinada ação não proibida por lei, configurava ato hostil; 9) os atos infringidos ao soberano eram atos de hostilidade, pois não estava submetido à punição, era o poder legitimado a exercê-la; 10) atos praticados contra o inimigo eram atos de hostilidade, pois ele não estava submetido à lei e, por consequência, não era atingido por seus efeitos o que legitimava infringir-lhe qualquer espécie de dano (HOBBES, 2012, p.247).

A partir disso, verifica-se que, embora o soberano possuísse o poder de julgar e aplicar sanções quando entendesse necessário, sua atuação estava vinculada ao conceito de legalidade, não só no sentido estrito, mas também na perspectiva da anterioridade. O exercício do poder punitivo

dependia de previsão legal prévia e sua relativização seria possível nos casos em que a fixação da pena inexistisse no ordenamento jurídico, circunstância na qual, mediante exercício de racionalidade, aplicar-se-ia medida adequada com o fim de estimular a obediência dos súditos e não o exercício da vingança (HOBBES, 2012, p.147). Isto é, ainda que o Estado Leviatã tenha sido desenvolvido sob o viés de autoridade e de restrição da liberdade de seus súditos, inegável que o princípio da legalidade já norteava a administração da justiça (Bobbio, 1991, p.60).

Ainda, a pena possuiria caráter eminentemente retributivo, cuja finalidade não seria a vingança, mas provocar medo e incitar à obediência da lei como forma de garantia da paz e da segurança do Estado (e, por consequência, de todos os indivíduos) (HOBBES, 2012, p.248). Aliás, os atos considerados hostis relacionam-se com objetivos que pretendem racionalizar a aplicação do poder punitivo, privilegiando a exigência de previsão legal para aplicação da pena: "Assim, qualquer dano infligido a um homem, por prisão ou confinamento, antes de sua causa ser ouvida, quando não se tratar de custódia, contraria a lei natural" (HOBBES, 2012, p.251/252).

Por conseguinte, também encontramos na teoria política de Hobbes previsão expressa da garantia de presunção de inocência, na medida em que a aplicação da pena depende de averiguação por parte da autoridade pública competente. Ou seja: diante de suposta transgressão da lei, antes da imposição de qualquer pena, o súdito tem direito de ser julgado pela autoridade competente, por tratar-se de expressão da lei natural:

> A prisão se dá quando a autoridade pública priva alguém da liberdade, e pode ser imposta tendo em vista dois fins diferentes: um é a custódia segura do acusado; o outro, a aplicação de uma penalidade ao condenado. No primeiro caso a prisão não é uma pena, pois ninguém pode ser aprisionado antes de ser judicialmente ouvido e declarado culpado. Assim, qualquer dano infligido a um homem, por prisão ou confinamento, antes de sua causa ser ouvida, quando não se tratar de custódia, contraria a lei natural. No segundo caso, é uma pena, pois é um dano infligido pela autoridade pública, em vista daquilo que foi julgado, por essa autoridade, como transgressão da lei. (HOBBES, 2012, p.251-252).

Ainda, na mesma ideia:

> (...) a punição de inocentes contraria a lei natural que ordena a equidade, que significa a distribuição equitativa da justiça: quando um inocente é castigado, essa lei deixa de ser respeitada. (HOBBES, 2012 p.253)

A estrita vinculação com o princípio da presunção de inocência também estabelece que o castigo aplicado sem prévia condenação não pode ser compreendido como pena, na medida em que essa última deve resultar do julgamento da autoridade pública competente:

> (...) os danos provocados pela autoridade pública sem a condenação pública anterior não podem ser classificados como penas, mas como atos hostis, já que o fato pelo qual o homem é punido deve ser previamente julgado pela autoridade pública como transgressão da lei. (HOBBES, 2012, p.248).

Hobbes também critica a legitimidade de acusações consubstanciadas em testemunhos provenientes de práticas tortuosas, pois, em tais circunstâncias, o acusado confessaria determinado fato apenas para livrar-se do suplício empregado:

> (...) não são válidas como testemunhos as acusações feitas sob tortura, pois a tortura é empregada como meio de conjetura e esclarecimento num exame

> posterior ou na busca da verdade, quando a confissão contribui para aliviar o torturado, e não para informar seus torturadores. Esse testemunho, portanto, não é válido, pois o torturado, para preservar sua vida, poderá prestar um falso testemunho (HOBBES, 2012, p.116).

De fato, a crítica de Hobbes ao uso da tortura desvela preocupação com a busca da verdade real e não com a dignidade de quem é submetido ao suplício. Exemplo disso é fato de considerar como penalidade legítima a imposição de trabalhos forçados (HOBBES, 2012, p.252), prática que desconsidera por completo as condições tortuosas inerente a tal penalidade, uma vez que impostas em contextos de restrição de movimentos, atividades incessantes, alimentação em quantidade escassa e ausência de outras necessidades inerentes ao mínimo de qualidade de vida. Porém, não podemos desconsiderar que há em sua fundamentação teórica referência expressa a limitações do exercício do poder punitivo invocadas até os dias de hoje.

Logo, concordamos com a análise de Bobbio (1991, p.60), quando ressalta que não se poderia atribuir à Hobbes o papel de precursor de ideias liberais, pois, em nenhum momento ele manifestou simpatia pelos interesses da classe burguesa em ascensão, tampouco obscureceu seu caráter conservador e busca incansável a fundamentos que justificassem a criação de um poder soberano e indivisível, visto que a liberdade conduziria os homens à ruína. Porém, os escritos de Leviatã, no que tange às leis penais, indicam sua preocupação com a limitação do poder punitivo, também quanto à desvinculação entre crime (dado jurídico) e pecado, e, também, em relação ao princípio da anterioridade da lei penal (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2012, p.110-111).

Concluímos que Hobbes enquanto conservador preocupou-se em desenvolver um poder soberano indivisível e irrenunciável. Se por um lado atribuiu poder desmedido ao soberano com o objetivo de evitar a corrosão das estruturas do estado e, por consequência, o retorno ao estado de natureza, por outro equivocou-se ao não estabelecer limites ou instrumentos de contenção desse poder. Nas palavras de Bobbio (1991, p.51) “Falta totalmente nas obras de Hobbes uma teoria do abuso de poder”. Em relação às leis penais estabelecidas em Leviatã, verifica-se que essas, embora privilegiassem o aspecto retributivo da pena, necessitavam de previsão prévia que legitimasse sua existência, caracterizando a essência do princípio da legalidade. Além disso, também se evidencia a concepção da presunção de inocência.

Assim, não podemos desconsideramos que no projeto teórico hobbesiano o exercício do poder punitivo está vinculado a postulados ainda caros ao processo penal contemporâneo, quais sejam: o princípio da legalidade, na medida em que a lei civil deveria expor as violações consideradas injustas por parte do soberano, reduzindo certa zona de arbitrariedade por parte do detentor do poder; respeito à presunção de inocência, pois, a condenação (prisão ou custódia) aplicada ao súdito inocente não corresponderia a pena propriamente dita, mas sim a ato hostil, violadora da lei natural; e vedação da prática de tortura, pois, em certo viés utilitário, não atingiria ao fim objetivado de busca da verdade, pois, o supliciado poderia obscurecer a verdade para fins de cessar o suplício.

Por fim, ainda que o caráter retributivo da pena tenha maior repercussão, é relevante atentar, em *Leviatã*, a existência de argumentos que serviram de base para análises posteriores, especialmente no que se refere à obra de Beccaria, como analisaremos nos tópicos seguintes.

3 Beccaria e o Sistema Penal

A obra *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764, é reconhecida pela precursora defesa da humanização do processo penal. O tratado tem como objetivo apresentar nova estrutura para o exercício do poder punitivo, uma vez que não se mostrava suportável presenciar o silêncio dos pensadores da época diante de suplícios que se convertiam em espetáculos públicos de vingança e arrogância humana (BECCARIA, 2011, p.24). Segundo Bobbio (2006, p.40-41), Beccaria foi um dos principais expoentes do iluminismo e sua contribuição esteve relacionada à produção de um direito liberal, especialmente no que se refere ao âmbito penal.

As normas produzidas a partir da experiência do magistrado poderiam ensejar aplicações arbitrárias aos cidadãos, mostrando-se necessário, segundo Beccaria, a limitação deste poder, mediante a observação das regras produzidas pelo poder legislativo, cujo controle seria realizado pela separação de poderes e representatividade (a partir da teoria da separação de poderes de Montesquieu). De acordo com Neder (1996, p.201) e Gomes (2014, p.4), as ideias desenvolvidas na obra *Dos Delitos e Das Penas* possuem estreita relação com o iluminismo, especialmente com as ideais produzidas por Montesquieu, Voltaire, Diderot, D'Alambert, Locke, Hume e Rousseau.

Dos Delitos e das Penas foi escrito com declarada intenção de extirpar os abusos praticados pelo sistema absolutista, no qual juízes (e soberanos) utilizavam o direito penal como instrumento de poder, aplicando penas desmedidas e tortuosas (NEDER, 1996, p.201-202). Segundo o filósofo liberal, a única forma que romperia com o arbítrio do exercício punitivo, com o uso de ordens obscuras, sentimentos, paixões particulares e com o notório flagelo de liberdades individuais no seio do processo penal seria a legalidade: "Só com boas leis podem impedir-se tais abusos" (BECCARIA, 2011, p.23). Beccaria expôs a teoria do silogismo, qual seja, de que a função dos juristas seria, apenas, concluir a resposta a partir do que estava exposto na lei. A atividade do julgador não era um raciocínio, nem mesmo deveria criar novas percepções jurídicas, mas tão somente aplicar uma premissa maior sob o caso concreto, premissa menor (BOBBIO, 2006, p.41).

A filosofia humanista entendia que o direito penal não estava vinculado à aplicação da pena, mas sim ao uso deste saber como instrumento legal para defender a sociedade do crime, pois "[...] Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela *necessidade* ou *utilidade* da pena e pelo princípio da legalidade" (BARATTA, 2011, p.30).

Assim, dentre as principais premissas estavam o uso da razão para o desenvolvimento da legislação; a certeza da aplicação da punição para aqueles que violassem os termos do contrato social; o utilitarismo como instrumento garantidor de máximo bem-estar à sociedade; e a legalidade como forma de proteção das liberdades dos cidadãos. Tratava-se de uma

> "[...] formulação pragmática dos pressupostos para uma teoria jurídica do delito e da pena, assim como do processo, no quadro de uma concepção liberal do estado de direito, baseada no princípio utilitarista da maior felicidade para o maior número, e sobre as ideias do contrato social e da divisão de poderes" (BARATTA, 2011, p.33).

O grande mérito de Beccaria não foi, especificamente, a inovação quanto ao tema abordado, uma vez que suas concepções repercutem os ideais defendidos por Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Locke e, como visto, em Hobbes. Sua principal contribuição esteve no fato de produzir uma obra sistemática, em linguagem acessível, estimulando que a população, os teóricos e os

operadores jurídicos da época exigissem a reformulação do direito penal e de suas práticas inquisitoriais (BITENCOURT, 2008, p.39; ANDRADE, 1997, p.48).

Conforme sintetiza Luisi (1998, p.2):

> A "pequena grande obra" Dei delitti e delle pene - marca o início de um novo direito criminal. O Direito Penal da legalidade, da pessoalidade da pena, do tratamento humanitário dos encarcerados etc. Ademais combate com intransigência devota a tortura. E marca, ainda, a sua presença na história, de forma indelével, pois Beccaria foi a primeira voz, em milênios de anos da história do homem e quando havia já decorrido 18 séculos da era cristã, em sua obra aparecida em 1764, de contestação à pena de morte.

Para Beccaria, no mesmo sentido abordado por Hobbes, o direito de punir emergia da necessidade de se comprimir o exercício desenfreado de paixões, interesses e vontades. A aplicação do poder punitivo justificava-se porque os homens naturalmente viviam sob a incerteza do estado de guerra e não se conformavam com os bens e recursos que possuíam. Logo, utilizariam sua força para usurpar o que pertenceria aos mais fracos. Percebe-se, portanto, que Beccaria também partiu das formulações apresentadas por Hobbes e, a partir delas, defendeu a certeza da aplicação da punição como forma de garantir o equilíbrio e a razão de ser do contrato social. O uso da pena passou a ser certo, porém, proporcional ao fato praticado e de acordo com a definição prévia da lei (BECCARIA, 2011, p.26/30).

> A separação entre direito e ética, e uma formulação estritamente legal da idéia de culpa criminal, através de uma conexão rigorosa com um dado juridicamente definido, já havia sido elaborado por Hobbes: "Um crime é um pecado, implicando responsabilidade (por ato ou palavra) sobre o que é proibido por lei, ou pela omissão do mandado por ela. De modo que todo crime é pecado; mas nem todo pecado é crime".1 Hobbes ainda considerava o julgamento moral sobre a ação humana, mas sua esfera de aplicação era agora claramente diferenciada dos atos puníveis pela lei. Esta separação era facilitada pelo princípio de que "nenhuma lei, feita depois do fato praticado, pode torná-lo um crime; porque se o fato for contra a lei da natureza, a lei era anterior ao fato; e uma lei positiva não pode ser conhecida antes de ser feita; e, portanto, não pode ser obrigatória". Neste ponto, Hobbes aplicou o princípio de não-retroatividade para a lei penal. Este princípio foi veementemente defendido por Beccaria e incorporado ao Artigo XIV da Constituição do Ano III e na Allgemeines Landrecht prussiana. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2012, p.110-111).

O caráter de anterioridade da lei penal, definindo o crime e a pena que seriam aplicados, tinha o objetivo de proteger a liberdade e os direitos do cidadão, o qual não se sujeitaria à incerteza do arbítrio do soberano e do julgador. Beccaria acreditava que a previsão legal evitaria a ocorrência do crime, a prévia existência da lei (escrita de forma clara para ser compreendida pelo povo) contribuiria para a reversão da intenção criminosa; além disso, não seria interpretada no momento de sua aplicação, pois o juiz não tinha a responsabilidade de legislar no caso concreto, sua função consistia, apenas, em enquadrá-la na situação concreta apresentada (BECCARIA, 2011, p. 28/32).

Em uma primeira análise, verifica-se que Beccaria defendeu a impossibilidade de acusações secretas no contexto de um Estado que se intitulasse comprometido com a liberdade do cidadão, sustentando que processos baseados em acusações secretas, e que permitissem a livre interpretação por parte do juiz (o qual se colocava ao mesmo tempo na função de acusador), ensejaria a aplicação

[1] Os autores citam trecho da obra *Leviatã* de Hobbes.

do poder punitivo de acordo com os sentimentos, paixões e vontades particulares, desmerecendo a própria natureza do contrato social (ANDRADE, 1997, p.49-50; COUTINHO, 2001, p.18-24).

No entanto, segundo Rusche e Kirchheimer (2012, p.116-117),

> A burguesia só favoreceu a severidade da ação punitiva através da lei quando a própria ordem social estava ameaçada. Quando tal ameaça não era sentida, a liberdade, essencialmente a liberdade de ir e vir para as classes altas, implicando uma vantagem indireta para as classes subalternas, não poderia ser restringida. É a certeza da punição, mais do que a severidade, que é novamente enfatizada nas conclusões de Beccaria. [...] Julgamentos públicos, livre escolha de um advogado, proteção contra o encarceramento ilegal, supressão da tortura, normas definidas para provas; todas essas demandas foram feitas em nome da humanidade e do progresso humano, visando o benefício de todas as classes igualmente. Porém, a experiência mostrou que os efeitos dos novos procedimentos diferiram bastante entre as várias classes, a despeito de uma certa tendência para o crescimento de garantias gerais. Isto serviu para proteger, entre outros, aqueles membros da burguesia e da aristocracia que eram menos protegidos, de forma a dar-lhes garantias contra entraves em sua liberdade de movimento e, também, facilitar-lhes suas atividades pouco reputáveis. As classes subalternas, de outro lado, raramente podiam desfrutar da máquina judicial complicada criada pela lei tanto para elas quanto para os ricos, por não disporem do saber ou dos recursos econômicos necessários.

Desta forma, importante refletir que os ideais defendidos por Beccaria estavam associados, não só a limitação do poder de punir do estado, mas, também, à intervenção do direito penal de forma não igualitária, visto que sua incidência estava atrelada aos acontecimentos que ameaçassem os ideais e interesses políticos da burguesia. A igualdade proposta por Beccaria estava associada a uma questão formal, visto que os cidadãos não eram tratados da mesma forma pelas normas penais, não tinham acesso igualitário às garantias processuais e aos mecanismos de limitação do poder punitivo (NEDER, 1996, p.202). Assim, embora a construção humanista/iluminista do processo tenha desenvolvido argumentos teóricos para limitação do estado penal, a partir da noção de legalidade e proporcionalidade das penas, tal concepção liberal do processo (e do direito) penal também está atrelada a relações de poder que não privilegiam a proteção igualitária dos direitos fundamentais civis.

4 Legalidade e o Processo Penal

Atualmente, a legalidade deve ser compreendida em diversas ângulos, trata-se não só da previsão anterior do delito e da pena a ser aplicada na hipótese de condenação, mas da própria clareza e determinação conceitual do tipo penal incriminador, das penas a serem aplicadas e das regras processuais (LUISI, 1999, p.111; NILO, 2013, p.67). Assim, a partir de tais premissas, quais seriam os principais reflexos para a noção contemporânea de um processo penal que se intitule humanitário?

Suanes (1999, p.133) entende que o julgamento justo relaciona-se com a oportunidade de o acusado ser ouvido durante o desenvolvimento do processo, de ser-lhe oportunizado respeito às garantias processuais e que tenha espaço para apresentar sua versão dos fatos. De acordo com Tucci (1993, p.1-2), o processo justo relaciona-se com a noção de devido processo legal, garantia que tem sua origem na Magna Carta, em 1215, e objetiva a paridade de armas e a igualdade substancial das

partes no âmago do processo. Assim, o processo penal deve ser compreendido a partir da noção do devido processo legal. Isto é, como o conjunto de garantias que estabelecem o direito ao acesso à justiça penal, contraditório, ampla defesa, motivação das decisões, tratamento paritário dos sujeitos processuais, imparcialidade, publicidade dos atos, presunção de inocência e trâmite do processo em um prazo razoável (TUCCI, 1993, p.1).

Segundo Giacomolli (2014, p.12-15), o processo penal humanitário, relaciona-se com as normas constitucionais e internacionais de direitos humanos. Embora o princípio da legalidade seja a espinha dorsal, pois todas as condutas puníveis e sanções devem estar previstas no ordenamento jurídico, mostra-se indispensável o reconhecimento do paradigma convencional em complementação ao movimento de constitucionalização do processo penal. A atual metodologia hermenêutica, utilizando-se expressão do autor, exige respeito às normas de direitos humanos elencadas nas declarações internacionais e as interpretações produzidas pela corte regional de direitos humanos.

Parte-se, portanto, de um sistema processual que contempla na pessoa humana o seu núcleo substancial, com o objetivo de produzir um processo penal que levará em consideração (além das garantias processuais sistema processual pátrio e a essência instrumental do processo) o conteúdo das normas internacionais de direitos humanos (tratados internacionais, opiniões consultivas, decisões das cortes), a fim de complementar a constitucionalização do processo penal (GIACOMOLLI, 2014, p.12-14).

A leitura de Hobbes e Beccaria permite concluir que a principal contribuição da noção de legalidade para a construção (ou compreensão) de um processo penal (que se intitule) humanitário estaria atrelada à tentativa de privilegiar a segurança jurídica, o conhecimento das condutas que seriam criminalizadas pelo Estado, circunstância que daria ciência ao indivíduo dos limites para exercício de sua liberdade e, por consequência, proporcionaria segurança quanto aos procedimentos do processo penal, limitando a atuação do Estado e resguardando espaço para exercício do direito de defesa.

Ao unirmos tais concepções às lições contemporâneas do processo penal, pode-se afirmar que a legalidade permitiria a definição de procedimentos, direitos, garantias e limites; instrumentalizaria (no sentido de dar precisão jurídica) as ferramentas técnicas acessíveis ao acusado; delimitaria de que maneira as acusações deveriam ser apresentadas, quais as provas admissíveis, dentre outras questões. A legalidade, portanto, não se relacionaria, apenas, com o aspecto de anterioridade da lei que criou ou alterou um delito e sua pena, mas, também, com as regras do "jogo" processual, ao colocar, como aspecto central, a condição humana dos sujeitos, pois

> Se é o respeito pela dignidade da pessoa que fundamenta uma doutrina jurídica dos direitos humanos, esta pode, da mesma maneira, ser considerada uma doutrina das obrigações humanas, pois cada um deles tem a obrigação de respeitar o indivíduo humano, em sua própria pessoa bem como na das outras. Assim também o Estado, incumbido de proteger esses direitos e de fazer que se respeitem as obrigações correlativas, não só é por sua vez obrigado a abster-se de ofender esses direitos, mas tem também a obrigação positiva da manutenção da ordem. Ele [Estado] tem também a obrigação de criar as condições favoráveis à pessoa por parte de todos os que dependem de sua soberania (PERELMAN, 1996, p.401).

No entanto, conforme as críticas de Rusche e Kirchheimer (2012, p.116-117), o sistema penal liberal está vinculado a interesses de liberdade e igualdade que não comportam a totalidade dos cidadãos. Ainda que existam normas que limitem a intervenção do poder de punir, os órgãos

responsáveis por sua aplicação seguem os interesses sociais e políticos da classe dominante, a administração da justiça exerce suas funções aplicando penas severas àqueles que não estão enquadrados no ideal da classe dominante.

> Os Hammonds mostraram que os magistrados rurais tornaram-se os agentes mais efetivos no sistema de repressão, do qual o proletariado não podia se proteger, por ser ainda muito fraco. Na prática judicial, os direitos civis fundamentais – a que todo cidadão inglês estava juridicamente sujeito – eram negados aos pobres, principalmente por meio do abuso das leis contra a vadiagem. A situação política colocou, portanto, a administração judicial nas mãos das classes proprietárias. O poder da gentry era desproporcionalmente grande, mas eles viam na administração da justiça criminal o interesse comum de todo o estrato superior da sociedade. (Rusche e Kirchheimer, 2012, p.118)

O iluminismo tentou demonstrar a importância da legalidade como limitador do exercício do poder punitivo (exigindo a previsão anterior dos crimes e penas, bem como o uso da proporcionalidade para a punição), porém, não afastou o caráter vingativo e violento do processo penal, ao contrário disso, apenas legitimou e sistematizou a sua aplicação (FOUCAULT 2012, p.110; PIRES, 2003, p.40-47). A existência de uma legislação penal, estabelecendo previamente os delitos a serem punidos e o procedimento a ser seguido, não é garantia de igualdade ou de proteção à intervenção do estado punitivo. No sistema penal existem espaços que obscurecem a violação da lei por parte de uns, em detrimento da punição exasperada a outros. Como salienta Foucault (2012, p.35),

> Só uma ficção pode fazer crer que as leis são feitas para ser respeitadas, a polícia e os tribunais destinados a fazê-las respeitar. Só uma ficção teórica pode fazer crer que subscrevemos uma vez por todas às leis da sociedade à qual pertencemos. Todos sabem, também, que as leis são feitas por uns e impostas por outros.

Assim, as garantias processuais penais, embora previstas na teoria liberal do direito penal, estão vinculadas a uma noção universalista e de igualdade formal, isto é, não têm o condão de proteger os cidadãos que não participam da classe dominante; não há interesse em proteger bens jurídicos dos diferentes seguimentos sociais, mas apenas os ideais de liberdade e propriedade.

Nas palavras de Carvalho (2014, p.13) "A violência genocida e seletiva do sistema penal não se caracteriza, portanto, como uma espécie de resto medieval (pré-moderno) que tende a ser suprimido pelas instituições da modernidade", ou seja, embora tenha sido uma das promessas da modernidade entregar limitadores ao exercício do poder de punir, uma vez que os escândalos inquisitoriais se tornaram insuportáveis aos olhos dos cidadãos, tratou-se, na verdade, de se desenvolver novo mecanismo para justificar a punição de forma mais eficaz, mas, de maneira menos agressiva aos olhos da comunidade.

O ponto está em compreender que "Violência e sistema penal se confundem; não são opostos, são o mesmo; constituem-se como uma unidade totalitária" (CARVALHO, 2014, p.13), ainda que se intente justificar sua existência de maneira garantidora e não violadora de direitos humanos. O sistema criminal abriga diversas restrições aos direitos humanos de sua clientela, seja pelo caráter seletivo de seu exercício, que permite uma aplicação desigual do mesmo, seja porque em sua estrutura desenvolvem-se diversas formas de violência, que indicam o caráter simbólico do direito penal e sua incapacidade de promover os fins para o qual se propôs (BARATTA, 1993).

5 Legalidade e o direito de defesa

Segundo Giacomolli (2014, p.77), a defesa pode ser abordada a partir de duas perspectivas. A primeira no sentido lato de que o seu exercício se relaciona com o respeito aos direitos (e garantias) do juiz natural, imparcialidade do julgador, contraditório, ampla defesa, fundamentação das decisões, publicidade dos atos processuais, presunção de inocência e tempo razoável, ou seja, com a noção de devido processo legal. A segunda, no sentido estrito de defesa ampla e plena, cujo conteúdo é preenchido pelas seguintes garantias: ser ouvido ou direito à audiência, acesso aos procedimentos, direito de estar presente (*right to be present*), direito de entrevistar-se com o defensor, presença de intérprete, legitimação recursal do próprio réu, direito à última palavra, direito à informação, obrigatoriedade e efetividade da defesa técnica, faculdade da autodefesa e exigibilidade de condição de correspondência.

Ao levar-se em consideração que a defesa deve ser compreendida como o elemento mais importante em um sistema acusatório, pois é a garantia de contraditório efetivo das provas e alegações (FERRAJOLI, 2002, p.490-491), faz-se importante ponderar que o princípio da legalidade não é suficiente para garantir um processo penal de garantias, visto que I) o direito é um instrumento de poder (SANTOS, 2008, p.13-14; ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.58-62; COUTINHO, 2001, p.45-48; LOPES JUNIOR, 2015, p.71-72); e II) o respeito às regras processuais depende, principalmente, da presença e da atuação comprometida, combativa e vigilante do defensor (FERRAJOLI, 2002, p.490-491; LOPES JUNIOR, 2007, p.390).

O movimento humanista do processo penal exigiu um tratamento justo ao processado, que não deveria ser acusado arbitrariamente ou preso em masmorras como se animal fosse, pois, o direito penal seria um instrumento necessário para manter o equilíbrio do contrato social. Porém, não se pode esquecer, que tal movimento não deu espaço às classes subalternas ou aos cidadãos que não tinham condições de arcar com os custos de um defensor (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2012, p.118), circunstância que ainda se mostra evidente no atual sistema de justiça brasileiro, principalmente ao levarmos em consideração a seletividade e desigualdade inerentes à justiça criminal (SINHORETTO, 2014, p.403; MELLO, 2016).

Por exemplo, não basta que todo o indivíduo submetido aos efeitos do processo penal tenha o direito subjetivo a um processo penal de garantias, com os crimes previamente estabelecidos na legislação, com as regras do jogo taxativas, se a defensoria pública de sua localidade, ou o advogado responsável por sua defesa, não possuir condições de se comunicar com o acusado em tempo hábil para construção da tese defensiva; se tais profissionais não estiverem à disposição para atendimento daqueles que necessitam deste serviço nas instituições punitivas; ou, quando disponíveis, o assistido não compreender os termos e a dinâmica do processo por precariedade das informações transmitidas, situações que inviabilizam o exercício do direito de defesa; ou, ainda, se diante de tais ilegalidades, o julgador não se insurgir a ponto de compactuar com os efeitos de uma defesa formal, com um processo que ultrapasse o limite razoável de duração e de restrição ilegítima da liberdade (MELLO, 2013, p.39-52; MELLO, 2016).

A crítica de Rusche e Kirchheimer, quanto à oferta desigual das garantias de um direito penal racional no contexto histórico iluminista, amolda-se ao processo penal brasileiro, pois, considerável parcela dos processos criminais, principalmente no que tange à execução da pena, são administrados por advogados dativos ou defensores públicos que desconhecem a realidade enfrentada pelo assistido, o que impede a comunicação efetiva entre o jurisdicionado e o julgador

por falta de estrutura (e, em alguns casos, ineficiência) do órgão defensivo, inserindo-se, o acusado, na perspectiva de uma defesa formal, na qual os prazos são cumpridos, mas os direitos fundamentais, em sua maioria desconsiderados (RUDNICKI, 2001, p.2; PRADO, 2005, p.67; MELLO, RUDNICKI E SCHOREDER, 2015; MELLO, 2016).

Assim, ainda que noção de legalidade tenha como objetivo limitar o poder punitivo, a justiça dos homens é parcial e, por isso, o processo penal jamais conseguirá cumprir sua promessa de justiça. O direito ao contraditório e à ampla defesa são elementos fundamentais para amenizar o escândalo do processo, mas, o estabelecimento prévio das condutas delitivas, dos procedimentos processuais, não é suficiente para garantir que o processo penal atinja uma forma justa e imparcial. Nas palavras de Carnelutti (2013, p.107) "As misérias do processo penal são aspectos da miséria fundamental do direito."

6 Considerações finais

Atribui-se a Beccaria o feito de sistematizar, em única obra, as importantes críticas feitas ao sistema penal inquisitorial, ao defender uma concepção liberal de direito, fundada no dogma da legalidade estrita. Ou seja, de que o direito penal deveria estar escrito na lei, limitado a partir da atividade legislativa, sem qualquer abertura que permitisse a interpretação arbitrária ou inovação legislativa por parte dos órgãos aplicadores, principalmente no que se refere ao papel do julgador. No entanto, não se pode desconsiderar que em Hobbes já existiam críticas substanciais quanto à forma arbitrária que o poder punitivo era exercido, inclusive no que se refere à necessidade de anterioridade da lei penal.

Hobbes sistematizou regras que exigiam a prévia definição dos crimes eleitos pelo soberano, privilegiou a anterioridade da lei penal, repudiou a condenação prévia praticada pela autoridade pública (ao considerar que a antecipação da pena era ilegítima, concepção que se relaciona com a atual noção de presunção de inocência) e repeliu atos praticados por juízes ou autoridades não escolhidos pelo Estado, uma vez que, o julgamento realizado por autoridade incompetente, rompia com a noção de legalidade (semelhante à garantia do direito ao juiz natural).

Assim, é relevante perceber que em Hobbes já tínhamos fundamentos para o desenvolvimento de um processo penal com garantias. Destarte, em Beccaria, presenciou-se a sistematização de toda a concepção racional e humanista de seu tempo, construção que ainda se mostra atual quanto a alguns pontos, principalmente no que se refere à importância de um tratamento digno ao acusado, vedação de procedimentos tortuosos e da pena de morte. Porém, importante refletir que os ideais defendidos por Beccaria estavam associados, não só a limitação do poder de punir do estado, mas, também, aos interesses e ideal político da burguesia.

A igualdade proposta por Beccaria estava associada a uma questão formal, visto que os cidadãos não eram tratados da mesma forma pelas normas penais, não tinham acesso igualitário às garantias processuais e aos mecanismos de limitação do poder punitivo. Assim, embora a construção humanista do processo tenha desenvolvido argumentos teóricos para limitação do estado penal, a partir da noção de legalidade e proporcionalidade das penas, tal concepção liberal do processo (e do direito) penal também está vinculada a relações de poder que não estabelecem proteção igualitária aos direitos fundamentais civis.

Ademais, além de o direito de defesa relacionar-se diretamente com a legalidade, em face da definição das regras que regerão o debate processual, sua plena efetivação depende da

intermediação do defensor e da atuação atenta do julgador, que não devem compactuar com práticas violadoras das garantias processuais. Isto é: não basta que, em face da legalidade, racionalidade e humanidade, o estado defina previamente os crimes, penas e procedimentos processuais, deve-se promover o pleno acesso do acusado ao defensor e que este possa exercer seu postulado em paridade de armas com o órgão acusatório. De nada serve uma noção humanista e racional do processo se nas instituições punitivas o defensor não estiver à disposição para atendimento adequado de quem necessita deste serviço; ou, quando disponível, o assistido não compreender os termos e a dinâmica do processo por precariedade das informações transmitidas, inviabilizando o exercício amplo de sua defesa.

Por fim, embora a noção de legalidade tenha reflexos importantes para o processo penal, no sentido de delimitar procedimentos, crimes e penas, não se pode desconsiderar que o direito penal, ainda que necessário em certa medida, não é suficiente para garantir a civilidade entre os seres humanos, fazendo-se pertinente a reflexão de Carnelutti (2013, p.42-43), em Misérias do Processo Penal, uma vez que a sociedade é a responsável pela ausência de respeito e violência inerentes ao processo penal.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos: entre a violência e a violência penal. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v.6, n.2, p.44-61, abr./maio/jun., 1993.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: 2013.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 7. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CAMPOS, Pedro Marcelo Pasche de. A violência oculta: uma análise da importância do segredo no processo inquisitorial. *Discursos Sediciosos*: Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, 1997. v.2, n.3, p.41-47.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Nilobook, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias:* uma leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO. As permanências autoritárias no sistema punitivo brasileiro e a práxis de resistência da criminologia crítica. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, n.262, p.12-14, set. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). Crítica à teoria geral do direito processual penal. *O papel do novo juiz no processo penal.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão:* Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, Penalidade e Prisão*. Ditos e Escritos, vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. 40.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função Garantista do Princípio da Legalidade. *Revista dos Tribunais*, ago. 2000, vol. 778, p.476-486.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O Devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal. *Boletim IBCCRIM,* São Paulo, n.262, p. 4-5, set. 2014.

HOBBES, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. 562 p.

JARDIM, Afrânio Silva. Bases Constitucionais para um Processo Penal Democrático. *Revista dos Tribunais*, out. 1985, vol. 40, p.100107.

LOPES JUNIOR, Aury. Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In: CARVALHO, Salo (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.371-405.

LUISI, Luiz. Direitos Humanos: repercussões penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 21, jan. 1998. p.1-5.

LUISI, Luiz. Um novo Conceito de Legalidade Penal. *Revista Ajuris Especial*, jul. 1999, p.110-117.

MELLO, Priscila Vargas. *Defensoria Pública:* Construindo as Faces do Acesso à Justiça na Execução da Pena. 2013. 98 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Centro Universitário Ritter dos Reis, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2013.

MELLO, Priscila; RUDNICKI, Dani; SCHROEDER, Simone. Acesso *à Justiça Penal: Reflexões sobre a atuação da defensoria pública do Rio Grande do Sul.* In: Sociology of law on the move, 09 mai. 2015, Canoas, Brasil.

NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. *Discursos Sediciosos:* Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, 1996, ano I, n.1, jan./jun., p.191-206.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Revista Novos Estudos*, n. 68, março, 2004, p. 39 e ss.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda Coutinho. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROSA, Alexandre Morais da. A Superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial. In:PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo. *Processo Penal e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.1-26.

RUDNICKI, Dani. Acesso à justiça penal: cifra oculta da criminalidade e defesa efetiva do acusado. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 1, n. 7, p. 57-66, abr/jun, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* Tradução de Gizlene Neder. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal:* Parte Geral. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
SINHORETTO, Jacqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Orgs.). *Crime, Polícia e Justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014. p.400/410.

SORELL, Tom. Hobbes. In: BUNNIN, Nicholas e TSUI-JAMES, E. P. (Orgs.). *Compêndios de filosofia*. São Paulo: Loyola, 2002. p.529/538.

SUANES, Adauto. *Os fundamentos Éticos do Devido Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. Devido Processo Penal e Atuação dos Sujeitos Parciais. *Revista de Processo,* vol.69, p.91, jan. 1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro:* parte geral. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THE MODERN HUMAN RIGHTS DISCOURSE: A CONSTRUCTION THAT JEOPARDIZES ITS OWN VALUES AND EFFECTIVENESS

Nicole Berto Silveira,
Master of Law; *nicoleberto@gmail.com*

Priscila Vargas Mello,
Master of Law; *priscilavargasm@gmail.com*

Abstract:

In a world of political and economic instabilities, the role of human rights discourse should be seen as neutral, solid and coherent towards the preservation of the individuals' life and dignity. However, this article aims to promote a debate about the modern interpretation of what emerged as the man's *natural law*, and today is the foundation of a transnational and highly complex structure: the international humanitarian system. Through a critical literature review, this work combined arguments proposed by Habermas and Arendt, with the morphological structures of the state, rights of the man and sovereignty, and the Kantian view of *cosmopolitanism*. This article's main objective is to highlight discrepancies between the theory and practice of human rights discourse, demonstrating the dilemma of duality that abases this system's effectiveness. Yet, the present work found and sustains that human rights discourse may fail where it aims to universalise and promote civil rights as inherently human rights, which ultimately disregard sovereignty, people's self-determination and, in numerous cases, contributes to the destabilisation of institutions and international relations.

Keywords: Human Rights Discourse. Effectiveness. Right to Protect. Realism. International Politics.

1 Introduction

> *Finally,* third, *the difficulty comes from the fact that not only the idea but also the very process of 'foundation' is essentially and irreducibly* antinomical — *that is, destined to contradict itself, to turn around into the* negation of the principle *that it institutes.* (Balibar, 2004: 314)

On the contrary of what it may appear, Balibar's exert refers not specifically to the human rights discourse itself – but to the universalism that civic rights has been pursued by Western forces, as if it was inherently human rights. Undoubtedly, the conceptualisation and protection of human rights is essentially complex. The morphological foundation on power and the aspiration for universalism possibly are the greater sources of dilemmas of human rights discourse. Nevertheless, these can also be interpreted as non-innate problems of human rights, but, yet, the product of political tendencies over states' legitimacy and sovereign-expansion.

Perhaps, the most complex challenge of a 21st century society is the concentration of human rights within states' advocacy, rather than in their own limitation (Western and Goldstein, 2011: 48-

9). The liberalisation of human rights' theories (a secular source of political institutions and policies) indeed contributed to the recognition of freedom and dignity as inseparable aspects of all human beings. It was through this discourse that many societies could breach absolutist systems and tyrannical governments, which is an utmost demonstration that states' legitimacy is built upon peoples' sovereignty (Hinchman, 1984).

No individual would argue, as pointed by Meister (2011: 2), that a transnational system for prosecution of the human rights' violators is something negative to the humanity. On the other hand, human rights discourse encounters failure where it assumes a state-centric perspective of protection. Or, further, when the discourse of human rights becomes a tool of *realpolitiks*. It ultimately provides a morally legitimised reason for one sovereign unity to infringe individuals' fundamental rights, through the justification of its own protection (Meister, 2011: 5-9).

Nowadays, it is commonly accepted that the containing concept of *human rights* in the Universal Declaration of Human Rights (1945) is almost dissociated – or perhaps beyond – from the original conception of human dignity or natural rights, as it emerged from the Enlightenment (Forsythe, 2006: 07). And even though its unquestionable roots are in universal human values, cases such as the allowance (or the lack of interference) of the international community in the Rwanda, Somalia and Kosovo genocides, as well as the on-going conflicts at Syria, lead societies to a serious enquire: has the discourse of human rights been turned into 'an empty formula that summarizes a catalogue of individual, unrelated human rights?' (Habermas, 2010: 466).

Therefore, the present article will argue that the contemporary struggles in the protection of human rights can be attributed to the states appropriation of human rights discourse, rather than to a flawed discourse structure itself. Such appropriation may disconnect human rights discourse from individuals' centred policies, and thus create a ground for the use of humanitarian actions based on Realism principles. As consequence, human rights' promotion strategies have often been connected with the widening of international political instabilities, which are the paramount condition to the violation of human rights.

This work provides a critical literature review of relevant works that were published regarding the hypothesis. After a historical contextualization of human rights discourse in relation to its ontology and the *cosmopolitanism*, the arguments will be explored firstly through a critical differentiation of human rights and fundamental rights; thirdly, the article presents a debate on the *Right to Protect* (R2P) principle, in relation to the risk of systematic use of humanitarian intervention as method for interfering in others states' domestic affairs. And lastly, it will be debated how the alignment of human rights discourse with universal civil rights, and the liberal-democratic logic, has also contributed to the broadening human rights discourse dilemma, once it loses the individualisation of rights to an institutionalised system, which aims to protect its structures, development and the will of the majority.

2 From human-centric to state-centric system

Contrasting the actual perception of human rights discourse, the evolution and promulgation of human rights' principles worldwide were only possible due the narrow relationship it established with the emergency and expansion of liberal politics. In the moments that preceded the Enlightenment, Renaissance philosophers encountered in the human-centric vision a new perception of society, which could improve the mobility of the medieval stagnated classes. Particularly

explored in Black's work (2006), the confluences on Italy's social context in the thirteenth-century, centred in the attempt of a working class to have a space in the socio-political scenario, were essential to the development of philosophies grounded in the essence of individual human beings.

The concept of human dignity was early connected with the senses of freedom and social justice, enhancing the role of individuals in community as an end in themselves, and not as mere pieces of a socially-stratified machinery (Kelman, 1977: 532-3). Such lessons became consecrated in the social contract theories, from the works of John Locke and Thomas Hobbes. These theories incorporated a classical view of men as a communal being, and therefore its existence as such is related to a social and political telos (Moyn, 2010: 18-22), and the preservation of humans' natural rights required the existence of a common institution, able to guarantee its exercise and freedom: the sovereign state. It is not to say that human or natural rights' existence were conditioned to the creation of a moderating power, but it does imply that, without the protection from a neutral force – the state – natural rights would be subjected to the inherently conflictive human nature. It is through the violence's monopole, vigilance and punishment that states gained legitimacy to intervene in the lives of the ruled; and it is through the constituent power, on the other hand, that states became subordinated to the limits of the Rule of the Law.

At this point, precisely, lays an important critique proposed by Hanna Arendt through her work The Origins of Totalitarianism (1976). Arendt outlines a parallel between forms of governments and the ideology of tyranny, which could be perfectly adapted to the reality of current Western democracies worldwide: "Arbitrary power, unrestricted by law, wielded in the interest of the ruler and hostile to the interests of the governed, on one hand, fear as the principle of action, namely fear of the people by the ruler and fear of the ruler by the people, on the other – these have been the hallmarks of tyranny throughout our tradition." (ibid: 461). Based on that premise, amongst others, Arendt claims that the human rights discourse needed to identify another source of legitimacy rather than the states' vigilance over individual liberties, since it materially contains the morphology of totalitarian governments (ibid: 135-7). As interpreted by Isaac (1996) from Arendt's lessons, the utmost foundation of human rights in the communal living extracts the natural rights of every human individually considered and, more importantly, when 'infringing the rights of one, you infringe the rights of all' (Arendt, 1973: 106 cited in Isaac, 1996: 62).

But nor Arendt, nor other philosophers of the history of human rights deny the important transition that arose from humanistic thoughts. The rupture with the feudal system, the absolutism and slavery, the limitation of states' power by the law, the recognition of social aspects as indispensable to the human freedom, the right of peoples' self-determination, the evolution of sciences and the dissemination of knowledge, within other important changes, allowed individuals to acquire a political status in the community that was beyond the homo utility in the conservation of the system. Arguably, the dilemmas of human rights discourse emerged in the transition from the nineteenth to the twentieth-century, as the widening of natural rights in the states domestic matter claimed the insurgence of 'of a new [model of] sovereign or a new state rather than a move beyond sovereignty and state altogether' (Moyn, 2010: 23).

One important problem originated during the transition rests in the relationship between discourse-universality and sovereignty. This argument is approached by Kant, in his definition of cosmopolitanism (Fine, 2009: 10-11), in which he affirms the universality of human rights was paved in the Western politics agenda and its post-Industrial Revolutions, the American Revolution and the subsequent promulgation of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, in France. The revolutions approached human rights, states and political systems to such a depth that it materially suppressed the formal source of the first. As argued by Habermas (2010: 478), the human

dignity foundation of human rights lost its representation when individuals are not inserted in the political system – whether such right to participation is formal or factual, and being the last the most problematic in the international system. For Habermas, in fact, the moral discourse of human dignity deployed an important role in the connection of civil and human rights, through the latter's universalism principle, which 'gives rise to the explosive fusion of moral contents with coercive law as the medium in which the construction of just political orders must be performed' (ibid: 479). It might be possible, notwithstanding, based on such close approximation between human rights and civil rights, that the human rights discourse encountered its main dilemma: does it work for progress in liberal terms, or does it aim human protection regardless the political agenda?

3 Human rights *versus* fundamental rights

The evaluation of progress under the light of liberalism may indicate that human (or fundamental) rights must be allied to the promotion of civic and communal rights, as already pointed by Harbermas. However, it is essential to highlight these rights do not correspond to same instances of protection or legitimacy. One is generally perceived as an international paramount of rights inherent to human beings regarding their humane condition; another is part of a sovereign political plan, which aims to limit states' power over individuals – and, therefore, it regards to each state's juridical order. As sustained by Fine (2006), it was through the Enlightenment that the rights of the man acquired a universalistic perspective, which remarked the birth of the 'modern political state' (ibid: 10) and the cosmopolitan view of human rights. On the other hand, Alexy (2006: 29-30) teaches that when these rights are institutionalized, incorporated by the states on a hierarchical level, they become the so called fundamental rights.

At this point, Alexy's lesson (2006) deploys an essential role to the comprehension of why fundamental rights and human rights (as the Rights of the Man) should not be addressed as being genuinely the same. Although it is not necessary to deepen this debate to the foundations of human rights and fundamental rights, the very characteristic of universalism, present in both systems, provides an important path to its necessary differentiation. Whereas in the international system, the universalism of human rights regards to the right of every man to be treated with dignity due its humane condition, inside sovereign states this universalism is related to the general entitlement of the population to the rights constitutionally established, in addition to those internationally protected. The scope of rights contained in the Universal Declaration of Human Rights (1948), article 22 and the following, indicate the 'revolution' suffered by the international system, which have transitioned from the moral principles to a legally binding status of a relative sovereignty, in fact meant to reduce the risks towards development on liberal terms (Fine, 2009: 15-17).

The increasing sense of world-society, supported by the principles of globalisation, also possibly contributed to an international moral duty of response to human rights' violations in general (Gould, 2009: 25). Evolving from the principles of cosmopolitanism to the actual existence of an international humanitarian system, states became more permeable to transnational policies, whether to promote or solve human rights issues, or to comply with the Western democratisation agenda. The view, which claims the Rule of Law is only possible through certain constitutional model, has been promoting a counterfeit discourse that suggests an almost impossible dissociation of both structures. And even though there is a stronger, or yet a more reliable connection between democracy and human rights, the possible use of human rights discourse as means to (forcibly)

democratise or liberalise sovereign states would arguably violate the principle of self-determination of the people. This duality certainly foments the dilemma of human rights' protection, as it narrows the gap between humanitarian actions and realism-based diplomacy.

4 Realism and the Right to Protect (R2P)

The Western part of the globe has been consistently demonstrating its capacity of expanding, promoting and protecting human rights worldwide – mainly from the support in the implementation of liberal democratic systems (Ishay, 2004: 324, 327). The commitment of freeing societies from inhuman governments was soon assumed as principle and duty by prosperous countries, such as the United States. The universalistic projection of human rights provisioned the implementation of international institutions based in Western politics, with the aim of preserving and propagating this discourse as the means of sustaining the world's peace (Forsynthe, 2006: 34).

In 2004, the principle Responsibility to Protect (or 'R2P') raised as the material source of legitimacy to the expansion and protection of human rights, even though remarking a set of sovereignty issues (Western and Goldstein, 2011: 48-9). However, concerns regarding the politics of structural realism confronted the accidence of the R2P principle, since it has been seen as the predominant characteristic of states' interactions in the international anarchical system. For structural realism, uncertainty is the key-word; and whether states perform offensively or defensively, the military posture constitutes a threat that can hardly be overcome (Montgomery, 2006). For that reason, thus, the use of human rights discourse in pro-interventionist programs arguably assumed an 'intimidation' appearance – not only for states effectively violating its citizens' human rights, but also for states that do not follow the globalisation agenda.

For Bellamy (2008), the unclear division between non-consensual military intervention and the humanitarian aid is a relevant source of concern. As explains the author, states themselves are maintaining a realism-based position in relation to the responsibility to protect principle, citing the example of 2008 Cyclone Nargis' case – allegedly used by France as an argument to persuade the UN Security Council to support a compulsory humanitarian intervention at Myanmar/Burma (Bellamy, 2008: 617). According to The Economist article (2008), the French request was negatively criticized by Eastern countries, as it implied the widening of the R2P principle to embrace also natural disasters (since it was de facto originally conceived for ceasing extreme human rights violations and threat to the world's peace). Commonly referred by academics, the scepticism around the R2P principle is being connected to its unsuccessful application-cases, fomented by the United States-led invasion of Iraq. Twelve years after this invasion, it is apparently unison for the international community that the reasons portraying the intervention were many, but not humanitarian (Roth, 2004: 14).

Yet on Iraq's case, the assumed neoliberal discourse, in the aim of protecting United States economy in the globalised scenario, led oppositioners of Bush's government to cite the petrol-provision as the conflict's real cause (Zunes, 2009: 100). Without approaching this argument specifically, Roth (2004) highlights the hazards caused by the United States with this intense military action against Sadam Hussein's regime. Since the denial of the Security Council to support the invasion due a lack of expressed humanitarian commitment, the Iraq invasion lost its reliability progressively (Foot, 2005). Nowadays, the devastating backlash effect caused by this invasion remains destabilizing the Iraqi politics (Shanker, 2007: 262-263); and after the overthrow of Sadam

Hussein's government, the democratization of the country is being seen as a utopic goal by the international community. Thus, not only the impairment of Iraq state within its domestic instance was responsible for several human rights violations; the invasion itself promoted series of crimes against humanity (infringed by both military troops and the domestic armed groups) that, perhaps, would have not gone that further if other diplomatic measures were taken, rather than intervention. Once the international community established the universality of human rights as the main aspect of its discourse, the reconnection of human rights with the natural sense of human dignity is an imperative duty. Otherwise, human rights violations would not mean individual protection, but merely a case of national security (Isaac, 1996: 68).

5 Universalism of civil rights

In fact, realigning the predicaments of human dignity with the discourse of human rights could be effective if applied in inverse logic of liberalism, as the inclusion of several (civic) rights in the realm of human rights status is a relevant source of its inconsistency. In a discussion on whether it is possible a universal *human civic rights*, Balibar (2004) explores the complex theoretical approach of Habermas regarding the *foundations of the system of rights*. Without extending the explanation into the Kantian *versus* Russeauist duality, Balibar effectively remarked a fundamental point to the present discussion: there is a competition between the Rights of Man and the popular-sovereignty systems; in other words, there is a simultaneous process of *self-determination* and *mutual recognition of rights* (*ibid*: 315).

Although it is apparently mere abstraction, to recognize a formal source of rights is a central matter for human rights discourse. In the first glance, the appreciation of sources provides a clearer identification of social-groups, which shall characterise a state. As referred by Mills (1998: 57-58), the *myth* of nationalism can be comprehended as *political principle where the political unit and the national unit are joined*. Ultimately, it confers a sense of unity that otherwise would have supported the social-stability. In this context, individual affairs became levelled at the interest of the community, through the application of the liberal logic of sovereignty realization. Even though there is not a clear causal-relationship, the historical observation of human society demonstrates that individual's allocation in community is generated by causes that are beyond the state unit or sovereignty (Mills, 1998: 61). And identity-based conflicts within these units were substantially responsible for violations of human rights, such as ethnic cleansing and genocide.

The transnationalism of these identity-base conflicts is a consequence of what Gould (2009: 30-31) describes as *affectedness principle*: the access to global information normally supports a request for recognition or cross-border support, through an *input* of a democratic value. However, Gould also highlights that this *democratic input* is not necessarily requested to a maximum level, but specifically for solving a conflict. This is contrasted by the international order principles, which not only classifies human dignity as inherent to the rights of citizenship (Kelman, 1977), but it also legitimise a set of humanitarian interventions that generally promotes a collision between states, otherwise perceived as a collective-unit (Kuperman, 2008: 52). In this sense, Kuperman explores the *moral hazards of humanitarian interventions*, once they broadly affect the community-unit and disregard individual aspects of ethnical conflicts. In fact, the author argues that this state-centric approach does not reflect the reality in the majority of conflicts; the international intervention is

outlined to intercede on states as if they were the perpetrator of crimes, but examples such as the Holocaust proved to be an exception to the rule.

The modern world has demonstrated that insurgencies normally take place within the sovereign unit – and thus, the entire community cannot be treated as automatically supporting the conflict. The current situation of Syria illustrates the vulnerability of the intervention system (Strategic Comments, 2012): fomented by the dilemma, a) humanitarian intervention can either provoke adherence or retaliation by the local population; b) clashes will possibly be conducted to wider scales; c) the likelihood of peace-agreement can be reduced to minimum chances; d) and the intervention can even favour rebels' tactics (Kuperman, 2008: 51). Adopting a critical perspective, in addition to the high number of currently active legal-interventions, the subjugation of human rights discourse to the implementation of democratic principles constitutes another important source of dilemma to the concretization of human rights itself. Interventions are often endowed with a set of strange values for the whole community; meanwhile, democratic politics imposes a crucial limitation in the individualization of rights through the rule of the majority, as criticized by Ishay (2004: 184).

It is not to say, however, that humanitarian interventions should be banned from the human rights policies. Indeed, the international protection of individuals is an essential tool to the preservation of human rights within domestic borders, possibly under the *new sovereignty* concept suggested by Mills (1998: 163-5). What it is been proposed, nevertheless, is an expropriation of human rights discourse from states' international affairs. As Rancière (2004: 309) explored the reasons behind the change from Rights of Man to Human Rights, he concluded that the reassessment of the Rights of Man depends not only in the return to the ethical origin of sovereign state, but yet to a 'state of exception', with *no completion of any essence of the political*. Here complemented by Habermas (2010: 478-9), being the human rights inherent to every human by nature, a transnational system of human rights is already contradictory within its arguments; the 'dissemination' of human rights endorsed by the rights of citizen is a normative action fuelled with moral content. It is, hence, an argument to endangered and impoverished civilizations to take part in the affluent international system. It suggests, lastly, that the human rights discourse can benefit states with the progress of first-world policies. The problem of this perspective, however, is the shift of *telos* in the humanitarian actions, or in the human rights discourse itself: from individuals to majorities.

6 Conclusion

The interconnectivity of human rights discourse and modern liberal politics is already beyond the pale. Unilateral humanitarian military interventions became an acceptable medium of diplomacy, even though when it lacks from support of the majority in the international community, whilst the decisions from United Nations Security Council have been regarded as highly political rather than humanistic. On contrary of what has been suggested by the international community, structural issues on human rights discourse may not constitute the major source of dilemma. Whereas, it is the politicization of human rights that has contributed to the deflagrated scepticism in the international humanitarian system. The modern application of human rights discourse is being routinely estranged from its very conception of human dignity, which originally funded the Right of Man. The transnationalism, which characterises the 21st century society, deeply affected human

rights protection, as the re-shape of the concept of sovereignty is creating a path for the external manipulation of states' domestic affairs grounded in the realism doctrine.

The international community may engage in a progressive lack of confidence on human rights mechanisms, such as international organisations and humanitarian interventions. This mistrust is further fomented by the conjugation of natural rights and the rights of citizenship, mostly due the universalism principle that is evidently essential to human rights, but contestable in the realm of political and social rights. The unification of both set of rights in the same activism policy led the inclusion of human rights discourse in the security agenda of states – threats to the established political order became also a matter of human rights' jeopardy. The embrace of this logic can be seen as responsible by the utmost depersonalisation of human rights as the supreme esteem of one's life.

Hence, it became possible the infringement of individual rights and suppression of human dignity to the protection of states as institutions, which have been possible through the enactment of liberal-democratic values as *condition sine qua non* to the concretization of human rights discourse. This article, however, contests this misinterpretation of human rights discourse as means to conquer a communal wealth. State-centric human rights' policies are hazardous to human rights discourse, once democracy is not essentially connected with individualism of rights, but the rights of the majority that is ultimately represented by a state, even more when it regards to the international order.

The discourse of human rights became a tool for promulgation of prosperity, growth, wealth of nations as if it would automatically eliminate human rights problems, such as ethnic conflicts, religious conflicts, corruption, criminality, economic inequality, etc. It is unquestionable that political, economic and social stability are aspects of societies able to guarantee fundamental rights, but such stability must emerge in processes from within. The imposition of systems not only violates sovereignty and self-determination of the people, but it often also disrupt or deepen the instabilities that favours massive violation of rights, wars and peoples' displacement – precisely the core issues the humanitarian system face today. Finally, as suggested Rancière (2004: 309): *I think that we had rather leave the ontological destiny of the human animal aside if we want to understand who is the subject of the Rights of Man and to rethink politics today, even if out of its very lack.*

References

Arendt, H., 1976. *The origins of totalitarianism*. New York: Harcourt.

Alexy, R., 2006. Discourse theory and fundamental rights. In: Menéndez, A. J. and Eriksen, E. O. eds. *Arguing fundamental rights*. Dordrecht: Springer, 15-29.

Balibar, E., 2004. Is a philosophy of human civic rights possible? New reflections on equaliberty. *The South Atlantic Quarterly*, 103 (2-3), 311-322.

Bellamy, A. J., 2008. The responsibility to protect and the problem of military intervention. *International Affairs*, 84 (4), 615-639.

Black, R., 2006. The origins of humanism. In: Mazzocco, A. Ed. *Interpretations of renaissance humanism*. Boston: Brill, 37-71.

Forsythe, D., 2006. *Human rights in international relations*. 2nd edition. Cambridge: Cambridge University Press.

Fine, R., 2009. Cosmopolitanism and human rights: radicalism in a global age. *Metaphilosophy*, 40 (1), 8-23.

Foot, R., 2005. Human rights and counterterrorism in global governance: reputation and resistance. *Global Governance*, 11, 291-310.

Gould, C. C., 2009. Structuring a global democracy: political communities, universal human rights and transnational representation. *Metaphilosophy*, 40 (1), 24-41.

Habermas, J., 2010. The concept of human dignity and the realistic utopia of human rights. *Metaphilosophy*, 41 (4), 464-480.

Hinchman, L. P., 1984. The origins of human rights: a Hegelian perspective. *The Western Political Quarterly*, 37 (1), 7-31.

Isaac, J. C., 1996. A new guarantee on Earth: Hanna Arendt on human dignity and the politics of human rights. *The American Political Science Review*, 90 (1), 61-73.

Ishay, M., 2004. *The history of human rights*. Berkeley: University of California Press.

Meister, R., 2011. *After evil: a politics of human rights*. New York: Columbia University Press.

Kelman, H., 1977. The conditions, criteria and dialectics of human dignity: a transnational perspective. *International Studies Quarterly*, 21 (3), 529-552.

Kuperman, A. J., 2008. The moral hazard of humanitarian intervention: lessons from the Balkans. *International Studies Quarterly*, 52 (1), 49-80.

Mills, K., 1998. *A new sovereignty? Human rights in the emerging global order*. London: Macmillan.

Montgomery, E. B., 2006. Breaking out of the security dilemma: realism, reassurance, and the problem of uncertainty. *International Security*, 31 (2), 151-185.

Moyn, S., 2010. *The last utopia: human rights in society*. Cambridge: Harvard University Press.

Roth, K., 2004. War in Iraq: not a humanitarian intervention. In: Human Rights Watch. *World report 2004: human rights and armed conflict* [online]. Available from: http://www.hrw.org/legacy/wr2k4/download/wr2k4.pdf [Accessed 11 April 2015].

Rancière, J., 2004. Who is the subject of the Rights of Man? *South Atlantic Quarterly*, 103 (2/3), 297-310.

Shanker, T., 2007. Iraq. In: Gutman, R, Rieff, D. and Dworking, A. eds. *Crimes of war: what the public should know*. 2nd edition. New York: W. W. Norton & Company, 260-267.

Strategic Comments, 2012. *Syria: foreign intervention still debated, but distant.* Available from: http://dx.doi.org/10.1080/13567888.2012.733845 [Accessed 18 April 2015]

The Economist, 2008. To protect sovereignty, or to protect lives?. *The Economist Newspaper Limited* [online]. 15 May 2008. Available from: http://www.economist.com/node/11376531 [Accessed 15 April 2015].

United Nations, 1945. *The universal declaration of human rights*.

Western, J. and Goldstein, J. S., 2011. Humanitarian intervention comes of age: lessons from Somalia to Libya. *Foreign Affairs*, 90 (6), 48-59.

Zunes, S., 2009. The US invasion of Iraq: the military side of globalization. *Globalizations*, 6 (1), 99-105.

ANÁLISE HERMENÊUTICA DO NOVO TESTAMENTO: REFLEXÕES SOBRE A HOMOSSEXUALIDADE NOS DISCURSOS BÍBLICOS

Adilson Cristiano Habowski[2]
Graduando em Teologia - UNILASALLE Canoas
adilsonhabowski@hotmail.com

Guilherme Mendes Tomaz dos Santos[3]
Doutorando em Educação - UNILASALLE Canoas
guilherme.santos@unilasalle.edu.br

Resumo:

O presente artigo versa sobre as manifestações homofóbicas influentes na sociedade e de como os paradigmas cristãos, basilares na construção da cultura ocidental, exercem domínio na moral e no modo de pensar a homossexualidade entre os sujeitos, obstando muitas vezes no combate à homofobia. Assim sendo, este trabalho, proveniente de uma pesquisa bibliográfica, objetiva perceber como os discursos bíblicos sobre a homossexulaidade e suas condenações pelo paradigma cristão-religioso estão presentes no Novo Testamento. Deste modo, utilizou-se o método qualitativo, com objetivo exploratório pautado numa abordagem histórico-crítico para a interpretação bíblica. O material de análise da investigação foi os textos do Novo Testamento, em Epístola aos Romanos, 1ª Coríntios e 1ª Timóteo. A seleção desse *corpus* investigativo ocorreu devido estar presentes discursos de gênero nestes textos. Assim sendo, para a análise dos dados utilizou-se a técnica de análise hermenêutica. Tendo-se como principais resultados da investigação, concluiu-se que: a) em Epístola aos Romanos a homossexualidade é entendida como um desvio natural do ser humano; b) em 1ª Coríntios a relação homossexual é entendida como pecado; c) em 1ª Timóteo, a homossexualidade tinha múltiplos sentidos, dentre eles o abuso da relação entre homens. No entanto, ressalta-se que é mister compreender que estas são passagens históricas e que tais compreensões podem ou não repercutir no meio social. Destarte, espera-se que este estudo possa contribuir para o campo das Ciências Humanas e que possa repercutir na reflexão acerca da diversidade e questão de gênero, além de impulsionar novos estudos, de modo a potencializar a maior compreensão sobre os distintos entendimentos acerca da orientação sexual.

Palavras-chave: Orientação Sexual. Hermenêutica. Novo Testamento.

1 Considerações iniciais

[2] Acadêmico do 7º semestre do Curso de Teologia da Universidade La Salle (UNILASALLE/Canoas). Bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Integrante do Grupo de Pesquisa "Núcleo de Estudos da Tecnologia da Educação - NETE" coordenado pela Profª. Drª. Elaine Conte.

[3] Doutorando em Educação pela Universidade La Salle (UNILASALLE/Canoas) com Estágio de Pesquisa Doutoral realizado na Direção de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidad La Salle México (ULSA). Bolsista pela UNILASALLE. Mestre em Educação pela mesma instituição com período sanduíche realizado na ULSA. Atualmente é Professor do Departamento de Matemática e do Curso de Pedagogia na UNILASALLE. Vice-Líder dos Grupos de Pesquisa "Práticas Educativas e Indicadores de Qualidade da Educação" e "Pedagogia Universitária: fundamentos e modos de efetivação para à Educação Superior Lassalista".

Tentar relacionar a questão da homossexualidade com a possibilidade de novas hermenêuticas é trilhar por um caminho com muitas direções e bifurcações, bem como ambíguo e controverso, visto que são poucas as pesquisas aprofundadas sobre o tema. Entretanto, isso serve de impulso para as pesquisas, pois, segundo Habermas[4] "pelo fato de não sabermos se é dada a possibilidade de sucesso, devemos ao menos tentar. Sentimentos apocalípticos não produzem nada, além de consumir energias que alimentam nossas iniciativas".

Conforme a tradição, são diversos os textos bíblicos em que ainda são considerados como personificações de símbolos e condutas morais e culturais. A atribuição de propriedades emblemáticas a eles facilitou sua utilização para fins religiosos, culturais, espirituais, políticos e socioeconômico. Um consenso popular, quase que comum na nossa sociedade, no que diz respeito a *verdades* implícitas e autorizadas presentes nos textos para fazer condenação aos homossexuais, indicam sua representação, interpretação e em consequência, utilização como de fato autênticos, inerentes, e, portanto, tornando-se como poderosos documentos culturais.

A interpretação dos textos bíblicos continua a suscitar em nossos dias um grande interesse e provoca importantes e grandes discussões, adquirindo novas dimensões neste século. O processo de elaboração dos texto bíblicos é um processo historicamente complicado, que envolveu vários sujeitos em diversas épocas. Pode-se afirmar que a elaboração do texto bíblico, abrangendo o velho e o novo testamento, compreende um período de 700 a 1000 anos. Devemos ter compressão de que a concepção cultural aos quais os autores bíblicos pertenciam é totalmente diferente de nosso contexto atual.

Por exemplo, as línguas originais nas quais os textos foram escritos são hebraico, aramaico e grego, assim muitas elaborações linguísticas daqueles sujeitos são estranhas para o campo científico. Como não temos conhecimento profundo destas línguas originais, nos deparamos com o primeiro desafio: a tradução. Além de levar em consideração a concepção sobre viver e estar no mundo, entendimento de história e valores morais, eram totalmente diferentes, não podendo nos dias de hoje julgá-los a partir de parâmetros culturais modernos, conforme o desenvolvimento ocidental.

Devemos também ter em mente que os textos autográficos, não são os textos que temos em mãos, possuímos apenas cópias de cópias de cópias e ainda, traduções de traduções. Isto nos deve levar a assumirmos a responsabilidade de que, mesmo após da conclusão do processo de interpretação, por mais cuidadoso que venha a utilizá-lo, não podemos dizer que chegamos para uma verdade absoluta. Para nos auxiliar neste processo hermenêutico, adota-se os princípios fundamentais do método histórico-crítico, que em formato clássico, adquiri tais compromissos:

> E um método *histórico*, não só porque ele se aplica a textos antigos — no caso, aqueles da Bíblia — e estuda seu alcance histórico, mas também e sobretudo porque ele procura elucidar os processos históricos de produção dos textos bíblicos, processos diacrônicos algumas vezes complicados e de longa duração. Em suas diferentes etapas de produção, os textos da Bíblia são dirigidos a diversas categorias de ouvintes ou de leitores, que se encontravam em situações de tempo e de espaço diferentes.É um método *crítico*, porque ele opera com a ajuda de critérios científicos tão objetivos quanto possíveis em cada uma de suas etapas (da crítica textual ao estudo crítico da redação), de maneira a tornar acessível ao leitor moderno o sentido dos textos bíblicos,

[4] HABERMAS, Jürgen. **Passado como futuro**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993. p. 94.

> muitas vezes difícil de perceber. Método analítico, ele estuda o texto bíblico da mesma maneira que qualquer outro texto da antiguidade e o comenta enquanto linguagem humana. Entretanto, ele permite ao exegeta, sobretudo no estudo crítico da redação dos textos, perceber melhor o conteúdo da revelação divina. (PONTIFÍCIA COMISSÃO BÍBLICA)

Esta hermenêutica nos conduziria a um dos paradoxos mais irônicos da história da humanidade. Durante todos estes séculos, na perspectiva cristã do ocidente, os homossexuais foram vítimas justamente por esta falta de hospitalidade, sendo condenado pela própria Igreja, tornando-se vítima de perseguição, tortura e inclusive mortes. Numa perspectiva hermenêutica, o verdadeiro crime de Sodoma e Gomorra continua se repetindo diariamente.

Sodoma fica marcado como símbolo do mal e da depravação em que o povo havia chegado e não como expressão do pecado concreto da homossexualidade. A convergência de compreender "o pecado de Sodoma com a homossexualidade é muito tardia, aparece no fim do séc. I, por influência e obra de escritos apócrifos. Apoiando-se nesses escritos começou a se fazer logo um uso exagerado e parcializado dos textos da Bíblia" (FORCANO, 1996, p.375). A Bíblia mal se ocupa da temática da homossexualidade, não oferecendo a ela um tratamento detalhado, não distinguindo entre o que pode ser uma homossexualidade ocasional que serve para designar apenas as pessoas que, de que algumas maneiras básicas ou imperiosas sentem-se inclinadas psicológica e emocionalmente a sujeitos do mesmo sexo.

Portanto, com toda probabilidade, o que a Bíblia condena é a consumação de atos homossexuais por sujeitos que são heterossexuais. Esse comportamento que é mais ou menos deliberado resulta pelo que se supõe a utilização e menosprezo em relação ao próximo, de violência, de afastamento da norma heterossexual. Aliás, a temática da homossexualidade só recentemente foi objeto de investigação científica. Portanto, pode-se afirmar que ela fica como que à margem da tradição enquanto reflexão teológica.

Partindo-se destes pressupostos, emergiu à seguinte problemática de pesquisa: "Como estão sendo abordadas no Novo Testamento as passagens bíblicas que, de alguma forma, remetem à homossexualidade?

Desta forma, teve-se como objetivo geral para o trabalho, perceber como os discursos bíblicos sobre a homossexulaidade e suas condenações pelo paradigma cristão-religioso estão presentes no Novo Testamento.

Na sequência apresenta-se a fundamentação teórica do texto, as análises das passagens bíblicas, as considerações finais e as referências deste artigo.

2 O desvio natural na Epístola aos Romanos

O texto da Bíblia em que se discute a relação homossexual de forma mais extensa é na carta aos Romanos de Paulo, especificamente em 1,18-32. Supõe-se que o versículo 26 alude à relação de lésbicas, enquanto o versículo 27, aos atos homossexuais. Aliás, é o único lugar na Bíblia em que se menciona o sexo entre mulheres. É desse texto que se tira a conclusão de que a relação homossexual não é natural e acarretaria punições. "Mas se considerarmos para quem Paulo estava escrevendo, como ele desenvolveu sua argumentação e com que finalidade, todas estas conclusões parecerão estar erradas" (HELMINIAK, 1998, p. 67).

Segue o texto de Romanos 1,23-32, conforme oferecido por Helminiak (1998, p. 68)

> Mudaram a majestade de Deus incorruptível em representações e figuras de homem incorruptível, de aves, quadrúpedes e répteis. Por isso, Deus os entregou aos desejos (akalharsiá) de seus corações, à imundície, de modo que desonram entre si os próprios corpos. Trocaram a verdade de Deus pela mentira, e adoraram e serviram à criatura em vez do Criador, que é bendito pelos séculos. Amém. Por isso, Deus os entregou a paixões (atimias) vergonhosas: as suas mulheres mudaram as relações naturais (physiken) em relações contra a natureza (para physin). Do mesmo modo também os homens, deixando o uso natural (physiken) da mulher, arderam em desejos uns para com os outros, cometendo homens com homens a torpeza (aschemosynè), e recebendo em seus corpos a paga devida ao seu desvario. Como não se preocupassem em adquirir o conhecimento de Deus, Deus entregou-os aos sentimentos depravados, e daí, o seu procedimento indigno. São repletos (pepleromenous) de toda espécie de malícia (adikia), perversidade, cobiça, maldade; cheios de inveja, homicídio, contenda, engano, malignidade. São difamadores, caluniadores, inimigos de Deus, insolentes, soberbos, altivos, inventores de maldades, rebeldes contra os pais. São insensatos, desleais, sem coração, sem misericórdia. Apesar de conhecerem o justo decreto de Deus, que considera dignos de morte aqueles que fazem tais coisas, não somente as praticam como também aplaudem os que as cometem.

No trecho 1,26-27, o fato de Paulo dirigir-se primeiramente às mulheres e depois aos homens revela-se proposital, a fim de dar maior ênfase em relação aos homens. Paulo mostra a intenção de estar em conformidade com o Criador, com a doutrina bíblica da criação. Nessa ótica, faz uso dos termos *natural* e *contra a natureza* (v. 26). De acordo com Bortolini[5],

> A carta destaca algumas dessas relações pervertidas. A primeira é o homossexualismo feminino e masculino (1,26b-27). De modo geral, no mundo greco-romano daquele tempo a prática homossexual entre pessoas heterossexuais era estimulada e inclusive vista como perfeição. Paulo certamente não tinha o conhecimento que hoje se tem a respeito de pessoas que já nascem com orientação homossexual. Ele detecta perversão entre heterossexuais que se dedicam a práticas homossexuais.

No versículo 21, encontramos: "Pois, tendo conhecido a Deus, não o honraram como Deus [...]". Logo em seguida, nos versículos 23-25, percebemos que o texto faz menção ao pecado da idolatria. Nos versículos 26-27, vemos o abandono do desejo natural em favor de uma vida de prática sexual inadequada. A condenação da Carta aos Romanos era a condenação à experimentação de formas sexuais contra a natureza pelo simples desejo ou busca do prazer, sem a orientação sexual correspondente. Paulo certamente não tinha conhecimento da complexidade da orientação sexual. Portanto, é notório que Paulo condena o relacionamento heterossexual agindo contra a natureza, pois haviam *abandonado*, *deixado de lado* ou *trocado* sua orientação sexual por outra que não lhes pertencia.

O problema fundamental novamente é a idolatria. Quando Paulo falava a respeito de idolatria, referia-se ao culto das estátuas. Elas representavam aspectos do mundo como, por exemplo, a fertilidade, a sabedoria e a cura. A lista de vícios elaborada por Paulo não faz relevante destaque ao sexo, apenas posiciona a homossexualidade como argumento para ilustrar que a idolatria levou a comportamentos contrários à natureza. Paulo queria apenas ilustrar a corrupção da sociedade baseada na idolatria.

---

[5] BORTOLINI, José. **Como ler a Carta aos Romanos**. São Paulo: Paulus, 1997. p. 31.

O contexto das declarações frequentemente citadas por Paulo é o da idolatria. Ele entende que a expressão homossexual resultava da idolatria, mas, em momento algum, afirma que era consequência da ira divina. A passagem descreve a luxúria homossexual, isto é, consumir-se de paixão um pelo outro.

Nessa Epístola, surge a questão do que é *natural*. Podemos analisar que o versículo 26 inicia com a expressão *por isso*. Assim, o que está explícito a partir desse ponto é o resultado das ações humanas descritas nos versículos anteriores. Uma das práticas relacionadas aos cultos idolátricos era a prostituição cultual. Homens participavam de rituais homossexuais, o que justifica a expressão *deixaram a relação natural com a mulher*. Os homossexuais nunca *deixaram a relação natural com a mulher* simplesmente porque isso nunca lhes foi natural. Portanto, constitui um erro utilizar Romanos para fazer tal condenação. A tradução grega para "contra a natureza" é *para physin.*

> Physis é a palavra grega que significa natureza. Ela é a raiz da palavra "física", que significa o estudo da natureza. A forma adjetivada desta mesma palavra, physikos, tem seu equivalente em português no termo "fisíco", significando aquilo que é do corpo. Mesmo em português, palavras com a mesma raiz têm sentidos diferentes. [...] temos bem claro que Paulo não usou a palavra 'natureza' com o mesmo sentido abstrato e genérico que empregamos ao citar "a Natureza e as leis da Natureza". O uso que Paulo fez do termo foi bem mais concreto. Para Paulo, a "natureza" de alguma coisa era sua característica ou tipo particular (HELMINIAK, 1998, p. 69).

O verdadeiro significado, ao estudar os termos gregos, é de que os homens e mulheres estavam envolvidos em práticas sexuais que não eram comuns. Por exemplo, no estudo do termo *para physin*, não há condenação ética alguma realizada por Paulo. Isso se comprova quando outras passagens são levadas em consideração, por exemplo, Romanos 11,24, em que Paulo faz uso dessas mesmas palavras para referir-se a Deus: "Com efeito, se tu foste cortado da oliveira silvestre por natureza e, contra a natureza foste, [sic] enxertado na oliveira cultivada, com maior razão os ramos naturais serão enxertados na oliveira a que pertencem". Paulo utiliza a expressão *para physin* para definir a ação de Deus ao enxertar ramos da oliveira silvestre na oliveira cultivada. Em outras palavras, Deus fez algo que não poderia ser considerado *natural*, comportou-se de modo incomum. "Se agir *para physin* é imoral, então Deus foi imoral – e isto é claramente um absurdo. [...] Uma vez mais, a conclusão é evidente: a Epístola aos Romanos não é uma condenação moral ao sexo entre homens" (HELMINIAK, 1998, p. 72).

> Não há nestas palavras qualquer acepção indicando que as práticas estavam erradas ou eram contrárias a Deus ou iam de encontro à ordem divina da criação, nem que estavam em conflito com a natureza universal das coisas. Segundo o sentido em que Paulo as emprega, estas palavras dizem apenas que aquelas práticas eram diferentes daquilo que normalmente seria o esperado. Ao invés de "não naturais", as palavras para physin em Romanos seriam traduzidas de maneira mais precisa como "não usuais", "peculiares", "fora do comum" ou 'não características'" (HELMINIAK, 1998, p. 71).

Hoje há um grande debate dentro das pesquisas bíblicas, que compreendem *para pysin* com o significado de *contrário à natureza*. Essa expressão foi empregada pela escola estoica de filosofia que, à época de Paulo, já tinha noção de uma lei natural intrínseca ao ser humano. Ao aplicar *para physin* ao sexo, a filosofia afirmava que a finalidade do sexo é a procriação, de modo que fazer sexo sem finalidade procriadora violaria a natureza desse ato. Assim, "[...] se estes atos sexuais não fossem dirigidos à procriação, eles seriam qualificados como *para physin* [...]" (HELMINIAK,

1998, p. 76). Nessa categoria, faz parte, além da relação homossexual, por exemplo, a relação heterossexual durante a menstruação feminina. Quanto à relação sexual que resultasse em procriação, esta era chamada de *kata physin, conforme a natureza*.

3 1ª Coríntios e 1ª Timóteo: relação sexual abusiva entre homens

Dentro do Novo Testamento, dois outros textos fazem menção a relações homossexuais. De acordo com os pesquisadores, dificilmente um vocábulo tem incitado tantas controvérsias no que se refere a sua tradução quanto os termos *arsenokoitai* e *malakoi*. Ocorrendo apenas nos livros paulinos, essas palavras integram listas de pecadores, razão pela qual se torna difícil definir o seu real significado. "A opinião geral é de que se trata de um neologismo criado por Paulo. Essa era uma prática comum nos escritos do apóstolo, a quem se atribuem 179 neologismos, 89 dos quais não foram copiados por nenhum autor posterior[6]".

Em 1 Coríntios 6,9-10[7], de acordo Helminiak (1998, p. 96), a tradução é a seguinte:

> Não vos enganeis: nem os impuros, nem os idólatras, nem os adúlteros, nem os efeminados (oute malakoi oute arsenokoitai), nem os devassos, nem os ladrões, nem os avarentos, nem os bêbados, nem os difamadores, nem os assaltantes hão de possuir o reino de Deus.

O texto de 1 Timóteo 1,9-10, segundo Helminiak (1998, p. 96) diz:

> [...] a lei não foi feita para o justo, mas para os transgressores e os rebeldes, para os ímpios e os pecadores, para os irreligiosos e os profanadores, para os que ultrajam pai e mãe, os homicidas, os impudicos, os infames (arsenokoitai), os traficantes de homens, os mentirosos, os perjuros, e tudo o que se opõe à sã doutrina.

A hermenêutica dessas perícopes depende de duas palavras gregas: *malakoi* e *arsenokoitai*, cujas traduções, por vezes, são amplamente discutidas. "A palavra *arsenokoitês* (forma do singular) é um substantivo composto dos radicais *arsen* ('macho') e *koitês* ('aquele que se deita'). [...] o significado de *arsenokoitai* será, então, 'aqueles que se deitam com machos'" (TORRES, 2012, p. 28). No que se refere à hipótese de o termo *arsenokoitēs* ter sido cunhado por Paulo, Torres (2012, 31-32) expõe, entre outras, a sugestão de que o apóstolo teria tomado como base para isso o texto de Levítico, conforme a versão grega da Septuaginta:

> [...] [Alguns] estudiosos se voltam para o texto de Lv 18:22 e 20:13, passagens que proíbem que um homem se deite com outro, para dar o pano de fundo para o vocábulo do Novo Testamento. O primeiro desses versos afirma meta arsenos ou koimêthêsei koitên gynaikos. Literalmente, o texto diz: "não te deitarás na cama com um macho como com uma mulher". O segundo diz: hos an koimêthêi meta arsenos koitên gynaikos..., "quem se deitar na cama com um macho como mulher...". Nesses dois versos, percebe-

[6] TORRES, Milton. **A Evidência Linguística e Extralinguística para a Tradução de Arsenokoitai**. Revista Hermenêutica, Cachoeira, BA, v. 12, n. 2, p. 25-49, 2012. p. 25.

[7] "Paulo escreveu a primeira epístola aos coríntios por volta do ano 55. Os teólogos conservadores colocam a redação da primeira carta a Timóteo entre 62 e 64, imediatamente antes de sua morte. Os teólogos liberais creem que a carta a Timóteo foi escrita até 85 anos após a morte de Paulo (entre 100 e 150 A.D.), por um escritor desconhecido a quem costumam chamar de 'pastor'." (TORRES, 2012, p. 26).

> se o emprego de palavras que remetem aos radicais de arsenokoitai: arsenos e koitên.

Além do mais, do ponto de vista social, Torres (2012, p. 27) faz esta observação: "As cidades de Corinto, destinatária da epístola de Paulo, e Éfeso, onde Timóteo viva [sic], eram reconhecidos centros das religiões de fertilidade. Em Corinto, adorava-se Afrodite (ou Vênus); em Éfeso, Artemisa (ou Diana)". Dentro da cidade de Corinto, havia um templo da deusa Afrodite, onde ficavam sacerdotisas que, aos finais de tarde, iam à cidade para se prostituírem, cultuando o sexo. Em religiões da Antiguidade, isso era muito comum. A prostituição também era feita por homens, que deixavam os cabelos longos, símbolo da prática, e tinham aspectos efeminados. Aliás, conforme informado por Torres (2012, p. 27) "[...] os sacerdotes de Artemisa eram castrados e vestidos com roupas femininas [...]. Duzentos anos depois de Paulo, Eusébio de Cesareia ainda faz referência à prostituição de mulheres e homens efeminados no culto a Afrodite".

A palavra malakoi, em 1 Coríntios 6,9, foi traduzida pela Bíblia de Jerusalém da seguinte forma: depravados. Em 1 Timóteo 1,10, a palavra arsenokoitai é vertida por pederastas, ou seja, adultos que fazem sexo com crianças. O pecado não está no fato de relacionar-se com homem ou ter características de mulher, mas porque o intuito era de prostituir-se. "É provável, contudo, que a obsessão sexual de outrora ainda prevalecia nesses grandes centros urbanos, mesmo sem a íntima ligação que essas cidades antes desfrutavam com as religiões de fertilidade" (TORRES, 2012, p. 27).

O termo malakoi, cujo singular é malakos, significa literalmente macios e/ou moles. Diante das diversas interpretações bíblicas, o que se pode concluir é que "[...] malakos simplesmente não se refere à atividade homossexual, I Coríntios 6:9 utiliza malakos para fazer uma condenação generalizada da lassidão moral e do comportamento libertino, da luxúria e da lascívia" (HELMINIAK, 1998, p. 99).

> Não há unanimidade de tradução. Malakos é claramente difícil de traduzir, mas, tendo em mente o contexto hebreu que discutimos, relacionado ao Lv 18:22, há uma legítima e clara tradução contextual. Honra era um valor primordial na cultura hebraica, especialmente a honra masculina que era conquistada e preservada por um homem que se comportasse como homem; a masculinidade era honrada e a feminilidade era, por sua vez, depreciada. A fineza ou a efeminação nos homens eram, portanto, efeminação sem qualquer sugestão de comportamento homogenital, era horrivelmente considerada uma 'abominação' (SALZMAN, 2012, p. 306).

O termo *arsenokoitai* aparece na Bíblia apenas em 1 Coríntios e em 1 Timóteo. Seu sentido passa a ser de *deitar-se com*. Isso significa *ter relações sexuais com*; indica, ainda, o parceiro sexual ativo nas relações. Assim, "[...] a tradução literal de *arsenokoitai* seria 'aquele que se deita com homens' ou 'o que dorme com homens' ou ainda, mais especificamente, 'aquele que penetra o homem'" (HELMINIAK, 1998, p. 99). De acordo com Torres (2012, p. 28) na literatura paulina, "[...] quatro contextos principais têm sido propostos para o significado de *arsenokoitai* [...]: exploração sexual (cafetinagem/exploração sexual), pederastia, sexo não consensual entre homens (estupro) ou sexo consensual entre homens (homossexualismo)".

> Um modo feminino de se comportar é, sem dúvida, atuar de forma passiva como uma mulher em vez de ativa como um homem no ato de intercurso sexual (estamos falando aqui de uma cultura do primeiro século de Paulo, não de uma cultura do século XXI, com sua noção mais avançada de sexualidade masculina e feminina), mas isso ainda não significa que o ato

> passivo do intercurso sexual seja o que é condenado. É muito provável que o que é condenado seja a efeminação masculina em quaisquer de suas formas. Essa leitura é confirmada por outra palavra difícil, arsenokoitai, uma palavra bastante incomum, talvez cunhada pelo próprio Paulo. A opinião geral é a de que ela é inspirada pela versão da Septuaginta do Lv 18:22. Se isto for verdade, então Paulo a emprega no contexto dos atos sexuais entre homens, proibidos no Levítico, mas, novamente, isto não significa que são precisamente esses atos homogenitais que são uma abominação. A abominação pode ser, mais uma vez, a depreciação mais geral de um homem que se comporta como mulher. (SALZMAN, 2012, p. 307).

Portanto, pode-se concluir que "[...] malakoi não é um termo que faça qualquer referência à homogenitalidade em particular, mas arsenokoitai, que aparece em dois textos, refere-se a atos sexuais entre homens" (HELMINIAK, 1998, p. 95). No entanto, "[...] a arsenokoitia não pode se referir à condição, propensão ou desejo homossexual porque o termo se limita a ações de um tipo particular [...] ou porque a homossexualidade propriamente dita não era conhecida na antiguidade [...]" (TORRES, 2012, p. 27). Os textos de Paulo, conforme Helminiak (1998, p. 95) "[...] condenam especificamente a luxúria, a lascívia e os atos homogenitais masculinos irresponsáveis, mas não os atos homogenitais em geral".

Observe-se, ainda, o que diz Torres (2012, p.27):

> A despeito da complexidade do tema, é possível chegar a algumas conclusões plausíveis com respeito ao significado da arsenokoitia. A evidência morfológica aponta para o fato de que, mesmo em se tratando de um neologismo, o leitor de Paulo deve ter entendido, sem maiores dificuldades, o sentido sexual de arsenokoitai. A evidência genética sugere que a palavra foi cunhada a partir da LXX. A evidência semântica indica que o vocábulo não tinha um sentido técnico ou limitado, mas que tinha, em vez disso, um significado abrangente. A evidência literária coloca o emprego paulino do termo no subgênero das listas de vícios e no topos das enfermidades ou paixões da alma. E, finalmente, a evidência interna aos escritos de Paulo, especialmente 1 Coríntios, sugere que o apóstolo usou o termo durante uma polêmica contra os coríntios em que sua própria masculinidade estava sendo questionada. Por essas razões, pode-se dizer que a tradução de arsenokoitai por "homossexuais" não é incompatível com a evidência.

Assim sendo, alegar que esses textos fazem condenações à homossexualidade ou às relações homossexuais é partir de uma premissa que não leva em consideração a compreensão sociológica. Porém, diversas versões modernas da Bíblia traduzem arsenokoitai e malakoi de distintas maneiras:8 a primeira já foi interpretada como pervertidos, homossexuais ou pessoas de hábitos infames; a segunda, como meninos prostituídos ou efeminados. Como Helminiak (1998, p. 96) esclarece, "[...] até a Reforma no século XVI e no catolicismo até o século XX, pensava-se que a

[8] "A palavra *arsenokoitai* foi tradicionalmente traduzida como 'sodomitas', uma escolha inadequada porque o termo não guarda relações diretas com o nome da cidade de Sodoma. A New Amplified Bible, de 1958, foi a primeira versão inglesa a traduzir a palavra como 'homossexuais' [...]. Em 1966, a Today's English Version contraiu *arsenokoitai* e *malakoi* em uma única expressão: 'homossexuais pervertidos', decisão que foi seguida pela New English Bible, de 1970. Em 1973, a Nova Versão Internacional propôs 'homossexuais', para 1 Co 6:9, e 'pervertidos', para 1 Ti 1:9-10. A New Standard American Bible simplesmente optou por 'homossexuais' em ambos os casos. A partir de 2005, a Sociedade Bíblica de Portugal também optou pela tradução 'homossexuais', em sua versão em língua moderna. Essas versões recentes inflamaram ainda mais o debate. Sob a alegação de que o termo *arsenokoitai* era um termo novo, fabricado nos primórdios da igreja cristã e sem uso correlato na literatura pagã, muitos estudiosos têm chegado à conclusão de que não se pode ter certeza quanto ao significado pretendido à época [...]. De fato, a palavra não aparece em nenhum texto que não seja cristão ou judaico até o séc. VI [...]." (TORRES, 2012, p. 26).

palavra malakoi significasse ‘masturbadores’. Parece que as traduções da Bíblia vêm se modificando conforme os preconceitos”.

Na sequência, apresenta-se as considerações finais deste estudo.

4 Considerações finais

Este trabalho objetivou perceber como os discursos bíblicos sobre a homossexulaidade e suas condenações pelo paradigma cristão-religioso estão presentes no Novo Testamento. Nesse sentido, analisaram-se as passagens bíblicas do Novo Testamento em 1º Coríntios e 1º Timóteo.

Refletir e compreender sobre a homossexualidade em uma perspectiva bíblica é transcender no sentido interpretativo e de percepção sobre uma determinada sociedade e cultura. Se pararmos para analisar sobre as origens, constata-se que esta orientação orientação sexual é milenar, assim como a heterossexualidade.

No entanto, no sentido da “palavra” o homossexual é entendido como pecador e à homossexualidade como um desvio e que não deve estar junto ao Reino de Deus. Essa percepção perdurou durante muitos anos e, na atualidade, falar na temática parece ser algo comum e deveria ser entendido assim. Todavia, ao longo deste século já foram vistos e registrados inúmeros casos de violência, intolerância e restrição e ferimento aos direitos de liberdade dos homossexuais. É questionável sobre o porquê destes fatos ainda ocorrerem em pleno tempo de uma sociedade do conhecimento globalizada e atenta às novas demandas e questões de temas transversais.

Outrossim, o trabalho de conscientização e formação de uma sociedade mais compreensiva com as diferenças sociais é um processo lento e geracional, visto que a cultura é absorvida de modo interativo e nas relações humanas ao longo do tempo e mudanças nesse contexto levam tempo. Além disso, por muitos anos esse entendimento sobre a homossexulidade perdurou nos discursos familiares, educativos, profissionais, entre outros. A ruptura desse paradigma faz com que possa ser gerada uma resistência aos sujeitos, até que se evolua para o respeito e aceitação.

Nessa premissa,

Com as análises hermenêuticas realizadas ao longo do trabalho pode-se concluir que:

a) a homossexuliadade é condenada nas passagens bíblicas do Novo testamento e entendida como pecaminosa;

b) em Epístola aos Romanos a homossexualidade é entendida como um desvio natural do ser humano;

c) em 1ª Coríntios a relação homossexual é entendida como pecado;

d) em 1ª Timóteo, a homossexualidade tinha múltiplos sentidos, dentre eles o abuso da relação entre homens;

e) a homossexualidade é uma temática que demorará à ser compreendida na sociedade globalizada, em virtude da influência cultural e geracional proporcionada pela Igreja aos seus fiéis;

f) a redução de ferimentos aos direitos de liberdade dos homossexuais precisa ser melhor discutida nos diferentes meios, à partir de uma compreensão histórico-crítica e hermenêutica no âmbito do respeito e tolerância às diferenças de orientações sexuais presentes em nossa sociedade do conhecimento.

Baseado em tais constatações e intentando concluir o texto e não “esgotar” tais discussões, ressalta-se que é mister compreender que estas são passagens históricas e que tais compreensões podem ou não repercutir no meio social. Destarte, espera-se que este estudo possa contribuir para o

campo das Ciências Humanas e que possa repercutir na reflexão acerca da diversidade e questão de gênero, além de impulsionar novos estudos, de modo a potencializar a maior compreensão sobre os distintos entendimentos acerca da orientação sexual.

Referências

BÍBLIA de Jerusalém. Nova ed., revista e ampliada. São Paulo: Paulus, 2002.

BORTOLINI, José. *Como ler a Carta aos Romanos.* São Paulo: Paulus, 1997.

FORCANO, Benjamín. *Nova Ética Sexual.* Tradução de Nelson Canabarro. São Paulo; Musa Editora, 1996.

HELMINIAK, Daniel. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade.* São Paulo: Edições GLS, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Passado como futuro*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

SALZMAN, Todd A. *A pessoa sexual:* por uma antropologia católica renovada. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2012.

TORRES, Milton. A Evidência Linguística e Extralinguística para a Tradução de *Arsenokoitai*. *Revista Hermenêutica*, Cachoeira, BA, v. 12, n. 2, p. 25-49, 2012. Disponível em: <https://www.andrews.edu/library/car/cardigital/Periodicals/Hermeneutica/2012/2012_02.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016.

WEGNER, Uwe. *Exegese do Novo Testamento.* São Leopoldo: Sinodal, 1998.

ANÁLISE HERMENÊUTICA NAS PASSAGENS BÍBLICAS DO ANTIGO TESTAMENTO: O PARADIGMA CRISTÃO-RELIGIOSO FRENTE À HOMOSSEXUALIDADE EM FOCO

Adilson Cristiano Habowski[9]
Graduando em Teologia - UNILASALLE Canoas
adilsonhabowski@hotmail.com

Guilherme Mendes Tomaz dos Santos[10]
Doutorando em Educação - UNILASALLE Canoas
guilherme.santos@unilasalle.edu.br

Resumo:

Refletir sobre a intolerância na contemporaneidade, no que tange à diversidade e orientação sexual, é importante nos diferentes meios sociais, acadêmicos e educativos, uma vez que o "diferente" - entendido pelo senso comum - faz parte e integra a nossa sociedade. Ressalta-se, que essa percepção parece ter origem pautada nos paradigmas cristãos, basilares na construção da cultura ocidental. Tais paradigmas exerceram e ainda exercem domínio na moral e no modo de pensar a homossexualidade entre parte dos sujeitos, contribuindo, por vezes, para a homofobia. Por conseguinte, o presente artigo, decorrente de uma pesquisa bibliográfica, objetiva identificar discursos implícitos e explícitos referentes à homossexulaidade e suas condenações pelo paradigma cristão-religioso presentes nas passagens bíblicas presentes no Antigo Testamento. Para isso, utilizou-se a metodologia qualitativa, com objetivo exploratório e tendo o método histórico-crítico para à interpretação bíblica. O *corpus* investigativo da pesquisa foi constituído pelas passagens bíblicas do Antigo Testamento, em Gênesis e Levítico. A escolha por esta parte da Bíblia no Antigo Testamento se deu em virtude de apenas estes dois textos abordam a temática em tela. Deste modo, para a análise dos dados utilizou-se a técnica de análise hermenêutica. Como principais resultados da pesquisa, concluiu-se que: a) Sodoma em Gênesis foi condenado pela quebra das leis hospitalidade; b) nas passagens de Levítico a homossexulidade era abominada; c) a relação homossexual ainda não é entendida como natural entre o meio religioso. Por fim, espera-se que este trabalho contribua para a reflexão acerca das relações humanas numa perspectiva de abertura à diversidade, estabelecendo-se uma cultura de respeito com o outro que é excluído.

Palavras-chave: Orientação Sexual. Hermenêutica. Antigo Testamento.

[9] Acadêmico do 7º semestre do Curso de Teologia da Universidade La Salle (UNILASALLE/Canoas). Bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Integrante do Grupo de Pesquisa "Núcleo de Estudos da Tecnologia da Educação - NETE" coordenado pela Profª. Drª. Elaine Conte.

[10] Doutorando em Educação pela Universidade La Salle (UNILASALLE/Canoas) com Estágio de Pesquisa Doutoral realizado na Direção de Pós-Graduação e Pesquisa da Universidad La Salle México (ULSA). Bolsista pela UNILASALLE. Mestre em Educação pela mesma instituição com período sanduíche realizado na ULSA. Atualmente é Professor do Departamento de Matemática e do Curso de Pedagogia na UNILASALLE. Vice-Líder dos Grupos de Pesquisa "Práticas Educativas e Indicadores de Qualidade da Educação" e "Pedagogia Universitária: fundamentos e modos de efetivação para à Educação Superior Lassalista".

1 Considerações iniciais

Tendo em vista o anseio de construirmos sociedade mais justa, igualitária, libertadora e emancipadora, livre de qualquer discriminação, é preciso identificar e enfrentar a homofobia através de uma visão histórico-crítica. Nas realidades cotidianas, muitas vezes, a falta de compreensão conceitual alimenta o preconceito no tocante à orientação homossexual. Trata-se de uma abordagem fundamental para os sujeitos em sociedade, visto que, muitas vezes, nossa cultura possui um olhar diferenciado às pessoas homossexuais, inclusive respaldando-se consideravelmente algumas atitudes homofóbicas por meio do discurso religioso-cristão.

Através da leitura da Bíblia, o Cristianismo instaurou verdades que até hoje são tidas como absolutas e que podem repercutir nas relações sociais, políticas e educativas. Em vista disso, os debates para serem postos em prática, necessitam de uma atitude hermenêutica de reconciliação, ou seja, compreender o fenômeno e intervir nele, pautado em ações concretas e científicas.

Com esse propósito, entendeu-se ser conveniente acolher o método histórico-crítico na interpretação bíblica. Portanto, o presente ensaio propõe responder ao seguinte problema: qual a influência do paradigma religioso-cristão na permanência de um pensar homofóbico entre os sujeitos em sociedade? Quais são as possibilidades de uma leitura histórico-crítico das passagens Bíblicas em que se faz condenação da orientação homossexual?

Adota-se, como fio condutor para a análise, uma abordagem hermenêutica voltada à compreensão e interpretação de textos. Para atingir tal escopo, é essencial identificar a hermenêutica como elemento imprescindível para a superação de tabus que ainda hoje se perpetuam nas práxis pedagógicas: "[...] o esforço hermenêutico almeja a apropriação de sentido, pressente em cada documento uma voz silenciada que deve ser novamente despertada para a vida". (HABERMAS, 1990, p. 351).

A hermenêutica faz a tentativa de explicar e interpretar a existência concreta. Ela pressupõe entregar-se ao outro, ao texto, ao diálogo, ao mundo como gama de significados, na busca de sentidos em meio às contradições existentes. Experiência hermenêutica bíblica com o olhar voltado aos preconceitos homofóbicos presentes na sociedade: tal abordagem aponta para o caráter aberto ao diálogo, para um conhecimento que é regulado pela intersubjetividade da prática e por interesses humanos diversificados.

Desta forma, emerge como objetivo geral deste trabalho *identificar discursos implícitos e explícitos referentes à homossexulaidade e suas condenações pelo paradigma cristão-religioso presentes nas passagens bíblicas presentes no Antigo Testamento.*

Assim, a hermenêutica utilizada neste estudo visa a repensar os sentidos contidos em textos bíblicos específicos, de modo que enxerguemos e possamos responder aos desafios que o nosso tempo apresenta. Pensa-se na formação de sujeitos críticos e conscientes como um forte potencial para rupturas de tabus tão vigentes em nossa sociedade. Trata-se de uma reflexão para sair do imobilismo preconceituoso, reconstruindo práticas sociais que expressem a riqueza das identidades pelo diálogo com o diferente.

2 O paradigma religioso cristão frente à homossexualidade

A incitação de diversos discursos avessos à homossexualidade em ambientes cristãos fundamenta-se em uma leitura tendenciosa da Bíblia.[11] O modo pelo qual se lê a Bíblia e se interpretam os textos é a chave para a compreensão de determinadas posturas.

Quando se trata de textos antigos como a Bíblia, as palavras devem ser contextualizadas, já que podem ter um determinado significado para os dias de hoje, e, na época que foram escritas, outros totalmente diferentes. "Para afirmar qual é o ensinamento dado pelo texto bíblico hoje, primeiro é preciso compreendê-lo em sua situação original e então transportar seu significado para o presente." (HELMINIAK, 1998, p. 27). Tal entendimento faz-se importante, como esclarece Helminiak (1998, p. 28) acerca do método histórico-crítico:

> Esta abordagem é considerada "histórica" porque requer que coloquemos o texto de volta em seu contexto histórico e cultural para que possamos decidir sobre seu significado. Esta abordagem é chamada de "crítica" porque requer um pensamento cuidadoso e uma análise detalhada da Bíblia.

Alguns segmentos cristãos afirmam que a Bíblia deve ser entendida literalmente, sem interpretações. Mas interpretar requer extrair o sentido real de um texto. Desta maneira, não pode haver leitura da Bíblia ou de qualquer outra obra sem interpretação. De outro modo, o texto passa a ser apenas um conjunto de palavras. A compreensão das palavras é o que dá sentido ao texto. Assim, não é o suficiente simplesmente ler o texto a fim de encontrar, por exemplo, "[...] o que ele diz sobre moralidade sexual. Seu contexto sócio-histórico original deve ser esclarecido primeiro e, então, o texto pode ser traduzido, interpretado e inculturado em um contexto contemporâneo." (SALZMAN, 2012, p. 38).

A interpretação literal entende o texto conforme o que ele diz, não interpretando. Lê-lo simplesmente como está configura uma abordagem fundamentalista. De acordo com o método histórico-crítico, é necessário compreendê-lo em sua gênese e conduzir seu ensinamento para a contemporaneidade. Para tal, toma-se conhecimento do contexto social no qual o texto foi redigido, procurando a cultura subjacente, o motivo que originou o texto, a possível relação e divergências com os demais textos e autores, além de outras abordagens que se mostrem importantes nesse processo. "Assim, se quisermos entender o que Deus quis dizer, o primeiro passo é compreender o que aqueles autores humanos queriam dizer, pois foi precisamente isso que Deus inspirou." (HELMINIAK, 1998, p. 30).

Wegner (1998, p. 21) destaca algumas das vantagens relacionadas às dimensões histórica e crítica do método:

> [...] leva a sério que os textos bíblicos são expressão da revelação divina à humanidade em situações históricas bem concretas e definidas. Por estarem distantes de nós como intérpretes, estas carecem de estudo e aprofundamento especiais, para que possam ser devidamente entendidas.
>
> Uma análise de textos preocupada com sua gênese histórica e contextual evita a prática prejudicial de extrair sentido de textos de forma seletiva e arbitrária,

[11] A Bíblia, ao longo da história, serviu para comprovar que os brancos eram superiores aos negros e que a escravidão foi estabelecida por Deus (Cf. Gn 9,25-27). A Bíblia não mudou, mas as novas pesquisas científicas e mudanças socioculturais admoestam à abertura para um novo olhar.

> sem consideração do contexto original dentro do qual esse sentido foi inicialmente formulado e aplicado. [...]
>
> O estudo sério e cuidadoso da intenção histórica original dos textos protege-os contra a fácil manipulação do seu sentido por interesses ou interpretações subjetivas ou, então, determinadas por posições ideológicas ou de classe social. [...]
>
> O estudo da evolução histórica dos textos bíblicos nos torna mais sensíveis para a rica pluralidade que representam os seus diversos estágios de conteúdo. [...]
>
> A leitura crítica dos textos pode significar um corretivo sadio para o enquadramento unilateral dos mesmos em certos dogmas ou em doutrinas fechadas. [...]
>
> Uma atitude crítica na interpretação evita falsas harmonizações de posições ou correntes teológicas em tensão ou conflito dentro do cristianismo das origens. A crítica permite-nos uma melhor visão da diversidade e pluralidade de teologias, cristologias e posições assumidas dentro da Bíblia. [...]
>
> A crítica histórica ajuda-nos a entender melhor a Bíblia como livro de expressão de fé, oportunizando uma diferenciação sadia entre o que pode ser considerado como histórico-factual e aquilo que, revestido de forma histórica, procura dar testemunho de verdades criadas e vividas no discipulado.

O estudo científico da homossexualidade é significativamente recente, tendo início no final do século passado. Já é possível destacar que é uma orientação sexual possível, atingindo uma expressiva parcela da população. Tendo presente que a investigação é nova, entende-se que não é possível fazer uso da compreensão sexual da conjuntura bíblica para a contemporaneidade sem a devida crítica. Portanto, quando menciona condutas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, a Bíblia o faz de acordo com a compreensão da época a que está condicionada. Dos relacionamentos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, havia apenas uma consciência restrita ao que poderia ser chamado de homogenitalidade ou relações homogenitais. O que se discute hoje é a homossexualidade e não mais a mera homogenitalidade.

Mesmo que algumas traduções bíblicas mencionem a palavra homossexualidade, ela não era empregada no contexto da redação dos textos originais e traduzidos. O termo homossexualidade foi cunhado em 1869, agregando duas raízes linguísticas: do grego antigo, homos (igual) e, do latim, sexus (sexo). A Bíblia foi escrita há milhares de anos, logo, os escritores não poderiam ter usado uma palavra idealizada na contemporaneidade.

Frente à pequena explanação realizada, seguir-se-á este estudo, sustentado principalmente pelos trabalhos de Daniel A. Helminiak (1998), além de outros interlocutores que tomam como referência diversos textos de pesquisadores de universidades internacionais. Helminiak (1998), sacerdote católico, explica de forma fulgente as passagens bíblicas que geralmente são utilizadas para condenar e oprimir pessoas homossexuais. Todavia, como veremos, não há condenação moral alguma na Bíblia. Portanto, os homossexuais também devem ser acolhidos como filhos de Deus.

Em uma nota, John S. Spong, bispo da diocese de Newark da Igreja Episcopal, referindo-se ao livro escrito por Helminiak, salienta que a obra irá "[...] trazer esperança a muitos que se sentem rejeitados por Deus, e seu livro vai ajudar a Igreja a conscientizar-se de que não pode afirmar ser o Corpo de Cristo se deixar de aceitar todos aqueles que seriam bem-vindos pelo Cristo." (HELMINIAK, 1998, p. 12). Apesar dessa e outras produções a respeito, muitas pessoas, como já foi dito, afirmam que a Bíblia deve ser lida e compreendida sem interpretações, levando apenas em

consideração uma leitura histórico-gramatical. Consequentemente, condenam qualquer indivíduo que se reconheça homossexual.

Pela deficiência de estudos, grande parte das pessoas homossexuais aprendeu que a Bíblia verdadeiramente condena a homossexualidade, acabando por assumir uma postura resignada frente à situação. É dizer, que a pessoa entendia que sua orientação sexual não era legítima e que era condenada pela igreja. Diante disso, as únicas alternativas que parecem possíveis são desistir da própria homossexualidade — o que é não é o caso — ou desistir da própria Igreja.

A segunda opção parece ser a mais contundente, todavia não é à realidade de muitos fiéis homossexuais, pois reprimem-se para poder continuar comungando com sua instituição religiosa e entre seus pares. Para mudar essa situação, nas últimas décadas, diversos biblistas vêm analisando as passagens bíblicas que supostamente abordam o tema da homossexualidade. Passaremos agora a examiná-las.

3 Gênesis 19,1-11: a falta de hospitalidade de Sodoma

O relato de Sodoma em Gênesis 19,1-11 é uma das passagens bíblicas mais utilizadas quando o assunto é homossexualidade. Além de texto fundamental para a condenação da homossexualidade, desde o século XII, essa passagem também vinculou a palavra *sodomita* às pessoas que praticam relações sexuais anais, pondo essas últimas também sob a reprovação de Deus. (HELMINIAK, 1998, p. 40). Eis o relato:

> Pela tarde chegaram os dois anjos a Sodoma. Lot, que estava assentado à porta da cidade, ao vê-los levantou-se e foi-lhes ao encontro e prostrou-se com o rosto por terra. "Meus senhores, disse-lhes ele, vinde, peço-vos, para a casa de vosso servo e passai nela a noite; lavareis os pés e amanhã cedo continuareis vosso caminho." – "Não, responderam eles, passaremos a noite na praça." Mas Lot insistiu tanto com eles que acederam e entraram em sua casa. Lot preparou-lhes um banquete, mandou cozer pães sem fermento, e eles comeram. Mas antes que se tivessem deitado, eis que os homens da cidade, os homens de Sodoma, se agruparam em torno da casa, desde os jovens até os velhos, toda a população. E chamaram a Lot: "Onde estão, disseram-lhe, os homens que entraram esta noite em tua casa? Conduze-os a nós para que os conheçamos." Saiu Lot a ter com eles no limiar da casa, fechou a porta atrás de si, e disse-lhes: "Suplico-vos, meus irmãos, não cometais este crime. Ouvi: tenho duas filhas que são ainda virgens, eu vo-las trarei, e fazeis delas o que quiserdes. Mas não façais nada a estes homens, porque se acolheram à sombra do meu teto." Eles responderam: "Retira-te daí! – e acrescentaram: Eis um indivíduo que não passa de um estrangeiro no meio de nós [Lot não havia nascido em Sodoma] e se arvora em juiz! Pois bem: verás como te havemos de tratar pior do que a eles." E, empurrando Lot com violência, avançaram para quebrar a porta. Mas os dois viajantes estenderam a mão, e tomando Lot para dentro de casa, fecharam de novo a porta. E feriram de cegueira os homens que estavam fora, jovens e velhos, que se esforçavam em vão por reencontrar a porta. (HELMINIAK, 1998, p. 39-40).[12]

Na referida passagem, é notória a incitação à relação sexual, uma vez que Ló ofereceu suas filhas como objetos sexuais aos homens que estavam em torno de sua casa. Causa-nos estranheza o

[12] A partir daqui, as citações bíblicas, salvo indicação em contrário, serão extraídas da Bíblia de Jerusalém (2002).

gesto de Ló de entregar suas filhas aos sodomitas. Todavia, em sua cultura, o pai era o proprietário das mulheres. Tratando-se de questões financeiras, ao oferecer suas filhas aos homens, ninguém mais as desejaria, pois já estavam usadas. (HELMINIAK, 1998, p. 41).

Os homens de Sodoma queriam conhecer (yāda`) os convidados (no versículo 5, wenēd`â ´ōṯām, para que os conheçamos).13 Todavia, na Bíblia Hebraica, a palavra conhecer, que aparece 943 vezes, pode significar, em algumas ocasiões, manter relações sexuais com. O Novo Testamento grego também conserva ocorrências dessa forma de expressão. Por exemplo, quando o anjo lhe diz que será a mãe de Jesus, Maria pergunta: "Como se fará isso, pois não conheço (guinōskō) homem?" (Lc 1,34). (HELMINIAK, 1998, p. 41). Portanto, em ambos os casos mencionados, entendemos o verbo conhecer com um sentido sexual.

Na passagem de Sodoma, uma das hipóteses é de que os homens queriam apenas conhecer os visitantes e o que aí faziam, afinal, nem Ló era natural da cidade. Por ser um estrangeiro, os habitantes da cidade não teriam visto com bons olhos o acolhimento que dera àqueles estranhos. (HELMINIAK, 1998, p. 41). No entanto, a maioria dos estudiosos acredita que esse texto se refere, sim, às relações homossexuais. Porém, se há tal possibilidade, o mais correto é que não se trata de sexo consensual, e sim de abuso sexual.

> Está claro que Ló imaginou que os homens da cidade estavam inclinados à violência sexual, uma vez que ele decidiu oferecer suas duas filhas virgens no lugar dos homens. Apesar de que poderíamos achar a oferta de Ló algo repugnante nos dias atuais, nos tempos de Ló, a importância da Lei da Hospitalidade e proteção de hóspedes superava a importância do amor e da proteção à família. Na verdade, podemos concluir sem receio de enganos que o comportamento condenável dos sodomitas foi o desrespeito ao seu próprio Código de Hospitalidade em relação aos estrangeiros. (DUBE, [200-?]).

Desse modo, Helminiak (1998, p. 42) observa: "Admitindo que a palavra 'conhecer' realmente tenha um significado sexual aqui, o que está em questão é o estupro entre homens, e não simplesmente sexo entre homens". Conforme a Escritura, Ló era um homem de justiça, e por isso procurava proceder da maneira o mais condizente possível. (HELMINIAK, 1998, p. 42).

> Nas regiões desérticas como a de Sodoma, permanecer ao relento exposto ao frio da noite podia ser fatal. Logo, uma regra básica da sociedade de Lot era oferecer hospitalidade aos viajantes. Esta mesma regra faz parte da tradição das culturas semitas e árabes. Esta regra era tão estrita que proibia o ataque até mesmo a inimigos que tivessem recebido oferta de abrigo para passar a noite. (HELMINIAK, 1998, p. 42).

A intenção dos sodomitas revela-se, então, uma grande ofensa, uma vez que forçar um homem a fazer sexo com outro homem era entendido como submetê-lo à humilhação.

> A idéia era a de insultar os homens, tratando-os como mulheres. Portanto, fazia parte da prática do sexo anal entre homens a noção de que homens deviam ser "machos" e a de que as mulheres eram inferiores, simples peças que estavam a serviço do homem (HELMINIAK, 1998, p. 42-43).

De acordo com Salzman (2012, p. 301),

---

13 No relato semelhante de Jz 19,11-30, no versículo 22, os homens de Gibeá fazem a mesma exigência ao velho que acolhera o levita da montanha de Efraim e sua concubina: "Faze sair o homem que está contigo, para que o conheçamos (*w^{e}nēdā`enû*)."

> Se yadha deve ser entendido em sua conotação sexual, e acreditamos que deva, então os homens de Sodoma demonstraram a extensão de sua inospitalidade ao buscarem o estupro violento dos estrangeiros. Se alguma ação é condenada no texto, essa ação é o crime de estupro homossexual injusto, violento e inospitaleiro cometido por homens heterossexuais pervertidos. O princípio racional de Moore para a discussão sobre a moralidade ou a imoralidade do comportamento homossexual é pertinente aqui: Argumente com o melhor da prática homossexual, não com o pior. A igreja quer mostrar que práticas homossexuais são como tais contrárias à vontade de Deus e, assim, contrárias ao bem-estar humano, não simplesmente que os piores excessos da homossexualidade são contrários ao bem-estar humano. Ainda que o ato de estupro homossexual masculino perpetrado por heterossexuais pervertidos seja condenado neste texto, isso está a uma longa distância de uma condenação clara e inequívoca dos atos homossexuais amorosos de pessoas com a mesma orientação homossexual.

Portanto, uma das razões da rejeição ao sexo anal entre os homens era que, se o homem agisse como uma mulher, ele colocava-se na posição inferior em que as mulheres se encontravam. Além disso, há outra coisa:

> Uma prática comum no Oriente Médio, naquela época, em caso de alguém ser derrotado e feito prisioneiro em uma batalha, era o intercurso sexual anal forçado. Como uma maneira de humilhar seus prisioneiros os vencedores os violentavam. (DUBE, [200-?]).

Vemos então que era aceitável o homem ser ativo, mas ser receptivo significava desonra e degradação do masculino. Desse modo, em relação à Sodoma, Helminiak (1998, p. 43) afirma:

> Portanto, qual foi o pecado de Sodoma? Abuso e ofensa contra estrangeiros. Insulto aos viajantes. Falta de hospitalidade para com os necessitados. Este é o ponto central da história, compreendida em seu próprio contexto histórico. [...] O relato todo e a cultura da época deixam claro que o autor não estava preocupado com o sexo em si. Lot ofereceu suas filhas sem titubear. O ponto central do relato não é o da ética sexual. A história de Sodoma não é tanto sobre sexo, mas sim sobre arrombar a porta da casa de alguém. O ponto central da história é o abuso e assalto, sob qualquer forma que possam assumir. Utilizar este texto para condenar a homossexualidade significa empregá-lo de forma errônea.

Diversas passagens bíblicas fazem referências ao relato de Sodoma. Entre elas, Sabedoria 19,13-14: "(...) sofriam, justamente, por suas próprias maldades, por ter, cruelmente, odiado os estrangeiros. Houve quem não recebesse os visitantes desconhecidos, mas eles escravizaram hóspedes benfazejos". No versículo 16, entende-se que reduziam os hóspedes à escravidão, talvez prática comum da época, que envolvia, inclusive, a utilização pelo dono da casa para fins sexuais: "Mas estes, depois de terem recebido em festas aqueles que partilhavam seus mesmos direitos, maltrataram-nos com terríveis trabalhos". Porém, em Sabedoria, [...] "a ofensa não estava em fazer sexo, e nem mesmo em manter escravos, mas sim em tirar vantagens, degradar e abusar dos outros". (HELMINIAK, 1998, p. 44).

Em Ezequiel 16,48-5014, muitos veem a homossexualidade a partir da palavra abominação que aparece no versículo 50, fazendo relação com a abominação à qual se refere Levítico 18,22. Porém,

---

[14] "Por minha vida — oráculo do Senhor Iahweh — Sodoma, tua irmã, e suas filhas não agiram como tu e tuas filhas. Eis em que consistia a iniquidade de Sodoma, tua irmã: na voracidade com que comia o seu pão, na

> [...] nas Escrituras hebraicas a palavra "abominação" é usada para designar muitas coisas. As abominações em questão aqui são as do "adultério" e "prostituição" de Jerusalém, e estas palavras são utilizadas simbolicamente. Elas não se referem a atos sexuais, mas sim à idolatria, à infidelidade de Israel ao Senhor Deus, e ao sacrifício e assassinato de crianças. Apesar de o versículo 50 mencionar as "coisas abomináveis" e se referir a Sodoma, o versículo 49 diz exatamente quais foram estas coisas abomináveis. Ao afirmar categoricamente qual foi o pecado de Sodoma, o sexo entre homens simplesmente não é mencionado. Fica claro que o capítulo 16 de Ezequiel trata de outras coisas. (HELMINIAK, 1998, p. 44).

No Novo Testamento, Jesus também faz menção a Sodoma em Mateus 10, 5-1615, e não há nenhuma alusão à relação sexual, mas sim a possíveis situações de rejeição dos mensageiros, ou ainda à falta de hospitalidade, como acontecido em Sodoma. "O paralelo entre o Evangelho e Sodoma é o coração fechado que rejeita o estrangeiro, a maldade daqueles que não dão as boas-vindas aos arautos divinos." (HELMINIAK, 1998, p. 45).

Existem outras alusões a Sodoma na Bíblia, entre elas, Isaías 1,10-17 e 3,9, Sofonias 2,8-11, Jeremias 23,14. As explicações para tais alusões são a opressão, as injustiças, o adultério e as mentiras. Em relação ao sexo, o pecado referido é o adultério, que ofende o homem ao qual a mulher pertence. Assim, o adultério é a utilização de modo indevido da propriedade que é de outro homem. É, pois, pela quebra das leis de hospitalidade e justiça que Sodoma foi condenada.

Fazendo-se uma alusão ao texto, é difícil considerar a narrativa sobre Sodoma como julgamento sobre as relações homossexuais, uma vez que o que estava em discussão era o estupro homossexual, e não meramente o ato homossexual. A questão não é o ato sexual com um homem, mas o estupro, a violência, a falta de caridade, e, sobretudo, a falta de hospitalidade. É essa a atitude que a Bíblia condena. "Portanto, aqueles que oprimem os homossexuais devido ao suposto 'pecado de Sodoma' podem ser eles próprios os verdadeiros 'sodomitas' tal como a Bíblia os entende." (HELMINIAK, 1998, p. 46).

4 A abominação em Levítico

Analisando as traduções das passagens de Levítico 18,22 e 20,13 parece evidente que eles referem-se a atos homossexuais. O menosprezo é expresso pelo uso do qualificativo abominação, seguido do estabelecimento da pena de morte. A pena de morte, naquele tempo, também era para quem amaldiçoasse os próprios pais, cometesse adultério, etc. A condenação dos atos homossexuais está contida numa seção do Levítico chamada O Código de Santidade, cujas leis e punições pretendiam assegurar que Israel conservasse a santidade diante de Deus, distinguindo-se dos seus vizinhos idólatras.

---

despreocupação tranquila com que ela e suas filhas usufruíam os seus bens, enquanto não davam nenhum amparo ao pobre e ao indigente. Eram altivas e cometeram abominação na minha presença. Por isso as eliminei, como viste."

15 "Será que a quebra do código da hospitalidade foi realmente a principal razão para a condenação de Sodoma? Jesus achava que sim. Como nos mostra Mateus 10 também em Lucas 10, Jesus envia seus discípulos e dá a eles autoridade para curar os enfermos, expulsar demônios e proclamar as boas novas da salvação. Ele os [sic] ensina que quando chegassem a uma cidade procurassem quem fosse digno e pousasse na casa dessa pessoa. *' E, se ninguém vos receber, nem ouvir as vossas palavras, saindo daquela casa ou daquela cidade, sacudi o pó dos vossos pés. Em verdade vos digo que, no dia do juízo, haverá menos rigor para a terra de Sodoma e Gomorra do que para aquela cidade.* [sic]" (DUBE, [200-?]).

Existem hipóteses de que esse Código sofreu influência da história da Criação de Gênesis16. De qualquer forma, proíbe-se o ato sexual entre homens devido a considerações religiosas, e não sexuais. A intenção era a de impedir Israel de participar das mesmas práticas que os povos que o circundavam.

O texto de Levítico dedica o capítulo dezoito a tratar especificamente das proibições sexuais ao povo de Israel. Ao analisar o discurso do texto, e levando em consideração seu contexto histórico e cultural, é inevitável perceber a incontestável possibilidade de o povo hebreu ter experimentado práticas homossexuais durante o período no Egito. Pela ênfase que o autor dá à temática, percebe-se que tais práticas provavelmente continuariam a existir na terra de Canaã, a ponto de o sacerdócio ter de deixar claramente expostas normas para proibição desses atos.

O autor do texto pronuncia que Iahweh não quer que o povo hebreu caminhe conforme as práticas que estavam acontecendo no Egito e na terra de Canaã. Entende-se, assim, que as práticas abomináveis aos olhos de Iahweh, das quais ele previne seu povo, seriam comuns entre os egípcios e, posteriormente, entre os canaanitas. O culto canaanita da fertilidade envolvia prostituição sagrada e orgias, de modo que os textos devem ser interpretados nesse contexto.

Naquela época, o povo de Israel estava no meio do deserto e se desviava constantemente dos propósitos de Deus ao se misturar com os costumes de outros povos, entre eles, práticas de idolatria, prostituição cultual e sacrifícios sexuais. A partir de uma análise histórica daquela região na Antiguidade, compreende-se que a prática homossexual no Egito e em Canaã estava articulada diretamente com cultos ligados à questão da fertilidade.

Assim sendo, a preocupação do Código de Santidade era manter os judeus diferentes dos demais povos. Por isso, o capítulo 18 de Levítico inicia: "Não procedereis como se faz na terra do Egito, onde habitastes; não procedereis como se faz na terra de Canaã, para onde vos conduzo" (v. 3). Mais adiante, duas citações bíblicas apontam que na terra do Egito, bem como em Canaã, existia a prática da homossexualidade. Em 18,22, ordena-se: "Não te deitarás com um homem como se deita com uma mulher. É uma abominação". E 20,13 sentencia: "O homem que se deita com outro homem como se fosse uma mulher, ambos cometeram uma abominação; deverão morrer, e o seu sangue cairá sobre eles".

> Segundo Bigger, a penetração homossexual caracterizada em Levítico 18:22 era uma "perversão" que poderia estar ligada à idolatria e, [...] uma vez que indicasse o mau uso do sêmen, envolvia os indivíduos e a sociedade em um ritual perigoso.
>
> Bigger enfatiza que leis relacionadas à homossexualidade são encontradas não somente em Levítico 18:22 como também em Levítico 20:13, em que a execução é exigida. Sugestões na tradição popular das práticas homossexuais, segundo Bigger, podem ser encontradas em Gênesis 19:4-8 e Juízes 19:22-26. Bigger discorre que as leis de santidade apresentam tal ofensa como uma "abominação", as quais talvez sugerissem que ela estivesse ligada aos cultos idólatras. (MONTALVÃO, 2009, p. 104).

[16] Sobre isso, Montalvão (2009, p. 114) contrapõe duas perspectivas: "Para [Saul M.] Olyan, não se pode considerar que a escola de Santidade teve acesso ou não ao material Sacerdotal da história da Criação ou para algum documento parecido, pois não há nenhuma alusão direta às suas idéias em Levítico 18 ou 20. Ao contrário, comentadores rabínicos posteriores (pós-clássicos) desenvolveram a classificação entre gêneros e a estrutura de limites sexuais contidas em Levítico 18:22 e 20:13, abrangendo-os explicitamente na 'criação'".

Se o autor de Levítico chegou ao ponto de proibir tais condutas, é muito provável que fossem praticadas em sua época. O texto entende como uma "abominação"[17] um homem deitar-se com outro homem, porém "[...] 'abominável' é apenas um sinônimo de 'impuro'. Uma 'abominação' é uma violação das regras de pureza que governavam a sociedade israelita e faziam com que o povo judeu continuasse a ser diferente dos demais povos". (HELMINIAK, 1998, p. 52).

> Na forma final das leis de Levítico 18 e 20, os assuntos de pureza, para Olyan, são paradigmais: todas as violações enumeradas causavam corrupção moral e ameaçavam a presença israelita na terra, pois a terra não podia tolerar tal impureza (Lev. 18:24-30; 20:22-26). Por isso, todos aqueles que participavam de alguma das violações enumeradas eram uma ameaça à pureza da terra e precisavam ser conseqüentemente punidos. Caso contrário, Israel poderia perder a sua terra. (MONTALVÃO, 2009, p. 115).

Portanto, a relação sexual entre os homens era considerada abominável porque ofendia os preceitos religiosos e tornaria Israel semelhante aos *canaanitas*. "'Abominação' é uma tradução da palavra toevah. Este termo também pode ser traduzido por 'impureza', 'falta de limpeza' ou 'sujeira'. 'Tabu', aquilo que é cultural ou ritualmente proibido, seria uma outra tradução correta." (HELMINIAK, 1998, p. 56). Logo, o livro de Levítico não afirma que se deitar com outro homem seja um erro, mas que se trata de uma violação do ritual religioso, fazendo com que algo se torne *sujo, impuro*.

> Olyan corrobora que Levítico 18:22 e 20:13 ocorrem no contexto da legislação da Fonte de Santidade (ou "H"), que constrói os limites sexuais dos antigos israelitas. Olyan atesta que as leis de 18:22 e 20:13 são relativas à penetração homem em homem, embora isto não seja claro à primeira vista com os atos ou os atos por eles proscritos. Olyan declara que os estatutos utilizam uma outra forma não atestada do idioma hebraico, miškaḇê ʼiššāh, "o deitar de uma mulher", ao evidenciar a atividade sexual proibida entre homens; segundo Olyan, esta é uma expressão idiomática cujo significado não é completamente transparente.
>
> Nas Leis de Levítico contra a homossexualidade encontradas em 18:22 e 20:13, o termo encontrado para abominação é "tôʽēḇāh". (MONTALVÃO, 2009, p. 105).

Naquele período, a homossexualidade, em meio à conjuntura da redação de Levítico, "[...] envolvia atos como deitar com um homem 'como se fosse mulher', que era consequentemente visto pelos hebreus como uma variante não-natural [sic] da heterossexualidade". (MONTALVÃO, 2009, p. 104). Em relação à receptividade[18],

---

[17] "Uma das maneiras para se compreender estas proibições enfatiza ligações explicadas com a assim chamada idolatria. Olyan afirma que outra aproximação utiliza os argumentos de Mary Douglas em 'As Abominações de Levítico' em consideração a animais proibidos, ao argumentar que a penetração anal homem em homem é proibida porque o homem receptivo não age conforme a sua classe (homem). Uma terceira perspectiva, segundo Olyan, percebe o desperdício da semente masculina em atos procriativos como o assunto central nas leis sexuais de Levítico 18 e 20, principalmente 18:22 e 20:13." (MONTALVÃO, 2009, p. 118).

[18] "A lei em Levítico 18:22 refere diretamente apenas o parceiro penetrador em uma relação sexual entre homens. Em 20:13 o parceiro receptivo é mencionado junto com o parceiro penetrador na seção de punição, mas de maneira tão fraca que Olyan suspeita que o parceiro receptivo tenha sido adicionado no mesmo estágio durante o desenvolvimento dessas leis. Originalmente, ambas as formulações aparentemente estavam centralizadas apenas no parceiro penetrador; não há evidência de que o parceiro receptivo tenha sido sempre o foco central dessas leis. Ao considerar a falta de concentração no parceiro receptivo, Olyan afirma que parece improvável que as leis estivessem sempre motivadas por um assunto pelo qual o homem era analmente receptivo de acordo com a sua classe." (MONTALVÃO, 2009, p. 120).

> [...] está relacionada na base do sexo biológico e é construída como apropriada exclusivamente às mulheres; o seu gênero é qualificado como feminino. Nem as leis de Levítico 18:22 e 20:13, nem o esboço dos materiais [da redação final desses capítulos] dão as razões pelas quais isto acontece; não há neles nenhuma alusão à "estrutura da criação" ou à expectativa de que muitos homens e mulheres irão copular e procriar como na história da criação da fonte Sacerdotal (P) (Gênesis 1:1-2:4a). (MONTALVÃO, 2009, p. 113).

Montalvão (2009, p. 119) expõe uma justificativa interessante para a proibição da penetração anal, que estaria sendo referida em Lv 18,22 e 20,13. Ele apresenta a argumentação de Thomas M. Thurston, obtida através do exame da obra de Saul M. Olyan:

> [...] havia um modelo a ser discernido nas leis dietárias de Levítico 11 e Deuteronômio 14: toda criatura vivente deve se conformar com as características de sua classe e aquelas que não o fazem serão proibidas aos israelitas. Thurston argumenta que Levítico 18:22 é melhor compreendido na mesma forma. A proibição está presente porque o homem receptivo na penetração anal não se conforma com a sua classe (homem como oposto à mulher): os limites são obstruídos quando um homem assume o papel receptivo.19

Olyan identifica também uma provável relação entre a expressão "deitar com" e a penetração anal que estaria sendo proibida nessas passagens:

> Olyan explica que a expressão "deitar com" significa copular em outros contextos legais e não-legais [sic]. Olyan acredita que tal fato seja muito comum e que o deitar tenha o mesmo significado em Levítico 18:22 e 20:13, porém, com exceção deste caso, a penetração anal tinha tal significado. Olyan acredita que o penetrador em Levítico 18:22 seja melhor do que o homem penetrado. Em outros contextos legais, Olyan afirma que homens não foram condenados "por deitarem com" várias parceiras mulheres receptivas. De fato, no amplo contexto da lei bíblica, Olyan justifica que a expressão "deitar com" é usada exclusivamente para parceiros penetradores. (MONTALVÃO, 2009, p. 110).

Para Bigger, a discussão em Levítico concentra-se em torno do ato de penetração de homem em homem, sendo proibido o *desperdício de sêmen*. (MONTALVÃO, 2009, p. 122). Ao lado dele, Howard Eilberg-Schwartz "[...] argumenta que as leis compartilham uma idéia comum de defesa da linhagem de várias ameaças potenciais, que inclui o desperdício de sêmen do homem através de atos que não levam à procriação". (MONTALVÃO, 2009, p. 122).

---

19 Considere-se, ainda, acerca de Levítico 18, o raciocínio de Stephen F. Bigger compartilhado por Montalvão (2009, p. 120-121). Bigger "[...] observou que Levítico 18 pode ser dividido em duas partes: versículos 7-18, acerca de violações incestuosas, e versículos 19-23, que demonstram juntos outros crimes sexuais. [...] Bigger argumenta que estes versículos [19-23] estão todos preocupados com a manutenção da 'pureza sexual do indivíduo'. Ele sugere, embora não muito corajosamente, que cada violação envolva um 'desperdício do sêmen': nesta série de leis, o sêmen é misturado com outro sêmen humano, sêmen animal, ou outros fluídos [sic] decadentes, que levam à impureza. Bigger enfatiza que o versículo 22, acerca da relação homem em homem, também envolve o desperdício do sêmen, mas não explica como ele é desperdiçado. [...] Bigger dá atenção à palavra *tebel*, 'confusão' ou 'mistura', usada no versículo 23 ao enfatizar a relação do quadrúpede e da mulher na penetração; ele sugere que esta confusão 'possa ter sido mencionada ao misturar diferentes tipos de sêmen no animal receptivo ou na mulher, ou a confusão de espécies e papéis sociais.' [...] em consideração às leis dos versículos 19-20, Bigger sugere que a mistura de fluidos impuros estava em questão. [...] Olyan diz que a idéia de Bigger na qual é proibido trazer fluídos [sic] impuros ao contato é pertinente e pode de fato ser a base de cada uma dessas relações proscritas, e que esta, na sua opinião, precisa ser levada seriamente em consideração, especialmente por causa da retórica das misturas proibidas presentes em duas das leis em Levítico 18 e 20 (18:23; 20:12), como também em Levítico 19:19".

Dessa forma, as leis de Levítico colocam proibições para que os israelitas não vivessem segundo as mesmas práticas correntes no Egito. A narrativa bíblica diz que os hebreus ficaram aproximadamente 400 anos no Egito, porém os textos silenciam sobre a conduta de cada indivíduo que compunha o grupo. Pelo fato de o autor de Levítico estar trazendo essas ordenanças, é inevitável a conclusão de que o ato da penetração de homem em homem existia entre os israelitas.

Todo tipo de prática sexual era utilizada nos rituais egípcios e canaanitas, incluindo sexo entre pessoas do mesmo gênero. Por exemplo, nesses rituais, famílias inteiras de agricultores, quando desejavam uma colheita próspera, promoviam cultos de fertilidade nos templos dos deuses. Todos os membros do grupo familiar praticavam relações sexuais ao mesmo tempo com os prostitutos cultuais.

Desse modo, Levítico não proíbe o relacionamento homossexual, mas condena as formas de adoração a outros deuses e os sacrifícios idólatras, os quais se distanciavam da adoração que se recomendava fazer ao Deus de Abraão. O que as Escrituras reprovam são as práticas de prostituição cultual e sagrada, a violência e o abuso sexual, circunstâncias nas quais não existia afeto e reciprocidade.

O autor Levítico deixa claro que a prática da homossexualidade era um costume e não uma lei: "Não seguireis os estatutos das nações que eu expulso de diante de vós, pois elas praticaram todas estas coisas e, por isso, me aborreci delas". (Levítico 20,23). A proibição era para que Israel agisse de modo diferente daquelas culturas, onde não existiam estatutos que advertissem acerca de tais condutas ou condenassem práticas desse tipo.

> Olyan observa que certamente a evidência da Bíblia Hebraica é insuficiente para sustentar a perspectiva de que os israelitas odiaram as relações masculinas [...]. Olyan considera que a penetração entre homens não é mencionada em nenhuma outra coleção legal israelita. Levítico 18:22 e 20:13 parecem proibir exclusivamente a penetração, enquanto ignoram outros atos sexuais potenciais entre homens. (MONTALVÃO, 2009, p. 126).

Conclui-se, então, que as normas somente passaram a existir após as formulações sacerdotais levíticas. "A questão no Levítico era religiosa, e não ética ou moral. Isto equivale a dizer que o sexo em si ser certo ou errado nunca foi cogitado. Tratava-se apenas da manutenção de uma forte identidade judaica."20 (HELMINIAK, 1998, p. 51). Semelhante a outras abominações, a penetração entre dois homens "[...] ameaça contaminar a terra na forma final de Levítico 18 e 20. Todas as relações com penetração homem em homem são proscritas, porque todas elas poderiam ameaçar a pureza da terra [...]." (MONTALVÃO, 2009, p. 126).

> A vida na Israel antiga era bem diferente da nossa. Exceto em circunstâncias fora do comum, o sexo em nossa cultura não é parte de rituais religiosos. Atualmente, nenhuma forma de sexo, seja ou não gay, tem a conotação religiosa condenada pelo Levítico. Desta maneira, o código do Levítico é irrelevante para decidir se o sexo gay é certo ou errado. Apesar de o Testamento hebreu certamente condenar a atividade homogenital masculina, as razões desta proibição não exercem influência alguma sobre a discussão atual da homossexualidade. (HELMINIAK, 1998, p. 51).

---

20 Há discussões, como aborda Montalvão (2009, p. 106): "Olyan explica que comentadores, por mais de dois milênios, têm se esforçado para interpretar essas leis. Alguns compreendem que as leis de Levítico 18:22 e 20:13 servem para proibir especificamente o papel de penetrador na penetração anal; outros, os papéis penetradores e receptivos; há ainda outros que proíbem todos os atos sexuais entre homens".

Portanto, o que subjaz a essas assertivas de Levítico é uma dimensão religiosa e não de julgamentos morais, já que não se cogitava que o sexo em si era bom ou mau, mas se o seu uso levava à idolatria e ao afastamento de Iahweh.

5 Considerações finais

Conclui-se que se deve ter cuidado para não utilizar a Bíblia de maneira oportunista, incutindo nos fiéis que buscam um Deus libertador uma verdade supostamente absoluta, porém discriminatória; por exemplo, qualificar a homossexualidade como condição pecaminosa, passível da condenação de Deus. Por vezes, religiosos fundamentalistas valem-se de leituras literais para respaldar posições homofóbicas. A palavra homossexualidade nunca foi citada na Bíblia e as incitações contra as relações homossexuais são hoje consideradas ultrapassadas e fora da realidade. Portanto, os textos bíblicos devem ser compreendidos e lidos à luz dos períodos em que foram escritos.

É fácil manipular a Bíblia quando se quer fazer tal condenação. Afinal de contas, quando se fala que são palavras de Deus, a consciência popular facilmente aceita, uma vez que Deus é supremo, não oferecendo possibilidade de questionamento ou exercício reflexivo mais aprofundado por meio de debates.

O perigo maior encontra-se no respaldo que tais ideologias recebem de decisões políticas, prejudicando o combate à homofobia em seus diversos aspectos. Um exemplo é a não aprovação de novos projetos e leis relacionados à educação que se voltem para a luta contra o preconceito. Assim, as relações homossexuais citadas na Bíblia, quando levadas em consideração em seu sentido literal, servem como fortaleza aos fundamentalistas, cuja má intenção apenas alimenta o ódio, contribuindo para que a homofobia continue a acontecer.

Dessa forma, a influência das igrejas cristãs na formação moral dos educadores que se encontram entre os seus membros é notória, principalmente no que tange à homossexualidade. Alguns fatores são responsáveis por isso, entre eles, a falta de conhecimento do significado das palavras bíblicas e dos contextos históricos e culturais aos quais estavam originalmente ligadas.

Nesse sentido, é de suma importância a formação continuada de educadores no aspecto de gênero e também no âmbito de interpretação religiosa, além dos direitos humanos e de liberdade, pois dessa forma podem contribuir para a inclusão das minorias nos diferentes meios sociais. O desafio da instituição de ensino é reconhecer a diversidade como parte da sociedade, investindo na superação de discriminações.

Destarte, esta pesquisa espera que possa incentivar uma relação dialógica direta ou indireta de diversas denominações religiosas, com o fim de discutir ideologias fundamentalistas, apresentando a compaixão e a libertação como valores morais fundamentais no contexto educacional.

Tal possibilidade será importante para a formação e conscientização dos educandos, pois a falta de acesso a informações científicas atualizadas sobre a sexualidade humana e a leitura simplista de textos religiosos de teor condenatório podem levar a atitudes preconceituosas, como a incapacidade de reconhecer e respeitar os direitos dos outros, gerando casos de homofobia nas instituições de ensino.

Referências

BÍBLIA de Jerusalém. Nova ed., revista e ampliada. São Paulo: Paulus, 2002.

BORTOLINI, José. *Como ler a Carta aos Romanos***.** São Paulo: Paulus, 1997.

CONGREGAÇÃO PARA A DOUTRINA DA FÉ. *Considerações sobre os projectos de reconhecimento legal das uniões entre pessoas homossexuais*. Roma, 2003. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_po.html>. Acesso em: 14 set. 2016.

DUBE, Yvette. *Homossexualidade e a Bíblia:* Apostila II. Rio de Janeiro: Igreja da Comunidade Metropolitana do Rio de Janeiro, [200-?]. Disponível em: <http://www.icmrio.com/wp-content/uploads/2016/02/ahomossexualidadeeabiblia.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016.

HELMINIAK, Daniel. *O que a Bíblia realmente diz sobre a homossexualidade.* São Paulo: Edições GLS, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

MONTALVÃO, Sérgio Aguiar. *A Homossexualidade na Bíblia Hebraica:* Um Estudo Sobre a Prostituição Sagrada no Antigo Oriente Médio. 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Letras) – Programa de Pós-Graduação em Língua Hebraica, Literatura e Cultura Judaica do Departamento de Letras Orientais da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8152/tde-16112009-113815/publico/SERGIO_AGUIAR_MONTALVAO.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016.

SALZMAN, Todd A. *A pessoa sexual:* por uma antropologia católica renovada. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2012.

TORRES, Milton. A Evidência Linguística e Extralinguística para a Tradução de *Arsenokoitai*. *Revista Hermenêutica*, Cachoeira, BA, v. 12, n. 2, p. 25-49, 2012. Disponível em: <https://www.andrews.edu/library/car/cardigital/Periodicals/Hermeneutica/2012/2012_02.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016.

WEGNER, Uwe. *Exegese do Novo Testamento*. São Leopoldo: Sinodal, 1998.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: DIREITOS HUMANOS: SEGUNDA E TERCEIRA GERAÇÕES
Coordenador: Ricardo Waldman (UniRitter)

Canoas, 2017.

AGROPECUÁRIA SUSTENTÁVEL EM FACE AO DIREITO AMBIENTAL E AO PLANO DE AGRICULTURA DE BAIXO CARBONO (PLANO ABC)

Yasmin Lange Seoane,
Especializanda em Relações Internacionais pela Faculdade Damásio e
Mestranda em Direito e Justiça Social pela FURG;
seoaneyasmin@gmail.com

Márcia Rodrigues Bertoldi;
Pós-Doutora pela UNISINOS;
Professora na Faculdade de
Direito e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPel;
marciabertoldi@yahoo.com

Resumo:

O presente trabalho busca analisar, brevemente, a história do Direito Ambiental Internacional para que, então, possa-se adentrar na esfera nacional e investigar de que maneira as normas de Direito Interno tratam da questão da redução das emissões de gases do efeito estufa pela atividade agropecuária. O País busca o cumprimento das metas internacionais de redução das emissões e consequente estabilização das temperaturas. Dessa forma, a pesquisa se restringirá a analisar, através do Relatório da safra 2015/16, produzido pelo Observatório do Plano ABC, como o país respondeu à política de redução de gases do efeito estufa na agropecuária, bem como verificar o que ainda é necessário melhorar para que o Plano ABC seja o mais eficiente possível e capaz de auxiliar a economia brasileira a se aproximar do desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Agropecuária. desenvolvimento sustentável. direito ambiental. Plano ABC.

1 Introdução

Hodiernamente, o tema do desenvolvimento sustentável é constante, tanto na agenda brasileira, como na agenda internacional. Essa tendência é fundada na percepção clara das discrepâncias econômico-sociais existentes entre as nações. Ora, o processo global de expansão do capitalismo resultou em políticas desenvolvimentistas que aumentam as desigualdades socioambientais, uma vez que induzem à concepção de que meio ambiente, economia e sociedade são realidades independentes, que não se comunicam.

Na década de 1950, o modelo de produção de alimentos baseava-se sob a ótica imediatista do pacote tecnológico da Revolução Verde[1] que implantou a mecanização, o emprego de produtos

[1] Revolução verde é um fenômeno conhecido durante a primeira metade do século XX, quando o uso de agrotóxicos, fertilizantes químicos, implementos agrícolas mais desenvolvidos e o aporte da biotecnologia foram responsáveis por uma série de mudanças especialmente para a ciência agronômica. Fundamentava-se na melhoria do desempenho dos índices de produtividade, por meio da substituição dos moldes de produção vigentes na época.

químicos, o melhoramento genético e a introdução de monoculturas[2] no intuito de intensificar a produção e a geração de lucro.

A partir dos anos 1960, constantes alertas foram realizados acerca da contaminação ambiental devido à intensa deterioração do recursos naturais pelo uso abusivo de produtos químicos e pelo manejo indevido de solos e de diversas reservas naturais importantes, ameaçando as bases de sustentação da vida. A prática agropecuária tornou-se uma das principais fontes difusas de poluição no Planeta, afetando desde a camada de ozônio até a saúde humana.

Diante disso, foi entre os anos 1960 e 1970 que se pôde perceber o início das preocupações relativas à degradação ambiental. Passou-se a verificar altos índices de poluição e de degradação do meio ambiente natural em várias regiões do globo terrestre.

Um dos documentos considerado marco no que se refere às questões ambientais é o documento intitulado Limites do Crescimento ou Relatório *Meadows* (1968-1972)[3], através do qual foram constatados os principais problemas atinentes à degradação ambiental: industrialização acelerada, rápido crescimento demográfico, escassez de alimentos e esgotamento dos recursos naturais.

O referido Relatório trouxe para o debate internacional a necessidade de desacelerar o crescimento econômico em prol de uma maior atenção à conservação ambiental. Logicamente, o discurso causou grande alvoroço na comunidade internacional visto que vai de encontro à ordem econômica vigente. Dessa forma, em 1972 a Organização das Nações Unidas - ONU - realizou, na Suécia, a Conferência de Estocolmo com o objetivo de inspiração e orientação à humanidade, para a preservação e melhoria do ambiente humano.

Diante desse breve contexto, cabe destacar que o Brasil sempre foi um país atuante e que desempenha um papel de crescente importância na abordagem da problemática, tanto pelos avanços domésticos em questões ambientais, sociais, tecnológicas e econômicas, quanto pela sua consistente presença nos foros internacionais.

Sendo assim, o Ordenamento Jurídico Brasileiro, conta hoje com uma densa legislação ambiental e, inclusive, traz em sua Carta Magna o direito de todos os cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, capaz de satisfazer as necessidades das presentes e futuras gerações. (art. 225, CF/88).

Não obstante a previsão constitucional, o Brasil conta com legislações especificas como a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei número 6.938/81) que tem o objetivo de tornar efetivo o princípio matriz contido no *caput* do art. 225 da Constituição Federal, citado acima. A partir da criação dessa Lei, o país vivenciou uma intensa proliferação de normas em matéria ambiental, em especial nas últimas duas décadas.

Ante o exposto, é natural que acompanhando o extenso arcabouço legal o Governo apresentasse também um sistema complexo de políticas e programas públicos que servissem como instrumentos de consagração e efetivação das diretrizes traçadas pela Ordem Jurídica, como por exemplo o Plano de Agricultura de Baixo Carbono.

Nesse diapasão, o objetivo desse trabalho é, num primeiro momento, abordar os aspectos históricos do Direito Ambiental na esfera Internacional, com enfoque na questão do desenvolvimento sustentável e das mudanças climáticas. Em segundo lugar, examinaremos o

[2] Monocultura é a produção ou cultura de apenas um único tipo de produto agrícola como, por exemplo: soja, milho ou algodão.

[3] Construído por uma equipe de pesquisadores do MIT (Instituto Tecnológico de Massachussets), sob encomenda do Clube de Roma, foi construído sob a égide do *welfare state* [ainda que em vias de crise] em um momento de incertezas ambientais, com a crise ambiental ainda no obscurantismo.

Direito Ambiental no âmbito interno brasileiro; para que então, num terceiro momento, passemos a analisar, de maneira breve, o Plano de Agricultura de Baixo Carbono (Plano ABC), abordando sua criação, seus objetivos e o Relatório de Análise dos Recursos do Programa ABC safra 2015/16.

O método de abordagem utilizado é o indutivo e a pesquisa será bibliográfica de caráter qualitativo e se utilizará da técnica da revisão documental a partir da análise de legislações, textos, livros, artigos científicos, relatórios, documentos oficiais e instrumentos jurídicos internacionais, tudo visando estabelecer os necessários fundamentos teóricos.

2 O Direito Ambiental nas esferas nacional e internacional

2.1 No âmbito internacional

A partir dos anos 1970 o Direito Ambiental ganhou maior destaque na agenda internacional. Os altos índices de degradação ambiental, as variações climáticas que passaram a se intensificar e a escassez de recursos naturais obrigaram a comunidade internacional a voltar a atenção para as questões ambientais.

A Conferência de Estocolmo, de 1972, é considerada um marco na história do Direito Ambiental Internacional uma vez que reconheceu a problemática ambiental e, apesar de não ter sido criado um acordo que estabelecesse metas concretas a serem cumpridas pelos países, a Conferência possibilitou a elaboração da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que é o primeiro documento do direito internacional a reconhecer o direito humano a um meio ambiente de qualidade e que permita ao homem viver com dignidade.

A Declaração não tem caráter vinculante, é meramente declarativa e recomendatória, dessa forma:

> Estocolmo, 1972 é tido como o ano em que o direito internacional ambiental passou a ser reconhecido como ramo jurídico, embora diversos tratados importantes a respeito tivessem sido assinado com anterioridade e as legislações internas de diversos países tenham se ocupado com problemas ambientais, como a matéria florestal, água e outros. A Conferência de Estocolmo teve o grande mérito de haver levantado o mundo para os malefícios que a deterioração do ecossistema poderia causar à humanidade como um todo (JONES, LACERDA, SILVA, 2005, p. 103)

Vale ressaltar que nessa mesma Conferência foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), cuja função é fornecer orientações de cunho executivo aos países participante no que se refere à aplicação das normativas ambientais.

No decorrer dos anos 1980, nota-se uma diferença em relação às preocupações ambientais. Percebe-se que não será possível conter o crescimento econômico e tampouco os danos ao meio ambiente se uma mudança paradigmática não ocorrer; nesse momento, passa-se a trabalhar com a ideia de desenvolvimento sustentável, ou seja, manter o desenvolvimento tecnológico e econômico visando a sinergia entre as esferas ambiental, social e econômica. Nessa perspectiva, em 1992 é celebrada na cidade do Rio de Janeiro a Conferência do Rio; momento em que o enfoque era o estabelecimento de condutas que tornassem possível um desenvolvimento que se sustente. Foi nesta Conferência, também conhecida como ECO-92, que restou consagrado o conceito mais utilizado de desenvolvimento sustentável : "desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que satisfaz as

necessidades presentes sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades". (Relatório de *Brundtland*, 1987, p.41)[4]

Os resultados da Rio 92 se materializaram através de acordos, entre os quais a Agenda 21[5] que declarou a necessidade do comprometimento de cada Estado em cooperar com possíveis soluções; a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, baseada em 27 princípios[6] que propunham o compromisso dos Estados e integrantes da sociedade em respeitar os interesses de todos e a integridade do meio ambiente; a Convenção sobre a Diversidade Biológica[7], que busca proteger a biodiversidade do Planeta e a Convenção-Quadro sobre Mudança Climática, que busca a salvaguarda das temperaturas na Terra.[8]

E em 1997, no Japão, foi assinado o Protocolo de Quioto. Foi a primeira vez que países participantes da ECO-92 se comprometeram novamente em reduzir as emissões de gases do efeito estufa. Na ocasião, cada país recebeu uma meta diferenciada de redução dos níveis de poluição, devendo, contudo, manter a meta global (PROTOCOLO DE QUIOTO, 1997).[9] Para que fosse possível o alcance das metas estabelecidas, os Estados poderiam reduzir a emissão dos GEE em seu território nacional ou negociar com outros países mediante mecanismos flexíveis, como, por exemplo, o Comércio de Créditos de Carbono[10]; é interessante e ao mesmo tempo perturbador como tudo se transforma em objeto de comércio no mundo capitalista em que se vive.

Recentemente, o Protocolo de Quioto foi substituído pelo Acordo de Paris, assinado em dezembro de 2015, durante a Conferência das Partes de número 21 (COP-21). O Acordo entrou em vigor em novembro de 2016. O objetivo central é de manter o aumento da temperatura média global em menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais e de imprimir esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5ºC acima dos níveis pré-industriais.

A Conferência das Partes (COP), sem sede permanente, é o órgão governamental e consultivo da Convenção-Quadro sobre Mudança Climática e tem a função de facilitar a aplicação

---

[4] O Relatório de *Brundtland* ou o documento "O Nosso Futuro Comum" foi publicado em 1987 pela *C*omissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, chefiada pela então Primeira-Ministra da Noruega, a Sr.ª *Gro Harlem Brundtland*. Ver mais em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>

[5] Ver mais em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>

[6] Ver mais em: < http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> Acesso em 29 setembro de 2015.

[7] A Convenção Sobre Diversidade Biológica (CDB) é um tratado internacional multilateral que, como seu nome sugere, trata da proteção e do uso da diversidade biológica em cada país signatário. A Convenção possui três objetivos principais: a conservação da diversidade biológica (ou biodiversidade), o seu uso sustentável e a distribuição justa e equitativa dos benefícios advindos do uso econômico dos recursos genéticos, respeitada a soberania de cada nação sobre o patrimônio existente em seu território. Ver mais em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf>

[8] A Convenção-Quadro sobre Mudanças Climática traz o seu objetivo no artigo segundo: " O objetivo final desta Convenção e de quaisquer instrumentos jurídicos com ela relacionados que adote a Conferência das Partes é o de alcançar, em conformidade com as disposições pertinentes desta Convenção, a estabilização das concentrações de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esse nível deverá ser alcançado num prazo suficiente que permita aos ecossistemas adaptarem-se naturalmente à mudança do clima, que assegure que a produção de alimentos não seja ameaçada e que permita ao desenvolvimento econômico prosseguir de maneira sustentável". Disponível em: < http://www.mct.gov.br/upd_blob/0005/5390.pdf> Acesso em 5 de outubro de 2015.

[9] Inteiro teor, traduzido em português, disponível em: < http://www.mct.gov.br/upd_blob/0012/12425.pdf > Acessado em 29 de setembro de 2015

[10] "Por convenção, uma tonelada de dióxido de carbono (CO_2) corresponde a um crédito de carbono. Este crédito pode ser negociado no mercado internacional. A redução da emissão de outros gases, igualmente geradores do efeito estufa, também pode ser convertida em créditos de carbono, utilizando-se o conceito de Carbono Equivalente. Isso foi convencionado para ajudar os países a alcançar suas metas de emissões e para encorajar o setor privado e os países em desenvolvimento a contribuir nos esforços de redução das emissões.(IPAM - Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia). Disponível em: < http://www.ipam.org.br/saiba-mais/O-que-e-e-como-funciona-o-Mercado-de-Carbono-/4 > Acesso em 23 de agosto de 2015.

de estratégias de diminuição de degradação ambiental através das decisões, recomendações e alinhamentos técnicos estipulados em suas reuniões.

São nestas Conferências que se discute a melhor forma de lidar com as alterações do clima, implementar políticas e estratégias que poderão ser adotadas para minimizar os danos ao meio ambiente e ao mesmo tempo promover o progresso econômico de maneira sustentável. As decisões são tomadas por consenso entre os representantes dos governos dos países signatários da Convenção-Quadro, ou dos países que ratificaram o Protocolo de Quioto. Estes são os dois grupos com poder de voto nas reuniões. Todavia, representantes de outros países e de organizações não-governamentais, podem participar como delegados ouvintes, eles apenas acompanham as negociações.

No fim de cada COP, uma série de decisões é adotada encaminhando os trabalhos do ano seguinte, que culminam na próxima COP. É importante ressaltar que a Convenção segue uma agenda durante o ano, com vários encontros e sessões de seus órgãos subsidiários. A COP não é um evento isolado que ocorre uma vez por ano, mas faz parte de um processo.

O que se percebe diante do acima exposto é que o Direito Ambiental Internacional desempenha papel fundamental para que as mudanças ocorram, se não na totalidade dos Estados soberanos, pelo menos em boa parte deles. Nesse sentido, vale ressaltar que

> (...)uma das peculiaridades do Direito Ambiental Internacional decorre da constatação de que, dentre as fontes devidamente reconhecidas, emergem outras formas de regulação que provocam controvérsias e discussões doutrinárias em virtude de seu caráter indefinido. A produção normativa, muito embora respeite e vise uma regulamentação jurídica e obrigatória para os Estados, por vezes acaba sendo regulada mediante instrumentos desprovidos de obrigatoriedade. Com isso, seus objetivos acabam sendo os de estabelecer metas futuras a serem realizadas pelos Estados, constituindo um universo de normas que dão origem a um direito programático(...) (OLIVEIRA, s/n, 2010)

Logo, estas normas tendem a servir como primeiro passo no sentido de evoluir futuramente para a construção de instrumentos de direito positivo. Menezes afirma que este novo direito "tem enfrentado, com certo sucesso, as dificuldades inerentes à relativa rigidez das normas jurídicas internacionais, e a necessidade de colocá-las na máxima conformidade possível com as exigências da ciência e da tecnologia". (MENEZES, 2005, p. 158-159)

Nessa conjuntura, o Direito, a Economia, a Ecologia e a Política, assim como demais áreas que circundam a problemática, têm em comum nada menos do que dar continuidade a existência da vida humana no Planeta.

2.2 No Âmbito Nacional

A Teoria dos Direitos Fundamentais vem sendo marcada ao longo das décadas por um processo constante de transformação e aprimoramento. Este processo é modelado justamente pelas relações sociais que dão legitimidade tanto à Ordem Constitucional, quanto às novas feições e tarefas incorporadas ao Estado e ao Direito. A busca de uma salvaguarda mais ampla dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos) e da dignidade da pessoa humana é hoje uma constante.

Dessa forma, a partir da década de 1970, torna-se marcante a defesa ecológica e a defesa da melhoria da qualidade de vida e isso se dá em virtude da atual crise ambiental.[11] Hoje, a proteção do meio ambiente apresenta-se como novo valor constitucional, de tal maneira que, de acordo com a expressão de Pereira Silva (2002), pode-se falar em um "esverdear" da Teoria do Direito Constitucional.

O Direito, enquanto ciência defrontou-se com a necessidade de regulamentações que intentam reduzir os riscos de degradação ambiental, elaborando seus próprios princípios, elencados no art. 225 da Constituição Federal. [12]

Tais princípios são considerados como alicerces ou fundamentos do Direito Ambiental. Godinho Delgado, por exemplo, afirma que "princípio significa proposição elementar e fundamental que embasa um determinado ramo de conhecimento ou proposição lógica básica em que se funda um pensamento." (2005, p. 184)

No âmbito do Direito Ambiental os princípios também desempenham essas mesmas funções de interpretação das normas legais, de integração e harmonização do sistema jurídico e de aplicação ao caso concreto. É preciso destacar que a afirmação dos princípios do Direito Ambiental desempenhou um papel fundamental no reconhecimento desse Direito enquanto ramo autônomo da Ciência Jurídica.

Após essas considerações, analisaremos de forma objetiva os princípios do Direito Ambiental na percepção de Celso Fiorillo (2012, p. 86) que são considerados os princípios norteadores de uma Política Ambiental Global, são eles: desenvolvimento sustentável, poluidor pagador, prevenção, participação (de acordo com o autor, a informação e a educação ambiental fazem parte deste princípio) e ubiqüidade.

O princípio do desenvolvimento sustentável baseia-se no seguinte tripé: social, econômico e ambiental. A sua definição vem da ideia de gerar um desenvolvimento econômico sem com isso deixar de se preocupar com a preservação do meio ambiental.

O termo empregado a este princípio surgiu, inicialmente, na Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada em 1972, em Estocolmo e utilizado nas demais conferências sobre o meio ambiente, como na ECO-92, a qual empregou o termo desenvolvimento sustentável em onze de vinte e sete princípios.

A Constituição Federal em seu artigo 225 esculpe o referido princípio: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o *dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*(Grifo nosso)

No mesmo sentido, a Lei 6.938/81 (Política Nacional de Meio Ambiente) em seu art. 2º diz que:

> "A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana".

Ora, o que se busca nada mais é do que a coexistência harmônica entre atividades econômicas e o meio ambiente.

---

[11] Sobre a ideia de crise ambiental consultar: CUNHA, Belinda (ORG.). Crise ambiental. Curitiba: Appris, 2016.
[12] Ver em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

> Passou-se a reclamar um papel ativo do Estado no socorro dos valores ambientais, conferindo outra noção ao conceito de desenvolvimento. A proteção do meio ambiente e o fenômeno desenvolvimentista (sendo composto pela livre iniciativa) passaram a fazer parte de um objetivo comum, pressupondo "a convergência de objetivos das políticas de desenvolvimento econômico, social, cultural e de proteção ambiental (FIORILLO, 2012, p. 88).

Com essa nova concepção de desenvolvimento e a necessidade de uma postura mais atuante do Estado, busca-se um equilíbrio entre os pilares do desenvolvimento sustentável: desenvolvimento social, crescimento econômico e utilização/preservação dos recursos naturais.

Logicamente que perseguir um olhar ecológico não significa anular o desenvolvimento econômico e nem é isso que se busca (até mesmo porque isso seria um devaneio), mas o que se almeja é assegurar a existência de uma vida digna, com qualidade e, para isso, é indispensável o meio ambiente ecologicamente equilibrado; afinal, sem ele a vida humana não se sustenta.

O princípio do poluidor pagador requer atenção como bem destaca Fiorillo (2012, p. 96) uma vez que, não raro, é interpretado no sentido de poluir mediante pagamento. Porém, ao analisar seu conteúdo percebe-se que não se trata disso. De acordo com o doutrinador identificam-se duas vertentes no princípio do poluidor pagador: i)caráter preventivo e ii)caráter repressivo.

No caráter preventivo, o poluidor tem o dever de arcar com despesas no intuito de prevenir os possíveis danos que sua atividade pode ocasionar, ou seja utilizar-se de instrumentos para que o dano não ocorra e esses instrumentos serão custeados pelo praticante da atividade de risco. Enquanto no caráter repressivo, ocorrendo, de fato, danos ao meio ambiente, ele deverá arcar com reparação.

A Constituição Federal traz em seu texto a ideia de Poluidor Pagador no § 3º, do art. 225: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, *independente da obrigação de reparar os danos causados*" (grifo nosso).

Vale ressaltar, por fim, que o ressarcimento do dano ambiental, no caráter repressivo pode se dar de duas formas: i) a reparação natural, ou específica, em que se busca o retorno ao *status quo ante* e, infrutífera essa reparação parte-se para ii) indenização em dinheiro.

Desde a Conferência de Estocolmo (1972), o princípio da prevenção tem sido objeto de profunda estima e, inclusive, colocado na categoria de megaprincípio do Direito Ambiental. Isso se deve à verdadeira impotência do sistema jurídico de restabelecer o *status quo ante* na maioria dos casos de dano ao meio ambiente. Afinal, como recuperar uma espécie extinta?

Em consonância à Conferência de Estocolmo, a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente (produzida na ECO-92) em seu princípio de número 15 declara que:

> Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser largamente aplicadas pelos Estados segundo suas capacidades. Em caso de risco de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a prevenir a degradação do meio ambiente.

Por fim, a Constituição Federal, em seu artigo 225, adota o princípio da prevenção quando incumbe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Não se pode olvidar que para que as ideias de proteção e preservação ambiental ganhem força na esfera social, é vital o desenvolvimento de uma consciência ecológica que deve ser

desenvolvida por meio de uma política pública de educação ambiental. Somente somando as forças pública, social e econômica é que será possível evitar maiores danos ao meio ambiente.

O princípio da participação constitui um dos elementos do Estado Social de Direito porque participar é um dever da coletividade. Afinal, a omissão participativa é prejudicial à sociedade uma vez que o meio ambiente é um direito difuso. "Além disso, o fato de a administração desse bem ficar sob a custódia do Poder Público não elide o dever de o povo atuar na conservação e preservação do direito do qual é titular."(FIORILLO, 2012, p. 133)

O art. 225, *caput*, CF, estrutura toda a sociedade na defesa do meio ambiente, o texto obriga todos à tutelá-la. Trata-se de um dever e não de uma faculdade.

Segundo Fiorillo (2012, p. 133) alguns princípios do Direito Ambiental se interpenetram, sendo que a educação ambiental[13] só é efetivada mediante a informação ambiental.

Educar ambientalmente, na visão de Fiorillo (2012, p. 135) significa: i)reduzir os custos ambientais à medida que a população age como guardiã do meio ambiente; ii)efetivar o princípio da prevenção; iii)promover a consciência ecológica; iv) incentivar a prática da solidariedade, percebendo o meio ambiente como único, indivisível e de titulares indetermináveis e acessíveis a todos e por fim v) praticar o princípio da participação.

No aparato legislativo encontra-se o respaldo jurídico para embasar o principio da participação, no entanto, para sua efetivação se faz necessário a consciência ecológica do homem, que é o titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado bem como responsável pela sua proteção.

Por fim, analisando a palavra *ubiquidade* tem-se a compreensão de que algo está em todos os lugares ou existe concomitantemente em todas as pessoas e coisas. Ou seja, algo que é onipresente, está em toda parte. Fiorillo (2012, p.137) afirma que esse princípio evidencia que a proteção do meio ambiente, localizada no epicentro dos direitos humanos, deve ser considerado toda vez que alguma atividade ou atuação for criada/desenvolvida. Afinal, na medida em que a vida e a sua qualidade são os pontos cruciais da tutela constitucional, a análise ambiental é necessária para saber se há ou não o risco ambiental.

Haja vista que não é possível pensar no meio ambiente apartado dos demais aspectos da sociedade. Exige-se, dessa forma, uma atuação global e solidária. Ora, os fenômenos de poluição e degradação do meio ambiente não encontram limites territoriais, por isso a necessidade de ser pensado em todos os momentos e em todos os lugares.

3 Agropecuária e sua Tutela Jurídica

A agropecuária cuida das atividades produtivas que integram o setor primário da economia, caracterizado pela produção de bens alimentícios e matérias primas que decorrem do cultivo de plantas e a criação de animais.

No âmbito da Constituição Federal[14], a agropecuária busca cuidar dessas determinadas atividades produtivas em proveito da dignidade da pessoa humana (art.1, III, CF) com o propósito

[13] Vale lembrar a promulgação da Lei 9.795/99 que estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental. Ver mais em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm>. Acesso em 19/04/2017.

[14] É competência comum da União. dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar conforme determina o art. 23, VIII, da CF.

de promover o bem de todos, combater a pobreza e a marginalidade no intuito de reduzir as desigualdades.

De outra banda, a atividade agropecuária, diante do regime capitalista vigente[15], está diretamente relacionada com a ordem econômica. Dessa forma, a CF abriga a atividade dentro do planejamento agrícola (art.187, § 1º, CF) e dentro do art. 186, CF, que orienta a função social da propriedade rural ao requisito da utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente. (FIORILLO, 2012, p.843)

Vale analisar a questão da função social da propriedade rural citada acima. O art. 186, CF prevê que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende os critérios e graus de exigência estabelecidos na Lei 8.629/93[16], em seu art.9º e, simultaneamente, aos seguintes requisitos:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I -aproveitamento racional e adequado;
> II -utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III -observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV -exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.(Grifo nosso)

Nota-se que em ambos os dispositivos é clara a manifestação da ordem legal sobre o uso racional e adequado dos recursos naturais bem como a preservação do meio ambiente.

Complementando a questão da função da propriedade rural, a Lei . 8.171/91[17], que dispõe sobre a Política Agrícola Brasileira, em seu art. 2°, afirma que a política fundamenta-se em vários pressupostos, sendo que um deles é:

> I - a atividade agrícola compreende processos físicos, químicos e biológicos, onde os recursos naturais envolvidos devem ser utilizados e gerenciados, subordinando-se às normas e princípios de interesse público, de forma que seja cumprida a função social e econômica da propriedade; (Grifo nosso)

E quando trata de seus objetivos, em seu art. 3º, incisos III, IV, VII, VIII, XIII, XIV e XV, também estimula a preservação do meio ambiente, a conservação dos recursos naturais e busca eliminar as distorções que afetam as funções econômica e social da agricultura.

Adentrando mais especificamente na questão das mudanças climáticas, segundo o relatório do IPCC de 2013(GT1), o Brasil é a região tropical do mundo que mais notoriamente aqueceu durante o período de 1901–2012. De acordo com Primeiro Relatório de Avaliação Nacional do Painel Brasileiro de Mudanças Climáticas (PBMC, 2013), as projeções climáticas apontam um aumento de temperatura em todos os biomas brasileiros com alterações nos regimes pluviométricos. Na Amazônia, no Pantanal, no Cerrado, na Caatinga e porção norte e nordeste da Mata Atlântica foi detectada redução de chuvas, enquanto que as projeções apontam aumento de precipitação no Pampa e porção sul e sudeste da Mata Atlântica (PBMC, 2013).

Essas projeções de alterações climáticas globais podem refletir em alterações em padrões climáticos locais. Além de aumento da temperatura e das mudanças nos regimes de precipitação,

---

[15] É pertinente ressaltar que "a predominância do fator capital, típico da agricultura moderna, permite alta produtividade por área cultivada e é encontrada, sobretudo nos países industrializados (no Brasil, ocorre principalmente nas regiões Sul e Sudeste).(FIORILLO *apud* SANDRINI, p.842, 2012)

[16] Ver mais em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em 21/01/2017

[17] Ver mais em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8171.htm>. Acesso em: 21/04/2017.

eventos extremos podem se tornar mais intensos e frequentes com impactos diretos e indiretos para a saúde humana. Todas essas alterações refletem na produção agrícola e pecuária do país.

No intuito de reduzir as emissões de GEE no Brasil, o governo apresentou, oficialmente, em 2008, o Plano Nacional sobre Mudança Climática[18] que visa o incentivo ao desenvolvimento e aprimoramento de ações de mitigação, colaborando com o esforço mundial de redução das emissões de GEE, bem como objetiva a criação de condições internas para lidar com os impactos das mudanças climáticas.

O Plano estrutura-se em quatro eixos: oportunidades de mitigação; impactos, vulnerabilidades e adaptação; pesquisa e desenvolvimento; e educação, capacitação e comunicação. Seus objetivos principais são(PNMC, 2008): 1) Identificar, planejar e coordenar as ações para mitigar as emissões de gases de efeito estufa geradas no Brasil, bem como àquelas necessárias à adaptação da sociedade aos impactos que ocorram devido à mudança do clima; 2) Fomentar aumentos de eficiência no desempenho dos setores da economia na busca constante do alcance das melhores práticas; 3) Buscar manter elevada a participação de energia renovável na matriz elétrica, preservando posição de destaque que o Brasil sempre ocupou no cenário internacional; 4) Fomentar o aumento sustentável da participação de biocombustíveis na matriz de transportes nacional e, ainda, atuar com vistas à estruturação de um mercado internacional de biocombustíveis sustentáveis; 5) Buscar a redução sustentada das taxas de desmatamento, em sua média quinquenal, em todos os biomas brasileiros, até que se atinja o desmatamento ilegal zero; 6) Eliminar a perda líquida da área de cobertura florestal no Brasil, até 2015; 7) Fortalecer ações intersetoriais voltadas para redução das vulnerabilidades das populações; 8) Procurar identificar os impactos ambientais decorrentes da mudança do clima e fomentar o desenvolvimento de pesquisas científicas para que se possa traçar uma estratégia que minimize os custos sócio-econômicos de adaptação do País.

Nesse mesmo sentido, em 2009, foi instituída a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), pela Lei 12.187/09[19] que oficializa juridicamente o compromisso voluntário do Brasil junto à CQNUMC de redução de emissões de gases de efeito estufa entre 36,1% e 38,9% das emissões projetadas até 2020.

Esta lei trata da questão da redução das emissões de maneira abrangente e menciona a atividade agropecuária apenas em seu art.11, parágrafo único[20], quando disciplina o Decreto que regulamentará os Planos setoriais de mitigação.

Os objetivos alcançados pela PNMC devem se harmonizar com o desenvolvimento sustentável buscando o crescimento econômico, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Para viabilizar o alcance destes objetivos, o texto institui algumas diretrizes, como o fomento a práticas que efetivamente reduzam as emissões de gases de efeito estufa e o

[18] Ver mais em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf>

[19] Ver mais em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>

[20] Art. 11. Os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos das políticas públicas e programas governamentais deverão compatibilizar-se com os princípios, objetivos, diretrizes e instrumentos desta Política Nacional sobre Mudança do Clima. Parágrafo único. Decreto do Poder Executivo estabelecerá, em consonância com a Política Nacional sobre Mudança do Clima, os Planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas visando à consolidação de uma economia de baixo consumo de carbono, na geração e distribuição de energia elétrica, no transporte público urbano e nos sistemas modais de transporte interestadual de cargas e passageiros, na indústria de transformação e na de bens de consumo duráveis, nas indústrias químicas fina e de base, na indústria de papel e celulose, na mineração, na indústria da construção civil, nos serviços de saúde e na agropecuária, com vistas em atender metas gradativas de redução de emissões antrópicas quantificáveis e verificáveis, considerando as especificidades de cada setor, inclusive por meio do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL e das Ações de Mitigação Nacionalmente Apropriadas - NAMAs.

estímulo a adoção de atividades e tecnologias de baixas emissões desses gases, além de padrões sustentáveis de produção e consumo.

Assim sendo, foi instituído o Decreto 7.390/2010 que regulamenta a PNMC. O Poder Executivo, seguindo as diretrizes da PNMC, estabelece os Planos setoriais de mitigação e adaptação à mudança do clima para a consolidação de uma economia de baixo consumo de carbono. Os Planos visam a atender metas gradativas de redução de emissões antrópicas quantificáveis e verificáveis, considerando diversos setores, como geração e distribuição de energia elétrica, transporte público urbano, indústria, serviços de saúde e agropecuária, considerando as especificidades de cada setor.

Dessa forma, em o Decreto estabelece em seu art. 3º:

> Art. 3 o Para efeito da presente regulamentação, são considerados os seguintes planos de ação para a prevenção e controle do desmatamento nos biomas e planos setoriais de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas:
> I - Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal - PPCDAm;
> II - Plano de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento e das Queimadas no Cerrado - PPCerrado;
> III - Plano Decenal de Expansão de Energia - PDE;
> IV - Plano para a Consolidação de uma Economia de Baixa Emissão de Carbono na Agricultura; e
> V - Plano de Redução de Emissões da Siderurgia. (Grifo nosso)

E em seu art. 5 dispõe que a projeção das emissões nacionais de gases do efeito estufa para o ano de 2020 de que trata o parágrafo único do art. 12 da Lei nº 12.187, de 2009, é de 3.236 milhões tonCO_2eq de acordo com detalhamento metodológico sendo que a projeção de redução para a agropecuária é de 730 milhões de tonCO_2eq.

Dessa forma, surgiu a criação do Plano de Agricultura de Baixo Carbono, ou Plano ABC que tem por finalidade a organização e o planejamento das ações a serem realizadas para a adoção das tecnologias de produção sustentáveis, selecionadas com o objetivo de responder aos compromissos de redução de emissão de gases do efeito estufa no setor agropecuário assumidos pelo país. Esse será o tema discutido no próximo tópico.

4 Plano de Agricultura de Baixo Carbono - Plano ABC

O Plano ABC é uma política pública federal elaborada de acordo o artigo 3° do Decreto n° 7.390/2010 e tem por finalidade a organização e o planejamento das ações a serem realizadas para a adoção das tecnologias de produção sustentáveis, selecionadas com o objetivo de responder aos compromissos de reduzir as emissões de GEE, assumido pelo Brasil na COP15, ocorrida em Copenhague, em 2009.

O Plano é fruto do trabalho coordenado pela Casa Civil da Presidência da República, pelo Ministério da Agricultura, Abastecimento e Pecuária (Mapa) e pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), com participação ativa e representatividade da sociedade civil. Mais de 100 pessoas participaram de sua criação, de mais de 30 instituições governamentais, não governamentais e da iniciativa privada, dedicadas, por mais de um ano e meio, a compor o texto e os compromissos do setor agropecuário para mitigação e adaptação às mudanças climáticas. O

Plano ABC foi aprovado em maio de 2011, em reunião ordinária do Grupo Executivo do Comitê Interministerial sobre Mudança do Clima (Gex/CIM).(Plano ABC, 2012, p.12)

Ele é composto por sete programas, seis referentes às tecnologias de mitigação e um com ações de adaptação às mudanças climáticas: i)Recuperação de Pastagens Degradadas; ii) Integração Lavoura-Pecuária-Floresta (iLPF) e Sistemas Agroflorestais (SAFs); iii) Sistema Plantio Direto (SPD); iv) Fixação Biológica de Nitrogênio (FBN); v) Florestas Plantadas; vi) Tratamento de Dejetos Animais; vii) Adaptação às Mudanças Climáticas.

O País se comprometeu, internacionalmente, em reduzir as emissões de GEE entre 36,1% e 38,9% até 2020. Isso se deve ao fato de que o governo brasileiro acredita que os países têm responsabilidades comuns, porém diferenciadas segundo a situação de suas economias. O Brasil acredita que o combate ao aquecimento global é compatível com o desenvolvimento econômico sustentável e com o combate à pobreza.

4.1 Relatório de Análise dos Recursos do Programa ABC safra 2015/16

O Programa ABC é uma das principais formas de acesso a linhas de crédito aos produtores rurais para o financiamento das metas e tecnologias preconizadas pelo Plano ABC. Ele foi lançado no ano-safra 2010/2011, aprovado por meio da resolução BACEN nº 3.896/2010 e, desde então, tem sido incluído, anualmente, nos Planos Agrícolas Pecuários(PAPs) como linha de investimento.

O Programa conta com finalidades de investimento que refletem as tecnologias redutoras de emissão de GEE incentivadas pelo Plano ABC. São elas: a)ABC Recuperação: financiamento de sistemas de recuperação da capacidade produtiva de áreas degradadas; b)ABC Direto: financiamento de sistemas de produção baseado na manutenção dos resíduos vegetais sobre a superfície do solo e adoção de rotação de culturas; c)ABC Integração: financiamento de sistema de produção que integra atividades agrícolas, pecuárias e florestais; d)ABC Fixação: financiamento de sistema de uso de microorganismos para diminuição do uso de fertilizantes; e)ABC Florestas: financiamento a plantação de florestas plantadas para fins econômicos; f)ABC Ambiental: financiamento de projetos de adequação ambiental e recomposição de Áreas de Preservação Ambiental (APPs) e reservas legais; g)ABC Dejetos: financiamento de projetos de tratamento de dejetos animais, contribuindo para diminuição de emissão de gás metano.

Vale ressaltar que o modelo de operação do Programa conta com condições de financiamento mais atrativas do que a média do mercado em termos de taxas de juros, carência e prazos para pagamentos. Só que para obter o recurso o produtor rural deve apresentar um projeto técnico que enquadre os seus objetos de investimento aos do Programa ABC, esses requisitos buscam garantir que os recursos empregados almejem não somente desenvolver a atividade bem como mitigar os níveis de emissões com o emprego de tecnologias.

Quando se compara o total das contratações por regiões, nota-se um avanço considerável na região norte que passou de 9,6% para 17,4%, enquanto que a região sudeste foi a que teve maior queda, de 33,1% para 23,7%. (Relatório, figura 9, p.14, 2016)

De qualquer forma, centro oeste e sudeste permanecem responsáveis pelos maiores volumes de contratação conforme Figura (Relatório, figura 13, p.17, 2016) que segue:

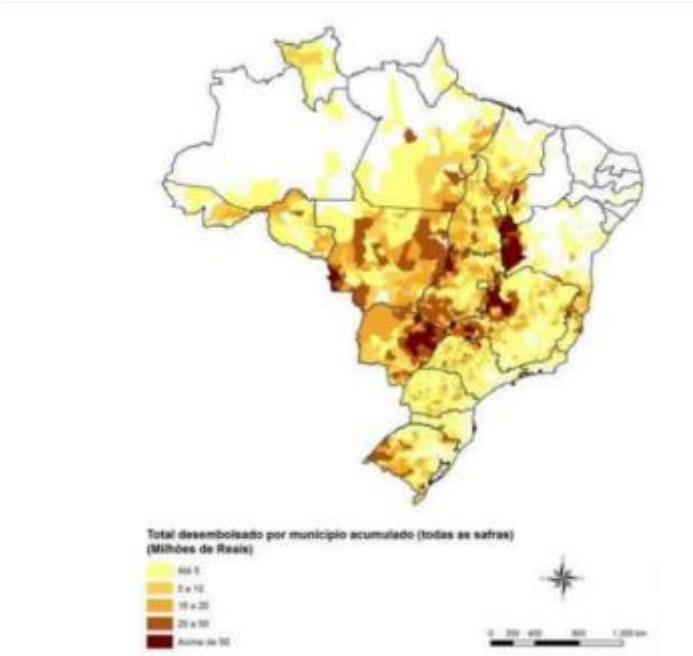


Figura 1: Distribuição espacial dos recursos Programa ABC, período 2011/12 a 2015/16.

Por fim, é interessante destacar que a linha de finalidade que mais recebeu investimentos foi a destinada à recuperação de pastagens, ela recebeu cerca de 48% do total dos investimentos. Já a linha ABC Ambiental que busca a regularização ambiental das propriedades rurais é uma das menos contrata na safra 2015/16.

Finalidade de investimento	**Todos repassadores**
Ambiental	*R$7.690.172,23*
Dejetos	R$9.581.623,07
Fixação	R$2.000.000,00
Florestas	R$117.111.144,50
FNO	R$7.493.448,49
Fundos	R$79.951.517,73
Integração	R$90.079.042,99
Plantio direto	R$558.935.321,53
Recuperação	*R$982.637.916,80*

*Dados extraídos do site do observatório ABC; Sistema ABC.

O Relatório defende a ideia de que é fundamental um maior incentivo às contratações nessa linha de crédito, pois o aumento dos recursos destinados à linha ABC Ambiental contribui para assegurar o alcance das metas de redução de GEE assumidas no âmbito do Acordo de Paris. O Relatório (p.21, 2016) enfatiza ainda que, cada vez mais, o acesso a importantes mercados internacionais de *commodities* agrícolas é influenciado por atributos de sustentabilidade, como o fim do desmatamento e a regularização ambiental. Nesse diapasão, os recursos da linha Ambiental podem e devem ajudar o Brasil a produzir *commodities* que também entreguem sustentabilidade, agregando valor ao produto nacional, auxiliando a economia brasileira a superar a crise.

5 Considerações finais

A substituição do modelo de produção vigente, o capitalista, pelo que se ambiciona, o desenvolvimento sustentável, se mostra a via mais adequada para redução das emissões dos GEE e consequentemente o cumprimento das metas pactuadas pelo Brasil na esfera internacional.

Vale ressaltar a importância do direito internacional na temática, pois e través dos Tratados, Convenções e Protocolos que a ONU, em parceria com órgãos destinados ao controle da situação climática do Planeta, como as COPs da CQMC e o IPCC, tem a possibilidade de cobrança da efetivação de políticas públicas que auxiliem na mudança de paradigma que se necessita. O caráter cognoscitivo do homem lhe confere a oportunidade de tomar novo caminhos, contrários à crise ambiental que presenciamos e, a busca de uma direção ecológica que proponha um redimensionamento do ser humano no seu *modus operandi* ante o meio ambiente e seus recursos naturais, exteriorizando essa mudança por meio da *práxis.*

Dessa forma, o Brasil na tentativa de cooperar para que essas mudanças ocorram, desenvolveu um denso arcabouço normativo, de caráter ambiental, que objetiva justamente o estímulo ao desenvolvimento sustentável e a preservação dos recursos naturais. Nesse contexto, uma vez que o setor econômico agropecuário responde não só como parte considerável da economia brasileira, também é responsável por aproximadamente 1/3 da emissões de GEE do País, viu-se a necessidade da elaboração do Plano ABC que busca a mitigação das emissões no setor.

O que se observa no entanto, é que apesar dos expressivos montantes de financiamento disponibilizados pelo Programa ABC, é necessário atenção quanto ao cumprimento do objetivo ambiental e seu monitoramento, para assegurar o alcance das metas estipuladas pelo Governo Brasileiro. A valorização do agronegócio alinhado à sustentabilidade em escala internacional permite que um produto dessa origem represente competitividade de mercado global (produtos de valor agregado) e possibilite maiores investimentos externos no País.

Referências

BRASIL. Constituição(1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27/04/2017.

_____. *Decreto n. 7.390*, de 09 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7390.htm>. Acesso em 27/04/2017.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Política Nacional do Meio Ambiente.* Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 27/04/2017.

_____. Lei n. 8.171, de 17 de janeiro de 1991. *Política Agrícola*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8171.htm>. Acesso em 27/04/2017.

_____. Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. *Dispõe sobre a Reforma Agrária.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em 27/04/2017.

_____. Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009. *Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm>. Acesso em 27/04/2017.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente Desenvolvimento*, 1992. Disponível em: < http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 27/04/2017.

_____. *PLANO ABC*. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Plano setorial de mitigação e de adaptação às mudanças climáticas para a consolidação de uma economia de baixa emissão de carbono na agricultura : plano ABC (Agricultura de Baixa Emissão de Carbono) / Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério do Desenvolvimento Agrário, coordenação da Casa Civil da Presidência da República. – Brasília : MAPA/ACS, 2012. 173 p. Disponível em: < http://www.agricultura.gov.br/assuntos/sustentabilidade/plano-abc/arquivo-publicacoes-plano-abc/download.pdf>. Acesso em: 27/04/2017.

_____. PNMC. *Plano Nacional sobre Mudança Climática*, de dezembro de 2008. Disponível em: < http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf >. Acesso em: 27/04/2017.

BACEN. Resolução n. 3.896, de 17 de agosto de 2010. Brasília. Disponível em:< http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2010/pdf/res_3896_v1_O.pdf>. Acesso em: 27/04/2017.

BRUNDTLAND, Gro Harlem (org.). *Nosso futuro comum*. Editora da FGV, 1987. Our Common Future, Oxford: Oxford University Press, 1987.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005, 4 ed.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IPCC WG1. *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* [Stocker, T. F. et al. (Eds.)]. Cambridge, United Kingdom; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2013. 1535 p. DOI: .13.

JONES, JR. J.; LACERDA, P. S. B.; SILVA, F. M. *Desenvolvimento Sustentável e Química Verde*. Quim Nova, V. 28, nº1, 103.110, 2005.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e transnormatividade*. Ijuí: Unijuí, 2005

OBSERVATÓRIO ABC. *Relatório Completo de Análise do Recursos do Programa ABC,* Instituições Financeiras Privadas. Safra 2015/16. Agosto de 2016. Disponível em:< http://observatorioabc.com.br/wp-content/uploads/2016/10/Relatorio-Completo_An%C3%A1lise-dos-Recursos-ABC-safra1516.pdf>. Acesso em: 27/04/2017.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. O papel da soft law na evolução da proteção internacional do meio ambiente. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8163>. Acesso em: 27/04/2017. p. 184.

PBMC – *PAINEL BRASILEIRO DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS.* Contribuição do Grupo de Trabalho 2 ao Primeiro Relatório de Avaliação Nacional do Painel Brasileiro de Mudanças Climáticas. Sumário Executivo do GT2. Rio de Janeiro: PBMC, 20.

PEREIRA DA SILVA, Vasco. *Verde cor de direito: lições de Direito do Ambiente*. Coimbra: Almedina, 2002.

UNFCCC. Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on the Climate Change. FCCC/CP/1997/L.7/Add.1 10 de dezembro de 1997. Disponível em: < http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf> Acesso em: 27/04/2017.

O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL E A PARTICIPAÇÃO POPULAR

Marcia Andrea Bühring,
doutora; marcia.buhring@pucrs.br [21]

Alexandre Cesar Toninelo,
mestrando; tonineloalexandre@hotmail.com[22]

Resumo:

Mostrar que a Constituição brasileira apresenta as políticas de desenvolvimento urbano, tendo como objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e que entre os instrumentos de política urbana previstos na Lei n° 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), editada com o fim de executar a política urbana, de acordo com as disposições contidas nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988, destaca-se a garantia do direito à cidades sustentáveis, bem como a gestão democrática por meio da participação popular na formulação dos programas e projetos de desenvolvimento urbano. O método utilizado é o dedutivo, sua natureza é aplicada e a forma de abordagem é qualitativa. No que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica e documental. Como resultado, percebe-se que a exclusão social praticada contemporaneamente pelos "donos das cidades", fora ou dentro dos "muros" ou do perímetro urbano, é histórica e cultural. O Estatuto da Cidade só terá sua aplicabilidade plena, de modo a alcançar os fins a que se destina, pela edição de leis que estão a cargo da competência municipal, como é o caso da Lei do Plano Diretor. Conclui-se que a partir da redemocratização do país, ocorrida na década de 1980, a sociedade civil organizada começou a atuar de modo expressivo, reivindicando a sua participação nos processos decisórios, inclusive, naqueles relativos a defesa do meio ambiente, como se percebe com a análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70022471999, sendo declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal, em face de não ter sido oportunizada a participação da comunidade no planejamento urbano.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Fundamentais. Cidade Sustentável. Participação Popular.

1 Introdução

O processo de criação e desenvolvimento dos espaços escolhidos pelo homem para a implantação das cidades é altamente complexo e envolve aspectos políticos, sociais, econômicos, culturais, religiosos, entre outros, etc.

---

[21] Doutora pela PUCRS-Brasil. Mestre pela UFPR. Professora da PUCRS e da UCS - Universidade de Caxias do Sul – UCS, Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental, Linha de Pesquisa: Direito Ambiental, Políticas Públicas e Desenvolvimento Socioeconômico; Grupo de Pesquisa: Interdisciplinaridade, Cidades e Desenvolvimento: Planejamento Sustentável do Meio Ambiente. Projeto de pesquisa: CMC-U. Advogada e Parecerista. Email: mabuhrin@ucs.br; marcia.buhring@pucrs.br

[22] Aluno do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul (UCS). Especialista em Direito Público pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). Graduado em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). Advogado. Email: tonineloalexandre@hotmail.com

No campo normativo brasileiro, o art. 225 da Constituição Federal de 1988, dispõe quatro elementos fundantes do direito ambiental, que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", que se trata de um "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida", que tanto o Poder Público quanto coletividade receberam uma incumbência, uma imposição de defesa e preservação "dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Por sua vez, o art. 182 do Texto Constitucional dispõe sobre as políticas de desenvolvimento urbano, tendo como objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Sendo regulamentado pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominado Estatuto da Cidade.

O método utilizado é o dedutivo, sua natureza é aplicada e a forma de abordagem é qualitativa. No que se refere aos procedimentos técnicos é bibliográfica e documental.

Nesse sentido, abordar-se-á no primeiro tópico, o direito à cidade sustentável, que vai além da liberdade individual, tendo como pressupostos (objetivos), a transformação e a construção de uma cidade para todos.

Posteriormente, analisar-se-à a participação social popular, na construção da política urbana, de acordo com o inciso II do art. 2º da Lei nº 10.257/2001.

Observa-se, finalmente, que, além dos instrumentos legais colocados à disposição da sociedade, o entendimento jurisprudencial adotado pelos Tribunais, relativamente ao direito à cidade sustentável.

2 O direito à cidade sustentável

De acordo com os aspectos históricos, verifica-se que desde a origem da cidade, os homens buscavam a segurança, alimentos e o bem-estar, como forma da própria sobrevivência humana. Nesse contexto, RECH (2007, p. 17) expõe:

> Já no princípio, Platão afirmava que a cidade precisava organizar-se, com tantas coisas, tantas atividades e infra-estrutura capaz de atender às necessidades pelas quais os homens se reuniam em cidades. É preciso, afirmava o filósofo, que cada um se dedique à sua atividade, segundo as necessidades da cidade e de suas aptidões, defendendo a divisão do trabalho a serviço da comunidade ou da cidade. Somente o restante do tempo poderia ser dedicado a si mesmo, deixando clara a necessidade de normas de convivência locais, atribuição que, no Estado moderno, foi transferida e concentrada na Cidade-Capital. Ele aduz, dessa forma, que as atividades comunitárias que interessam à cidade devem ser feitas segundo normas estabelecidas pela própria cidade, e somente as atividades particulares, restritas ao interesse e no recinto do lar, devem ficar a critério do homem. O filósofo, quando fala do crescimento e da organização das primeiras cidades, fazia alusão (já na época) ao fato de que, para evitar a pobreza e a própria guerra ou lutas de classes, deveria ser planejado o crescimento.

De outra parte, Aristóteles afirma que a cidade não se formou com vistas apenas ao necessário, senão pelo bom e honesto, o que nos remete à necessidade de um planejamento jurídico de normas de sustentabilidade (RECH; RECH, 2010, p. 19).

Ademais, o processo histórico de apropriação do homem sobre a terra se desenvolveu de modo artificial, e em cada época a propriedade constituiu-se de contornos diversos, conforme as relações sociais e econômicas de cada momento (FACHIN, 1998, p. 18).

Consequentemente, a partir da Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, em meados do século XVIII, o crescimento das cidades acelerou, em razão da necessidade de mão-de-obra nas indústrias e a redução do número de trabalhadores no campo. A industrialização promoveu simultaneamente os dois eventos, um de atração pela cidade, outro pela forma de expulsão do campo. Até então, não havia nenhum país onde a população urbana predominasse.

Pode-se afirmar que o Século XX, é o século da urbanização, pois nele se acentuou o predomínio da cidade sobre o campo.

No Brasil não foi diferente, até 1960, o Brasil era um país de população predominantemente rural. As principais atividades econômicas estavam associadas à exportação de produtos agrícolas, dentre eles o café. A tendência à concentração populacional nos grandes centros urbanos já era bastante nítida nos anos 70 e 80, como resultado do fluxo migratório verificado no período, de acordo com o Censo Demográfico de 2010, disponibilizado no banco de dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Acesso em: 20 out. 2016).

Em 1980[23], mais da metade dos brasileiros - cerca de 82 (oitenta e dois) milhões de habitantes – já se encontravam em áreas urbanas, cuja oferta de emprego e de serviços, como saúde, educação e transporte, eram maiores.

Contudo, a maior parte desta população, encontra-se na periferia das cidades, morando em loteamentos irregulares, nas encostas de morros e margens dos rios, residindo em favelas, invadindo prédios – principalmente nas grandes cidades brasileiras - sem condições mínimas de subsistência e infra-estrutura básica, como água, luz, alimentos, etc.

Como exemplo, há no Brasil, mais de dezesseis mil favelas cadastradas. Soma-se a isso o fato de que mais de 42% (quarenta e dois por cento) dos lotes ocupados na área urbana são irregulares (IBGE, 2010), o que demonstra que as nossas cidades não foram planejadas e, portanto, não existe espaço para esta grande parcela da população brasileira, que vive excluída da cidade formal e legal (BÜHRING; RECH, 2017).

Em suma, o processo de urbanização raramente é induzido por alguma política governamental de forma ordenada. Ele se processa de modo descontrolado, forçando as cidades a abrigarem um número de pessoas superior à sua capacidade, o que dá origem a habitações subnormais, aos *"sem-teto"*, à violência, à poluição e às periferias desassistidas que existem mesmo nas cidades mais ricas do mundo. Como assinala Rech (2007, p.18):

> Além de as cidades crescerem na sua infra-estrutura sem normas de direito, desrespeitando os meios natural e criado (o meio ambiente), as potencialidades naturais quer geográficas, culturais, quer humanas, não há também normas que completem o crescimento demográfico, preocupação ainda das primeiras cidades que hoje denominamos cidade sustentável. Depois de mais de dois mil anos, os problemas de saúde das cidades, o "remédio" sugerido por Platão, nunca foi aplicado, e por isso sequer sabemos se é ou não eficaz. O crescimento demográfico das periferias, da população excluída da verdadeira cidade, que vive nas favelas e morros, especialmente as classes mais pobres, é um desafio aos dias atuais.

No mesmo sentido, Graziera (2011, p. 596) refere que às pessoas menos favorecidas acabaram ficando com as áreas mais afastadas, as de risco, as favelas:

[23] O Movimento de Justiça Ambiental constituiu-se nos EUA nos anos 1980, a partir de uma articulação criativa entre lutas de caráter social, territorial, ambiental e de direitos civis. Já a partir do final dos anos 1960, haviam sido redefinidos em termos "ambientais" os embates contra as condições inadequadas de saneamento, de contaminação química de locais de lixo tóxico e perigoso. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 17).

> Esse adensamento, que na maioria das vezes ocorreu sem planejamento nem controle, se de um lado ofereceu a uma parcela da população acesso ao trabalho e, para alguns, melhores condições de vida, por outro lado causou um desequilíbrio urbano que não se conseguiu ainda solucionar, inclusive no que toca às questões ambientais. Couberam às pessoas menos favorecidas as áreas mais afastadas, as áreas de risco, a habitação em favelas e cortiços, muitas vezes de forma ilegal. Como na maior parte das vezes não há emprego para todos, consolidou-se uma periferia pobre, sem equipamentos urbanos adequados e, em função da pobreza e da falta de perspectivas, muito violenta. Esse cenário de muitas cidades do Brasil, nos tempos atuais, e um dos maiores desafios para os Poderes Públicos no século XXI. [...] Contudo, muitos problemas permanecem na maior parte das cidades brasileiras. Lixões a céu aberto, esgoto lançado nos rios urbanos sem qualquer tipo de tratamento, poluição atmosférica pelo lançamento de gás carbônico (CO2), excesso de tráfego e de ruídos, ocupações ilegais em áreas que deveriam estar protegidas, loteamentos clandestinos em áreas de proteção ou de risco, falta de espaços verdes e vias sem qualquer arborização, enchentes, painéis de propaganda que infestam as grandes avenidas, áreas construídas muito além das taxas de ocupação autorizadas são ainda elementos do cotidiano em grande parte dos centros urbanos do país.

A exclusão social praticada hoje pelos *"donos das cidades",* fora ou dentro dos *"muros"* ou do perímetro urbano, é histórica e cultural. Não começou com o Imperialismo ou com o Absolutismo, mas nasceu na origem das próprias cidades, contrariando sua intrínseca função antropológica (BÜHRING; RECH; 2017).

Diante do fenômeno da concentração da população brasileira nas cidades, cada vez maiores, gerando um processo crescente de explosão demográfica urbana, vem suscitando uma série de problemas da maior amplitude social, econômica, demográfica e política, sendo necessária a criação de instrumentos jurídicos capazes de construir projetos de cidades sustentáveis.

Antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988, a preocupação com as políticas ambientais, socioeconômicas e com a pobreza, foi discutida e ratificada pela obra Nosso futuro comum, da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Relatório Brundtland, como forma de assegurar a humanidade o desenvolvimento sustentável e a garantir às necessidades básicas do presente, sem comprometer a capacidade e a sobrevivência das gerações futuras.

Assim sendo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assegurou no seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana, e complementou, expressamente, no art. 5º, incisos XXII e XXIII, o direito de propriedade e, logo em seguida, impôs que a propriedade atenderá a sua função social, (hoje socioambiental) princípio esse que passou a reger a ordem econômica, assim como a defesa do meio ambiente (conforme art. 170, incisos III e VI).

Além disso, o legislador constituinte, assegurou por meio do art. 6º, da Constituição Federal, o direito fundamental e social, à moradia. (Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro, de 2000).

Por sua vez, o art. 182 da Constituição Federal de 1988, disciplina que a política de desenvolvimento urbano, será executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais estabelecidas em lei, tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, dispondo, em seu §1º, que "o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana"; e, no §2º, que "a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor".

Merece, também, destaque, o art. 225 da Constituição brasileira, ao assegurar que "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, definindo-o como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo, ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

E, por conseguinte, a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada "Estatuto da Cidade", veio regular os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelecer como um dos objetivos da política urbana a garantia do direito a cidades sustentáveis.

Nesse sentido, afirma Mukai (2010, p. 247-248):

> Os pontos mais relevantes da Lei, a nosso ver, são a efetiva concretização do Plano Diretor nos Municípios, tornando eficaz a obrigatoriedade constitucional de sua existência em cidades com mais de vinte mil habitantes; [...] Vejamos, embora em síntese apertadíssima, o que cada um desses pontos representa para as municipalidades e para suas comunidades (munícipes) em termos jurídicos: a) Diretrizes Gerais. Como são em número de 16 (dezesseis) as diretrizes gerais indicadas pelo art. 2º da Lei, iremos aqui destacar apenas as que julgamos as mais importantes para o desenvolvimento urbano. Assim, (I), a garantia do direito a cidades sustentáveis, direito a terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e serviços urbanos, ao trabalho e ao lazer; (II) gestão democrática da cidade; (III) cooperação entre os governos, a iniciativa provada e demais setores no processo de urbanização; (IV) planejamento do desenvolvimento da cidade; (VI) ordenação e controle do uso do solo; (VII) integração e complementariedade entre as atividades urbanas e rurais; (IX) justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização; (X) adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano; (XII) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; (XV) simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, visando redução de custos o aumento de lotes e unidades habitacionais; (XVI) isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização. [...].

Aponta Fiorillo (2005, p.108), que os conceitos de planejamento ou plano diretor não existiam no Brasil nem no século XIX, nem no início do século XX:

> O primeiro plano a apresentar a expressão "Plano Diretor", foi o Plano Agache, do Rio de Janeiro, datado de 1930. [...] o Plano Diretor no Brasil na década de 60 e 70 sempre foi concebido por arquitetos e urbanistas, que elaboravam normas sob uma ótica técnica individualizada, não contextualizada com o conjunto de fatores que influenciam e condicionam a ocupação e utilização dos espaços urbanos.

Dessa forma, o Estatuto da Cidade só terá sua aplicabilidade plena, de modo a alcançar os fins a que se destina, pela edição de leis que estão a cargo da competência municipal, como é o caso da Lei do Plano Diretor.

São consideradas cidades socioambientalmente sustentáveis segundo Silva (2006, p. 78).

> é em relação à propriedade urbana que a função social, como preceito jurídico-constitucional plenamente eficaz, tem seu alcance mais intenso de atingir o regime de atribuição do direito e o regime de seu exercício. Pelo primeiro cumpre um objetivo de legitimação, enquanto determina uma causa justificadora da qualidade de proprietário. Pelo segundo realiza um objetivo

> de harmonização dos interesses sociais e dos privativos de seu titular, através da ordenação do conteúdo do direito.

Ressalta, ainda, Rech (2007, p. 161) que o plano diretor é fundamental para cidades que queiram iniciar um efetivo crescimento de forma ordenada:

> A observância inicial que se impõe, diante de tudo o que já foi abordado, é de que independentemente do tamanho da cidade, é indispensável e necessária a adoção do Plano Diretor para qualquer uma que queira iniciar um processo de crescimento ordenado, bem como garantir direitos, como: moradia, saneamento, transporte, trabalho, educação, segurança, lazer, entre outros, em nível local, no presente e especialmente para o futuro. O Plano Diretor é o alicerce da construção de uma cidade sustentável, o caminho para evitar o caos a que assistimos nas grandes cidades. Por menor que seja a cidade, se ela não tiver um projeto que racionalize sua construção, não há garantia de crescimento ordenado tampouco de qualidade de vida.

Assim, é necessário que sejam estabelecidos parâmetros, fixados limites com relação à forma de incidência dos direitos fundamentais – sociais -, para que as classes menos abastadas tenham acesso à moradia.

Nesse contexto refere ainda Meirelles (2003, p.521) quanto a implementação do plano diretor:

> a implementação do plano diretor faz-se pelos órgãos e agentes executivos municipais, sujeitos a todas as normas e diretrizes na realização dos empreendimentos planejados, notadamente na execução das obras e serviços locais, na abertura das vias públicas, na regulamentação do uso do solo urbano e urbanizável, na aprovação dos loteamentos para fins urbanos, na formação dos núcleos industriais, no controle de edificação e das atividades particulares que possam afetar a vida e o bem estar da comunidade e na preservação ambiental, que constitui preocupação urbanística de todo e qualquer planejamento territorial

A cidade não pode ser apenas um instrumento de desenvolvimento, mas deve ser um local de construção da dignidade humana e de aplicação dos princípios de justiça.

Afirma Dias (2003, p. 155) que a cidade sustentável depende efetivamente de um "equilíbrio entre determinada população e base ecológica-territorial, responsabilidade ecológica, eficiência energética, tecnologias brandas, alteração dos padrões de consumo, recuperação de área degradada, manutenção da biodiversidade existente".

A propósito, não pode-se esquecer que somente por meio da adoção de gestão democrática da cidade, de órgãos colegiados, audiências públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano, iniciativa popular de projeto(s) de lei(s) e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano – sustentável -, é que serão buscadas e encontradas soluções para que sejam atendidas as necessidades básicas da população, em especial, o direito individual à moradia.

Exemplo disso, foi a decisão proferida pelo Ministro, Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, o qual entendeu que os espaços públicos urbanos – em síntese - cumprem relevantes funções de caráter social, político, estético, sanitário e ecológico, como um dever não discricionário do Administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, inciso I, da Lei nº 10.257/2001, *in verbis*:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRAÇAS, JARDINS E PARQUES PÚBLICOS. DIREITO À

> CIDADE SUSTENTÁVEL. ART. 2º, INCISOS I E IV, DA LEI 10.257/01 (ESTATUTO DA CIDADE). DOAÇÃO DE BEM IMÓVEL MUNICIPAL DE USO COMUM À UNIÃO PARA CONSTRUÇÃO DE AGÊNCIA DO INSS. DESAFETAÇÃO. COMPETÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 150/STJ. EXEGESE DE NORMAS LOCAIS (LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE ESTEIO/RS).
> 1. O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública contra o Município de Esteio, em vista da desafetação de área de uso comum do povo (praça) para a categoria de bem dominical, nos termos da Lei municipal 4.222/2006. Esta alteração de status jurídico viabilizou a doação do imóvel ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com o propósito de instalação de nova agência do órgão federal na cidade.
> 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível.
> 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda.

E destaca ainda, que os espaços públicos urbanos deveriam cumprir melhor suas funções, ou seja, de social, político, estético, sanitário e ecológico.

> **4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade).** […]
> 7. De toda sorte, registre-se, em obiterdictum, que, embora seja de inequívoco interesse coletivo viabilizar a prestação de serviços a pessoas de baixa renda, não se justifica, nos dias atuais, que praças, jardins, parques e bulevares públicos, ou qualquer área verde municipal de uso comum do povo, sofram desafetação para a edificação de prédios e construções, governamentais ou não, tanto mais ao se considerar, nas cidades brasileiras, a insuficiência ou absoluta carência desses lugares de convivência social. Quando realizada sem critérios objetivos e tecnicamente sólidos, maldotada na consideração de possíveis alternativas, ou à míngua de respeito pelos valores e funções nele condensados, a desafetação de bem público transforma-se em vandalismo estatal, mais repreensível que a profanação privada, pois a dominialidade pública encontra, ou deveria encontrar, no Estado, o seu primeiro, maior e mais combativo protetor. **Por outro lado, é ilegítimo, para não dizer imoral ou ímprobo, à Administração, sob o**

> **argumento do "estado de abandono" das áreas públicas, pretender motivar o seu aniquilamento absoluto, por meio de desafetação. Entender de maneira diversa corresponderia a atribuir à recriminável omissão estatal a prerrogativa de inspirar e apressar a privatização ou a transformação do bem de uso comum do povo em categoria distinta. Finalmente, tampouco há de servir de justificativa a simples alegação de não uso ou pouco uso do espaço pela população, pois a finalidade desses locais públicos não se resume, nem se esgota, na imediata e efetiva utilização, bastando a simples disponibilização, hoje e sobretudo para o futuro - um investimento ou poupança na espera de tempos de melhor compreensão da centralidade e de estima pela utilidade do patrimônio coletivo**. Assim, em tese, poderá o Ministério Público, se entender conveniente, ingressar com Ação Civil Pública contra o Município recorrido, visando obter compensação pelo espaço verde urbano suprimido, de igual ou maior área, no mesmo bairro em que se localizava a praça desafetada.
> 8. Recurso Especial não provido.
> (STJ. Segunda Turma. REsp 135807 – RS. Ministro Relator, Herman Benjamin. Por unanimidade. Data do julgamento: 15/04/2010. Publicado em: DJe 08/03/2012). (Grifos nossos).

Dessa forma, a política urbana só se efetiva se houver a observância e o implemento das diretrizes gerais expressas neste art. 2º, da Lei nº 10.257/2001, como forma de assegurar as presentes e futuras gerações o direito fundamental à moradia.

Em suma, garantir o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, aos transportes e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, constitui uma diretriz com vistas ao alcance da cidade sustentável para todos.

3 A gestão democrática[24] da cidade

A partir da redemocratização do país, ocorrida na década de 1980, a sociedade civil organizada começou a atuar de modo expressivo, reivindicando a sua participação nos processos decisórios, inclusive, naqueles relativos a defesa do meio ambiente.

Como bem explica Milaré (2014, p. 214):

> Na verdade, somente na década de 1980, com a retomada das liberdades democráticas, é que se começou a abrir espaço para as comunidades expressarem suas reivindicações em favor da defesa do meio ambiente. Nesse período, difundiu-se na sociedade e no governo a consciência de que as questões ambientais deviam ser tratadas em conjunto com as populações afetadas. Reforçaram-se os canais de diálogo ante a convicção de que os cidadãos com amplos conhecimentos de sua realidade e com acesso à informação tinham melhores condições de atuar sobre a sociedade, de articular mais eficazmente desejos e ideais e de tomar parte ativa nas decisões que lhes interessavam diretamente.

---

[24] Algumas definições de democracia e seu contexto:

Democracia como governo do povo. "A ideia de restituir uma democracia genuína, a partir da noção grega de "governo pelo povo", usurpada por meio da concepção formal e procedimentalista do governo representativo liberal, pode ser ilustrada pelo pensamento de Bermudo. O filósofo catalão recorda que a democracia ateniense tinha como fundamento a participação efetiva do povo nos processos decisórios de todas as naturezas, excluindo toda forma de representação e delegação, de modo que os cargos eram escolhidos por sorteio, por curtos períodos e de modo rotatório, e que todos os considerados cidadãos poderiam participar do debate em igualdade de importância, como expressam os conceitos de isonomia, isocracia e isegoria". (SILVEIRA, 2014, p. 295).

Democracia política e econômica. "Da forma aplicada à política, uma democracia (do grego, significando "governo do povo") é um sistema social no qual todos dispõem de parcela igual de poder. Embora existam muitos sistemas sociais relativamente pequenos e simples (um grupo de amigos, por exemplo) que são organizados como democracias puras, no nível de organizações, comunidades e sociedades inteiras complexas, a democracia pura é muito rara. Em parte isso se deve ao fato de que a definição de "todos" quase sempre exclui algumas partes da população – tais como mulheres, crianças ou minorias. Além do mais, quase todas as sociedades que descrevem a si mesmas como democracias representativas, nas quais cidadãos elegem representantes que, na prática, detêm e exercem a autoridade política. [...]. (JOHNSON, 1997, p. 66).

"A democracia não oprime, liberta. A democracia não restringe, inclui. A democracia não tem um discurso monológico, mas plural. A democracia traduz a possibilidade de pleno exercício da vontade fundada na diferença, que a partir da possibilidade de pleno exercício da vontade fundada na diferença, que a partir da possibilidade da existência multiplica as alternativas e compõe o mosaico de valores que amparam o Estado de Direito". (MARIN, 2012, p. 59).

Democracia é dinâmica: "não é algo perfeito, estático, ao contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançado" (BASTOS, 1992, p. 147), visto sua construção e aprimoramento decorrerem dos acontecimentos históricos, como um "processo de continuidade transpessoal, irredutível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas." (CANOTILHO, 2002, p. 289).

"O conceito de democracia se recria a cada nova tomada de consciência política e avanço civilizatório. Não se pode aceitar a fórmula democrática da modernidade como a sua possibilidade última. A democracia, em um mundo tão desigual e injusto como vivido em nosso tempo, vai ser sempre a bandeira a ser erguida na luta contra a dominação e espoliação dos mais favorecidos economicamente em relação aos carentes de poder econômico, social, tecnológico, etc". (FENSTERSEIFER, 2008, p. 121).

Democracia e participação "A participação pública em matéria ambiental, no entanto, não se limita aos campos tradicionais da atuação política, como é o caso do legislativo e do administrativo. O mesmo caráter participativo também se verifica no âmbito judicial, especialmente quando estiverem em jogo questões de espectro coletivo como, por exemplo, nas ações civis públicas voltadas ao controle judicial de políticas públicas ou mesmo no campo da jurisdição constitucional, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, etc. A realização de audiências públicas judiciais no âmbito da jurisdição constitucional (como praticado pelo STF, desde 2007) e também no trâmite de ações coletivas, a utilização crescente do instituto do *amicus curiae*, a ampliação dos entes públicos e privados legitimados para a propositura de ações coletivas, a inversão do u ônus da prova em processos coletivos, a assistência jurídica prestada aos indivíduos e grupos sociais necessitados, entre outras medidas, revelam mecanismos que potencializam a participação pública no campo judicial (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 118).

Essa participação não é aleatória. A Constituição Federal textualmente refere em seu art. 225, dessa forma, verifica-se neste dispositivo duas vertentes para a participação da coletividade, a primeira respeitando as normas sobre proteção ambiental e a segunda, exigindo do Poder Público, por meio da sociedade civil organizada, medidas para solucionar as questões relativas ao meio ambiente, desde a formulação de novas regras, até a atuação efetiva dos órgãos e entidades de controle ambiental, na luta contra a degradação, a poluição e principalmente, em relação a omissão.

De acordo com o inciso II do art. 2º da Lei nº 10.257/2001, percebe-se que o legislador estabeleceu a necessidade da participação da população – e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade – na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

Nesse sentido, afirmam Rech; Rech (2016, p. 183):

> Isso significa que todas as normas urbanísticas, que venham a ser definidas ou alteradas pelos municípios, bem como seu acompanhamento, devem ser objeto de participação popular. Qualquer lei urbanística municipal, que crie ou modifique o Plano Diretor, e que não tenha passado pela gestão democrática envolvendo a participação popular, é ilegal e passível de nulidade.

O Estatuto da Cidade se aplica a todo o território nacional, devendo os Municípios, responsáveis pela definição das respectivas políticas de desenvolvimento urbano, buscar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade – conforme definido no Plano Diretor e demais normas municipais – e o bem-estar dos seus habitantes, constituindo a gestão democrática uma das principais diretrizes.

Como bem observa Antunes (2014, p. 27):

> O princípio democrático assegura aos cidadãos o direito de, na forma da lei ou regulamento, participar das discussões para a elaboração das políticas públicas ambientais e de obter informações dos órgãos públicos sobre matéria referente à defesa do meio ambiente e de empreendimentos utilizadores de recursos ambientais e que tenham significativas repercussões sobre o ambiente, resguardado o sigilo industrial. No sistema constitucional brasileiro, tal participação faz-se por várias maneiras diferentes, das quais merecem destaque:
> O dever jurídico de proteger e preservar o meio ambiente;
> O direito de opinar sobre as políticas públicas, através de:
> Participação em audiências públicas, integrando órgãos colegiados, etc.;
> Participação mediante a utilização de mecanismos judiciais e administrativos de controle dos diferentes atos praticados pelo Executivo, tais como as ações populares, as representações e outros;
> As iniciativas legislativas que podem ser patrocinadas pelos cidadãos. A materialização do princípio democrático faz-se através de diversos instrumentos processuais e procedimentais. [...].

Assim sendo, parte-se do pressuposto de que as políticas públicas ambientais só têm eficácia social e sustentabilidade política quando incluem as comunidades locais na elaboração das leis ou na tomada das decisões, visando a proteção do meio ambiente.

Ademais, a participação da sociedade em assuntos estatais decorre do nível de informação que detém e do grau de incentivo que recebe (ALVES, 2012, p. 26).

Nas palavras de Armada (2012, p. 73):

> Paralelamente, um segundo fenômeno passa a tomar corpo: o sentimento de empoderamento. As pessoas envolvidas de alguma maneira com Organizações Não Governamentais relacionadas com os grandes problemas planetários veem seus objetivos e sua atuação crescerem em importância. O sentimento de empoderamento determina a materialização do possível e estimula a participação. Cabe destacar o elemento comum que tem caracterizado as atuais demandas planetárias. A mudança da sociedade de consumo para uma sociedade solidária passa, necessariamente, por uma mudança do ser humano. O ser humano desde o início do Século XXI possui um patrimônio de conhecimento que precisa e pode ser preservado para as gerações futuras.

Portanto, não se trata de a população ser chamada a discutir questões técnicas que desconhece, mas de assumir, tomar conhecimento do projeto de cidade e para auxiliar e especialmente opinar na sua forma de construção (RECH; RECH, 2010, p. 49).

Além disso, o Estatuto da Cidade prevê também o controle social, garantindo a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil, quando houver dispêndio por parte do Poder Público municipal, na aplicação dos instrumentos fixados na lei, conforme art. 4º, §3º, da Lei nº 10.257/2001 (GRANZIERA, 2011, p. 610).

Também já é comum a realização deste princípio por meio da intervenção judicial, conforme decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70022471999, sendo declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal, em face de não ter sido oportunizada a participação da comunidade no planejamento urbano, consoante ementa:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 456/2006, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO NORTE, QUE INSTITUI O PLANO DIRETOR. EMENDA LEGISLATIVA Nº 005/2006, QUE ALTERA SUBSTANCIALMENTE A REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 38, QUE DISPÕE ACERCA DO ZONEAMENTO URBANO. DESRESPEITO, PELO LEGISLADOR NORTENSE, À NORMA QUE DETERMINA A PARTICIÇÃO DA COMUNIDADE NO PLANEJAMENTO URBANO, EM TODAS AS FASES DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DA LEI. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VÍCIO QUE AFETA UNICAMENTE O DISPOSITIVO LEGAL ALTERADO PELA EMENDA MODIFICATIVA. OFENSA AOS ARTIGOS 29, XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 177, PARÁGRAFO 5º, DA CARTA POLÍTICA DO ESTADO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70022471999, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osvaldo Stefanello, Julgado em 02/06/2008).

Todavia, não se trata de tarefa simples. O Estatuto da Cidade traz para o direito em vigor alguns princípios relativos às necessidades de planejar as cidades de forma séria e concreta. Mas, a racionalização dos gastos públicos, é decorrente de um planejamento bem efetuado e devidamente cumprido, sendo uma condicionante não apenas no equilíbrio ambiental, mas também da própria sustentabilidade do Poder Público e da melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Em suma, a ordem urbanística há de possibilitar uma nova cidade, em que haja alegria de se morar e trabalhar, de se fluir o lazer nos equipamentos comunitários e de se contemplar a paisagem urbana (MACHADO, 2002, p. 356).

Percebe-se que o legislador assegurou uma enorme variedade de instrumentos aptos a proporcionar a efetiva participação cidadã – popular – em todos os aspectos da vida urbana,

especialmente em relação ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, para garantir o "direito à cidade sustentável".
Pilati, (2011, p. 46) deve ser obra de "soberania partilhada".

> São duas esferas de competências: uma individualista e representativa e outra nova, de democracia participativa, função social, direitos coletivos fundamentais. São distintas, mas em sistema. Como conciliar as duas? Como construir a segunda, evitando que seja frustrada pela primeira? Cumpre criar os conceitos e os procedimentos desse novo arcabouço proprietário – tarefa dos juristas; e exercer efetivamente a participação – tarefa do povo constitucional participativo

Nesse contexto a participação popular é, segundo aponta Grassi (2016, p. 23)

> reconhecida por um instrumento de controle e gestão da sociedade em parceria com o Poder Público, é um laboratório de novas possibilidades para o enfrentamento das desigualdades sócioespaciais, advindas de, entre inúmeros fatores, a priorização de procedimento ligados aos atores sociais com maior influência em decisões ou de maior poder aquisitivo. Oportunizar que outros atores sociais – principalmente os excluídos – façam parte do processo de criação do PD [plano diretor], como define o EC/2001 [estatuto da cidade], é fundamental para a ruptura da segregação que grande parte da população de países emergentes, como é o caso do Brasil, vive. (GRASSI, 2016, p. 23).

Por outro lado, no direito português, a Constituição estabelece expressamente como um dos objetivos fundamentais da lei de procedimento administrativo o de assegurar "a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito" (artigo 267º, nº 5º). (DIAS, 2007, p. 23).

Ainda segundo Dias, (2007, p. 23) em consonância com o que hoje se passa na vida e funcionamento da Administração Pública, em geral, também ao nível do direito do ambiente se defende com a uma intensidade acrescida a necessidade de não apenas os órgãos e agentes administrativos, mas igualmente os diversos grupos sociais existentes na comunidade, intervirem – não só de forma consultiva, senão que também com um papel ativo, nas tomadas de decisão relevantes para o ambiente. Dessa forma a própria Constituição está a exigir "o envolvimento e a participação dos cidadãos" no desempenho das incumbências obrigatórias para o Estado para assegurar o direito ao ambiente (nº 2 do artigo 66º). (DIAS, 2007, p. 24).

O princípio (e o correlativo direito) de participação está fortemente ligado a um outro direito que em geral vem sendo reconhecido em termos cada vez mais amplos aos cidadãos: *o direito à informação*. Só quando os cidadãos estão devidamente informados é que podem ter oportunidade de exercer convenientemente o seu direito de participação. (DIAS, 2007, p. 24).

Como reflexo da importância que a informação – também enquanto pressuposto indeclinável de uma participação responsável e efetiva – assume em matéria ambiental, não surpreende a recente publicação da Lei nº 19/2006, de 12 de Junho de 2006, que "Regula o acesso à informação sobre ambiente, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva nº 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro", ela é hoje objeto de uma lei específica. (DIAS, 2007, p. 25). De acordo com o seu artigo 2º, a Lei tem por objetivo garantir o direito de acesso à informação sobre ambiente detida pelas autoridades públicas, assegurar que a informação sobre ambiente seja divulgada e disponibilizada ao público e promover o acesso à informação através da utilização de tecnologias telemáticas ou electrónicas, responsabilizando as autoridades públicas por uma série de

medidas necessárias para assegurar a informação ambiental (artigos 4º, 5º, 7º e 10º) e garantindo aos cidadãos o *direito de acesso à informação sobre ambiente*, independentemente do seu interesse na matéria (artigo 6º). (DIAS, 2007, p. 25).

O princípio da participação tem também uma relação evidente com o direito administrativo: quando se afirma (como faz a LBA na al. *c*) do seu artigo 3º) que "os diferentes grupos sociais devem intervir na formulação e execução da política de ambiente [...] através dos órgãos competentes de administração [...]", está evidentemente a pensar-se sobretudo na sua participação no procedimento administrativo, de que curaremos mais adiante (cfr. *infra*, VII, 2.4.). (DIAS, 2007, p. 25).

Diga-se ainda, que as associações de defesa do ambiente, chamadas "organizações não governamentais de ambiente" (ONGA), desde a publicação da Lei nº 35/98, de 18 de Julho, representam um destacado papel na efetivação do princípio da participação. A Lei nº 35/98, além de lhes atribuir "o direito de consulta e informação junto dos órgãos da Administração Pública sobre documentos ou decisões administrativas com incidência no ambiente" (artigo 5º, nº 1), confere-lhes "o direito de participar na definição da política e das grandes linhas de orientação legislativa em matéria de ambiente" (artigo 6º, nº 1) o direito de representação (artigo 7º) e a "legitimidade para promover junto das entidades competentes os meios administrativos de defesa do ambiente, bem como para iniciar o procedimento administrativo e intervir nele" (artigo 9º). (DIAS, 2007, p. 26).

Noutra seara, Vasquez (2001, p. 141) ao analisar o sentido fundamental da democracia participativa, destaca com base em Habermas que:

> (Este) entende por "democracia radical" a que emerge da sociedade civil, quando expressa seus interesses e necessidades e gera opinião, influências, motiva a participação em formas convencionais de fazer política e dinamiza as não convencionais. Isso explica por que para uma democracia participativa que pretende conferir legitimidade do Estado de Direito é absolutamente indispensável e essencial a uma sociedade civil complexa e multicultural em intima relação com um sentido forte e crítico do público[...]. Ali, Habermas sugere formas institucionais e não-institucionais de fazer política, e de produzir o direito, todas elas articuladas como 'poder comunicativo' em processos de participação:. elementos plebiscitários na Constituição, consultas populares, a democratização dos partidos, a oposição extra-parlamentar, etc; ao mesmo tempo certa constitucionalização dos meios de comunicação, para que independente das elites políticas ou econômicas, assegurem a liberdade comunicativa dos cidadãos para formação da opinião pública[25]:

A bem da verdade, é que a liberdade do "poder comunicativo" dos cidadãos forma a opinião pública. E o dever dos cidadãos é decidir, por um meio ambiente adequado e sadio para todos, nas oportunidades em que participam ativamente das decisões do país.

A par, disso, destaca a importância da participação coletiva, também pela internet, segundo Sorj (2015, p. 13-14)

[25] Tradução livre de: "Entiende por "democracia radical" la que surge desde la sociedad civil, expressa sus necesidades e interesses, genera opinión, influye, motiva a la participación em las formas convencionales de hacer política y dinamiza las no convencionales. Esto explica por qué para uma democracia participativa que pretenda conferir legitimidade al Estado de derecho es absolutamente indispensable uma sociedad civil compleja y multicultural em íntima relación com um sentido vigoroso y crítico de lo público [...]. Allí Habermas sugere formas institucionales y no institucionales de hacer política y de producir derecho, todas ellas articuladas como 'poder comunicativo' em processos de participación: elementos plebiscitários em la constituicion, consultas populares, democratización de los partidos, oposición extraparlamentaria, etc.; al mismo tienpo certa constitucionalización de los medios, para que, indepiendientes de élites políticas o económicas, aseguren la liberdad comunicativa de los ciudadanos para la formación de la opinión pública". (VASQUEZ, 2001, p. 141).

> As experiências recentes de manifestações de rua em vários países indicam que, quando analisamos a comunicação política devemos tratar o mundo on-line e off-line como interligado, onde a passagem de um para outro, (re) aparecem os indivíduos e organizações, com seus diferenciais de iniciativa, de poder, de valores e de interesses, que inclusive já estavam presentes, embora às vezes disfarçados no mundo da Internet.[26]

Portanto, a participação coletiva através da *internet* produz também novos desafios pois, facilita a afirmação de uma cultura participativa, mas alimenta tentações inéditas de reclusão de seus principais atores. (MARTUCCELLI, 2015).

Dessa forma, "o ideal democrático Constitucional, resultado de lutas sociais travadas a partir da década de 1960, demarcou "novos processos e regras políticas capazes de redefinir as relações do Estado com a sociedade, no sentido de criar uma nova institucionalidade democrática" (RAICHELIS, 2013, p. 76).

4 Considerações finais

A partir da promulgação da Constituição "Cidadã" de 1988, percebe-se o fortalecimento dos espaços de participação democrática na gestão socioambiental e de efetivação do controle social, sobre as políticas públicas, na formulação e acompanhamentos de planos e projetos de desenvolvimento urbano, em prol da coletividade.

Percebe-se que a exclusão social praticada contemporaneamente pelos "donos das cidades", fora ou dentro dos "muros" ou do perímetro urbano, é histórica e cultural.

Dessa forma, a política urbana só se efetiva se houver a observância e o implemento das diretrizes gerais expressas neste art. 2º, da Lei nº 10.257/2001, como forma de assegurar as presentes e futuras gerações o direito fundamental à moradia.

Em suma, garantir o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, aos transportes e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, constitui uma diretriz com vistas ao alcance da cidade sustentável para todos.

O Estatuto da Cidade só terá sua aplicabilidade plena, de modo a alcançar os fins a que se destina, pela edição de leis que estão a cargo da competência municipal, como é o caso da Lei do Plano Diretor, sendo que a cidade sustentável depende fundamentalmente do equilíbrio entre "determinada população e base ecológica-territorial, responsabilidade ecológica, eficiência energética, tecnologias brandas, alteração dos padrões de consumo, recuperação de área degradada, manutenção da biodiversidade existente".

Para tanto, o Superior Tribunal de Justiça, entendeu que os espaços públicos urbanos cumprem relevantes funções de caráter social, político, estético, sanitário e ecológico, como um dever não discricionário do Administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras.

---

[26] Tradução livre de: "La experiencias recientes de manifestaciones callejeras en varios países nos indican que cuando analizamos la comunicación política debemos tratar el mundo on-line y el off-line como subsistemas interconectados, donde en el pasaje del uno al otro (re)aparecen los individuos y organizaciones, con sus diferenciales de iniciativa, de poder, de valores y de intereses, que inclusive ya estaban presentes, si bien por veces encubiertos, en el mundo de la Red". (SORJ, 2015, p. 13-14).

Conclui-se que a partir da redemocratização do país, ocorrida na década de 1980, a sociedade civil organizada começou a atuar de modo expressivo, reivindicando a sua participação nos processos decisórios, inclusive, naqueles relativos a defesa do meio ambiente.

Para tanto, as políticas públicas ambientais só têm eficácia social e sustentabilidade política quando incluem as comunidades locais na elaboração das leis ou na tomada das decisões, visando a proteção do meio ambiente, como se percebeu com a análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70022471999, sendo declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal, em face de não ter sido oportunizada a participação da comunidade no planejamento urbano.

Fica claro, portanto, a relevância da questão socioambiental e a necessidade de ser encarada com seriedade e atenção por todos os brasileiros, agora não apenas com os olhos voltados na nossa realidade, mas também nos reflexos internacionais, visando a concretização do desenvolvimento do ser humano e sua permanência num ambiente saudável.

Referências

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é Justiça Ambiental.* Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALVES, Elizete Lanzoni. Elementos de responsividade ambiental estatal no entendimento dos danos ambientais. In: *Revista Direito Ambiental e sociedade*. Universidade de Caxias do Sul. – vol. 1, n. 1 (jan/jun. 2011). – Caxias do Sul: Educs, 2012.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16 ed. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

ARMADA, Charles Alexandre Souza. Sociedade civil transnacional com objetivos globais. In: *Revista Direito Ambiental e sociedade*. Universidade de Caxias do Sul. – vol. 1, n. 1 (jan/jun. 2011). – Caxias do Sul: Educs, 2012.

BÜHRING, Marcia Andrea; RECH, Adir Ubaldo. Sustentabilidade Urbana. In: BÜHRING, Marcia Andrea; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de (Orgs.). *Reflexões sobre direito ambiental e sustentabilidade*. [recurso eletrônico] / Marcia Andrea Bühring; Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Orgs.) Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. Disponível em: http://www.editorafi.org. p. 13-27.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Planalto legislação, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, 2001. Planalto legislação, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal Pleno (Órgão Especial). Plano Diretor. Alteração substancial da legislação que dispõe sobre o zoneamento urbano.

Desrespeito pelo legislador. Inconstitucionalidade formal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70022471999. Relator, Desembargador Presidente, Osvaldo Stefanello. Julgado: em 2 jun. 2008. Publicado em: DJe 4 jul. 2008. Disponível em:<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cidade+sustent%C3%A1vel+e+participa%C3%A7%C3%A3o+popular&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 6 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Recurso Especial nº 1135807 – RS. Relator. Ministro Herman Benjamin. Julgado, em 15 de abril de 2010. Publicado, DJe 08/03/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=direito+%E0+cidade+sustent%E1vel&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=8.> Acesso em: 20 out. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Edna Cardozo. *Manual de Direito Ambiental*. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Direito constitucional e administrativo do ambiente*. 2 ed. Coimbra: Edições Almedina S/A, 2007, p. 23-26.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade:* direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011.

GRASSI, Karine. *Plano Diretor e Audiência Pública*. São Paulo: Lumen Juris, 2016.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/ Acesso em: 20 out. 2016).

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia*. (Trad. Ruy Jungmann). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: 2002.

MARIN, Jeferson Dytz; MARYN, Karen Irena Dytz. A Imperatividade do Reordenamento do Espaço Urbano e os Contributos Ambientais. REDESG / R*evista Direitos Emergentes na Sociedade Global*. n. 1, jan.jun/2012.

MARTUCCELLI, Danilo. Esfera pública, movimentos sociales y juventude. In: SORJ, Bernardo; FAUSTO, Sergio. *Internet y movilizaciones sociales*: transformaciones del espacio público y de la sociedad civil. p. 18-20. São Paulo: Edições Plataforma Democrática, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MUKAI, Toshio. *Direito urbano e ambiental*. 4 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PILATI, José Isaac. *Propriedade e Função Social na Pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RAICHELIS, Raquel. Democratizar a gestão das políticas sociais – um desafio a ser enfrentado pela sociedade civil. In: MOTA, Ana Elizabete; BRAVO, Maria Inês; UCHÔA Roberta; NOGUEIRA, Vera Maria; MARSIGLIA Regina; GOMES, Luciano; TEIXEIRA, Marlene. (Org.). *Serviço Social e Saúde* - formação e trabalho profissional. 4. ed. p. 73-87, São Paulo: Cortez, 2013.

RECH, Adir Ubaldo. *A exclusão social e o caos nas cidades: um fato cuja solução também passa pelo direito como instrumento de construção de um projeto de cidade sustentável*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2007.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Direito urbanístico: fundamentos para construção de um plano diretor sustentável na área urbana e rural*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

RECH, Adir Ubaldo; RECH, Adivandro. *Cidade sustentável, direito urbanístico e ambiental: instrumentos de planejamento*.. Caxias do Sul, RS: Educs, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Jose Afonso da. *Direito Urbanístico brasileiro*. 4. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni da. *Risco Ecológico Abusivo*: a tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável. Caxias do Sul/RS: Educs, 2014.

SORJ, Bernardo. On-line / Off-line: La nueva onda de la sociedad civil y la transformación de la esfera pública. In: SORJ, Bernardo; FAUSTO, Sergio. *Internet y movilizaciones sociales*: transformaciones del espacio público y de la sociedad civil. p. 13-17. São Paulo: Edições Plataforma Democrática, 2015.

VASQUEZ, Guillermo Hoyos. La Filosofía Política de Jürgen Habermas. *Ideas y Valores*. n. 116, p. 132-144, Bogotá, Colombia, ago. 2001.

SUSTENTABILIDADE, SOCIEDADE DE CONSUMO E ACESSO À INFORMAÇÃO: DISCUSSÃO SOBRE O DECRETO Nº9.013, DE 29 DE MARÇO DE 2017

Anne Caroline Rodrigues Barros
Advogada,
Mestranda em Direito Econômico – Unipê PB.
E-mail: carolinebarrosadv@hotmail.com

José Flôr de Medeiros Júnior
Professor Universitário,
Pós-graduado em História, Mestrando em Direito Econômico – Unipê – PB
Mestrando em Ciências Jurídicas – UFPB – PB.
E-mail: jfmjmedeiros@gmail.com

Resumo:

Discutir, à ótica do Direito e da Sociologia, os impactos causados pela formação de uma sociedade de consumo, que pode muito bem ser denominada de consumista, em um mundo globalizado e com cada vez mais acesso à informação. Por este ângulo, faz-se-á a análise do Decreto nº 9.013 de 29 de Março de 2017 e sua intrínseca relação com a Lei de Acesso à Informação e o Código de Defesa do Consumidor como caminho, possível, na construção do consumo sustentável e da sustentabilidade.

Palavras-chave: direito do consumidor. sociedade de consumo. meio ambiente do trabalho. consumo sustentável. acesso à informação.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) tem entre seus fundamentos os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Tais fundamentos estão alocados no Título I, intitulado Dos Princípios Fundamentais e encontra-se no Art. 1º da Carta Magna, IV. O texto constitucional, no capítulo da Ordem Econômica, especificamente no Art. 170/CRFB/88, afirma os ditames da vida digna e da justiça social.

O texto da Lei Maior carrega, ainda, no Art. 170, V, o princípio da defesa do consumidor esculpido na Ordem Econômica. Por outro olhar, mas com o objetivo de proteção ao consumidor de forma entrelaçada com a Lei de Acesso à Informação vem à tona o Decreto 9.013/2017.

Percebe-se, portanto, que os diplomas legais estão em consonância com a sociedade contemporânea, primado da sociedade consumista e na era da informação, precisa de situações normativas a regular as relações de consumo o que reforça a presença do Estado como presente na economia. Por outro ângulo demonstra-se a inexistência da sustentabilidade quando o pilar ético da mesma não é considerado no mundo das relações de consumo.

Diante do exposto até o presente a temática perpassa, então, pelo questionamento: reside apenas na norma positivada a resposta aos problemas que emergem em uma sociedade de risco localizada no primado da informação e do consumo?

O presente trabalho encontra-se ancorado no diálogo necessário entre o Direito Constitucional, Direito do Consumidor, Direito Administrativo, Direito Ambiental e Direito Econômico em uma necessária conversação com a Sociologia, Filosofia e Economia.

O trabalho possui relevância teórica-acadêmica e social ao procurar estabelecer novos diálogos que possibilitem estabelecer a chegada à estrada correta na procura das respostas aos novos problemas surgidos para o mundo jurídico e que, encastelado em seu território, o Direito parece não conseguir conexões com ideias de respostas.

Na elaboração deste o caminho metodológico traçado foi o da pesquisa bibliográfica e documental com fulcro na hermenêutica jurídica e na interpretação judicial-histórica de forma que possamos entender os diplomas normativos acima expostos e sua procura de estabelecer novos discursos ao Direito.

Por fim, o texto irá procurar demonstrar que na sociedade da informação o Estado, através do Direito e seus textos normativos, deve se fazer presente no tecido socioeconômico como forma de regular a atividade econômica e proteger o consumidor na sociedade consumista.

2 O Consumo em um Mundo Globalizado: Breves Digressões

A acepção da palavra consumo fora alterada de acordo com a evolução da sociedade ao passo que transcendeu da idéia de satisfazer uma necessidade efetiva de um consumidor para a satisfação de uma vontade oriunda de um desejo nunca saciável impulsionado pelo consumismo advindo da globalização.

Entendendo como Globalização o exposto por Aguillar (2009) de que

> Globalização significa o fenômeno de busca de conquista de mercados sem restrições às fronteiras nacionais, o fenômeno político da crescente interdependência dos países, o fenômeno cultural de influências recíprocas entre habitantes de países diversos, o fenômeno social do frequente deslocamento e fixação de residência de habitantes de um país em outros, o fenômeno tecnológico da revolução informática e das telecomunicações, o fenômeno financeiro dos investimentos especulativos planetários, causando simultaneamente a reestruturaçaõ dos agentes econômicos, a transformação do papel do Estado e do direito em todos os países envolvidos. (AGUILLAR, 2009, p. 59-60)

E do exposto por Bauman (2005) quando nos demonstra a força da internacionalização para além da economia e aponta que

> em 1994, um cartaz espalhado pelas ruas de Berlim ridicularizava a lealdade a estrutura que não eram mais capazes de conter as realidades do mundo: “Seu Cristo é judeu. Seu carro é japonês. Sua pizza é italiana. Sua democracia, grega. Seu café, brasileiro. Seu feriado, turco. Seus algarismos, arábicos. Suas letras, latinas. Só o seu vizinho é estrangeiro”. Na Polônia da era da construção nacional, as crianças costumavam ser treinadas a das as seguintes respostas a perguntas sobre identidade: Quem é você? ” (BAUMAN, 2005, p. 33)

A leitura de Aguillar e de Bauman, um economista e um sociólogo, reforça o argumento introdutório de que o Direito não consegue, sozinho, apontar solução para os problemas contemporâneos advindos com a economia global.

Exposto o que entendemos por Globalização retornamos à discussão sobre consumo e consumismo. Segundo o Cavalcante Filho (2010) o conceito de consumidor pode ser delimitado em dois âmbitos correlacionados:

> O consumidor deve ser observado sob dois aspectos. O primeiro está no âmbito da definição estabelecida na Lei 8.078/90 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor), ao dispor no art.2º: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". O segundo aspecto de natureza mais doutrinária, reconhece o papel determinante do consumidor, numa economia de mercado, destacando sua soberania em relação à compra e venda de bens e serviços. (CAVALCANTE FILHO, 2010, P. 17)

Observa-se que após a revolução industrial o consumo, impulsionando pelo capitalismo em expansão e hoje pelo neoliberalismo, passou a determinar padrões sociais e comportamentais tornando-se fator essencial para a vida de cada indivíduo, seja ela imersa em altos padrões econômicos ou não.

Urge salientar que a sociedade moderna, partindo como ponto de referencia àquela que existiu ao final do século XIX, possuía a noção de fixação de espaços, ao passo que a imagem do empreendedor era atrelada aos prédios de suas indústrias que possuía uma legião de trabalhadores que impulsionava a produção de bens, proporcionando o crescimento da classe empresária.

Pode ser observado que nesta sociedade moderna a industrialização era o ponto chave para o crescimento econômico quantitativo o que afastava a ideia de um desenvolvimento a melhorar a qualidade de vida das pessoas. Tal fato ocorria com base de que o capital a girar em torno das grandes produções, com investimentos duradouros, ditava as regras de mercado.

Porém, tal conceito foi modificado com o advento da globalização que promoveu a quebra de barreiras geográficas, políticas, econômicas, sociais e culturais e de paradigmas que limitavam a circulação de pessoas e de capitais, ocorrera a viabilização da prática desenfreada do consumo de satisfação de vontades efêmeras, esta, se tornando rotineira e possível, haja vista que qualquer pessoa a qualquer momento, pode realizar compras de bens ou serviços a seu bel prazer num curto espaço de tempo ou até mesmo em um "*click"* de um mouse.

Observa-se que com o advento da globalização na sociedade pós-moderna, o capital, antes ligado aos bens materiais imóveis, passou a ser volátil, não estando sempre materializado, unindo-se a idéia velocidade nas transações financeiras e imediaticidade das atividades econômicas.

Sobre tal efeito da globalização, colaciona Bauman (1999) que:

> No mundo que habitamos, a distância não parece importar muito. Às vezes parece que só existe para ser anulada, como se o espaço não passasse de um convite contínuo a ser desrespeitado, refutado, negado. O espaço deixou de ser um obstáculo – basta uma fração de segundo para conquistá-lo. (BAUMAN, 1999, p. 85)

Pode-se afirmar que a sociedade de consumo criou raízes por meio do cultivo da individualidade e satisfação de necessidades pessoais, e, em contrapartida, o consumismo pós-moderno correlaciona-se aos ideais de liberdade individual de escolha e o materialismo proporcionado, inclusive, pelo neoliberalismo.

O consumismo, portanto, é o ponto fundamental e estratégico que rege a sociedade pós-moderna, uma vez que não apenas os consumidores são seduzidos pela ampla variedade e facilidade na aquisição de bens e serviços, como os mesmos se deixam seduzir por tais atividades como forma de inclusão social e acompanhamento da evolução social que impõe valores exacerbados a tais práticas.

Neste sentido, os avanços tecnológicos implementados pela globalização possibilitaram a inclusão de todas as classes de consumidores, sejam eles detentores de boas condições financeiras ou mesmo àqueles que se encontram entrelaçados pela baixa renda que por sua vez coabitam em um mesmo ambiente de tentações ofertadas pelo mercado.

Deve ser destacado, também, que diante do atual panorama apresentado pela economia, em que o capitalismo é fonte basilar da sociedade e que por sua vez dita as regras estatais, torna-se necessária a concepção de que a existência de normas protetivas do consumidor, amplamente e primorosamente aplicáveis no ordenamento jurídico brasileiro, é fundamental para coibir ações danosas a estes assíduos e freqüentes tomadores de bens e serviços.

Em contrapartida, o exercício de tais práticas consumeristas, bem como, as atividades exercidas no mercado econômico, deve estar em consonância com os princípios econômicos, principalmente aqueles elencados no Art. 170 da Lei Maior, a saber

> I - soberania nacional;
> II - propriedade privada;
> III - função social da propriedade;
> IV - livre concorrência;
> V - defesa do consumidor;
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
> VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
> VIII - busca do pleno emprego;
> IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988)

E não deve ser esquecido de que o constituinte originário esculpiu no texto constitucional, especificamente no Art. 174/CRFB/88 “que como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.” (BRASIL, 1988)

Sendo assim, a informação com qualidade é dever do Estado de acordo com o texto constitucional. Afirma a Lei Maior ser fiscalização obrigação do setor público, no caso o Estado. A informação no mundo das relações de consumo é uma das formas de fiscalização que Estado tem para proteger o consumidor enquanto parte hipossuficiente.

Tal fiscalização deve existir, também, sobre relações privadas de consumo de forma que haja segurança jurídica na relação de compra e venda, uma relação consumerista. Deve impor-se o Estado obrigando os entes privados envolvidos numa situação de consumo de que tudo esteja claro com base no princípio da transparência. Por outro lado, estará, tão somente, agindo de acordo com o princípio da legalidade, esteio do Estado desde da Modernidade, como forma de manter o caráter normativo do Estado.

A imposição de que falamos reside na ação protetiva do Estado em face de seus cidadãos e não uma imposição que retire dos mesmos a liberdade de escolha do que quer adquirir. Deve ser

considerado que ninguém pode exercer o ato de escolha sem que tenha a informação precisa do que está a escolher.

Um ponto importante a ser relevado é que o fator consumo, por sua vez, é determinante das atividades econômicas, fazendo parte de um circulo de dependência com o mercado econômico, que deve ser mantido em equilíbrio para que suas grandes oscilações, influenciadas pela inconstância da economia, viabilizem e desencadeiem crises sistêmicas irremediáveis.

Por fim, o consumismo desenfreado amplamente difundido pela sociedade pós-moderna, mostra individualismo evidente do consumo promove um distanciamento daqueles consumidores que integram a sociedade da essência da cidadania com vistas a prática dos direitos e os deveres de cada indivíduo bem como, dos ditames constitucionalmente tuteladas de solidariedade, criando uma nação distante dos ensinamentos humanísticos.

2.1 A Sustentabilidade em uma Sociedade dE Consumo: Discussão Necessária

O termo sustentabilidade surgiu por meio da evolução e amadurecimento do pensamento humano, no tocante a noção da esgotabilidade dos recursos naturais e da necessidade da preservação do meio ambiente para as futuras gerações. Nas palavras de José Eli da Veiga

> A sustentabilidade não é, e nunca será, uma noção de natureza precisa, discreta, analítica ou aritmética, como qualquer positivista gostaria que fosse. Tanto quanto a ideia de democracia – entre muitas outras ideias tão fundamentais para a evolução da humanidade -, ela sempre será contraditória, pois nunca poderá ser encontrada em estado puro. (VEIGA, 2010, p. 165)

Por meio dos eventos de Estocolmo (1972) e da Rio – 92 ocorridos ao final do século XX, fora destacada a necessidade de o crescimento econômico ser diretamente ligado ao desenvolvimento sustentável, com vistas a promover a preservação do meio ambiente e a buscar novas alternativas no tocante ao aprimoramento da qualidade de vida das presentes gerações.

No atual cenário globalizado em que a geração pós-moderna encontra-se diretamente atrelada aos ditames de capitalismo e ao consumismo desenfreado, torna-se necessário estabelecer parâmetros de distinção entre o crescimento econômico que adote a sustentabilidade como seu norte principal e a noção comum do mesmo, uma vez que apenas a busca desenfreada por lucros promovidos pelo neoliberalismo traz conseqüências irremediáveis à humanidade.

Sobre tais fatos, Zygmunt Bauman nos remota a síndrome consumista da seguinte maneira:

> A Síndrome consumista pressupõe a totalidade do mundo habitado – completo, com seus ocupantes inanimados e animados animais e humanos – como um imenso container cheio até a borda de apenas e tão somente objetos de consumo. Por conseguinte, isso justifica e promove a percepção, estimativa e avaliação de toda e cada uma das entidades terrenas segundo os padrões do mercado de consumo. (BAUMAN, 2016, p. 178)

Neste sentido, Celso Furtado (2004, p.484), promove tal distinção da seguinte maneira:

> O crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação do privilégio das elites que satisfazem o seu afã de modernização; já o desenvolvimento se caracteriza Pelo projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir esta longe de ser condição

> suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida da população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento. (FURATDO, 2004, p. 484)

Realizadas tais considerações, deve ser destacado que a problemática que envolve o impacto ambiental ocasionado pelo consumo acentuado e irresponsável, iniciou-se por meio da evolução e inclusão da sustentabilidade nas relações humanas, bem como, através da noção de "consumo verde", que posteriormente fora compreendido como consumo sustentável.

Urge salientar que a respeito do consumo sustentável, dispõe o Ministério do Meio Ambiente em seu Manual de Educação para o Consumo Sustentável (2005) que:

> A idéia de um consumo sustentável, portanto, não se limita a mudanças comportamentais de consumidores individuais ou, ainda, a mudanças tecnológicas de produtos e serviços para atender a este novo nicho de mercado. Apesar disso, não deixa de enfatizar o papel dos consumidores, porém priorizando suas ações, individuais ou coletivas, enquanto práticas políticas. Neste sentido, é necessário envolver o processo de formulação e implementação de políticas públicas e o fortalecimento dos movimentos sociais. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, p. 20)

Neste contexto, o consumo sustentável, tomou forma com a noção de ambientalismo originada na década de 1970, devendo ser destacada a influência deste pela Conferencia das Nações Unidas, ocorrida em Estocolmo, precursora das primeiras idéias declaradas sobre o desenvolvimento sustentável. Não podemos deixar de fazer referência ao pensamento de Furtado exposto por Veiga (2010) de que

> No entanto, é de Celso Furtado a melhor fórmula sintética para dizer o que é desenvolvimento. Ela está em conciso texto, publicado no final de 2004 pela Revista de Economia Política: "o crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na preservação dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de modernização; já o desenvolvimento se caracteriza pelo seu projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir está longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento." (VEIGA, 2010, p. 81 – 82)

Também deve ser acrescentada a esta formação a nova consciência ambiental aplicável às empresas, originada na década de 1980, por meio das influências, dentre outros movimentos ambientalistas, do relatório Brundtland, também conhecido como "Nosso futuro comum", publicado em 1987, que demonstrou, por sua vez, a compatibilidade entre o desenvolvimento sustentável e os padrões de produção e consumo.

Outro fator importante para a solidificação do consumo sustentável foi a preocupação com o impacto ambiental por meio dos estilos de vida e de consumo da sociedade pós-moderna, ratificado de forma mais expressiva a partir da década de 1990 e perdurando até os dias atuais.

Tais fatos proporcionaram aos consumidores não apenas a cobrança dos seus direitos perante as relações comerciais, mas também, implementação de deveres e responsabilidades, no tocante a utilização de meios sustentáveis de consumo com vistas a promoção de um futuro ambientalmente equilibrado e sadio para as atuais e futuras gerações.

Por estas razões, partindo pela premissa de que o consumismo exacerbado ocasiona a degradação, não apenas ambiental, mas também, social, ante a conseqüente distribuição desigual do

acesso aos recursos naturais, ocasionado pelas lesões ao meio ambiente, muitas vezes de forma irreversível, se torna preponderante minimizar os impactos desta prática, que mitiga a garantia de um futuro sustentável para as gerações vindouras.

E dentro desta ótica de degradação ambiental a partir do consumo exagerado não se deve esquecer de que a Carta Magna vigente impõe, em seu Art. 225/CRFB, a responsabilidade objetiva para aqueles que degradam o meio ambiente. Da mesma forma que o Art. 170, VI/CRFB prevê o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental.

3 O Acesso à Informação e o Decreto 9.013/2017: Espaço de Proteção Consumeirista.

Em uma sociedade solidificada no primado da informação o acesso legal a esta passa a ser elemento basilar do Estado Democrático de Direito com fulcro no princípio da legalidade. No texto em construção a informação passa a ser vista como construção protetiva do consumidor consoante o Art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, ao afirmar que "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem." (Lei 8.078/90)

Percebe-se pela leitura do dispositivo legal supra de que o legislador teve a preocupação de proteger o consumidor no âmbito da relação estabelecida envolvendo-o no âmbito do traço hipossuficiente. Tal postura aponta para a existência da informação, mas não apenas da informação pura e simples, esta tem de ser adequada para que o consumidor tenha leitura clara do que está a adquirir.

A novidade introduzida pelo Decreto 9013 de Março de 2017 reside na anterioridade presente em seu texto. Ou seja, a informação será (deverá) ser ainda mais adequada porque estará subsidiada não somente no produto final, mas na cadeia produtiva como um todo. Afirma o texto legal que " dispõe sobre o regulamento da inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal, que disciplina a fiscalização e a inspeção industrial e sanitária de produtos de origem animal" (Decreto 9.013/2017)

Ao tempo que o Estado observa a necessidade de atender ao mundo de uma economia globalizada onde as noções de tempo e espaço foram redimensionadas e, sendo assim, os acordos bilaterais e os tratados internacionais no âmbito do comércio internacional passam a ser de suma importância para garantir a permanência no mundo das novas relações comerciais.

Neste sentido o Decreto supra, em seu Art. 1º, § 3º aponta que

> as normas que o complementarem serão orientados pelos princípios constitucionais do federalismo, da promoção das microempresas e das empresas de pequeno porte, do desenvolvimento científico e da inovação tecnológica, do respeito ao direito internacional, aos tratados pactuados pela República Federativa do Brasil e aos acordos bilaterais e multilaterais de equivalência, entre outros princípios constitucionais, e terão por objetivo a racionalização, a simplificação e a virtualização de processos e procedimentos. (Decreto 9.013/2017)

Vê-se no texto legal da preocupação em atender um consumidor que não reside apenas nos limites territoriais brasileiros. O consumidor não mais tem fronteiras e, por este ângulo, o atendimento aos acordos econômicos e tratados internacionais passam a ser de suma importância para o Estado sob pena de perder (ainda mais) espaço na selva econômica global conforme afirma Dupas (1999) que "em certa medida, os Estados não tem hoje outra alternativa senão tentar atrair as transnacionais, de forma a garantir emprego e receitas ao país." (DUPAS, 1999, p. 130)

Estamos, portanto, diante da imposição do mercado em relação ao Estado no consoante à informação. Não existe possibilidade alguma de atração de empresas para o território pátrio sem que haja por parte do Estado clareza nas informações prestadas no concernente às relações de consumo. Em outras palavras: o mercado está impondo que o Estado haja com transparência para continuar a participar do jogo das relações econômicas como bem expôs Dupas (1999) ao afirmar que

> A sociedade global é a do primado da informação. A volta de um recurso de um súdito brasileiro ao rei de Portugal, durante o Séc. XVII ou XVIII, poderia demorar muitos meses. A notícia da Queda da Bastilha demorou dez dias para chegar a Madri e vinte dias para alcançar Arras, a pouco mais de cem quilômetros de Paris, onde estava Robespierre (cf. Hobsbawm). (DUPAS, 1999, p. 45/46)

A informação nos dias de hoje leva segundos e podem transitar pela rede mundial de computadores ou por aplicativos de aparelhos telefônicos. A informação relativa ao mercado mundial, portanto, transita em milésimos de segundos fazendo com que bolsas de valores subam ou caiam levando junto as economias das empresas e abalando as estruturas econômicas estatais.

O respeito ao consumo com base na informação é, assim, um imperativo do mundo moderno e que redefine o papel do Estado ao fazer com que este venha a intervir nas relações de consumo a partir da informação. À época da Revolução Industrial tal situação seria impensável.

O decreto 9.013/2017 demonstra que não mais existe uma necessidade de proteção do consumidor, mas do Estado enquanto ente a estabelecer relações comerciais com o mundo econômico e da necessidade de manter seu espaço no desterritorializado território globalizado. Se o pensamento Hobbes residia na necessidade de garantir segurança aos súditos do Estado retirando destes o medo, garantindo-os a liberdade dentro do pensamento estatal. Assim é o paradoxo da necessária informação nas relações econômicas globais. A transparência exigida do mercado impõe medo ao Estado de que, caso não consiga normatizar a informação em seu território consumeirista ser vítima na selva de lobos contemporâneos desconhecidos do pensador inglês que afirmou

> Que na natureza do homem encontramos três causas principais de discórdia. Primero, a competição; segundo, a desconfiança; e terceiro, a glória. A primeira leva os homens a atacar os outros tendo em vista o lucro, a segunda, a segurança; e a terceira a reputação. (HOBBES, 1978, p. 74)

A competição econômica global precisa de cada vez mais informação adequada e transparente para que, entre os estados, haja segurança para a manutenção das relações comerciais anteriormente estabelecidas. A desconfiança de um estado em relação a outro no âmbito comercial pode levar a quebra de laços contratuais estabelecidos e, por consequência, a desconfiança dos consumidores pátrios.

A discussão passa, então, não mais pelo acesso à informação, mas pela qualidade da informação posta pelo Estado no âmbito das relações internacionais de regulamentação destas no

âmbito das relações de consumo no terreno nacional. O império da velocidade da informação passa a ser outro ponto de conflito para o Estado contemporâneo, visto que o mesmo não consegue acompanhar, na área legislativa, as transformações espaciais e temporais que ocorrem na economia.

Tempo e espaço, categorias sempre presentes nas relações econômicas, passam a ser hoje ainda mais importantes. O tempo da informação de um novo produto e o espaço onde será comercializado são elementos que definem a sobrevivência do Estado no mercado mundial.

Ocorre que o Estado não consegue normatizar todas as novas situações econômicas e termina, assim, sendo refém das mudanças trazidas pelo mercado para o tecido social, cultural e político. A dissociação entre Estado e o exercício do poder demonstra, de forma inequívoca, que a atividade econômica não quer esperar pelo Estado sob pena de sofrer prejuízos. Ao mesmo tempo que as transformações trazidas pelo mundo global e pela rapidez do conjunto de informações não significa o caminho para o desenvolvimento como bem ponderou Sachs (2004) de que

> um potencial latente para construir estratégias de desenvolvimento nacionais, includentes, sustentáveis e sustentadas, capazes de quebrar o ciclo vicioso de subdesenvolvimento e pobreza, dentro de um esquema de economias mistas, devidamente regulamentadas por estados desenvolvimentistas enxutos, limpos e democráticos." (SACHS, 2004, p. 70)

E ainda de que

> não temos o direito de sacrificar a geração presente em prol de um futuro radiante para aqueles que virão depois de nós, da mesma forma que não temos o direito de privar as gerações futuras de herdarem um planeta habitável. (SACHS, 2004, p. 75)

O exposto por Sachs não é o que estamos a vivenciar no mundo da economia global. O consumismo exacerbado aqui já discutido tem aumentado o processo de degradação ambiental e expõe as fraturas de uma sociedade situada no individualismo e que perdeu a noção de cidadania.

A mesma rede a carregar informações comerciais, de qualidade, é seletiva ao omitir informações sobre o crescimento da subnutrição, da fome e dos conflitos por água no planeta. A diminuição das fronteiras também significou o aumento da distância dos consumidores africanos ou de regiões periféricas da América Latina no acesso a bens necessários à sobrevivência, o que não é consumismo, mas o consumo necessário à vida mesmo sem muita dignidade.

O mundo da selfie, espécie de consumo do homem em si mesmo, é o mesmo mundo que esquecemos da existência do Outro como necessário à sobrevivência humana. As relações sociais cederam espaços a relações monetárias virtuais situadas na realidade do território virtual das redes sociais.

Ou seja, no mundo a informação é o ponto mais importante nas relações de consumo podemos terminar por construir um processo de exclusão social e econômica que, em outras palavras irá significar maior exclusão das relações de consumo e distanciamento em relação aos grandes centros produtores.

É neste sentido que o Decreto 9.013/2017 aponta. Existe a necessidade de informar com qualidade ao consumidor, quando na realidade está buscando proteger o Estado nacional dentro da arena global. O processo acentuado com que os mercados ingressaram no mundo global delineou, também, o enfraquecimento dos mesmos no âmbito do desenvolvimento conforme aponto Aguillar (2009) de que o "modelo subjacente à economia globalizada envolve uma aposta no crescimento econômico. " (AGUILLAR, 2009, 67)

E devemos considerar, ainda, o exposto por Weber de que “os processos de desenvolvimento econômico também são lutas pelo poder, e os interesses da nação pelo poder, quando questionados, são decisivos, derradeiros e dever ter a política econômica da nação a seu serviço. ” (WEBER, 2014, p. 22).

Ocorre que a economia global desmontou o estado-nação e a ideia de território fazendo com que o conflito esteja sempre presente nas relações econômicas estabelecidas entre os países. A guerra econômica global apesar de valorizar a informação como caminho ao sucesso econômico é a mesma guerra que precariza as relações de trabalho, enfraquece o Estado, diminui a política como elemento da Ágora, desaparece com o cidadão valorizando o indivíduo, institui a vigilância permanente, destitui o homem de seu papel central do processo produtivo econômico valorizando a especulação econômica.

4 Considerações Finais

O presente trabalho teve como escopo, inicialmente, apresentar um panorama sobre o consumo em uma sociedade globalizada e evidentemente capitalista que atrelada aos avanços tecnológicos, possibilitaram difusão dos preceitos consumistas entre todas as classes sociais, que por sua vez, coabitam em um mesmo ambiente de tentações ofertadas pelo mercado global que desterritorrializou as fronteiras nacionais.

Fora explanado que o consumo, por sua vez, é determinante das atividades econômicas, ao passo que o mercado econômico se apresenta diretamente ligado as relações comerciais, necessitando, desta forma de equilíbrio para que suas grandes oscilações, ocasionadas pela volatilidade da economia possam desencadear crises sistêmicas insolúveis. Equilíbrio este que demonstramos está distante quando apontamos as distâncias advindas, de forma paradoxal, com o fim das fronteiras comerciais.

Desta forma, fora demonstrado que a evolução do pensamento humano com vistas a possibilitar o crescimento equânime das relações comercias juntamente com as relações de consumo viabilizou a inclusão da sustentabilidade em tais ações com vistas a promoção do consumo sustentável, também conhecido como “consumo verde”, com o único objetivo de possibilitar um futuro ambientalmente equilibrado e sadio para as atuais e futuras gerações a partir do crescimento da necessidade de normatização em relação ao meio ambiente o que abriu espaço para o nascimento, e consolidação, do Direito Ambiental.

Com vistas a possibilitar o exercício do consumo sustentável pelos denominados “consumidores verdes”, torna-se imperativo do mundo moderno o devido acesso à informação, uma vez que este redefine o papel do Estado que retoma a sua função intervencionista nas relações de consumo e neste ponto é que está situado o Decreto 9.013/2017.

Demonstrou-se que a evolução do pensamento humano com vistas a possibilitar o crescimento equânime das relações comercias juntamente com as relações de consumo viabilizou a inclusão da sustentabilidade em tais ações com vistas a promoção do consumo sustentável, também conhecido como “consumo verde”, com o único objetivo de possibilitar um futuro ambientalmente equilibrado e sadio para as atuais e futuras gerações e tal possibilidade perpassa por um consumo que anda em baixa no Estado brasileiro: o da educação.

À guisa de conclusões firma-se o entendimento de ser necessário reforçar o acesso à informação, não somente pelo âmbito legal, mas através da educação

sobre o consumo e educação ambiental desde as fases iniciais do processo de formação do homem como esteio à formação da cidadania.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 2ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização, as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1999

BAUMAN, Zygmunt e BORDONI, Carlo. *Estado de crise*; Tradução Renato Aguar. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

CAMPBELL, C. *A ética romântica e o espírito do consumismo moderno.* Rio de Janeiro: Rocco, 2002.

CAVALCANTE FILHO, Antonio. *O consumo e o comportamento do consumidor como estimulantes da atividade econômica.* João Pessoa:Idea,2010. P.17.

Decreto 9.013 de 29 de março de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9013.htm

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo.* São Paulo, Paz e Terra, 1999.

FURTADO, Celso. Os desafios da nova geração. *Revista de Economia Política*. V. 24, n. 4(96), São Paulo, p. 483-486 out-dez, 2004.

HOBBES, THOMAS. *O leviatã*. São Paulo, Nova Cultural, 1998.

Lei 8.078/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm

Ministério do Meio Ambiente; Ministério da Educação e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Manual de Educação para o Consumo Sustentável*. Brasília, 2005.

VEIGA, José Eli da. *Desenvolvimento Sustentável*: o desafio do século XXI**.** Rio de Janeiro, Garamond, 2010

WEBER, Max. *Escritos políticos*. São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT DIREITOS DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS NO BRASIL.
Coordenadoras: Virginia Vercchioli (UFSM) e Fernanda Rios Petrarca (UFS)

Canoas, 2017.

“INFANTICÍDIO” INDÍGENA: DO EXTERMÍNIO DA DOMINAÇÃO CIVILIZATÓRIA AO DIÁLOGO DOS DIREITOS HUMANOS

Lais Nardon Martins,
índia cor-de-rosa, mãe da Linda e Advogada.
Cresceu junto às comunidades indígenas do Parque Indígena do Xingu/MT
e se graduou em direito pela Faculdade do Ministério Público/RS.
nardon.lais@gmail.com

Resumo

O presente artigo se propõe ao linear do diálogo dos Direitos Humanos envolvidos na prática cultural do “infanticídio” indígena, presente em alguma das remanescentes comunidades indígenas brasileiras. Os direitos contrapostos são: o direito coletivo da liberdade da prática cultural do “infanticídio” indígena, e o direito individual à vida. Para tanto, busca-se, inicialmente analisar a dominação civilizatória, que conduziu e conduz os povos indígenas ao extermínio, bem como esta só se ressignifica ao longo da história. Também, a pesquisa analisou o significado da expressão “infanticídio” indígena e sua inadequação na seara jurídica. Acresce-se, além disso, o Projeto de Lei 1.057/2007, que tramita no Congresso Nacional, o qual pretende criminalizar a prática do “infanticídio” indígena. Ainda, para uma perspectiva de diálogo entre os direitos envolvidos na prática do “infanticídio” indígena, o texto pauta-se para o multiculturalismo e feminismo, sob um viés de Direitos Humanos humanitários. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo. O método de procedimento utilizado foi o etnográfico. Na pesquisa realizada, observou-se que um diálogo é possível, mas que a dominação civilizatória exterminatória não pode ser continuada pelo Estado brasileiro. Além disso, as mães indígenas necessitam de autonomia e empoderamento, através da implementação de políticas públicas em saúde e educação.

Palavras-chave: “Infanticídio” Indígena. Dominação Civilizatória Exterminatória. Multiculturalismo. Feminismo. Direitos Humanos.

Abstract

The present article is proposed as a line of human rights dialogue involved in the cultural practice of indigenous "infanticide", present in some of the remaining indigenous Brazilian communities. The countervailing rights are: the collective right to freedom of cultural practice of indigenous "infanticide", and the individual right to life. In order to do so, we must first try to analyze a civilizational domination that has led and led indigenous peoples to extermination, as well as being reaffirmed throughout history. Also, one research analyzed the meaning of the term "indigenous infanticide" and its inadequacy in the legal crop. In addition, Bill 1,057 / 2007, which is being processed in the National Congress, is intended to criminalize a practice of indigenous "infanticide". Also, for a perspective of dialogue between the rights involved in the practice of indigenous "infanticide", the text is oriented towards multiculturalism and feminism, under a bias of Humanitarian Human Rights. The approach method used for the hypothetico-deductive. The procedure method used in the ethnographic. In the research carried out, it was observed that a dialogue is possible, but that an exterminatory civilizational domination can not be continued by the

Brazilian State. In addition, as indigenous mothers need autonomy and empowerment, through the implementation of public policies health and education.

Key-words: "Infanticide" Indigenous. Civilizing Domination Exterminating. Multiculturalism. Feminism. Human Rights.

1 Introdução

O presente artigo considera o extermínio das populações indígenas desde a chegada do europeu à América, para, em que medida, estabelecer o diálogo dos Direitos Humanos entre os fundamentos da preservação da liberdade cultural da prática cultural de "infanticídio" indígena e da proteção à vida.

A pedra de toque do texto é a hipótese da preservação das práticas culturais indígenas, através do mecanismo de manutenção da identidade étnica das remanescentes tribos indígenas brasileiras e do aumento gradativo dessas populações, por meio da valorização, consolidação e afirmação dos direitos humanos, bem como uma análise do papel das mães indígenas necessitam de autonomia e empoderamento, através da implementação de políticas públicas em saúde e educação. Isso tudo sob o escopo protecionista garantido a todos os seres humanos de pleno desenvolvimento e equilíbrio com o meio social e cultural.

Para tanto, o trabalho tem como objetivo geral a análise do diálogo entre a preservação do direito ao efetivo exercício da prática cultural do "infanticídio" indígena e as consequências sobre o respeito do direito à vida. Já, o escopo científico para a pesquisa, no que tange ao método de abordagem, será pautado no método hipotético-dedutivo, haja vista a hipótese de diálogo dos Direitos Humanos na prática do "infanticídio" indígena, sendo testado ao longo do artigo.

2 Do Extermínio da Dominação Civilizatória

De acordo com o Instituto Sócio Ambiental (ISA), há no Brasil, atualmente, 246 povos indígenas que, segundo o Censo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – 2010, somam 896.917 pessoas, falantes de mais 150 línguas diferentes. Entretanto, afirma o Instituto, que na chegada do europeu ao território brasileiro, a estimativa é de que indígenas fossem mais de 1.000 povos diferentes e somassem entre 02 e 04 milhões de pessoas. (INSTITUTO SÓCIO AMBIENTAL)

Tais dados revelam a brutalidade do entrechoque cultural, social, racional e moral que os indígenas brasileiros foram submetidos frente a dominação civilizatória do invasor Europeu, cuja a condenação, conforme revelado pelos números acima, foi a de suas próprias vidas, o extermínio.

Nesta toada, por mais que o debate central do trabalho permeie o liame do diálogo dos direitos humanos entre os fundamentos da preservação da liberdade da prática cultural do "infanticídio" indígena frente a proteção à vida, primeiramente, faz-se necessário uma retomada histórica as origens deste processo exterminador e genocida de indígenas, iniciado nos tempos da colonização, e de consequências que se perpetuam aos dias e temas atuais, as quais moldam e

determinam uma política passional social e legal de completo descaso aos sobreviventes deste massacre humano.

2.1 A Dominação Civilizatória do Invasor Europeu Sobre as Comunidades Indígenas na América Latina

Para conduzir a pesquisa a respeito do Extermínio dos Povos Indígenas Brasileiras – que em momento oportuno criará raízes com o "infanticídio" indígena – demonstrar-se-á, primeiramente, a dominação civilizatória do invasor Europeu sobre as comunidades indígenas na América Latina, desde a ocupação, envolvendo também a colonização, as políticas indígenas e a catequese religiosa.

Tal ponto demonstra-se importante, uma vez que, para se compreender o presente, convém olhar o passado, já que este revela as marcas deixadas por uma dominação civilizatória brutal, genocida e extintiva.

2.1.1 Desmistificação da "conquista"

A origem do termo conquista encontra-se na obra de Dussel (1993, p. 42), como uma prática de dominação, em que "na Espanha, desde o começo da Reconquista no distante 718, como consta nas Partidas do século XIII, a 'conquista' era uma figura jurídico-militar".

Sob o prisma desta empreitada dominatória, os reis católicos, em 1479, justificaram a "conquista" da Grande Canária, uma vez que os habitantes de lá eram infiéis, ou seja, inimigos da santa fé católica, conforme o citado de Zavala (1977, p. 24, *apud* Dussel, 1993, p. 42).

Neste ponto, a pesquisa se atém a uma interpretação da "conquista" como um cenário de guerra, onde se tem o inimigo que precisa ser vencido, dominado, exterminado, ou – ao ver dos Espanhóis – "conquistado", ficando claro o caráter militarista do termo.

Ao se voltar para a América Indígena, segundo os escritos de Dussel (1993, p.30-32), existem dois momentos que anteveem a "conquista". O primeiro deles é a "invenção", na qual o índio é negado em seu reconhecimento frente ao europeu, vez que "encoberto" pela figura do asiático, pois Cristóvão Colombo afirmou ter chego à Ásia, sendo que, na verdade, em 12 de outubro de 1492, estava tendo contato com os índios americanos. O "descobrimento", por sua vez, é onde o europeu encontra pessoas, culturas, paisagens, fauna, flora e territórios desconhecidos do seu universo, a qual deveria ser "civilizada" pelo europeu, visto que há uma desconsideração destes povos da sua gênese religiosa, social e cultural, tendo em vista a tamanha alteridade do "descobridor" europeu.

Ou seja, este "desejo" sanguinário para "civilizar" as populações existentes em solo americano ocorrido na chegada do europeu nada mais foi do que uma estratégia de dominação adotada pelo europeu que, aliada à perversão da dominação com a catequese religiosa, culminou no cenário de extermínio a que foram "sentenciados" os povos indígenas.

É feita a referida separação para que haja uma melhor compreensão dos acontecimentos históricos que a partir de então se sucederam, qual sejam a "conquista" e a "colonização". O que, também, é ensinado por Wolkmer (1998, p. 74), afirmando, na mesma toada, que o processo de conquista antevê o marco da colonização, na América Indígena.

Wolkmer opta por não adentrar na polêmica se de fato houve ou não uma "descoberta" do Novo Mundo, ou se foi ou não uma "invenção" europeia do século XVI. Assim, trabalha com a hipótese convencional de um processo de "conquista", nos termos do que indica Ferreira (1992, p.90 *apud* WOLKMER, 1998, p.76), mesmo que:

> se possa configurar muito mais uma "ocupação", certamente que a tal "conquista" da América não foi um acontecimento isolado do cenário econômico ocidental nos séculos XV e XVI. Na verdade, a lógica da conquista está inserida num leque conjuntural maior de expansionismo europeu da época, assentado em critérios econômicos (busca mercantil por metais preciosos) e político-ideológicos (cristianizar os aborígenes e convertê-los em servos da Igreja e da Coroa). A conquista, mais do que expressar atrocidades, genocídio e destruição das populações indígenas resultou na submissão de comunidades autóctones à escravidão e ao confisco incontrolado de suas terras.

Ou seja, demonstrando assim, honestamente o mito instaurado na "conquista" do solo americano, uma vez que tal conjuntura, conforme claramente relatado à cima, culminou em um verdadeiro extermínio humano e cultural, bem como a tomada desenfreada do território habitado pelas populações que aqui viviam.

Vê-se que os reais propósitos dos europeus eram a expansão territorial e a extração de riquezas advindas dessa "conquista", não importando o sacrifício, o extermínio e a dominação das comunidades aqui estabelecidas.

Retomando os estudos da obra de Dussel (1993, p. 49) tem-se que a "conquista" é a máxima exacerbação da violência da dominação civilizatória do europeu, 'é a afirmação prática do 'Eu' conquisto e 'negação do outro'" como outro.

Atinente ao "encontro" deve-se salientar a fábula por trás deste conceito, ao tentar-se elaborar o mito de um novo mundo criado a partir de uma cultura construída baseada na harmonia de dois mundos e culturas, quais sejam, europeu e indígena. (DUSSEL, 1993, p.64) Sabe-se que tal ideia é, de fato, fábula, pois este encontro, "foi um 'choque', e um choque devastador, genocida, absolutamente destruidor do mundo indígena". (DUSSEL, 1993, p.65) Assim, não se pode perpetrar o discurso das elites dominantes da América Latina ou Espanha sobre o "encontro", já que para Arciniegas (*apud* DUSSEL 1993, p. 66) "não houve encontro, mas, simplesmente, realização de europeus em terras americanas. E os indígenas desaparecem ou se transformam".

Deste modo, haja vista as ilusões que permeiam o termo de "conquista do Novo Mundo", o trabalho não se filiará ao apaziguamento e encobrimento dos mitos a este relevante fato histórico, pois o derramamento de todo sangue indígena – deixado pelo entrechoque dominatório – culmina em um insulto histórico que não deve mais ser perpetrado.[1]

Conforme o explanado acima, tem-se, na verdade, uma invasão – e não ocupação – ou, muito menos, uma conquista, uma vez que já havia, *a priori*, comunidades indígenas em toda a América estabelecidas, visto que se ocupa algo que está disponível, mas se invade (recorte criminoso) uma área já pertencente a uma coletividade de pessoas. E, sob esta perspectiva histórica de descobrir o que está coberto, mais adiante, entrelaçar-se-á com o "infanticídio" indígena que, na perspectiva do Estado brasileiro, não destoa desta violência e negação aos povos indígenas atuais.

[1]Tal insulto histórico se ressignifica e se perpetua em nossa sociedade, uma vez que há exemplos da materialização desta injúria histórica e cultural, nos casos, da construção da Usina de Belo Monte em Altamira-PA, bem como no polêmico caso de desocupação do antigo Museu do Índio – "Aldeia Maracanã" - no Rio de Janeiro-RJ. (informação oral)

Assim, desmistificada a "conquista" que, em verdade, foi uma invasão, precedida da "invenção" e do "descobrimento", passa-se, no subitem seguinte, a falar da colonização, de portugueses e espanhóis, seja o real significado de colonizar, seja das artimanhas das coroas, ou, seja das consequências deixadas na América Latina.

2.1.2 Colonização – lusitanos e espanhóis

Ultrapassados os momentos da "invenção", do "descobrimento", da "conquista", chega-se a etapa histórica da "colonização". Esta, conforme será demonstrado, é uma dominação exercida pelos portugueses e espanhóis sobre os indígenas americanos.

O significado do termo "colonização" utilizado durante a pesquisa também foi encontrado na obra de Dussel (1993, p. 50), onde, no Império Romano, a "'colônia' romana (ao lado da 'coluna' da lei) eram as terras e culturas dominadas pelo Império – que menos falavam latim (pelas suas elites) e que pagavam tributo", sendo assim, uma figura econômico-política.

Neste sentido, a América Latina foi a primeira colônia europeia, onde se colonizou o indígena em todos os aspectos de sua vida, sendo: "o começo da domesticação, estruturação, colonização do 'modo' como aquelas pessoas viviam e reproduziam sua vida humana". (DUSSEL, 1993, p. 50 e 51).

Wolkmer (1998, p. 77), argumenta que este processo de colonização não foi caracterizado "como uma ação planejada, ordenada e desencadeada oficialmente pelo Estado peninsular, mas sim como um empreendimento privado".

Ou seja, à época das navegações, havia uma relação política e comercial entre a coroa e os setores privados, comerciantes e navegadores, onde, nesta mecanicidade de dominação, primeiro os indígenas e, tempos depois, os negros africanos foram à engrenagem de mão-de-obra escrava a ser explorada para das terras americanas se extrair toda a riqueza possível.

Neste sentido, são os escritos de Manhn-Lot (1990 *apud* WOLKMER, 1998, p.77):

> Num primeiro momento, incentivar o perfil particular das expedições descobridoras foi a forma encontrada pelo Reino de Castela para manter o controle e a fiscalização, sem implicar o levantamento de grandes recursos, uma vez que cabia ao navegador grande parte da responsabilidade pelos fundos necessários. Assim nasceram as Capitulações, verdadeiros contratos assinados entre a Coroa e os chefes das expedições interessados em explorar e descobrir novos territórios. Foi desse modo que as célebres Capitulações de Santa Fé, acordo firmado entre Cristóvão Colombo e os Reis Católicos, não só possibilitou a descoberta da América, como se revelaria o embrião de um conflito: de um lado, a ambição e a cobiça desenfreada dos empreendedores particulares que crescia na medida em que as conquistas revelavam incontáveis riquezas; de outro, antepõem-se os interesses da Coroa em estabelecer limites à pilhagem individualizada e garantir o monopólio dos lucros crescentes para si.

Tocante à colonização da América Ibérica, "importa ter presente que o nível de dominação da Metrópole se definia em conformidade com a relevância lucrativa que as colônias assumiam em determinado momento". (1990, WOLKMER, 1998, p. 77)

Neste sentido, nas colônias hispano-americanas, assevera-se que

> o processo de colonização não se reduz tão-somente às suas instituições político-administrativas, mas compreende as instituições socioeconômicas e jurídicas. Sob o ponto de vista social, nas colônias hispanos-americanas prevaleceu de um lado, os privilégios de uma aristocracia dos segmentos brancos, nascidos na Espanha ou na América; de outro, a submissão de uma maioria despossuída e explorada como mão-de-obra escrava, composta por indígenas, negros e mestiços. (WOLKMER, 1998, p.79)

Deste modo, sob a égide destas raízes sociais e de consequências culturais, é possível afirmar que também o colonizador português as fez urgir, conduzindo, pois, à questões profundas na formação da América Latina, sensíveis aos indígenas e africanos aqui duramente escravizados e marginalizados. Ainda, no caso indígena, estes foram exterminados, culminando em uma explícita divisão social, de um lado os possuidores e de outro lado, indígenas e negros africanos, reduzidos a condição de semoventes.

Dussel (1993, p. 52) enaltece a força da violência da colonização sobre a sexualidade índia, nos seguintes dizeres:

> O conquistador mata o varão índio violentamente ou o reduz à servidão, e se "deita" com a índia (mesmo na presença do varão índio), se "amanceba" com elas, dizia-se no século XVI. Relação ilícita, mas permitida; para outros, necessária, mas nunca legal – de fato, o espanhol, quando podia, casava-se com uma espanhola. Trata-se da realização de uma voluptuosidade frequentemente sádica, onde a relação erótica é igualmente de domínio do Outro (da índia).
> [...]
> "Coloniza-se" a sexualidade índia, ofende-se a erótica hispânica, instaura-se a moral dupla do machismo: dominação sexual da índia e respeito puramente aparente pela mulher europeia.

Esclarece-se que a colonização do novo sistema econômico, um capitalismo mercantil, aqui imposto, era, em verdade, de escravidão a que foram condenados os indígenas e, nas palavras de Dussel (1993 p. 53), "o que era e prata na Europa, dinheiro do capital nascente, era morte e desolação na América".

Ainda sobre a colonização, Wolkmer (1998, p. 91) informa que

> a prática político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história posterior do Brasil: a profunda dissociação entre o direito feito para garantir os interesses da elite administradora e a justiça permanentemente almejada e negada para uma população composta por índios, escravos negros e imensos segmentários excluídos.
> [...] o projeto de colonização expansionista portuguesa implementou as condições necessárias para institucionalizar uma ordem de controle e de regulamentação essencialmente formalista, elitista e segregadora. De fato, ao total descaso das autoridades coloniais, cabe sublinhar a ausência de uma legislação estatal contempladora de proteção, de garantias e de direitos dos escravos negros.

Assim, evidencia-se a desconsideração – seja social, cultural, ou jurídica – que sucumbiu ora no Brasil, ora no restante da América Latina ocupada pelos espanhóis. Uma desconsideração com os povos indígenas que aqui habitavam e foram forçosamente escravizados, marginalizados e exterminados, bem como com os negros africanos trazidos para estas longínquas terras.

Ainda, neste escopo de relações privadas e ordens reais, reinado lusitano espanhol, a pesquisa observa a desmitificação da conquista entrelaçando-se com o problema de pesquisa – o liame do diálogo dos direitos humanos entre os fundamentos da preservação da liberdade prática

cultural do infanticídio indígena e da proteção à vida –, onde no capítulo seguinte estará mais evidente o descaso do Estado, este hoje não mais colonial, mas a fábula do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Este desconsiderador das remanescentes comunidades indígenas, perpetuador da marginalização dos indígenas, conduzindo-os à mercê de si mesmos, ou de quem assumir. Afinal, Estado Democrático de Direito para quem? República Federativa do Brasil para quais brasileiros?

2.1.3 Política Indígena no Brasil Colônia

Pertinente a este tópico, primeiramente, segundo Wolkmer (1998, p. 76) convém tomar nota de que:

> Em síntese, num período de pouco mais de três séculos as metrópoles colonizadoras europeias impuseram e consolidaram uma cultura jurídica formalista e individualista de tradição romano-canonística, inviabilizando a dinâmica espontânea e consuetudinária de um pluralismo comunitário indígena.

Assevera o autor que o Brasil, nos primeiros anos de colonização, serviu unicamente para os interesses de Portugal, sua metrópole, seja nas esferas política e econômica, edificando-se em uma sociedade agrária baseada no latifúndio, sendo uma economia complementar de monopólio da burguesia mercantil lusitana.

Já no tocante à legislação, Wolkmer (1998, p. 89) traz que "a insuficiência das Ordenações para resolver todas as necessidades da Colônia tornava obrigatória a promulgação avulsa e independente de várias Leis Extravagantes, fundamentalmente de cunho comercial ".

Em contrapartida, faz-se necessário trazer ao trabalho a lição de VIEIRA (1998, p. 150), ao informar que os portugueses, através de seus parâmetros legais à época, possuíam: "o apoio na arraigada convicção de que os europeus, no caso Portugal, tinham direitos indiscutíveis de posse às novas terras descobertas na América".

De acordo com Thomas (1981, p. 74, *apud* VIEIRA, 1998, p. 150) os primeiros contornos da política indigenista no Brasil encontram-se sua origem no Regimento de Tomé de Souza de 1549, comandado pelo Governador Mem de Sá (1557-1572), que objetivava o desempenho de três metas:

> 1. estabelecer a segurança e a paz da terra, mediante a vitória e a sujeição completa sobre as tribos índias revoltadas ou inimigas e seus aliados, os franceses;
> 2. intensificar os esforços para a proteção dos indígenas aliados dos portugueses, contra a espoliação e escravização e, em especial, acelerar a civilização e a cristianização dos índios, mediante a fundação sistemática de aldeias;
> 3. estabelecer um contato estreito e amistoso com os jesuítas, como pioneiros da política indigenista real, e sustentar as suas obras com apoio moral.

Nesta seara, Vieira (1998, p.177) aduz que tal tratamento dado à política indígena, o qual permitia a escravização de indígenas, sob a justificativa de que os portugueses possuíam o direito de posse sobre as terras brasileiras, pouco mudou durante o Brasil Colônia, bem como no Estado Império e República. O que até hoje demonstra um dos registros mais contundentes de nossa política, acrescidos da criminalização dos movimentos sociais historicamente explorados e alijados.

Em consonância com o já dito, Gomes (1991, p. 76, *apud* Vieira, 1998, p. 178) afirma que

> O papel da mão-de-obra indígena no projeto colonial é frequentemente subestimado pelos historiadores ao alegarem que a escravidão negra foi iniciada logo nos primórdios da colonização da Bahia e de Pernambuco. Mas a verdade é que, até a chegada dos holandeses, essa mão-de-obra foi imprescindível. Na Amazônia ela permaneceu importante até o *boom* da borracha, a partir de 1870, quando houve maciça imigração de nordestinos.

Assim, tem-se por demonstradas as falácias e raízes dos contornos em que se insere a Política Indígena ao tempo da Colônia, o que será corroborado no ponto seguinte, acerca da catequese católica. Também, o próximo capitulo abordará a tentativa do legislador do século XXI de criminalizar o "infanticídio" indígena, o que demonstra a figura do indígena incapaz de conduzir os rumos de sua própria cultura até os dias atuais, ressiginificando a perspectiva do homem branco culto e do indígena subjugado.

Em outras palavras, a catequese religiosa, como será demostrada no próximo subitem, foi mais uma aliada da dominação civilizatória. A referida dominação teve suas raízes plantadas durante o primeiro século de colonização, num contexto onde a Política do Estado, tecida neste subitem, conduzirá parte dos rumos da perversão da catequese religiosa que se passa a expor.

2.1.4 Catequese – a, conquista espiritual

Os contornos da dominação indígena atinente à religiosidade católica, nos estudos de Vieira (1998, p. 144), indicam uma espécie distinta de dominação, inserta em um contexto em que há

> o domínio de cunho cultural-religioso, do qual pouquíssimos escaparam ilesos. Estas premissas, tenha-se claro, repercutiram e ainda repercutem de maneira marcante no trato da questão indígena pelo Estado; porém, ainda que tenham deixado suas cicatrizes como legado, foi no primeiro século de colonização que as feridas foram abertas, razão pela qual se opta por este período no estudo que ora se inicia.

Traz-se aqui a citação de Gomes (1991, p.76, *apud* VIEIRA, 1998, p. 144) sobre a perspectiva do indígena Kayabi, em 1981, o qual disse que "antes de Cristo para nós deveria ser AB e DB. Foi depois que o branco chegou que tudo mudou".

Para Dussel (1993, p. 58) esta situação significa "um processo contraditório em muitos níveis. Prega-se o amor de uma religião (o cristianismo) no meio da conquista irracional e violenta".

Outra contrariedade existente nas crenças foi trazida por Vieira (1998, p. 165), ao mencionar que

> se ainda não se compreende na sua totalidade os mistérios da fé cristã, difícil se torna a compreensão de uma cultura antropomórfica e diferenciada como a indígena. Em maiores dificuldades se encontravam os índios que, forçosamente, tinham de aceitar que comer seu inimigo é ato bárbaro, mas comer o corpo de Cristo é algo divino.

Assim, para Dussel (1993, p. 59) há uma justificação da violência cometida pelo europeu, que se declara inocente pela violência a que submete os indígenas, valendo-se da desculpa da legitimidade para conquistar.

Para a cultura católico-jesuítica quinhentista, que tinha os índios como crianças imaturas que necessitavam da paciência evangelizadora ma vez tidos na figura de animalidade, toda a sua religiosidade e mitologia da cultura indígena era "demoníaca", devendo ser destruída. Para a fé católica o escopo estava na crucificação de Cristo, uma vítima inocente, mas detentora de direitos universais, de modo que "em nome de tal vítima e de tais direitos universais que se vitimam os índios". (DUSSEL, 1993, p. 58).

A expansão de fé cristã, neste sentido,

> ao mesmo tempo em que era o comando temporal da Igreja Católica, honrado um compromisso mais que secular de expansão da fé cristã, o Estado não podia fechar os olhos nem dar as costas à manutenção de uma estrutura econômica que muito bem o sustentava. (VIEIRA, 1998, p. 148 e 149)

E neste desdobramento, Vieira (1998, p.148) pontua que:

> A delimitação da atuação do Estado, de um lado, e da religião de outro, se mostra no período da colonização portuguesa, de difícil percepção, pois apesar de se tratar, como disse Baêta Neves, de uma expansão bifronte, tratava-se também de uma combinação de poderes via de regra harmônica e complementar. Tal identificação político-ideológica se revelava também no ordenamento jurídico emanado dessa instância de dominação bifronte; por consequência, a Política Indigenista adotada pelo Estado, melhor seria dizer Padroado (pacto entre Igreja e Estado), refletia essa mesma retidão de propósitos.

Ou seja, apesar desta atuação em conjunto da Igreja com o Estado, o direcionamento da Igreja se concentrava na eterna luta entre o Bem e o Mal, entre Deus e o Diabo, onde o mal "é um anjo caído, já na origem, só que a derrota é sempre parcial". (VIEIRA, 1998, p. 157)

Assim, conversão dos indígenas é a versão americana da Contra-Reforma, com a particularidade de que os pagãos, os índios, pecavam porque desconheciam a palavra de Deus, diferentemente dos hereges europeus que passaram a negá-lo. (VIEIRA, 1998, p.158)

Importante ressaltar que a todos os índios do Brasil houve e ainda há tentativa de catequização por missionários religiosos, sendo essa mais uma das maneiras de domínio e derrocada destas civilizações, que bravamente resistem, da forma que podem[2].

[2] Para tanto, acolhe-se ao trabalho a forte mensagem de David Karai Popygua, da Terra Indígena Jaraguá-SP, no documentário "Guarani Resiste", que narra um protesto de indígenas ocorrido nas imediações da Avenida Paulista em São Paulo-SP, em abril de 2014. Lá, os indígenas protestavam arrecadando canetas para que o então Ministro da Justiça assinasse a demarcação de terras indígenas próximas a capital paulista. Tal mensagem segue transcrita: "os índios brasileiros existem! Nós existimos! Nós queremos o nosso espaço! Nós queremos uma segurança e que essas terras sejam reconhecidas e demarcadas. Essa é a obrigação do Governo Federal. **Esse plano jesuíta de catequisar e fazer a gente perder a cultura por mais que tivesse tido um empenho muito grande de muitas pessoas pra acabar com a cultura indígena nesse país. A demonstração para vocês que nós resistimos.** Nós estamos em todos os estados brasileiros, resistindo. A nossa educação é esta que vocês tão vendo. É o fortalecimento espiritual. É a luta pela nossa terra, porque sem a terra não tem vida. Se quiserem acabar com o povo indígena, acaba com as nossas terras. É isso que querem fazer com a gente. Uma bancada ruralista. Uma bancada evangélica. Tão se unindo em Brasília pra acabar com nossos direito de terra. O nosso espaço, o pouco que sobrou. Onde nós tamo pisando hoje já foi terra indígena. **Tem sangue aqui em baixo, indígena. Tem milhares de corpos indígenas aqui em baixo. Essa imagem representa isso. Representa o plano do Brasil de tentar acabar com os povos indígenas.** Mas nós

Tem-se, assim, uma realidade de extermínio, a qual será adiante melhor demonstrada, onde por mais que os índios ganhassem algumas batalhas, ou impusessem obstáculos ao colonizador, não conseguiram deter a sua marginalização humana e social, seja pelo domínio braçal, seja pelo cultural, ou, seja pelo religioso.

> Onde quer que um grupo indígena pode manter a convivência familiar – os pais educando seus filhos – permaneceu a identificação étnica tribal. A etnia é, assim se demonstra, uma das forças maiores da cultura humana. Resiste às guerras se há sobreviventes; resiste à transformação ecológica de seu hábitat. Resiste até ao assédio missionário que, mesmo exercido secularmente, não converte ninguém, nem europeíza ninguém, por maior que seja a pressão exercida. A etnia só não resiste à escravização pessoal que, desagarrando as pessoas de sua comunidade, as transforma em mera força de trabalho, possuída por um senhor e vivendo a existência que ele lhes impõe. Resiste mal à prática missionária de separação dos filhos para educá-los longe de seu povo. Só conseguem assim deculturá-los, transformando-os em ninguéns, que não sabem de si e não servem nem para ser índios nem civilizados. (RIBEIRO, 1996, p. 12)

Assim, sob o condão da dominação religiosa, encaminha-se o trabalho a uma chaga histórica, centrada na questão indígena brasileira, que é o extermínio, o qual condenou milhares de indígenas a uma voracidade exterminatória muito pouco escrita e tão pouco revelada.

Após discorrer sobre as origens de invasão, colonização, política do Estado e catequese religiosa, esclarece-se que a catequese foi deixada por último no decorrer do capítulo por um motivo. No crivo da dominação civilizatória sobre as comunidades indígenas – considerando-se que o próximo item trata do extermínio dos Povos Indígenas Brasileiros –, a catequese representa um marco de entrechoque da mais arraigada perversão europeia, o qual passa-se a tecer.

2.2 O Extermínio dos Povos Indígenas Brasileiros

O início de tudo o que nos cerca e nos envolve delimita o ponto de partida, o que na sociedade brasileira, bem como em sua identidade enquanto nação, ocorre através "da confluência, do entrechoque e do caldeamento do invasor português com índios silvícolas e campineiros e com negros africanos, uns e outros aliciados como escravos"[3]. (RIBEIRO, 2006, p. 17) Sob esta perspectiva sociocultural nasce o povo brasileiro.

Ribeiro faz uma travessia pelas vastas regiões brasileiras, iniciando pela Amazônia, descrevendo os indígenas do vale do rio Negro, Tapajós e Madeira, bem como a ocupação do Juruá-Purus, onde descreve a devastadora herança deixada pelo extrativismo nestas terras por seringueiros e castanheiros. Adiante segue ao Nordeste e ao Brasil Central para chegar aos índios do sul de Mato Grosso, o território da fronteira da expansão pastoril brasileira, onde os povos indígenas

---

estamos aqui hoje pra dizer que nós resistimos. Guarani resiste! Guarani resiste!" (Grifo nosso) (GUARANI RESISTE, 2004)

[3]Ainda que a escravidão de negros africanos não seja o objetivo do trabalho, duas ponderações a cerca deste tema fazem-se necessárias, a fim de conduzir o leitor a chocante história de extermínio humano, cultural, social, econômico, religioso e político entranhado na sociedade brasileira, sejam de que como dito por Cerqueira (1998, p. 200), "na realidade é possível afirmar que o Brasil foi o palco da mais duradoura formação escravista conhecida no Mundo Moderno, marcando de forma indelével, o perfil social do país."; bem como, "Segundo alguns dados históricos, somente o Brasil foi responsável por 40% do total de nove milhões e quinhentos mil negros que foram trazidos para o Novo Mundo".

enfrentaram primeiramente “os bandeirantes paulistas que desbravavam seu território no preamento de escravos e na busca de minas de ouro e diamantes” (RIBEIRO, 1996, p. 88).

Já, após a decadência das explorações auríferas, que permitiu que alguns povos, como os Kayapó restabelecerem suas forças e seu território, surgiu uma nova invasão, a dos criadores de gado. O que, nos dias atuais, atrelado aos grandes latifundiários de terras, tem avassalado os índios que ainda por lá sobrevivem.

Em continuidade a sua pesquisa, o autor, faz uma análise da expansão agrícola na floresta Atlântica, perpassando pelos últimos bolsões de indígenas do leste brasileiro, dos Kaigang e a expansão dos cafezais, até os Xokleng e os imigrantes europeus, onde o colonizador europeu após o fracasso de basear sua produção na mão-de-obra indígena conseguiu um ápice econômico com uso de escravos trazidos da África. Entretanto, contra “a onda de invasores que avançavam organizados, dispondo de grandes capitais, de amparo oficial e até de tropas privadas para garantir suas conquistas” (RIBEIRO, 1996, p. 111), as flechas indígenas não conseguiam deter os invasores, de sorte retardar o seu ímpeto à custa da extinção de muitas tribos.

Ainda, no leste brasileiro, na região de mata atlântica, conta que os índios foram exterminados mais barbaramente do que as matanças dos primeiros séculos, “uma vez que o invasor não se preocupava em poupar vidas para o trabalho escravo, mas simplesmente em desocupar a terra a fim de utilizá-la nas grandes plantações”. (RIBEIRO, 1996, p. 111).

Nesta toada, as populações tribais sofrem uma transfiguração étnica, na qual estão, mais uma vez nas palavras de Ribeiro (1996, p. 112) “no trânsito da condição de índio específico, conformado segundo a tradição de seu povo, à de índio genérico, à de índio genérico, quase indistinguível do caboclo”. Neste contato com as sociedades nacionais, as sociedades indígenas se transformam sob muitos aspectos, quais sejam: de ordem biótica, ecológica, cultural, socioeconômica e psicológica. Mas, apesar desta integração e muitos índios passarem a trabalhar como assalariados ou produtores de alguma mercadoria, Ribeiro afirma que os índios, permanecem índios, pois se identificam e são aceitos como membros de sua comunidade.

Ou seja, a sociedade brasileira, em suas três modalidades de expansão – extrativista, agrícola e pastoril –, bem como a consolidação das ocupações demográficas, fadam a baixar o número de tribos e seu montante populacional. Neste sentido, assevera Ribeiro que a transfiguração étnica é do índio tribal ao índio genérico e não ao indígena brasileiro, sobrevivendo, a humanidade e seu relacionamento com os demais indivíduos, pois “as etnias são categorias relacionais entre os agrupamentos humanos, compostas antes de representações recíprocas e de lealdades morais do que de especificidades culturais e raciais”. (RIBEIRO, 1996, p. 503).

Com isso, e através deste descobrimento das sociedades indígenas, urgem os seguintes questionamentos: o que torna um ser humano ser considerado indígena? Qual a diferença, em termos de humanidade, entre um humano dito civilizado e um humano que vive na mata, em sua aldeia e se denomina indígena? E se o indígena passar a viver em cidades e a desfrutar da cultura ocidental, ele deixa de ser índio? O que é ser índio? O que é ser humano? O que nos torna “humanos”? Os Direitos Humanos são capazes de nortear perspectivas globais e universais a todas as culturas? Onde estão os direitos humanos? A quem realmente e de fato eles estão a servir? Reconhecer a dignidade da pessoa humana como preceito básico e fundamental permite um diálogo em escala global?

Neste contexto, indubitavelmente, o artigo, se propõe a dialogar, a questionar e sabe que, inevitavelmente que respostas podem ser encontradas e construídas. Mas o mais relevante é trazer a questão indígena para a seara acadêmica, para o abandonado de velhos e inócuos conceitos e

pensamentos, possibilitando uma jornada científica e, até mesmo, cultural e social, com o intuito de retirar da margem os primeiros e originários brasis, os indígenas brasileiros.

3 "Infanticídio" Indígena

De acordo com os estudos de Cardoso de Oliveira (2001, *apud* Rodrigues 2011, p. 19) a prática de infanticídio é praticada por algumas comunidades indígenas, como os Suruwahá, os Yanomami e os Tapirapés, enquanto Camacho (2011, p.51) cita que a ocorrência de infanticídio entre os povos indígenas Bororo e Kaiapó.

Ainda, preceitua Adinolfi (p. 15) que também há registros da prática de infanticídio entre os grupos Kamayurá, Suyá, Kaiabi e Kuikuro, que são comunidades indígenas que habitam no Parque Indígena do Xingu (PIX), no estado do Mato Grosso. Assevera, ainda, que a prática também é encontrada entre os grupos dos Amundawa e Urueu-Wau-Wau.

Ocorre que tem-se ainda uma prática velada do debate acadêmico, discriminada política e socialmente, e encrostada de preceitos discriminadores, a qual será melhor esmiuçada nas linhas que seguem.

3.1 Desmistificando a Prática Cultural

Primeiramente, cumpre trazer alguns ensinamentos de Rita Segato, estudiosa que também participou da audiência pública na Câmara dos Deputados[4] sobre as dificuldades encontradas no estudo da prática do "infanticídio" indígena, qual seja:

> son escasas en Brasil las etnografías que tratan el tema del infanticidio, porque revelar esa práctica podría causar grandes perjuicios a las comunidades y dejarlas expuestas a la intervención policial o a embestidas más intensas por parte de misioneros de las diversas iglesias cristianas. A pesar de eso, se sabe, por la comunicación oral de varios etnólogos, que dentro de la categoría "infanticidio" reunimos prácticas que, cuando son sometidas a un escrutinio más riguroso, se muestran muy diversas, tanto en su sentido y papel dentro del grupo como en el significado que podrían adquirir dentro del campo de los derechos. (SEGATO, 2008)

Nesse sentido, Camacho (2011, p. 38) escreve que a prática ameríndia de matar crianças não é verificada em todas as etnias, e os nomes dados a esta prática podem ser tidos distintamente, quais sejam: "infanticídio indígena", "homicídio", "interditos de vida" e, também, "sacrifício".

Para expor os termos "sacrifício" e "homicídio", primeiramente Camacho (2011, p.38), traz para seu trabalho o documentário "Quebrando o Silêncio: Infanticídio em Aldeias Indígenas", dirigido pela jornalista e documentarista Sandra Terena e lançado em 31/03/2010 no Memorial dos Povos Indígenas em Brasília-DF, o qual a pesquisa também se valerá, uma vez que constitui em uma fonte rica de conhecimento acerca do "infanticídio" indígena.

No caso do termo "sacrifício", cumpre transcrever o seguinte trecho do documentário citado:

[4] Refere-se à audiência pública sobre o "infanticídio" nas áreas indígenas, realizada na Câmara dos Deputados, em 05/09/2007. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007)

> Sandra Terena: Meu nome é Sandra, sou índia Terena, na minha tibo me chamam de Alieté, mas acima de tudo eu sou mãe. Hoje, minha vida é mais completa e alegre, com a companhia da minha filha, a pequena Tenó. Eu lembro que meu pai contava, que em algumas aldeias, quando nasciam deficientes, gêmeos ou filhos de mães solteiras, essas crianças eram sacrificadas. Eu pensava que matar crianças era uma prática que fazia parte do passado, mas descobri que meus parentes, em algumas aldeias, ainda fazem isso. (informação verbal) (QUEBRANDO O SILÊNCIO, 2010)

Atinente ao termo "sacrifício" de crianças, como chama Sandra Terena, uma prática ancestral contatada por seu pai, que em sua fala se denota que sua etnia não mas o faz, mas que outros grupos ou aldeias ainda praticam.

Já, para o termo homicídio, convém trazer, primeiramente este trecho do documentário, onde o Cacique Aritana Yawalapiti descreve uma cena que presenciou: "coisa triste mesmo! Que foi enterrado pequeno, rapazinho já. Não era mais criança, não! Eu vi! Eu mesmo vi isso aí! Ontem, eu estava comentando com o pessoal da aldeia. Eu vi! Ele viu!". (informação verbal) (QUEBRANDO O SILÊNCIO)

Ou seja, o "homicídio", expressão usada por alguns autores, segundo Camacho, é utilizado por fazer referência à morte de tais crianças, independendo a idade cronológica, estendendo-se desde o nascimento até a pré-adolescência. (CAMACHO, 2011, p.39)

Sobre o emprego da terminologia "Interdito de vida", cabe primeiramente a ressalva de Holanda (2008, p. 16-17), que ressalta que é

> importante observar que, diferente das nossas convicções biomédicas, entre os ameríndios não há causalidade, ou mesmo simultaneidade entre o "nascimento" e a pertença à vida social. Uma criança que "nasce" não é imediatamente feita humana e, portanto, a procriação não é garantia de parentesco. Isso porque, para eles, a consubstancialidade que nos faz consanguíneos e parentes não é fato, não é um dom, mas uma a ser continuamente produzida pelas trocas e relações. Por isso se fala em elaboração da pessoa ou da pessoalidade, um processo contínuo de aprender a ser humano.

Ao adentrar nesta cosmovisão antropológica complexa, em que ao nascer a criança indígena passará por um longo período para se "fazer humana", inserindo-se na vida social da comunidade e se inter-relacionando com a comunidade e com a cultura de sua etnia, mas uma criança que não se enquadre neste processo "pessoalização", conforme observa Holanda (2008, p. 36) será passível de "interdito de vida".

> Enquanto a morte é descontinuidade de vida, os interditos do processo de pessoalização, as negações de pertença social aos entes, são a impossibilidade do aparentamento e da alterização – os entes não se movimentam. Não falo, portanto, de uma relação entre humanos e não-humanos (destinadas ao xamamismo) mas uma relação entre pessoas que fazem não-pessoas, retirando as últimas da dinâmica existencial. (HOLANDA, 2008, p.36)

Resta ainda desvendar e clarificar o termo "infanticídio" indígena, e para tanto, parte-se da análise etimológica da palavra infanticídio, a qual tem origem no latim, na palavra infante, significando não falante. (ADINOLFI, p. 3)

Ocorre que, para Camacho (2011, p. 50) "a palavra infanticídio é derivada do latim *infanticidium* e significa morte de criança nos primeiros anos de vida". Apesar desta diferença de

significados, ambos se relacionam a uma origem latina da palavra, relacionada a crianças muito novas.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 123[5], tipifica o crime de infanticídio como, sob a influência do puerpério, matar o próprio filho, no parto ou logo após ele. Ou seja, para que a conduta do crime de infanticídio seja caracterizada, no direito penal brasileiro, é necessário que a mãe seja a protagonista do ato de matar o filho nascente ou neonato, em estado puerperal.

Apesar do que dita o termo infanticídio, no caso do "infanticídio" indígena não é utilizado em seu sentido técnico-jurídico, tendo-se assim, para a seara jurídica a inapropriação do uso da expressão "infanticídio" indígena.

A consequência deste inapropriado enquadramento traduz-se em um visível viés discriminatório, pois de início já se se tem a mãe ou a comunidade indígena como os algozes, como criminosos. Isso porque as palavras que possuem uma tipificação criminal induzem a esta discriminação.

Ocorre que, conforme demonstrado, "infanticídio" indígena não é o crime de infanticídio tipificado na esfera penalista, mas sim, em verdade, o termo se relaciona ao ato de matar crianças recém-nascidas ou muito novas, que, nos preceitos de uma determinada cultura indígena, não podem permanecer vivendo com o grupo.

Nesta senda, a pesquisa filia-se ao uso do termo "infanticídio" indígena sob o escopo das seguintes palavras de Camacho (2008, p. 41):

> Independente de terminologias e nomenclaturas, o que vale aqui é impulsiona o debate que visivelmente ganha destaque na comunidade indígena nacional. Não se pode fechar os olhos e os ouvidos para a realidade que tem sido trazida à tona por aqueles que são os legítimos preservadores de sua cultura, como também de sua existência como nação.
> Ver o infanticídio indígena é deparar-se com uma problemática até bem pouco oculta para a sociedade em geral, para o sistema jurídico, e para muitos que ainda desconhecem essa realidade persistente em algumas etnias indígenas.

E, nesse sentido é que consiste e se propõe a pesquisa, muito além de termos técnicos, jurídicos, ou antropológicos, mas tentando explanar que há uma prática cultural, presente em algumas das remanescentes comunidades indígenas brasileiras, em que crianças recém-nascidas ou não, são mortas, por serem filhas de mãe solteira, deficientes, gêmeos ou possuírem algum mal presságio.

Em que pese falar-se de uma prática cultural, nada impede que sob o escopo e a perspectiva dos direitos humanos se possa analisar a posição assumida pelo Estado, na tentativa de criminalizar a prática, algo que demonstra mais uma forma de descaso e exclusão, ao invés de uma tentativa de diálogo com estas comunidades.

Neste ponto, perguntas pairam e dão subsídio para o tópico seguinte, quais sejam: Estado Democrático de Direito para quem? Onde está este Estado? Onde estão os acordos internacionais? E o diálogo dos Direitos Humanos?

Diante de tais questionamentos, nas próximas linhas será mostrada a perspectiva da proposta legislativa, que teve como foro central a Câmara dos Deputados em Brasília-DF, onde segundo Rodrigues (2011, p. 19), tal evidência se deu em virtude de exibição de matérias jornalísticas

[5]Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de dois a seis anos.

divulgadas em grandes veículos de comunicação brasileiros, onde abordavam o caso de crianças indígenas que eram retiradas das suas respectivas aldeias por missionários com o intuito de receberem tratamento médico.

3.2 A Posição da Política Estatal

Exarada a posição frente ao uso da terminologia de "infanticídio" indígena para se referir a prática cultural de algumas das comunidades indígenas brasileiras, sabe-se que não se pode generalizar, uma vez que cada grupo étnico possui suas características e suas peculiaridades próprias atinentes as suas origens culturais, sociais, políticas e antropológicas.

Destaca-se a necessidade de trazer à tona alguns dos preceitos inscritos no instrumento jurídico internacional da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Povos Indígenas e Tribais, de 1989, promulgada pelo Decreto 5.051 de 2004.

Atinente à Convenção 169 da OIT tem-se que, na própria Constituição Federal Brasileira de 1988 já se adere a esta nova ordem, rechaçando a antiga concepção paternalista e evolucionista da integração dos povos indígenas, visão esta que estava presente na antiga Convenção 107, Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais da OIT, de 1957, revisada, então, pela Convenção 169.

Ou seja, a Constituição Federal de 1988 no *caput* de seu artigo 231[6] que é reconhecido aos povos indígenas a sua organização social, o seu costume, a sua língua, suas crenças, tradições, bem como o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Ao retomar os olhares para a Convenção 169 da OIT, denota-se que a Parte 1 da convenção que sinaliza o tratamento da Política Geral é onde será o foco das discussões que permeiam o texto.

No artigo 2.º desta Parte 1, há indicação de que deve haver, inicialmente, a tratativa de os governos, em conjunto com a participação dos povos indígenas, desenvolver ações de modo a proteger os direitos desses povos, bem como, a garantir o respeito pela sua integridade. Sendo que estas ações governamentais promovidas em parceria com os povos indígenas, dentre outras destacadas, deverão promover a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, onde se enfatiza o respeito a sua identidade enquanto povo.

Neste ponto necessita-se relembrar que no Brasil, existem 246 povos indígenas, como citado no primeiro capítulo, havendo, portanto, uma complexidade de identidades, culturas, tradições vastíssimas que não podem ser desconsideradas, mas, sim, devem ser extremamente respeitadas.

Já o artigo 8º, o qual é a pedra de toque do problema de pesquisa, pertinentemente a prática cultural do "infanticídio" indígena, cumpre transcrevê-lo na íntegra:

> Artigo 8º
> **1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.**
> **2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for**

[6]Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

> **necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste principio.**
> 3. A aplicação dos parágrafos I e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes. (grifo nosso) (BRASIL, 2014)

Inevitavelmente, faz-se necessário um parêntese para expor alguns dos exemplos em que o Estado brasileiro tem descumprido a convenção, sendo até motivo de denúncias frente a OIT. Destaca-se o desrespeito da consulta prévia aos povos indígenas, onde segundo Bellinger (2012), a construção da hidrelétrica de Belo Monte é o caso mais emblemático, da não oitiva prévia das populações indígenas. Mas, Belo Monte se junta ao caso da construção do Rodoanel, onde a construção deste anel viário de São Paulo-SP, afetou duas terras de indígenas Guarani, sem que estes fossem previamente consultados.

Feito este parêntese, tem-se que a Convenção 169 da OIT, que trata de direitos para os povos indígenas e tribais, preceitua diversos direitos a serem protegidos a estes povos, e no artigo 8º urge o problema de compatibilizar e conservar os costumes e tradições próprias dos povos, mas eles não poderão ser incompatíveis com os direitos fundamentais já consagrados no direito pátrio e nos direitos humanos internacionais.

Tal artigo, já exposto em sua integralidade, ainda destaca que a preservação das práticas culturais é um princípio e tal e qual, deverá ser encontrada uma maneira de solucionar possíveis conflitos principiológicos que possam surgir.

A pesquisa, neste momento, começa a tomar seus contornos mais enervantes, pois após o embate histórico em que foi dada as origens do processo civilizatório das comunidades indígenas no Brasil, culminando na realidade de extermínio, chega-se ao conflito dos dois princípios, preservação da liberdade da prática cultural de infanticídio e direito à vida, no trato legal.

Como o apresentado anteriormente, tanto a Constituição Federal, em seu artigo 231, quanto a Convenção 169 da OIT, repelem a antiga concepção paternalista e evolucionista da integração dos povos indígenas, reconhecendo a estes povos a sua organização social, o seu costume, a sua língua, a suas crenças, suas tradições, bem como o direito originário sobre as terras que tradicional e historicamente ocupam.

Sob esta égide, que pode ser entendida como emancipatória, é que se dá a tratativa constitucional e internacional, uma vez que, se integra a este rol de reconhecimentos a necessidade de consulta prévia dos povos indígenas.

Não obstante, o artigo 8º da referida convenção, enfatiza, tomando para si como princípio, a conservação dos costumes e tradições próprias dos povos indígenas, mas estabelece que tal princípio deverá ser compatível com os direitos fundamentais já presentes no plano nacional e internacional.

Todavia, a alternativa legislativa, proposta pelo Deputado Henrique Afonso – integrante da bancada evangélica – para a prática do "infanticídio" indígena, é a de desconsideração dos costumes e tradições próprias das comunidades indígenas que mantém a prática de "infanticídio". Nesse contexto, conforme será visto a seguir, impera a ressignificação da dominação civilizatória exterminatória, já que se desconsideram os próprios indígenas em si ao colonizá-los com os valores éticos, morais e religiosos enraizadas na colonização brasileira, sem de fato lhes dar a autonomia e o reconhecimento exaltados na Constituição Federal e na Convenção 169 da OIT.

Para tanto, passa-se às considerações sobre o Projeto de Lei n.º 1057/2007, apresentado na Câmara dos Deputados, bem como as discussões que se deram no âmbito da casa legislativa, até a sua aprovação em 26 de agosto de 2015.

3.2.1 O Projeto de Lei n.º 1057/2007 - "Lei Muwaji"

Dado isso, passa-se a defrontar o texto originário do Projeto de Lei 1057/2007, bem como as mudanças nele ocorrido até o decurso de 8 anos quando, em 26 de agosto de 2015, a Câmara aprovou um texto suplementar.

Em 2007, foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1057, que objetivava coibir a prática de infanticídio indígena. De autoria do Deputado Henrique Afonso (à época do PT/AC, mas que atualmente pertence ao PV) que, na justificação do projeto afirma que almeja tornar realidade os propósitos das organizações não-governamentais, com maior destaque, JOCUM – Jovens Com uma Missão e ATINI – Voz pela VIDA, que defendem o direito à vida vertiginosamente.

O Projeto de Lei 1057/2007, o qual ficou conhecido como "Lei Muwaji", em homenagem a uma mãe da tribo dos Suruwahás que, em contraponto à tradição de sua tribo, salvou a vida de sua filha deficiente.

A "Lei Muwaji", em sua ementa prevê o combate a práticas tradicionais nocivas, bem como a proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, ou pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.

O Projeto de Lei, em seu texto originário faz menção clara ao infanticídio, quando fala em "homicídios de recém-nascidos", e considera nocivas as seguintes práticas tradicionais:

> Art. 2º. Para fins desta lei, consideram-se nocivas as práticas tradicionais que atentem contra a vida e a integridade físico-psíquica, tais como
> **I. homicídios de recém-nascidos, em casos de falta de um dos genitores;**
> **II. homicídios de recém-nascidos, em casos de gestação múltipla;**
> **III. homicídios de recém-nascidos, quando estes são portadores de deficiências físicas e/ou mentais;**
> **IV. homicídios de recém-nascidos, quando há preferência de gênero;**
> **V. homicídios de recém-nascidos, quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão;**
> **VI. homicídios de recém-nascidos, em casos de exceder o número de filhos considerado apropriado para o grupo;**
> **VII. homicídios de recém-nascidos, quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais;**
> **VIII. homicídios de recém-nascidos, quando estes são considerados portadores de má-sorte para a família ou para o grupo;**
> **IX. homicídios de crianças, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto**
> **X. de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição;**
> [...] (Grifo nosso) (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2007)

Dado isso, o projeto previa a responsabilização criminal do crime de omissão de socorro de todo aquele que tivesse conhecimento de situações de risco, em função, como expressa, no artigo 4º, "tradições nocivas", o qual se transcreve:

> **Art. 4º. É dever de todos que tenham conhecimento das situações de risco, em função de tradições nocivas, notificar imediatamente as autoridades acima mencionadas, sob pena de responsabilização por crime de omissão de socorro**, em conformidade com a lei penal vigente, a qual estabelece, em caso de descumprimento:
> Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.
> Art. 5º. As autoridades descritas no art. 3º respondem, igualmente, por crime de omissão de socorro, quando não adotem, de maneira imediata, as medidas cabíveis. (Grifo nosso) (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2007)

Na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados (CDHM), a relatora Deputada Janete Pietá (PT/SP), apresentou um substitutivo ao texto original, onde refutava a criminalização em prol de uma abordagem pedagógica das aludidas práticas culturais, a qual seria acrescida ao Estatuto do Índio – Lei n.º 6.001/1973 –, uma vez que seria a forma adequada de se inserir tal alteração ao Estatuto do Índio, mesmo estando defasado, do que inserir uma legislação autônoma.

Em junho de 2011, a relatora apresentou novo substitutivo, o qual fora aprovado pela CDHM, sendo sua redação a seguinte:

> Art. 1º Acrescente-se o art. 54-A à Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973:
> "Art.54-A. Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que as mesmas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte.
> Parágrafo único. **Cabe aos órgãos responsáveis pela política indigenista oferecerem oportunidades adequadas aos povos indígenas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto quando forem verificadas, mediante estudos antropológicos, as seguintes práticas:**
> **I – infanticídio;**
> II - atentado violento ao pudor ou estupro;
> III - maus tratos;
> I V - agressões à integridade física e psíquica de crianças e seus genitores."
> Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação. (Grifo nosso) (CDHM, 2011)

Na justificação da relatora, destacam-se os trechos que seguem:

> **Assim, são necessárias, sim, iniciativas de caráter conscientizador. Garantir o direito à vida das crianças, mulheres e famílias indígenas deve ser conseqüência da criação e implantação de políticas públicas.** Paralelamente à valorização do direito à vida, tais iniciativas devem **privilegiar o protagonismo da mulher indígena**. Ademais, serão um princípio balizador fundamental os conceitos preconizados no art. 231 da Constituição Federal, que determina a proteção e respeito aos bens materiais e culturais dos indígenas:
> [...]
> **No que tange à criminalização daqueles que tiverem conhecimento da ocorrência das práticas tradicionais (arts. 3º a 5º do projeto), trata-se de equívoco, no nosso entender, pois o desenvolvimento de trabalhos junto aos povos indígenas ficaria inviabilizado frente à obrigação legal de delação imposta a esses trabalhadores**. Essa situação, por si só, dificultaria o diálogo previsto no art. 6º do projeto.
> Por isso, entendemos que devem ser criados um **Conselho Nacional de Direitos Indígenas e um Conselho Tutelar Indígena**. Tais órgãos teriam as atribuições de tratar, respectivamente, da discussão de questões culturais próprias dos grupos indígenas, **elaborando campanhas de conscientização destinadas a promover mudanças entre esses grupos, e a promoção de**

> **medidas voltadas para o bem-estar das crianças e adolescentes indígenas. Nesse sentido, estaremos encaminhando a Indicação de criação desses órgãos através dos mecanismos adequados.** (Grifo nosso) (CDHM, 2011)

Este entendimento por políticas públicas voltadas a conscientizar, ao invés de criminalizar, as práticas indígenas já aderidas à sua cultura, seria um grande avanço no trato Estatal quando se fala nas questões indígenas. Isso porque, conforme destacado pela deputada, a criminalização é uma abordagem que só vem a aumentar a discriminação contra os indígenas, haja vista que há o estereotipo de suas práticas culturais serem consideradas cruéis aos olhos do homem civilizado, subtendendo-se a animalização, o entendimento do índio como o selvagem.

O projeto seguiu para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (CCJC), sendo designado o Relator o Deputado Alessandro Molon (PT/RJ). O parecer do relator foi no sentido de que o substitutivo apresentado pela Deputada Janete Pietá (PT/SP) à "Lei Muwaji", estava em consonância com os princípios fundamentais da promoção e da proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Nesta senda, o projeto passou pela CCJC, e foi a Plenário na Câmara dos Deputados. No Plenário houve diversas tentativas de voto do referido PL. Assim, em 26 de agosto de 2015, o projeto retornou para a CDHM, sendo designado como relator o Deputado Marcos Rogério (PDT/RO).

Cumpre destacar a seguinte parte do novo substitutivo:

> §2º Os órgãos responsáveis pela política indigenista deverão usar todos os meios disponíveis para a proteção das crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com deficiência e idosos indígenas de práticas que atentem contra a vida, a saúde e a integridade físico-psíquica, tais como:
> I - infanticídio ou homicídio;
> II – abuso sexual, ou estupro individual ou coletivo;
> III – escravidão;
> IV – tortura, em todas as suas formas;
> V – abandono de vulneráveis;
> VI – violência doméstica
> **§ 3º Remete-se ao art. 21, do Decreto-Lei 2.848 de 1940 no que se refere a conduta dos indígenas que cometam ou se omitam permitindo as práticas dispostas no §2º e incisos deste artigo.**
> [...]
> §8º **É dever de todo cidadão que tenha conhecimento das situações de riscos informar, notificar, comunicar ações e/ou atos que violam a vida**, a saúde, a integridade física e psíquica de gestantes, nascituros, recém nascidos, crianças, adolescentes, pessoa com deficiência, mulheres idosos indígenas por quaisquer motivações, **sob pena de serem responsabilizados na forma das leis vigentes**. (grifo nosso) (CAMARA DOS DEPUTADOS, 2015)

Ocorre que, em votação plenária houve a supressão do disposto no §3º do PL, sendo que o texto aprovado pelo plenário fora o apresentado pelo Deputado Marcos Rogério (PDT/RO), cujo inteiro teor segue em anexo.

O substitutivo da deputada Janete Pietá conduzia o tema da prática cultural, em que e destaca o infanticídio indígena, tema ora abordado, bem como um viés de valorização do protagonismo indígena e, principalmente, da mulher indígena, com uma fidalguia e respeito ao seu pluralismo cultural, ético, social e religiosa.

Neste sentido, o texto do PL 1057/2007 previamente aprovado e remetido para posterior aprovação do Senado Federal, tem de ser visto como um retrocesso em termos de participação democrática no atual Estado Democrático de Direito e Laico que se insere o Brasil.

Há, também, uma ressignificação da dominação civilizatória imposta, pois ao causar uma religiosidade, a eticidade e a crendice dos povos indígenas. Além disso, ele impõe a duras penas, sob o viés criminalizador, um padrão cristão, etnocêntrico e universalista, que desconsidera as pluralidades e as diversidades.

O PL encontra-se, no presente momento, em andamento no Senado Federal, tendo como relator o Senador Paulo Paim. Todavia, antes de se avançar para o próximo capítulo, onde será feito diálogo mais específico para a abordagem dos direitos envolvidos na prática do infanticídio indígena, cabe em um tópico específico apresentar uma das audiências públicas realizadas na Câmara, onde as articulações políticas do PL estão mais abertas e claras.

Levando-se em consideração o atual cenário político brasileiro, onde, no Congresso Nacional, imperam os ideais agrícolas, religiosos, criminalizantes e futebolísticos, rechaçando-se uma perspectiva coerente com os anseios dos povos historicamente oprimidos, acredita-se que o PL 1057/2007 será aprovado por pressão dos que estão no poder.

Com a perspectiva de manutenção deste cenário social e político, os povos indígenas, terão mais uma vez a ressignificação da dominação civilizatória exterminatória, sem o respaldo das garantias legais ou principiológicas de proteção de seus costumes ou tradições, pois os representantes do Congresso se encontram em lado opostos ao direito de emancipação, valorização e reconhecimento dos povos indígenas.

4 O Diálogo para o “Infantícidio” Indígena

Conforme já alertado por Segato (2008), acerca da escassez de estudos sobre a prática cultural do “infanticídio” indígena, neste capítulo será proposto a fim de estabelecer um diálogo para a prática cultural do “infanticídio” indígena, visando pormenorizar as diferentes interlocuções que o tema vem ganhando por alguns pesquisadores da área, bem como o uso de exemplos internacionais análogos.

Para tanto, ao longo deste capítulo, serão válidas as explanações através de paradigmas multiculturais, lições feministas, e, por fim, o diálogo com os direitos humanos, sob o prisma humanitário. Também, como uma forma de elucidar e agregar experiência ao artigo, traz-se os exemplos análogos da proibição do uso da burca em espaços públicos na França e da mutilação genital feminina.

4.1 Paradigmas Multiculturais

No que diz respeito aos paradigmas multiculturais, tem-se a tese de doutorado de Guilherme Scotti Rodrigues, apresentada no programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, a qual contribui para uma reflexão acerca do “infanticídio” indígena fundada em concretude e protagonismo, qualidades das quais este texto não poderia se esquivar.

Rodrigues (2011, p. 39) destaca a proposição de classificação taxonômica de Amy Gutmann para as posições acadêmicas que são assumidas quanto ao multiculturalismo. Isso porque, em um de seus estudos, ela se volta ao multiculturalismo para o desafio de que diferentes culturas possuem diferentes padrões éticos gerando conflitos entre si. Haja vista a preciosidade destes estudos para o tema do infanticídio indígena, tem-se que estas aplicações devem ser respaldadas e reanalisadas.

Sob o escopo destas contribuições na esfera acadêmica, será demonstrado como o tema da prática cultural do infanticídio indígena tem sido abordado por estudiosos na academia brasileira, seja quanto às possíveis implicações nas searas éticas, jurídicas, bem como políticas. Mostrar-se-á, de modo articulado, embora pontual e sintético, as posições defendidas pelos acadêmicos.

Destacam-se, nesta senda, os trabalhos de Saulo Feitosa e Maíra Barreto, os quais participaram das audiências públicas na Câmara dos Deputados, motivo pelo qual, é inegável o seu tangenciamento com a temática do infanticídio indígena. Ainda, conforme dito anteriormente, neste ponto serão utilizadas as contribuições dos estudos de Rodrigues (2011) e Gutmann (1993).

De forma analítica, nos moldes dos ensinamentos de Amy Gutmann, no que tange às visões dadas ao multiculturalismo, sendo: universalismo abrangente, relativismo cultural e relativismo político, estas classificações categóricas contrapõem a sua posição de universalismo deliberativo, o qual pode ser entendido, em suma, como a existência de um status universal de um conteúdo moral mínimo, e em contrapartida o saber de que há um vasto leque de questões políticas e éticas sujeitas a deliberação nas diversas sociedades (Gutmann, 1993, p. 190-193).

Assim, passam-se a expor as categorias que ampliam as visões do multiculturalismo - universalismo abrangente, relativismo cultural e relativismo político – como mais um "degrau" alcançado em rumo ao diálogo sobre o "infanticídio" indígena.

4.1.1 Universalismo Abrangente

Para Gutmann (1993, p. 193-197) o universalismo abrangente, *comprehensive universalism*, pode ser tido como a categoria de princípios universais que entende que existem princípios morais universais que são aplicáveis indistintamente a todas as sociedades, apartados de peculiaridades culturais, éticas ou sociais.

Rodrigues (2011, p. 39) entende que a pesquisadora Maíra Barreto, em seus argumentos, está a se inclinar a corrente que vê os princípios universais como os destacados no universalismo abrangente.

Barreto (2007, p. 75-76) defende que:

> A cultura não é o bem maior a ser tutelado, mas sim o ser humano, no intento de minimizar o seu sofrimento. Os direitos humanos perdem, completamente, o seu sentido de existir, se o ser humano for retirado do centro do discurso. Portanto, a tolerância (no sentido de aceitação, reconhecimento da legitimidade) em relação à diversidade cultural deve ser norteada pelo respeito aos direitos humanos.

Tal propositura se concentra em afirmar que a defesa e o incentivo às políticas voltadas à proteger liberdade cultural dos povos não é tolerar ou apoiar costumes ou tradições culturais que possam violar direito humanos, pois segundo ela, o bem maior a ser tutelado é o ser humano.

Cumpre acrescentar que,

> Portanto, a liberdade cultural é um direito humano e, como tal, deve ser fomentada. Também deve ser protegida de repressores que desejam engessar o indivíduo dentro de sua própria cultura. Além disso, o limite para o fomento de uma determinada cultura é o choque com os direitos humanos fundamentais. Se determinada cultura viola um direito humano fundamental, não há que se falar em manutenção e incentivo da mesma. (Barreto, 2007, p. 83)

Destarte, Rodrigues (2011, p. 40) escreve que Barreto faz uma leitura onde haveria previsão em instrumentos internacionais sobre a universalidade dos direitos, mas não haveria uma abertura as especificidades de cada local, o que para Rodrigues contribui com a manifestação "de que não há divergência jurídica relevante no debate sobre o infanticídio". (RODRIGUES, 2011, p. 40)

Acentuadas tais excertos atinentes ao universalismo abrangente, em que se preponderam princípios morais universais e onde se submetem indistintamente todas as sociedades – independentemente de seus valores culturais, morais, éticos ou sociais – então, sob esta égide universalisante, a prática cultural do infanticídio indígena é uma afronta ao princípio universal que protege à vida.

Como o universalismo abrangente não encontra guarida para as peculiaridades e excentricidades de cada cultura, todas as sociedades devem se valer de seus valores morais universais.

Tal percepção, em uma análise breve, já se demonstra como uma visão que rechaça a identidade dos povos, levando em conta uma moral universal que deve ser dada à todo as comunidades humanas, o que, por sua vez, acaba por desconsiderar os próprios seres humanos.

Em outras palavras, no caso do infanticídio indígena, considerando-se o direito à vida como o direito que prepondera sobre a prática cultural, onde está envolvido um direito maior – que é o direito da coletividade – há, na verdade, uma desconsideração do direito em si, da autonomia dos povos, da diversidade cultural, o reconhecimento das diferenças regionais, a pluralidade étnica. Assim, qual será o papel do direito frente ao coletivo, frente àqueles dominados e condenados ao extermínio?

Feitas estas considerações na perspectiva a que se propõem o universalismo abrangente, passa-se a análise de outra posição acerca do multiculturalismo, qual seja: o relativismo cultural.

4.1.2 Relativismo Cultural

No sentido de fomentar o estudo da visão do multiculturalismo categorizado por Gutmann, o relativismo cultural está situado em ponto extremo da visão do multiculturalismo.

O relativismo cultural estabelece que "social justice, according to cultural relativism, is the distribution of goods according to their cultural meaning" (Gutmann, 1993, p. 173). Ou seja, a justiça social, que a todos deve ser buscada, de acordo com o relativismo cultural, é a distribuição de bens de acordo com o seu significado cultural, onde:

> The cultural relativist can avoid any logical contradiction here by stipulating that distributions are justified by a social consensus about the justificatory grounds for social understandings even if that consensus is demonstrably false. By protecting itself from an internal contradiction, however, cultural relativism succumbs to solipsism. Why claim that there is no referent beyond

> social consensus when the justificatory reasons actually offered by that social consensus refer beyond themselves? Reasons may be rationalizations, in this case of male self-interest, or demonstrably fallacious, for example, on empirical grounds. Exposing reasons as rationalizations or as fallacious calls into question the principles of distributive justice that they claim to support.[7] (Gutmann, 1993, p., 177)

Pondera Gutmann (1993, p., 178) ainda, que "cultural relativism does not fulfill its promise of dissolving multicultural conflicts. It often does not even recognize moral conflicts within cultures, let alone resolve them".

Para uma melhor compreensão do relativismo cultural, no que tange à temática da prática cultural do infanticídio indígena, Rodrigues (2011, p. 41) se embasa nos estudos de Marianna Holanda, com base na sua dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Antropologia Social da Universidade de Brasília, já citada no segundo capítulo deste artigo.

Como dito anteriormente, Holanda (200,8, p. 9) ao se referir à prática de infanticídio indígena, se vale do termo interditos de vida e em suas próprias palavras defende a constatação de cosmologias ameríndias e do "discurso político-jurídico do ocidente cristão", no que concerne às concepções de vida e humanidade, procurando falar em defesa da superação do pensamento jurídico moderno.

Holanda (2008, p. 10) escreve que a Constituição Federal está posta sob o viés liberal, onde o Estado encontra-se vinculado a um sistema jurídico que comprende os direitos fundamentais como se individuais fossem. Neste sentido, segue, dizendo que:

> Se o direito à vida é uma garantia fundamental dos Direitos Humanos universais e é pilar de inúmeras constituições nacionais, o problema é antes a sua interpretação exclusiva por parte de legisladores que compreendem estes direitos como do indivíduo, com base em uma igualdade que não permite discriminar por "raça, cor, gênero" e, portanto, suprime a possibilidade de diferenças. Esta perspectiva liberal é a base da carta constitucional brasileira, vinculada à fundação do Estado e a um sistema jurídico-político. (HOLADA, 2008, p.10-11)

Dentro de tais fundamentos, Rodrigues (2011, p. 41) corrobora a ideia supra pontuada por Holanda, onde a igualdade, em seu sentido moderno, onde se presume a homogeneidade, negaria as especificidades, não havendo espaço para que os direitos coletivos possam se afirmar, o que culminaria em imunidades às alteridades, neste projeto democrático moderno constitucional.

Como destaca, ainda Rodrigues (2011, p. 41) nesta toada, as práticas culturais coletivas, sob as concepções ameríndias de vida, de humanidade, de direitos e deveres, são justificáveis em seu contexto cultural e social, uma vez que a lógica concepcional ocidental não possui gama legítima para balizar tais concepções, sendo a prática de infanticídio indígena, decorrente desta concepção ameríndia, consentida sob tal contexto e concepção.

---

[7] A tradução da seguinte passagem pode ser tida como: o relativismo cultural pode evitar qualquer contradição lógica aqui, estipulando que as distribuições são justificadas por um consenso social sobre os fundamentos ou motivos para entendimentos sociais, mesmo que o consenso seja comprovadamente falso. Para proteger-se de uma contradição interna, no entanto, o relativismo cultural sucumbe ao solipsismo. Por que afirmam que não há nenhuma referência para além do consenso social quando os motivos de justificação realmente oferecido por esse consenso social referem-se além de si mesmos? As razões podem ser racionalizações, neste caso de auto-interesse do sexo masculino, ou manifestamente falaciosa, por exemplo, sobre bases empíricas. (tradução nossa)

Ocorre que, com o fato de a relativização cultural se voltar internamente para suas perspectivas próprias, tudo poderia ser aceito dentro daquela cultura, pois para aquela determinada cultura os valores morais e éticos são entendidos como justos dentro do seu significado cultural.

Debruçando-se sobre a prática do infanticídio indígena salienta-se que adotar a visão do relativismo cultural seria como "fechar os olhos", pois não há o reconhecimento do conflito moral, e, sendo assim, não há nem como tornar o díalogo possível.

Feitas tais ponderações e desconsiderações da falácia de dissolução de conflitos multiculturais sob o viés do relativismo cultural, resta ainda a tratativa proposta, sobre o relativismo político, o qual passa-se a expor.

4.1.3 Relativismo Político

No que diz respeito ao relativismo político, Gutmann (1993, p. 178-182) apresenta um sentido que destoa da naturalização das práticas culturais dentro da coletividade, para encontrar guarida no respaldo compartilhado entre a sociedade, sendo estes os mecanismos institucionais procedimentais aptos a se defrontar com os conflitos culturais internos da aludida sociedade.

Rodrigues (2011, p. 43) refere que o relativismo político, para tratar do conflito multicultural da prática do infanticídio indígena, encontra-se preconizado, primeiramente, na dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde da Universidade de Brasília de Saulo Feitosa.

Feitosa (2010, p. 95-100), entende que os indivíduos pertencentes a uma determinada cultura são os únicos legitimados a promover mudanças internas, e como considera os povos indígenas detentores de direitos coletivos, uma intervenção externa somente poderia se dar sob um diálogo entre as coletividades, representando um exercício de interculturalidade, onde intervenções através de políticas públicas poderiam ser introduzidas.

Para Feitosa (2010, p. 100), ainda, a introdução interventiva externa por meio de políticas públicas, poderia ter escopo válido somente quanto ao procedimento deliberativo na perspectiva da hermenêutica diatópica, da doutrina de Boaventura de Souza Santos.

De acordo com Santos (1997, p. 23) a hermenêutica diatópica baseia-se na fugacidade de premissa de que todas as culturas possuem um grau de incompletude, mas que por meio do diálogo intercultural urgem os *topoi*. Os topoi são os argumentos mais evidentes daquela determinada cultura, mas assim como a própria cultura são incompletos. Ocorre que, sob o ponto de vista interno tal incompletude não é perceptível, já que esta apropriou-se do anseio de totalidade.

Santos (1997, p. 23) complementa a pretensão da hermenêutica diatópica que, segundo ele:

> O objectivo [sic] da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objectivo [sic] inatingível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra.

Com isto, Feitosa (2010, p. 104-105) assegura que:

> somente se admite uma intervenção que venha dialogar, colaborar e aprimorar os sistemas próprios de proteção da criança e adolescente indígenas, jamais de admitirá a substituição desses por mecanismos externos, instrumentos de perseguição jurídica ou qualquer forma arbitrária de pretensa

> regulação [...] os Direitos Humanos podem ser invocados como contribuição importante na construção do diálogo entre os estranhos morais, mas nunca como instrumento utilizado para impor a superioridade de uma comunidade moral sobre a outra, servindo aos interesses de grupos privilegiados da sociedade que estão de prontidão para empreender novas investidas de criminalização contra os povos indígenas.

Ou seja, dentro do relativismo político pode-se encontrar a hermenêutica diatópica como um diálogo entre culturas diferentes para dentro de suas incompletudes, de modo que haja o aprimoramento social que sirva de benesse protetora dos membros da comunidade.

Assim, tem-se que estas diferentes perspectivas que o multiculturalismo assume necessitam de grande clareza na sua abordagem, pois, como foi demonstrado, as diversas faces assumidas pelo multicultural podem levar a caminhos muito distintos uns dos outros.

Desta forma, passa-se a próxima interlocução do trabalho, sobre o viés feminista com exemplos, no caso da mutilação genital feminina e da proibição do uso do véu islâmico em algumas partes da Europa, bem como a abordagem de que o protagonismo e empoderamento das mulheres podem trazer uma nova abordagem e tratativa de dilemas.

4.2 Lições Feministas

O feminismo é um movimento de igualdade urgente em nossa sociedade, e o objetivo em trazê-lo para o texto não é de esgotar as facetas e emblemáticas patriarcais que fazem o feminismo urgir na nossa civilização, mas, sim, as lições surgidas da desigualdade estrutural do patriarcado para contribuir com o objetivo deste trabalho em fomentar o diálogo para o caso da prática cultural do infanticídio indígena.

Para isto, abre-se mão de dois exemplos análogos, a serem analisados sob a perspectiva feminista. O primeiro exemplo a ser tratado é o caso da proibição do uso do véu integral em alguns países da Europa, no qual objetiva-se olhar o caso do estado francês, pois nesta situação o protagonismo feminino fora irrelevante para a lei proibitiva.

O segundo exemplo análogo à prática cultural do infanticídio é o caso da mutilação genital feminina. Aqui, o fato de se ter o corpo da mulher como palco da prática cultural do patriarcado, sua contribuição para a discussão acadêmica é tão próxima, quanto o sofrimento está para a morte.

Feitas estas considerações iniciais sobre os objetivos neste ponto do artigo, inicia-se a tecida dos exemplos análogos para o infanticídio indígena, primeiro com o caso da proibição do uso do véu islâmico integral e em seguida com a explanação da mutilação genital feminina.

4.2.1 Proibição do uso do véu islâmico integral (burca e niqab)

A proibição do uso do véu islâmico integral (burca e *niqab*) em espaços públicos, seja na França, na Bélgica e em algumas cidades da Itália e da Espanha ainda é palco de discussões, mesmo

que em 2014 tenha sido declarada como válida pela Corte Europeia de Direitos Humanos[8], sob uma perspectiva feminista, e muito além da política e do conservadorismo.

Sob a perspectiva feminista, traz-se a discussão da proibição do uso de véu islâmico integral como um exemplo análogo ao da prática cultural do infanticídio indígena, com o intuito de enaltecer o diálogo para além do multiculturalismo.

Neste ponto, tem-se como contribuição a dissertação de mestrado de Elena de Oliveira Schuck, apresentado no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, uma vez que a estudiosa promove um debate específico sob o crivo de refletir a proibição do uso da burca na França, sob a perspectiva feminista, sendo um exemplo análogo ao infanticídio indígena instigante para o debate feminista e acadêmico.

Schuck (2013, p. 19) revela que a aprovação da lei que proíbe o uso da burca se baseou nos discursos de promover a igualde de gênero e acabar com os maus tratos com as mulheres. Além do discurso legislativo para a aprovação da lei, Schuck (2013, p. 19) chega aos seguintes questionamentos:

> Tendo em vista que o uso destas vestimentas faz parte de uma cultura de pequena expressão na França, o Estado não estaria violando os direitos dos grupos culturais minoritários ao decretar a proibição? A defesa do direito à igualdade de gênero pode ser compatível com o direito de expressão religiosa das minorias culturais?

Tais indagações tornam o exemplo de proibição do uso do véu islâmico integral (burca e *niqab*), uma fonte análoga instigante para a prática cultural do infanticídio indígena.

Veja-se que o primeiro ponto similar é que ambas as situações tratam da questão de minoria cultural, tanto os islâmicos na França, quanto os indígenas. Os islâmicos no estado francês somam em torno de 5 milhões, mas somente cerca de duas mil mulheres fazem uso da burca ou do *niqab* (SCHUCK, 2013, p. 6), assim como os indígenas, que no Brasil, como já dito no início do trabalho, somam um total de menos de novecentos mil pessoas. Fica clara, desse modo, a similitude de minoria étnica.

Outro ponto em comunhão a ser analisado, são os direitos contrapostos. Na proibição do uso do véu islâmico é possível identificar o direito à igualdade de gênero em contrapartida com o direito de expressão religiosa. No caso do infanticídio indígena, os direitos que urgem tocam a compatibilidade entre o direito a preservação da liberdade da prática cultural do infanticídio indígena e o direito à vida.

Ademais, em ambos os casos há atuação do Estado. No caso do véu islâmico, o estado francês criou uma lei que proibiu o uso da vestimenta em espaços públicos, sendo a pouco tempo considerada válida pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Há também penalidade de multa para aquelas que usarem seu véu e, se alguém forçar outrem a usar, será aplicada pena de multa e um ano de prisão.

E, no caso do infanticídio indígena há um projeto de lei, previamente abordado, que pretende criminalizar a prática cultural, apresentando0 uma toada que pode parecer distinta. Mostra-se, pois. O projeto prevê que todo o cidadão que tenha conhecimento da prática de infanticídio indígena deverá comunicar os órgãos de política indigenista, sob pena das sanções penais da lei.

[8] Em 1º de julho de 2014, a Corte Europeia de Direitos Humanos declarou válida a lei federal francesa que proíbe o uso do véu islâmico integral (burca e *niqab*) em espaços públicos. (JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, 2014)

Dadas estas similitudes, retoma-se ao trabalho de Schuck (2013, p. 23), que indica que com a proibição do uso véu islâmico, o Estado laico, pelo menos no papel, afirma ao repudiar o uso do véu, a incompatibilidade deste estado com o feminismo e a religião islâmica.

Pode-se dizer também, que o Brasil também se diz laico, mas com o projeto de lei que criminaliza uma prática cultural de uma minoria da sociedade, alijada ao extermínio histórico, cria uma incompatibilidade que perpassa o feminismo e a cultura indígena, já que só a mulher pode gestar a prole, ao homem a natureza não validou tal dádiva.

Schuck (2013, p. 24) traz um reflexo importante sobre a sujeição e objetificação em que são condicionadas as mulheres nas sociedades contemporâneas, seja nos anúncios mediáticos ou as adequações impostas as mulheres para que se adequem aos interesses masculinos, bem como da sociedade de consumo e aparências.

Então, proibir o uso do véu islâmico não seria barrar a objetificação da mulher, e no caso aqui especificamente da mulher islâmica, onde depois de 11 de setembro de 2001, o mundo ocidental vive a chamada "guerra ao terror", que é um assunto que a pesquisa não pretende adentrar, não por covardia, mas por não ser o objetivo do trabalho, mas cumpre salientar a pergunta: quem de fato está fazendo o verdadeiro terror?

Feito este parêntese, como a lei que proíbe o uso do véu, não bane a prática de objetificação da mulher, Schuck (2013, p. 24), acresce:

> O que se percebe então é que há uma condenação restrita às práticas de uma cultura minoritária na França. O Estado francês, portanto, não age de forma a combater as desigualdades de gênero e a opressão da mulher. Ele age especificamente contra uma prática cultural minoritária, discriminando os cidadãos muçulmanos, e não trata a todos com igual respeito.

E, assim salienta-se no caso do infanticídio indígena que o estado brasileiro não está a valorizar a cultura indígena, ele segue com a sua política de extermínio, pois o projeto de lei acaba por discriminar as populações indígenas e seus costumes tradicionais, ferindo a identidade étnica de um povo, e não promovendo a valorização cultural e a autonomia de um povo, para eles sejam os agentes da mudança de sua cultura.

Schuck (2013, p. 26) também chama a atenção para um ponto sensível da discussão em trono da lei que proíbe o uso do véu islâmico, no qual a lei assume um caráter mais islamofóbico do que a promover a igualdade de gênero, pois a autora três padrões de mulheres na França que fazem o uso do véu islâmico. Apesar dos três padrões existentes, só um dos deles poderia ser considerado como uma forma coercitiva de impor as mulheres para que usem o véu, mas que quando elas já alcançaram seus objetivos e são autônomas elas abondam o uso do véu. Então a questão da lei ter um caráter islamofóbico para a autora é no sentido de que somente as jovens francesas muçulmanas é que sofrem algum tipo de coerção de suas famílias para se enquadrarem nos padrões? Mas para as outras jovens não muçulmanas não há leis para estas situações.

Com isto Schuck (2013, p. 27) conclui:

> A não ser que fique comprovado que todas as mulheres que usam burca não tiveram acesso às variáveis necessárias para adquirir agência de si e não se sintam responsáveis pelas escolhas, não podemos dizer que o Estado deva intervir mais nas escolhas destas do que das demais francesas. E caso seja necessária a intervenção, ao que nos parece, uma lei de proibição não estaria atendendo diretamente ao que as mulheres devam querer para si. Se elas são submissas e dependentes de suas famílias e seus maridos, o governo deveria dar suporte para que elas tenham acesso à educação, à uma renda

> independente para se sentirem à vontade para fazer suas próprias escolhas. Focar-se num grupo cultural minoritário é uma demonstração de preconceito e, ao mesmo tempo, não é solução para a questão da desigualdade de gênero.

Importante ressaltar que

> Não descartamos a hipótese de que existam mulheres submissas, objetificadas e com pouca autonomia. Questionamos apenas se essa realidade estaria presente apenas nas duas mil mulheres que se cobrem integralmente. O governo que se preocupa com a igualdade de gênero e com a promoção da agência das mulheres pode e deve promover políticas que estimulem o bem-estar feminino, contudo, quando este governo promove medidas proibitivas como forma de "libertar" apenas um pequeno grupo cultural, ele age de forma discriminatória. (Schuk, 2013, p. 29)

Ou seja, ao demonstrar que com a lei que proíbe o uso do véu islâmico integral, o governo assume muito mais um caráter discriminatório do que promover o bem-estar e a igualdade das mulheres muçulmanas. Uma conclusão semelhante ao caso do infanticídio indígena.

O PL, por sua vez, está muito mais a expor de modo discriminatório as comunidades indígenas – sejam as crianças envolvidas, as mães, e todos os membros envolvidos – do que promover o bem-estar dos povos indígenas e implementar políticas públicas para atender e assegurar os direitos daqueles que dele necessitarem, os empoderando para elaborar e exercer seu próprio juízo de como melhorar a vida comunitária, do que simplesmente impor conceitos fechados de direitos humanos universais.

Em sequencia, o outro exemplo que passa-se a trazer é o caso de algumas comunidades realizarem a mutilação genital feminina, a cliterodectomia, também, neste ponto, sob uma perspectiva feminista, a fim de enaltecer o debate para a prática do infanticídio indígena.

4.2.2 Mutilação Genital Feminina

A Mutilação Genital Feminina (MGF), ou cliterodectomia, assim como a lei que proíbe o uso de véu islâmico, oferta para o artigo um relevante paralelo de discussão acadêmica para a prática cultural do infanticídio indígena. Isso porque a MGF representa um clássico na discussão entre Direitos Humanos e multiculturalismo, já que a prática constitui um tradicional ato de violação dos direitos das mulheres.

Neste ponto, que se concentra em trazer exemplos análogos sob uma perspectiva feminista, a mutilação genital feminina – por se encontrar a mais tempo no embate de estudos acadêmicos – agrega no sentido de demonstrar como a questão pode ser debatida e quais direitos fundamentais das mulheres não devem ser violados, servindo como uma fonte de diálogo para a prática do infanticídio indígena.

De acordo com o artigo de Gerry Mackie, "Ending Footbinding and Infibulation: a convention account" (1996, p. 999), a prática da mutilação genital feminina chega a afetar 100 milhões de mulheres em dezenas de países africanos, principalmente no nordeste islâmico. Tal prática é direcionada ao islamismo, embora não seja referida no Alcorão, bem como não está presente na maioria dos países islâmicos. Mas sinaliza-se que a MGF foi exacerbada pela interseção com o os códigos islâmicos de honra familiar, castidade, pureza, fidelidade e reclusão.

Em seu artigo Mackie (1996, p. 1000) sugere que só uma perspectiva de ação coletiva a fim de eliminar ou atenuar os riscos da prática cultural são capazes de fazer com que a comunidade abandone o costume, onde segundo ela, foi o que aconteceu com a prática tradicional chinesa, surgida na dinastia Sung (960-1279) e mantida até início do século XX, de atar os pés das meninas, a *footbinding*.

Para se acabar com a prática do *footbinding* foi necessária uma estratégia de *collective pledges*, o qual envolvia três aspectos: primeiro, uma campanha pedagógica sobre a ausência da prática em outras regiões do mundo; segundo, a discussão das vantagens dos pés naturais e os problemas advindos do *footbinding*; e finalmente, a formação de associações em que seus membros se comprometiam a não atar os pés das filhas e a não permitir que seus filhos se casassem com mulheres que possuíssem os pés atados. (MACKIE, 1996, p. 1001)

Mediante a realidade da MGF, entrou em cena em meados de 1980 a ONG Tostan, que se propôs a um trabalho educativo de conscientizar a população da África Subsaariana sobre os riscos que a prática da MGF traz a saúde das mulheres, baseando-se na contribuição pedagógica de Paulo Freire, no seu livro "A Pedagogia do Oprimido". Inicialmente, buscou-se ampliar a participação das mulheres, que tinham menos acesso às escolas que os homens, o currículo de alfabetização e saúde básica aplicado na década de 1980, passando a incluir, a partir de 1995, módulos sobre Direitos Humanos e democracia. Os trabalhos da Tostan se iniciaram no Senegal, mas hoje já se expandem em Guiné, Guiné-Bissau, Mali, Mauritânia e Gâmbia. (GILLESPIE; MELCHING, 2010, p. 478)

Segundo Gillespe e Melching (2010, p. 493) para que haja a difusão do abandono coletivo da MGF necessita que:

> As a dimension of discursive practice, then, human rights served not as a set of disembodied abstractions imposed from without but as ideas and practices that were connected to thinking about local circumstances. The availability of a larger community, however, emboldened community members to share their new understandings with friends, family members, and neighbors. Learning about human rights and democratic processes reinforced the importance of a ofensive community, an underlying African value, and helped participants recognize that they have the right to engage meaningfully in private and public dialogues as they make decisions about their future.[9]

Ou seja, somente uma abertura para discussão ampla sobre o que se pode ter como direitos humanos, envolvendo questões como o direito à dignidade e problemas de saúde da criança, pode mover concretamente uma solução benéfica para universalidade do direito à saúde.

Entretanto, os dados trazidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em meados de maio deste ano revelam que pelo menos mais de 200 milhões de meninas e mulheres já foram submetidas a mutilação genital feminina. Outro dado, de acordo com o Fundo das Nações para a Infância, UNICEF, é que a cada ano a MGF é realizada em 3 milhões de meninas e mulheres, não só no continente africano, mas no oriente médio, também, como mostra o mapa da UNICEF com os dados que mais realizam a prática da MGF. (CAMPOS, 2015)

---

[9] Como uma dimensão da prática discursiva, então, os direitos humanos não serviram como um conjunto de abstrações desencarnados impostas de fora, mas como idéias e práticas que foram conectados a pensar sobre as circunstâncias locais. A disponibilidade de uma comunidade _ maior, no entanto, os membros da comunidade encorajados a compartilhar suas novas compreensões com os amigos, familiares e vizinhos. Aprender sobre os direitos humanos e processo democrático reforçou a importância de uma comunidade ofensiva, um valor Africano subjacente, e ajudou os participantes a reconhecer que eles têm o direito de se envolver significativamente em diálogos privados e públicos como eles tomam decisões sobre seu futuro. (tradução nossa)

Ainda, de acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), cinco países aprovaram legislação nacional que criminaliza a prática da MGF. Ocorre que a criminalização é uma via de punitiva encontrada pelo Estado, onde Shell-Duncan (2008, p. 229) alerta sobre este meio escolhido na tentativa de banir a MGF:

> With legislative actions aimed at ending FGC taking increasing prominence, we need to remind ourselves again that this is a social issue that reaches beyond its political ramifications. As such, right to be enforced, granted, recognized, and implemented by the viewing protection from FGC as a state must not de-emphasize or delegitimize approaches recognizing the cultural significance of FGC and the potentially multiple and cascading social effects of ending the practice.[10]

Ou seja, a criminalização da MGF não é uma solução em termos educacionais e ganhos na luta de efetivação dos direitos humanos e autonomia das mulheres, mas o trabalho desenvolvido pela ONG Tostan de empoderar as mulheres para que elas possam elaborar e exercer o próprio juízo de como melhorar suas vidas e da comunidade, apresenta-se como uma prática muito mais humana, efetiva e pedagógica para tratar o problema.

Shell-Duncan (2008, p. 233) também sinaliza a necessidade de a autonomia ser dada as mulheres africanas, uma vez que existem situações graves em que adotar uma estratégia de não-interferências seria tão antiética quanto uma abordagem de imperialismo cultural:

> I find it difficult to deny adult African women the decision-making authority granted to Western women and to support a staunch zero-tolerance platform. At the same time, it is clear that situations exist in which protective measures clearly are warranted and urgently needed and in which a hands off strategy would be equally unethical as a cultural imperialist approach. [11]

Faz-se cabível a acolhida das palavras do Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Moon, em artigo, "Do Teto de Vidro ao Tapete de Cacos", publicado no jornal "Folha de São Paulo" no dia 8 de março deste ano, onde ele assevera que para acabar com a MGF, a única alternativa é capacitar as mulheres como agentes da mudança, possibilitando, assim, que tal prática possa ser abolida:

> Bebês do sexo feminino são vítimas de mutilação genital. Meninas são atacadas em seu caminho para a escola. Os corpos das mulheres frequentemente servem de campos de batalha nas guerras. Só podemos resolver esses problemas por meio da capacitação das mulheres como agentes de mudança. (KI-MOON, 2016)

Assim, nota-se que os direitos que se chocam, no caso da MGF, permeiam a discussão entre a manutenção da prática cultural de mutilação genital em contraponto com o direito à saúde, direito a dignidade da mulher e o direito a inviolabilidade do corpo humano.

---

[10] Com medidas legislativas destinadas a pôr termo FGC, com crescente proeminência, precisamos nos lembrar novamente que isto é uma questão social que atinge STI para além ramificações políticas. Como tal, a visualização proteção contra FGC como um direito a ser aplicado, concedido, reconhecido e executado pelo Estado não deve retirar a ênfase ou deslegitimar abordagens que reconhecem Cultural o significado do FGC e os efeitos sociais potencialmente múltiplas e em cascata de acabar com a prática. (tradução nossa)

[11] Eu acho difícil negar às mulheres africanas adultas a autoridade de decisão concedida à mulheres ocidentais e apoiar a ideia de tolerância zero. Ao mesmo tempo, é claro que existem situações em que medidas de proteção que são garantidas e ,urgentemente necessitadas, e em que uma estratégia de hands-off seria antiético como uma abordagem cultural imperialista.(tradução nossa)

É evidente que, por mais cultural que seja a prática da MGF, os direitos à saúde, à dignidade e à inviolabilidade do corpo humano são amplamente desrespeitados. Contudo, para que haja uma mudança construtiva e que a própria mulher entenda outros padrões relacionados à saúde e à dignidade, somente através de uma mudança interna – onde as mulheres possam ser as protagonistas e a discussão a todos possa atingir – é que possível ver avanços pra que se elimine a prática da MGF.

Com isto, há um paradoxo vasto para se dialogar envolvendo a questão da prática cultural do infanticídio, principalmente no que concerne ao empoderamento e protagonismo das mulheres indígenas. Como a responsável pela tarefa de gestar e trazer novos seres humanos ao mundo é a mulher, a decisão de que esta nova vida gerada será cuidada pela mãe e aceita pela comunidade, necessita de autonomia da mulher indígena e da comunidade indígena, seja em novos paradigmas de educação, seja de ambientalização e socialização.

Cumpre, ainda, acrescer que tanto o exemplo de proibição do uso véu islâmico integral na França e em outros países da Europa, quanto o caso análogo ao "infanticídio" de mutilação genital feminina apresentam-se como ricas fontes de estudos, haja vista tratarem-se de minorias étnicas alijadas historicamente, onde suas práticas culturais trazem colisão com Direitos Humanos de caráter universalistas impostos a estes povos, oprimidos historicamente, de modo hegemônico, fundamentalista e etnocêntrico.

Tais exemplos se aliam ao "infanticídio" indígena, na perspectiva de um diálogo para o trato de suas emblemáticas impostas, já que todas as situações tem como protagonistas individuais as mulheres, e a coletividade que é comunidade discriminada e excluída culturalmente.

Dado isto, para que a imposição dos Direitos Humanos não seja ressignificada, os exemplos trazidos, mostram que a autonomia e o empoderamento das mulheres podem ser o início de novas perspectivas no diálogo das práticas culturais. Para tanto, as lições feministas se mostram de grande valia para a tratativa do que se pretende dialogar.

Perpassadas estas contribuições feministas para o diálogo da prática cultural do "infanticídio" indígena, desloca-se para o último ponto a ser tratado, o dos Direitos Humanos. Este pormenorizará os direitos contrapostos no "infanticídio" indígena, agregando os elementos outrora trazidos ao longo do texto.

4.3 O Diálogo com os Direitos Humanos

Boaventura de Souza Santos ressalta a importância de que "não esqueçamos que sob a capa dos valores universais autorizados pela razão foi de facto imposta a razão de uma 'raça' de um sexo e de uma classe social". (SANTOS, 2002, p. 30)

Para dar início a proposta de diálogo com os Direitos Humanos, a premissa das imposições hegemônicas deve ser desconsiderada, mas nunca esquecida sob os seus trágicos efeitos, uma vez que:

> A questão é, pois: como realizar um diálogo multicultural quando algumas culturas foram reduzidas ao silêncio e as formas de ver e conhecer o mundo se tornaram impronunciáveis? Por outras palavras, como fazer falar o silêncio sem que ele fale necessariamente a linguagem hegemónica que o pretende fazer falar? Estas perguntas constituem um grande desafio ao diálogo multicultural. Os silêncios, as necessidades e as aspirações impronunciáveis só são captáveis por uma sociologia das ausências que proceda pela comparação entre os discursos disponíveis, hegemônicos e contra-hegemónicos, e pela análise das hierarquias entre eles e dos vazios que tais

> hierarquias entre eles e dos vazios que tais hierarquias produzem. O silêncio é, pois, uma construção que se afirma como sintoma de um bloqueio, de uma potencialidade que não pode ser desenvolvida. (SANTOS, 2002, p. 30)

Ou seja, Boaventura de Souza Santos traz questionamentos sobre o desafio do diálogo multicultural, pois se está a tratar de povos excluídos dos ditames civilizacionais, conduzidos ao extermínio pela dominação civilizatória imposta historicamente.

Pontua ainda o autor que, para a superação deste alijamento, faz-se necessário que as conduzentes de exclusão do grupo étnico sejam tidas por uma sociologia imbuída a captar o impronunciável dentro dos discursos do opressor para com o oprimido. (SANTOS, 2002, p.32)

Igualmente, para o estudo aqui proposto as palavras supraexpostas de Boaventura de Souza Santos constituem um escopo norteador dos povos indígenas que são excluídos e exterminados de forma tanto física, quanto culturalmente dos padrões sociais. Como meio de condução de um diálogo para estes povos, primeiramente, sua voz necessita ser devolvida, já que o seu silêncio, historicamente perpetrado, culmina no gradual genocídio imposto.

Tem-se que os direitos humanos podem assumir muitas facetas, principalmente no mundo capitalista e globalizado em que a nossa civilização se encontra. Uma destas faces pode ser a universalista, como imposição de uma cultura, cor, gênero, um jeito de se viver e ser. Outro rosto, bem distinto, que os direitos humanos podem ter, é o humanitário.

Pode até parecer redundante – direitos humanos humanitários –, razão pela qual cumpre explicar. Os direitos humanos, ao aderirem a um viés humanitário, rechaçam a via universalizante, que acaba por desconsiderar os próprios seres humanos. Cada ser humano é diferente do outro. Redundar ou universalizar a humanidade é o mesmo que oprimi-la, tornar a todos como as mesmas peças da engrenagem mecânica do capital.

Já, na perspectiva humanitária, denota-se ir além. Cumprir a sutil tarefa de reconhecer seres humanos como seres humanos, e não como peças capitalistas ou como meros pedaços de carne. Ver cada ser, cada etnia, cada cultura, cada grupo, com as suas peculiaridades, boas ou más.

Mas que tal visão não sirva de escopo para opressões, dominações ou intolerância de gênero. Somos todos diferentes, mas o respeito não deve ter fronteiras, pois não é cor, o gênero, o capital, a origem que delimitam o tratamento que deve ser dado a cada um, mas sim a humanidade.

Humanidade é algo a ser tecido neste trabalho. Humanidade que por interesse até hoje se intenta em retirar dos povos indígenas sua autonomia, desde os tempos do início da dominação civilizatória, trazendo a imagem do índio com a de um animal, e hoje no seu gradual extermínio.

Com isto, a prática do infanticídio indígena traz uma questão limite no seio multicultural, vez que, por um lado há a tensão do direito coletivo da comunidade indígena à prática cultural do infanticídio indígena. Já, em outra senda, há o direito individual, da criança indígena, ao direito à vida.

Ambos os direitos se mostram incompatíveis, porque um vai matar e outro vai deixar de viver. Ocorre que, como já demonstrado, as populações indígenas possuem concepções distintas do significado de ter um indivíduo como membro pertencente ao seu grupo ou comunidade.

A realidade cultural de cada uma das mais de duzentas comunidades indígenas espalhadas de norte a sul pelo Brasil são distintas entre si, e mais a dicotomia, ainda, da realidade que o homem "branco" criou em sua cultura, dita, civilizada.

Os povos indígenas foram e seguem sendo vertiginosamente exterminados pela dominação civilizatória. Para estes, a cultura dos "caras pálidas" disse que tudo o que lhes pertencia

culturalmente não era bem visto por eles, e deveriam mudar. Já, a sua terra foi lhes tirada à força, e o que sobrou, continua sendo reduzido cada vez mais.

Feitas estas considerações, impor-lhes que o direito à vida é o que deve prevalecer e ponto final. Isso significa sujeitá-los aos nossos padrões morais e éticos, dos quais os seus muito se diferenciam. Significa, também, impor-lhes outra forma de dominação civilizatória, com o intuito de exterminá-los.

Mas o infanticídio indígena, em resumo não significa matar as crianças recém-nascidas, então não haveria mais uma forma interna de redução populacional?

Bem, esta é uma pergunta que para ter uma resposta mais concreta, necessitaria de pesquisas que vão além deste artigo. Entretanto, diariamente os indígenas são desconsiderados, são invisibilizados, mendigam nas grandes cidades, são assassinados por pistoleiros no norte do país, suicidam-se por não ver perspectivas em suas vidas em função do domínio civilizatório.

Ou seja, a prática do infanticídio, por mais que seja cultural, é uma prática de morte, e com ela, sim, tem a perspectiva individual e a violação do direito fundamental do indivíduo ao direito à vida. Todavia, como ponderado no parágrafo anterior, não é a única prática que fere direitos individuais, e, bem pelo contrário, muito distante de causar um genocídio humano e cultural. Talvez a imposição desmedida do bem maior à vida, isto sim possa significar um genocídio cultural, como os listados no parágrafo anterior.

Entretanto, pode-se afirmar que um diálogo, neste cenário, poderia ser possível se as mulheres indígenas tivessem o direito a sua autonomia conferido; as comunidades indígenas fossem consideradas com suas peculiaridades sob um viés pluralista jurídico; se políticas públicas em torno da educação indígena atingissem o seu real objetivo, políticas públicas em saúde a fim de conscientização dos avanços da medicina; governos verdadeiramente empenhados à proteger, valorizar e garantir a autonomia dos povos indígenas.

Assim, se uma índia não quiser ter um marido, rechaçar a herança do patriarcado, ela pode ser independente e autônoma e poder criar seus filhos. Se uma índia der a luz a gêmeos, ela vai ter o escopo educacional conscientizador de que hoje, com os avanços da saúde e da cultura ela pode criar seus filhos. Se uma índia tiver filhos que tenham alguma deficiência, que ela tenha o escopo de uma política pública em saúde que garanta às crianças o acesso adequado à que as crianças vão necessitar. Já, se uma índia der à luz a uma criança com mau presságio, no entendimento de sua cultura, que o diálogo das incompletudes culturais já tenha atingido seus objetivos, mas que o respeito prevaleça, levando em conta à autonomia da mulher e o seu empoderamento.

Rechaça-se o viés criminalizador, presente no PL Muwaji, pois criminalizar só demonstra a figura de um Estado desempoderado educacionalmente, quanto ao infanticídio indígena, que perpetua a dominação civilizatória que a ele originou.

Impor uma ordem, sem um diálogo multicultural, sob o escopo do relativismo político, e com os envolvidos sem sua autonomia ou consciência da interlocução pretendida, significa impor uma cultura na outra, onde neste caso, ressignificaria o extermínio da dominação civilizatória.

5 Considerações Finais

Indubitavelmente, cumpre, de antemão, salientar que a profundidade tocante ao tema da prática cultural do “infanticídio” indígena, perpassa o presente trabalho monográfico. Aqui buscou-se um diálogo dos direitos fundamentais envolvidos na discussão do “infanticídio” indígena.

Para tanto, propôs-se, primeiramente, no capítulo inicial, uma tratativa do que de fato a "colonização" do continente americano pelo europeu. Ficando demonstrado, com base nos autores utilizados, os quais há destaque para Dussel e Ribeiro, que o ocorrido fora uma dominação civilizatória imposta aos povos indígenas, culminando no seu extermínio, a qual se ressiginifica em tempos atuais.

A tratativa buscada no primeiro capítulo é de mostrar que o fato de haver um projeto de lei que pretende criminalizar a prática de "infanticídio" indígena, onde se depreende outra das facetas da dominação civilizatória exterminatória, imposta as populações indígenas.

Feito isto, o segundo capítulo objetivou esclarecer do que se tratava a prática de "infanticídio" indígena, bem como o porquê da autora a se filiar para tratar da prática, ao termo "infanticídio". Ainda, neste capítulo, foi apresentado o projeto de lei, que tramita no Congresso Nacional, o qual gera discussões, vez que é um projeto de autoria de um deputado originário da bancada evangélica da Câmara dos Deputados. Há um objeto criminalizador inserido no texto do PL e, de acordo com a audiência pública acolhida pela pesquisa, denotou-se que a participação indígena fora irrelevante em termos de representatividade.

Com isto, destaca-se a dominação civilizatória exterminatória, uma vez que tal proposta de imposição legal se entrelaça aos resquícios sombrios de imposição cultural e negativa de diálogo aos povos indígenas.

Já, no capítulo final, a pesquisa inclinou-se para o viés de diálogo entre os Direitos Humanos envolvidos. Colidem, o direito à liberdade da prática cultural do "infanticídio" indígena – sendo um direito coletivo – com o direito individual à vida.

Para que nesta contraposição de direitos opostos entre si, os seres humanos envolvidos não sejam discriminados, nem deixados à deriva da própria sorte, o trabalho buscou, inicialmente, agregar ao discurso as distintas visões do multiculturalismo.

Dentro do multiculturalismo, baseado nos ensinamentos de Gutmann, a pesquisa demonstrou as visões do universalismo abrangente, relativismo cultural e relativismo político. Em cada uma das distintas faces multiculturais, de acordo com os estudos de Rodrigues, buscou-se enquadrar as diferentes conclusões acerca do "infanticídio" indígena, baseando-se em posicionamentos que alguns estudiosos possuem sobre o tema.

Delineando o fomento de um diálogo humanitário, buscado pela pesquisadora, vê-se como destaque para o relativismo político, uma vez que ele tem o condão de proporcionar uma assimilitude de novos paradigmas culturais, sem que haja a imposição cultural, e a dominação civilizatória freie sua história. Nesta toada, destacou-se a hermenêutica diatópica, de Santos, como eixo para uma possível pesquisa seguinte, haja vista a magnitude do tema.

Após, o trabalho mostrou que o feminismo, onde o empoderamento e autonomia da mulher, pode ser mais uma perspectiva de fomento para o diálogo do "infanticídio" indígena. Em que, a pesquisa trouxe dois exemplos análogos ao "infanticídio" indígena, que foram: a proibição do uso do véu islâmico integral e a mutilação genial feminina.

Com estes dois casos paradigmáticos, revelou-se para o "infanticídio" indígena a ideia de que o empoderamento e autonomia das mães indígenas poderia ser um aspecto relevante na tratativa deste emblema de direitos contrapostos. Neste sentido, o fomento de políticas públicas na área da saúde e educação, como escopo de fomento a autonomia das mulheres e dos povos indígenas, onde, a tentativa de criminalização, demonstrou o viés discriminador do PL, e a ineficácia das garantias igualitárias aos povos indígenas pelo Estado brasileiro.

Por fim, o artigo inovou trazendo, no arremate o diálogo com os Direitos Humanos, a perspectiva de uma visão não universalista dos direitos humanos, mas sim humanitária. Objetivando

o reconhecimento e a valorização do ser humano envolvido no dilema multicultural, onde a ele as ferramentas do diálogo sejam lhe conferidas para que ele seja ouvido e ele possa ser o ente condutor de sua mudança. Entretanto tal conceito, também, necessita de maior aprofundamento, haja vista que foi uma inspiração da autora.

Ou seja, por mais que o tema não se esgote, pela sua magnitude ou pelo deslinde que ainda será conferido ao PL, bem como a necessidade de pesquisas que perpassam os caminhos deste artigo se mostrar evidente, tem-se que na perspectiva objetivada pela pesquisa houve positividade nas escolhas desenvolvidas.

O resultado das pesquisas sobre a dominação civilizatória exterminatória culminaram em ponto chave que interligou todo o trabalho, demonstrando que tal desafio permanece vivo na sociedade, mas que ele pode superado. Tal superação, da dominação civilizatória exterminatória, para o "infanticídio" indígena, pode ser no diálogo multicultural, feminista e humanitário, que os direitos em colisão possam vir a tecer.

Ainda, no tocante a hipótese arguida no projeto de pesquisa, onde a preservação das práticas culturais indígenas, através de mecanismo de manutenção da identidade étnica das remanescentes tribos indígenas brasileiras e aumento de gradativo dessas populações, por meio da valorização, poderia significar a consolidação e afirmação dos direitos humanos, sob escopo protecionista, garantido a todos os seres humanos o pleno desenvolvimento e equilíbrio com o meio social e cultural. Tem-se que, como os órgãos oficiais não possuem dados sobre o "infanticídio" indígena, tal hipótese teve de momentaneamente ser abandonada. Contudo, ela é válida, desde que se haja o respaldo e interesse dos órgãos ligados as populações indígenas, ou seja, nada impede que em futura pesquisa ela possa ser reconsiderada.

Assim, dadas estas considerações, fica demonstrado que o diálogo dos Direitos Humanos pode ocorrer, sem maiores prejuízos culturais e humanos, desde que haja protagonismo da mãe indígena, da comunidade indígena e do Estado, não podendo este ser o criminalizador, nem perpetuador da dominação civilizatória exterminatória.

Referências

ADINOLFI, Valéria Trigueiro. *Enfrentando o infanticídio*: bioética, direitos humanos e qualidade de vida das crianças indígenas. Disponível em: <http://www.redemaosdadas.org/wp-content/uploads/2014/02/enfrentando_infanticidio-valeria_trigueiro.pdf>. Acesso em 30 abr. 2016.

ANDRADE, Fernando Teixeira. *O MEDO* - O Maior Gigante da Alma. Disponível em: <http://biucsproject.org/blog/preconceito/o-medo/>. Acesso em 14 abr. 2016.

BARRETO, Maíra de Paula. Os direitos humanos e a liberdade cultural. *Revista Antropos*. V. 1, ano 1, p. 75-88, Nov. 2007. Disponível em: <http://revista.antropos.com.br/v3/downloads/Os%20Direitos%20Humanos%20e%20a%20Liberdade%20Cultural%20-%20Ma%EDra%20de%20Paula%20Barreto.pdf>. Acesso em 6 jun. 2016.

BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em 05 mai. 2016.

_____. Decreto nº 5.51, de 19 de abril de 2009. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. In *Diário Oficial da União***.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 30 mar. 2016.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. In *Diário Oficial da União.* Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 03 mai. 2016.

BELLINGER, Carolina. Convenção 169 da OIT: o descaso brasileiro. *Instituto Humanitas Unisinos*, [s.l], 14 ago. 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/512272-convencao-169-da-oit-o-descaso-brasileiro-entrevista-especial-com-carolina-bellinger>. Acesso em 13 jun. 2016.

CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. *"Infanticídio" indígena*: um dilema entre a travessia e o permanecer à margem de si mesmo. 2011, 111 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Câmara aprova projeto que prevê combate ao infanticídio em áreas indígenas.* 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/494777- CAMARA-APROVA-PROJETO- QUE-PREVE- COMBATE-AO- INFANTICIDIO-EM- AREAS-INDIGENAS.html>. Acesso em 15 abr. 2016.

_____. *Ata da Audiência Pública n. 2096/2005.* Esclarecimento sobre denúncia de retirada não autorizada de crianças de aldeia indígena. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/textoHTML.asp?etapa=11&nuSessao=2096/05&nuQuarto=0&nuOrador=0&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=14:30&sgFaseSessao=&Data=14/12/2005&txApelido=INTEGRA%C3%87%C3%83O%20NACIONAL,%20DESENV.%20REGIONAL%20E%20AMAZ%C3%94NIA&txFaseSessao=Audi%C3%AAncia%20P%C3%BAblica%20Ordin%C3%A1ria&txTipoSessao=&dtHoraQuarto=14:30&txEtapa=>. Acesso em 10 mai. 2016.

_____. *Debatedores justificam infanticídio praticado por índios***.** 2007. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/109378.html>. Acesso em 30 abr. 2016.

_____. *Projeto de Lei nº 1.057/2007*. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5FEBB83958051BB1E363CB4AAF8A8791.proposicoesWeb1?codteor=459157&filename=Tramitacao-PL+1057/2007>. Acesso em 10 mai. 2016.

_____. *Discursos e notas taquigráficas* – 26/08/2015. Disponível em: < http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=240.1.55.O&nuQuarto=132&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=18:22&sgFaseSessao=OD%20%20

%20%20%20%20%20%20&Data=26/08/2015&txApelido=MARCOS%20ROG%C3%89RIO&tx Etapa=Com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final# >. Acesso em 11 mai. 2016.

CAMPOS, Amanda. Todos os anos, três milhões de meninas sofrem mutilação genital no mundo. *iG São Paulo*, 22 abr. 2015. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-04-22/todos-os-anos-tres-milhoes-de-meninas-sofrem-mutilacao-genital-no-mundo.html>. Acesso em 10 jun 2016.

CERQUEIRA, Daniel Torres de. A escravatura negra no Brasil Colônia e o pluralismo jurídico no Quilombo dos Palmares. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS (CDHM). *Projeto de Lei n. 1.057, de 2007***.** <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/587656.pdf>. Acesso em 05 mai. 2016.

_____. Ata da audiência pública n. 1449/07. /debate sobre o infanticídio indígena. Disponível em <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiaoLuV88PNAhWCFZAKHd1JBNoQFgglMAE&url=http%3A%2F%2Fwww2.camara.leg.br%2Fatividade-legislativa%2Fcomissoes%2Fcomissoes-permanentes%2Fcdhm%2Fdocumentos%2Fnotas-taquigraficas%2Fnt05092007.pdf%2Fview&usg=AFQjCNFK7t9qHk1WtUKjQqcFHUd7CsULpQ&sig2=Vn7_jbwzihtpHo5PcN-u8Q&bvm=bv.125596728,d.Y2I>. Acesso em 20 mai. 2016.

_____. *Projeto de Lei n. 1.057, de 2007*. 2011. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0AFC068008DF9D4C2E0F21010AB4D3E1.proposicoesWeb1?codteor=881770&filename=Tramitacao-PL+1057/2007>. Acesso em 05 mai. 2016.

CORTE europeia confirma lei francesa que proíbe burca em locais públicos. *Jornal Folha de São Paulo*, 01 jul. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/07/1479127-corte-europeia-confirma-lei-francesa-que-proibe-burca-em-locais-publicos.shtml>. Acesso em 09 jun. 2016.

DUSSEL, Enrique. *1492:* o encobrimento do outro. Tradução por Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

FEITOSA, Saulo Ferreira. *Pluralismo moral e direito à vida:* apontamentos bioéticos sobre a prática do infanticídio em comunidades indígena no brasil. 2010, 123 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde), Universidade de Brasília, Brasília, 2010. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6639/1/2010_SauloFerreiraFeitosa.pdf>. Acesso em 4 jun. 2016.

GILLESPE, Diane; MELCHING, Molly. The Transformative Power of Democracy and Human Rights in Nonformal Education: The Case of Tostan. *Adult Education Quartely*. p. 477-498, Wahigton, 2010. Disponível em: <http://www.educationinnovations.org/sites/default/files/The%20Transformative%20Power%20of

%20Democracy%20and%20Human%20Rights%20in%20Nonformal%20Education%20-%20The%20Case%20of%20Tostan.pdf>. Acesso em 06 jun. 2016.

GUARANI Resiste. Produção de Leonardo Chagas; Patrick Torres e Pedro Biava. Coletivo ReVira-Lata, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JSSPSltanMs>. Acesso em 03 abr. 2016.

GUTMANN, Amy. The Challenge of Multiculturalism in Political Ethics. *Philosophy and Public Affairs*, [s.l.], v. 22, n. 3, p 171-206, verão 1993. Disponível em: <http://eclass.uoa.gr/modules/document/file.php/PRIMEDU143/Amy%20Gutmann.pdf>. Acesso em 04 jun. 2016.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. *Quem são os humanos dos direitos?* Sobre a criminalização do *infanticídio* indígena. 2008. 157 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social), Universidade de Brasília. Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5515/1/2008_MariannaAssuncaoFigueiredoHolanda.pdf>. Acesso em 30 mar. 2016.

INSTITUTO SÓCIO AMBIENTAL. *Povos Indígenas*. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/no-brasil-atual/quem-sao/povos-indigenas>. Acesso em 12 abr. 2016.

KI-MOON, Ban. Do Teto de Vidro ao Tapete de Cacos. *Jornal Folha de São Paulo*, 8 mar. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/03/1747407-do-teto-de-vidro-a-um-tapete-de-cacos.shtml/>. Acesso em 10 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *OMS anuncia novas recomendações para tratamento da mutilação genital feminina***.** 26 Mai 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-anuncia- novas-recomendacoes- para-tratamento- da-mutilacao-genital- feminina>. Acesso em 10 jun. 2016.

_____. *ONU pede eliminação de 'prática violenta' da mutilação genital feminina até 2030***.** 07 fev. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-pede-eliminacao-de-pratica-violenta-da-mutilacao-genital-feminina-ate-2030/>. Acesso em 11 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE et AL. *Eliminação da Mutilação Genital Feminina:* Declaração conjunta. 2008. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>. Acesso em 11jun. 2016.

QUEBRANDO O SILÊNCIO: Infanticídio em Aldeias Indígenas. Direção de Sandra Terena. 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=V5F9HjSnsmw>. Acesso em 17 mai. 2016.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização:* a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. *Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo* – uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil. 2011. 155 f. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9871/1/2011_GuilhermeScottiRodrigues.pdf>. Acesso 30 mar. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural dos direitos. *Revista de Ciências Sociais*. N. 48, p. 11-32. 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 7 jun. 2016.

_____. *A crítica da razão indolente:* contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SHELL-DUNCAN, Betina. From Health to Human Rights: Female Genital Cutting and the Politics of Intervention. *American Antrophologist.* V. 110, n. 2, p. 225-236, jun. 2008. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/230205609_From_Health_to_Human_Rights_Female_Genital_Cutting_and_the_Politics_of_Intervention>. Acesso em 10 jun. 2016.

SEGATO, Rita Laura. *Que cada pueblo teja los hijos de su historia:* El pluralismo jurídico em diálogo didáctico com legisladores. 2008. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=3594>. Acesso em 01 jun. 2016.

SCHUCK, Elena de Oliveira. *A proibição da burca na França:* reflexões sobre a justiça a partir de uma reflexão feminista. 2013, 32 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000930117&loc=2014&l=a6f2a8e61c52af22>. Acesso em 10 jun. 2016.

VIEIRA, Otávio Dutra. Colonização Portuguesa, catequese jesuítica e Direito Indígena. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Direito e Justiça na América Indígena: da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade Jurídica na América Luso-Hispânica. In: _____. *Direito e Justiça na América Indígena:* da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL E AMBIENTE CONSTITUCIONAL LATINO AMERICANO[12]

Jorge Luis Ribeiro dos Santos
Professor de Direito da Unifesspa (Universidade Federal do Pará).
Doutor em Direitos Humanos pela UFPA,
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS

Resumo:

O presente artigo visa refletir os avanços normativos constitucionais latino-americanos, em cotejo com as perspectivas constitucionais no Brasil em relação aos direitos constitucionais dos povos indígenas. As mudanças no espaço constitucional latino americano são muito significativas e paradigmáticas para os cenários do legislativo, da jurisprudência, da administração e da teoria jurídica tradicional (constitucional) no Brasil. Deste modo destacamos os avanços constitucionais latino-americanos, notadamente nos preceitos que eles extraem da Convenção 169 da OIT, no trato aos povos indígenas. Destes preceitos constitucionais consideramos os aspectos paradigmáticos constitucionais inovadores quanto às categorias de autonomias político-territoriais dos povos indígenas e o trato quanto aos referenciais do direito indígena tradicional.

Palavras chave: direitos tradicionais indígenas. constitucionalismo latino americano. autonomia político-territorial.

1 Introdução

O direito internacional, ainda que hegemonicamente "desconhecido" dos Tribunais e da doutrina tradicional brasileira, embora inserto na nossa ordem constitucional (infraconstitucional ou supra-legal), assim como o direito comparado, podem proporcionar alguns avanços "evitados" ou olvidados, principalmente no que se refere aos povos indígenas, no Brasil. Este trabalho visa refletir sobre algumas mudanças constitucionais de nações latino-americanas no tratamento aos direitos dos povos indígenas os quais podem elucidar parâmetros comparativos reveladores da estagnação normativa no Brasil em relação ao tema. Deste modo destacamos os avanços inscritos em constituições latino-americanas, que nos parecem significativos, notadamente nos preceitos que elas extraem da Convenção 169 da OIT, no trato aos povos indígenas. Tais mudanças no espaço constitucional latino americano, talvez passem ao largo, não só do legislativo brasileiro, da jurisprudência e da administração, mas também da teoria jurídica tradicional (constitucional) no Brasil.

Chivi Vargas (2009) constata que o constitucionalismo tradicional "não teve clareza suficiente para explicar a ruptura com as metrópoles europeias e a continuidade de relações tipicamente coloniais ao longo dos séculos XIX, XX e parte do XXI" (2009, p. 158). Os novos aportes constitucionais mudaram os rumos do constitucionalismo e da organização dos Estados na

[12] O presente trabalho compõe parte de minha Tese de Doutorado defendida em 2013, no Programa de Pós–graduação em Direitos Humanos da UFPA.

América Latina, principalmente mudanças estruturais na consideração aos povos indígenas. O protagonismo indígena é o motor das transformações teóricas, normativas e estruturais fora dos moldes puramente liberais eurocêntricos. Das demandas dos povos indígenas gestou-se o novo constitucionalismo. Para Chivi Vargas (2009), as raízes do novo constitucionalismo

> [E]merge a partir de vertentes clandestinas, porém fortemente reais. O novo direito, que se sustenta no "Plurinacional Comunitário", é o ponto de ruptura com a *regulamentação, a domesticação e o disciplinamento social, e é o ponto de partida da emancipação e da ação rebelde de indivíduos e coletividades* (2009, p. 16) (itálico no original).

Várias constituições latino-americanas inovaram o percurso normativo, nas últimas duas décadas, quanto ao reconhecimento dos direitos indígenas, traduzidos como organizações jurídicas tradicionais com alto grau de autonomia. A causa dos povos indígenas tem pressupostos no direito transnacional por excelência, não só porque os organismos de direito internacional como a ONU e OIT assim os elegeram, mas também porque as lutas dos povos indígenas são também transnacionais. Nas últimas décadas do século passado e limiar deste século o ambiente jurídico dos diversos Estados transformou-se com a introdução de perspectivas normativas descolonizantes, no aspecto constitucional, no direito à diversidade dos povos indígenas, rompendo com paradigmas de assimilação jurídico-cultural e, em alguns casos, com o monismo estatal. Pinto (2008), destaca que

> [u]m dos efeitos da concepção de Estado monocultural sobre os povos indígenas foi a sistemática imposição dos princípios e formas de organização de sua vida social e o controle das suas formas de solução de conflitos. Muitos povos resistiram a estas imposições e internamente mantiveram seus próprios modelos de justiça, chamados de usos e costumes. Dessa forma, o chamado "novo multiculturalismo" na América Latina consiste em processos de reformas constitucionais que buscam reconstituir os Estados como pluriculturais e multiétnicos, reconhecendo, em especial, o direito consuetudinário indígena. O direito consuetudinário foi concebido como um conjunto de normas e práticas legais e estruturas de autoridade utilizadas por grupos indígenas em lugar do direito estatal ou em conjunção com este. (2008, p 03.)

As mudanças foram impressas a partir da Convenção 169 da OIT que alavancou reformas jurídicas no plano constitucional ou infraconstitucional dos Estados nacionais signatários da 169 da OIT. Portanto, vale destacar as reformas constitucionais ocorridas em alguns países latino-americanos no que afeta os direitos dos povos indígenas.

2 Aspectos inovadores dos direitos indígenas na américa Latina

As lutas dos povos da América Latina trazem repercussão no movimento indígena brasileiro ao mesmo tempo em que influencia o conjunto de ideias que buscam promover a defesa dos direitos dos povos indígenas em sua totalidade. Tais ideias podem também influenciar mudanças na ordem legal e jurisprudencial no Brasil. Ademais, a mobilidade física transfronteiriça entre os povos da Pan-Amazônia, por exemplo (assim como da nação Guarani sobre as "fronteiras" da Argentina, Bolívia, Brasil e Paraguai), possibilitam contagiar instâncias comunicativas e a construção de diálogos de povos indígenas que aproximam e comungam experiências, demandas, denúncias e

lutas. Lópes-Garcés (2004) assinala avanços no ordenamento jurídico transfronteiriço colombiano no que se refere aos povos indígenas que habitam tais regiões. A Lei de Fronteiras colombiana, dentre diversas prerrogativas jurídicas garante aos povos indígenas:

> (...) o reconhecimento da múltipla nacionalidade para os povos indígenas que habitam em regiões de fronteiras; o reconhecimento e a participação das autoridades indígenas nos programas, acordos, convênios e tratados internacionais que se efetuem entre diversas instâncias administrativas e que estejam relacionados ao desenvolvimento das áreas fronteiriças. (LÓPES-GARCÉS, 2004, p. 25)

A proximidade territorial e cultural possibilita a mobilidade intercomunicativa dos povos sobre as fronteiras, como acontece com os Guarani cujo território não tem fronteira definida necessariamente nos marcos jurídicos e geográficos não indígenas. O território na concepção Guarani ultrapassa as fronteiras do Brasil, Paraguai, Argentina ou Bolívia. Da mesma forma o povo Tikuna transita tanto pela Amazônia brasileira quanto pela peruana e colombiana. Os povos indígenas da Serra do Divisor e do Alto Juruá, na divisa do Acre com o departamento de Ucayali no Peru, estabelecem relações transfronteiriças, acordos de defesa socioambiental dos respectivos territórios e lutas conjuntas (LÓPES-GARCÉS, 2004).

As alternativas e ferramentas metodológicas indicam que é possível aprender a partir da cosmovisão dos povos tradicionais. Deste modo é perceptível o fortalecimento das lutas comuns, da articulação regional e extra-regional entre os diversos povos dos distintos países latino-americanos. As trocas que os povos indígenas e seus movimentos estabelecem nas, através e entre as fronteiras nacionais possibilitam diálogos intermitentes ou pontuais para, em alguns casos, organizar lutas em manifestos conjuntos que podem resultar em políticas públicas transfronteiriças. Para Repetto (2004), há entre os movimentos indígenas no Brasil e Venezuela, por exemplo, diálogos e trocas de experiências de lutas por direitos e vivência milenar entre os povos habitantes das fronteiras dos dois países, e este fato é comum aos demais povos indígenas que habitam as fronteiras formais com o Brasil.

Os contextos locais quando transcendem fronteiras podem contaminar-se positiva e mutuamente por transformações impingidas na ordem jurídica e política. Todos os povos indígenas das Américas historicamente sofreram (e sofrem) o subjugo colonialista e o poder tutelar do Estado, o que os alijou da participação como sujeitos e coletivos de direitos e como cidadãos do Estado que se impôs sobre os territórios ancestrais. Os movimentos atuais sinalizam para reinvenção da cidadania diferenciada e nativa perante o Estado, pois esta cidadania é constituída também pelos povos indígenas. O que não significa conjecturar a perda da cidadania própria a cada nação originária dentro do Estado, porque o contexto pós-colonial possibilita ampliar a cidadania clássica para que de fato o projeto da cidadania integracionista clássico seja questionado enquanto tratar-se de povos indígenas em relação com os Estado-nação.

O movimento indígena, como um dos principais movimentos sociais da América Latina, sobretudo na Bolívia, Colômbia, Equador, Guatemala, México e Nicarágua, a partir das lutas organizadas, obtiveram nas últimas décadas do século passado e primeira década deste século, reconhecimento enquanto povos diferenciados, e de uma série de direitos nas respectivas Cartas Constitucionais. Em alguns casos como na Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela, os povos indígenas conquistaram voz e voto diferenciados nas Assembleias Constituintes e também assentos nos parlamentos nacionais (VERDUM, 2009).

Situando o processo de constitucionalização das nações latino-americanas, após os movimentos de independência colonial e a fundação dos Estados nacionais republicanos, Ramírez (2009) explica que,

> [n]a conformação dos Estados modernos, a engenharia constitucional na América Latina se inspirou claramente nos princípios da revolução francesa e no processo de gênese da Constituição norte-americana. Essas constituições, que se assentam em direitos de abrangência universal, foram incapazes de abarcar questões como o respeito genuíno pelas diferenças e a preservação da identidade. Assim, elas não puderam proteger direitos específicos que garantam o princípio da igualdade. De modo decisivo, os Estados e as suas constituições necessitavam passar por transformações para responderem às demandas de proteção dos direitos da diversidade de povos existentes nos seus territórios (2009, p.215-216).

Para Souza Filho (2008) o século XIX na América Latina foi marcado

> (...) pela criação de Estados nacionais, alguns majoritariamente indígenas, mas construídos à imagem e semelhança dos antigos colonizadores: Estado único, Direito único, na boa proposta de acabar privilégios e gerar sociedades de iguais, mesmo que para isso tivesse que reprimir de forma violenta e sutil as diferenças culturais, étnicas, raciais, de gênero, Estado ou condição (2008, p. 63).

Nos esforços de correção jurídica as Constituições do Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Venezuela, Bolívia e Colômbia figuram-se como as cartas políticas mais completas e significativas do ponto de vista da abrangência dos direitos indígenas nos mais diversos aspectos: multiculturais, multiétnicos, educacionais, político-organizacionais, da autonomia normativa e territorial, culturais e econômicos próprios, saúde e espiritualidade, inter-relacionamento estatal e de juridicidade indígena, rompendo com a filosofia integracionista da Convenção 107 da OIT de 1957. Em alguns casos ampliando a Convenção 169, no que diz respeito à fundação de Estados plurinacionais por comportar e reconhecer em seu interior as nações indígenas, sem implicar em ruptura com a unidade do Estado, como foi o caso da Bolívia e Equador. Pinto (2008) aduz que:

> [a] década de noventa do século XX foi marcada por muitos conflitos interétnicos e turbulências de fundo cultural, mas também representou o período de maior avanço nas legislações nacionais e internacionais no que tange ao reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos, principalmente se levarmos em consideração as Constituições nacionais da América Latina (2008, p. 6).

Ocorre na América Latina o que alguns autores denominam de "constitucionalismo plurinacional", "constitucionalismo indigenista" ou pluralismo jurídico. Grijalva (2009) define o novo constitucionalismo como:

> [o] constitucionalismo plurinacional é ou deve ser um tipo de constitucionalismo novo, baseado em relações interculturais igualitárias que redefinam e reinterpretem os direitos constitucionais, reestruturando a institucionalidade advinda do Estado nacional. O Estado plurinacional não é ou não deve reduzir-se a uma Constituição que inclua um reconhecimento puramente culturalista, às vezes apenas formal, por parte de um Estado, na verdade instrumentalizado para o domínio de povos com culturas distintas, mas sim um sistema de foros de deliberação intercultural autenticamente democrática (2009, p. 117. Itálico no original).

A concepção reinventada de Estado plurinacional indígena que se constitucionalizou em alguns países latino-americanos difere da tradição liberal de Estado plurinacional, ou de feições europeias como no País Basco (Espanha), na plurinacionalidade na Bélgica, Canadá, Suíça ou das tensões separatista do Tibet e dos curdos, por exemplo. Estes últimos reivindicam mais que autonomia e a soberania no plano internacional. O Estado plurinacional reivindicado pelos povos indígenas é diferente. Sanches sintetiza as diferenças:

> (...) nos países onde as coletividades étnicas oprimidas têm se integrado à economia capitalista e "liberalizado" suas culturas (convertendo-se em comunidades étnicas liberais), o reconhecimento da diversidade étnica compreende basicamente um compromisso com o pluralismo linguístico e cultural. Por isso, não existe um desafio à tradição liberal em si, mas sim o apelo a ela, como um princípio, com vistas a reivindicações próprias. E é por isso que as suas queixas podem ser compatíveis com uma visão liberal da diferença (à maneira, por exemplo, de W. Kymlicka). Em suma, o que se faz, nesse caso, é apelar à perspectiva do Estado "neutro" e puramente "procedimental", que ganhou força em certas versões liberais desenvolvidas no último terço do século XX (Rawls, Dworkin, etc.), agregando um compromisso com o respeito pela pluralidade das visões metafísicas presentes na sociedade. Em contraste, nos países onde as coletividades étnicas oprimidas sustentam formas sociais e culturais não-capitalistas e não-liberais, trazendo-as na base de suas demandas, o reconhecimento da diversidade étnica compreenderia um compromisso muito mais profundo com um pluralismo econômico, jurídico, cultural, linguístico e político. O motivo disso reside precisamente no fato de as reivindicações essenciais dos povos indígenas implicam, sim, em um desafio aberto aos princípios e valores que conformam a tradição liberal. Em suas demandas e lutas, elas incluem o fundamento de uma visão própria, não liberal, daquilo que constitui um ideal de vida (GRIJALVA, 2009, p.82). (Itálico no original).

Portanto, postulam por normativamente "fundar" um novo modo de vida socioeconômico, político e jurídico que é diferente pela ancestral experiência dos povos indígenas. Este modelo apenas não lograva ser legitimado ou reconhecido em inteireza pela clássica concepção do liberalismo político-econômico e jurídico. A difícil aceitação desta forma de pluralismo reinventado talvez se dê porque ainda não se tem "categoria ocidental" ou liberal que o defina, não é comunitarista, muito menos liberal, no sentido tradicional dos termos, não é socialista, nem capitalista. É originária, autóctone e de difícil apreensão, porque variável a cada povo e a cada etnia. Os construtos políticos e jurídico-etnográficos, mesmo que fundamentais para refletir e traduzir tais modelos epistemológicos dos povos indígenas, encontram poucos espaços nos debates jurídico-acadêmicos e político-acadêmicos para ganharem "legitimidade científica". Ainda que tal fato não seja condicionante para a existência deste pluralismo emergente e ressurgente.

Nesta ordem de pluralismo político profundo, que também conjuga-se necessariamente à radicalização do pluralismo jurídico de novas cidadanias ou cidadanias diferenciadas ou ampliadas, a reconfiguração dos Estados plurinacionais são gestadas sob a concepção reinventada de soberania que inclui as diversidades sem romper com a unidade. O Estado plurinacional tem a função descolonizadora e reorganizadora com base na autonomia dos povos indígenas.

Algumas cartas políticas relutam em nominar "povos indígenas", o que denota ainda fobias nacionalistas e visões de soberania unívoca pelo não reconhecimento de diversidades étnicas e culturais internas. Na maioria, as Constituições latino-americanas usam o termo "povos indígenas" de inspiração na Convenção 169 da OIT. Algumas constituições não usam o termo "povos indígenas", como é o caso da Constituição brasileira. Na Carta Constitucional brasileira os povos

indígenas são denominados simplesmente como índios[13]. Mas esta realidade tem mudado no panorama constitucional brasileiro atual, principalmente depois da Convenção 169 da OIT. Talvez tenhamos mais mudanças significativas com as novidades trazidas em ampliações de direitos na DNUDPI[14]. Embora tudo dependa das correlações de forças políticas internas e do poder de mobilizações dos povos indígenas e aliados para continuidade da abertura pluricultural e multiétnica.

Para Souza Filho (2004) os sistemas jurídicos latino-americanos, antes fechados pela tradição eurocêntrica do Estado unitário e homogeneizante se abrem à conformação pluricultural e multiétnica.

> [a] ameaça da hecatombe ambiental promoveu o reencontro dos povos com suas localidades, e grupos organizados de ambientalistas se aliaram às organizações indígenas e indigenistas nas reivindicações coletivas. As novas Constituições surgiram com um forte caráter pluricultural, multiétnico e preservador da biodiversidade. Ao lado do individualismo homogeinizador, reconheceu-se um pluralismo repleto de diversidade social, cultural e natural, numa perspectiva que se pode chamar de socioambiental (2004, p. 72).

Não há dissenso quanto ao fato de que a Convenção 169 inspirou muitas novidades no panorama constitucional latino-americano, nas reformas constitucionais ocorridas em turbulentos processos políticos vividos nestes países nas últimas décadas do século passado e também o revigoramento das emergências capitaneadas pelos movimentos dos povos indígenas, principalmente na década de noventa do século passado. Tem-se hoje, seja em potencial ou concretizado, o que Roldán Xopa (2002) denomina de "mestiçagem jurídica"[15], a partir da análise da realidade mexicana[16]. A normatividade indígena se converte em direito positivo e acata os princípios constitucionais de legalidade, princípios fundamentais e controle de constitucionalidade. "La unidad de lo diverso como resultado final del llamado pluralismo jurídico no sería más que un camino para el neomestizage aludido" (2002, p. 260), revela o autor. Esta forma de mestiçagem ou internormatividade parece ser a característica marcante do cenário normativo-estatal da América Latina hoje e representa mais que "pluralismo", mas "una via de mestizage jurídico" (2002, p.251). No México há a autonomia dos povos indígenas organizados nas unidades administrativas dos pueblos (o que se aproximaria do conceito de municípios no Brasil). Os pueblos com população majoritariamente indígena são pessoas jurídicas públicas regidas por ordens constitucionais, na regulação externa, e por normatividade indígena interna, expressa na livre determinação e gestão da justiça e da administração segundo os modos tradicionais de cada povo.

---

[13] O Chile, embora conte com 10% da população composta por indígenas não inscreveu na Constituição direitos indígenas, contudo a Lei 19.253 reconhece a existência de diversas etnias e comunidades indígenas no país (vide www.iwgia.org/sw38987.asp). O Uruguai também não possui nenhuma menção aos povos indígenas em sua Carta Política.

[14] Declaração das Nações Unidas sobre Povos Indígenas.

[15] Os termos mestiçagem jurídica e mesmo pluralismo jurídico para Roldan Xopa (2002) têm sentido da interjurisdicidade e interlegalidade, não da mestiçagem ou hibridização normativa acrítica do pluralismo liberal conformativo, mas da interlegalidade crítica e sem subordinação reguladora ou de tolerância dominada.

[16] A Constitución do México de 1917 (reformada em 2010), declara no Artigo 2º que o México "tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (…) Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres".

3 O difícil diálogo entre direitos tradicionais indígenas e Estados

Neste tópico é posto o desafio aos intérpretes do direito quanto ao reconhecimento das ordens jurídicas distintas, seja a de fonte tradicional indígena ou a estatal. E aqui fazemos uma distinção didática entre o que entendemos por direitos indígenas (estatais) e direitos tradicionais indígenas:

> Existe o direito estatal para os povos indígenas (exógenos a estes), mas também existe a dimensão endógena, em outros termos, autóctone de direitos indígenas tradicionais. Na percepção da dinâmica de tais categorias, vale dizer da dinâmica do pluralismo jurídico, é esta vertente pluralista que se evidencia o direito indígena tradicional, calcado na ordem plural que pode se inserir na ordem instituída, na síntese da interlegalidade. Entendida a interlegalidade enquanto diálogo e interação entre diferentes matrizes normativas: a indígena tradicional e a estatal (SANTOS, 2013, P. 136).[17]

É preciso ponderar que, ao se defender postulados de direitos tradicionais não codificados não se trata de desprezo aos construtos jurídicos não indígenas. Ao que parece, aproximar decisões mais justas seria a aplicação jurídica estatal considerando a tradução cultural não estatal no invólucro processual para a busca da solução que permita maior conjugação intercultural possível e a intensificação da justiça para as partes e para o enriquecimento mútuo das distintas ordens jurídicas em questão, em se tratando de povos indígenas, diante do judiciário. A abertura para intérpretes distintos e o diálogo intermitente das interlegalidades presentes teriam o condão de afastar o integracionismo jurídico-processual e etnocentrismo jurídico em lides envolvendo povos indígenas.

Os povos indígenas, embora sujeitos de direitos e cidadanias diferenciadas, não estão fora do tempo e do espaço jurídico estatal. Tanto os movimentos indígenas no mundo impulsionaram modificações nas constituições internas como também contribuíram para a reformulação e revisão da concepção integracionista internacional no âmbito da OIT que foi superada pela Convenção 169. A 169 passou então a inspirar as reformas constitucionais no interior dos Estados nacionais latino-americanos. Em países como Nicarágua, Peru, Bolívia, Equador, Colômbia e Paraguai que transpuseram períodos ditatoriais ou de turbulências políticas recentes, as inserções de direitos e garantias aos respectivos povos indígenas caracterizam-se pelo decurso e após a abertura democrática. Desta forma sinalizam que houve protagonismo dos povos indígenas na intensificação

[17] Em outro trabalho sintetizamos três categorias de direitos indígenas (quadro abaixo), para exemplificar (SANTOS, 2013, pg. 136)

Categorias	Caracterização	Dinâmica
Direitos indigenistas (instituídos para os indígenas)	Direitos anteriores à CF/1988, marcados por ideologia assimilacionista/integracionista-desintegracionista	Direitos Constitucionalmente revogados no que contradizem a CF/1988 e Convenção 169 da OIT/2002
Direitos indígenas (instituídos através das demandas dos povos indígenas)	Direitos advindos Pós-constituição de 1988 e pós Convenção 169 da OIT, rompem com o assimilacionismo/integracionismo	Direitos Instituídos a partir da ordem estatal, em movimento de efetividade por demandas dos protagonistas e aliados
Direitos indígenas tradicionais	Direitos ancestrais, construtos jurídicos nativos, originários ou etnodireito	Direitos em movimentos (jurisprudenciais) de efetividade através da interlegalidade, (passíveis de ser instituídos)

dos processos democráticos com a inserção dos princípios da autonomia e autoafirmação calcados na diversidade (diversidade de nações) interna de cada país.

A Revolução sandinista na Nicarágua, por exemplo, enfrentou conflitos étnicos agudos, até reconhecer direitos diferenciados aos povos indígenas. O Estatuto de autonomia dos povos da Costa Atlântica nicaraguense reforçou a percepção de identidade étnica por toda a Nicarágua e desde então novos projetos de autonomia proliferaram por toda a América Central (GRÜNBERG, 2011). Nascia a construção de nova cultura de tolerância no continente que iria mais tarde se difundir, esgotados os regimes ditatoriais, por toda a América Latina.

Sobre as recentes transformações constitucionais na Bolívia, Beltrão e Oliveira (2009) afirmam que a fundação dos Estados americanos, com a ruptura do domínio espanhol nas Américas (exceto o Estado brasileiro), possibilitou a emergência da tradição jurídico-política ancorada nos princípios liberais individualistas do idealismo jusnaturalista. A elite local, branca, de origem espanhola, foi em grande medida a autora do projeto de Estado que negara as diversidades étnicas, os direitos coletivos e impôs valores etnocêntricos comuns. No caso da Bolívia o termo "indígena" fora proibido por decreto na década de setenta do século passado (BELTRÃO e OLIVEIRA, 2009). A negação do direito à autodeterminação identitária explicita a ação jurídica de impor o ideal da nação única.

Em movimento similar ao ocorrido no Equador os movimentos populares bolivianos empreenderam o protagonismo político de transformação das bases normativo-constitucionais do Estado. Gudynas (2009) considera que as reformas políticas no Equador e Bolívia foram as que mais novidades trouxeram para o cenário político da América do Sul. Foram propostas de reformas constitucionais que nascerem com apoio dos movimentos sociais. A Constituição boliviana de 2009 estabelece a base democrática expressa na participação direta (referendos) e representativa comunitária, no âmbito das nações indígenas.

Ao fundar o Estado plurinacional a Bolívia promove a reinvenção do Estado de tradição liberal e suplanta a ideia de homogeneidade da unidade nacional que assenta sobe a hierarquização e/ou ocultamento das etnicidades. Beltrão e Oliveira (2009) afirmam que a relação unilateral e discriminatória do sistema Estado-nação para com as diversidades étnicas sedimenta a ideologia da unicidade nacional para cada Estado e dão legitimidade e validade ao colonialismo político-social mascarado em cidadania e soberania do Estado. Para os autores os Estados modernos criaram o discurso da representação nacional para suplantar hierarquicamente as etnicidades diversas existentes para fortalecer a soberania política e legitimar a unificação territorial e universalizar o *status* da cidadania (BELTRÃO e OLIVEIRA, 2009).

As etnicidades se convertem em nacionalidades na reinvenção política boliviana (BELTRÃO e OLIVEIRA, 2009) onde o Estado unitário social, mas de direito plurinacional e comunitário tem como premissa a existência pré-colonial das nações e povos indígenas originários. Portanto, o direito constitucional os eleva à categoria de povos diferenciados formando nações que possuem o direito ancestral sobre territórios e a livre determinação no marco do Estado. A autodeterminação garante o direito de autonomia, autogoverno, cultura e consolidação das instituições e entidades territoriais. Formam o "povo" boliviano não a homogeneidade social, o nacional, mas as diferentes comunidades urbanas e rurais, as nações e povos indígenas originários campesinos e as comunidades interculturais e afrobolivianas. Este caráter heterogêneo de conformação social garante as manifestações das diferentes cosmovisões dos povos e nações negando a unicidade do monismo estatal liberal (Artigos 1,2,3 e 4 da Constituição da Bolívia).

O sistema judiciário legislativo e governamental estão fundamentados nos princípios da plurinacionalidade[18]. Desta maneira é coerente que o sistema Judiciário tenha como princípios o pluralismo jurídico, a interculturalidade de forma que há independência das instâncias e a igualdade jurídica com autonomia da jurisdição indígena. A jurisdição indígena originária aplica os princípios, valores culturais, normas e procedimentos - segundo os direitos constitucionais – no âmbito territorial indígena e as decisões desta forma não é revista pela jurisdição ordinária.

Quanto à representação política (Art. 222) a Constituição boliviana define que os povos e nações indígenas podem eleger os representantes políticos de acordo como a tradição e a autonomia. A autonomia se expressa no direito de autogoverno como exercício de autodeterminação das nações e dos povos indígenas e das comunidades campesinas (Art. 289). Dada a plurinacionalidade na Bolívia, informa Gudynas (2009), a representação democrática dos povos foi reforçada pelas instâncias de participação política: direta e participativa por meio do referendo e outros mecanismos; representativa e comunitária no âmbito das nações e povos originários.

O desafio do futuro é conformar o Estado Plurinacional com reformas efetivas na configuração sócio-econômica, enquanto isso, resistência teóricas, ideológicas e políticas surgirão, mas a intensificação da cidadania, das conquistas democráticas e reordenamento das relações de poder e reconstrução dos Estados necessitam que levemos mais "a sério a conquista da democracia pela ótica da diversidade" (Beltrão e Oliveira, 2009, p. 10984).

O Equador também é exemplo de Estado onde há rupturas paradigmáticas no cenário constitucional. Com a reforma constitucional empreendida em 1998 e 2008, o Equador construiu, ao lado da Constituição boliviana e mexicana, uma das mais completas construções normativas constitucionais das Américas em relação à amplitude dos direitos e ao reconhecimento dos povos indígenas. Ambas as constituições, boliviana e equatoriana, se construíram a partir de impactos da participação e mobilização popular e incorporam as ideias andinas do "bem viver".

Desde os anos setenta vem ganhando força o movimento andino dos povos indígenas, principalmente no Peru, Bolívia e Equador, cuja filosofia do "bem viver"[19]. O que é inovador na ordem constitucional do Equador, em relação às outras constituições latino-americanas, é o caráter plurinacional com plena autonomia gestora dos povos indígenas os quais constituem nações dentro do Estado[20]. Ela rompe com a tradição do Estado moderno ao admitir não só povos indígenas como

[18]A jurisdição indígena é exercida por autoridades próprias e goza da mesma hierarquia da jurisdição ordinária (Art. 189). É assegurado pela Constituição a participação de "juízes" da jurisdição indígena no Tribunal Constitucional Plurinacional e no Tribunal Supremo de Justiça, eleitos segundo critérios de plurinacionalidade do sufrágio universal (Art. 208).

[19] Huanacuni Mamani (2010) enuncia que viver bem (*sumaquamaña*) para o povo *aymara-quechua* da Bolívia significa viver em harmonia com todas as formas de existência, para o povo *mapuche* do Chile viver bem (*kymemogen*) significa valores de harmonia e equilíbrio com a terra, práticas que também são reverenciados pelo povo *kolla* na Argentina e *maya* da Colômbia.

[20] "Art. 242- El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales. Los distritos metropolitanos autónomos, la provincia de Galápagos y las circunscripciones territoriales indígenas y pluriculturales serán regímenes especiales" e "Art. 257 - En el marco de la organización político administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas, que ejercerán las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos. Las parroquias, cantones o provincias conformados mayoritariamente por comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, afroecuatorianos, montubios o ancestrales podrán adoptar este régimen de administración especial, luego de una consulta aprobada por al menos las dos terceras partes de los votos válidos. Dos o más circunscripciones administradas por gobiernos territoriales indígenas o pluriculturales podrán integrarse y conformar una nueva circunscripción. La ley establecerá las normas de conformación, funcionamiento y competencias de estas circunscripciones".

sujeitos ativos de direitos, como faz o constitucionalismo tradicional pós-Convenção 169 da OIT, a exemplo da Constituição do Brasil, mas também reconhece os povos e as nacionalidades indígenas na conformação do Estado plurinacional. O Estado plurinacional, para Sánches (2009), é marco normativo das lutas reivindicatórias dos movimentos indígenas e nascem no sentido de

> (...) reformular os termos da relação com o Estado-nação pré-existente, de modo que este deixe de ser a representação de uma só identidade nacional (de sua cultura e de seus valores), de modo que as diversas nacionalidades ou os grupos étnicos passem a modelar a vida do Estado, das instituições, dos valores, da política e da economia. Essa é a defesa da transformação do Estado-nação em um sentido pluriétnico ou plurinacional (2009, p.79).

O espaço constitucional brasileiro ainda está longe de conceber esta concepção. No Brasil a gestão das terras indígenas é função da União, juridicamente a proprietária das terras indígenas, embora seja "concedido" aos povos indígenas o seu usufruto. Como se percebe temos a distância entre a autonomia territorial nas duas realidades, a equatoriana maximiza[21], a brasileira é restrita. A Constituição equatoriana institui a justiça indígena autônoma, embora vincule as decisões jus-indígenas à Constituição, assim como qualquer ente da Federação que deve subordinação constitucional por escalonamento hierárquico normativo, o que pode representar um laboratório inestimável para testar a interjuridicidade na prática. O modelo horizontal de judicialidade equatoriano é algo impensável no âmbito jurídico brasileiro nos moldes atuais.

O Judiciário brasileiro ainda tutela, jurídica e administrativamente, os povos indígenas e submete-os ao direito não indígena. De forma geral os processos judiciais e administrativos que envolvem povos indígenas no Brasil, seguem a pura dogmática não indígena, o Estado é alheio à participação do povo indígena, assim como as formas de justiça tradicional destes povos são olvidadas na rotina processual, administrativa e legislativa. Deste modo, tais povos, mesmo que diferenciados e protegidos legalmente quanto às suas formas de vida, cosmologia e cultura, estão a mercê da prática jurídica que lhes é estranha e que incide sobre eles. Falta ao ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento efetivo dos modos de vida, inclusive jurídicos, dos povos indígenas. Embora sejam-lhes garantidos, segundo as normas internacionais (Convenção 169 da OIT), o seu consentimento livre, prévio e informado, diante de quaisquer atos do Estado que venham a lhes afetar os modos de vida.

E na realidade vivenciada por estes povos, hoje no Brasil, é notório que diariamente atos do Estado - sejam administrativos ou legislativos - assim como ações de atores privados (sob a

[21] Art. 57 - Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (…) 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. (…) 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. (…) Art. 60- Los pueblos ancestrales, indígenas, afroequatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación. Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial. (…) Art. 98- Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos.

chancela estatal), ou até mesmo decisões judiciais, transformam, e não raras vezes, degradam os modos tradicionais de vida dos povos indígenas.

4 Direitos tradicionais indígenas na América Latina: entre novos paradigmas normativos e velhos ritos instrumentais dos Estados

Os avanços na ordem legislativa requerem longo caminho para efetividades e concretude da lei, pois, os processos de transformação na ordem normativa não significam necessariamente transposição automática de mudanças para a ordem social, direitos e garantias na ordem formal nem sempre se efetivam facilmente.

Todavia, as expressões paradigmáticas de direitos dos povos indígenas nascidos dos recentes processos de revisão constitucional acenam que o ambiente constitucional latino americano tem se transformado, de modo geral. Alguns Estados latino-americanos explicitam a natureza multiétnica dos povos, poucos se declaram Estados plurinacionais como Equador e Bolívia. Noutros a pluralidade só se depreende por esforço interpretativo, como no caso brasileiro.

Ao não declarar explicitamente a plurietnicidade, não por acaso, o legislador brasileiro prestou favor à continuidade do silenciamento normativo à pluralidade de fato. Daí os esforços interpretativos para buscar sentido nas normas constitucionais e internacionais, dado que as visões hegemônicas não lhes permitem oitiva ou visibilidade. Cartas políticas latino-americanas que se reformaram depois da convenção 167 da OIT e cujos processos políticos interétnicos ganharam efervescência nas últimas décadas do século passado e impuseram visibilidade e demandas por diversidade no espaço político e legislativo, lograram avanços maiores do que a Constituição do Brasil que timidamente inscreveu o pluralismo no preâmbulo e direitos culturais esparsos e minimalistas.

Alguns países fizeram menção à importância dos povos indígenas na constituição da "nação", sem explicitamente declararem o caráter multicultural e pluriétnico dos povos, de formas similares ao Brasil, e outros inscrevem os direitos indígenas na ordem agrária, ou campesina, a exemplo do Panamá e Peru, e não elucidam as especificidades dos povos indígenas prescritas nas orientações internacionais, em especial na Declaração 169 da OIT. Tal fato pode denotar o integracionismo normativo ainda não corrigido e o assimilacionismo estatal no âmbito normativo, o que consequentemente é efeito ideológico da redução de povos indígenas à lógica do segmento camponês, na falta ou no silenciamento de outra categoria admitida e/ou menos ameaçadora ao poder, ou menos constrangedora ao projeto de "civilização" e progresso do Estado ocidental[22]. Há aqui a tensão entre negação e/ou resistência étnica e, por outro lado, de inserção e/ou negação de "classe". É a tentativa de encobrimento étnico por parte dos construtos normativos de alguns Estados nacionais e a assimilação política e social de povos indígenas com reflexos normativos.

As comunidades e povos indígenas, na Colômbia, como exemplo paradigmático, constituem-se em unidades administrativas e territoriais especiais, com autonomia gestora e com

[22] A Constituição do Peru trata da questão indígena em capítulo do regime agrário, das comunidades campesinas e das denominadas comunidades nativas. O Panamá (população estimada em mais de 10% de indígenas), insere os povos indígenas no capítulo do regime agrário da Constituição (Capítulo 8º.): "El Estado dará atención especial a las comunidades campesinas e indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional" (Art. 124). (...) "La política estabelecida para el desarrollo de este Capítulo será aplicable a las comunidades indígenas de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural".

justiça própria, assim como os povos indígenas mexicanos, equatorianos e bolivianos[23]. Contudo, afirma García Lozano (2009), as reformas sob a prática judiciária de base positivista não efetiva os resultados esperados. Coube então à Corte Constitucional implementar as rupturas jurisprudenciais necessárias para que avanços no campo jurídico ocorressem.

Já no Paraguai o povo *Guarany* vive historicamente reprimido pela voz unívoca do Estado. Embora a Constituição de 1992 tenha reformulado e ampliado os direitos dos povos indígenas e ser relativamente avançada em direitos diferenciados aos povos indígenas no contexto latino-americano. O Capítulo V resguarda os direitos aos povos indígenas. O legislador não hesitou, ao contrário do brasileiro, em literalmente, reconhecer os povos indígenas, como "povos". A nomenclatura é importante como fonte de reconhecimento de povos culturalmente diversos[24], de nações também diversas dentro do país. O texto constitucional ampliou a autonomia dos povos indígenas na constituição da justiça própria, limitação à ingerência judicial do Estado frente aos sistemas jurídicos dos povos indígenas ao garantir a sujeição às normas "consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior" e adiantou que nos "conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena". Outros direitos, como propriedade comunitária das terras, também restaram garantidos (Art. 64) como na Constituição brasileira[25].

5 Para concluir

As alianças entre povos indígenas, a exemplo do povo Guarani, se repetem em outras regiões das Américas. A Carta do II Seminário "Realidad Socio Ambiental de la Triple Frontera Colombia, Brasil y Perú - 2009" (CTI, 2009), revela o novo contexto de unificação de lutas, assim como as alianças do povo Guarani da Bolívia, Brasil, Paraguai e Argentina. Os povos indígenas e populações tradicionais da Amazônia peruana, brasileira e colombiana, também formam redes de resistência e construção de pautas comuns de lutas por direitos. A comunhão de movimentos são exemplos pontuais de espaço construtivo de alternativas políticas conjugadas cujo objetivo foi dar continuidade e aprofundar a articulação e discussão sobre a realidade socioambiental das fronteiras entre Colômbia, Peru e Brasil para enfrentar os problemas que afetam negativamente todos os

[23]Articulo 246.Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Articulo 321. Las provincias se constituyen con municipios o territorios indígenas circunvecinos, pertenecientes a un mismo departamento. Articulo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Articulo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades (…).

[24] Reconhecida a existência dos povos indígenas como grupos de cultura anteriores à formação do Estado, têm a garantia de "preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa" (At. 63).

[25] O III Encontro Continental do Povo Guarani, em Assunção, no Paraguai, de 15 a 19/11/2010, reuniu representantes de diferentes organizações indígenas da Nação Guarani na Argentina, Bolívia, Brasil e Paraguai, e elaborou uma carta com várias reividicações do seu povo dentre as quais a luta pelo espaço territorial próprio ("Yvy maraê'y" ou Terra Sem Mal) que extrapola fronteiras e exige dos governos da Argentina, Bolívia, Brasil e Paraguai o reconhecimento como Nação Guarani e sua condição de Transterritoriais e Transfronteiriços e que por esta razão devem ter os mesmos direitos de saúde, educação e trabalho nos quatro países; dos governos da Argentina, Bolívia, Brasil e Paraguai o reconhecimento constitucional a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção 169 da OIT; a demarcação das terras e territórios Guarani, dentre outras.

povos da região como a pobreza, exclusão, desigualdade econômica, o desemprego e trabalho precário, os sistemas de educação, saúde pública precários, a insegurança e a violência, a inexistência de segurança alimentar e a migração por falta de oportunidades e, por fim, a crescente deteriorização e desequilíbrio ecológico, como informa o Centro e Trabalho Indigenista - CTI (CTI, 2009).

Há impasses no interior das experiências vividas pelos povos indígenas na América Latina. Garcés V. (2009), identifica o caráter processual da construção dos direitos na mobilização social em cujas lutas há a disputa política intensa e inacabada. Aparício Wilhelmi, percebe que "o reconhecimento da pluralidade não se coadunou com a reforma da organização institucional e dos modos também pluralistas de produção jurídica" (2009, p.139). Um dos principais entraves aos avanços na materialização dos direitos indígenas é a barreira do reconhecimento das diferenças. E mais que reconhecer direitos - o que é razoavelmente reconhecido pelas normas da maioria dos países latino-americanos e pelo Brasil - é urgente a luta por outra concepção histórica que rege os direitos indígenas (Martins, 1991).

Adverte Garcés V., em crítica ao multiculturalismo constitucional na Bolívia, que pode ocorrer que no "multiculturalismo neoliberal se formule um plurinacionalismo domesticado, que dispõe sobre o que é estatal e o que é politicamente correto, os temas a tratar, as margens permitidas" (2009, p. 184). Quem garante o multiculturalismo, para o autor, serão as mobilizações populares. Os direitos serão criados na medida das mobilizações sociais, assim como a efetividade e expansão nas práticas sociais também se realizarão mediante tais mobilizações. Para Ramírez (2009), o constitucionalismo latino-americano apresenta, problemas básicos os quais representam desafios a serem enfrentados, como: qualidade operacional das normas constitucionais; executabilidade das sentenças que protegem os direitos; defesa dos direitos constitucionais; linguagem normativa e retórica; vontade popular *versus* pacto entre os povos; instituições não indígenas dominantes no desenho constitucional e a concepção do Estado de Direito. Há a sombra recorrente da efetividade material das normas, porque formalizá-las não basta.

O novo "constitucionalismo indigenista" latino americano, para transformar o paradigma constitucional, deve trasladar para a prática a teoria da Constituição que representa o pacto dos vários povos que compõem o Estado. Neste sentido, as constituições da Bolívia e do Equador apresentam pontos de inflexão na cena política com potencial transformador para reorganizar o poder e construir democracias inclusivas, como afirma Ramírez (2009) a Constituição renovada deve descentralizar o poder nos distintos níveis de governo e evitando, assim, que no âmbito nacional se definam os assuntos mais relevantes com os parâmetros de um único povo.

Como afirmamos em pesquisa anterior:

> os direitos indígenas tradicionais podem ser institucionalizados e se tornarem direitos indígenas na ordem estatal, como parece conduzir as demandas e lutas por reconhecimento de direitos destes povos. São exemplos as reformas constitucionais imprimidas no Equador e Bolívia onde se positivaram, na ordem constitucional, direitos (antes) tradicionais dos povos indígenas, ou seja construtos jurídicos originários foram transportados para a ordem constitucional do Estado, ao mesmo tempo em que abriu-se o leque de reconhecimento de direitos indígenas tradicionais, mas que permanecem na tradição (direitos indígenas tradicionais como tais) (SANTOS, 2013, pg. 136).

Por outro lado, na dialética social dos conflitos jurídicos e políticos – e vivemos isso de maneira intensa e dramática no Brasil e partes da América Latina - poderemos também ter

investidas conservadoras de direitos anti-indígenas e descontitucionalização e deslegitimação dos direitos dos povos indígenas que, não raro, se projetam no âmbito legislativo brasileiro e jurídico brasileiro e latino americano (SANTOS, 2013).

Serão as lutas e contradições postas nos processos históricos das organizações sociais (indígenas e não indígenas) é que vão ditar os ritmos, avanços ou retrocessos na constitucionalidade, legitimidade e efetividade dos direitos tradicionais dos povos indígenas, no aprofundamento e intensificação da democracia diversificada ou por outro lado, a continuidade da mera formalidade democrática congelada no *status quo*.

Referências

APARÍCIO WILHELMI, Marco. Possibilidades e limites do constitucionalismo pluralista In: VERDUM, Ricardo (org.), *Povos indígenas*: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009.p.135-150.

BELTRÃO, Jane Felipe. OLIVEIRA, Assis da Costa. Constitucionalismo multicultural e povos indígenas: outra cidadania é possível? In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. Anais. São Paulo: CONPEDI, 2009.

CTI - CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA, II Seminario "RealidadSocio Ambiental de la Triple Frontera, Colombia, Brasil y Perú - 2009". Disponível em:<http://www.trabalhoindigenista.org.br/isolados/boletim/isolados_boletim_013doc.asp>. Acesso em:02 maio 2011.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (org.*), Povos indígenas*: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: INESC, 2009.p. 151-235.

GARCÉS V. Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavalheiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas*: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: INESC, 2009, p. 168-192.

GARCÍA LOZANO, Luisa Fernanda. A jurisprudência indígena da Corte Constitucional colombiana: Produto de práticas emancipadoras ou adaptativas? In: VERDUM, Ricardo (Org.), *Povos Indígenas:* Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: INESC - Instituto de Estudos socioeconômicos 2009, p. 193-212.

GRIJALVA, Agustín. O Estado plurinacional e intercultural na constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo (org.), *Povos Indígenas*: constituições e reformaspolíticas na América Latina. Brasília: INESC, 2009, p. 113-134.

GRÜNBERG, Georg. *Os índios na América Central e a construção de uma cultura de tolerância.* Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=-XCZDv9abG0C&pg=PA79&lpg=PA79&dq=Os+%C3%ADndios+na+Am%C3%A9rica+central+e

+a+constru%C3%A7%C3%A3o+de+uma+cultura+de+toler%C3%A2ncia&source=bl&ots=YNwDyigQKT&sig=l1I5xQ6opwms7Pp2JTcr6OZtcSk&hl=pt-BR&sa=X&ei=KmFOUeayM8uo0AH-t4GIBw&ved=0CC4Q6AEwAA#v=onepage&q=Os%20%C3%ADndios%20na%20Am%C3%A9rica%20central%20e%20a%20constru%C3%A7%C3%A3o%20de%20uma%20cultura%20de%20toler%C3%A2ncia&f=false>. Acesso em: 28 abr. 2011.

GUDYNAS, Eduardo. Reformas constitucionais na América do Sul: avanços com tensões persistentes. *Revista Democracia Viva,*Rio de Janeiro, n. 41, jan., 2009, p. 72-75. Especial Amazônia.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. Vivirbien / Buenvivir. Filosofía, políticas, estrategias yexperienciasregionales andinas. La Paz: CAOI, 2010.

LÓPEZ-GARCÉS, Claudia Leonor. A questão indígena na Colômbia: movimentos indígenas, políticas indigenistas e conflito armado. In: *REUNIÃO DE ESTUDOS***,** 1., 2004: ascensão de movimentos indigenistas na América do Sul e possíveis reflexos para o Brasil. Brasília: Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2004, p. 5-38.

MARTINS, José de Souza. A chegada do estranho. In: HÉBETTE, Jean (org.). *O cerco está se fechando.* Petrópolis: Vozes ; Belém: NAEA/FASE, 1991.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Direitos Humanos e Povos indígenas: Bases para a Construção de indicadores. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO, 5., 2009, Belém: ANDHEP, 2009.

PINTO, Lúcio Flávio. A caixa preta da geopolítica na Amazônia. In: RICARDO, Fany ; RICARDO, Beto (orgs.). *Povos indígenas do Brasil 2001-2005.* São Paulo: ISA, 2006. p.221- 224.

PINTO, Simone Rodrigues. Multiculturalismo e pluralismo jurídico na América Latina. Brasília: Série Cepac, CEPPAC/UnB, n. 014, 2008. Disponível em http://www.unb.br/ics/ceppac/conteudo/serie/014_pinto_2008.pdf. Acesso em 03/08/09.

RAMÍREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista: as matrizes constitucionais latino-americanas são capazes de garantir os direitos dos povos Indígenas? In: VERDUM, Ricardo (org.). *Povos Indígenas*: Constituições e reformas Políticas na América Latina. Brasília: INESC, 2009.p. 113-134.

REPETTO, Maxim. Ascensão dos movimentos indígenas na América do sul e possíveis reflexos para o Brasil: o caso da Venezuela. In: REUNIÃO DE ESTUDOS: ASCENSÃO DE MOVIMENTOS INDIGENISTAS NA AMÉRICA DO SUL E POSSÍVEIS REFLEXOS PARA O BRASIL, 1., Brasília: Gabinete de Segurança Institucional; Secretaria de Acompanhamento e Estudos Institucionais, 2004, p. 39-62.

ROLDÁN XOPA, José. Município e pueblos indígenas, hacia um mestizaje jurídico. Ed. Jorge Alberto González Galván. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. 249-268. Disponível em:<http://www.bibliojuridica.org.libros.pdf/>. Acesso em: 09 abr. de 2010.

SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados pluriétnicos e plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo (org.), *Povos Indígenas:* constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009, p. 63-90

SANTOS, Jorge Luis Ribeiro dos. Xikrín *versus* Vale: direitos olvidados. Tese de Doutorado, Programa de Pósgraduação em Direitos Humanos – PPGD/UFPA, Belém, 3013.

UNESCO. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.* Rio de Janeiro: UNESCO, 2008. Disponível em:<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2011.

VERDUM, Ricardo (org.). *Povos indígenas*: constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009.

Referencial da legislação

BOLÍVIA. República delBolivia. Constitución de 2009. Disponível em:<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia.html>. Acesso em: 20 dez. 2010.

COLOMBIA. Constitución (1991) Constitución Política de la República de Colombia: Actualizada hasta el Decreto 2576 del 27 de Julio de 2005. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/colombia/col91.html>. Acesso em: 20 dez. 2010.

CONGRESSO DE LA REPUBLICA DEL PERU. Constituición Política de 1993. Disponível em:<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RelatAgenda/constitucion.nsf/constitucion>. Acesso: 02 abr. 2011.
ECUADOR. Constituición de la República delEcuador. Site da Presidencia de La República delEcuador. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.ec/index.php>. Acesso em: 18 nov. 2010.

NICARÁGUA, Asamblea Nacional. Constitución Política de la República de Nicaragua. Disponível em:<www.oas.org.juridico-spanish>.Acesso em: 28 abr. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Disponível em:<http://www.oitbrasil.org.br/node/292>. Acesso em: 12 dez 2011.

PANAMÁ. Constitución (1972) Constitución Política de la República de Panamá. Promulgada em 11 de outubro de 1972. Disponível em:<http://www.organojudicial.gob.pa/contenido/organizacion/normas/constitucion_2004.htm>. Acesso em: 23 jun. 2008.

PARAGUAI. Constitución (1992) República de Paraguay. Constitución Política de 1992. Disponível em:<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>. Acesso em: 10 dez. 2010.

PERU. (Constituición) (1993). Constituición Política del Peru. Disponível em:

<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/RelatAgenda/constitucion.nsf/constitucion>. Acesso em: 02 abr. 2011.

UNESCO. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: UNESCO, 2008. Disponível em:<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2011.



ANAIS

GT DERECHO, ETNOGRÁFIA, VIOLÊNCIA Y ACTORES SOCIALES EN AMÉRICA LATINA.

Coordenadores: Thaís Janaína Wenczenovics (UERGS) e Eduardo de Araujo Rangel.

Canoas, 2017.:

A INVISIBILIDADE FRENTE À IMIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASIL[1]

Ismael, Pereira da Silva
Discente do Curso Superior de Bacharelado em Gestão Ambiental
Universidade Estadual do Rio Grande do Sul.
E-mail: ismaelmatarazzo@gmaill.com

Chirley Fátima Rigon
Bacharel em Direto pela Universidade Regional Integrada
URI Campus Erechim;
Especializanda em Direito Público com Ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Damásio.
E-mail: adm@belaarte.srv.br

Resumo:

As jornadas imigratórias ocorrem de séculos em séculos, firmando e formando ideias, culturas e crenças ao redor do globo. Ao analisar o contexto imigratório no Brasil, depara-se com a crescente ocorrência migratória até o presente ano. Atualmente a migração haitiana é evidente e progressiva em solo brasileiro, sendo predominante no norte do estado do Rio Grande do Sul. Pretende- se analisar e demonstrar os fatores que contribuem no desempenho da imigração, também a sua inserção e adaptação em novas comunidades e culturas, baseado em seu próprio olhar imigrante, nas suas perspectivas e palavras. Averiguar-se-á quais políticas imigratórias e como são conservados e protegidos em seus direitos fundamentais e humanos. O objetivo é analisar e pesquisar a migração haitiana e sua convivência e correlação as questões sociais ao seu redor. A forma cientifica aplicada se realiza por meio de entrevistas de Historia Oral retratando suas experiências e olhares mais expressivos sobre seus medos, anseios e o cotidiano em solo brasileiro.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Haiti. Imigração.

1 Introdução [2]

Os fluxos imigratórios acontecem desde os primórdios da humanidade, dando origem e agregando todos os tipos de valores culturais, de ideias e memórias. A cada passo registrado pelas civilizações foram identificadas migrações, seus motivos e aspectos se justificam em diversas formas como: o abalo econômico pelas crises financeiras de seus países – gerando fome, desemprego, refletindo na moradia e na saúde.

Outro fator expressivo são as guerras e os conflitos entre povos que contribuem

*Orientadora de pesquisa e projeto: WENCZENOVICZ, Thaís Janaina Pós-doutorado em História Instytut Studiów Iberyjskich i Iberoamerykańskich/ UW - Polônia e Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora Adjunta na Universidade Estadual do Rio Grande do Sul.
E-mail: thais.wenczenovicz@uergs.edu.br

[2] O referido estudo é parte do Projeto intitulado INVISÍVEIS E VULNERÁVEIS: Imigração Haitiana no sul do Brasil assentado no CNPq.

significativamente para essas mudanças - as catástrofes ambientais também possuem histórico nessa jornada; terremotos, tsunamis entre outros fenômenos naturais fazem parte do pano de fundo de um quadro impressionista de nossa realidade. Esse contexto reflete ainda hoje na sociedade globalizada.

A interligação dos fatores mencionados para a história brasileira faz do movimento uma contribuição ao que temos por cultura nos dias de hoje, mas ao considerar a forte influência do capitalismo, se fixa a ideia do não original como marca de nossa diversidade.

As influências culturais migrantes em seu amplo sentido já despontavam em território nacional brasileiro pouco antes da declaração de independência do Brasil, (1822) por portugueses ou até mesmo com a chegada de alemães e austríacos em 1824 (COMTIGUIBA, 2014, p.55). O Brasil se estabilizou nesse cenário como mãe de muitos imigrantes - em sua busca pelo ouro minério e capital, até como a fuga de crises sócios-politicas-econômicas dos referidos países.

A cultura nativa existente também foi perdendo espaço devido aos conflitos de seus novos colonizadores, indicando que novos costumes e ideias seriam estabelecidos e disseminados nas novas terras. A imigração colonial se expandiu de forma que: espanhóis, portugueses, holandeses, gregos, sírios, libaneses, armênios, judeus, poloneses dentre outros viessem a migrar, ampliando mais suas razões e as buscas em suas imigrações.

Os motivos socioeconômicos abrangem diversos pontos em uma sociedade que está à mercê de seus acontecimentos, que pode levar ao vislumbre de uma partida pressionada pela situação social, obrigando a buscar recursos por vezes utópicos e/ou prejudiciais, extremos e inacessíveis.

O risco estabelecido em suas travessias desencadearam situações sub-humanas onde: a fome, o clima, o preconceito, as doenças e seu deslocamento por lugares perigosos se sobrepuseram à jornada, afetando sua conclusão. Nos últimos anos uma das mais significativas imigrações no Brasil vem se tornando notória em nossa sociedade, seus aspectos culturais e memória imprimem em nossa sociedade a busca de seu espaço e conservação em meio às suas lutas e sonhos.

A imigração haitiana se estabelece com maior impulso no ano de 2010, quando um terremoto atinge o país, em um grau de 7,3 na escala Hichter devastando 80% da área urbana de Porto Príncipe, capital e centro econômico do Haiti, totalizando mais de 200 mil mortos, deixando mais de um milhão de pessoas sem abrigos e agravando todos os sistemas: educacional, politico, econômico, habitacional e social. Colaborando com o histórico crítico e delicado, o qual precedem na ordem politica e sociológica, considerando o terremoto como apenas um agravamento para condição já estabelecida no país. (CONTIGUIBA, 2014, p.87-89).

Parte de todo o cenário de ausência e supressão social já advinda de ciclos, traz a fuga como real necessidade de salvação para essa população, e faz com que cruzem o oceano em busca de qualquer oportunidade que caracterize uma mudança ainda que ínfima. Portanto, essa forma propicia a submissão aos maus tratos, à desqualificação profissional, a exploração trabalhista entre outras agressões aos direitos, fato constatado no desenvolver do artigo, que tem o objetivo de averiguar a legitimação da dignidade humana, e direitos fundamentais, dos haitianos, fatos que serão expostos por meio da pesquisa e relatos desses próprios indivíduos. Não raro, a luta pela sobrevivência vem se estabelecendo ciclicamente na história do Haiti, de forma que a busca pela mudança desse cenário ou o mínimo de qualidade de vida vem se intensificando em seu registro histórico.

2 O Haiti e sua História

As migrações não provem especificamente de decisões aleatórias de um individuo ou de toda sua comunidade, mas sim de uma gama de fatores que se sobrepõe a essas decisões. Como pano de fundo promovido por questões segregadoras, partidárias e capitalistas, influenciam para que a situação decorrente de ações passadas que refletindo assim nas imigrações atuais.

O território haitiano já possuía sua colônia de nativos Arauques, que em breve seriam submetidos à força da Espanha. Na época de 1492, Cristóvão Colombo chega à ilha na qual atribui o nome de Hispaniola* demarcando parte da posição oriental das terras. Os nativos foram sacrificados como escravos e outros dizimados de sua população original. Em 1697 o tratado de Ryswick garante a parte ocidental da ilha à França colonizando-a e determinando como conhecido hoje por Haiti. (VALLER FILHO, 2007, p.142).



*Figura1: Mapa Físico da região denominada na época Hispaniola – inserção nossa

Entre 1794 a 1804 acontece a revolução Haitiana por sua liberdade, diante da escravidão mantida por franceses. Consagrou-se como primeiro país a abolir a escravatura, elegendo no ano de 1801, Toussaint Louverture, ex-escravo e agora um líder popular na governança do Haiti. O novo envio de forças armadas pelos franceses, a fim de recuperar suas terras que foram legitimadas a forças de armas, trazendo o assassinato de seu líder naquele período. De fato, 1803 foi o ponto final dessa revolução. (SOUSA, 2012 [on-line]).

No ano de 1905 as operações norte-americanas se estabeleceram no Haiti e perduraram por longos 19 anos, estabelecendo novamente a escravidão e usurpando seus recursos e sua mão de obra, extraindo de forma massacrante tudo o que a nação pudesse oferecer, incorporando à força capitalista Americana, como relata LOUIDIR:

Sob o pretexto de desestabilizar o Haiti, os Estados Unidos ocuparam o país caribenho para estender seu imperialismo e o capital estadunidense através da implantação de suas corporações, que se dedicaram principalmente ás indústrias açucareira e bananeiras. A ocupação americana foi acompanhada por grandes expropriações de terras dos campesinos e pela apropriação dos recursos financeiros do Banco Nacional da República do Haiti (BNRH) - (LOUIDIR, 2013, p.19).

A história data o inicio de 1957 como um dos piores e mais movimentados anos em sua politica. O médico François (Papa Doc) Duvalier era eleito à presidência de seu país, instaurando o regime militar e ditatorial, perseguindo seus oponentes. Em 1971 Papa Doc foi assassinado, e seu filho Jean-Claude Duvalier (Baby Doc) assumiu a liderança de seu governo prosseguindo com a mesma tradição e ações de perseguição. Com a intensificação do regime militar os movimentos populares de protesto ganham força, resultando na partida de

Baby Doc para a França (1986). (CERQUEIRA, FRANCISCO, 2017 [on-line]).

Nas décadas seguintes o método de liderar e governar não processou mudanças e como forma de recuperar sua economia desmatou uma grande parte de suas florestas produzindo carvão. A exploração demasiada de seus recursos resultou em uma cadeia de proeminentes desastres ecológicos trazendo novas catástrofes naturais.

A geografia e paisagem local alterada se somavam com a economia do país em declínio. Esses resultados já advindos de uma história de sofrimento trouxeram um considerável agravamento à vida da população haitiana, comprometendo assim, o desenvolvimento em seu amplo sentido. (GOGGIOLA, 2010 p.04 [on-line]).

Devido ao agravamento da situação o país sofreu intervenção pelas forças da Organização das Nações Unidas (ONU), em meio a esses acontecimentos a jornada imigratória se torna uma fuga e escolha para tantos sobreviver em intemperes.

3 Rota de Imigração no Brasil: Obstáculos Remunerados[3]

A trajetória longa e cercada das variadas dificuldades não intimidou a necessidade de mudanças em sua vida. Com base nas entrevistas de Historia Oral, é perceptível que a maioria dos imigrantes fazem o mesmo trajeto do Haiti para o Brasil- seguindo do Haiti (Porto Príncipe) para República Dominicana (Santo Domingo), na sequência Panamá (Cidade do Panamá), Equador (Quito), Peru (Lima) e por fim, Acre (Brasil).

[3] Disponível,em:<http://www.migrante.org.br/index.php/migracao-haitiana2/373-haitianos-no-brasil[3]-dados-estatisticos-informacoes-e-uma-recomendacao> Acesso em: 18/02/2017



Figura 2: Rota Imigratória Haitiana no Brasil
Fonte: Folha de São Paulo, 2014.

A chegada em solo Brasileiro não concluem seus objetivos de imigração, tal viagem continua e se divide pelo Brasil por Mato Grosso, Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Segundo dados do CNIg (Conselho Nacional de Imigração)2 divulgados pela Policia Federal, o Sudeste e Sul do país despontam como o destino mais procurado pelos imigrantes ao sair de Rio Branco (Acre, Brasil).

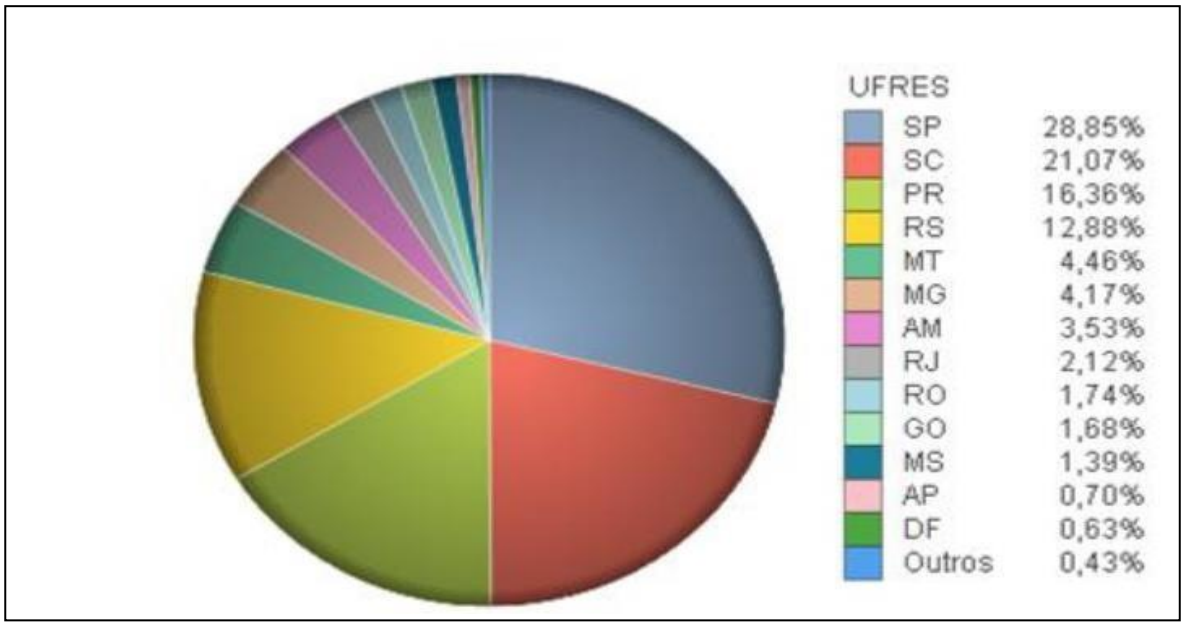


Figura 3 Gráfico – Estados da Federação nos quais os haitianos se registram
Fonte: Policia Federal, Dados Fornecidos pelo CNIg. 2016.

Em consequência dos muitos fatores mencionados, com dificuldades no decorrer da vida do povo haitiano, a pressão para estabelecer a qualidade de vida se intensifica com a chegada à nova terra. As Preocupações com emprego, abrigo e alimentação se tornam essenciais e urgentes – a busca por um serviço remunerado que possa ser suficiente para sobreviver e para alguns que seja suficiente para si e também para sua família anda residente no país de origem.

Diante da pressão sobre os aspectos citados a serem enfrentados, o imigrante opta por diversos tipos de atividades sejam elas exercidas de acordo com a legislação trabalhista brasileira, ou não.

Conforme o art. 17° da Convenção de Genebra (1951) é determinado que todos os refugiados/imigrantes regulamentados na constituição do país incorporem os direitos favoráveis no que diz respeito às atividades laborais remuneradas.

Ao contrário do avanço mundial nesses aspectos, o Brasil ainda caminha paulatinamente, limitando ainda mais as oportunidades raras para imigrantes e/ou refugiados. Desse modo, se estabelece uma diferenciação quanto aos direitos trabalhistas entre os brasileiros natos e os naturalizados, dificultando que os direitos fundamentais possam estar assegurados e efetivados.

Soma-se a isto, a fiscalização irregular que não protege a nível territorial a segurança dos direitos citados.

Muitos são os maus tratos como: o excesso de força braçal, carga horária fora do regimento das leis trabalhistas, condições abusivas em seu ambiente de trabalho, o tratamento ofensivo, a falta da compreensão linguística o que dificulta sua defesa ou entendimento da situação.

Devido à situação imigratória nos pais, pode ocorrer que o empregador se aproveite de seus momentos de fragilidade e vulnerabilidade. Mesmo possuindo nível superior de ensino ou uma qualificação/experiência profissional, os mesmos não são considerados na hora de sua contratação ou busca por uma atividade laboral remunerada.

A pressão gerada nesta condição ressalta as necessidades e a busca aflita por renda que possibilite a sobrevivência. Nesse contexto é possível observar que a luta pela oportunidade digna, aliada à extrema necessidade, favorece as chances da exploração trabalhista e os maus tratos de milhares de imigrantes.

Assim manifesta-se WENCZENOVICZ e SIQUEIRA, a este respeito:

> Ocorre que, por vezes, sob o argumento do poder diretivo do empregador, muitos sócios ou proprietários das corporações extrapolam na direção e nas sanções aos empregados, e isso se deve à grande vulnerabilidade econômica dos empregados, que necessitam permanecer nos empregos para poderem auferir os salários essenciais à manutenção própria e das suas famílias. No caso em exame, trata-se de trabalhadores haitianos imigrantes no Brasil. (WENCZNOVICZ e SIQUEIRA, 2017, p. 416).

Conforme a pesquisa realizada, 25 dos 36 imigrantes entrevistados possuíam ensino médio completo ou grau superior/pós-graduação. Porém, atuam em atividades as quais não exigem tais níveis de formação ou conhecimento.

Dados da Pesquisa Referente à Instrução Educacional - 2015 e 2016

Nacionalidade:

Ganes	Senegalês	Africano	Haitiano
2	5	1	28

Escolaridade

Fundamental	Secundário	Superior	Pós-graduado	NR
11	19	4	2	0

Atua na área de qualificação:

Sim	Não	Nr
0	**28**	**0**

Observa-se que a procura por estabilidade econômica e social fica comprometida quando o direito fundamental na esfera trabalhista se corrompe, impossibilitando a realização de suas expectativas referentes às suas jornadas migratórias. Da mesma forma constata-se que para possuírem direitos iguais requer-se o cumprimento das prerrogativas do Estado Democrático no que se refere à sociedade igualitária e defesa dos direitos sociais.

O direito de igualdade é preservado pela Constituição Federal, na qual apesar das diferenças, é de suma importância inserir o indivíduo a sociedade na qual é participante sem perder a essência de sua construção social e demais aspectos, para que se estabeleça harmonia entre as relações sociais e reflita em um bem comum. Sobre essa forma de igualdade social LUCIANA CAPLAN conceitua:

> Construída, reconhecida e respeitada à identidade de cada sujeito, por si e inserido na coletividade, torna-se possível o estabelecimento de relações igualitárias, obtendo-se, desta maneira, num plano concreto, o que se convencionou chamar de igualdade material. A igualdade formal e seu impacto nas relações sociais. (CAPLAN, 2010 p.4 on-line)

Estabelecer a igualdade ajuda a recriar vínculos aparentemente perdidos por estarem em um país estrangeiro. Entre os depoimentos durante um período de pesquisas se denota a insatisfação em boa parte dos trabalhadores imigrantes, o baixo salário, a carga horária alta ou o serviço pesado, estão entre as características em 100% dos entrevistados.

A grande importância da efetivação dos direitos fundamentais e humanos referentes às leis e as condições trabalhistas, se encontram para que sejam asseguradas e protegidas em sua íntegra. As pesquisas desenvolvidas apresentam uma forma intimista da situação invisível e pouco debatida e/ou abordada.

Situações emergentes por um colapso capitalista que cerca e determina modos de vivência e as relações sociais – no decorrer das situações muitos se veem obrigados ou expurgados de seu convívio familiar ou social para não ser vítima fatal desses resultados anteriormente presenciados ao longo da história.

3.1 Politicas Imigratórias

O direito à igualdade sobre o regime jurídico trabalhista e social necessita estar em consonância com os direitos humanos e fundamentais de forma que interligue sem distinção todos os indivíduos, garantido a vigilância plena principalmente no que dizem respeito às minorias

sociais, as quais dentro desse contexto cita-se como exemplo a população imigratória em nosso país.

A lei 6.815 (1980) assegura os deveres e direitos do imigrante em solo brasileiro-possuindo também o Decreto 86.715 de 1981, conforme o Estatuto do Estrangeiro e o com o capitulo do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade4.No contexto de imigração existem três tipos de imigrantes: a) migrantes não documentados b) migrantes documentados e c) refugiado-asilados. Nessas três formas explica-se: o migrante com documentação possui (de forma exercida/efetivada ou não) dos países, através de seus governos acolhedores à possibilidade de inserção a sociedade e comunidade local com tratamento igual ou regular aos natos, acolhendo como parte do povo nacional em seu país e os beneficiando dos mesmos cuidados.

No que se refere aos migrantes não documentados sugere-se ações que resultem na redução ilegal dessa imigração; proteção dos direitos humanos e básicos, evitar o tráfego internacional e sua exploração, bem como proteger do racismo e xenofobia. (PATARRA, 2005 [on-line]).

A Carta Federal assegura a validade dos direitos fundamentais em todo território nacional - não restringindo o transito livre do migrante pelo território brasileiro. Dessa forma MENDES pontua:

> A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem – princípio que o art. 1º, III da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade (MENDES et al., 2010, p. 350).

Apesar de declarar essa liberdade, sua garantia está vinculada somente às pessoas legalizadas de forma que a proteção de seus direitos dependa de fatores, por vezes inacessíveis, ficando claro que para legitimar é necessário que independa de sua situação cadastral ou de nacionalidade, para que aja a efetivação e proteção de direitos básicos e necessários à pessoa humana em suas mais variadas situações.

O Brasil tem programado sua própria posição politica rejeitando outras normas referidas pelo Direito Internacional – Corte Internacional dos Direitos Humanos, estabelecendo sua forma jurídica e ações que não contribuem, tampouco respeitam de modo integrador as políticas públicas e sociais. Mantem-se assim um compromisso com suas ordens internas contrariando algumas politicas mais beneficiarias aos imigrantes ou/refugiados.

A implantação de politicas sociais e sua fiscalização são de suma importância uma vez que existem diversos fatores que limitam e sufocam a jornada e pós- jornada imigrante. Como exemplo: muitos que ao trazer filhos para o país encontram dificuldade em inseri-los à rede de ensino, por questões diversas contrariando um direito fundamental e básico como a educação. Atuando assim se percebe uma proteção nacionalista que procurar beneficiar aos natos e impedir a naturalização dos imigrantes e sua inserção social seja por meio do trabalho ou estudos.

Outro ponto é a não valorização da qualificação do individuo imigrante – que acaba sendo ignorada por haver proteção individualista e nacionalista que cria competições e segrega outros

[4] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html

indivíduos

Ao invés de capacitar os ditos natos, se tem uma clara preferência por alguém não capacitado, mas conterrâneo, atribuindo barreiras e ignorando desempenhos por conta de rótulos xenofóbicos.

O artigo 107 da Lei 6.815/1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro adverte: "O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: (...) organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar"- contrariando assim a o artigo 5° da Constituição Brasileira de 1988, já citado, que dispõe sobre a manifestação de pensamento, a liberdade das mais variadas formas de expressão, liberdade de associação entre outras nas quais mostra a incompatibilidade com o Estado democrático e resguarda a forma mantida pelo regime militar, na contramão do que preceitua a Carta Magna.

3.2 Xenofobia: O Preconceito Moderno

A lei do imigrante no Brasil (exercida ou não) assegura que os imigrantes possuam os mesmos direitos que os natos brasileiros tanto no registro laboral trabalhista quanto em outros direitos.

O acesso negado a diferentes espaços e a limitação de oportunidades é movido pelas engrenagens do preconceito e xenofobia que leva ao abuso e exploração de classe imigrante.

Mesmo com relatos históricos já mencionados onde o Haiti como primeiro país a abolir a escravatura atribuindo uma força admirável e nobre sobre a situação não se parece suficiente para repercutir atualmente.

Devido às necessidades apresentadas muitos se deixam explorar pelas condições adversas atuais de forma que a falta de oportunidade está interligada ao preconceito racial e xenofobia velada, no entanto, cultivada até hoje.

Os relatos dos depoentes que colaboraram com as entrevistas são unanimes, todos de alguma forma sofreram preconceito ou se sentiram diferentes em alguma situação discriminatória. Conforme pesquisa de campo 95% dos entrevistados trabalham nas mesmas empresas, considerando que a cidade possui um amplo distrito industrial e o comercio local. Percebe-se o quanto o acesso é limitado aos mais variados espaços.

Constata-se a supremacia racial e do preconceito instaurado e manifesto no tratamento ao indivíduo, motivado por elementos diversos como: cor, gênero ou raça. Pode-se identificar essa violação institucional nas relações interpessoais mais próximas, seja na escola, no trabalho ou a qualquer momento na rua, algo tão presente que força a fazer parte da cultura e de suas ações cotidianas.

Tal tratamento cria nos imigrantes algumas barreiras de defesa impedindo ainda mais a sua comunicação seja por medo ou vergonha, limitando o convívio e interação com a sociedade. Atribui-se a essas ações a violência moral bem como psicológica podendo se agravar para a física.

Destinando–se em razão do preconceito e intolerância xenofóbica os cargos de baixa remuneração e os trabalhos mais precários, opções disponibilizadas frente às necessidades. A cada quatro entrevistados, três relatavam algum tipo de racismo.

A depoente Finose Lautoche relata no que se refere ao racismo, qual seria a maior

dificuldade presente. Respondeu: “Sim, aqui tem muito racismo, em Erechim”, ao indaga-la em quais locais ocorriam esse tipo de manifestação, respondeu que com frequência, citando a igreja que frequentava, o local onde trabalhava, dentre outros.

Não é só verbalmente que eles se tornam vitima da injuria racial, ao perguntar sobre o acolhimento do Brasil aos imigrantes, a depoente Stefhanie Toussaint pontua algumas situações já vividas: Eu acho que sim, mas tem algumas pessoas que são racistas, urrum. Só isso (...) quando você senta em algum lugar, eles não veem sentar perto de você. Eles sentam atrás ou longe (...).

Ainda convém colocar que essa prática está intrínseca entre nós e por mais que não convivamos de forma individual diariamente, ela está velada e acompanhada também do etnocentrismo.

O preconceito velado, invisível e sentido pelos imigrantes residentes e participantes de nossa sociedade geram fatores cíclicos de dificuldades e um subterfugio a mais para evitar maiores constrangimentos colaborando assim com a exploração e outras mazelas decorrentes pela ausência de conhecimento acerca de direitos ou compreensão do novo idioma acentuando as dificuldades já exposta.

Nesse sentido WENCZENOVICZ e SIQUEIRA pontuam:

> Essa diferenciação entre trabalhadores nacionais e estrangeiros, atrelada a uma postura, não faz uso de um limite moral na relação laboral entre empregados e empregadores; leva os empregadores a acreditarem que podem se beneficiar da condição de imigrante. Em sua maioria, os imigrantes inicialmente são desconhecedores da legislação protetiva laboral, o que leva a uma verdadeira diminuição do status de sujeito de direitos, e flagrante violação de sua dignidade, que não pode ser tolerada pela sociedade e instâncias governamentais de fiscalização laboral, sob pena de se transformar em conivência com as violações e descumprimento das obrigações constitucionais de proteção e garantia do trabalho digno, incumbentes ao Estado. (WENCZNOVICZ e SIQUEIRA, 2017, p 419

Todas as formas de preconceitos estão ligadas a limitação da visão das diferenças como algo normal e necessário na sociedade, levando o individuo a acreditar ser ou possuir uma cultura mais elevada do que outras, estas se tornam imorais ou absurdas em sua visão.

As expressões racistas, xenofóbicas e etnocentristas apresentadas, segregam e excluem o individuo, limitando a prática social e o seu convívio, de forma que afeta a existência do mesmo e as suas necessidades tantos afetivas quanto materiais. Denota-se que dessas ações resultam marca permanente de violência atingindo aspectos psíquicos, físicos, sentimentais, culturais, paralisando o progredir sociais do ser humano, como também sua integração e seus direitos dentre os mais diversos espaços.

4 Sobre História Oral como Metodologia

A metodologia promovida para pesquisa é em forma de História Oral, método que foi introduzido na década de 1970 no Brasil, criando o Programa de História Oral do CPDOC. Em 1990 se expandiu com a criação de algumas associações: a Associação Brasileira de História Oral (1994) e Associação Internacional de História Oral (1996).

Utilizada hoje pelas mais variada áreas de pesquisa trazendo importantes relatos pessoais oportunizando o estudo amplo e minucioso sobre a vivência, o passado e suas memórias para que

não se percam com o tempo e sejam registrados. Essa metodologia com o tempo vem crescendo por meios de livros, publicações de artigos e revistas consoantes com o tema.

A pesquisa realiza um mínimo de dez entrevistas com os respectivos imigrantes que migraram no Rio Grande do Sul no entre os anos 2010 – 2017. São efetuadas gravações e posteriormente sua transcrição nas formas: a) transcrição integral b) transcrição corrigida ortograficamente, podendo haver uma terceira transcrição, caso o depoente solicite alterações.

Para coletar as informações para a pesquisa é preenchido um formulário com multi

questões: idade, profissão exercida no país de origem, data de imigração entre outras. Para a entrevista oral são entre dez perguntas a doze perguntas reconhecendo a formalidade e o respeito ao limite linguístico e a privacidade do depoente.

Por meio das perguntas o depoente responderá de acordo as suas memórias, sendo padronizadas as perguntas, como também podendo amoldar-se ao decorrer do depoimento.

Sendo assim se estabelece conexão com o depoente para melhor compreensão de sua história e seu passado, como parte dos documentos escritos e à pesquisa serão anexadas fotos dentre outras formas de registro.

A pesquisa realizou até o presente momento trinta e seis entrevistas. Compondo o rol de entrevistas os seguintes imigrantes:

Dados Depoentes 2015, 2016 e 2017.

Nacionalidade:

Ganes	Senegalês	Africano	Haitiano
2	**5**	**1**	**28**

Gênero:

Masculino	Feminino
30	**6**

Idade:

18 até 28 anos	29 até 38 anos	43 anos	Não respondeu
10	**20**	**6**	**0**

Data de chegada ao Brasil:

2011	2013	2014	2015
1	**4**	**22**	**9**

Data de chegada em Erechim:

2014	2015
22	**14**

Trabalha:

Sim	Não	Não respondeu
28	**7**	**1**

*Tabela elaborada pelos autores

Outros dados que compõem a pesquisa: grau de escolaridade, número de filhos (quantos), profissão que exerce atualmente, total da renda mensal, aonde reside, se há planos de continuar no

Brasil, quais são os retratos das dificuldades em meio à imigração, se já sofreu algum tipo de preconceito, quais eram e quais são seus principais objetivos no Brasil.

Depois seguidos os respectivos procedimentos: elaboração de Projeto de Psquisa com o uso de História Oral temática contato formal e apresentação dos procedimentos metodológicos aos depoentes e agendamento da entrevista (local e horário) as entrevistas foram sendo realizadas.

Posterior às entrevistas gravadas por tecnologias digitais e realizadas as transcrições, houve a coleta de assinatura em Carta de Cessão, como também a impressão da entrevista, havendo a socialização dos trabalhos no Curso de Extensão oferecido pela Universidade Estadual do Rio Grande do Sul – Unidade de Erechim de História Oral & Memória.

O conjunto total de 36 questionários preenchidos destaca-se que 06 (seis) pertencem ao gênero feminino e 30 ao gênero masculino. Em suma reafirmam o diálogo sobre a inserção no mercado de trabalho, racismo e falta de oportunidades.

Uma das maiores riquezas dos movimentos migratórios é poder trabalhar e construir a partir das diferenças, de suas diversidades, o objeto comum sem homogeneizar, ao contrário, potencializa a multiplicidade, a diversidade, evitando que se transformem em diversos tipos de desigualdade. Em alguns testemunhos dos depoentes se permite recordar e registrar as novas perspectivas de suas memórias.

4.1 Região em Estudo

O COREDE Norte (Conselho Regional de Desenvolvimento) faz parte dos 24 Conselhos Regionais de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul. Possui uma em uma área de 5.908,5 km², e uma população total de 228.176 habitantes (IBGE/2010) obtendo uma densidade de 36,9 hab./km². Sua força econômica esta ligada a agropecuária e agricultura, se dividindo também na indústria metalmecânica, alimentícia e comércios locais. Em sequência o mapa da região, onde se amplia a área de estudo:



Figura 4- Mapa da localização dos municípios da região do Alto Uruguai/RS.
Fonte- Site Reitoria Uri.

4.2 Erechim: Área de Atuação

Colonizado por imigrantes de várias origens como: polonesa, italiana e alemã, o povoado teve origem em 1908 às margens das estradas de ferro. No mesmo ano, 36 imigrantes europeus e outros vindos das terras de Caxias do Sul/RS, se tornaram pioneiros habitando o local, que viria a ser um Distrito de Passo Fundo. (CASSOL, 1979, p. 13).

Batizada de Erechim o nome de origem Caingangue significa "Campo Pequeno" (NETO, p.21, 1981), esse nome era devido "provavelmente pelos pequenos campos cercados por florestas". Foi no dia 30 de abril de 1918, pelo Decreto nº 2343, da mesma data, que Erechim foi criada, assinado por Borges de Medeiros, então governador do Estado na época.

Sua trajetória nominal começou por Paiol Grande, sucessivamente foi Boa Vista, Boa Vista de Erechim, José Bonifácio e finalmente Erechim. Como diversos povoados, Erechim foi se estabelecendo junto à margem da estrada de ferro, estrada essa que ligava o Rio Grande do Sul até São Paulo.

O crescimento de seu povoado estabeleceu na região uma economia baseada na: agricultura, pecuária, comércio e serviços. Conhecida como a Capital do Trigo, devido à alta produção em sua agricultura. Hoje Erechim é conhecida como a Capital da Amizade.

Município do Estado do Rio Grande do Sul é considerado um centro sub-regional e detém o título da segunda cidade mais populosa do norte do estado, como aponta o IBGE há101.122 (cento e um mil e cento e vinte e dois) habitantes (IBGE, 2012) ficando atrás apenas do município de Passo Fundo/RS. O município na atualidade ocupa o 5º lugar posição do PIB no estado do Rio Grande do Sul.

No ano de 1970, o município passa a se destacar pelas características urbanas e industriais importantes tornando-se um polo industrial da Região. Possuindo característica de cidade acolhedora fez com que na região ocorresse o êxodo rural, atribuindo a esse movimento, o fechamento das escolas do campo, capelas, centros comunitários, comunidades inteiras e construções sócio históricas, degradando as memórias locais.

A vivência cada vez maior em uma sociedade elitista não conseguia suprir as necessidades das pequenas comunidades e seus indivíduos homens, mulheres e jovens que viviam e construíam suas histórias no campo, sendo assim grande parte migrou para o centro urbano para estabelecer moradia, estudos ou trabalho.

5 Considerações Finais

Diante dos aspectos pesquisados pode-se constatar que de forma cíclica, as interferências coloniais de outros países, e suas ações capitalistas e exploratórias impactam negativamente até os dias de hoje no Haiti. Como forma de sobrevivência, e na busca de seus direitos básicos, que por sua vez deveriam ser inegáveis a qualquer individuo independente de sua crença, cor, raça ou gênero, conforme determina a legislação brasileira.

Ao agravar-se essa condição cresce a busca pela imigração e sua reconstrução no que tange a dignidade da pessoa humana. Porém, sem a segurança nesse processo, devido aos imprevistos e dificuldades, sua jornada se torna uma amostra do que virá na sequência, durante o período imigratório o convívio com: a fome, frio, noites de sono em lugares impróprios, a

violência, o preconceito, são alguns relatos de uma jornada com tristes recompensas.

Levando–se em conta os relatos obtidos por meio da metodologia de pesquisa Historia Oral, denotam-se as caraterísticas circunstanciais dos imigrantes haitianos, senegaleses, ganeses e africanos e sua luta para inserção na sociedade, como também nos espaços culturais, acadêmicos e no mercado trabalhista.

O artigo analisa a imigração haitiana acolhida no Brasil, como se difundiu e estabeleceu na região sul do país.

Através dos depoimentos é possível se comprovar o descaso e a invisibilidade que ronda os imigrantes e contribuem com suas condições adversas e maus tratos recebidos, tornando-se marcas permanentes em sua memória. Procura-se relatar também os motivos pelos quais deixam sua nação, como também as motivações pela melhoria de vida para si e suas respectivas famílias.

O movimento migratório faz parte da composição histórica brasileira, pois, colaborou na formação da diversidade étnica e riquezas culturais. Por que renegar esses fatores tão importantes? Isso seria desconsiderar e apagar a história, tradição e memórias já adaptadas em cada região de nosso país.

Difundir o tema por meio da pesquisa torna-se cientificamente um aliado ao resgate e a valorização das ações migratórias, relatadas pela narrativa dos próprios imigrantes que tornam suas memórias e experiências vivas e seguras.

É de suma importância considerar o cidadão estrangeiro parte de nossa sociedade, e incluí-lo como membro ativo e participante de construção social. Ao integrá-lo e promover os vínculos interpessoais contribui-se na garantia de direitos, movimentam-se assim as engrenagens sociais que beneficiam a qualidade de vida em seu coletivo.

A análise dessa perspectiva é indispensável à inserção dos imigrantes no rol social em que vivemos, garantindo-lhes os direitos Fundamentais e Humanos e o cumprimento da legislação Pátria. Exercer um ato humanitário do qual deve-se estar conscientes de que fechar os olhos para a presente situação significa constranger e desvalorizar sua história, sua jornada, lembranças, e a sua cultura, a qual faz parte de nós mesmos, ainda que indiretamente no contexto, mas que nos unem enquanto sociedade.

A condição do imigrante evoca a garantia dos direitos humanos e fundamentais que explicitamente se conectam aos direitos sociais, políticos e culturais. Portanto, deve-se almejar por sua efetivação e combate à desigualdade criada pela má distribuição do capital e sua exploração de recursos acumulando tensões e conflitos.

O direito à dignidade humana rotula as políticas públicas e objetiva a busca pela promoção das condições igualitárias, crescente garantia de oportunidades e pleno desenvolvimento, diminuindo a desigualdade social e o individualismo instaurado.

É importante considerar cada elemento relatado e as vozes migrantes do povo haitiano, criando um panorama crítico da presente situação social de forma que ela venha ser lembrada e compreendida, resguardando seus direitos integralmente.

Conclui-se que a efetividade dos direitos fundamentais e humanos é de extrema seriedade e relevância, pois trata do respeito à vida, assegurando democraticamente para que se faça mais justa e acessível aos imigrantes, em respeito à Lei da Imigração, conferindo-lhes atenção e apoio para superar a vulnerabilidade que se torna multi fatorial em nossa realidade.

Referências

ABDELMALEK, Sayad. *Imigração ou os paradoxos da alteridade* (1998) – São Paulo –

Edusp

ALBERTI, Verena. *Manual de História Oral*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

BARBOSA, Marialva. *Percursos do olhar: comunicação, narrativa e memória.* 1. Ed. Niterói: Eduff, 2007.

BOSI, Ecléa. *Memória e sociedade: lembranças de velhos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

CASSOL, Ernesto. *Histórico de Erechim*. Passo Fundo: SEP/CESE-Instituto Social Padre Berthier. 1979.

COTINBIGUIBA, G.C.; *Imigração Haitiana para o Brasil – A relação entre o trabalho e o processo migratório*. Programa de Pós- Graduação em História e Estudos Culturais- Universidade Estadual de Rondônia – UNIR / Porto Velho – RO. 2014

DUCATTI NETO, Antônio. *O grande Erechim e sua História*. Porto Alegre: EST, 1981.

ESPIUCA, Rodrigo; WENCZENOVICZ, Thaís Janaína. Migrar é direito de todos: identidade, e (i) migrantes e Direitos Trabalhistas no Brasil. In: Luiz Rodolfo de Souza Dantas; Robison Tramontina. (Org.). *Teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade e a dimensão ideal do Direito? Suas conexões*. 1ed. Joaçaba/SC: Editora Unoesc, 2016.

MENDES, Gilmar, Ferreira; *Curso de direito constitucional*. 5. Ed. São Paulo, 2010.

MORIN, Edgar. *Para sair do século XX - As grandes questões do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990. l

NORA, Pierre. *Entre memória e história*: *a problemática dos lugares*. Projeto História, n. 10, dez., 1993.

POZZI, P. Historia oral: repensar la historia. In: NECOECHEA, G.; POZZI, P. *Cuéntame cómo fue introducción a la historia oral*. Buenos Aires: Imago Mundi, 2008.

VIÑAO, Antônio. *Las autobiografias, memórias y diários como fuente histórico- educativa: tipologia y usos*. Revista Teias, Programa de Pós-Graduação em Educação da UER, Rio de Janeiro, n.1, jun., p.82-97, 2000.

WENCZENOVICZ, T.J.; ESPIUCA, R. *O Haiti é aqui: Educação e inclusão dos Imigrantes Haitianos no norte do Rio Grande do Sul* In: Leilane Serratine Grubba. (Org.). *Direitos Humanos e Transnacionalidade.* 1ed: Passo Fundo/RS, 2016, v. 1.

WENCZENOVICZ, T.J.; ESPIUCA, R. *HAITIANOS NO SUL DO BRASIL: REFLEXÕES À LUZ DO MUNDO DO TRABALHO.* Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

Referências Eletrônicas

COGGIOLA, Osvaldo; *Haiti: terremoto, colonização e resistência*, 2010. Disponível em: <http://docplayer.com.br/5179102-Haiti-terremoto-colonizacao-e-resistencia-osvaldo-coggiola.html> Acesso em: 28/11/2016 às 16h05min. [on-line]

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e; *História da América e História do Haiti*, 2017 [on-line]. Disponível em:<http://brasilescola.uol.com.br/historia-da-america/historia-haiti.htm> Acesso em: 22/02/2017 17h45min. [ON-LINE] *Haiti: Da Colonização ao Terremoto*, 2016.
Disponível em: < http://www.guiadacarreira.com.br/educacao/colonizacao-terremoto-haiti> Acesso em 28/10/2016 às 16h01min. [ON-LINE]

PATARRA, L. N; *Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos,significados e políticas.* 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392005000300002 Acesso: 21/02/2017 14h57min.[ON-LINE]

SOUSA,G.R;*Revolução Haitiana*, 2011 ou 2012, Disponível em: <http//www.mundoeducação.bol.uol.com.br/historia-americana/revolução-haitiana.htm> Acesso em 28/11/2016 às 15h35min. [ON-LINE]

RITUALISMO PUNITIVO: POR QUE SERES HUMANOS COLOCAM OUTROS SERES HUMANOS EM JAULAS?

Carlos Eduardo de Araujo Rangel,
Especialista em Direito Penal.
E-mail: delpol.professorcarlosrangel@gmail.com

Resumo:

O presente estudo tem por objetivo analisar o ritualismo punitivo e a condição de aprisionamento e perda da liberdade no contexto jurídico. De forma que se busca verificar o processo de criminalização dos diversos coletivos como solução para os desafios proporcionados por uma estrutura de Estado que não permite a equalização das diferenças econômicas e sociais e menos a inserção de todos os cidadãos dentro da dinâmica social. Assim, adota a solução prisional como meio mais eficiente para se ocupar deste refugo social que flutua ao redor dos demais cidadãos e de suas relações cotidianas. Utiliza-se para este artigo a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: bens jurídicos. seres humanos. ritualismo punitivo.

1 Introdução

O mito de que uma parte da sociedade é violenta é quase tão difundida e arraigada na memória coletiva de sociedades como a brasileira como a falácia de que esses homens e mulheres não têm "salvação". Mais do que um mito é possível apontar-se que faz parte de uma convicção praticamente interna e emotiva, se mostra como uma intuição ou mesmo um instinto básico: são perigosos e não há nada que se possa fazer para mudar isso, apenas resta se proteger contra eles. E esta "proteção" para os cidadãos comuns é feita através de estratégias simples e tenazes (dentro daquilo a que se propõem): ou se elimina ou se encarcera.

A eliminação é levada a cabo por diferentes vias, pela via oficial, através das incursões policiais nas áreas de concentração de exclusão e pobreza ou locais tidos como concentração de níveis elevados de violência e as operações de repressão ao tráfico de entorpecentes, dentre outros - onde o poder de controle social, por meio de seus agentes, instaura o controle da violência.

Não é que se trate de sustentar que nessas comunidades marginalizadas apenas existam pessoas em confronto com a lei, mas a necessidade de proteção contra o "inimigo" é tão profunda que normalmente o restante da sociedade simplesmente prefere não ver as mortes ou danos proporcionados (lamentáveis, ainda que imprescindíveis para manter o controle) àqueles inocentes que se cruzaram na trajetória entre a bala e o inimigo. A verdade é que, na maioria das vezes, nessas circunstâncias, pouca diferença se faz entre um e outro, o importante é saber que o Estado age, que trata de reagir frente ao perigo, que impõe sua expectativa punitiva, e no fim resta apenas a sensação de alívio que existe um a menos para propagar a insegurança nas ruas das cidades.

Por outra parte é importante ressaltar que essa aplicação de caráter penalista de uma lei que deveria ser, e formalmente o é, um Direito Fundamental - segurança, parece ser o resultado de um conjunto de atuações sinergéticas de diversos atores sociais e agentes estatais dirigidas, ainda que

indiretamente, para alcançar o mesmo fim. E isso, também faz parte dos argumentos que se pretende desenvolver nessa análise. O presente estudo divide-se em três partes e utiliza-se de autores centrais Cirino dos Santos, Zaffaroni e Zysman.

2 O Direito Penal na proteção dos bens jurídicos: Um discurso sedutor

A mitologia da proteção aos bens jurídicos mais relevantes de um ordenamento normativo, exaustivamente repassada como mantra aos estudantes e futuros operadores de direito, para além de representar o discurso oficial do direito penal, enquanto um de seus objetivos assim declarados, dissimula uma realidade totalmente distante deste arcabouço teórico.

A expressão política que, em diversos cenários históricos, impulsiona a evolução do Direito Penal desvela uma face sombria e obscura da cultura punitivista, voltada de forma perversa para a realização de um controle social, fruto da constante dicotomia entre grupos dominantes e dominados.

Nesse sentido, esclarece Foucault:

> O direito penal e o sistema de justiça criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social: a pena criminal é o mais rigoroso instrumento de reação oficial contra as violações de ordem social, econômica e política institucionalizada. (FOUCAULT, 1977. p. 244-248)

Em mesma sintonia, Cirino dos Santos :

> A definição dos objetivos reais do Direito Penal permite compreender o significado político desse setor do ordenamento jurídico, como centro da estratégia do controle social nas sociedades contemporâneas. (CIRINO DOS SANTOS, 2012. p.4)

Por essa ótica o Direito Penal passa a operar como um poderoso instrumento de reação estatal, transformando-se numa verdadeira máquina punitiva, tortuosamente voltada para a manutenção de uma estrutura social desigual e altamente fragmentária.

Ao tratar da deslegitimação do sistema penal, observando a mítica deste discurso, Eugenio Zaffaroni :

> Na verdade, sempre soube que o discurso penal latino-americano é falso. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder por todos os sistemas penais. (ZAFFARONI, 2010. p. 14-15)

A exaltação desse falacioso discurso, baseado no Direito Penal como um espectro de proteção aos bens jurídicos de maior relevo no ordenamento, tem nos conduzido a cenários catastróficos, resultando na inevitável ascensão do Estado Penal.

Dentre seus efeitos naturais, a crescente hipertrofia de um aparato legislativo penal, associada a um modelo emergencial como método de abrandamento do clamor social e, por

evidente, baseado num direito penal de autor, constituem provas cabais do desacerto deste discurso, ou mesmo de seu descrédito enquanto suporte epistemológico.

3 Crime e Castigo: Do suplício do corpo ao isolamento do cárcere

Desde a antiguidade ao período absolutista, a acepção simbiótica entre crime e pecado, fruto da desobediência a um comando de justificação divina, une-se à noção de crime como desrespeito a um comando que emana do sangue real, legitimado por sua qualidade de representante da mesma divindade e, por vezes, confundido com sua própria personificação.

No campo penal, a invocação do poder punitivo volta-se sobretudo para a tutela das ordens religiosa e real, enquanto representantes das castas soberanas da estrutura social vigente.

Com precisão, expõe Zysman :

> Las sociedades medievales, estratificadas, permeadas por la religión pero principalmente por una utilización instrumental de ella para la organización social y la persecución penal y política mantuvieron uma completa identificación entre el delito y el pecado. Esto sustentaba en doctrina y jurisprudência una distinción entre crimenes de lesa majestad divina; es decir infracciones a la ley religiosa (blasfemia, sacrilegio, magia, herejía, apostasia o ateísmo) y crimenes de lesa majestad humana (atentados contra la persona del rey, los membros de su família o la seguridade del Estado). (ZYSMAN, 2012. p 46)

Nesse momento histórico, tem-se nítida a finalidade dúplice da pena, a qual, não apenas se concentra no suplício do corpo do delinquente, mas também se dirige à coletividade, conclamada a testemunhar em praça pública o espetáculo de sua execução, glorificando-se, então, a vitória do poder soberano, outrora desafiado pelo próprio condenado.

Assim conclui Vera Malaguti Batista:

> No ritual do suplício, o corpo do condenado é uma peça essencial. O papel da confissão, da tortura, do interrogatório nessa estranha economia em que o ritual que produz a verdade caminha a par com o ritual que impõe a punição. A execução pública faz do condenado o "arauto" de sua própria condenação, a cerimônia punitiva tem que ser aterrorizante. O suplício tem função jurídico-política, é um cerimonial que reconstitui a soberania lesada. A execução pública é muito mais uma demonstração de força do que uma obra de justiça e manifesta o poder sem medidas do soberano. (BATISTA, 2003. p. 49)

E justamente para alcançar esse dualismo, pouco interessava se todos os delitos fossem apenados com a morte, na medida em que a questão central desse ritual concentrava-se em definir de que forma a vida do condenado seria levada a cabo. Outro aspecto de relevo encontrava-se no caráter desmensurado e degradante das penas que, aplicadas em cerimônias públicas, visava tão somente demonstrar a força invencível e suprema do monarca.

Realçando a desumanidade dos castigos medievais, demonstra Rushe :

> [...] podemos leer sobre ejecuciones practicadas com cuchillo, hacha y espada, cabezas golpeadas con maderas o cortadas con arados, gente

> enterrada viva o dejada morrir de hambre, clavos martillados em la cabeza, ojos, hombros y rodillas, estrangulaciones y asfixiamientos, desangramientos e desviceraciones, estiramientos del cuerpo hasta la descuartización, torturas sobre la rueda y con tenazas al rojo vivo, cortes del cuerpo en distintas piezas o aferramientos de él con instrumentos de fierro y madera, quemas em la pira y muchas otras formas de crueldad elaborada. RUSHE, 1984. p.23)

Num outro giro, a análise histórica das penas nos demonstra que uma outra espécie de castigo, a multa pecuniária, também se fazia presente. Em sua natureza residia importante fonte de recursos em distintos lugares da Europa, onde, por exemplo, chega-se a estimar que um oitavo da renda real da Inglaterra até o final do século XVI provinha desta espécie de condenação .

Sobre o tema, aclara Zysman :

> Los nobles podían eximirse de las penas pagando, o dado el supuesto, que el castigo debía ser atenuado teniendo em cuenta la dignidad del acusado, la erudición que poseía, las cicatrices obtenidas em las guerras y los méritos de sus antepassados. (ZYSMAN, 2012. p. 47)

A partir da derrocada dos sistemas políticos antecedentes, o advento de um Estado de Leis, calcado no princípio democrático e, principalmente, no resgate dos direitos humanos, não só foi alardeado como marco de ruptura nas sociedades contemporâneas, como também vem se perpetuando até os dias atuais com essa mesma rotulagem.

Assim pontua Habermas :

> A ideia dos direitos humanos e da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de estados de direito democráticos. Ambos formam as ideias em cuja luz ainda é possível justificar o direito moderno. (HABERMAN, 1997, p. 128-131)

Sob essa nova ordem constituída, o exercício do poder soberano restaria legitimado pela transferência do povo, seu natural titular, ao ente estatal, agora estruturado num modelo democrático e com base em decisões essenciais na ordem política, pautadas sobretudo na tripartição de poderes e no respeito a garantias fundamentais da pessoa humana.

Nesse sentido, acentua Härbele:

> En el Estado Constitucional, el principio organizativo fundamental es la división de poderes, en cual se deriva diretamente, en tal etapa evolutiva del Estado Constitucional, de la garantia de la dignidad humana. Se trata de uma premissa antropológica-cultural, cuya consecuencia organizativa es la democracia. (HABERLE, 2003. p. 169)

Por outro lado, a substituição das penas corporais pelo modelo de encarceramento situa-se longe de ser exclusividade da era moderna, nem tampouco decorre tão somente da revitalização dos direitos humanos com o recrudescimento dos sistemas democráticos.

Mesmo que de forma embrionária, essa diferenciação já se fazia presente desde a alta idade média, onde o cárcere aparece não só como forma de dominação social, mas também intimamente associado aos modelos de produção e à possibilidade de exploração de mão-de-obra durante a execução da pena.

Citando Melosi e Pavarini, nos escritos de Cárcel y Fábrica de Vera Malagutti Batista:

> Já no final do século XVI, com o surgimento do mercantilismo, os métodos punitivos se transformam diante da possibilidade de exploração da mão-de-obra através da pena de prisão. Na Europa, enfatizou-se a distinção entre mendigos aptos e inaptos ao trabalho, distinção que criminalizará o controle social dos habilitados recalcitrantes.(BATISTA, 2003. p 44-45)

Com o passar do tempo, seguiram-se as elaborações teóricas iluministas, os crescentes movimentos contrários às arbitrariedades das penas e o gradual revigoramento dos direitos humanos que, por evidente, somados à redução da necessidade de utilização dessa acessível reserva de mão-de-obra, acabaram por consagrar o modelo prisional de encarceramento como aquele amplamente adotado no mundo ocidental.

4 A gestão diferenciada da criminalidade: encarceramento em massa e a contenção dos indesejáveis

Como bem assevera Lynn Hunt (2009), a (re)invenção dos direitos humanos, como modelo de rechaço às atrocidades do pós-guerra, trouxe a promessa de resgate do centralismo existencial da dignidade da pessoa humana, enquanto núcleo essencial e justificante de seu próprio sistema.

Num primeiro momento, acreditava-se na construção de uma sociedade mais justa e inclusiva. Contudo, como nos alerta Galeano (2008), os séculos XX e XXI, postilhões da valorização conceitual dos discursos de igualdade, liberdade e paz, banharam-se de sangue.

A sociedade contemporânea condena a prática de penas cruéis aplicadas por seus antepassados, com uma justificação teórica baseada no respeito às garantias fundamentais da pessoa humana. Entretanto, mesmo diante dos evidentes avanços obtidos, como por exemplo a vedação da pena capital, positivada na grande maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, os sistemas penitenciários preservam a mesma moldura de outrora, degradante e altamente seletiva.

Despiciendo aqui discorrer sobre as diversas teorias de justificação da pena de prisão, vez que, a priori, cabe pontuar o seguinte questionamento: será que o direito penal e o sistema de justiça criminal preocupam-se efetivamente com a repressão e combate à criminalidade? Ou será que congregam instrumentos de uma gestão diferenciada da criminalidade?

Neste cenário, importa salientar que o verdadeiro problema não reside, como apregoam algumas tendências de viés abolicionistas, na legitimação ou deslegitimação do ato de punir, mas sim numa profunda reflexão acerca de quem são os seres humanos que estamos punindo, de que forma os estamos punindo e qual a real fundamentação dessa punição.

Por essa via, nos parece claro que o ciclo punitivo congrega processos de criminalização baseados na seleção de comportamentos desviantes típicos dos grupos sociais subordinados, a fim de satisfazer a pretensão da parcela dominante, preservando, assim, a sua histórica linhagem hegemônica.

Deste modo, pouco nos distanciamos do medievo, na medida em que a pretensão punitiva, outrora baseada no sentimento de vingança do monarca e legitimada na proteção dos mais "valiosos bens jurídicos" (divindade e realeza), desloca-se para uma (pseudo) necessidade de defesa da sociedade. Nesse contexto, a crescente intervenção penal, bem como os subsequentes arbítrios dela decorrentes, obtém como nova justificação os discursos de lei e ordem, de segurança nacional e de preservação da ordem pública.

O ritualismo penal, seguindo a mesma lógica de outrora, claramente encontra convergência no modelo da construção e perseguição de um inimigo, de um ser indesejável. A sua eleição, fruto de um mecanismo de criminalização baseado na punição de sujeitos pré-selecionados, a partir de comportamentos predeterminados, varia ao sabor das nuances político-econômicas de uma sociedade, mas sempre no sentido de preservar o binômio dominante-dominado.

Introduzido por Nilo Batista , surge aqui o conceito de cidadania negativa, onde o respeito às garantias individuais como forma de refreio à coerção estatal só tem legitimação no aspecto formal. Aqueles, ditos indesejáveis, representantes dos setores sociais mais vulneráveis, hereges e escravos de ontem, transfigurados nos marginalizados e desafortunados de hoje, experimentam o exercício da cidadania às avessas, saboreando toda a sorte de instrumentos repressivos do Direito Penal e do sistema de justiça criminal.

A ferocidade da criminalização primária, marcada pelo excessivo patrimonialismo da legislação codificada, ainda como fruto de nossa herança burguesa-mercantil, contrasta com o abrandamento típico de uma criminalização secundária deficiente, tão presente nos delitos ambientais ou mesmo naqueles contra a ordem econômica e tributária.

Como nos ensina Ferajolli[5] (2009), as atrocidades dos crimes de guerra, as devastações ambientais catastróficas, a fome e a miséria mundial, os prejuízos gerados pelo anarcocapitalismo desregrado, tudo isso é infinitamente mais grave e tormentoso do que qualquer infração prevista na lei penal. Mesmo assim, sobejam imunes aos efeitos da esfera de proteção penal. Observa-se nesse sentido que o modelo proposto por Ferrajoli é, antes de tudo, um compêndio de direitos constitucionais que jamais deveriam ser extintos, pois o seu desaparecimento poria fim ao Estado Democrático de Direito.[6]

Nesse prisma, a cultura imaginária do inimigo, enquanto agente provocador da desordem social, perpetua-se arraigada de tal forma no corpo coletivo que a sua punição representa um momento de conforto social.[7]

Hoje, tal legado faz-se tão presente que a reprovabilidade destes desvios comportamentais e a justificação de sua correlata punição encontram aplausos até mesmo entre os integrantes das classes sociais subalternas que, ao não adotarem condutas delinquentes, reproduzem o ritualismo penal de ódio na forma de contenção dos indesejáveis.

---

[5] Ferrajoli constrói um sistema que atua em três sentidos: o epistemológico, o axiológico e o normativo, apresentando três significados distintos de garantismo, que se conectam entre si. O primeiro significado diz respeito a um modelo normativo de direito, que seria o modelo de estrita legalidade, que atua nos planos epistemológicos, político e jurídico, sob a máxima de minimizar a violência e maximizar a liberdade.

[6] Nesse primeiro sentido, é garantista o sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e o satisfaz efetivamente. O segundo significado diz respeito a uma teoria jurídica, formando uma teoria da divergência na qual deve haver uma aproximação entre norma e realidade. Aqui o foco é a efetividade da norma garantista no plano de sua aplicação. Ferrajoli também aponta que a coerência entre a efetividade e a normatividade no garantismo exige constantemente do julgador o espírito crítico, a dúvida, a incerteza a respeito da validade das leis e de suas aplicações. Por fim, o jurista estabelece como terceiro significado do garantismo uma filosofia política, que designa uma doutrina laica da separação entre o direito e a moral. Nesse sentido, consolida-se a importância da diferenciação do plano externo ou político e um plano interno ou jurídico. O autor alerta para o fato de que um plano externo atrofiado em sua autonomia com relação ao plano interno ou a confusão entre os dois é a raiz da formação das culturas políticas autoritárias. No plano epistemológico, o jurista aponta os dois elementos constitutivos essenciais desse sistema: um relativo à definição legislativa (referente a garantias penais) e outro à comprovação jurisdicional do desvio punível (referente a garantias processual).

[7] No mesmo sentido, Maria Lúcia Karam (KARAM, Maria Lúcia. Expansão do poder punitivo e violação de direitos fundamentais. p. 7): A desautorizada tendência de formulação de tipos genéricos ou vazios é reforçada a partir do desenvolvimento do direito penal econômico, sob o pretexto de que a maior complexidade de condutas e o caráter macro-social dos bens jurídicos tutelados o diferenciariam do direito penal dito ordinário, por isso ali devendo se admitir uma certa flexibilidade na definição das condutas típicas e em outros aspectos do processo de criminalização.

Nesse sentido, impecável a lição de Alessandro Barata:

> "Esse (o caráter simbólico da punição) produz a transferência do mal e da culpa sobre uma minoria estigmatizada, e age como fator de integração da maioria, recompensando os não estigmatizados e convalidando os seus modelos de comportamento".

Desta forma, esse discurso penal de repúdio (direito penal simbólico) transforma-se em consenso no corpo social, criando-se, então, uma matriz ideológica dominante no sentido de que o combate a esse inimigo penal, que ao longo do processo histórico já teve tantas faces, é fundamental para a construção de uma ordem social justa, pacífica e igualitária.

Com efeito, a prisão e o subsequente encarceramento em massa contribuem para a formação de um exército de excluídos, onde o condenado, ao nela ingressar, definitivamente mergulha num ciclo vicioso de estigmatização. Sabe-se que uma prisão pode significar segregação, vingança, ordem, desordem, poder estatal, fraqueza estatal, ressocialização, justiça, perigo etc.

Goffman (1975) define o estigma como uma marca (visível ou não) que torna a pessoa diferente do que a sociedade espera dela. O estigma abre pouca possibilidade à mudança e vem carregado de uma série de ordenamentos/valores de maneira que o indivíduo que o carrega provavelmente sempre o carregará e a sociedade esperará deste indivíduo uma conduta compatível a todos os portadores deste estigma.

Há no Brasil vários estudos sobre estigma, mas todos eles recorrem de alguma forma à Goffman. O conceito já era difundido na Grécia antiga, e tratava-se de marcas (corporais) feitas para a identificação e segregação de ladrões ou escravos. O estudo de Goffman revoluciona por apontar que na sociedade moderna os estigmas não são necessariamente marcas corporais visíveis, podendo ser marcas construídas socialmente.

OMOTE (2004) mostra como se deu esta substituição:

> Se as marcas corporais eram produzidas com a finalidade de sinalizar às pessoas que o seu portador era um ladrão, traidor ou escravo, alguém de status moral inferior, com quem deveria ser evitado qualquer contato mais próximo, evidentemente a sua imediata e inconfundível visibilidade era imprescindível. A marca social que representa hoje o estigma não é visível, mas a manipulação que se faz do estigma e o tratamento especializado dispensado ao estigmatizado podem aumentar a visibilidade da condição especial desse indivíduo. (OMOTE, 2004, p.295)

O tão alardeado fracasso do regime prisional, vez que notórias as críticas quanto à ausência de qualquer impacto na redução da criminalidade, ao mínimo potencial ressocializante e à multiplicação da reincidência, oculta um antigo e não menos torpe objetivo do sistema penal: a segregação e o controle seletivo destes indesejáveis e a criação de um estado de sujeição dos setores vulneráveis, frente aos segmentos sociais dominantes.

Já se foram as guilhotinas, forcas e carrascos, mas o ritual punitivo segue incólume. O degradante encarceramento em massa perpetua a senda dos mesmos personagens, vítimas dos mesmos algozes, indesejáveis condenados a um novo tipo de pena capital: a morte social de uma vida perdida.

5 Considerações finais

Desde o tempo que alguns grupos sócio-políticos apostaram de que ações de encarceramento poderia servir como instrumento punitivo adequado para o sistema penal, até os dias atuais, diversas ideologias e segmentos que estudam e analisam a criminologia, criminalidade e a função da pena nasceram, morreram e ressurgiram com novas roupagens. A progressiva substituição da imposição de castigos corporais e penas capitais pela racionalização de que a privação da liberdade teria mais utilidade para a sociedade, ou especialmente para o sistema econômico, este serviu para diversos propósitos no decorrer da trajetória sócio-cultural das sociedades.

Nesse contexto, se antes o castigo servia como instrumento de vingança do soberano a partir da ascensão da sociedade burguesa, migrou-se para uma ideologia de que a pena tem como fim a proteção da sociedade, posto que uma vez que um indivíduo rompe com as normas, com as regras inerentes ao pacto social, se torna inimigo não apenas do soberano, mas de toda a comunidade, de forma que é necessário que preste contas com ela, que sofra o castigo por não observar a lei. Nessa assertiva, tem como finalidade trazer o reequilíbrio social quebrado pela infração, e ainda servir como exemplo, como parâmetro do que não fazer, para os demais integrantes da sociedade.

A emergência de teorias como a de Direito Penal do Inimigo (que tenta dar o suporte empírico da proposta de dividir a sociedade nas categorias antagônicas de cidadãos e de inimigos) ou a avaliação positiva de políticas públicas repressivas, representam bem esta transição para um modelo social de pauta penalista. Se os meios de comunicação, as práticas judiciais, policiais e iniciativas legislativas apontam para o fortalecimento da ideologia de que é preciso lutar contra o inimigo que se apresenta dentro da sociedade, propaga-se, em larga escala, a mentalidade de que apenas através do encarceramento massivo é possível alcançar a paz social, e que não existe alternativa para o problema da criminalidade que não passe necessariamente por uma estrita resposta punitiva severa e implacável.

Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Buenos Aires: Revan, 2011.

Batista, Nilo. *Fragmentos de um discurso sedicioso. Discursos sediciosos - Crime, direito e sociedade*, ano 1, n. 1., p. 69-77, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

_____. *Difíceis ganhos fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003 (Coleção Pensamento Criminológico 2).

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*, Parte Geral. São Paulo: ICPC, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editoral Trotta, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis, Vozes, 1977.

GALEANO, Eduardo. *Espelhos – Uma história quase universal*. São Paulo: L&PM Editores, 2008.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada.* Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1975.

_____. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Volume I. Tempo Brasileiro, 1997.

HÄRBELE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos***.** Companhia das Letras, 2009.

LENMAN, Bruce e PARKER, Geoffrey. *Crime and the law. The social history of crime in Western Europeu since 1500*. London, 1980.

MELIA, Cancio; DÍEZ, Gómez-Jara. *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión***.** Buenos Aires: Edisofer S.L. Libros Jurídicos, 2006.

MELOSI, Dario e PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica*. México. Siglo XXI, 1980.

OMOTE, Sadao. *Estigma no tempo da inclusão*. Rev. Bras. Ed. Esp., Marília, Set.-Dez. 2004.

SCHILLING, Flávia; MIYASHIRO, Sandra Regina Galdino. Como incluir? O debate sobre o preconceito e o estigma na atualidade. In: *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v.34, n.2, p. 243-254, maio/ago. 2008.

RUSHE, George e KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y Estrutura Social*. Bogotá, 1984.

SCHWARZ, Roberto. O sentido histórico da crueldade em Machado de Assis. In: *Novos Estudos*: Cebrap. São Paulo, nº 17, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas*. Buenos Aires: Revan, 2010.

ZYSMAN QUIROS, Diego. *Sociologia del castigo*. Didot, 2012.

ZUÑIGA, Laura. *Nociones de política criminal.* Salamanca: CISE, D.L., 2006.

FOTOETNOGRAFIA E PRÁTICAS DE LEITURA: PERCURSOS METODOLÓGICOS DE UMA PESQUISA DE CAMPO

Luís Paulo Arena Alves
Doutorando pelo Programa de Pós Graduação em Letras-PPGL da Laureate International Universities – UniRitter. (Orientando).
luispauloarena@terra.com.br

Rejane Pivetta de Oliveira
Pós Doutora e coordenadora geral do Programa de Pós Graduação em Letras-PPGL (Mestrado e Doutorado) da Laureate International Universities – UniRitter. (Orientadora).
repivetta@uniritter.edu.br

Wagner Coriolano de Abreu
Doutor em Letras e Bolsista do Programa Nacional de Pós Doutorado da CAPES-PNPD, vinculado ao Programa de Pós Graduação em Letras-PPGL da Laureate International Universities–UniRitter. (Co-Orientador).
coriolano3@gmail.com

Resumo

A questão central deste trabalho construiu-se a partir da necessidade de investigar as práticas de leitura desenvolvidas pela biblioteca comunitária Ilê Ará com jovens em um território urbano periférico no município de Porto Alegre/RS. Trata de compreender através a fotoetnografia as estratégias que orientam à promoção da leitura nessa comunidade. Neste horizonte real de preocupações é que se coloca o presente estudo que busca problematizar as práticas de leitura como ação cultural democrática, considerando a formação para a cidadania e a transformação das realidades locais.

Palavras Chaves: Fotoetnografia. Práticas de leitura. Metodologia de pesquisa.

1 A Fotoetnografia como uma Possibilidade Analítica: suas conecções e deslocamentos.

Ao considerar-se o cotidiano como um conjunto de atividades realizadas em sua diversidade, e o indivíduo visto como um sujeito histórico e inserido em um contexto social, torna-se importante entender como ocorre o processo de construção das visões de mundo, os estilos, as histórias, os símbolos e as expressões utilizadas por esses sujeitos que transitam em um território. Ao mesmo tempo, igualmente é necessário observar e compreender seus conceitos, saberes e significados.

A ideia deste artigo emerge da necessidade de incorporar a técnica da fotoetnografia como possibilidade de reconhecer outras formas para gerar os dados na pesquisa etnográfica. Neste sentido e com a perspectiva de esclarecer conceitualmente a proposta investigativa da fotoetnografia, cabe aqui, uma breve retomada conceitual sobre o Estudo Etnográfico, que

originalmente vem da antropologia se caracteriza por descrever os padrões culturais de um determinado grupo social e sua interação com o meio.

Neste contexto, estudar as culturas e a sociedade significa, para a concepção antropológica, "(1) um conjunto de técnicas que eles usam para coletar dados sobre os valores, os hábitos, as crenças, as práticas e os comportamentos de um grupo social" (ANDRÉ, 2012, p.27) e caracteriza-se também, como "(2) um relato escrito, resultante do emprego destas técnicas" *(*ANDRÉ, 2012, p.27).

A etnografia, na configuração conceitual de Geertz (2013), é uma ciência interpretativa no esforço de compreender as culturas. Para isso, e na busca de seu significado, o etnógrafo caracteriza-se, portanto, como um intérprete do sentido que é socialmente construído. Configura-se pela sua forma holística de compreensão do fenômeno, e deste, na sua interação com os significados culturais dos sujeitos envolvidos, seja ele um indivíduo ou um grupo.

> A etnografia tem, justamente, este potencial teórico-metodológico de desvelamento, de conhecimento das experiências de agir nestes contextos que unem e separam, que aproximam e distanciam em que podemos pertencer ou nos sentir excluídos, em que podemos sentir justiça ou injustiça (ROCHA, ECKERT, 2013, p. 13-14).

Para Boni e Moreschi (2007), as imagens agem como forma de expressão do comportamento cultural, uma vez que esta nos dias atuais "não pode mais estar separada do saber científico" (BONI E MORESCHI, 2007, p.139). Nessa perspectiva, a fotoetnografia é utilizada como mecanismo para compreender melhor o que o outro tem a informar. A intenção é ir além do observável através da linguagem visual, tendo a possibilidade de registrar a percepção dos participantes através da fotografia.

Para Samain (SAMAIN, apud ACHUTTI, 2004), a antropologia visual desdobra-se em dois níveis para a compreensão da realidade, sendo ela a escrita e a imagem, onde cada uma contribui coma sua especificidade. Ou seja, da à possibilidade através da imagem para materializar o que não foi dito em palavras. Para Achutti (2004), torna-se importante "(...) o uso da fotografia nos trabalhos antropológicos quando destacar o enriquecimento que ela pode trazer a descrição muito particular de um dado (...)" (2004, p. 83).

É importante mencionar, que o estudo aqui proposto, caracteriza-se por ser "(...) um processo dialético na construção do conhecimento no qual a ação da pessoa que participa da pesquisa é fundamental" (TRIVIÑOS, 2001, p.138), ou seja, é um encontro "(...) direto, real, empático, democrático e científico com os seres humanos para conhecer seus interesses e suas verdades, para entendê-los em suas existências, com problemas e soluções que se apresentam" (TRIVIÑOS, 2001, p.138). Pressupõe, ainda, a utilização de determinas técnicas ou instrumentos, que pode ser caracterizada como "(...) uma adaptação da etnografia à educação (...)" (ANDRÉ, 2012, p.28).

Nessa perspectiva, torna-se importante operar o nosso olhar na desnaturalização do conjunto de fenômenos e, para isso, é fundamental analisar suas manifestações e dinâmicas, com vistas a aprofundar a compreensão do sistema de significados desse grupo social. Sobre o olhar, Tiburi (2017) coloca que existe uma diferença entre "ver" e "olhar", uma distinção semântica que se torna importante em nossos sofisticados jogos de linguagem. Afirma a autora que a nossa cultura visual é vasta e rica, entretanto, estamos submetidos a um mundo de imagens, que muitas vezes não é entendido, e, por isso, podemos dizer que vemos e não vemos, olhamos e não olhamos. O olhar mostra que não é fácil ver e que é preciso ver, ainda que pareça impossível, pois

no olhar o objeto é que se recupera a síntese e a possibilidade de reconstruí-lo. Nesta lógica, o olhar vai além de tentar reduzir o problema a seus significados, mas nesta proposta metodológica está em compreender, na essência e na sua complexidade, sobre a percepção e o papel que a leitura desempenha na construção da identidade destes jovens, das suas sociabilidades, pertencimentos e a partir da sua compreensão, ou seja, do seu olhar.

Nesta direção, Petit (2013) argumenta, ainda, que a leitura colabora no processo de construção do imaginário para sonhar e vislumbrar outras possibilidades, a decifrar sua experiência própria e inclusive a de resistir aos processos de marginalização "e a pensar nesses tempos em que o pensamento se faz raro" (2008, p.19). Em outras palavras, é importante se ter presente que, no processo de construção da identidade juvenil, a leitura não tornará possíveis leitores mais virtuosos e preocupados com os outros, mas contribuirá para a formação do pensamento como um campo de possibilidade para resistir aos processos de margilalização, violência ou extermínio, uma vez que leva a pensar em outras alternativas e a encontrar uma mobilidade para que estes jovens elaborem uma subjetividade como forma de buscar o conhecimento e, assim, uma autonomia mais eficiente como um passo fundamental para se chegar à cidadania.

> A violência é um fenômeno complexo, ambíguo, multifacetado e relacionado aos códigos sociais, jurídicos e políticos das épocas e dos lugares onde se manifesta. (BASTOS, MALACARNE, ESTRADA, SCHROEDER, 2014, p.05).

Petit (2013), coloca ainda que não se deve ser ingênuo (grifo nosso), pensar que a leitura irá recuperar as desigualdades sociais historicamente impostas e acabar, de modo imediato, com a violência a que se está submetido. Torna-se importante compreender que a leitura permite abrir um campo de possibilidades a fim de despertar o espírito crítico como chave para a cidadania, ou seja, "ler não isola do mundo, ler introduz no mundo de forma diferente" (PETIT, 2013, p 43).

Partindo destas premissas teóricas, essa dimensão da leitura insere-se como ação cultural que busca, na expressão e na criatividade, promover a emancipação destes jovens, e estabelece uma interação entre estes e o mundo cultural que os rodeiam. Atua como instrumento para compartilhar o saber através de experiências culturais diversificadas e vivenciadas em seu cotidiano, tendo presente a perspectiva de minimizar os limites culturais que, muitas vezes, são subjetivos e que na maioria das vezes são impostas por uma sociedade colonialista[8].

Com base nesta multiplicidade, aproximar-se da compreensão das bibliotecas comunitárias, em territórios periféricos, possibilita evidenciar as práticas de leitura desenvolvidas nestes espaços. Cabe dizer então, que a possibilidade da imagem ser lida pode ser considerada como um princípio metodológico do trabalho de campo. Isso, por sua vez, demonstra a relevância do registro fotográfico para a pesquisa etnográfica que permitirá que se visualize, crie e recrie histórias, tendo na fotoetnografia uma fonte metodológica de pesquisa e análise importante no campo educacional.

[8] A definição do termo colonialismo pode ser compreendida nas palavras de Casanova (1995), quando o autor define que a noção de colonialismo não apenas a noção de dependência, mas também de exploração. O conceito designa também uma dita situação mediatizada por uma interdependência política que é formalmente identificada, mas que na sua realidade prática, mantém as mesmas características coloniais de exploração.

2 A Caracterização do Espaço Analítico

É importante esclarecer que o foco central está em analisar as práticas de leitura desenvolvidas com jovens que frequentam a biblioteca comunitária, localizada em uma comunidade urbana periférica, no município de Porto Alegre/RS. Para a caracterização da Biblioteca Comunitária que faz parte da investigação, tomou-se como base de análise os espaços legalmente identificados[9] na capital (Porto Alegre/RS). O pensar destes espaços partiu dos seguintes critérios: a) a Biblioteca Comunitária estar sediada no município de Porto Alegre; b) ser um espaço inserido na comunidade; c) ser de livre acesso; d) ter atividades de incentivo à leitura; e) abrir o espaço da biblioteca para atividades culturais. Na composição deste Estudo de inspiração etnográfica, foram identificadas, ao total, **nove (09)** Bibliotecas Comunitárias[10] que desenvolvem ações no município de Porto Alegre. Destas, **cinco (05)** estão localizadas em regiões periféricas. Deste campo de análise, foi delimitada, como recorte investigativo, **a primeira** biblioteca comunitária que faz parte do projeto Redes de Leitura em Porto Alegre, sendo ela, a Biblioteca Comunitária Ilê Ará, vinculada à Organização Não Governamental - Instituto Leonardo Murialdo - ILEM.

Figura 01



Foto: Luís Paulo A. Alves / Biblioteca Comunitária Ilê Ará – Ano de 2016.

[9] Estes espaços foram identificados a partir do Projeto Redes de leitura. Informações consultadas em http://cirandar.org.br/ .

[10] Estas Bibliotecas Comunitárias foram identificadas: Biblioteca Comunitária Nova Chocolatão – Comunidade Nova Chocolatão; Biblioteca Comunitária Ilê Ará – Instituto Leonardo Murialdo – Comunidade Morro da Cruz; Biblioteca Comunitária Arvoredo – Comunidade Vila Mapa; Biblioteca Comunitária Arquipélago – Comunidade das Ilhas; Biblioteca Comunitária Visão Periférica – Comunidade das Laranjeiras; Bibliotecas Comunitárias localizadas em outros espaços que não periféricos: Biblioteca Comunitária Ceprimoteca – Comunidade Santa Maria Gorete; Biblioteca Comunitária do Cristal – Comunidade Cristal; Biblioteca Comunitária Jardim Ipiranga – Associação de Moradores do Jardim Ipiranga. Informações consultadas em http://cirandar.org.br/ .

Figura 02



Foto: Luís Paulo A. Alves / Biblioteca Comunitária Ilê Ará – Ano de 2016.

Esta biblioteca caracteriza-se, então, como um micro espaço individual de análise. Parte-se do princípio que, dentre as diferentes possibilidades investigativas, "A etnografia estuda os aspectos culturais de uma determinada realidade" (TRIVIÑOS, 2001, p.134). Isso significa, em outras palavras, a importância de compreender os diferentes sentidos que compõem este espaço educativo e comunitário em que a biblioteca se insere.

Para Alves-Mazzotti (2001) as pesquisas de inspiração etnográfica geram um volume significativo de informações que necessitam ser compreendido na sua integralidade, o que só pode ser feito por meio de um processo contínuo em que identifica as categorias, suas dimensões, significados e relações. "Neste sentido, a pesquisa etnográfica não pode se limitar a descrição de situações, ambientes, pessoas ou à reprodução de suas falas e de seus depoimentos" (ANDRÉ, 2012, p.45). É fundamental ter presente que o "(...) investigador deve, pois, ultrapassar seus métodos e valores, admitindo outras lógicas de entender, conceber e recriar o mundo" (ANDRÉ, 2012, p.45).

Para isso, é importante sair do particular e chegar ao geral, levando-se em conta as considerações que resultam das diferentes realidades sociais, numa perspectiva histórica a fim de que se possa compreender os significados culturais, ou seja, as intencionalidades nesta estrutura não estão (grifo nosso) em buscar uma reprodução real dos fatos através da observação, ou sua mera descrição. Está sim na compreensão dos fenômenos, pelas situações vivenciadas, observadas, e pelas atitudes espontâneas e cotidianas do grupo investigado. Estes elementos refinou uma aproximação mais precisa do objeto em estudo e, consequentemente, proporcionou uma análise mais consistente.

Isso, acima de tudo, "exige do pesquisador um esforço imenso para minimizar os riscos de omissão ou da revelação dos dados distorcidos por parte do grupo investigado" (MARTINS, 2008, p.53). Neste aspecto, o pesquisador tem de estar atento e ter uma "(...) sensibilidade para atuar no trabalho de campo, para ouvir observar e para reconhecer os momentos mais adequados para

perguntar, dialogar (...)" (MARTINS, 2008, p.53), e compreender os sujeitos no seu ambiente para que o real significado seja reconhecido, tendo a narrativa visual como uma ferramenta importante neste processo.

3 O Cotidiano Como Fonte De Pesquisa: O Registro Fotoetnográfico Como Instrumento Analítico Das Práticas De Leitura Em Uma Comunidade Urbana Periférica.

O foco de análise neste artigo está em perceber a dimensão das práticas de leitura e os conhecimentos que são construídos no cotidiano com os jovens que frequentam o espaço da biblioteca comunitária. Equivale a dizer que é nesta configuração de diferentes sentidos e significações que se materializa o pensar e o agir coletivo. A intencionalidade está em identificar a multiplicidade e as dimensões que envolvem as práticas de leitura. A fotoetnografia se apresenta como instrumento analítico. Nesta perspectiva, torna-se importante operar o nosso olhar na desnaturalização do conjunto de fenômenos e, para isso, é fundamental analisar suas manifestações e dinâmicas na perspectiva de aprofundar a compreensão do sistema de significados que se constrói, bem como, suas redes e sociabilidades.

Os caminhos investigativos tomam como base as orientações de Bauer e Gaskellel (2002), que apontam as imagens como uma das alternativas para compreender as diferentes representações do cotidiano. A proposta de estabelecer estes instrumentos e técnicas de pesquisa está em superar as críticas que, muitas vezes, o estudo etnográfico é submetido, sobre tudo, no que diz respeito à confiabilidade dos dados, onde apenas um observador registra as informações (MOREIRA e CALEFFE, 2008).

A perspectiva especificamente neste artigo é de utilizar outras lógicas na busca da significação e de chegar às evidências por caminhos ainda não transitados. Esta concepção, parte do pressuposto que a investigação realizada desta forma possibilita ao pesquisador articular permanentemente a teoria sobre o que está sendo estudado, confrontando-a com uma determinada situação, conhecida ou não, a fim de verificar como ocorrem as práticas de leitura realizadas, ou seja, "diferentemente de outros tipos de pesquisa, a etnografia explora comportamentos holisticamente em um contexto social de costumes, valores e estilos de comunicação" (MOREIRA e CALEFFE, 2008, p.89).

Para isso, procedeu-se a um corte epistemológico a fim de investigar se as práticas de leitura, desenvolvidas pelas bibliotecas comunitárias, se apresentam como uma possibilidade educativa e de transformação de vida para estas juventudes. Neste cenário, torna-se importante compreender a leitura como uma habilidade essencial e ponte de acesso importante ao conhecimento. Nas palavras de Zilberman (2012), é importante que a leitura não seja imposta autoritariamente ou automatizada, mas que considere a valorização intelectual em seu cerne.

Torna-se fundamental ressaltar que, neste mosaico de informações é importante ter claros os preceitos estabelecidos metodologicamente. A pesquisa etnográfica "deve ir muito além de tentar reconstruir as ações e interações dos atores sociais, segundo seus pontos de vista, suas categorias de pensamento, sua lógica" (ANDRÉ, 2012, p.45) deverá compreender os aspectos simbólicos e subjetivos do comportamento destes sujeitos e as interações que estão presentes no seu cotidiano.

A intencionalidade é colaborar para se gerar novas teorias ou questões para futuras investigações, pois o pesquisador não "(...) tem controle sobre eventos e variáveis, buscando

apreender a totalidade de uma situação e, criativamente, descrever, compreender e interpretar a complexidade de um caso concreto" (MARTINS, 2008, p. xi).

Para Bourdieu (1990) é importante apreender essa realidade social a partir dos sujeitos que dela vivenciam o cotidiano, o que ele denomina de espaço social. "Para mudar o mundo é preciso mudar as maneiras de fazer o mundo, isto é, a visão de mundo e as operações práticas pelas quais os grupos são produzidos ou reproduzidos" (BOURDIEU, 1990, p. 166), ou seja, é nessa complexidade que esta realidade social se constrói.

Para Zilberman (2012), uma ação cultural renovadora somente ocorrerá através de uma Política Pedagógica ampla e circulante, que promova, através da leitura, a ampliação dos bens culturais como suporte democrático, de abertura a novos horizontes, onde o livro e a leitura são fontes de acesso e, ao mesmo tempo, um alicerce para a circulação e intervenção crítica e transformadora.

A leitura insere-se, neste contexto, como uma das formas de interpretar um conjunto de informações, de estimular a imaginação, de proporcionar a descoberta de diferentes hábitos e culturas, como perspectiva para ampliar o conhecimento. Ela possibilita aos sujeitos o entendimento de assuntos distintos e em diferentes realidades e, através dela, se tem a oportunidade de ter contato com várias culturas diferentes com o fim de se compreender melhor o outro.

Sobre este assunto, Michèle Petit (2013) afirma que a leitura pode ajudar as pessoas "(...) a se construírem, a se descobrirem, a se tornar um pouco mais autoras de suas vidas, sujeitos de seus destinos, mesmo quando se encontram em contextos sociais desfavorecidos" (PETIT, 2013, p.31). Na mesma perspectiva de análise Castrillón (2011) já havia destacado que a leitura é um instrumento para democratização da cultura.

Figura 03

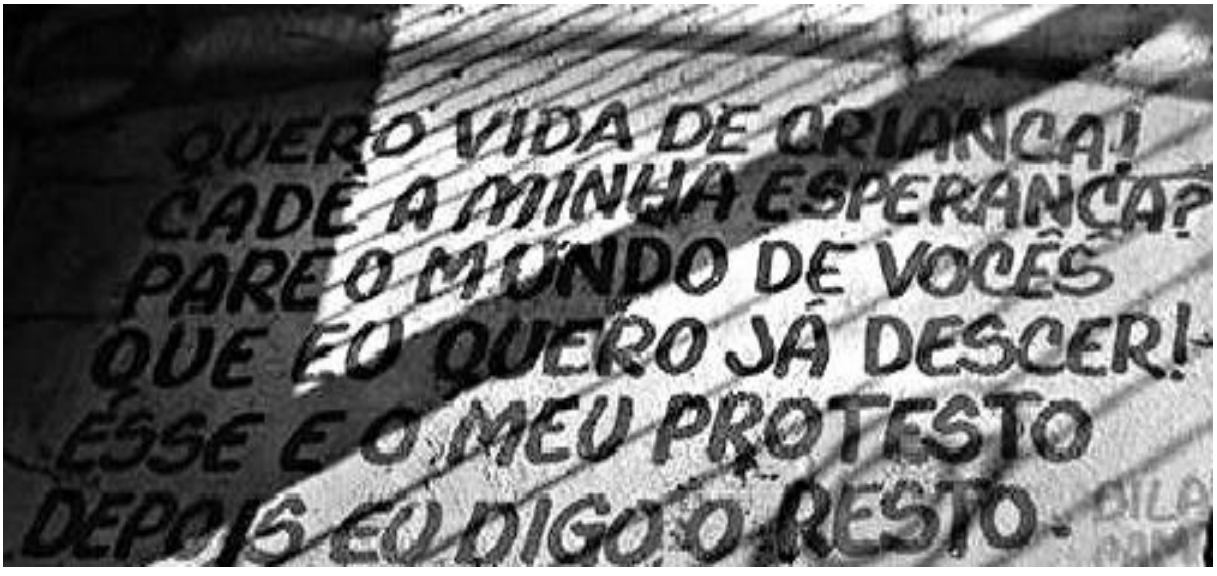


Foto: Luís Paulo A. Alves / Biblioteca Comunitária Ilê Ará – Ano de 2016.

É importante partir do pressuposto de que a leitura se constitui como um elemento fundamental para a construção do saber, "(...) um direito inalienável de todo o cidadão (...)" (ZILBERMAN, 2012 p. 63) na construção de um processo democrático. Zilberman (2012), afirma ainda que ao passo em que a leitura se democratiza ela se torna acessível a todo e qualquer grupo social e se fortalece na perspectiva crítica e atuante, fundamentalmente como propulsora de

mudanças na sociedade. A leitura se apresenta como uma prática, e muitas vezes ultrapassa a capacidade individual (figura 05), em outras palavras, diz que possui muitos "(...) sentidos y significados, los cuales son negociados en la práctica cotidiana; consciente o inconscientemente, la lectura tiene tanto consideraciones políticas y económicas como sociales y culturales" (CAMACHO e OJEDA, 2015, p. 47).

Desta forma, investigar os processos e os saberes e as práticas de leitura significa desvendar nesse contexto aqueles elementos de uma ação política, porque não se pode pensar no desenvolvimento cultural como um processo abstrato, descontextualizado e desvinculado da trama social, numa relação singular, ou seja, é necessário entendê-lo nas suas múltiplas dimensões para perceber o sentido da proposta de intervenção: se esta se volta à reprodução do sistema ou é motivadora, protagonista e busca resgatar as possibilidades culturais e práticas de leituras criativas e emancipatórias dos jovens enquanto sujeitos sociais de direitos.

Para finalizar, este ensaio, cabe dizer que a utilização da fotoetnografia como princípio metodológico é uma proposta ampla e audaciosa. "O que este tipo de pesquisa visa é a descoberta de novos conceitos, novas relações, novas formas de entendimento da realidade" (ANDRÉ, 2012, p.30). O que a torna extremamente relevante, neste momento, é a possibilidade de compreender diante das evidências, os processos e as práticas de leitura vivenciadas pelos sujeitos envolvidos neste processo bem como os saberes produzidos neste espaço territorial, oportunizando o conhecimento dos impactos culturais das ações propostas e desenvolvidas.

Referências

ACHUTTI, Luiz Eduardo Robinson. Fotoetnografia da biblioteca jardim. Porto Alegre: Editora da UFRGS/ Tomo Editorial, 2004.

ALVES-MAZOTTI, Alda Judith. Relevância e aplicabilidade da pesquisa em educação. Cadernos de pesquisa, nº 113, p. 39-50, jun 2001. Disponível em {http://www.scielo.br/pdf/cp/n113/a02n113.pdf} Acesso em: 10 jun. 2016.

ANDRÉ, Marli Eliza Dalmazo Afonso de. Etnografia da prática escolar. 18. ed. Campinas, SP: Papirus, 2012.

BAUER, W. Martin; AARTS, Bas A construção do corpus: um princípio para a coleta de dados qualitativos. In. Pesquisa qualitativa, com texto, imagem e som: um manual prático. BAUER, W. Martin; GASKELL, George (Orgs). Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

BONI, Paulo César; MORESCHI, Bruna Maria. Fotografia: a importância da fotografia para o resgate etnográfico. In. Doc On-Line, Dezembro de 2007. Disponível em: {www.doc.ubi.pt.pp} Acesso em: 11 dez. 2016.

BOURDIEU, Pierre; CHARTIER, Roger. A leitura: uma prática cultural. In. CHARTIER, Roger. Praticas de leitura. 5º. ed. São Paulo: Estação da liberdade, 2011.

CAMACHO Carmen Pérez; OJEDA Andrés López. Los usos sociales de la lectura: del modo tradicional a otras formas colectivas de ler. In. HACIA UNA ANTROPOLOGÍA DE LOS LECTORES. CANCLINI, Néstor García; BICECCI Verónica Gerber; OJEDA Andrés López;

BOLÁN Eduardo Nivón; CAMACHO Carmen Pérez; COBOS, Carla Pinochet; IPARRAGUIRRE, Rosalía Winocur (Orgs). Madrid: Primera edición: noviembre de 2015.

CASANOVA, Pablo Gonzales. O colonialismo global e a democracia. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1995.

CASTRILLÓN, Silvia. O direito de ler e de escrever. São Paulo: Ed. Pulo do Gato, 2011.

GEERTZ, Clifford. O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa. 13. Ed, Petrópolis: Vozes, 2013.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Estudo de Caso**: Uma estratégia de pesquisa. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Herivelto; CALEFFE, Luiz Gonzaga. Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador. 2º.ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008.
PETIT, Michèle. Leituras: do espaço íntimo ao espaço público. São Paulo: Editora 34, 2013.

ROCHA, Ana Luiza Carvalho da; ECKERT, Cornélia. Apresentação. In. Etnografia de rua: Estudos de antropologia urbana. Porto Alegre, Editora da UFRGS, 2013.

TIBURI, Marcia. Aprender a pensar é descobrir o olhar. Disponível em {http://www.marciatiburi.com.br/textos/quadro_aprender.htm}. Acesso em: 15 abr. 2017.
TRIVIÑOS, Augusto N. Silva. *Bases teórico-metodológicas da pesquisa em Sociais:* ideias gerais para a elaboração de um projeto de pesquisa. In. Cadernos de pesquisa Titter dos Reis. Vol. 04, Porto Alegre: Riter dos Reis, 2001.

ZILBERMAN, Regina. A leitura e o ensino da literatura. Curitiba: InterSaberes, 2012.

TRANSEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA
TRANSEXUALITY AND HUMAN RIGHTS IN LATIN AMERICA

Kelly Cristina Presotto[11]

Resumo:

O tema transexualidade ainda é bastante controverso pois abrange a mudança de paradigmas relacionados à dignidade, ao conceito de saúde, vida, disposição do próprio corpo, assim como questionamentos jurídico-constitucionais. Este artigo versa sobre a autonomia decisória das pessoas transexuais, a corporificação, a (in)disponibilidade de seus direitos e suas implicações na vivência diária dos transexuais. A autonomia decisória está diretamente relacionada com a liberdade e a dignidade da pessoa humana. O sentimento de controle da própria identidade é claramente empoderador. No entanto, a violência de gênero associada ao preconceito e machismo evidentes na sociedade patriarcal latino-americana aumenta o número de vítimas de crimes de ódio a cada ano. Tais crimes chocam pela crueldade e número exacerbado de golpes contra a vítima que na maioria das vezes encontra-se indefesa. Dessa forma, vislumbra-se uma raiva incontida derivada de pré-conceitos formados culturalmente. A falta de leis e a impunidade denotam a inefetividade do Estado em prevenir, investigar, julgar e sancionar tais crimes de gênero. Ao final, foi feita uma abordagem dos direitos dos transexuais em alguns países da América Latina. A metodologia utilizada foi a análise de doutrina, de jurisprudência, de legislação e estatísticas acerca dos direitos dos transexuais, especialmente os relativos à personalidade.

Palavras-Chave: Transexualidade. Autonomia Decisória. Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Violência de Gênero. América Latina.

Abstract:

The subject of transsexuality is still quite controversial for a paradigm shift related to dignity, the concept of health, life, the disposition of the body itself, as well as juridical-constitutional questions. This article deals with a decision - making autonomy of transsexual people, an embodiment, an (in) availability of their rights and their implications in the daily lives of transsexuals. Decision-making autonomy is related to the freedom and dignity of the human person. The sense of identity control is clearly empowering. However, gender-based violence coupled with obvious prejudice and machismo in Latin American patriarchal society increases the number of hate crime victims each year. Such crimes run counter to the cruelty and exacerbated number of blows against a victim who most of the time finds himself defenseless. In this way, an unconditional anger derived from culturally formed preconceptions is envisaged. Lack of laws and impunity denotes an ineffectiveness of the State in preventing, investigating, prosecuting and punishing such gender crimes. In the end, an approach was taken on the rights of transsexuals in some Latin American countries. The methodology used to analyze doctrine, jurisprudence and doctrine on the rights of transsexuals, especially those related to personality.

[11] Mestre em Direitos Humanos e Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (2016). Pós-Graduada *latu sensu* em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (2014). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Francisco Beltrão (2011). Advogada. E-mail: kellycrispre@hotmail.com

Key words: Transsexuality. Decision-making Autonomy. Constitutional Principle of the Dignity of the Human Person. Gender Violence. Latin America.

1 Introdução

A determinação do sexo da pessoa humana ainda é feita através da visualização dos órgãos genitais do bebê, não se observando, assim, que o sexo do indivíduo é multifatorial. O nome, o sexo, a naturalidade e a filiação são meios pelos quais, sistematicamente, se realiza a identificação do cidadão. O nome civil da pessoa deve estar em conformidade com o seu sexo, de forma que não lhe advenha uma situação vexatória.

Nesse contexto, transexual é a pessoa cujo sexo biológico não corresponde ao sexo psíquico, o que lhe traz sofrimento, pois rejeita seu sexo de nascimento como se fosse uma aberração, podendo culminar em mutilações e suicídio.

A evolução da medicina tornou possível a realização da cirurgia de transgenitalização ou de adequação do sexo. Porém, de nada adianta corrigir o aspecto físico do indivíduo se o nome e o gênero permanecerem inalterados no registro civil. Como consequência dessa inalteração, muitas são as situações vexatórias pelas quais passam as pessoas transexuais, principalmente no momento de aferição dos documentos pessoais, gerando inúmeras confusões pelo fato de o documento não estar de acordo com a realidade presenciada pelo responsável pela aferição. O constrangimento gerado leva muitas pessoas trans à marginalização e gera insegurança jurídica devido à essa situação de vulnerabilidade.

Desta forma, o modo como a pessoa se identifica e é reconhecida no meio em que vive corresponde à realidade: relaciona-se com o seu reconhecimento pela sociedade, com a autonomia decisória e com os direitos de personalidade. Por sua vez, os direitos de personalidade têm base na autonomia da vontade, que está diretamente relacionada com a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

2 A Autonomia Decisória e aTransexualidade

As situações existenciais tutelam a pessoa humana, que é o seu maior fim social, sendo assim, a própria função social. Nessas situações, está em xeque a dignidade da pessoa humana, de interesse tanto individual quanto coletivo. Em suma, o interesse individual que coincide com o desenvolvimento da personalidade é o fim social máximo no direito brasileiro. Esse conceito está inserido na redefinição do conceito de interesse público e da supremacia deste sobre o privado. Na noção de interesse público inclui-se, contemporaneamente, o interesse público primário que se refere aos interesses de toda a sociedade, relacionados aos princípios constitucionais fundamentais (MEIRELES, 2009, p. 44).

Nesse sentido, Barroso (2005, p. XV) ressalta que a realização do interesse público ocorre quando o Estado cumpre de maneira satisfatória o seu papel mesmo que referente a um único cidadão. Se determinada meta coletiva (p. ex.: garantia da segurança pública, saúde pública) viola a dignidade humana de uma só pessoa, a meta deve ser preterida (BARROSO, 2005, p. XVII).

No viés da dignidade do indivíduo encontra-se a sua liberdade, nela delimitadas a privacidade e a intimidade; o público e o privado. Bittar (2008, p. 66) afirma que o circuito privado das pessoas dentro das esferas pública e privada varia apenas de extensão. Na pública, os acontecimentos fluem normalmente para a sociedade em geral; na esfera privada, partes de fatos de ordem pessoal extrapolam para a comunidade (família, amigos, negócios), restando as constitutivas de segredos reservadas apenas para o intelecto do interessado. Ressalte-se que a esfera privada subdivide-se em esfera individual (da pessoa em contato com o mundo exterior) e esfera privada propriamente dita (em sentido estrito, da sua intimidade, confidencialidade ou segredo), com pouco ou nenhum participante.

Em 1957, Heinrich Henkel também tripartiu a vida privada em círculos concêntricos, como fez Heinrich Hubmann, em 1953, em sua "teoria dos círculos concêntricos da esfera da vida privada" ou "teoria das esferas da personalidade". Porém, diferentemente de Hubmann, Henkel incluiu como círculo nuclear o segredo, deixando o círculo da intimidade como intermediário e o da privacidade como círculo externo. Esse entendimento foi difundido no Brasil por Paulo José da Costa Junior, sendo seguido pela doutrina majoritária.

O direito à privacidade pessoal constitucionalmente protegido é indispensável a qualquer concepção moderna de liberdade. Cohen (2012, p. 169-170) entende que, a reconciliação da universalidade e particularidade, autonomia e identidade, não pode ser inteiramente resolvido na esfera pública, constituindo precondições fundamentais para a cidadania pública e para a construção e defesa de identidades únicas as quais dependerão da manutenção das necessárias proteções políticas e legais da privacidade.

Em suma, tanto a proteção à uma multiplicidade de "vozes" na esfera pública (universalidade) como a proteção à privacidade (particularidade) são cruciais para qualquer projeto de democratização que tente evitar a exclusão, o nivelamento e a homogenização. A autora afirma, ainda, que se deve "desconstruir" conceitos que servem às finalidades da dominação e redescrever o bem que é protegido pela privacidade.

A noção de privacidade tem seu núcleo na inviolabilidade da personalidade, na intimidade e na integridade corporal (COHEN, 2012, p. 173). Nas relações íntimas, deve-se preservar a informação, o acesso e a comunicação interna, que são imprescindíveis para a confiança, e é isso que os direitos de privacidade associativa buscam assegurar. Por outro lado, os direitos à privacidade individual buscam preservar a integridade pessoal e corporal dos membros da família, contra abusos perpetrados dentro da entidade familiar (COHEN, 2012, p. 177).

Esse conceito de privacidade busca assegurar aos indivíduos "autonomia de decisão a respeito de certas preocupações intensamente pessoais" (COHEN, 2012, p. 181). Para Cohen (2012, p. 188), os novos direitos à privacidade incluem aspectos informacionais e decisórios, exercendo um papel importante na proteção das capacidades dos sujeitos e na formação da autoconcepção coerente, autêntica e distinta. Além disso, a proteção à privacidade é muito mais do que o direito a ser deixado em paz, compreende a proteção de "frágeis identidades concretas e processos de autoafirmação que, na verdade, são constitutivos de quem somos e de quem desejamos ser" (COHEN, 2/012, p. 189).

Pode-se dizer que o direito à privacidade pessoal consiste em poder ser diferente, decidir questões pessoais sem a necessidade de justificar à sociedade o motivo da escolha. O sentimento de controle da própria identidade, sobre o acesso a si próprio, sobre quais aspectos de si serão apresentados em que momento e a quem, juntamente com a capacidade de exigir ou renunciar às demandas por acesso é claramente empoderador (COHEN, 2012, p. 191-193).

A autoconfiança afirma-se no momento em que se pode dispor livremente do próprio corpo, coordenar harmoniosamente suas funções e regular o acesso a ele. Sem isso, sem pelo menos esse reconhecimento mais básico da dignidade de alguém, a autoimagem do indivíduo fica mutilada (perda da confiança). A relação com o próprio corpo, a corporificação (embodiment) fica prejudicada, assim como o empoderamento de sua própria condição social. O mesmo ocorre com a segurança que lhe é necessária para interagir adequadamente com os outros e expressar suas próprias necessidades e sentimentos (COHEN, 2012, p. 196-197). Dessa forma, o transexual que não se identifica com o sexo anatômico, nem com o sexo registral sente perdida sua dignidade.

A inadequação dos documentos com a realidade fática traz como consequência abusos contra os transexuais, os quais ficam submetidos a situações constrangedoras, a assédio moral e a dificuldade em encontrar emprego: as vagas disponíveis frequentemente são na área de moda e de beleza e acabam tendo que trabalhar na rua, prostituindo-se, para angariar seu sustento.

As longas filas de espera para a realização da cirurgia de transgenitalização via Sistema Único de Saúde (SUS) e os altos preços da cirurgia no sistema privado levam o transexual a permanecer à margem da sociedade e a ter seus direitos negados. Muitos sucumbem frente à discriminação e ao preconceito. Não suportam continuar passando por situações vexatórias e acabam, muitas vezes, se automutilando, tentando realizar uma autocirurgia ou atentando contra a própria vida (GADVS, 2014).

Honneth (2010, p. 118) abrange esse tema na teoria da individuação humana, na qual se verifica uma dependência de constante reafirmação pelo outro. O desrespeito pode implicar em lesão e a identidade da pessoa entra em colapso. Essa dependência cresce conforme aumenta a consciência de sua individualidade, pois passa a depender mais do reconhecimento da sociedade. Implica dizer que a vulnerabilidade humana, constituída pelo desrespeito, decorre do entrosamento, da individuação e do reconhecimento.

Essa desvalorização social torna o indivíduo vítima de perda de autoestima, ou seja, ele não concebe mais a si próprio como um ser com traços característicos e habilidades dignos de estima. Dessa forma, a pessoa é privada do reconhecimento expresso pela aprovação social tipo autorrealização adquirida através de árduo processo de encorajamento por meio da solidariedade do grupo (HONNETH, 2010, p. 121).

A degradação social e a humilhação colocam em xeque a identidade do ser humano na mesma proporção que as doenças físicas comprometem o bem-estar do indivíduo. O tratamento preventivo de doenças equivale à garantia social das relações de reconhecimento, capazes de proporcionar ao sujeito a maior proteção possível contra o desrespeito (HONNETH, 2010, p. 122).

No Brasil, Moura (2015), realizou pesquisa jurisprudencial a fim de avaliar quais os argumentos utilizados pelos juízes a fim de justificar suas decisões frente aos pedidos de mudança de nome e gênero no registro civil de transexuais nos tribunais brasileiros. Dos 25 acórdãos analisados, quatro jurisdicionados eram transexuais operados e vinte e um transexuais não operados. Três eram de homens trans (FtM) e 22 de mulheres trans (MtF). Apenas um relator de um acórdão utilizou corretamente a identidade de gênero referente ao transexual.

Dos 21 casos de transexuais não operados, em onze deles o pleito era apenas para a alteração do nome no registro civil e em dez, para alteração de nome e sexo. Dos onze casos pela retificação apenas do patronímico, seis foram rejeitados e cinco acatados. Dos dez casos pedindo a retificação registral de nome e sexo, em cinco o pedido foi integralmente acatado, em quatro ambos os pedidos (nome e sexo) foram rejeitados e em um concedeu-se apenas o direito à retificação do nome.

Em um segundo recorte, onde foram selecionados apenas os 21 casos de transexuais não operados, destes, 10 tiveram seu pedido totalmente negado e 11 tiveram provimento para a retificação apenas do nome (6 pessoas) e do nome e sexo (5 pessoas). Cumpre salientar que entre esses 11, 03 eram homens trans (*ftm*), cuja cirurgia ainda é experimental devido à aspectos relacionados à estrutura e fisiologia do órgão masculino, fato que afasta a realização da operação. (MOURA, 2015)

Observou-se que dos dez casos onde nenhuma retificação registral foi permitida, em nove o fundamento principal foi a ausência da transgenitalização. Em um único caso concluiu-se que o pleito realizava-se por mero capricho não tutelável. Embora as onze decisões que autorizam a mudança do registro civil de transexuais independentemente da realização de cirurgia representem um avanço significativo na compreensão da identidade de gênero pela jurisprudência percebe-se que a decisão foi tomada com base em critérios biomédicos. Apenas uma não faz referência à patologização da identidade transgênera na ementa, embora na íntegra da decisão o faça. (MOURA, 2015)

Ou seja, os principais critérios utilizados para fundamentar as decisões foram primordialmente médico-diagnósticas para dar legitimidade à decisão, invocando-se provas da existência de uma patologia que pode ser transexualismo, transexualidade, transgeneiridade, transtorno ou disforia. (MOURA, 2015).

No entanto, a importância do nome e do sexo no registro civil é vital para a inserção do transexual no mercado de trabalho, que tem relação direta com a inserção social. Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), 90% das travestis e das transexuais estão-se prostituindo no Brasil. Ainda que elas queiram arranjar um emprego com rotina, horário de trabalho e carteira assinada, o preconceito fica evidente quando elas se candidatam a uma vaga. O currículo é elogiado pelo entrevistador, porém, ao observar os documentos como sendo de sexo oposto ao aparente, é o fim da entrevista (ANDRADE, 2013)[12].

Por esse motivo, muitos transexuais não se assumem, pois dependem de um emprego, no qual podem vir a sofrer assédio moral, tanto vertical, promovido pelo patrão, como horizontal, promovido pelos colegas. Os transexuais que se assumem normalmente são autônomos ou possuem uma vida estável, de forma que não dependem de patrão ou de emprego, é o que relata Marcia Rocha, advogada transexual (ROCHA, 2014).[13]

Aliás, o problema vivido pelos transexuais começa ainda mais cedo: na falta de aceitação pelos pais e pelo preconceito e discriminação sofridos na escola. Dessa maneira, a maioria desiste de estudar, de forma que, desde cedo, se veem tolhidos da chance de galgar por estudos visando a profissões melhor remuneradas.

Sobre este aspecto, Bohm (2009, p.98) realizou pesquisa na qual analisou um grupo de 20 transexuais de diferentes classes sociais escolhidas aleatoriamente. Desse total de 20, apenas 01 (5%) havia entrado na faculdade; e, 07 (35%) saíram da escola em função do preconceito. Ainda nesta linha, Bento (2011, p.555) afirma que não existem indicadores para medir a homofobia (e a transfobia) na escola por causa do "disfarce" do "manto invisibilizante" da evasão. Na realidade o que ocorre é um processo de expulsão, onde devem ser averiguados os motivos que levaram o aluno transexual a não frequentar mais a escola.

[12] Entrevista concedida à blog. Ver referências.
[13] Entrevista concedida à Tv Brasil: Caminhos da Reportagem. Transexual: a busca pela identidade. Ver ref.

Melo (2014)[14] afirma que o transexual sofre o mesmo tipo de discriminação que as mulheres, pois representa uma "vergonha" para o masculino (empresa), por ter desistido do poder, de "ser homem" e por ter assumido o lado frágil, feminino. No caso de trans homem, continua Melo (2014), a discriminação ocorre porque, na visão institucionalizada da empresa, ele sempre será uma mulher querendo adentrar no universo masculino de poder. Assim, o homem trans sofrerá o estigma de ser considerado sempre uma mulher, pois nasceu assim, sem "pênis"; já a mulher trans sofre o assédio moral pois desistiu do "poder" – masculino – para se associar ao "fraco" – o feminino.

Ganham importância, nesse contexto, os estudos das autoras pré-feministas Simone de Beauvoir (1949) e Margaret Mead (1935) que revelaram a opressão feminina nas sociedades ocidentais relativa à sua sexualidade exercida pelo poder econômico, biológico e psicológico masculino. A mulher era tratada como "o outro", o negativo do homem e, por consequência, inferior a ele. Na célebre frase de Beauvoir, "não se nasce mulher, torna-se uma" (BEAUVOIR, 1949, p. 9), pode-se verificar que o ser feminino é um ser construído culturalmente, já o masculino parece pré-determinado.

Das teorias mencionadas decorrem várias correntes feministas como a teoria *queer*, influenciada por Mead. Essa teoria afirma que a "orientação" sexual e a identidade sexual ou o gênero dos indivíduos são resultado de uma construção social e que, portanto, não existem papéis sexuais essencial ou biologicamente inscritos na natureza humana. Louro (2004, p. 47) alega que "a teoria *queer* permite pensar a ambiguidade, a multiplicidade e a fluidez das identidades sexuais e de gênero, mas, além disso, também sugere novas formas de pensar a cultura, o conhecimento, o poder e a educação". Vê-se que a teoria *queer* foge dos padrões normativos e estigmatizadores impostos pela biologia e pelos padrões sociais.

Berkman (2013, p. 329) ressalta que a autoconstrução sexual do ser humano em si mesmo e nos demais constitui tema dos mais debatidos, sofrendo ataques constantes e apresentam interessantes particularidades. Parecem não se identificar a nenhum projeto de vida, pois a sexualidade não lhes resulta de uma opção. A liberdade para fazer projetos está no autoconstruir-se de acordo com sua sexualidade.

Assim, a liberdade para autoconstruir-se, para criar a própria identidade através da autonomia decisória e, consequentemente, implementar o próprio projeto de vida está intimamente ligada ao empoderamento da dignidade da pessoa humana. A identidade sexual traz questões concomitantes com outras "identidades": étnica, nacional, idiomática e até religiosa, sendo útil em matéria de discriminação (BERKMAN, 2013, p. 330)

A autonomia decisória existencial volta para a satisfação de interesses e das funções relativos à pessoa, tais como o livre desenvolvimento da personalidade, os quais merecem tutela e são socialmente úteis, mas não se subordina a interesses da coletividade. O fim socialmente útil da autonomia existencial consiste na dignidade da pessoa humana, portanto não viola e sim promove a liberdade individual (MEIRELES, 2009, p. 189).

E quais os limites dessa autonomia decisória?

[14] Entrevista concedida à Tv Brasil: Caminhos da Reportagem. Transexual: a busca pela identidade. Ver ref.

3 A Transexualidade na América Latina

As cirurgias de mudança de sexo eram proibidas no Brasil até o ano de 1997. Somente através da Portaria Nº 457, de agosto de 2008 o Ministério da Saúde implantou o Processo Transexualizador pelo Sistema Único de Saúde o qual foi ampliado pela Portaria Nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. A idade mínima para procedimentos ambulatoriais é de 18 anos. Esses procedimentos incluem acompanhamento multiprofissional e hormonioterapia. Para procedimentos cirúrgicos, a idade mínima é de 21 anos.

As cirurgias de redesignação sexual devem ser realizadas nos casos onde realmente forem necessárias. Atualmente, quatro hospitais estão habilitados: Hospital das Clinicas da Universidade Federal de Goiás; Hospital de Clínicas de Porto Alegre; Hospital Universitário Pedro Ernesto, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Fundação Faculdade de Medicina da USP. (DOU nº 225, de 20-11-2013).

Para realizar a mudança de nome e sexo no Brasil é necessário entrar com uma ação judicial e apresentar ao menos dois laudos médicos atestando tratar-se de transtorno de identidade de gênero. Também são necessários documentos e testemunhas comprovando que a pessoa vive como como pessoa do sexo oposto há anos. Cumpre ressaltar que, à exceção da via judicial existe a via administrativa, ainda pouco utilizada no Brasil.

Na Argentina, a cirurgia pode ter a cobertura dos planos de saúde para seus segurados ou ser realizada nos hospitais públicos gratuitamente. A lei Argentina de Identidade de Gênero – Lei 26.743 de maio de 2012 – é considerada a mais evoluída do mundo, pois para mudar o nome não é necessário ir até um cartório. Os interessados devem apenas ir a uma espécie de escritório público de registros com uma declaração e um funcionário do local pode servir de testemunha. (EL PAÍS, 2015).

A lei Argentina não considera doença as identidades trans e o trâmite no Registro Civil é administrativo, além de incorporar a não discriminação das identidades transexuais. Até 2008, a jurisprudência argentina admitia a mudança nos documentos dos transexuais somente após a realização da cirurgia de transgenitalização. (TERRA, 2010).

A Lei da Identidade de Gênero Argentina (2012) é considerada consequência da Lei do Matrimônio Igualitário, aprovada em 2010, tornando-se o primeiro estado latino-americano a permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. (JUSBRASIL, 2010). Essa inovadora lei embasa o reconhecimento da identidade exclusivamente na autodeterminação. Para tanto, basta o requerimento da própria pessoa pedindo para que o seu verdadeiro gênero seja reconhecido, pois é a própria pessoa quem melhor sabe em qual gênero deve viver. Esse avanço é tanto que se estendeu até aos estrangeiros residentes nesse país (G1, 2012).

A lei de identidade de gênero argentina teve impacto na Europa, onde a pressão de grupos ativistas fez com que a Suécia revogasse sua lei em 2013 e alterasse seu procedimento de reconhecimento, baseando-se na autodeterminação e num processo despatologizado, sem intervenção de profissionais de saúde, abolindo a esterilização forçada. (G1, 2012).

O Projeto de Lei 5.002/2013, conhecido como Lei João Nery, em homenagem ao primeiro trans homem do Brasil, ainda encontra-se em tramitação no Congresso Nacional e é inspirado na lei de identidade de gênero Argentina. Sua aprovação seria um passo importante rumo à liberdade das pessoas trans.

No Chile, Ancapan (2014) argumenta que a desigualdade e a discriminação da sociedade chilena estão profundamente radicadas na cultura mestiça, com raízes na colonização espanhola e

culturas pré-hispânicas, moldada através da história por uma série de costumes, valores e atitudes que produzem e reproduzem o binarismo, hierarquias e desigualdades de gênero, raça e classe. (ANCAPAN, 2014).

Isso explica o alto índice de violência contra as pessoas trans no Chile, culminando muitas vezes em assassinato: o fato delas transgredirem o binarismo de gênero. Dessa forma, Ancapan (2014) defende um debate atual que concilie aspectos da Medicina e Direitos Humanos para retirar o estigma patologizante da transexualidade. Portanto, o estabelecimento dessas conexões demonstra que as variações de identidades de gênero não são um acontecimento recente, nem são decorrentes de alguma patologia, mas têm estado presentes na história da humanidade e nas lutas de grupos, em lutas pelo direito à igualdade e erradicação de toda a forma de discriminação. (ANCAPAN, 2014).

Apesar de toda esta construção conservadora e de tendência preconceituosa, movimentos sociais e políticos da história do Chile, sempre foram propensos a materializar ideais de igualdade e liberdade. Embora seja um país signatário de acordos e convênios internacionais, isso não o vincula ou obriga, mas permite avançar para uma sociedade inclusiva. (ANCAPAN, 2014).

No entanto, muitas mulheres trans ainda estão se prostituindo para sobreviver pois não conseguem empregos formais devido ao preconceito e vulnerabilidade. E apesar de todas as conquistas na área da igualdade de gênero alcançadas através das propostas feministas e do movimento histórico sexual mundial, as pessoas trans foram invisibilizadas, por serem uma minoria dentro de uma grande luta. Assim, perderam a visibilidade em troca de juntar forças. A invisibilidade das pessoas trans decorreu da falta de líderes visíveis. (ANCAPAN, 2014).

Para um país conservador como o Chile, a lei do Acordo de União Civil (AUC) promulgada em 13 de abril de 2015 é um verdadeiro marco histórico pois regulamenta a união entre pessoas não casadas, sejam elas do mesmo sexo ou não. Dessa forma, o Estado chileno reconhece como família as uniões homoafetivas e ficou estabelecido um quinto estado civil para os chilenos, além de solteiro, casado, viúvo ou divorciado, foram incluídos os coabitantes civis. Este acordo não necessita de testemunhas e pode ser unilateralmente finalizado. (EL PAÍS, 2015).

O chamado Círculo da Problemática Trans no Chile se resume no fato de que a identidade nacional deve estar em consonância com a anatomia e sendo necessário se submeter à cirurgia de redesignação de sexo para a retificação do documento; porém a cirurgia é realizada apenas no setor privado, necessitando dispor de recursos e para isso tem que conseguir trabalhar. (FUENTES, 2012, p.06).

Apesar de que a Constituição chilena prevê, no artigo 1, inciso 1, a plena igualdade, liberdade e dignidade entre as pessoas. Na mesma linha, segue o texto constitucional no artigo 19, nº 1, inciso 1, reafirmando que a Constituição garante a todos "o direito à vida e à integridade física e mental da pessoa", não fazendo distinção entre heterossexuais, homossexuais, transgêneros e bissexuais. Da mesma forma o artigo 19, nº 4 protege a privacidade e a honra pessoal. Além disso, o artigo 19, nº 26 instrumentaliza a defesa dos direitos fundamentais. (FUENTES, 2012, p.08).

A falta de lei específica sobre a identidade de gênero causa lacunas da lei, o que permite que ocorram injustiças e insegurança jurídica. As leis aplicáveis são duas: a de Registro Civil e a Lei de troca de nome. Porém nenhuma dessas leis faz referência específica à identidade de gênero como causa da retificação, ficando a critério pessoal do juiz ou oficial do registro. Nem mesmo o tratamento de saúde das pessoas transexuais está regulamentado, existindo apenas algumas circulares do Ministério da Saúde, como a Via Clínica Trans que incluiu, em setembro de 2011, a

adequação dos transexuais no Sistema Público de Saúde, porém com pouco efeito prático, sendo mais formal. (FUENTES, 2012, p.14).

Dessa forma, existe uma diversidade de sentenças, desde o deferimento de mudança de nome e sexo sem a realização da cirurgia, como ocorreu em 2007 e 2008, quando três homens trans conseguiram a mudança de nome e sexo sem a transgenitalização feminino para masculino (*ftm*) caso em que a cirurgia não é satisfatória e por este motivo sua realização é afastada. Também pode ser verificada sentença parcialmente procedente com concessão apenas da retificação de nome, mas não do sexo legal, nos casos em que não foi realizada a cirurgia de redesignação sexual, com base no artigo 31 da Lei 4.808, sobre o não uso de nomes ridículos. Esta mesma Lei 4808 de Registro Civil também foi usada como fundamento para o indeferimento da retificação de nome e sexo por não ter sido realizada a cirurgia. (FUENTES, 2012, p.11).

O primeiro texto legislativo do Chile que faz referência explícita à identidade de gênero é a lei contra a discriminação popularmente chamado de "Lei Zamudio", promulgada em 12 de julho de 2012 em homenagem a Daniel Zamudio, jovem gay assassinado de forma brutal supostamente por neonazis. (FUENTES, 2012, p.15;17).

Por outro lado, a Colômbia subsidia as cirurgias de adequação de sexo nos casos de hermafroditismo em menores de idade e quando a Corte Constitucional preceitua a realização do procedimento cirúrgico frente ao diagnóstico de transtorno de identidade sexual. As seguradoras de saúde estão obrigadas a fazer a cobertura das cirurgias, após precedente em 2012, quando a Justiça entendeu que essas intervenções são determinantes para a construção da identidade. (EL PAÍS, 2015).

Assim, desde junho de 2015, para retificar o nome nos documentos é necessário apenas ir a um cartório. Antes disso, era preciso se submeter a exames físicos para comprovar a mudança de sexo. Atualmente, o trâmite dura cerca de cinco dias. Mas há discussões quanto à aposentadoria e ao casamento das pessoas trans (EL PAÍS, 2015). Por outro lado, o casamento homoafetivo encontra grande resistência da população colombiana. (OPINIÃO E NOTÍCIA, 2015).

O México não financia as cirurgias de transgenitalização. Em alguns estados, subsidia apenas o tratamento hormonal. Quanto à mudança de nome, cada Estado tem suas próprias leis, mas na Cidade do México desde março de 2015 há um trâmite simples. Antes dessa data, o processo poderia demorar até seis meses, sendo que era necessário recorrer a um juizado especial no Tribunal da Família. (EL PAÍS, 2015).

No Peru também não há subsídio do sistema público de saúde para as cirurgias. Qualquer mudança ou adição de nome de uma pessoa, que envolva outros dados como sexo, só poderá ser realizada por motivos justificados e mediante autorização judicial. Com a sentença favorável, a pessoa solicita a mudança do seu nome e sexo no Registro Nacional de Identificação e Estado Civil (Reniec). A primeira alteração de nome e sexo no país ocorreu em 2011, após um trâmite de oito anos na Justiça. (EL PAÍS, 2015).

Por outro lado, na Bolívia a transexualidade não é sequer reconhecida legalmente. Os códigos de família permitem que os pais escolham se virá primeiro o sobrenome paterno ou o materno, mas não falam de mudança de sexo. Não há apoio do Estado às cirurgias. Apenas um único caso público de um transexual da classe alta conseguiu a retificação do registro civil após a espera de mais de uma década. As poucas pessoas transexuais que existem estão em situação de vulnerabilidade pois usam seus documentos com as identidades que lhes foram designadas ao nascer. (EL PAÍS, 2015).

O Pew Research Centre revelou que nos maiores países da América Latina metade da população apoia casamentos homoafetivos, contudo, nos países andinos (como Colômbia, Peru e

Venezuela), cerca de dois terços ainda se opõem. Na América Central, a resistência é maior, sendo que a homossexualidade é ilegal em 11 países do Caribe. (OPINIÃO E NOTÍCIA, 2015).

De fato, apenas o direito cubano em seu ordenamento repressivo registra expressamente a punição de manifestações públicas homossexuais (Código Penal, art. 303). Deve-se enfatizar que alguns ordenamentos jurídicos como o chileno, embora não possam mais ser considerados repressivos, revogaram suas leis criminalizadoras (no caso do Chile, em 1998) das relações entre pessoas do mesmo sexo há bem pouco tempo. (RIOS, 2007).

O Equador se destaca por apresentar ordenamentos protetivos proibindo a discriminação por orientação sexual com previsão constitucional expressa.

Rios (2007) revela, em pesquisa panorâmica dos direitos LGBT, a prevalência das abordagens biomédicas na América Latina, especialmente no que se refere à transexualidade verificando a ausência de uma regulamentação fundamentada em direitos humanos principalmente nos casos de travestis ou de transexuais. Observa-se uma abordagem repressiva em relação aos travestis, seja em relação à prostituição, seja criminalizando atos considerados obscenos na via pública. (RIOS, 2007).

Cumpre ressaltar que, do ponto de vista jurídico, na Europa e na América do Norte o reconhecimento de direitos sexuais LGBT está intimamente relacionado aos "direitos negativos" como o direito à privacidade e o direito a não sofrer discriminação. Por outro lado, a experiência latino-americana tem embasamento nos direitos sociais como a reivindicação por direitos previdenciários e de inclusão em planos de saúde. (RIOS, 2007).

4 Violência De Gênero: Crimes De Ódio

Mulheres e LGBTs são prisioneiros em uma espiral de abuso de leis discriminatórias implementadas pelos Estados que são cúmplices da violência de gênero. Além da relação homoafetiva ser criminalizada em alguns países, em outros, como é o caso do Brasil, a homofobia, lesbofobia, bifobia e transfobia não está tipificada no Código Penal. Tal fato acarreta sua subnotitificação, sendo então enquadradas como agressão e maus tratos. Na verdade, se equiparam mais à tortura, passando pela depressão, automutilação, suicídio e morte violenta. As tentativas de suicídio entre homens gays/bissexuais é quatro vezes mais elevada em relação à de homens heterossexuais. O PLC 122, que buscava criminalizar a homofobia equiparando-a ao racismo, foi sepultado no Congresso Nacional (ONU, 2016).

Some-se a isso o fato de que, apesar da previsão legal para o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Resolução n. 175/CNJ, de 14 de maio de 2013; ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF), o Brasil é o país mais violento em relação à crimes de gênero, com mais da metade dos homicídios contra transexuais do mundo. De acordo com o banco de dados do Grupo Gay da Bahia (GGB) foram assassinadas 312 pessoas por "LGBTfobia" no Brasil no ano de 2013; 326 em 2014; 318 em 2015 e 340 em 2016. São 11 mortes a mais do que no ano anterior. Um assassinato a cada 28 horas. A maior parte das mortes ocorreu em via pública por tiros, facadas, asfixia, espancamento e outras causas violentas. Na maioria dos casos as vítimas são amarradas e espancadas e há requintes de crueldade. (RBA, 2017).

A violência – transfóbica, homofóbica, lesbofóbica, bullying e "estupro corretivo" – juntamente com a marginalização e exclusão de redes de educação, saúde, emprego e moradia encontra justificativa na patologização das identidades de gênero e orientações sexuais.

Especialistas da ONU e outros organismos internacionais pedem o fim da patologização da orientação sexual, da identidade de gênero ou expressão de gênero, uma das principais causas das violações dos direitos humanos das pessoas LGBTI (ONU, 2016).

Segundo Mott (2016) em 99% dos casos de violência de gênero os quais classifica como "homocídios" o motivo para tais crimes é a LGBTfobia individual, onde o assassino apresenta a própria sexualidade mal resolvida, ou homotransfobia cultural, onde a violência é endêmica e relega as travestis às margens da sociedade ou então homofobia institucional, quando a segurança nos espaços LGBT não é garantida assim como leis que criminalizam LGBTfobia não são aprovadas. Ressalta ainda que se uma pessoa LGBT estiver envolvida com ilícitos, sua condição aumenta o ódio e a violência na execução do crime contra pessoas destes grupos (GGB, 2016) ou (MOTT, 2016).

A violência com requintes de crueldade é uma constante nesses crimes. Há o predomínio de execuções com arma branca (37%), seguidas por arma de fogo (32%), sendo também observados o espancamento, pauladas, apedrejamento e envenenamento. Ressalte-se a tortura prévia com o uso de múltiplos instrumentos e o excessivo número de golpes, características típicas de crimes de ódio: H.F. 60 facadas; I.J.S 13 tiros; B.C.X. esquartejado e cimentado; P.G. tronco e braço decepados; C.M.S. corpo todo perfurado e um "X" nas costas marcado a faca; A.P. espancamento até a morte, desfigurando a vítima e gravado em vídeo. A brutalidade é evidente. Somente em 1/4 desses homicídios o criminoso foi identificado e menos de 10% das ocorrências redundou em abertura de processo e punição dos assassinos. A impunidade serve de estímulo para novos crimes contra LGBTs (GGB, 2016).

A impunidade também é consequência da falta de criminalização da LGBTfobia pois a falta de uma legislação específica voltada a garantir a inserção da população LGBT no sistema jurídico, dificulta os diagnósticos oficiais do problema. Apesar do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública (SINESP) possuir campos de orientação sexual, identidade de gênero e nome social, as delegacias e secretarias de Segurança Pública estaduais não realizam o cadastro dos dados de forma completa impossibilitando assim a contagem real dos dados. A ficha do IML também não possui campo para esses dados. Atualmente, no relatório do governo, não estão incluídas as ocorrências policias, mas apenas as denúncias do Disque 100 (também conhecido como Disque Direitos Humanos), da Ouvidoria do SUS e da Ouvidoria da Secretaria de Políticas para as Mulheres (HUFFPOST BRASIL, 2016). No ano de 2013 foram registradas 1.965 denúncias de 3.398 violações relacionadas à população LGBT, envolvendo 1.906 vítimas e 2.461 suspeitos (ROSA, 2016).

Desse modo resta evidente a necessidade de políticas públicas de enfrentamento à homofobia e de promoção da cidadania LGBT. De tal modo, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) abriga em sua estrutura o Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT, de composição paritária entre sociedade civil e membros do Governo Federal, e a Coordenação Geral de Promoção de Direitos de LGBTs. (BRASIL, 2013).

Nesta questão da justiça paritária se insere o reconhecimento, que Fraser (2010, p. 120) aborda como uma questão de status social. A partir dessa perspectiva, o que requer o reconhecimento não é a identidade específica do grupo, mas o status dos membros do grupo como parceiros na interação social. Desconhecimento, portanto, não significa depreciação e deformação da identidade do grupo, mas subordinação social, no sentido de ser impedido de participar por igual na vida social.

Como exemplo, estão as leis relativas ao casamento e o Estatuto da Família, que excluem os relacionamentos homoafetivos, classificando-os como ilegítimos e perversos, que são

discriminatórias, relegando-os a seres deficientes e inferiores. Assim, o modelo heterossexual, de famílias patriarcais e de brancos é considerado normal, adequado e obediente à lei; por outro lado, o modelo homossexual, os transexuais, de famílias matriarcais e de negros é considerado perverso, inadequado e perigoso (FRASER, 2010, p. 121) pois são contrários ao padrão heterossexista dominante, segregacionista e excludente. As pessoas podem ser heterossexuais ou homossexuais, cisgêneras ou transgênera, brancas, amarelas, pardas ou mulatas, desde que se respeitem e interajam entre si para a construção do ser em todas as suas potencialidades e para o bem social comum.

Dessa forma, pode-se concluir que o transexual é a pessoa que vai de encontro às normas vigentes, contendo inscritas em seu corpo e mente a dualidade e a diversidade antagônicas aos padrões preestabelecidos. Contudo, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da privacidade não excluem pessoa alguma. A dicotomia em que vivem os transexuais, associada à patologização de sua condição, somada ao desrespeito da sociedade em lhes proibir o reconhecimento, vinculam-se à quebra do respeito e da dignidade ao ser humano, base da Constituição de 1988.

A evolução da medicina e das ciências psi aponta que o padrão de identificação do sexo da criança pode não condizer com sua realidade futura, indicando a necessidade de novos conceitos, a fim de dirimir danos causados pelo fato de ser diferente do estabelecido pela norma vigente. A identidade sexual é plural e multifatorial. O reconhecimento dos transexuais com relação à sua identidade psicofísica diminui os conflitos sociais existentes e evita a própria morte psicossocial do transexual, protegendo-o da degradação e da ofensa.

O respeito e a interação entre os diferentes contextos e identidades deveria embasar o reconhecimento das relações multiculturais, porém a tendência é simplificar drasticamente e reificar identidades de grupo. Nesse sentido, cumpre observar a segregação dos grupos como aqueles formados por negros, mulheres, grupos LGBT, dentre eles os transexuais, que sofrem com a discriminação e a violência moral, física, verbal, sexual e social acarretando baixa autoestima e subordinação.

O Estado e a sociedade também são responsáveis pela autorrealização da pessoa trans através de políticas de reconhecimento e solidariedade de grupo. A violência de gênero tem o Estado e seus representantes legais como cúmplices. A falta de lei específica dos crimes cometidos contra pessoas LGBTs – lesbofobia, homofobia, bifobia e transfobia – e a criminalização, em muitos países, do relacionamento homoafetivo somados à falta de reconhecimento da identidade de gênero da pessoa transexual só aumentam sua segregação e violência. A falta de leis e a impunidade denotam a inefetividade do Estado em prevenir, investigar, julgar e sancionar tais crimes de gênero. O respeito e reconhecimento das diversas identidades sociais e culturais contribui para o empoderamento do cidadão transexual de sua autonomia decisória e diminuição da marginalização do deslocamento e do machismo autoritarista da reificação.

A forma como o transexual se identifica e é reconhecido no meio em que vive necessita ser observada também no seu registro.

5 Considerações Finais

O princípio da primazia da realidade prevê que o fato precede a forma. Sob esse aspecto,

deduz-se que a realidade corresponde à identidade vivenciada pela pessoa, ou seja, em relação à identidade de gênero, implica em como as pessoas se representam e como são reconhecidos. Reforçam-se, nesse caso, os princípios da dignidade humana, da igualdade, da liberdade, da fraternidade, da solidariedade, da proteção e da primazia da realidade.

As experiências vividas no caso concreto permitem que a realidade seja observada sob diversos ângulos. Somado à isso, as inovações da medicina e tecnologia permitem repensar conceitos. É impensável pensar em obrigar um ser humano a viver de forma segundo a qual ele próprio não se reconhece, de forma a impedi-lo de viver com dignidade. Impedir uma pessoa de fazer a adequação de nome e sexo no registro civil é fazer com que esta pessoa viva à margem, é marginalizá-lo e retira suas possibilidades de viver em plenitude, desde suas características mais básicas como sua identidade.

As mudanças requerem tempo para serem assimiladas, pois o binarismo de gênero e a heteronormatividade estão intrincados nos conceitos humanos. Entrementes, já não existem justificativas para continuar com essa forma opressora e criminalizadora da sociedade. Como visto, as sociedades latinas em virtude das raízes colonizadoras apresentam este comportamento tão profundamente radicadas na cultura mestiça, moldada através da história por uma série de costumes, valores e atitudes.

A liberdade do indivíduo inclui dispor da própria sexualidade, que encontra-se inserida na autonomia da vontade. Esta, por sua vez decorre diretamente do princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Cumpre observar também o direito à igualdade, a ter um nome correspondente como todas as pessoas, posto que a realidade psicológica e a vivenciada pela pessoa transexual é a que deve constar em seus registros de acordo ao princípio da primazia da realidade.

Dessa forma, percebe-se que uma pessoa pode ter seu gênero latente internamente devido a diversos fatores, sejam culturais, econômicos, familiar e sociais. Mas, a partir do momento em que o indivíduo consegue incorporar sua realidade psicológica e decide assumir-se transexual, é de vital importância que a sociedade, a família e o Estado estejam preparados para as diferenças. O desajuste causado pela dor moral em consequência de atitudes discriminatórias e preconceituosas constitui crime à dignidade humana comparável à morte moral.

É necessário zelar pela respeitosa convivência dos diferentes, observando o pluralismo sócio-político-cultural, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido mulher ou homem ou de se descobrir transexual. O direito precisa acompanhar as revoluções humanas e o gênero está passando por um processo de readaptação ou de redescoberta em que apenas o processo de visualização do sexo anatômico ao nascimento já não resta suficiente, posto que o indivíduo passa por várias transformações ao longo da vida.

Sendo o sexo multifatorial, verifica-se que a observação do sexo psicossocial da pessoa possui uma efetividade prática maior e é o que comporta o respeito ao princípio da dignidade humana, haja vista que o nome e o sexo são direitos de personalidade que visam à identificação do indivíduo na sociedade e como ele é reconhecido em seu meio. A autonomia decisória permite, com base no "ser" e não no "ter" que a pessoa transexual viva e seja reconhecida de acordo com o sexo psicológico por ele vivido.

Referências

ANCAPAN, Claudia. *Visibilizando a las personas trans.* Los prejuicios, vulnerabilidades y la incitación al odio en contra. A objeto de contribuir a prevenir la transfobia en Chile. Ponencia presentada ante la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía, como aporte al

debate proyecto de ley que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género. Boletín 8.924-07. 2014.

ANDRADE, Daniela. Feminismo pra que: o preconceito contra transexuais no mercado de trabalho. *Carta Capital*. 01/11/2013. Entrevista concedida a Nadia Lapa. Disponível em: < http://www.cartacapital.com.br/blogs/feminismo-pra-que/o-preconceito-contra-transexuais-no-mercado-de-trabalho-2970.html>. Acesso em: 03 nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses públicos versus interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo:* a experiência vivida. 7. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1949, v.2.

BENTO, Berenice. Na escola se aprende que a diferença faz a diferença. In: *Estudos Feministas.* Florianópolis, 19(2): 336, mai-ago/2011. Disponível em: http://www.scielo.br. Acesso em 20/01/2015.

BERKMAN, Ricardo Rabinovich. Sobre o direito relacionado à Identidade sexual e aspectos relacionados. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (coord). *Direito à diferença:* aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRASIL. *Ministério da Saúde.* Portaria Nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em 15 jan 2016.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. ADIN 4277/DF 2011. A.C. Nº 70041776642. Relator, Des. Rui Portanova. 2011.

CIDH. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex em América*. v. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36, 2015. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf.SerieDeInformesTemáticos. Acesso em 20 abr 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.955, de setembro de 2010. Dispõe sobre a cirurgia de transgenitalização e revoga a Resolução CFM n. 1652/2002. *Diário Oficial da União*, 2010, 03 set. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/ cfm/2010/1955_2010.htm > Acesso em: 10 jan. 2016.

COHEN, Jean L. *Repensando a privacidade:* autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto.In: Revista Brasileira de Ciência Política, nº 7, Brasília, jan-abr de 2012. p. 165-203.

EL PAÍS. Chile realiza as primeiras uniões civis de casais homossexuais. Reportagem de MONTES, Rocio. Santiago de Chile. 23 out 2015. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/22/internacional/1445535590_295707.html. Acesso em 19 jan 2016.

EL PAÍS. Os direitos básicos aos quais transexuais e travestis não têm acesso. São Paulo, 31 ago 2015. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/28/politica/1440778259_469516.html. Acesso em 15 jan 2016.

FUENTES, Carol Alarcon. *Tratamiento de la Transexualidad en el Campo Jurídico Chileno.* Disponível em: http://www.frentedeladiversidad.cl/ebooks/carol-Alarcon-tratamiento-de-la-transexualidad-en-chile.pdf. Acesso em 10 jan 2016.

G1. Congresso da Argentina aprova lei de identidade de gênero. São Paulo, 10 maio 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/05/congresso-da-argentina-aprova-lei-de-identidade-de-genero.html>. Acesso em: 05 out. 2015.

GRUPO DE ADVOGADOS PELA DIVERSIDADE SEXUAL/SP (GADVS/SP). Em defesa dos direitos da população LGBTI. IOTTI, Paulo. *Direitos negados a LGBTS*. 20/09/2014. Disponível em: <http://www.gadvs.com.br/?p=1903>. Acesso em: 20 fev. 2015.

HONNETH, Axel. Integridade e desrespeito: princípios para uma concepção de moralidade baseada na teoria do reconhecimento. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de (Org.). *Correntes Contemporâneas do Pensamento Jurídico.* Barueri: Manole, 2010. Cap. 6. p. 115-132.

JUSBRASIL. Congresso da Argentina aprova lei de identidade de gênero. Disponível em: http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3114062/congresso-da-argentina-aprova-lei-de-identidade-de-genero. Acesso em 05 jan 2016.

LOURO, Guacira Lopes. *Um corpo estranho*: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Mariana. *Transexual: a busca pela identidade:* depoimento (27/11/2014). Tv Brasil: caminhos da reportagem. Entrevistadores Aline Beckstein, Gustavo Minari, Luana Ibelli. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/ episodio/transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>. Acesso em: 30 nov. 2014.

MOURA, Maria Luiza. Narrativas judiciais sobre transexualidade. IV ENADIR, Grupo de Trabalho nº 15 – Processo, construção da verdade jurídica e decisão judicial. Disponível em: www.enadir2015.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic. *USP*, 2015. Acesso em 07 jan 2016.

OPINIÃO E NOTÍCIA. Casamento gay é bandeira da classe média na América Latina.08 out 2015. Disponível em: http://opiniaoenoticia.com.br/vida/casamento-gay-e-bandeira-da-classe-media-na-america-latina/. Acesso em 04 jan 2016.

RBA. Violência contra LGBT cresce em 2016, com 340 casos registrados. 03/01/2017. Disponível em: http://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2017/01/violencia-contra-lgbts-cresce-em-2016-e-340-casos-sao-registrados-9640.html. Acesso em 12 fev 2017.

RIOS, Roger Raupp. *Direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano*, 2007.

ROCHA, Marcia. *Transexual:* a busca pela identidade – depoimento (27/11/2014). Tv Brasil: caminhos da reportagem. Entrevistadores Aline Beckstein, Gustavo Minari, Luana Ibelli. Disponível em: <http://tvbrasil.ebc.com.br/caminhosdareportagem/episodio/ transexual-a-busca-pela-identidade#media-youtube-1>. Acesso em: 30 nov. 2014.

SANTANA, D., SUBIABRE, D. y ZAPATA, R. *Judicialización de los derechos de los transexuales en Chile:* cambio de nombre y sexo. Universidad de Concepción, 2011.

TERRA. Argentina concede documento de identidade a transexual. 2 dezembro 2010. Disponível em: http://noticias.terra.com.br/mundo/america-latina/argentina-concede-documento-de-identidade-a-transexual,357ebe14db92b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html. Acesso em 06 jan 2016.

DIREITOS HUMANOS, EDUCAÇÃO E VIOLÊNCIA: REFLEXÕES À LUZ DO SUDOESTE PARANAENSE

Messias da Silva Moreira, mestrando
em Educação na UNIOESTE (campus
Francisco Beltrão-PR);
messias.moreira@unioeste.br;

Resumo:

O presente estudo tem por propósito analisar como a educação pode contribuir para a garantia e o exercício dos Direitos Humanos numa contra partida ao estrondoso crescimento dos diversos tipos de violências praticadas na atual sociedade, em especial no âmbito escolar. Somente uma educação voltada para a cidadania irá fornecer aos educandos valores ético-morais libertadores, através de conhecimentos e habilidades que irá incutir o respeito pelos Direitos Humanos, justiça social, diversidade, igualdade de gênero e sustentabilidade ambiental, e assim, tornando-os verdadeiros cidadãos, conhecedores e praticantes dos seus direitos e deveres. As desigualdades sociais e econômicas no Brasil são cada vez mais acentuadas, motivadas pela manutenção do *status quo* da classe burguesa dominante, através de práticas reinteradas que segregam, oprimem e mantém a classe operária oprimida sob o julgo e subalternidade ao opressor burguês. Contudo, alguns atores sociais buscam promover diversificadas ações destinadas à promoção e à defesa dos Direitos Humanos, bem como, políticas afirmativas, que vão desde criação de entidades protetoras de "minorias" étnico-raciais e de gênero às ações afirmativas. Porém, no campo da educação as ações dos atores internos são extremamente acanhadas enquanto as ações dos atores opressores externos são muito perspicazes e audaciosas. A discussão sobre os Direitos Humanos e as ações e políticas relacionadas a esse tema, devem ser levados a debate nas instituições de ensino, pois esse é o ambiente ideal para a formação da consciência social cidadã do povo brasileiro, no tocante a estes assuntos que são extremamente importantes para a formação de uma sociedade igualitária.

Palavras-chave: Cidadania. Direitos Humanos. Educação. Escola. Violência.

Abstract:

The purpose of this study is to analyze how education can contribute to the guarantee and exercise of human rights, in contrast to the resurgence of the various types of violence practiced in the present society, especially in schools. Only a citizenship-oriented education will provide learners with ethical and moral values, through knowledge and skills that will instill respect for human rights, social justice, diversity, gender equality and environmental sustainability, and thus make them true Citizens, knowers and practitioners of their rights and duties. Social and economic inequalities in Brazil are increasingly accentuated by the maintenance of the status quo of the dominant bourgeois class through reinstated practices that segregate, oppress and maintain the oppressed working class under the judgment and subordination of the bourgeois oppressor. However, some social actors seek to promote diversified actions aimed at the promotion and defense of human rights, as well as affirmative policies, ranging from the creation of ethnic and racial minority protectors and affirmative action. However, in the field of education the actions of

the internal actors are extremely narrow while the actions of the external oppressors are very perceptive and audacious. The discussion about human rights and the actions and political related to this topic should be brought to a debate in educational institutions, as this is the ideal environment for the formation of the citizen social conscience of the Brazilian people, regarding these subjects that are extremely important for the formation of an egalitarian society.

Key words: Citizenship. Education. Human Rights. School. Violence.

1 Introdução

Versar sobre educação e Direitos Humanos é peregrinar por um campo onde diversos estudiosos, filósofos, sociólogos, pedagogos, cientistas humanos e sociais já prestigiaram com seus entendimentos através de diversas abordagens, e ainda, por terem uma importância tão grande para sociedade como um todo, são constantemente discutidos em todas as classes sociais, dos mais intelectuais aos iletrados, sendo que, da mesma forma, falar de violência é positivar a fala de grande parte da população mundial, que independente de classe, cor, raça, etnia, religião, nível de conhecimento estão sendo vítimas ou vitimando alguém neste exato momento.

O Brasil possui arcabouço legislativo voltado para os Direitos Humanos que de certa forma é exemplo para muitos países, é signatário do Pacto de *San Jose* da Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos), a sua Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição cidadã, em face da importância dispensada às garantias aos direitos fundamentais individuais e coletivos, protegidos como cláusulas pétreas; Leis de Proteção ao Idoso; à Criança e o Adolescente; à Pessoas com Deficiências; de Proteção ao Consumidor; de Proteção Ambiental; que autoriza a União a efetuar contribuição à organização Mundial de Saúde (OMS), destinada a apoiar a viabilização da Central Internacional para Compra de Medicamentos de Combate a AIDS, malária e tuberculose; que garante o pagamento pela empresa do salário maternidade devido à segurada gestante; que define Crimes de Tortura; que regula o Direito de Representação e o Processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de Abusos de Autoridade; Lei Caó (essa lei é a principal arma na luta pela punição dos crimes decorrentes do racismo, preconceito e discriminação racial no país); Lei Maria da Penha (cria mecanismos para coibir a violência doméstica contra a mulher); que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS); que dispõe sobre a Proteção e os Direitos das Pessoas Portadoras de Transtornos Mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental; Estatuto do Refugiado; que Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais; que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN); que cria o Programa Federal de Assistência à Vítimas e à testemunhas Ameaçadas; e o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, essa é uma parte da legislação que visa garantir a execução de uma série de ações e medidas voltada para política de ações afirmativas.

Infelizmente, em contrassenso a todos os atos e medidas da política de ações afirmativas, o mesmo Brasil se destaca em violações sistemáticas aos direitos e garantias humanas, esta afirmativa é facilmente constatada ao se observar os diversos meios de comunicações. Diariamente são violados e desrespeitados os Direitos Humanos, ferem a dignidade humana através de diversas modalidades de violência, sob o viés da corrupção, discriminação, trabalho

escravo e desumano, manutenção de desigualdade social, cerceamento de direitos básicos como a saúde, saneamento básico, educação e impunidade aos agressores desses direitos.

Como se depreende do exposto acima, não basta ter um rol de leis e políticas voltadas para a garantia dos Direitos Humanos, se a própria sociedade a que se destinam, não as conhece ou compreende, não respeita ou faz respeitar. Parte da população, principalmente nos grandes centros urbanos, demonstra certa sensibilidade, uma atuação cada vez mais direta as questões políticas, sociais, éticas e culturais no que se referem aos Direitos Humanos, as demais regiões ainda demonstra uma insensibilidade e até preconceitos a determinados direitos. Porém, é necessário o esclarecimento, a internalização desses direitos, o enraizamento de um determinado comportamento verbal que consequentemente se torna operante, tais fatos somente podem ocorrer se for de forma sistemática e consistente, ou seja, através de um processo didático e pedagógico que só a educação libertadora consegue.

2 Direito Humanos: Relexões Iniciais

As questões dos Direitos Humanos são inerentes à vida em sociedade, podendo ser de cunho pessoal ou interpessoal, de um grupo ou de toda uma nação. Mas como discutir a realidade destas questões, das lutas e suas possibilidades, se esses direitos não são peculiares ao ideário individual ou social? E ainda, o que é pior, quando há uma cultura de senso comum na sociedade brasileira, que a defesa dos Direitos Humanos está associada a "proteção de bandidos" (Candau; Sacavino, 2013, p. 65).

Quando se tem como finalidade manter, construir ou reestruturar uma democracia os discursos são mais obstinados e ferrenhos, devido às influencias político-partidárias. Entretanto, há discursos que não passam de simples recurso de eloquência[15], ou seja, não se pode encarar como uma ferramenta de luta pela paz, pela justiça e/ou democracia.

Debater Direitos Humanos de forma horizontal entre os populares é um objetivo a ser alcançado por aqueles que possuem a responsabilidade de formar e transformar a sociedade através da difusão do conhecimento. Quando se fala de debate horizontal, o que se deseja é o diálogo no âmbito da comunidade, sem hierarquização do saber, pois o diálogo aberto sobre Direitos Humanos transforma definitivamente a contexto social, embora, num primeiro momento, se faz necessário à formação dos agentes disseminadores do conhecimento, os atores sociais. Neste intento há a necessidade de formar através dialética e da práxis social, agentes formadores de opinião pública sobre Direitos Humanos.

Mas o que são Direitos Humanos? São direitos e garantias fundamentais ao ser humano, entre outros, são o direito à vida (alimentação, saúde, moradia, segurança e outros) e à liberdade (ir e vir), à liberdade de opinião e de expressão (cultura, religião e outros), o direito ao trabalho (ambiente salubre, salário digno, descanso remunerado, férias, aposentadoria e outros) e à educação (qualificação e cidadania), independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.

Cabe aqui à ressalva de um ponto importante, no que tange a dicotomia entra Direitos Humanos e direitos fundamentais, pois no discorrer desta obra serão abordados como sinônimos,

[15] "Direitos humanos constitui um discurso retórico, que serve mais para legitimar situações de violações, do que ser um instrumento de luta pela justiça pela paz e pela democracia." (Candau e Sacavino, 2013, p. 60)

todavia, a epistemologia desses ramos das ciências jurídicas e sociais demonstra que os Direitos Humanos é mais amplo[16] e até certo ponto inexato no que se refere aos direitos fundamentais do ser humano[17], inclusive, no direito brasileiro, tem sua previsão legal na Carta Magma de 1988, num rol extenso, previsto nos 78 incisos do artigo 5º da CF/88.

Com o espoco de evidenciar o quanto é amplo e extremamente extenso o entendimento sobre Direitos Humanos, e ainda, o grau de importância que o ser humano oferta ao tema, longe de está pregando qualquer tipo de cultura ou religião, o professor Narciso L. X. Baez desenvolve uma pesquisa minuciosa e nos brinda com tal informação histórico-épico-cultural:

> "a religião mais antiga do mundo, o hinduísmo, cujos textos arcaicos de *Vedas* e *Upanishads* têm suas raízes no período *harapano* inicial, em 5500-2600, antes da era Cristã, concebe os homens como parte da natureza, a qual estão ligados por laços espirituais indissolúveis. Um dos pontos de destaque dessa doutrina é justamente a obrigação que cada ser humano tem de boa ação e conduta para com as necessidades dos outros, pois somente mediante esse comportamento é que o indivíduo poderá alcançar a evolução espiritual necessária, em cada reencarnação, para chegar ao *moksha* (perfeição e fim do ciclo reencarnatório). O fato que chama a atenção nessa doutrina é o registro de uma preocupação pré-histórica com a dignidade humana, pois os textos básicos datam do fim do período neolítico e já nessa época remota encontra-se a preocupação e a compaixão para as necessidades do outros." (Baez, 2012, p.17)

Destaca-se do estudo do eminente professor a afirmação do respeito à necessidade dos outros; do comportamento probo em relação ao outro ser humano; e a valorização da dignidade humana, tudo isso a mais de 7000 anos atrás, ou seja, na pré-história. Princípios e regras de conduta que até hoje não é observado por grande parte da população mundial.

3 Educação Voltada para os Direitos Humanos

A educação é o meio pelo qual são transmitidos às pessoas os conhecimentos e as habilidades necessárias para que as mesmas tenham condições de exercer atividades profissionais e as atividades da vida social, através do processo de ensino a educação tem esse poder de incutir, de introduzir conhecimentos e atitudes, que tira algo do campo do desconhecido e do impossível para o verossímil, criando possibilidades, tornando ordinário determinados comportamentos desejáveis, e neste caso, em específico, formar verdadeiros cidadãos. Tal educação,

---

[16] Ampliando a temática o Prof. Ingo W. Sarlet "No que concerne à terminologia e ao conceito adotados, a própria utilização da expressão "direitos fundamentais" no título desta obra já revela, de antemão, a nossa opção na seara terminológica, o que, no entanto, não torna dispensável uma justificação, ainda que sumária, deste ponto de vista, no mínimo pela circunstância de que, tanto na doutrina, quanto no direito positivo (constitucional ou internacional), são largamente utilizadas (e até com maior intensidade), outras expressões, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais", apenas para referir algumas das mais importantes." (Sarlet, 2012, p.17)

[17] Nesta mesma linha de raciocínio coaduna a professora Thaís J.Wenczenovicz: "O critério de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é, nesta ótica, o grau de concreção positiva entre eles, do que se pode inferir que os direitos humanos mostram-se, como conceito, mais amplo e impreciso do que o conceito de direitos fundamentais. Em virtude disto, é que frequentemente o termo "direitos humanos" é entendido" (Wenczenovicz; Cavalheiro, 2016, p. 5)

necessariamente, deve ser norteada por uma pedagogia materialista histórico dialética, a pedagogia histórico-crítica.

Uma educação libertadora, revolucionária, norteada pelos Direitos Humanos necessita de uma pedagogia também libertadora, conforme se depreende neste trabalho, uma pedagogia firmada na práxis (ação e reflexão) desses Direitos Humanos intrínsecos a vida do homem em sociedade, na visão de Saviane e Duarte, somente a pedagogia histórico-crítica sabe como, tem esse *know how.*

Alguns atores sociais defendem que antes de se trabalhar a questão de pensar na transmissão de uma educação de qualidade, deve-se pensar em criar meios de acesso à educação para todas as pessoas, pois em diversos lugares desse país continente há pessoas que se quer tem acesso ao ensino escolar de forma regular. Segundo a organização "fora da escola não pode!", instituição com a chancela da UNICEF, no Brasil 1.154.172 crianças de 4 a 5 anos não frequentam a escola; 439.578 crianças de 6 a 10 anos estão fora da escola; e na faixa etária de 11 a 14 anos são 526.727 crianças; já os jovens de 15 a 17 anos somam 1.725.232; esta organização após as pesquisas realizadas chegou à conclusão que os fatores preponderantes a essa realidade numérica se dão pelo peso histórico familiar[18]; pelas desigualdades sociais[19], raciais e de etnias[20]; e ainda, apenas 18% das escolas públicas de educação básica tinham condições de acessibilidade para receber alunos com deficiência em 2010[21]. Segue abaixo através do recurso gráfico, a estatística do município de Francisco Beltrão, sudoeste do Paraná.

Gráfico 1: Crianças Fora Da Escola Em Francisco Beltrão



Fonte: <http://www.foradaescolanaopode.org.br/exclusao-escolar-por-municipio/PR/4108403-Francisco_Beltr%C3%A3o> acesso em 16abr.17

Esses números são incontestáveis e com certeza é uma questão de Direitos Humanos, pois é um direito fundamental do ser humano o acesso a educação, e mais, que esta seja de qualidade, não equacionar esse problema pelo prisma matemático e sim para o fim que se destina, educar para libertar. Na mesma sintonia de pensamento segue um estudo da UNESCO:

> Embora aumentar o acesso à educação continue a ser um importante desafio em muitos países, a melhoria da qualidade e da relevância da educação atualmente vêm recebendo mais atenção do que nunca, com a devida ênfase

[18] A baixa escolaridade dos pais ou responsáveis é uma barreira sociocultural importante para o acesso das crianças e dos adolescentes à educação; fonte: <http://www.foradaescolanaopode.org.br/desafios/acesso> acesso em 16abr.17;

[19] A pobreza interfere negativamente no acesso à escola – quanto menos recursos financeiros tem a família, maior o índice de exclusão. (idem)

[20] Enquanto 81,6% das crianças brancas de 4 e 5 anos frequentavam a escola, 79,2% das negras estavam matriculadas. (idem)

[21] O acesso e a permanência de crianças e adolescentes com deficiência no ensino público ainda é um desafio. Segundo o estudo Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise, publicado pelo Ipea em 2012. (idem)

> na importância de valores, atitudes e habilidades que promovam o respeito mútuo e a coexistência pacífica. Além de habilidades e conhecimentos cognitivos, a comunidade internacional tem instado por uma educação que contribua para a resolução dos desafios globais já existentes e emergentes que ameaçam o planeta e, ao mesmo tempo, ajude a aproveitar com sabedoria as oportunidades que essa educação oferece. (UNESCO, 2015)

A educação escolar atual na forma que está estruturada ou desestruturada, dependente do prisma de quem analisa, não consegue realizar uma educação humanizadora. As relações internas das instituições de ensino, principalmente entre educador e educando ainda se faz pela imposição de poder, com o professor exercendo autoridade absoluta sobre os alunos dentro da sala de aula, enquanto ele mesmo é um funcionário de desprezado e desvalorizado pelo sistema de educação estatal, o que observa como um comportamento de projeção para psicologia.

Em analogia a afirmativa do mestre Saviani, chega-se a seguinte conclusão: Quando mais se falou de Direitos Humanos na sociedade, mais violenta e menos cidadã ela se demonstrou, quando foi mais oprimida, mais se discutiu e articulou em prol dos direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos humanos visando à construção de uma ordem democrática[22].

E ainda, a metodologia de ensino e avaliação, bem como o currículo escolar praticados na atualidade, se expressam em uma cultura de competição[23] e a tão pregada disciplina, que aqui deve se ter como uma conduta que garante o bem-estar dos indivíduos ou o bom funcionamento de um organismo ou uma organização necessária ao ambiente escolar é exigida e imposta de forma tal que se torna contra o desenvolvimento de Direitos Humanos e a cultura democrática. A educação em Direitos Humanos precisa ser uma educação pensada para criança, o jovem que está em plena formação de um cidadão, respeitando o seu papel na construção do conhecimento ao invés de tratá-la como depósitos estáticos[24] de conhecimento. Coaduna com este entendimento a professora Monisha Bajaj, como segue:

> A educação radical da EDH (educação em direitos humanos)grifo nosso precisa de uma pedagogia radical. A sala de aula, como existe hoje, é inadequada para realizar uma educação humanizadora. Relações de sala de aula são relações de poder, com o professor exercendo autoridade absoluta sobre os alunos dentro de seu espaço confinado, enquanto ele mesmo é um funcionário de baixo nível no sistema de educação burocratizado, elite-driven, elite-centered. O currículo, os métodos de avaliação, uma cultura ferozmente competitiva e os conceitos de disciplina militam contra o desenvolvimento de direitos humanos e a cultura democrática. A educação em direitos humanos precisa ser uma educação centrada na criança, respeitando o papel da criança como construtora de conhecimento ao invés de tratá-la como receptora passiva de informações. (Bajaj, 2011, página 511)25

---

[22] In: Escola e Democracia: "quando mais se falou em democracia no interior da escola, menos democrática foi a escola e quando menos se falou em democracia, mais a escola teve articulada com a construção de uma ordem democrática." (Saviani, 2012, p. 49)

[23] As escolas públicas vem dispensando os livros didáticos distribuídos pelo MEC e adquirindo os ditos "sistemas de ensinos", tais como "sistemas COC, Objetivo, Positivo, Uno, Anglo e etc". Argumentando que estes "Sistemas" ajudam a alcançarem melhores índices nas avaliações do IDEB (Idem, 2014, p.5)

[24] Em analogia ao professor Paulo Freire quando diz: "o educador faz "comunicados" e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção "bancária" da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los." (Freire, 2004 p. 33)

[25] Radical education of HRE needs a radical pedagogy. The classroom, as it exists today, is ill-suited to transact a humanizing education. Classroom relations are power relations, with the teacher wielding absolute authority over the students within its confined space, while she herself is a low level functionary in bureaucratized, elite-driven, elite-centred education system. The curriculum, evaluation methods, a fiercely competitive culture, and concepts of discipline militate against nurturing a human rights and democratic culture. Human rights education needs to be a

A educação deve se voltar para conscientização através da multidisciplinaridade e do multiculturalismo, afeta a todas as áreas do conhecimento humano[26], é capaz de realizar uma revolução social através de uma pedagogia libertadora que humaniza e orienta o educando quanto ao seu papel social como cidadão diante de uma sociedade democrática de direito, diante dessa perspectiva a pedagogia norteadora desse processo de ensino e aprendizagem é a histórico-crítica.

> A pedagogia histórico-crítica não deve ser reduzida a um método de ensino, muito menos a uma sequência de passos a serem aplicados à quaisquer conteúdos escolares. Essa pedagogia entende que os conteúdos escolares devem ser organizados como uma resposta à pergunta "o que é a realidade?" (DUARTE, 2016, p. 5 e 6).

A educação em Direitos Humanos estruturada pela pedagogia histórico-crítica, pensada através do materialismo histórico-dialético, conduz fatalmente o povo à liberdade, através da práxis (ação e reflexão) (Freire, 2004, p.21). O educando se torna um homem que pensa, sente e age por conta própria, orientado a um *devenir*, vir a ser, em busca do ser mais[27]; não será um repositório de conhecimentos acumulados na memória; há de ser um poder aquisitivo capaz de enfronhar prontamente em qualquer assunto ou matéria consoante requeiram as necessidades do momento. Nada o embaraçará, nenhuma pedra de tropeço o mobilizará no desenrolar de sua vida social.

3.1 Educadores em Educação em Direitos Humanos

A formação de professores em Direitos Humanos não é o foco deste artigo, porém, seria relapso não fazer alguns apontamentos sobre o assunto, visto que não há como falar em educação escolar, ensino e aprendizagem sem as personagens centrais deste ato, o professor e o aluno. A oferta de uma educação de qualidade voltada para humanização do educando, em consequência, a humanização de toda sociedade, faz com que, obrigatoriamente, os profissionais da educação tenham a necessidade de ser qualificados, sejam pela formação inicial ou pela complementar, através de cursos de especialização, concomitantemente a participação de simpósios, congressos,

---

child-centred education, respecting the child's role as constructor of knowledge rather than treating her as a passive recipient of information - *tradução do autor*. (Bajaj, 2011, p. 511)

[26] Logo na introdução do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH/2006), aprovado pelo **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009,** define que a educação em direitos humanos é compreendida como um processo sistemático e multidimensional que orienta a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões: a) apreensão de conhecimentos historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os contextos internacional, nacional e local; b) afirmação de valores, atitudes e práticas sociais que expressem a cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade; c) formação de uma consciência cidadã capaz de se fazer presente nos níveis cognitivo, social, ético e político; d) desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados; e) fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção, da proteção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações. Sendo a educação um meio privilegiado na promoção dos direitos humanos, cabe priorizar a formação de agentes públicos e sociais para atuar no campo formal e não formal, abrangendo os sistemas de educação, saúde, comunicação e informação, justiça e segurança, mídia, entre outros. (Brasil, 2006)

[27] O homem como um ser inconcluso, consciente de sua inconclusão, e seu permanente movimento de busca do ser mais. (...)Dai que seja a educação um quefazer permanente. Permanente, na razão da inconclusão dos homens e do devenir da realidade. (Freire, 2004, p.42)

palestras, oficinas e outros, pois não há como conceber a formação do educando por profissionais que não conhece, não entendem, não compreende ou pior que não acreditam nos objetivos que devem ser alcançados. No estudo intitulado "Educação em Direitos Humanos e formação de educadores" as professoras Vera Candau e Susana Sacavino vão além e dizem:

> Partimos da afirmação da necessidade de "desnaturalizar" a posição que supõe que basta a transmissão de conhecimentos sobre Direitos Humanos que necessariamente a educação em Direitos Humanos está presente. Defendemos a tese de que não é possível dissociar a questão das estratégias metodológicas para a educação em Direitos Humanos de educadores de uma visão político – filosófica, de uma concepção dos direitos humanos e do sentido de se educar em Direitos Humanos numa determinada sociedade em um momento histórico concreto. (Candau e Sacavino, 2013, p. 63)

Tanto na formação do educando quanto a do educador deve prevalecer à mesma metodologia e principalmente a mesma pedagogia, que neste caso segue uma construção lógica material histórico dialética a partir de situações reais da vida em sociedade, sendo desenvolvida pela práxis social e assim formando tanto professores como alunos seres mais críticos e consciente da sua função na sociedade a qual está inserido, essa pedagogia revolucionária e libertadora é a histórico-crítica. No mesmo diapasão, afirma Candau:

> "As estratégias pedagógicas não são um fim em si mesmas. Estão sempre a serviço de finalidades e objetivos específicos que se pretende alcançar. Neste sentido, na perspectiva que assumimos, as estratégias metodológicas a serem utilizadas na educação em Direitos Humanos têm de estar em coerência com a concepção que apresentamos, uma visão contextualizada e histórico-crítica do papel dos Direitos Humanos na nossa sociedade e do sentido da educação neste âmbito: formar sujeitos de direito, empoderar os grupos socialmente vulneráveis e excluídos e resgatar a memória histórica da luta pelos Direitos Humanos na nossa sociedade."

Após as afirmações e proposições anteriores sobre a formação do professor em educação em Direitos Humanos, surge o seguinte imbróglio, a sociedade tem necessidade urgente de uma atuação eficaz dos atores sociais sensibilizados com a luta por uma sociedade mais democrática, mais cidadã, por isto, o quanto antes há que se começar o empreendimento por parte dos educadores em prática do ensino sobre Direitos Humanos. Mas quem pode lecionar sobre Direitos Humanos? Partindo do princípio da qualificação profissional, se a aula é de biologia, o professor é biólogo; de literatura, o professor de letras; nesta lógica, o profissional apto a ministrar aulas de Direitos Humanos é o professor de Direito, teoricamente, num primeiro momento este seria o profissional habilitado à formação dos professores em Direitos Humanos, entretanto, professores de sociologia, filosofia, ciências sócias e humanas com especialização em direitos fundamentais ou Direitos Humanos estariam aptos a tal intento.

4 Violência e Contexto Educacional

Em acordo ao conceito sociológico de poder, este é definido geralmente, como a habilidade de impor a sua vontade sobre os outros, mesmo se estes resistirem de alguma maneira. Existem, dentro do contexto sociológico, diversos tipos de poder: o poder social (de Estado); o

poder econômico (poder empresarial); o poder militar (poder político); entre outros. Enquanto forma conceitual, pode-se destacar como pesquisadores importantes para o desenvolvimento da atual concepção de poder os trabalhos de Max Weber[28] e Pierre Bourdieu[29].

Para Max Weber, poder seria a probabilidade de um certo comando com um conteúdo específico ser obedecido por um grupo determinado. Bourdieu preocupou-se com o poder simbólico que seria o poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que estão sujeitos a esse poder ou mesmo daqueles que o exercem. A violência simbólica se funda na fabricação contínua de crenças no processo de socialização, que induzem o indivíduo a se posicionar no espaço social seguindo critérios e padrões do discurso dominante. Devido a esse conhecimento do discurso dominante, a violência simbólica é manifestação desse conhecimento através do reconhecimento da legitimidade desse discurso dominante. Para Bourdieu, a violência simbólica é o meio de exercício do poder simbólico[30].

A violência no Brasil é mais uma questão a ser resolvida pelo seu povo[31]. Talvez essa afirmativa pareça redundante ou sem muitos propósitos, engana-se quem assim pensa, pois há momentos que se deve questionar, será se estão esperando que alguém de fora surja com uma solução mágica ou uma fórmula totalmente pronta, preparada em um desses laboratórios norte-americanos ou europeus? Uma nação para ser soberana[32] deve se autogovernar, gerir seus problemas internos, e se essa nação possui um regime político democrático é necessário que seus cidadãos participem das resoluções atinentes a sociedade como um todo, sem a presença interna ou externa de um opressor, como se aduz na afirmativa de Paulo Freire, "A democracia demanda estruturas democratizantes e não estruturas inibidoras da presença participativa da sociedade civil no comando da *res*-pública."(Freire, 2001, p.38)

Chama atenção a fala do professor humanista na obra "Política e Educação" onde ressalta que por traz do discurso de manutenção da ordem democrática o Estado muitas vezes agride seu povo, que a mais das vezes estão lutando por seus Direitos Humanos, "Que estranha maneira é essa de fazer História, de ensinar Democracia, espancando os diferentes para, em nome da Democracia, continuar gozando da liberdade de espancar!" (idem, p. 19), a materialização dessa fala ocorreu no dia do professor em Curitiba, onde os profissionais da educação foram recebidos com balas de borracha, bombas de gases e golpes de cassetete[33], a violência pelo viés institucional.

---

[28] Max Weber distingue basicamente três tipos de dominação legítima: a tradicional, a carismática e a racional legal. A primeira tem como sustentáculo o tradicionalismo e baseia-se na crença da santidade de costumes ainda em vigor, conferindo a legitimidade aos que são postos no poder somente por conta da tradição. A palavra chave para o entendimento dessa legitimação é a aceitação do privilégio tradicional do soberano. A dominação tradicional tem têm como tipos básicos o Patriarcalismo e o Patrimonialismo.

[29] O mundo social, para Bourdieu, deve ser compreendido à luz de três conceitos fundamentais: campo, habitus e capital.

[30] Vide em **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

[31] "Povo pode ser entendido como o somatório de todos os cidadãos do Estado presentes no território pátrio ou o exterior" (Friede, 2015, p. 58)

[32] "o poder que tem a coletividade humana (povo) de se organizar jurídica e politicamente (forjando, em última análise, o próprio Estado) e de fazer valer no seu território a universalidade de suas decisões." (idem, p.68)

[33] "O massacre promovido pelo governador Beto Richa (PSDB) contra os servidores públicos do Paraná completa um ano. A operação de guerra montada para o dia 29 de abril de 2015 e a brutal repressão promovida pela Polícia Militar do Paraná, a mando do então Secretário de Segurança Pública, Fernando Francischini (SD), marcou a história, a memória e o corpo dos trabalhadores do serviço público que lutavam, na ocasião, contra o confisco do fundo previdenciário. Segundo dados da própria Política Militar, entregue ao Ministério Público de Contas, estiveram envolvidos, na violenta ação repressiva, 2.516 policiais. Em duas horas de operação, foram usadas 2.323 balas de borracha, o que equivale a uma média de 20 tiros por minuto. 1.413 bombas de fumaça, gás lacrimogêneo e de efeito moral, ou seja, 12 bombas por minuto, além de 25 garrafas de spray de pimenta. Totalizando mais de um R$ 1 milhão em gastos com munição e diária dos policiais, o resultado também contabilizou 213 pessoas gravemente feridas. Esses dados dão a dimensão do nível de violência utilizado pelo Estado contra os servidores

4.1 Um Panorama da violência no Estado do Paraná, em específico sobre alguns municípios do sudoeste.

Na busca de compreender como são negados e violados os Direitos Humanos em um determinado recorte da sociedade paranaense, a mesorregião geográfica do sudoeste do Paraná, abaixo segue alguns dados estatísticos pesquisados junto ao banco de dados do Ministério Público do Paraná:

Gráfico 2: Índice de Violência no Município de Barracão-PR, segundo dados do Ministério Publico do Paraná



Fonte: http://www2.mppr.mp.br/cid/barracao.pdf

O município objeto do estudo possui uma população de 9.735 habitantes, índice PNUD 0,706(alto), porém demonstrou na pesquisa quantitativa do MPPR (gráfico 2) através de seus números que há sérios problemas no campo da violência, pois os todos os 10 índices de violência (homicídio, roubo, corrupção de menores, tráfico de entorpecentes, violência doméstica, estupro, lesão corporal, porte de arma, embriaguez ao volante e furto) estão acima os índices médios do Estado, sendo assim um resultado insatisfatório.

Gráfico 3: Índices de aprovação e reprovação no ensino básico no município de Barracão em relação aos índices do Estado do Paraná



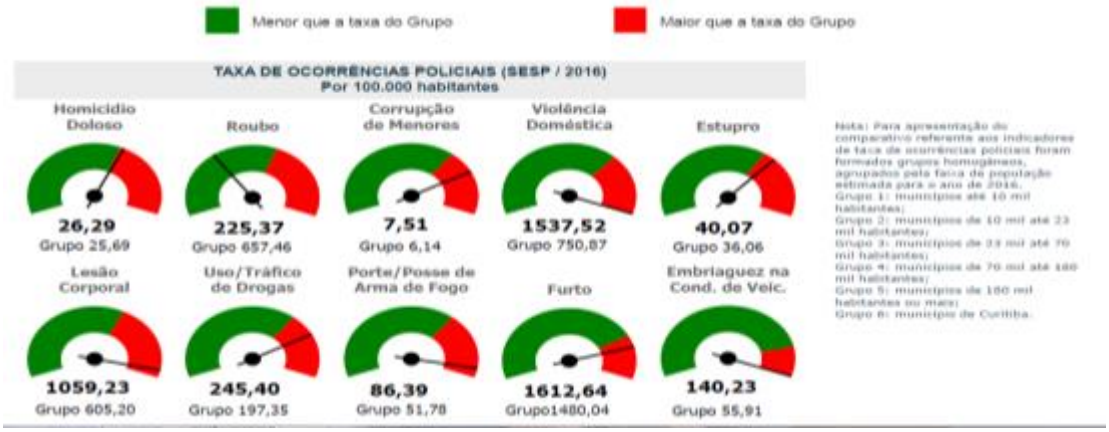
Fonte: http://www2.mppr.mp.br/cid/barracao.pdf

Ao comparar os números referente à reprovação e aprovação durante as etapas do ensino básico dos munícipes de Barracão em relação à média estadual o desempenho é satisfatório

públicos e estudantes presentes no Centro Cívico, na tarde de 29 de abril de 2015." Fonte: <http://www.marxismo.org.br/content/curitiba-29-de-abril-de-2015-lembrar-para-que-nunca-mais-aconteca/> acesso em 15abr.17

(gráfico 3), entretanto, é preciso destacar que nível de formação não é parâmetro para medir o nível violência, que se demonstrou insatisfatório no gráfico 2. Este é um dos problemas da pesquisa quantitativa, a qual na maioria das vezes é tomada por base para planejamento de políticas sociais. O que leva ao entendimento que para se investigar essa problemática são necessárias pesquisas qualitativas para uma melhor compreensão dos desvios comportamentais da sociedade pesquisada no campo da violência.

Gráfico 4: Índice de Violência no Município de Pato Branco-PR, segundo dados do Ministério Publico do Paraná



Fonte: http://www2.mppr.mp.br/cid/patobranco.pdf

Pato Branco-PR possui uma população de 72.370 habitantes, índice PNUD 0,782(alto), porém demonstrou na pesquisa quantitativa do MPPR (gráfico 4) através de seus números que também possui sérios problemas no campo da violência pois dos 10 índices de violência anteriormente citados, apenas o de roubo não está acima os índices médios do Estado, apresentando assim, um resultado insatisfatório.

Gráfico 5: Índices de aprovação e reprovação no ensino básico no município de Pato Branco em relação aos índices do Estado do Paraná



Fonte: http://www2.mppr.mp.br/cid/patobranco.pdf

Comparando os números do ensino básico dos munícipes de Pato Branco em relação à média estadual o desempenho também é satisfatório (gráfico 4), porém, à guisa do município de Barracão é necessário investigar a problemática através de pesquisas qualitativas para uma melhor compreensão dos desvios comportamentais, pois o nível de formação não está sendo parâmetro para medir o nível violência, que se demonstrou insatisfatório no gráfico 5.

Gráfico 6: Índice de Violência no Município de Francisco Beltrão, segundo dados do Ministério Publico do Paraná



Fonte: http://www2.mppr.mp.br/cid/franciscobeltrao.pdf

O município de Francisco Beltrão-PR possui uma população de 78.943 habitantes, índice PNUD 0,774 (alto), na pesquisa quantitativa do MPPR (gráfico 6) demonstrou através de seus números uma variável interessante no que se refere aos dois municípios pesquisados da mesma mesorregião, possui sérios problemas no campo da violência conforme os outros municípios, todavia, 05 dos 10 índices de violência pesquisados não estão acima os índices médios do Estado, cabe aqui destacar os tipos penais que estão abaixo da média estadual (homicídio, roubo, corrupção de menores, estupro e tráfico de entorpecentes), mesmo assim, apresenta um resultado insatisfatório.

Gráfico 7: Índices de aprovação e reprovação no ensino básico no município de Francisco Beltrão em relação aos índices do Estado do Paraná



Fonte: http://www2.mppr.mp.br/cid/franciscobeltrao.pdf

A guisa dos municípios anteriormente pesquisados, Francisco Beltrão demonstra números satisfatório referente à aprovação e reprovação no ensino básico em relação à média estadual (gráfico 6), e conforme os outros municípios, possui problemas com violência, embora 50% dos índices pesquisados estão abaixo da média estadual, ainda assim, cabe investigar a problemática através de pesquisas qualitativas para uma melhor compreensão dos desvios comportamentais, para saber quais as variáveis que estão incidindo no comportamento dos beltronenses que faz com que seus números sejam parcialmente satisfatórios (gráfico 7).

4.1.1 Índices de violência praticada no Sudoeste do Paraná

O estudo realizado pelo Ministério Público do Paraná sobre a região do sudoeste apresenta números que colaboram para o entendimento de algo precisa ser feito para conscientizar e humanizar a sociedade ora avaliada. Confirmando essa premissa o índice de violência doméstica é o maior do estado, o município de Francisco Beltrão possui o triste recorde de ser o 2º lugar do estado[34] que mais pratica violência contra mulheres. A região também coleciona números altos quando o assunto é violência no trânsito, possui os maiores índices de embriaguez ao volante em relação a todo estado de Paraná. O resultado é o falta de cidadania ao volante e o desrespeito pelos Direitos Humanos das "minorias", em especial à mulher.

4.2 Violência dentro das Instituições de Ensino

A escola é uma instituição criada pela sociedade, sendo assim, não é um objeto a par da comunidade a qual está alicerçada diretamente no seu contexto social, tem uma relação intrínseca e necessária com a mesma, ela é o espelho da sociedade em que está inserida. Diante dessas assertivas, cabe dizer que a violência dentro do contexto escolar é a mesma praticada no âmbito da sociedade a que se destina servir. Cabe ressaltar que existem diversas facetas dessa violência, desde física, moral à psicológica, que vitimiza a todos integrantes da comunidade escolar, além dos agressores internos: alunos, professores e funcionários, há também, os externos: meliantes, traficantes de drogas, aliciadores, pedófilos, pais de alunos, chefes dos poderes executivos das três esferas do poder público e outros.

A atual comunidade escolar desconhece ou ignora seus direitos e deveres, não estabelecem limites, não respeitam os direitos alheios, os pais não participam, não dão atenção devida às atividades escolares dos seus filhos, sob pretexto que não possuem tempo, em consequência, os educandos se tornam desinteressados, insolentes, mal-educados e violentos, gerando problemas disciplinares, desrespeito aos colegas, atritos entre alunos e professores (vice e versa) e culminando no não aprendizado; Por outro ângulo, também se observa que as desigualdades sociais; as diferenças raciais, religiosas e culturais; e a desestruturação familiar são geradores de conflitos que se relacionam à baixa-estima, dificuldades de aprendizado, evasão e fracasso escolar, consequentemente são as causas dos diversos tipos de violências no ambiente estudantil, tais como, física (pessoal e patrimonial), ético-moral (Bulling, ciberbulling, raciais, de gênero), do campo simbólico[35] e violências psicológicas. Conforme pesquisa da UNESCO intitulada Violência na Escola:

[34] **Sudoeste do Paraná: 1º lugar em violência contra a mulher.** Francisco Beltrão é a 2ª cidade do Paraná com mais ocorrências de violência contra a mulher. A taxa é de 304 casos para cada 100 mil habitantes, ficando atrás só de Paranavaí (316/100 mil hab). A estatística foi divulgada pelo site Bem Paraná com base em um levantamento com informações do Ministério Público do Paraná. O estudo leva em consideração os crimes registrados entre 15 de junho de 2014, quando o cadastro de vítimas foi criado, e 31 de dezembro do mesmo ano, ou seja, pouco mais de seis meses. Neste período, Francisco Beltrão teve 266 ocorrências. Disponível em: <http://www.jornaldebeltrao.com.br/noticia/256614/sudoeste-do-parana-1-lugar-em-violencia-contra-a-mulher> acesso 15/04/17

[35] "a violência simbólica é mais difícil de ser percebida(...) , quando não lhes oferece oportunidades para o desenvolvimento da criatividade e de atividades de lazer; quando as escolas impõem conteúdos destituídos de interesse e de significado para vida dos alunos; ou quando os professores se recusam a proporcionar explicações

> Na pesquisa de Miriam Abramovay e Maria das Graças Rua são documentados diversos tipos de violências, segundo os atores pesquisados alunos e professores, outros membros da comunidade escolar e pais. Para melhor compreender o fenômeno no ambiente escolar, as situações foram categorizadas da seguinte maneira: 1. a violência contra a pessoa, que pode ser expressa verbal ou fisicamente; 2. a violência contra a propriedade, que se traduz em furtos, roubos e assaltos; 3. a violência contra o patrimônio, que resulta em vandalismo e depredação das instalações escolares. (Abramovay; Ruas, 2002, p. 232)

5 Considerações Finais

Buscando concluir o presente estudo, todavia, sem a pretensão de encerrar as questões aqui levantadas, bem como, outras que durante a pesquisa foram surgindo, tal como, as semelhanças e a distinções levantas pelos eminentes professores Ingo Sarlet e Thais Wenczenovicz entre Direitos Humanos e direitos fundamentais; A dicotomia entre violência e educação, onde ficou evidente que nível de escolaridade não é parâmetro para medir nível de violência, na pesquisa quantitativa realizada pelo Ministério Público paranaense, especialmente no que tange município de Barracão-PR; A questão levantada sobre quem pode ministrar aulas sobre Direitos Humanos, os profissionais do Direito que possuem formação especifica ou demais professores de áreas afins, tais como, as diversas ciências humanas e sociais? Ainda quanto à questão de formação profissional, como se dará efetivamente, na prática, esta qualificação em Direitos Humanos e a partir de que momento o educando terá contato com esta área do conhecimento tão importante para formação do cidadão? Tais, questões levantadas fica como proposta de novas pesquisas.

Contudo, após a análise sistemática das diversas obras atinentes a educação e os Direitos Humanos sob a visão de diversos autores, comparando aos dados estatísticos e das pesquisas qualitativas realizadas por organizações e entidades voltadas a defesa e a prática de políticas dos Direitos Humanos, bem como, às ações afirmativas em prol das "minorias", das classes oprimidas, conclui-se que uma das soluções para contrapor os diversos tipos de violências apontadas neste estudo, é a educação, sendo que uma educação revolucionária, para revolver, mexer, instigar a sociedade a se libertar da ignorância e do julgo do opressor. Para isso, necessário se faz uma educação voltada para o exercício da cidadania, norteada pela pedagogia histórico-crítica, onde o educando orientado pelo professor, construa seu conhecimento pela dialética e práxis dos seus direito e deveres, respeitando o direito alheio e fazendo respeitar seus direitos, transformando-se num futuro cidadão do futuro. Essa solução já está prevista, basta começar a pô-la em prática, seguindo Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos que dentre outras iniciativas e objetivos preparatórios visa construção de uma sociedade justa, equitativa e democrática.

Referências

_____. *Política e educação.* 5ª Ed. São Paulo, Cortez, 2001.

---

suficientes, abandonando os estudantes à sua própria sorte, desvalorizando-os com palavras e atitudes de desmerecimento". (Abramovay; Rua, 2002, p. 335)

_____. *Sistema Nacional de Educação e Plano Nacional de Educação*. Campinas, Autores Associados, 2014.

WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología compreensiva*. Fondo de Cultura Económica-Sección de obras de sociología, 1964.

ABRAMOVAY, M.; RUA, M. G. *Violências nas escolas*. Brasília: UNESCO, 2002. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001257/125791porb.pdf> acesso em 14abr.17

BAEZ, Narciso L. X., BRANCO, Gerson L. C., PORCIUNCULA, M. (Org). *A Problemática dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*: Desafios materiais e eficaciais. Joaçaba,SC. Ed. UNOESC, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

BRASIL. *Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos.* aprovado pelo Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.

CANDAU, Vera Maria; SACAVINO, Susana. *Educação em Direitos Humanos e formação de educadores*. Educação. v.36, n.1. Porto Alegre, RS. Jan./abr. 2013. p. 59-66. <revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/faced/article/download/12319/8741> acesso: 14abr.17

Curitiba, 29 de abril de 2015: lembrar para que nunca mais aconteça! <http://www.marxismo.org.br/content/curitiba-29-de-abril-de-2015-lembrar-para-que-nunca-mais-aconteca/> acesso em 15abr.17

DUARTE, Newton. *Os conteúdos escolares e a ressurreição dos mortos***:** contribuição à teoria histórico-crítica do currículo. Campinas, SP: Autores Associados, 2016.

Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do século XXI.- Brasília:UNESCO, 2015. <unesdoc.unesco.org/images/0023/002343/234311por.pdf>. Acesso em 02fev.17

Fora da escola não pode! <http://www.foradaescolanaopode.org.br/desafios/acesso> acesso em 16abr.17

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido.* 39ª Ed. Rio de janeiro. Paz e Terra, 2004.
Indicadores Municipais Para Planejamento Institucionais (MPPR). <http://www.planejamento.mppr.mp.br//modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2220>. acesso em 15abr.2017

SAVIANI, Demerval. *Escola e Democracia.* 42. ed. rev. Campinas, Autores Associados, 2012.
Sudoeste do Paraná: 1º lugar em violência contra a mulher. <http://www.jornaldebeltrao.com.br/noticia/256614/sudoeste-do-parana-1-lugar-em-violencia-contra-a-mulher> acesso 15abr.17

WENCZENOVICZ, T. J., BAEZ, N. L. X. *Direitos fundamentais, educação indígena e identidade emancipatória*: reflexões acerca de ações afirmativas no Brasil. Revista Brasileira de Direito. p. 95-107, jul.-dez. 2016. disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1271> acesso em 15 abr. 17

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina; CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. Educação E Direitos Fundamentais: Reflexões Acerca De Ações Afirmativas No Brasil. *Revista Científica Fazer*. V.1, N.3.2014.

ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA: ACIDENTE DE TRABALHO

Nildes Carvalho da Silva
Doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Presidente da Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários, Acidentários e Consumidor (ABPREV). Fundadora ex- Presidente da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/ Bahia
Professora Universitária.
Autora de livros em direito previdenciário e trabalhista. Palestrante internacional.
E-mail: advocacia_nildescarvalho@hotmail.com

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo a Análise da Legislação Previdenciária frente ao Acidente de Trabalho no que tange à concessão dos benefícios previdenciários de caráter acidentários, que estão atrelados, também às responsabilidades trabalhistas das empresas, oriunda deste reconhecimento. Assim, tem por escopo abordar importantes questões relativas à legislação previdenciária, de forma processual, fazendo uma alusão aos direitos constitucionais dos trabalhadores, com enfoque na regulamentação e prevenção, que normatiza os procedimentos jurídicos e administrativos cabíveis para percepção do benefício previdenciário de caráter acidentário.

Palavras-chave: Legislação Previdenciária. acidente do trabalho. benefícios previdenciários. responsabilidades trabalhistas e previdenciárias. Estado. empregados. Empregadores. sociedade.

1 Introdução

Analisar os efeitos jurídicos do reconhecimento do acidente de trabalho para o empregador e empregado, no que tange ao reconhecimento dos benefícios previdenciários de caráter acidentário é o objeto deste trabalho. Para alcançar essa meta, abordam-se as questões relativas aos efeitos do acidente de trabalho à luz da legislação previdenciária, por meio do seu contexto histórico e do direito do trabalho. Faz uma alusão as espécies de benefícios previdenciários de caráter acidentário, por meio dos procedimentos administrativos legais, possibilitando maior compreensão do fenômeno e suas implicações jurídicas.

Pode-se verificar, com base no presente texto, a frequência com que ocorrem os acidentes de trabalho no Brasil. Acidentes que, na maioria dos casos, acarretam prejuízos sociais e financeiros que poderiam ser evitados, caso houvesse maior preocupação por parte das empresas e companhias em referência ao uso de medidas de segurança do trabalho.

Assim, mesmo existindo legislações que regem as normas de seguranças do trabalho, que estão relacionadas à prevenção e segurança, não têm sido suficientes para que o país apresente um quadro de tranquilidade, com relação ao assunto. O que se verifica, ao contrário, são a expansão e crescimento dos acidentes de trabalho, bem como o aumento da quantidade de benefícios por acidente de trabalho, que podem ser medidos por dados do Ministério da Previdência Social,

responsável pelos pagamentos dos benefícios previdenciários pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

2 Da Análise do Acidente do Trabalho

O histórico sobre o estudo do trabalho surgiu desde os tempos primitivos, oriundo de um trabalho escravo, patriarcal e servil, que sofreu grandes mudanças com a Revolução Industrial, como marco de grande importância para o Direito do Trabalho, que evoluiu com o passar dos séculos, diante das consequências e repercussão internacional.

O termo trabalho, primeiramente surge como castigo, pena, sofrimento, imposto por Deus ao homem, quando o primeiro homem- Adão - e a primeira mulher- Eva-, desobedeceram a Deus, ao comerem do fruto da "Árvore do Conhecimento do Bem e do Mal", e, como forma de castigo, foram expulsos do paraíso e obrigados a trabalhar para sobreviver, conforme descrito no primeiro livro da Bíblia- Gênesis 3:17-19 "[...] *No suor do teu rosto comerás o teu pão, até que te tornes à terra; porque dela foste tomado; porquanto és pó e em pó te tornarás"*.

Assim, até os dias atuais, no sentido moral, o termo trabalho traz consigo o sofrimento, fadiga e labuta do homem. A etimologia do termo trabalho vem dos termos de origens: latino (*labor*), que possui vários significados, como trabalho, cuidado, enfermidade, dentre outros; europeu (*werg)* que significa trabalho e/ou ação produtiva, se de raiz grega (*érgon)*, significa trabalho e em inglês (*work)*, que significa trabalhar ou obra.

O desenvolvimento da legislação brasileira foi também influenciado por dispositivos internacionais, ratificados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), para proteção do trabalhador. A repercussão mundial de um fato ocorrido nos Estados Unidos influenciou fortemente alguns rumos tomados por países em referência à proteção do trabalhador. A morte de 78 mineiros, em 28 de abril de 1969, causada pela explosão da Mina de Farmington - Virginia - Estados Unidos se tornou um marco, em termos de falta de segurança no trabalho, e novos posicionamentos sobre questões referentes às leis trabalhistas. Em 2003, a Organização Internacional do Trabalho, instituiu o dia 28 de abril como o Dia Mundial de Segurança e Saúde no Trabalho **(PORTAL SAÚDE)**.

No contexto de não intervenção do Estado nas relações privadas, criado pelo liberalismo, nasce o Direito do Trabalho, para proteção e prevenção contra os infortúnios laborais, como uma reação à falta de regulamentação sobre as relações trabalhistas, diante da facilitação do legislador ao empregador de explorar a força de trabalho do empregado, o que provocava com frequência o infortúnio no ambiente laboral.

2.1 Da Prevenção do Acidente do Trabalho

É fundamental a prevenção para que seja evitado o acidente de trabalho no ambiente laboral, uma vez que traz consigo várias consequências para a vida dos trabalhadores e grandes custos para as empresas, haja vista que gera a concessão de benefícios previdenciários, demandas judiciais e gastos para ambas as partes, na relação de trabalho que, na maioria das vezes, se estende aos seus familiares.

O Acidente de Trabalho é um péssimo negócio para as empresas, pois aumenta o absenteísmo pelas ausências médicas de seus empregados e diminui a produtividade dos trabalhadores, bem como aumenta os custos com as indenizações.

As demandas judiciais em processo indenizatórios trabalhistas não devolvem a vida ou saúde do trabalhador, que já está comprometida pelas várias patologias ou pela perda da própria vida, quando se trata de acidente com morte.

As consequências para saúde dos trabalhadores são nefastas, haja vista que o tratamento médico os obriga a viver à base de medicações controladas, tratamentos médicos e psiquiátricos. Além do mais, têm que se preocupar em garantir seus direitos trabalhistas, em combater as arbitrariedades praticadas pelas empresas, quando é um trabalhador consciente de seus direitos. Para perquirir seus direitos, têm que arcar com os custos com advogados e se posicionar contra seu empregador, que passa a vê-lo como um "adversário" a ser combatido.

Pode-se constatar que, no Brasil, o número de acidente do trabalho é crescente, mesmo após a criação do Direito do Trabalho e das Normas Regulamentadoras (NRs), por conseguinte, faz-se necessário destacar que muitas empresas ainda não respeitam as normas de segurança do trabalho e não oferecem um ambiente laboral livre dos agentes que adoecem os trabalhadores. O que se constituem reflexos do capitalismo desenfreado das empresas para obtenção do maior lucro possível, sem considerar as implicações advindas que a adoção de medidas protetivas, em favor da saúde e da segurança do trabalhador, como fator extremamente positivo na redução de custos de indenização resultantes de ações suscitadas por acidentes de trabalho, danos morais e materiais. Se houvesse medidas protetivas no ambiente laboral, seriam diminuídos os custos dos valores pagos com indenizações aos trabalhadores, vítimas de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais quando demanda contra as empresas em ações trabalhistas indenizatórias por atos ilícitos de danos morais e materiais, no intuito de perquirir seus direitos de reparação na Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, é nítida a relevância dada pelo legislador, ao regulamentar o acidente do trabalho, quando a positivou no nível elevado, como um direito fundamental. Assim, este direito fundamental deve ser efetivado e garantido pelo ordenamento jurídico, como um corpo indivisível pela sociedade e pelo Estado, proporcionando sanções mais severas às empresas, para inibição dos acidentes de trabalho no ambiente laboral.

A competência para julgamento do acidente do trabalho, atualmente, é da Justiça do Trabalho, conforme previsão legal, estabelecida no art. 114, inc. VI, da Constituição da República de 1988 e da Súmula 392 do TST.

A preocupação com a segurança do trabalhador é apresentada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), no ano de 1972, alicerçada na Recomendação nº 112 da OIT, de 1959, que objetivava a organização e os meios de ação dos serviços de medicina do trabalho pelas empresas, por meio do programa de formação de especialistas e técnicos em medicina e segurança do trabalho.

As Normas Regulamentadoras são compostas por 36 NRs, no qual regulamentam e orientam sobre procedimentos obrigatórios relacionados à segurança e medicina do trabalho. O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), periodicamente revisa as Normas Regulamentadoras (NRs) que são recomendações estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no Capítulo V, Título II e aprovadas pela Portaria n.º 3.214, 8 de junho de 1978, sendo de observância obrigatória para todas as empresas brasileiras regidas pela CLT, bem como para que sejam responsáveis pela eliminação das chamadas Condições Inseguras e procedendo as respectivas Análises de Risco das operações a serem realizadas.

Pode-se constatar que, no Brasil, o número de acidente do trabalho é crescente, mesmo após a regulamentação das Normas Regulamentadoras (NRs), pois faz-se necessário destacar que muitas empresas não cumprem o que determina as NRs. Este comportamento é reflexo do capitalismo desenfreado, para obtenção do maior lucro possível, e por isso, as empresas não implementam medidas protetivas no ambiente laboral em prol do trabalhador.

Nesse diapasão, existe a necessidade do cumprimento da política de prevenção, que respeite a dignidade e à saúde do trabalhador. É necessário que as empresas implementem e respeitem os programas de prevenção, de forma obrigatória, com a criação de *planos preventivos, por meio de políticas de gestão,* de combate ao acidente de trabalho.

A própria legislação previdenciária, na Lei 8.213/91, art. 19, estabelece punição às empresas pelo descumprimento de medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

Assim, o conceito de acidente de trabalho pode ser entendido pela ocorrência de lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Poderá a empresa ser responsabilizada, se não adotar uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador, com pena contravenção penal, punível com multa, por deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho. Pois é dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

Caberá ao Ministério do Trabalho e Ministério da Previdência Social fiscalizar o cumprimento das normas pelas empresas, bem como aos sindicatos e entidades representativas de classe acompanhar o fiel cumprimento da legislação.

3 Da Análise Jurídica Dos Beneficios Previdenciários, Relacionados Ao Acidente Do Trabalho

A Constituição Federal de 1988 tem por fundamentos a promoção do bem estar de todos, sem qualquer forma de discriminação, além disso, garante o estabelecimento da dignidade humana. Assim, houve a regulamentação sobre o Plano de Benefícios, estabelecendo a definição de empresa, as contribuições dos participantes dos Regimes de Previdência Social, que são de três tipos: Regime Geral da Previdência Social – RGPS; Regimes Próprios de Previdência Social – RPPS e Regime de Previdência Complementar.

Ademais, o art. 201, da Carta Magna estabelece que: *"os planos de previdência social, nos termos de Lei, atenderão à cobertura dos eventos de doença, incluídos os resultantes de auxílio-doença por incapacidade física para o trabalho".*

Partindo da definição do termo "Previdência Social", Ibrahim (2011, p.27) afirma que:

> A Previdência Social é tradicionalmente definida como seguro sui generis, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos (RGPS e RPPS), além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais. Já o regime complementar tem como características a autonomia frente aos regimes básicos e a facultatividade de ingresso, sendo igualmente contributivo, coletivo ou individual. O ingresso também poderá ser voluntário no RGPS para aqueles que não exercem atividade remunerada.

O surgimento da Previdência Social e suas políticas públicas, em essência, estão fortemente ligados ao Estado. Este é quem determina como os recursos serão utilizados em beneficio de seus cidadãos, conforme previsão legal e de forma contributiva.

Conforme especificam os dados da Previdência Social, estabelecida na legislação previdenciária sobre acidente do trabalho, elencadas nas Leis nºs 8212/91 e 8213/91, e, conforme o Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho de 2007, apurou-se que, no Brasil, 653.090 brasileiros assalariados, segurados do INSS, inseridos no mercado formal de trabalho, foram vítimas de acidentes e doenças durante o exercício de suas atividades, ou seja, quase 270 milhões de acidentes de trabalho e doenças relacionadas ao trabalho que afetam cerca de 160 milhões de pessoas, além dos acidentes que não foram registrados em CAT, que corresponderam a 21% desse total. (Portal Saúde, 2007).

Um dos fatores para ocorrência do aumento do acidente de trabalho, entre outros fatores, inclui o desrespeito à legislação trabalhista e previdenciária por parte de algumas empresas. Tais condutas desencadeiam o adoecimento do trabalhador, seja pelo acidente do trabalho ou por doença ocupacional.

Para uma melhor compreensão sobre o aumento do número de acidente do trabalho no Brasil, apresentamos os dados quantitativos sobre a concessão de benefícios por acidente do trabalho, período de 2004 a 2012, em que se comprova o aumento do acidente de trabalho ano após ano. Em 2004, somava-se 465.700, ou seja, quase o dobro em comparação ao ano de 2012, quando o total era 705.239, conforme dados do Ministério da Previdência Social, conforme o Quadro 1:

QUADRO 1 - QUANTIDADE DE BENEFICÍO DE ACIDENTE DE TRABALHO POR ANO

Ano	**Números de benefícios concedidos por acidente do trabalho**
2004	465.700
2005	499.680
2006	512.232
2007	659.523
2008	755.980
2009	733.365
2010	709.474
2011	720.629
2012	705.239

Fonte: Dataprev: Base de Dados Históricos da Previdência Social

Um acidente de trabalho pode ser determinado por vários fatores, alguns imperceptíveis ou cujo efeito é entendido em muitas e diferentes situações. Quando desencadeado, o acidente de trabalho gera muitas consequências de diversas ordens, com efeitos induzidos aos mais variados níveis. Além da incidência econômica e da problemática dos custos, existe uma multiplicidade de consequências indireta dos acidentes, uma vez que todo acidente traz consequências individuais, familiares, sociais e econômicas.

Um acidente do trabalho pode exigir que o trabalhador se ausente do seu posto apenas por algumas horas, o que é chamado de ***acidente sem afastamento*.** É o que ocorre, por exemplo,

quando o acidente resulta num pequeno corte na mão, e o trabalhador retorna ao trabalho em seguida a um curativo ou ao atendimento na sala de enfermagem da empresa. Outras vezes, um acidente pode deixar o trabalhador sem condições de realizar suas atividades, durante dias ou meses seguidos, ou de forma definitiva. Se o trabalhador acidentado não retornar ao trabalho imediatamente ou até a jornada seguinte, configura-se o chamado acidente com afastamento, que pode ter como decorrência a ***incapacidade temporária,*** ou a ***incapacidade parcial*** e ***permanente*** ou, ainda, a ***incapacidade total e permanente*** para o trabalho.

A ***incapacidade temporária*** é a perda da capacidade para o trabalho por um período limitado de tempo, após o qual o trabalhador retorna às suas atividades normais. A ***incapacidade parcial*** e permanente é a diminuição, por toda vida, da capacidade física total para o trabalho. A ***incapacidade total*** **e** ***permanente*** é a invalidez incurável para o trabalho. Nesse caso, o trabalhador não tem mais condições para trabalhar.

Os acidentes de trabalho, conforme definição da Previdência Social pode acontecer com ou sem o registro da Comunicação de Acidente de Trabalho – CAT, que deve ser obrigatoriamente emitida pelo empregador na constatação do acidente do trabalho e suspeita de doença ocupacional. No entanto, se houver a recusa da empresa em emitir a CAT, poderá ser emitida pelo próprio empregado acidentado, dependentes, entidade sindical, o médico que o assistiu, ou qualquer autoridade pública podem comunicar o acidente à Previdência Social, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social, conforme determina o artigo 22 da Lei 8213/1991.

O acidente é identificado por meio de um dos possíveis nexos: Nexo Técnico Profissional/Trabalho, Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP ou Nexo Técnico por Doença Equiparada a Acidente do Trabalho. Esta identificação é feita pela nova forma de concessão de benefícios acidentários.

Os acidentes podem ser classificados como típicos ou de trajeto. ***Acidentes Típicos*** são os acidentes decorrentes da característica da atividade profissional desempenhada pelo segurado acidentado. Esse dado somente está disponível para acidentes que foram registrados por meio da CAT. ***Acidentes de Trajeto*** são os acidentes ocorridos no trajeto entre a residência e o local de trabalho do segurado e vice-versa. Esse dado somente está disponível para acidentes que foram registrados por meio da CAT.

As ***doenças do trabalho*** são as doenças profissionais, aquelas produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinado ramo de atividade, conforme disposto no Anexo II do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999. As doenças do trabalho são aquelas adquiridas ou desencadeadas em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente. Esse dado somente está disponível para acidentes que foram registrados por meio da CAT.

A frequência dos acidentes de trabalho, no Brasil e no mundo, após a Revolução Industrial, mais precisamente nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, vem acarretando prejuízos sociais, econômicos, políticos e financeiros, tanto para os trabalhadores como para as empresas, pois atingem as pessoas em várias idades, mais principalmente em idade produtiva- de 20 a 39 anos- como mostra o Quadro 2:

QUADRO 2 - QUANTIDADE DE BENEFICÍCIO DE ACIDENTE DE TRABALHO POR IDADE

Idade	**Quantidade de Acidentes no ano de 2012**
Até 19 anos	23.604
20 a 24 anos	120.439
30 a 34 anos	118.477
35 a 39 anos	95.774
40 a 44 anos	69.034
50 a 54 anos	50.742
55 a 64 anos	10.750
65 a 69 anos	2.063
70 anos e mais	514
Ignorada	81
Total	**705.239**

Fonte: Dataprev: Base de Dados Históricos da Previdência Social

Os dados de acidentes do trabalho com CAT registrada são provenientes das comunicações entregues ao INSS. É de se ponderar que a obrigação da emissão ocorre igualmente, mesmo em caso de dúvida:

> A CAT deve ser emitida mesmo nos casos em que não acarrete incapacidade laborativa, para fins de registro, e não necessariamente para o afastamento do trabalho. Segundo o artigo 336 do Decreto nº 3.048/99, "para fins estatísticos e epidemiológicos, a empresa deverá comunicar o acidente de que tratam os artigos 19, 20, 21 e 23 da Lei nº 8.213, de 1991". Dentre esses acidentes, se encontram incluídas as doenças do trabalho nas quais se enquadram as LER/DORT (IN Nº 98 INSS/DC, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2003 – DOU DE 10/12/2003).

Assim, os efeitos jurídicos do não reconhecimento do acidente do trabalho pelas empresas geram prejuízos para os empregados, quais sejam: não terão direito ao depósito ao FGTS, enquanto estiverem afastados pelo acidente do trabalho. Quando o trabalhador retornar ao ambiente laboral, não terá a garantia ao emprego até um ano após a suspensão do benefício acidentário (Lei 8.213/91, art. 118 da). Para empresa não ocorrerá a elevação dos custos operacionais por incidência de uma alíquota maior, em razão do reconhecimento dos riscos de infortúnios existentes na empresa, quando esta é obrigada a recolher sobre a folha de pagamento 1,0%, 2,0% e 3% (um , dois e três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave(Lei 8.212/91, art. 22).

A contribuição patronal, por meio do Seguro Acidentes de Trabalho (SAT), tem como objetivo custear as prestações acidentárias ao INSS, de forma contributiva. Sua previsão está estabelecida na Constituição Federal, no Art.7º, XXII, XXVII e no art. 201, I. Na Lei 8.212/91, art. 22, II e na Lei 9.528/1997, art. 28, I, tendo sido derrogado o Decreto n. 2.173/1997, que regulamentava a Organização e o Custeio da Seguridade Social.

A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a

empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho. É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

É necessário que o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, os sindicatos e entidades representativas de classe fiscalizem e acompanhem o fiel cumprimento pelas empresas das normas de segurança do trabalho, para prevenção dos acidentes do trabalho, com ou sem morte, pois os acidentes de trabalho, sempre deixam marcas ou sequelas irreversíveis.

Os benefícios pagos pela Previdência Social (art. 167, XI, CF/88) estão atrelados ao Regime Geral de Previdência, compreendem as seguintes prestações, devidas, inclusive, em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços na Lei 8.213/91, são: *aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade; auxílio-acidente; quanto ao dependente: pensão por morte; auxílio-reclusão; e quanto ao segurado e dependente: serviço social e reabilitação profissional.*

À luz da legislação previdenciária, abordaremos os benefícios atrelados ao tema diretamente sobre o acidente de trabalho, tais como: aposentadoria por invalidez por acidente do trabalho (espécie 92), auxílio-doença por acidente do trabalho (espécie 91), auxílio-acidente (espécie B94), pensão por morte e suas espécies, atrelada diretamente ao acidente de trabalho. Serão especificados os benefícios ora delimitados, haja vista a sua pertinência ao tema, pois existem várias outras espécies de benefícios.

Assim, a *aposentadoria por invalidez*, à luz da legislação da Previdência Social, pode ser concedida na espécie de aposentadoria por invalidez (espécie B32) e aposentadoria por invalidez por acidente do trabalho (espécie B92), todavia será exigido o cumprimento dos requisitos, uma vez cumprida, quando for o caso, como período de carência, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de beneficio auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição (Lei 8.213/91, art. 42, da Lei).

Ressalta-se que a aposentadoria por invalidez só será concedida administrativamente, quando concluindo pela perícia médica inicial a existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho. Outrossim, o segurando que já recebe aposentadoria por invalidez, que necessitar da assistência permanente de outra pessoa - será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento): a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal; b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado; c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.

Para que haja a concessão e manutenção de benefícios ou as prestações securitárias, mantidos pelos órgãos gestor, será necessário o requerimento administrativo, mediante protocolo formal da instrução do pedido.

O Segurado do INSS, para recebimento do beneficio auxílio-doença, deverá preencher os novos requisitos legais, da Lei 8.213/91, alterada pela Lei nº 13.135/2015. Nesse sentido, durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.

A perícia médica considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da

incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

A Lei nº 13.135/2015 é também inovadora no que tange ao retorno do segurado que, durante o gozo do auxílio-doença, quando vier a exercer atividade que lhe garanta subsistência *poderá ter o benefício cancelado* a partir do retorno à atividade. Ressalta-se que, antes, o beneficio era cancelada de imediato. Agora, será analisada a hipótese do segurado, que durante o gozo do auxílio-doença, venha a exercer atividade diversa daquela que gerou o benefício, deverá ser verificada a incapacidade para cada uma das atividades exercidas. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta Lei.

O segurado empregado, inclusive o doméstico, em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa e pelo empregador doméstico como licenciado.

A ocorrência do acidente do trabalho gera para o segurado da Previdência Social o direito ao recebimento na espécie auxilio doença por acidente do trabalho (B91). A Lei 8.213/91, art. 19 define o conceito de acidente do trabalho: *" Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (Lei Complementar nº 150, de 2015)*".

Consideram-se, também acidente do trabalho, as seguintes entidades mórbidas (art. 20 da Lei 8.213/91):

> I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
> II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.
> § 1º Não são consideradas como doença do trabalho:
> a) a doença degenerativa;
> b) a inerente a grupo etário;
> c) a que não produza incapacidade laborativa;
> d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.
> § 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista

Equiparam-se ao acidente do trabalho, o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação, bem como o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em consequência de:

> a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
> b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
> c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
> d) ato de pessoa privada do uso da razão;

> e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;
> III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
> IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
> a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
> b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
> c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
> d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.
> § 1º Nos períodos destinados a refeição ou descanso, ou por ocasião da satisfação de outras necessidades fisiológicas, no local do trabalho ou durante este, o empregado é considerado no exercício do trabalho.
> § 2º Não é considerada agravação ou complicação de acidente do trabalho a lesão que, resultante de acidente de outra origem, se associe ou se superponha às consequências do anterior (art. 21 da Lei 8.213/91).

Ademais, haverá a sua concessão, independente de carência, a concessão das seguintes prestações: auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, nos casos de acidente de qualquer natureza ou causa e de doença profissional ou do trabalho, bem como nos casos de segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, atualizada a cada 3 (três) anos, de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado. Terá direito ao serviço social, reabilitação profissional e salário-maternidade para segurada empregada, trabalhadora avulsa e empregada doméstica.

Na forma do art. 86 da Lei 8.213/91, o beneficio previdenciário *auxilio - acidente* será concedido, como indenização, ao segurado, quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. Ressalta-se que o valor do auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria. O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

Diante da sequela resultante do evento infortunística, de caráter permanente e irreversível, insusceptível de reabilitação para o exercício das atividades laboral, fará jus à concessão da aposentadoria por invalidez, no caso em tela, por acidente de trabalho. Muito embora a referida lei não defina, com clareza, todos os casos de invalidez, deve-se entender por invalidez, a impossibilidade de trabalhar. A recusa de ser aproveitado no mercado de trabalho por não apresentar condições físicas satisfatórias, que presumam baixa produção, e ainda, que impeçam a aprovação em exame médico pré-admissional.

Em caso de morte do trabalhador vitimado segurado, será concedido o beneficio de *pensão por morte* aos dependentes, seja pelo acidente do trabalho ou não, quando preenchidos os requisitos legais, a contar da data do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste. Do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior ou da decisão judicial, no caso de morte presumida. O valor mensal da pensão por morte será de cem por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento.

4 Consideraçoes Finais

A complexidade do reconhecimento do Direito do Trabalho foi desencadeada por fatores estruturais do próprio sistema jurídico e ausência da presença do Estado que, durante muitos anos, foi prejudicial ao trabalhador, haja vista ser privilégio advindo do capitalismo e da centralização de poder do empregador, no setor econômico.

Na trajetória evolutiva do direito ao reconhecimento do acidente do trabalho se contextualiza no processo de construção social, haja vista que o Estado, não conseguiu dar resposta às demandas da sociedade, principalmente para a mais empobrecida, que, durante muito tempo, foi discriminada em torno da exploração patronal.

Neste sentido, é nítida a relevância dada pelo legislador, ao regulamentar o acidente do trabalho, quando a positivou no nível elevado, como um direito fundamental. Assim, este direito fundamental deve ser efetivado e garantido pelo ordenamento jurídico, como um corpo indivisível pela sociedade e pelo Estado, proporcionando sanções mais severas às empresas, para inibição dos acidentes de trabalho no ambiente laboral.

Nesse contexto, surge a Legislação Previdenciária, que foi se estruturando lentamente com o passar dos anos, até fazer a cobertura social, para concessão de benefícios previdenciários e de caráter acidentário ou comum, ao trabalhador doente, inválido ou, pela sua morte, aos seus dependentes.

Assim, apesar das mudanças no quadro empregatício, há muito a ser realizado, por meio de políticas empresarias, voltadas para a classe trabalhadora, frente à prevenção de acidente de trabalho e o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, de grande relevância para o bem estar do trabalhador.

É incontestável que o risco de acidentes é inerente à própria atividade do trabalhador, não existindo, até então, medidas capazes de eliminar, definitivamente, os riscos de acidentes no trabalho, aqui também compreendidas as doenças ocupacionais, cujas causas sejam as condições adversas enfrentadas na atividade laboral.

O tema sob enfoque neste artigo ganha relevância na sociedade brasileira, uma vez que as relações de trabalho são uma das mais corriqueiras nos dias atuais, o que também concorre para gerar controvérsias no reconhecimento do acidente de trabalho , doenças ocupacionais, bem como no que diz respeito a concessão dos benefícios de caráter acidentários.

Pôde- se concluir que, os acidentes de trabalho, ainda ocorrem com frequência no ambiente laboral. É fácil vislumbrar a necessidade do cumprimento das normas de seguranças do trabalho e dos dispositivos legais nacionais e internacionais por partes das empresas, que respeitem a dignidade e à saúde do trabalhador. É necessário que as empresas implementem e respeitem os programas de prevenção, de forma obrigatória e criem *planos preventivos, por meio de políticas*

de gestão, de combate o acidente de trabalho, para diminuição dos registros de concessão dos benefícios previdenciários de caráter acidentários, pagos pelo INSS.

Referências

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários.* 4. ed. São Paulo: Leud, 2009.

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito Previdenciário Sistematizado.* 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

AYRES, Denis de Oliveira; CORRÊA, José Aldo Peixoto. *Manual de Prevenção de Acidentes de Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

BARBOSA FILHO, Antônio Nunes. *Segurança do Trabalho e Gestão Ambiental.* 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARSANO, Paulo Roberto; BARBOSA, Rildo Pereira. *Segurança do Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo, LTr, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Social. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.
BRASIL. Vade Mecum Acadêmico de Direito. Org. Anne Joyce Angher. 12ª Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 jun. 2012.

_____. *Consolidação das Leis Trabalhistas:* decreto-lei 5452/43. In:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm (Acesso em 22/09/2011, às 19h).

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,* Brasília, DF: Senado, 1988. *In:*http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988 (acesso em 20/09/2010, às 17h
CYRINO, da Costa Filho, Sinésio. Questões de Direito Previdenciário – Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99) em Perguntas e Resposta. Salvador: JusPODIVM, 2006.p198.

_____.Decreto nº 3.265 de 29 de novembro de 1999. *Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.* Disponível em: http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3265.htm. Acesso em: 07 maio2 012.

_____. Decreto n° 5.452 de 1 de maio de 1943. Dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 jun. 2012.

_____. Decreto n° 6.957 de 9 de setembro de 2009. Altera o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, no tocante à aplicação, acompanhamento e avaliação do Fator Acidentário de Prevenção - FAP. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 jun. 2012.

_____. Decreto N. 13.498 – DE 12 DE MARÇO DE 1919. .Aprova o regulamento para a execução da lei n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, sobre as obrigações resultantes dos acidentes no trabalho. http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-293-28-fevereiro-1967-374016-publicacaooriginal-1-pe.html.

_____.Decreto-Lei nº 293, de 28 de Fevereiro de 1967. Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho.

_____.Emenda Constitucional nº 20 de 15 de novembro de 1988. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc20.htm>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 8.212 de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 8.213 de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 9.876 de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 11.430 de 26 de dezembro de 2006. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social; e revoga a Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006; dispositivos das Leis nºs 8.213, de 24

de julho de 1991, 8.444, de 20 de julho de 1992, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e a Lei nº 10.699, de 9 de julho de 2003.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____.Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 8.212 de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. Lei nº 8.213 de 24 de Julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 9.528 de 10 de dezembro de 1997. Altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 11.430 de 26 de dezembro de 2006. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social; e revoga a Medida Provisória nº 316, de 11 de agosto de 2006; dispositivos das Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.444, de 20 de julho de 1992, e da Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001; e a Lei nº 10.699, de 9 de julho de 2003.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11 jun. 2012.

_____. Lei nº 12.254 de 15 de junho de 2010. Conversão da Medida Provisória nº 475 de 2009. Dispõe sobre o reajuste dos benefícios mantidos pela Previdência Social em 2010 e 2011 e altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12254.htm>. Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. Lei nº 13.135 de 17 de junho de 2015. Altera as Leis nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nº 10.876, de 2 de junho de 2004, nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____.Medida Provisória nº 83, de 12 de dezembro de 2002, convertida na Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br>. Acesso em: 18 jun. 2012.

_____. Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm#art1>. Acesso em: 18 jun. 2012.

_____. Portaria nº 3.214de 08 de junho de 1978. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/63/mte/1978/3214.htm>. Acesso em: 18 jun. 2014.

_____. Resolução MPS/CNPS Nº 1.269, de 15 de fevereiro de 2006. Dispõe sobre o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP e o Fator Acidentário Previdenciário – FAP. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____.Ministério da Previdência Social. Disponível em http://www3.dataprev.gov.br/temp/DACT01consulta29959944.htm. Acesso em 27 jun. 2015

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis de Trabalho*. 34ª Edição. São Paulo: Saraiva,2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis. *Prática Processual Previdenciária*. São Paulo: Conceito Editora, 2011 p.945.

CATALDI, Maria José Gianella. *O Stress no Meio Ambiente do Trabalho*. 2ª Edição. São Paulo: Ltr,2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Curso de Direito Civil*. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª Edição. São Paulo: Malheiro, 2006.

DELGADO, Maurício Goldinho. *Curso de Direito do Trabalho.* 12ª Edição. São Paulo: LTr, 2013.

FERACO, Sérgio Roberto. *Perícias em DORT*, 2007,p.13-14.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores***.** São Paulo: LTr, 2000.

FERRAZ, Fábio. *Evolução Histórica do direito do trabalho*. Disponível em: http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/uam/fabioferrazsantana/evolhistoricadirtrabalho.htm. Acesso em 27 jun. de 2015.

GÊNESIS: In: A Bíblia: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

GROTT, João Manoel. *Meio Ambiente de Trabalho, Prevenção*: A Salvaguarda do Trabalhador. Curitiba: Juruá, 2010.

GONÇALES, Odonel Urbano. *Manual de Direito Previdenciário.* 10. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IBRAHIM. Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário,* 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 7 ed. Editora Jus Podivm, 2010.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo. São Paulo: LTr,2010.

MARTINEZ. Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 3.ed. 2010.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito Ambiental do Trabalho e Saúde do Trabalhador*.4 ed. São Paulo:LTr.2010.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Estatística de Acidentes de Trabalho*. Disponível em http://www.previdencia.gov.br/estatística/aeps-2012.

MUSSI. Cristiane Miziara. *Os efeitos jurídicos do recebimento dos benefícios previdenciários no contrato de trabalho*, p.184. São Paulo: LTR, 2008.

NEVIS, Marcos Antônio Borges das. *As Doenças Ocupacionais e as Doenças Relacionadas ao Trabalho:* as diferenças conceituais existentes e as suas implicações. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenização por Acidente do trabalho ou doença ocupacional*- 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PADILHA, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.
REIS. Clayton. Dano Moral. Ed. Forense: 4ª edição.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social. 10ª Ed. Revista, Ampliada e Atualizada- Lumen Juris Editora, RJ, 2008.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Estatísticas de acidente do trabalho. Disponível em: www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/dados-nacionais. Acesso 20. jun. de 2014.

COLONIALIDADE E QUESTÕES INDÍGENAS: REFLEXÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA INFANTIL

Thaís Janaina Wenczenovicz,
Pós-Doutora em Educação;
E-mail t.wencze@terra.com.br

Resumo:

A colonização e o pensamento europeu foram cruciais à difusão de uma influência intelectual e um colonialismo cultural que, junto com a propriedade privada, marcaram nossa formação econômico-social. Em contrapartida, observa-se nas duas últimas década ao protagonismo de movimentos sócio-culturais que retomam alguns debates insurgentes pela autonomia das etnias, pela libertação nacional, pela redistribuição de renda, ampliação das políticas públicas inclusivas, bem como pela democracia junto a uma demanda por descolonização através da via democrática. O devido estudo tem por objetivo discutir questões que envolvem a violência infantil indígena no Brasil. O procedimento metodológico é o biobligráfico-investigativo com uso de banco de dados da FUNAI e do Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

Palavras-chave: Colonialidade. Questões Indígenas. Violência Infantil.

1 Introdução

Sabe-se que a violência contra as crianças indígenas é marcada pela negação dos direitos a uma cidadania que reconheça e garanta o pleno exercício das suas tradições culturais. Nesse contexto, ela se dá da mesma forma que a violência sofrida pelos povos indígenas de todas as faixas etárias no Brasil. Entretanto, com um agravante: mais frágeis física e psicologicamente, carregam pelo resto da vida as sequelas da violência, o que termina afetando o desenvolvimento de seus ideais, sonhos, aspirações e projetos de futuro individuais e coletivos.

Na esteira desta reflexão, parte da teoria social e da teoria política latino-americana e seus representantes vêm reivindicando um "giro decolonial", uma demanda que surge pela expansão da teoria pós-colonial e o estudo do "sujeito subalterno", tendo como base a heterogeneidade e que - segundo Galastri (2014, p. 3), se estende aos conceitos abstratos de "proletariado" e "campesinato" , insuficientes para se "compreender em toda sua natureza e diversidade as lutas de classe na Itália" da época, conforme acontece hoje na América Latina.

O presente estudo tem por objeto central analisar alguns elementos da violência infantil indígena. O artigo divide-se em três partes. A primeira aborda elementos conceituais do processo de constituição do ideário de colonialismo e colonialidade na América Latina. A segunda aponta indicadores do contexto histórico-social e jurídico no Brasil e as Comunidades Nativas no Brasil. Na terceira e última parte são apresentados bases e dados estatísticos que envolvem as comunidades indígenas, especialmente no aspecto a violência contra crianças.

Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do método bibliográfico-investigativo, acompanhado de documentos jurídicos como a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989), ratificada pelo

Brasil por meio do Decreto nº143 de 25 de julho de 2002; a Declaração das Organizações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007); a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, ratificada pelo Congresso Nacional em dezembro de 2006, e promulgada no país pelo Decreto-Lei nº 6.177, de 1º de agosto de 2007; a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada pelo Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006; cartas e decretos da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) e a Constituição do Brasil de 1988. Para a comparação de dados e bases estatísticas emprega-se os indicadores da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi) e do Ministério da Saúde/Brasil, especialmente no banco de dados e estatísticas do Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena, que agrupa os dados epidemiológicos dos 34 distritos sanitários, o Hórus (Sistema Nacional de Gestão da Assistência Farmacêutica) e o SISABI (Sistema de Informação de Saneamento em Áreas Indígenas).

2 Colonialidade e Colonialismo: reflexões pontuais

Nas três últimas décadas do século XX os povos indígenas vêm ocupando espaços nos debates acadêmicos e também em organismos internacionais, como a ONU, por meio da comissão de Direitos Humanos, dos grupos de trabalho e do Fórum Permanente da ONU para os Povos Indígenas. Tal movimentação pode ser vista como elemento integrado ao processo de revisão identitária e conceitual na América Latina, momento o qual os povos originários têm readquirido o espaço que lhe foi privado desde os tempos coloniais.

Dessa disputa por espaço e sobrevivência obtém-se duas imagens marcantes: de um lado, a árdua luta contra o colonizador para se proteger, preservar a sua cultura e o seu território e, de outro, um povo submisso e indolente, que em troca de alguns presentes aceitou a presença dos colonizadores em seu território, entregando-lhes suas riquezas e abraçando a cultura assimilacionista.

Em ambas as imagens que se espalharam no imaginário contemporâneo, há um componente comum: a quase extinção do povo nativo latino-americano - seja ela física ou etnocultural. No primeiro caso, a população indígena, predominante na região nos tempos da colonização, hoje representa cerca de 10% da população latino-americana. Essa se encontra concentrada principalmente em cinco países: Bolívia, Equador, Guatemala, México e Peru. No segundo caso, os nativos latino-americanos passaram por um processo de aculturação tão significativo que dificilmente pode-se falar hoje de etnias e culturas indígenas autênticas. Muito se perdeu de sua identidade tendo em vista a eliminação de grupos humanos inteiros, passando pelo processo de aldeamento, aculturação e assimilação.

Em virtude da exploração colonial, os indígenas perderam suas referências materiais/estruturais - terras, fonte de sua sobrevivência e imateriais – aspectos artísticos, linguísticos e religiosos. A soma desses elementos indicou a chegada da pobreza e acarretou a deteriorização da sua condição de vida, colocando-os em uma condição de exclusão e marginalização social. Em alguns países, como no Brasil, o Estado demarcou terras indígenas em todo o território nacional, na tentativa de lhes garantir a subsistência. No entanto, em muitos casos, o tamanho da reserva (terra indígena) não é suficiente para abrigar todas as comunidades

nativas com dignidade. Ademais, há Estados que encontram dificuldades estruturais e financeiras para executar as demandas com precisão.

Segundo Clímaco (2014, p. 13-14):

> La colonialidad del poder condiciona la entera existencia social de las gentes de todo el mundo, ya que la racialización delimita de modo decisivo la ubicación de cada persona y cada pueblo en las relaciones de poder globales. Pero es en América, en América Latina sobre todo, que su cristalización se hace más evidente y traumática, puesto que aquí la diferenciación racial entre "indios", "negros", "blancos", y "mestizos" ocurre al interior de cada país. Encarnamos la paradoja de ser Estados-nación modernos e independientes y, almismo tiempo, sociedades coloniales, en donde toda reivindicación de democratización ha sido violentamente resistida por las élites "blancas".

Assim, tal fenômeno, enquanto se mantiver, impede a restauração identitária dos povos historicamente colonizados, porque em cada tentativa de emancipação, um renovado exercício de pressão e força ideológicas é exercido sobre os mesmos. Segundo Anaya (2005. p. 177):

> la discriminación contra los pueblos indígenas es el resultado de un largo proceso histórico de conquista, penetración y marginación, acompañado de actitudes de superioridad y de una concepción del indígena como ser primitivo e inferior.

Da mesma forma, os nativos lutam incessantemente para conservar suas tradições, modos de vida coletivo e a alteridade, pois esses representam uma forma de se libertarem do processo contínuo de espólio e exclusão instituído desde o processo de colonização e povoamento da América Latina. Assim diz Da Matta e Laraia (1978, p. 17),

> [...] os índios nos ensinaram que o valor e a capacidade de resistência de um povo não se medem pela sua dimensão demográfica: uma pequenina sociedade humana pode continuar resistindo e sobrevivendo, não importa a que preço, enquanto mantiver viva a crença nos seus valores, apesar dos brancos e da persistente tradição predatória destes.

Fanon assim colabora:

> La doctrina de la jerarquía cultural no es, pues, más que una modalidad de la jerarquización sistematizada, proseguida de manera implacable. La teoría moderna de la ausencia de integración cortical de los pueblos coloniales es su vertiente anátomo-fisiológica. La aparición del racismo no es fundamentalmente determinante. El racismo no es un todo sino el elemento más visible, más Cotidiano - para decirlo de una vez -, en ciertos momentos, más grosero de una estructura dada. (FANON, 2017, p. 88)

2.1 Discutindo conceitos

Diversas são as áreas e autores que se preocuparam em discutir o termo colonialismo. Em sua maioria, os autores coincidem com o conceito de colonialismo como a política de exercer o controle ou a autoridade sobre um território ocupado e administrado por um grupo de indivíduos com poder militar, ou por representantes do governo de um país ao qual esse território não pertencia, contra a vontade dos seus habitantes que, muitas vezes, são destituídos de parte dos seus

bens materiais (terra) ou imateriais (língua e cultura), incluindo os direitos políticos de participação coletiva e individual que detinham.

Segundo a autora indiana Gayatri Spivak (2008, p. 33), é através do colonialismo que se instaura uma nova forma de organização de mundo, através de uma "sujeição semifeudal a uma sujeição capitalista", estando seus estudos aplicados à realidade de seu país.

Na América Latina surge o Grupo Latino-americano de Estudos Subalternos, em meados de 1990 com o intuito de discutir o Colonialismo e seus desdobramentos.[36] Nesse contexto, é necessário citar a obra *Colonialidad y modernidad-racionalidad*, de 1992, do peruano Aníbal Quijano. Os estudiosos da teoria pós-colonial que viviam nos Estados Unidos lançaram um Manifesto Inaugural publicado pela primeira vez em 1995, inserindo a América Latina no debate pós-colonial (BALLESTRIN, 2012, p. 6).

De acordo com os autores do Manifesto:

> Ranajit Guha nos há inspirado a fundar un proyecto similar dedicado al estudio del subalterno en América Latina(...) los procesos de redemocratización, las nuevas dinámicas creadas por el efecto de los mass media y el nuevo orden económico transnacional: todos estos son procesos que invitan a buscar nuevas formas de pensar y de actuar políticamente.(Manifesto, 1998, p. 70 apud Ballestrin, 2012)

.

Contempla principalmente o grupo, Modernidade/Colonialidade, além de Mignolo: Edgardo Lander (venezuelano), Arthuro Escobar (colombiano), Enrique Dussel (argentino), Fernando Coronil (venezuelano), Immanuel Wallerstein (estadunidense) e Aníbal Quijano (peruano). Edgardo Lander organiza a principal coletânea publicada pelo grupo, "*Colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*", lançada em 2000 em Buenos Aires e em português pela CLACSO em 2005. Vários desses autores já haviam desenvolvido teorias a serem problematizadas, como a análise da perspectiva de sistema-mundo apresentada por Immanuel Wallerstein, onde o autor se questiona se "são as classes as únicas unidades operativas na arena social e política", estando mais próximo conclusivamente das análises de Weber, apontando as classes como apenas mais um aspecto da tríade classe, grupos de status e partidos, deixando por fora a premissa marxista de que a história mundial é a história da luta de classes (WALLERSTEIN, 1979, p. 8)

O descontentamento da caracterização de "periferia" e "subdesenvolvimento" para tratar dos países e do subcontinente também impulsionou essa novas designações e estudos de muitos pesquisadores. Parte dos pesquisadores entendiam essas caracterizações como uma justificativa para subordinação dos Estados-nação pós-coloniais durante os séculos XIX e XX, quando se estabeleceu e expandiu o capital internacional, e que segue até os dias de hoje. Neste sentido, surgem os termos decolonizar e descolonizar para auxiliar no processo de compreensão de diversos elementos constituintes na gênese da formação econômica, política e sócio-cultural da América Latina.

Nesse debate Zaffaroni afirma:

---

[36] O grupo discorria sobre as sociedades plurais, inferiorizadas pelo pensamento europeu e exotizada em contraste com as sociedades "desenvolvidas ", porém, com uma perspectiva crítica e divergente, um de seus principais membros, o intelectual argentino Walter Mignolo funda em 1998 o Grupo Modernidade/Colonialidade e desagrega o grupo anterior, alegando que os estudos subalternos não rompem de maneira suficiente com os autores urocêntricos (Mignolo, 2007).

> Pero no podemos ingresar al tratamiento del colonialismo en el marco latino-americano sin afrontar una cuestión previa que, de entrada, nos plantea el propio colonialismo cuando, para impedir de raíz cualquier análisis de su accionar, opta por negar directamente nuestra existencia, o sea, afirmando rotundamente que no existimos, que no somos nada. Así, el colonialismo y algunos de sus acólitos locales suelen decir que "Latinoamérica no existe, que no tenemos nada en común entre los latinoamericanos. (ZAFFARONI, 2015. p. 186)

Por sua vez, a expressão "decolonial" não pode ser confundida com "descolonização". Em termos históricos e temporais, esta última indica uma superação do colonialismo; por seu turno, a ideia de decolonialidade indica exatamente o contrário e procura transcender a colonialidade, a face obscura da modernidade, que permanece operando ainda nos dias de hoje em um padrão mundial de poder. Trata-se de uma elaboração cunhada pelo grupo Modernidade/Colonialidade nos anos 2000 e que pretende inserir a América Latina de uma forma mais radical e posicionada no debate pós-colonial, muitas vezes criticado por um excesso de culturalismo e mesmo eurocentrismo devido à influência pós-estrutural e pós-moderna. (BALLESTRIN, 2012)

Em acordo com Walsh:

> Suprimir la "s" y nombrar "decolonial" no es promover un anglicismo. Por el contrario, es marcar una distinción con el significado en castellano del "des". No pretendemos simplemente desarmar, deshacer o revertir lo colonial; es decir, pasar de un momento colonial a un no colonial, como que fuera posible que sus patrones y huellas desistan de existir. La intención, más bien, esseñalar (esta mal escrito??) – não alterar. Manter a escrita como está por se tratar de citação. Não é pos´sivel corrigir um autor. y provocar un posicionamiento – una postura y actitud continua– de transgredir, intervenir, in-surgir e incidir. Lo decolonial denota, entonces, un camino de lucha continuo en el cual podemos identificar, visibilizar y alentar "lugares" de exterioridad y construcciones alternativas. (WALSH, 2009)

Por sua vez, Colaço (2012), indica que prefere utilizar o termo "decolonial" e não "descolonial", pois o conceito em inglês é *decoloniality* e sobre esse termo existe um consenso entre os autores vinculados a essa perspectiva de estudo. Já com relação à tradução para espanhol e português não há uma posição unânime. Entretanto, preferimos o termo decolonial, pelos mesmos motivos que Walsh (2009, p. 15-16). A autora prefere utilizar o termo "decolonial", suprimindo o "s" para marcar uma distinção com o significado de descolonizar em seu sentido clássico. Deste modo quer salientar que a intenção não é desfazer o colonial ou revertê-lo, ou seja, superar o momento colonial pelo momento pós-colonial. A intenção é provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua.

Castilho (2013) corrobora, afirmando que a opção pelo termo "descolonial" e não "decolonial" no decorrer da pesquisa decorre não só de uma opção terminológica, mas reflete uma escolha teórica e política da autora no que tange ao conteúdo político e epistemológico da discussão que envolve a utilização de um termo ou de outro no bojo desse campo de estudo.

Para os autores que sustentam a necessidade de utilização da expressão "decolonial", como Catherine Walsh, o prefixo "des" indicaria que os objetivos dessa corrente estariam sintetizados somente por meio da superação do colonialismo. Entretanto, no sentido político e estratégico, reconhece-se que a utilização do termo "descolonial" é mais utilizada nos artigos científicos traduzidos para o português de autores que utilizam a expressão "descolonização" não como simples superação do colonialismo, mas como síntese de uma ferramenta política, epistemológica

e social de construção de instituições e relações sociais realmente pautadas pela superação das opressões e das estruturas que conformam uma geopolítica mundial extremamente desigual. Considera-se a utilização do prefixo "des" como estratégica porque, dada a baixíssima utilização desses autores e desse campo de estudo no campo jurídico, é necessário considerar de que maneira tais autores vem sendo traduzidos para a língua portuguesa. Apesar dessa ressalva estratégica, destaca-se que o debate em torno da "decolonialidade" ou "descolonialidade" é extremamente relevante e deve ser introduzido e aprofundado conforme as ideias e discussões vão se tornado mais presentes para a literatura jurídica brasileira.

3 Contexto histórico-social e jurídico no Brasil e as Comunidades Nativas no Brasil

Atualmente, o Brasil é reconhecido internacionalmente como um país multiétnico e dotado de considerável biodiversidade, especialmente quanto à sociodiversidade. Os povos indígenas destacam-se pelo conjunto da diversidade cultural brasileira. A população indígena no Brasil é de aproximadamente 817 mil pessoas - organizadas em 270 etnias falantes de 180 línguas indígenas distintas. Estes estão presentes nas cinco regiões do Brasil, sendo que a região Norte é aquela que concentra o maior número de indivíduos, 342,8 mil, e o menor no Sul, 78,8 mil. Do total de indígenas no País, 502.783 vivem na zona rural e 315.180 habitam as zonas urbanas brasileiras. O censo também mostra que foram demarcadas 505 terras indígenas, cujo processo de identificação teve a parceria da Fundação Nacional do Índio (Funai) no aperfeiçoamento da cartografia. Essas terras representam 12,5% do território brasileiro (106,7 milhões de hectares), onde residiam 517,4 mil indígenas (57,7% do total). (IBGE: Dados Estatísticos, 2010).

Segundo o censo, 36,2% dos indígenas vivem em área urbana e 63,8% na área rural. O total inclui os 817,9 mil indígenas declarados no quesito cor ou raça do Censo 2010 (e que servem de base de comparações com os Censos de 1991 e 2000) e também as 78,9 mil pessoas que residiam em terras indígenas e se declararam de outra cor ou raça (principalmente pardos, 67,5%), mas se consideravam "indígenas" de acordo com aspectos como tradições, costumes, cultura e antepassados.

Em um comparativo com dados da ONU, CIMI e IBGE foi possível identificar que os números também revelaram um equilíbrio entre os sexos para o total de indígenas: 100,5 homens para cada 100 mulheres, (com mais mulheres nas áreas urbanas e mais homens nas rurais. Entretanto, existe um declínio no predomínio masculino nas áreas rurais entre 1991 e 2010, especialmente no Sudeste (de 117,5 para 106,9) Norte (de 113,2 para 108,1) e Centro-Oeste (de 107,4 para 103,4). Entretanto, o reconhecimento oficial da contribuição da diversidade sociocultural dos povos indígenas para a formação da nação brasileira é recente. Até a Constituição de 1988 o Estado atribuía a esses povos a condição de "relativamente (in)capazes", estabelecendo como meta a integração progressiva e harmônica dos nativos à comunhão nacional. Para tanto, o dispositivo colonial da tutela foi instituído de forma a outorgar proteção aos indígenas até que os mesmos adquirissem a condição necessária para serem emancipados, na medida em que se tornassem trabalhadores nacionais integrados a cultura do país. Assim, o projeto integracionista condicionou durante muito tempo modos e vivências dos povos indígenas visando a sua assimilação cultural.

Com a Constituição Federal de 1988 a diversidade cultural e o processo de demarcação de terras passam a ser reconhecida como constitutiva do Estado Brasileiro. Junto a esse

reconhecimento advém o direito dos povos indígenas à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como sobre as terras que tradicionalmente ocupam. A partir de então, a tutela é juridicamente superada e a pessoa indígena passa a ser compreendida como sujeito de direitos e cidadã brasileira.

No Brasil, os povos indígenas têm reconhecidos suas formas próprias de organização social, seus valores artísticos e simbólicos, tradições, e processos de constituição de saberes e transmissão cultural para as gerações futuras. Entretanto, em diversos aspectos as comunidades nativas precisam rever suas demandas e necessidades por conta da pluralidade de visões e de perspectivas que marcam o debate acerca da implantação de ações afirmativas para comunidades indígenas junto aos demais segmentos étnico-sociais.

4 Violência Infantil: dados e análise

As crianças indígenas têm sido vitimadas por ações violentas no contexto interno e externo aos seus grupos sociais. A exclusão precedida de discriminação e violência tem assumido formas diversas, dentre as quais a silenciosa/psicológica e a física. A violência experienciada pelas crianças efetiva-se de forma endógena e exógena. Dentre as formas de violência direta contra as crianças indígenas inicialmente destaca-se a negação dos direitos a uma cidadania que reconheça e garanta o pleno exercício das suas tradições culturais.

Nesse contexto, ela se dá em mesmo patamar que a violência sofrida pelos povos indígenas de todas as faixas etárias no Brasil. Entretanto, com um agravante: mais frágeis física e psicologicamente, carregam pelo resto da vida as sequelas da violência, o que termina afetando o desenvolvimento de seus ideais, sonhos, aspirações e projetos de futuro individuais e coletivos. As práticas violentas atingem meninos e meninas indígenas e se configuram de diversas formas. Por discriminação, preconceito, racismo ou ainda em situações de enfrentamento direto como conflito de terras.

As crianças geralmente são indiretamente postas em condição de violência por estarem geralmente acompanhando seus pais e também vivenciarem experiências traumáticas. O Relatório Violência contra os Povos indígenas no Brasil (2015 p. 23) destaca um ato de extrema violência ocorrido em 30 de dezembro de 2015, momento em que um bebê Kaingang foi degolado enquanto era amamentado no seio de sua mãe na rodoviária de Imbituba, em Santa Catarina.

Vitor estava sendo amamentado pela mãe, Sônia da Silva, quando um homem se aproximou, acariciou seu rosto e, com um estilete, o degolou. Enquanto a mãe e o pai – Arcelino Pinto – desesperados tentavam socorrer a criança, o assassino seguiu caminhando pela rodoviária até desaparecer. Vítor faleceu em um local que a família Kaingang imaginava ser seguro. As rodoviárias são espaços frequentemente escolhidos pelos Kaingang para descansar, quando estes se deslocam das aldeias para buscar locais de comercialização de seus produtos. A família de Vítor é originária da Aldeia Kondá, localizada no município de Chapecó, Oeste de Santa Catarina. Vítor estava na rodoviária com os pais e outros dois irmãos, um de seis anos e outro de 12. (CIMI, 2016)

Em análise aos índices apresentados pelo Conselho Indigenista Missionário as mais de cinco dezenas de assassinatos de indígenas nos mais variados estados brasileiros no ano de 2015. Das 54 vítimas, oito eram do sexo feminino e tinham idades entre 9 e 82 anos. Uma criança do sexo feminino, de 9 anos, está entre as vítimas. As outras 46 pessoas, do sexo masculino, tinham

idade entre 2 e 75 anos. Do total de vítimas, incluindo homens e mulheres, nove eram menores, e tinham idade entre 2 e 17 anos (CIMI, 2015, p. 79)

A violência contra as comunidades indígenas, em sua maioria corresponde a questões de demarcações territoriais, ataques sobre os territórios, invasões, desmatamento, destruição de patrimônio, exploração ilegal de recursos naturais, contaminação de nascentes e rios, queimadas e incêndios, caça ilegal, e contaminação por agrotóxico, dentre outras ações que atingem as terras indígenas.

Soma-se a esse contexto, a desumanização, a escravização, os aldeamentos com as perdas territoriais, a depreciação semântica generalizante e a tentativa de redução linguística constituíram formas políticas violentas de negação das diferenças e práticas históricas de invisibilidade.

Corrobora com o cenário de violência as crianças indígenas à mortalidade infantil e a fome. No tocante a mortalidade infantil os números são insuficientes, já que o perfil de saúde dos povos indígenas é pouco conhecido, o que decorre da exiguidade de investigações, da ausência de inquéritos e censos, assim como da precariedade dos sistemas de informações sobre morbidade e mortalidade. Qualquer discussão sobre o processo saúde/doença das crianças indígenas deve-se levar em consideração, além das dinâmicas epidemiológica e demográfica, a enorme sóciodiversidade existente no Brasil. Porém, a uma constatação empírica das lideranças indígenas e ativistas sociais sobre a mortalidade infantil nas terras indígenas.

Acrescenta-se a esse dado o fato de que uma grande quantidade de crianças ainda não possui o registro civil. No Brasil, pelo menos um terço das crianças indígenas de até 10 anos, não possuíam nenhum registro de nascimento, segundo o Censo Demográfico realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010.

Não havendo registro civil o acesso ao atendimento à saúde pública fica comprometido. Soma-se a esse aspecto a resistência que algumas mulheres têm de levarem seus filhos ao atendimento médico e acesso aos medicamentos (incluindo vacinas) em função da violência obstétrica sofrida e denunciada por diversas etnias no decorrer de suas vidas.

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Ciências Sociais (IIS) da UNAM, no México há mais de seis milhões de mulheres declaradas indígenas e em sua maioria afirmam que em algum momento de sua vida sofreram violência obstétrica. O estudo acrescenta:

> La situación es grave debido a que, según los datos oficiales, seis de cada 10 mujeres indígenas están en etapa reproductiva. En promedio, comienzan su vida sexual a los 16 años, aunque se reportan casos en que la edad disminuyó a los 12. Chiapas y Oaxaca son las entidades con mayor número de habitantes de lenguas originarias y son donde se reporta el índice más elevado de desabasto de herramientas de control natal. Ya de por sí, los pueblos originarios son el sector más desprotegido en el país, el que sufre más agresiones en todas sus formas, pero las mujeres con hijos son las que resientes la mayor carga de estereotipos y una cultura violenta. Su tasa global de fecundidad es de 3.23 hijos, en comparación con las no indígenas que tienen 2.1. Además, el 45.8% de las mujeres indígenas debe pedir permiso para usar anticonceptivos, contra 34.9% de otros sectores de mujeres en la misma situación. Constantemente, subrayó, se violan sus derechos humanos y reproductivos, que se expresan en burlas, ironías, regaños, insultos, amenazas, humillaciones, manipulación de la información y negación al tratamiento. (CHONG, 2014)

Nesse contexto, as mulheres que são vítimas de discriminação e violência obstétrica – possuem em suas memórias o medo e reproduzem o vivido aos seus filhos. Submetidas a um processo de dupla-vitimização em suas próprias sociedades, vítimas das ações violentas de

estranhos e pessoas de sua convivência, as mulheres indígenas viram as fileiras de seus agressores serem aumentadas com o passar dos anos. As ações de violência acompanham a trajetória histórica das crianças e mulheres indígenas, já que desde o processo de ocupação e povoamento essas são expostas a processos coletivos de desumanização de toda ordem. Acrescenta-se também o fato de reproduzirem a inferioridade social e política das mulheres na conjuntura local, bem como a ação constante do ideário do patriarcado nas áreas coloniais e neocoloniais, onde continuam a vitimá-las.

Há quem argumente que a violência nas comunidades contemporâneas atingiu tal grau de perversidade que naturalizou-se, mas independentemente da validade ou não de tal premissa, fundamental mesmo é a compreensão da extensão e gravidade desse fenômeno social. Não há como omitir que desde muito a violência permeia grande parte das relações sociais, tendo, portanto, a mesma, passado por um processo de banalização. Por um lado, a sua concretização adentra e se efetiva nas comunidades indígenas permeada de uma série de questionamentos acerca da linha entre o que é e o que não é violência.

Segundo análise dos dados do Ministério da Saúde (2011), 670 crianças indígenas morreram antes de completar um ano. Em 2013, registra-se menos nascimentos que mortes, já que 793 crianças não completaram um ano de vida antes da chegada da morte. Com isso, a taxa de mortalidade infantil indígena no Brasil (número de mortes por 1.000 nascidos vivos) passou de 31,90 para 43,46 – um número duas vezes maior do que a média dos demais menores no Brasil (15) e similar ao de países como a Namíbia ou São Tomé e Príncipe. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013)

Os dados do DSEIs Mato Grosso do Sul revelam um coeficiente de mortalidade infantil duas vezes maiores que o da média nacional, com 26,35 por mil nascidos vivos. A taxa de mortalidade infantil no Brasil, segundo o IBGE, é de 13,82 por mil nascidos vivos (dados de 2013). Os dados mostram ainda que o maior número de óbitos ocorreu no polo base de Dourados, com 11 mortes. (CIMI, 2016. p. 128)

Por outro lado, há que se registrar que houve um aumento expressivo da quantidade de dinheiro investido nos distritos de saúde. Em 2015, os 34 DSEIs juntos receberam 1,39 bilhão de reais, 221% a mais do que os 431,5 milhões de 2011. Destarte, registra-se que uma parte significativa dessa verba (quase 90 milhões de reais) foi usada para fretar voos para atender comunidades em áreas distantes dos centros de saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2017)

Segundo a Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), a fome e desnutrição também assombram o cotidiano das comunidades indígenas na América Latina. Combinadas, as duas causas corresponderam a quase 20% de todos os óbitos de crianças indígenas. Apesar de possuírem um conhecimento ancestral de como garantir a produção de alimentos, os povos indígenas da América Latina, que somam cerca de 46 milhões de pessoas, são considerados o segmento populacional mais afetado pela insegurança alimentar na região. Os índices de pobreza e insegurança alimentar entre os povos indígenas são três vezes mais altos do que entre o resto da população latino-americana. Em alguns casos, essa diferença chega a ser oito vezes maior. Há países em que até 90% da população indígena vive na pobreza e 70% na extrema pobreza. A desnutrição infantil entre os indígenas é duas vezes maior, com exemplos alarmantes de 95% de crianças e adolescentes indígenas com até 14 anos apresentando algum grau de desnutrição. (FAO, 2016)

A condição do Brasil também confirma a violência por omissão do poder público. Entre 2001 e 2002, a Fundação Nacional de Saúde (Funasa) havia registrado 32 mortes de crianças indígenas por desnutrição em Mato Grosso do Sul. Entre 2003 e 2004, os índices de desnutrição

infantil nas comunidades indígenas do Estado reduziram-se de 15% para 12%, o que ainda representa mais que o dobro da média nacional. Em termos geográficos, a questão não é pontual. Há registros de mortes de crianças indígenas por desnutrição em outras regiões do Brasil, como o nordeste de Minas Gerais e o vale do Javari, no Amazonas. (FUNASA, 2016)

Como já apontado, ser uma criança e mulher indígena significa viver em uma condição de extrema fragilidade social. Para além da discussão sobre a exposição da maioria das mulheres indígenas a situações adversas relaciona-se a uma conjuntura histórica de colonialidade, já que aos olhos do colonizador, a mulheres indígenas eram marcadas por sua perversidade sexual. Sendo esses corpos perversos, automaticamente são considerados sexualmente violáveis e "estupráveis", e o estupro de corpos considerados inerentemente impuros ou perversos simplesmente não conta.

Segundo o relatório de Comissão Pastoral da Terra/Brasil (2015), mesmo atingindo, indiscriminadamente, famílias inteiras, os conflitos no campo têm alcançado diretamente as crianças e as mulheres. Seja pela ascensão protagonista nas lutas, seja por apoiarem e continuarem a batalhada antes travada por marido e filhos, muitas vezes já mortos em ações de violência, as mulheres representaram três, dos 34 assassinatos registrados. Em uma retrospectiva, nos últimos dez anos, 2.282 pessoas sofreram ameaças de morte por questões relacionadas à terra. Destas, 382 eram mulheres. Das 338 vítimas fatais, 20 eram mulheres.

Segundo Boaventura de Sousa:

> O pensamento moderno ocidental é um pensamento abissal. Consiste num sistema de distinções visíveis e invisíveis, sendo que estas últimas fundamentam as primeiras. As distinções invisíveis são estabelecidas por meio de linhas radicais que dividem a realidade social em dois universos distintos: o "deste lado da linha" e o "do outro lado da linha". A divisão é tal que "o outro lado da linha" desaparece como realidade, torna-se inexistente e é mesmo produzido como inexistente. Inexistência significa não existir sob qualquer modo de ser relevante ou compreensível3. Tudo aquilo que é produzido como inexistente é excluído de forma radical porque permanece exterior ao universo que a própria concepção de inclusão considera como o "outro". A característica fundamental do pensamento abissal é a impossibilidade da co-presença dos dois lados da linha. O universo "deste lado da linha" só prevalece na medida em que esgota o campo da realidade relevante: para além da linha há apenas inexistência, invisibilidade e ausência não-dialética.

5 Considerações finais

O processo de ocupação e povoamento associado ao pensamento europeu foram indicativos à difusão de uma influência intelectual e um colonialismo cultural que, junto com os demais elementos, marcaram nossa formação econômico-social. Em contrapartida, observa-se atualmente um esforço na perspectiva de revisão dos conceitos associados ao princípio de dependência de inúmeras estruturas sociais junto a uma demanda decolonial.

Nesse contexto, as analisar a violência exercida sobre as comunidades indígenas e, especialmente as crianças representa buscar abordagens aos novos objetos que pedem justificativas humanas frente a epidemia da violência que assola diversas categorias sociais na América Latina e no Brasil.

As práticas violentas atingem meninos e meninas indígenas e se configuram de diversas formas. Por discriminação, preconceito, racismo ou ainda em situações de enfrentamento direto

como conflito de terras, exemplificado com o caso das crianças guaranis que ocupam as Terras Indígenas no Sul do Brasil.

A compreensão desse quadro, entretanto, só é possível com o entendimento do processo histórico que vem marcando a relação entre os povos indígenas e a sociedade nacional. A ocupação do território brasileiro se configurou em uma enorme violência contra as comunidades indígenas. Desterritorialização, doenças, escravização, fome, conversão forçada ao catolicismo, entre outras agressões, marcaram a colonização brasileira. Dessa forma, a violência contra crianças desses povos origina-se do modelo de contato e de relações econômicas, políticas, sociais que foram se estabelecendo na base da truculência e da intolerância étnica.

Referências

ANAYA, James S. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Madrid: Trotta, 2005.

DA MATA, Roberto; LARAIA, Roque de Barros. *Índios e Castanheiros: a empresa extrativa e os índios do Médio*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978 [Coleção Estudos Brasileiros, v. 35].

GALASTRI, Leandro. Classes sociais e grupos subalternos. In: *Crítica Marxista*. São Paulo, Brasiliense, n°39, 2014, pp. 35-56.

MIGNOLO, Walter D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*.

LANDER, Edgardo (Org). Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. Petrópolis: Vozes, 1977.

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

SILVA, Sergio Baptista da. Etnoarqueologia dos grafismos Kaingang: um modelo para a compreensão das sociedades proto – Jê meridionais. São Paulo: PPGH / USP, *Tese de doutorado*, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo. In: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica.* Rio de Janeiro: vol. 7, nº. 2, maio-agosto, 2015, p.182-243.

_____. El Derecho latinoamericano en la fase superior del Colonialismo. In: *Revista Pensar en derecho*. FERREYRA, Raúl Gustavo. El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México, 2014.

WALLERSTEIN, Immanuel. *El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los origens de la economía-mundo europeia en el siglo XVI*. México, Siglo Veintiuno Editores, 1979.

BALLESTRIN, Luciana. *O Giro Decolonial e a América Latina.* 36º Encontro Anual da Anpocs: Águas de Lindóia, 2012. Disponível em: http://portal.anpocs.org/portal/. Acesso em: 01 junho de 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 25 maio de 2017.

_____. *Lei Federal n. 5.371, de 05 de dezembro de 1967*. Autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5371.htm. Acesso em: 25 maio de 2017.

_____. *Lei Federal n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973.* Dispõe sobre O Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 25 maio de 2017.

_____. IBGE. *Dados estatísticos século XX*. Disponível em http://www.ibge.gov.br/indicadores. Acesso em: 5 maio de 2017.

_____. Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Índios no Brasil. Disponível em: http://www.funai.gov.br. Acesso em: 25 abril de 2017.

CASTILHO. Natalia Martinuzzi. Pensamento descolonial e teoria crítica dos direitos humanos na América Latina: um diálogo a partir da obra de Joauín Herrrera Flores. (Dissertação). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2013. Disponível em: http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/00000A/00000A6C.pdf. Acesso em: 25 maio de 2017.

CHONG, Natividad Gutiérrez. *Víctimas de violencia obstétrica*. México: UNAM. Disponível em: http://www.proceso.com.mx/371799/victimas-de-violencia-obstetrica-80-de-madres-indigenas-unam. Acesso em: 09 de junho de 2017.

COLAÇO, Thais Luzia. *Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o Direito e o Pensamento Decolonial.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br. Acesso em: 25 maio de 2017.

FANON, Frantz. *Medio siglo después*. Aimé Césaire [et al.]. – 1ª ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2017. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20170609020412/Leer_a_Fanon_Medio_Siglo_Despues.pdf. Acesso em 09 de junho de 2017.

FAO. *Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação*: Brasil. Disponível em: www.fao.org/brasil/pt/. Acesso em 09 de junho de 2017.

HERRERA, Joaquin Flores. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger, Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

QUIJANO, Anibal. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In: *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismoglobal.* Castro Goméz, Santiago; Grosfoguel, Ramón. (orgs) Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. Disponível em: http://www.unsa.edu.ar/histocat/hamoderna/grosfoguelcastrogomez.pdf. Acesso em: 09 de julho de 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Revista Novos Estudos.* CEBRAP, nº.79. São Paulo Nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo. Acesso em: 09 de junho de 2017.

SPIVAK, Gayatri C. Estudios de la Subalternidad. In: *Estudios postcoloniales*. Ensayos fundamentales, 2008. Disponível em: http://www.oozebap.org/biblio/pdf/estudios_postcoloniales.pdf. Acesso em: 09 de julho de 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl. El Derecho latinoamericano en la fase superior del Colonialismo. In: *Revista Pensar en derecho*. FERREYRA, Raúl Gustavo. El principio de subordinación como fundamento del Estado constitucional. Su regulación en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México, 2014.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolivar, Ediciones Abya-Yala, 2009. Disponível em: http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf. Acesso em: 15 de agosto de 2016.

DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nildes Carvalho da Silva
Doutoranda em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA).
Presidente da Associação Brasileira de Defesa dos Direitos Previdenciários, Acidentários e Consumidor (ABPREV).
Fundadora ex- Presidente da Comissão Especial de Direito Previdenciário da OAB/ Bahia.
Autora de livros em direito previdenciário e trabalhista.
Palestrante internacional.
E-mail: advocacia_nildescarvalho@hotmail.com

Resumo:

O Estado de Coisas Inconstitucional tem origem na Corte Constitucional da Colômbia, sendo a primeira decisão proferida em 1997, em demanda promovida por professores que reivindicavam seus direitos previdenciários, violados pelas autoridades públicas com a chamada " Sentencia de Unificação (SU). O modelo do estado de coisas inconstitucional é perfeitamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, no âmbito de Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. A ADPF é o instrumento necessário, na medida em que não faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos constitucionais e direitos humanos dos presos.

Palavras-chave: Estado. coisas. Inconstitucional. sistema prisional. Direito. garantias.

1 Introdução

No Estado moderno, principalmente no constitucional democrático, são vedadas violações aos direitos fundamentais constitucionais dos cidadãos, bem como, dos presos no sistema prisional.

Este trabalho objetiva analisar, o Estado de Coisas Inconstitucional à luz do Direito Constitucional, no âmbito da Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 do Distrito Federal (DF), como instrumento necessário para garantia dos direitos fundamentais dos presos, no sistema prisional brasileiro.

Sucede que no sistema prisional brasileiro, existem vários casos de violações aos direitos humanos e as garantias fundamentais dos direitos dos presos. Sendo de grande relevância o estudo para abordar importantes questões sobre o Estado de Coisas Inconstitucional, por meio da Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 do Distrito Federal (DF).

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) tem origem na Corte Constitucional da Colômbia, na decisão em 1997, em demanda promovida por professores que reivindicavam seus direitos previdenciários, violados pelas autoridades públicas com a chamada "Sentencia de Unificação" (SU).

No Brasil, existe a previsão de intervenção do Poder Judiciário, na ordem constitucional brasileira, para combater lesão a direitos, no qual é inafastável da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – CF, de 1988), e não existe mais grave violação a direito do que a prática sistematicamente no sistema prisional do país.

Sendo assim, o sistema prisional brasileiro, apresenta um cenário de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas, que demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e falta de efetividade da Constituição, o que caracterizam o estado de coisas inconstitucional.

Então, o problema a ser enfrentado é de se saber se o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é ou não passíveis de resolução do problema do sistema prisional brasileiro, pelo controle jurisdicional judicial, à vista da Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, prevista na Constituição Federal de 1988, no parágrafo 1º, do artigo 102 e, regulamentada pela Lei nº 9.882/99, como uma ferramenta para que os entes federativos envolvidos, responsáveis assumam as suas atribuições e adotem as medidas, dentro de sua esfera de competência, para solucionar o problema no sistema prisional brasileiro.

A pesquisa embasará o estudo sobre a temática de forma bibliográfica, livros, decisões dos tribunais e sites que versam sobre o tema, bem como a partir das referências apresentadas na Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 do Distrito Federal (DF).

2 Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, no Brasil, que estabelece a positivação dos direitos e garantias fundamentais, alicerçado nos direitos humanos de destaque quanto à dignidade da pessoa humana, como fundamento do núcleo básico de todo o ordenamento jurídico. Piovesan (2015, p.89) enfatiza que:

> a Constituição brasileira de 1988, como marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e da transição democrática do País, inerente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional.

Já Zaffaroni (2012, p.175), analisando o conceito da aplicação da pena, diante do contexto de massiva violação aos direitos humanos no direito penal do inimigo, afirma que:

> También sostiene que donde los derechos humanos son massivamente violados, éstos no tiene vigência y, por ende, com la pena no se pretende el mantenimiento de um estado comuniario-legal, sino su establecimiento. Afirma en este sentido que debe separarse la coacción que se ejerce para la creación de un orden del derecho de la que se ejerce para mantener esse orden. No se opone a la punición, pero afirma que no se trata de uma pena sino de uma acción contra enemigo peligrosos y por ellos debería llamarse la cosa por su nombre:derecho penal del enemigo.

Neste sentido, mesmo com aplicação das punições necessárias para manutenção do direito penal brasileiro, constitucionalmente não se pode, afirmar, que o mesmo está fundamentado no

direito penal do inimigo. Isso por que, o Poder Judiciário brasileiro, como um dos três poderes do Estado, tem como atribuição a função judiciária do cumprimento de normas e leis judiciais e constitucionais. O Poder Judiciário possui a função de defender os direitos dos cidadãos de forma individual ou coletiva, promovendo a justiça e resolvendo os prováveis conflitos que possam surgir na sociedade, por meio da apuração, da investigação, punição e julgamento.

O Judiciário não estabelece em caráter impositivo, os meios para a solução do problema, pois, quem deve estabelecer o *como agir* são os órgãos responsáveis pela execução do Sistema Prisional Brasileiro. O papel do Judiciário deve ser o de buscar o engajamento de todos na resolução do problema e criar obrigações de resultado, estabelecendo parâmetros que caracterizem a superação do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI), adotando mecanismos processuais para pressionar os agentes estatais a cumprirem as políticas públicas elaboradas pelos próprios órgãos envolvidos.

O modelo do estado de coisas inconstitucional é perfeitamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, no âmbito de Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A ADPF é o instrumento necessário, na medida em que não faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos humanos dos presos.

Num estado constitucional de direito, como no Brasil, a Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), está prevista na Constituição Federal de 1988, parágrafo 1º, do artigo 102, regulamentada pela lei nº 9.882/99, aplicável nos seguintes termos:

> Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto **evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.**
> Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:
> I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)

No Brasil a Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nº 347/DF, com pedido de concessão de medida cautelar, foi ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), no Supremo Tribunal Federal, na data de 26 de maio de 2015, tendo os seguintes pressupostos para reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional:

> 1. Vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas;
> 2. Prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos, para um número significativo de pessoas;
> 3. A superação das violações de direitos pressupõe a doção de medidas complexas por uma pluralidade de órgão para mudanças e aplicações de medidas;
> 4. Potencialidade de congestionamento da justiça, se todos recorrerem individualmente ao Poder Judiciário;
> 5. Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro;
> 6. Reconhecimento de a adoção das providências, tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Esta técnica, que não está expressamente prevista na Constituição ou em qualquer outro instrumento normativo, permite à Corte Constitucional impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação.

De acordo com o art. 1° da Lei n° 9.882/99, os atos que podem ser objeto de ADPF autônoma são os emanados do Poder Público, incluídos os de natureza normativa, administrativa ou judicial. Na presente hipótese, a lesão a preceitos fundamentais se origina de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos da União e dos Estados federados. Tais exemplos demonstram que cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas, caracterizam o estado de coisas inconstitucional e, demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeiçoam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.

É importante a intervenção do Poder Judiciário, na ordem constitucional brasileira, quando houve, lesão a direitos, sendo inafastável da apreciação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF); e não existe mais grave violação aos direitos, do que a que se pratica sistematicamente no sistema prisional do país.

A capacidade institucional, pode propiciar o respeito ao espaço legítimo de deliberação democrática, que indique a solução para o estado de coisas inconstitucional, seja alcançada por meio de técnicas decisórias mais flexíveis, alicerçada no diálogo e cooperação entre os diversos poderes estatais, para a formulação e a implementação de políticas públicas, sem abrir mão do potencial institucional dos outros poderes.

3 Sistema Prisional Brasileiro: “Inferno”

A execução da pena está consagrada sob o manto das garantias legais previstas, no direito constitucional, nos direitos humanos, em vários estatutos legais, a nível internacional, existentes em várias convenções como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU, que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso.

A Constituição Federal trata no artigo 5º, das garantias fundamentais do cidadão, destinados também à proteção das garantias do preso. A legislação específica é a Lei de Execução Penal, incisos de I a XV do artigo 41, que estabelece os direitos infraconstitucionais garantidos ao sentenciado na execução penal.

A partir da sentença o preso passa à tutela do Estado, perde o seu direito de liberdade, mas continuam no mundo jurídico seus direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença. Ocorre, que o preso, ao adentar no sistema prisional brasileiro, passar a ter um tratamento desumano e degradante a sua personalidade e a sua dignidade, que não condiz com o processo de recuperação para retorno à sociedade.

O sistema prisional brasileiro possui penitenciárias superlotadas, violentas e com proliferação de doenças. As prisões privam os presos de sua liberdade, através das penas, que deveriam ter como função a recuperação e punição do condenado. Entretanto, na prática, a pena possui um caráter punitivo, que ultrapassa a esfera de liberdade do criminoso, que alcança e atinge a sua dignidade, saúde, integridade, mesmo asseguradas pela Constituição Federal.

A prisão, em sentido contrario o que dispõem a Lei Execuções Penais (lei nº 7.210/84), além da privação de liberdade e o cumprimento da pena, surge como um castigo severo, que faz com que o preso, perca as esperanças de se vê recuperado para poder retornar um dia quiçá, para a sociedade. Colabora com este entendimento, a frase, descrita no portão do Inferno da Divina Comédia de Dante Alighieri: *" Abandonai toda a esperança, vós que entrais"*. O sistema prisional brasileiro é onde vive a população carcerária, todavia é bárbaro, desumano e caótico o estado como vivem os presos. *As prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros "infernos",* com celas superlotadas, imundas e insalubres, com proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos.

Acontecem com frequentes homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. O Ministro Gilmar Mendes destacou em seu voto, no julgamento da ADPF nº 347, do Distrito Federal (DF), que:

> as péssimas condições dos presídios, que vão desde instalações inadequadas até maus-tratos, agressões sexuais, promiscuidade, corrupção e inúmeros abusos de autoridade, verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas, bem como, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual.

Neste sentido, faltam aos presos: assistência judiciária adequada, acesso à educação, à saúde e ao trabalho; faltam políticas públicas, voltadas para população carcerária, que não tem voto, um dos motivos pela poucas políticas públicas voltadas para os presos, no sentido de proteger e promover os direitos fundamentais, já que é composta em sua maioria por pessoas pobres e com baixos níveis educacionais. O controle estatal sobre o cumprimento é ineficaz, pois existem presos que poderiam ter sido soltos há anos e continuam presos.

Segundos dados, obtidos no Ministério da Justiça, do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN, responsável pelo Sistema Penitenciário Federal, cujos principais objetivos são isolamento das lideranças do crime organizado, cumprimento rigoroso da Lei de Execução Penal e custódia de: presos condenados e provisórios sujeitos ao regime disciplinar diferenciado, relativos a julho de 2013, apontam que: "*somente 0,47 % dos presos têm curso superior completo; 5,1% são analfabetos; 12,1% são apenas alfabetizados e 44% possuem somente o ensino fundamental incompleto (Disponível em <http://www.justica.gov.br. acesso 23 de março de 2015)".*

O quadro é do amplo conhecimento das autoridades públicas e da sociedade. A Câmara dos Deputados promoveu a CPI do Sistema Carcerário, com o relatório final, publicado em julho de 2008, já destacava que:

> Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano (...) Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas.

Desde agosto de 2008, o CNJ realiza mutirões carcerários em presídios de todas as unidades da federação e divulga os respectivos relatórios da dramática situação prisional do país e das graves e massivas violações aos direitos fundamentais dos presos.

O tema do sistema prisional tem sido matéria de várias ações, como: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5170, que discute direito de indenização de presos por danos morais, o RE 592581, que discute a possibilidade de o Judiciário obrigar os estados e a União a realizar

obras em presídios, e a ADI 5356, sobre a inconstitucionalidade de norma que estabelece o bloqueio de sinal de rádio e comunicação em área prisional.

Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões brasileiras, cada vez mais violentos, lideradas por presos de diferentes facções, que hodiernamente entram em confronto. Neste diapasão, episódios recentes no inicio de 2017, mostraram o resultado dessas rebeliões e motins nas prisões, que culminaram em massacres, nas Penitenciárias Estaduais: em Alcaçuz, em Natal (RN), no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj) em Manaus (AM), Bons Vista (RR), que culminaram com 125 mortes nas duas primeiras semanas do ano.

O sistema prisional brasileiros exibiu o descontrole: ao menos 126 detentos foram mortos em diferentes rebeliões e 74 presos, fugiram de casas prisionais localizadas em diversos Estados. Segundo o governo, 225 presos fugiram nas duas unidades. No mesmo dia, autoridades do Amazonas informam que 77 detentos haviam sido recapturados (Fonte: Jornal ZERO HORA).

4 Dos Direitos dos Presos

Quando uma pessoa é presa, todos os seus outros direitos que não foram atingidos pela perda do direito de ir e vir devem ser mantidos. Desta forma, todos os seus direitos de cidadão como educação, saúde, assistência jurídica, trabalho (não sujeito ao regime da C.L.T.) e outros continuam sendo garantidos pelas leis brasileiras. Mesmo estando privado de liberdade, o preso tem ainda direito a um tratamento humano, sem sofrer violência física ou moral. Os presos possuem direitos, delineados na Constituição Federal de 1988, que consagra:

> O princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III);
> Proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante (art.5º, III);
> Veda as sanções cruéis (art. 5º, XLVII, "e");
> Impõe o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art.5º, XLVIII);
> Assegura aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX);
> Prevê a presunção de inocência (art. 5º, LVII).
> Estes e inúmeros outros direitos fundamentais – como saúde, educação, alimentação adequada e acesso à justiça – são gravemente afrontados pela vexaminosa realidade dos nossos cárceres.
> A Constituição em seu artigo 5º XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e a Lei de Execuções Penais e determina que o Estado tem obrigação de prestar ao preso:
> I – Assistência Material: fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas; II - Assistência Saúde: atendimento médico, farmacêutico e odontológico, tanto preventivo, quanto curativo; III - Assistência Jurídica: destinada àqueles que não possuem recursos para contratar um advogado; IV - Assistência Educacional: o ensino do primeiro grau é obrigatório e é recomendada a existência de ensino profissional e a presença de bibliotecas nas unidades prisionais; V - Assistência Social: deve amparar o preso conhecendo seus exames, acompanhando e auxiliando em seus problemas, promovendo sua recreação, providenciando a obtenção de documentos e amparando a família do preso. A assistência social também deve preparar o preso para o retorno à liberdade; VI - Assistência Religiosa: os presos devem ter liberdade de culto e os estabelecimentos deverão ter locais apropriados para as manifestações religiosas. No entanto, nenhum interno será obrigado a participar de nenhuma atividade religiosa; VII - Assistência ao egresso: orientação para reintegração em sociedade, concessão (quando necessário) de

> alojamento e alimentação por um prazo de dois meses e auxílio para a obtenção de um trabalho.

São ainda direitos dos presos:

> ser chamado pelo próprio nome; b) receber visita da família e amigos em dias determinados; escrever e receber cartas e ter acesso a meios de informações; c)ter acesso a trabalho remunerado (no mínimo ¾ do salário mínimo); d) contribuir e ser protegido pela Previdência Social; e) ter acesso à reserva de dinheiro resultado de seu trabalho (este dinheiro fica depositado em caderneta de poupança e é resgatado quando o preso sai da prisão); f) ser submetido a uma distribuição adequada de tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; g) ser protegido contra qualquer forma de sensacionalismo; h) ter conversas pessoais reservadas com seu advogado; i) ter igualdade de tratamento, a não ser no que se refere às exigências de individualização da pena; j) ter audiência especial com o diretor do estabelecimento prisional; l) poder se comunicar e enviar representação ou petição a qualquer autoridade, em defesa de seus direitos; m) receber anualmente da autoridade judiciária competente um atestado de pena a cumprir.

Tornou-se necessário esclarecer em que consiste cada uma das espécies de assistência em obediência aos princípios e regras internacionais sobre os direitos da pessoa presa, especialmente as que defluem das *regras mínimas* da ONU (item 41 da Exposição de Motivos da LEP).

Assim, não havendo o cumprimento necessário dos direitos dos presos em sede de execução penal, materializa o desrespeito: a Constituição Federal; a Lei de Execução Penal; Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos, adotadas em 31 de agosto de 1955, pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes; Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Resolução n.º 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), de 11 de novembro de 1994 (DOU de 02.12.94); Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão — Resolução n. 43/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas — 76ª Sessão Plenária, de 9 de dezembro de 1988; Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, ditados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, visando a humanização da justiça penal e a proteção dos direitos do homem; Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos, ditados pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, visando a humanização da justiça penal e a proteção dos direitos do homem; Princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanos ou degradantes e a Resolução n. 37/194, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1982, dente outros dispositivos legais.

A Audiência de Custódia confere ao cidadão preso em flagrante, serem ouvidos no prazo de 24 horas, pelos juízes, para avaliar a necessidade de manutenção da prisão, se pode sair mediante fiança, se cabe uma medida punitiva de caráter educativo. Possui previsão nos pactos e tratados internacionais em que o Brasil é signatário desde 1992, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (este último mais conhecido como Pacto de *San Jose da Costa Rica*). Foi recentemente que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), adotou as medidas a fim de colocar a Audiência de Custódia em prática.

A realização da audiência de custódia está prevista no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), afirma que:

> Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A União e os Estados descumprem ostensivamente, preceitos fundamentais da Constituição no tratamento dos presos, conforme dados da ADPF nº 347 do Distrito Federal (DF):

> quando não mantém um número de vagas prisionais correspondentes a população encarcerada, gerando a superpopulação;
> quando não asseguram condições humanas nas instalações carcerárias;
> quando não adotam as medidas necessárias para a garantia da segurança física dos detentos, diante da violência de outros presos ou de agentes estatais;
> quando não providenciam o acesso adequado à jurisdição, à saúde, à alimentação, à educação, ao trabalho e à assistência material aos detentos;
> quando aplicam, de modo sistemático, sanções administrativas sem o devido processo legal aos presos;
> quando a União Federal, vem reiteradamente contingenciando os recursos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, frustrando o repasse de valores vultosos aos Estados, e dificultando, com isso, a adoção das medidas necessárias à melhoria das condições carcerárias no país.
> Quando não cumprem os tratados internacionais, ratificados pelo país, como o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos;
> Quando ofendendo, ainda, a Lei de Execução Penal.

O Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), criado pela Lei Complementar 79/1994, reúne recursos destinados à melhoria do sistema carcerário, é sistematicamente contingenciado pelo Poder Executivo. Neste sentido, há dinheiro, há recursos que não são gastos. Hoje há R$ 2,2 bilhões disponíveis no Funpen (Fonte: JM, 2015).

Consoante dispõe o art. 10 da Lei de Execução Penal, "*a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade*". Quando não garante direito fundamental (art. 5º § 1º, CF), que preveem o direito à audiência de custódia, o que poderia reduzir a superlotação das prisões e para evitar restrições injustificadas à liberdade de acusados.

O descumprimento de preceito fundamental decorre da interpretação judicial na ora da aplicação e execução da pena, que não levam em considerações as condições degradantes das prisões brasileiras, sendo as penas cumpridas mais graves do que as previstas em lei e impostas em sentença, ofendendo-se, com isso, o princípio da proporcionalidade.

A situação chegou ao ponto de motivar intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Estado brasileiro a cumprir medidas provisórias para garantir a erradicação das situações de risco e providenciar a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país.

A Ministra Carmen Lúcia em seu voto ressaltou a necessidade de haver um diálogo com a sociedade a respeito do tema. Segundo ela, existem no país 1.424 unidades prisionais, das quais apenas quatro são federais. *"Ou seja, os estados respondem pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União*". Ela citou a experiência de parceria público-privada em penitenciária de Minas Gerais, que em sua visão é exitosa. Segue os dados da população carcerária, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, vejamos:

QUADRO 1- POPULAÇÃO CARCERÁRIA POR ESTADO

UF	População Carcerária (M/F) CNIEP 14	% Presos Provisórios	Capacidade (Vagas)	Déficit Vagas	Presos em cumprimento de prisão	Total de presos (população carcerária + prisão domiciliar)	Déficit de Vagas (c/ presos domiciliares)	Novo % de provisórios Presos
AC	4.320	27%	2.487	1.833	198	4.518	2.031	26%
AL	2.531	55%	1.813	718	480	3.011	1.198	47%
AM	5.276	63%	1.661	3.615	441	5.717	4.056	57%
AP	2.523	30%	1.609	914	1.662	4.185	2.576	18%
BA	13.913	64%	10.712	3.201	484	14.397	3.685	62%
CE	15.447	59%	11.015	4.432	847	16.294	5.279	56%
DF	13.200	26%	6.629	6.571	6.277	19.477	12.906	17%
ES	15.548	43%	12.869	2.679	27	15.575	2.706	43%
GO	12.059	53%	8.361	3.698	1.058	13.117	4.756	49%
MA	6.315	57%	5.501	814	2.226	8.541	3.040	42%
MG	57.498	49%	36.098	21.400	10.954	68.452	32.354	41%
MS	13.513	31%	7.357	6.156	775	14.288	6.931	30%
MT	10.321	52%	6.632	3.689	1.067	11.388	4.756	48%
PA	12.172	43%	8.434	3.738	1.007	13.179	4.745	40%
PB	9.270	38%	5.892	3.378	8	9.278		38%
PE	30.149	50%	8.956	21.193	175	30.324	21.368	50%
PI	3.240	68%	2.780	460	30*	3.270	490*	68%*
PR	32.438	37%	23.680	8.758	1.347	33.785	10.105	35%
RJ	35.611	38%	29.037	6.574	1.842	37.453	8.416	37%
RN	6.842	34%	5.625	1.217	131	6.973	1.348	34%
RO	7.674	20%	4.981	2.693	2.247	9.921	4.940	16%
RR	1.676	41%	1.218	458	99	1.775	557	39%
RS	27.336	37%	21.063	6.273	3.177	30.513	9.450	33%
SC	16.366	30%	11.589	4.777	14.472	30.838	19.249	16%
SE	4.666	76%	2.841	1.825	3.646	8.312	5.471	43%
SP	204.946	35%	114.498	90.448	92.150	297.096	182.598	24%
TO	2.805	46%	1.927	878	1.110	3.915	1.988	33%
TOTAL	**567.655**	**41%**	**357.219**	**210.436**	**147.937**	**715.592**	**358.373**	**32%**

Fonte: **Processo 2014.02.00.000639-2,** do "NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL" do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - de Brasília/DF. Dados de junho de 2014.

O Brasil ocupa o 4 lugar no Ranking dos 10 países com maior população prisional, como mostra o Quadro 2:

QUADRO 2 - RANKING DOS 10 PAÍSES COM MAIOR POPULAÇÃO PRISIONAL

Nº	Países	Nº de Presos
1	**Estados Unidos da América**	**2.228.424**
2	**China**	**1.701.344**
3	**Rússia**	**676.400**
4	**Brasil**	**567.655**
5	**Índia**	**385.135**
6	**Tailândia**	**296.577**
7	**México**	**249.912**
8	**Irã**	**217.000**
9	**África do Sul**	**157.394**
10	**Indonésia**	**154.000**

Fonte: **Processo 2014.02.00.000639-2,** do "NOVO DIAGNÓSTICO DE PESSOAS PRESAS NO BRASIL" do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas - de Brasília/DF. Dados de junho de 2014

Neste sentido, segue os dados do Panorama Brasileiro, vejamos:

QUADRO 3- PANORAMA DE PESSOAS PRESAS

População no sistema prisional	567.655 presos
Capacidade do sistema	357.219 vagas
Déficit de Vagas	210.436
Pessoas em Prisão Domiciliar no Brasil	148.000
Total de Pessoas Presas	715.655
Déficit de Vagas	358.219
Número de Mandados de Prisão em aberto no BNMP	373.991
Total de Pessoas Presas + Cumpr. de Mandados de Prisão em aberto	1.089.646
Déficit de Vagas	732.427

Fonte: CNJ: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf

A exemplo do caso que aconteceu no Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno, de Recife/PE. A Comissão Interamericana, por sua vez, concedeu medidas cautelares contra o Estado Brasileiro para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre/ RS. Os presos deveriam ser colocados em iguais graus de periculosidade.

O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 730 mil presos, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Apresentado um déficit prisional que ultrapassa a casa das 206.307 mil vagas, o que confirma a superlotações dos presídios. Todavia, a "mistura" entre presos com graus muito diferentes de periculosidade, não ajuda em sua ressocialização, conforme comprova elevadíssimas taxas de reincidência, que, segundo algumas estimativas, chegam a 70%. Assim, a prisão torna-se uma verdadeira "escola do crime" (afirmou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos) (Fonte: CNJ: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf).

O equacionamento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro envolverá a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais, à melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados atinentes aos direitos fundamentais dos presos. A médio e longo prazo haverá a redução de gastos públicos, já que a manutenção do preso, custo médio mensal de cada preso de cerca de R$ 2 mil, além daquele envolvido na construção de nova vaga, que ultrapassa R$ 40 mil, no regime fechado, e R$ 20 mil no semiaberto. Assim, a superação do estado de coisas inconstitucional a médio e longo prazo, gerar, como efeito colateral positivo, a economia de recursos públicos, e não o aumento de gastos.

Portanto, o STF, em reiterada jurisprudência, enfatiza que o Estado não pode invocar a ausência de recursos ou de autorização orçamentária para o inadimplemento de prestações ligadas ao mínimo existencial. Veja-se, nesta linha, uma recente decisão: "Recurso Extraordinário com Agravo (Lei nº 12.322/2010)".

O Estado, ao privar de liberdade uma pessoa, se coloca em uma especial posição de garante de sua vida e integridade física (Pacificada pela jurisprudência do STF). Os Estados devem seguir as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros, conforme estabelecido pela a Organização das Nações Unidas(ONU), que definiu "Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros" e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, estabeleceu "Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas".

Em 2011, o governo federal lançou o Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional, que tinha o objetivo de criar 45.934 vagas novas em todo o país até o final de 2014, para reduzir a superlotação; mesmo assim, era absolutamente insuficiente. A União celebrou convênios com os estados visando à realização de 99 obras. Destas, consta que 46 nem começaram, 33 estão paralisadas e só 20 estão em andamento, ainda que com grande atraso.

Assim, a ADPF nº 347/DF, possui 73 páginas, sustenta que haverá mudanças do que chama de "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário, se houver a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais:

> a) Haverá melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados aos detentos;
> b) Facilitará a resolução dos principais problemas do sistema carcerário, como superlotação;
> c) Facilitará o acesso à justiça e a assistência aos detentos, direito à educação e ao trabalho e tortura, sanções ilegítimas e uso da força.

Neste diapasão, se fez necessária a postulação ao STF, por meio da ADPF nº 347/DF, para que haja o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, no atual cenário, em que a prisão envolve quase sempre gravíssimas lesões aos direitos fundamentais dos presos.

5 Do Posicionamento do STF, Sobre ADPF Nº 347/DF

Por existe um quadro crônico de violação de direitos fundamentais, que se origina da falha de diversas instituições públicas em cumprir com suas obrigações constitucionais. Portanto, resta configurado a lesão a preceitos fundamentais decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos, o que basta para a satisfação deste pressuposto da ADPF.

A Constituição brasileira de 1988 é pródiga em dispositivos que visam a assegurar a proteção da dignidade humana de todos os indivíduos, presos ou libertos, tendo diversas normas infraconstitucionais e internacionais.

Na data de 27 de agosto de 2015, o STF, iniciou o julgamento da ADPF nº 347/DF, que pede providências para crise prisional, no qual o Relator é o ministro Marco Aurélio, reconheceu procedência parcial à cautelar. O julgamento da ADPF nº 347/DF, foi suspenso, para análise do mérito, após o cumprimento pelos entes envolvidos, da liminar deferida, que determinou:

> 1. O relator votou no sentido de determinar aos juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade;
> 2. que passem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão;
> 3. que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal;
> 4. e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão.
> 5. À União, o relator determina que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos;
> 6. Determinou que a União e o Estado de São Paulo, forneçam informações sobre a situação do sistema prisional.

Para o ministro Marco Aurélio em seu voto, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público: *"A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três entes: Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal"*. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal.

A importância da ADPF nº 347/DF, se caracteriza pela necessidade de adoção urgente de medidas voltadas ao equacionamento das gravíssimas violações aos direitos fundamentais dos presos brasileiros, e em prol da segurança de toda a sociedade. A extensão dos efeitos da decisão do STF, em sede de medida cautelar, está estabelecida no art. 5º da Lei nº 9.882/99, sendo de suma, importância para o reconhecimento com a implementação de medidas, ratificadas pelos tratados internacionais e sua aplicabilidade de forma imediata como do Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, determinando a todos os juízes e

tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, que passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. Segue na íntegra o teor da liminar deferida:

> a) Declarar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.
> b) Determinar ao Governo Federal que elabore e encaminhe ao STF, no prazo
> máximo de 3 meses, um plano nacional ("Plano Nacional") visando à superação do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dentro de um prazo de 3 anos.
> c) O Plano Nacional deverá conter propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país, especialmente no que toca:
> i. redução da superlotação dos presídios;
> ii. contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (ii) diminuição do número de presos provisórios;
> iii. adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança;
> iv. efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito;
> v. garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos;
> vi. contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais;
> vii. eliminação de tortura, de maus tratos e de aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais;
> viii. adoção de medidas visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT.

O Papel do Supremo Tribunal Federal-STF, como afirmou o ministro Marco Aurélio em seu voto, é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas.

Neste sentido, faz se necessário esperar o julgamento do mérito da ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, do Distrito Federal (DF), para uma análise criteriosa do cumprimento das medidas pretendidas e aplicação dos direitos constitucionais e direitos fundamentais dos presos. Segundo Norberto Bobbio, na interpretação do professor Celso Lafer, quando afirma: *"qual é o direito fundamental do homem segundo a sua natureza? O direito do mais forte, como queria Spinoza, ou o direito à liberdade, como queria Kant?":*.

> Atualmente, quem não pensa que é evidente que não se deve torturar os prisioneiros? Todavia, durante séculos, a tortura foi aceita e defendida como procedimento judiciário normal. [...] a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como maior prova histórica até hoje dada do consensus omnium gentiu sobre um determinado sistema de valores (BOBBIO, 2004, p. 26).

Assim, em um sistema democrático de direito, deve-se manter a dignidade dos presos, seus direitos, inclusive o direito à vida. Neste sentido, se faz necessária a efetivação dos direitos

humanos e dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, visto que já estão positivados no ordenamento jurídico, como afirma DALLARI (2004,p.14):

> Os direitos humanos e fundamentais são iguais para todos os seres humanos, e esses direitos continuam existindo mesmo para aqueles que cometem crimes ou praticam atos que prejudicam as pessoas ou sociedade. Nesse caso, aquele que praticou um ato contrário ao bem ou interesse de outrem, deve sofrer a punição legal[..], mas, não lhe retira a condição de pessoa humana, detentora dos direitos humanos.

Outrossim, a noção de poder não pode mais ser entendida e centralizada na figura do soberano, pois os direitos humanos constituem liberdades e garantias fundamentais inerentes a pessoa humana que não pode ficar subjugadas aos desmandos do poder do soberano estatal. Portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem em conjunto com a Carta das Nações Unidas, constituem marcos histórico de consagração da dignidade da pessoa humana, que asseguram a concessão de efetivação da justiça, da igualdade e da liberdade.

Assim, o Sistema Prisional Brasileiro, necessita ser alicerçado na efetividade das normas constitucionais e nos direitos fundamentais, para sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, que priorize o direito à vida de cada homem, seus direitos sociais e demandas de proteção social aos presos, necessárias para o cumprimento da pena, que possam ressocializar - los e não deixa-los cristalizar-se e enrijecer-se de forma que percam as esperanças quando do cumprimento da pena e possam continuar esperando alcançar, um dia, o direito à liberdade.

No entanto, se faz necessário se combater o autoritarismo de forças desproporcionais do Estado, empregados para resolver "a crise" do sistema prisional brasileiro, em relação à resistência do cumprimento dos preceitos fundamentais e constitucionais, diante da garantia da aplicação das convenções pactuadas, sobre direitos humanos e compromisso internacional assumido pelo Brasil, evitando responsabilização do Estado por descumprimento da jurisdição internacional.

Neste diapasão, se fez necessária a aplicação pelo STF, do Estado de Coisas Inconstitucional Brasileiro, uma vez que, existem violações aos direitos constitucionais, direitos fundamentais e direitos humanos dos presos, pelas autoridades públicas, no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, e por isso, necessária a Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, diante da problemática do Sistema Prisional Brasileiro de massivas violações aos direitos humanos dos presos e exclusão dos indivíduos na ordem jurídico-politica institucional.

6 Considerações finais

O Estado de Coisas Inconstitucional é previsível no cenário jurídico brasileiro, diante do posicionamento do STF, ao deferir os pedidos cautelares da Ação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 do Distrito Federal (DF), mas falta o julgamento final no mérito da ação, para pacificação da questão.

Assim, a ADPF nº 347 do Distrito Federal (DF), sustenta que haverá mudanças do que chama de *"estado de coisas inconstitucional"* do sistema penitenciário brasileiro, se houver o cumprimento dos preceitos fundamentais que possa garantir os direitos fundamentais dos presos, assegurando a efetividade prática das soluções propostas, para garantia dos direitos

constitucionais, direitos humanos e direitos fundamentais dos presos no sistema prisional brasileiro.

Espera-se que com o julgamento final da ação, que culmine em sua procedência total, possa assegurar a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais; garanta a existência dos serviços prestados aos detentos; crie melhoria das condições dos estabelecimentos prisionais; que facilite a resolução dos principais problemas do sistema carcerário, como superlotação; que possa garantir o acesso à justiça e a assistência aos detentos; que garanta o direito à educação, saúde e ao trabalho.

Tais garantias são necessárias no sistema prisional brasileiro, para preservação do direito constitucional, direitos humanos, mas principalmente para preservação da dignidade humana dos presos, como um valor espiritual inerente ao próprio homem, não só como um valor moral (espiritual), mas como um valor jurídico (positivado), servindo de limite e fundamento do domínio do Estado, independente de sua origem, sexo, idade, e sim como um fundamento constitucional brasileiro (art. 1º,III, da CF), irradiando – se pela ordem jurídica, ou seja que garanta o mínimo existencial aos presos.

Referências

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas***.** 1. ed. São Paulo. Edipro, 1999.

BITENCOURT, Cézar Roberto. *Falência da pena de prisão.* 3. ed. Revista dos Tribunais. S

JESUS, Damásio E. de. Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil. *Revista Consulex.* Ano I, n. 1, p. 24-28, Jan. 1997. São Paulo, 1993.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 6ª reimpressão. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. O princípio constitucional da proporcionalidade e a proteção dos direitos fundamentais. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 34, 1994.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional*. Op. cit., pp. 207-208.

_____. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível: http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural. Acesso em 20 abril de 2016.

CNJ. *Mutirão carcerário Pernambuco*. 2014. p. 14. (doc. 9). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/mutirao. Acesso em 20 abril de 2016.

____. *"Mutirão constata déficit de 15 mil vagas em presídios de Pernambuco*". Nov. 2011. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17054-mutirao-constata-deficit-de-15-mil-vagas-em-presidios-de-pernambuco. Acesso em 20 abril de 2016.

____. *Pessoas Presa no Brasil.* Disponível em: CNJ: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em 20 abril de 2016.

____. *Novo Diagnóstico de Pessoa Presas no Brasil.* Disponível: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa. Acesso em 20 abril de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2 ed. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

MARMELSTEIN, George. *Direitos Fundamentais.* https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional. Disponível em:. Acesso em 20 abril de 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Segurança Pública e Justiça Criminal.* Disponível em http://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatório- constitucional-seguranca-publica-justica-criminal. Acesso em 20 maio de 2016.

MJ**.** *Ministério da Justiça e Segurança Pública. Depen*. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/sistema-penitenciario-federal-1 .Acesso em 20 maio de 2016.

___. Disponível em: http://www.tribunahoje.com/noticia/96697/cidades/2014/03/14/alagoas-lidera-ranking-de-superlotaco-de-presidios-no-brasil-aponta-mj.html. Acesso em 20 abril de 2016.

MPBA. *PESQUISA Sistema Penitenciário.* Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/ceosp/pesquisa/PESQUISA_LFG_SISTEMA_PENITENCIARIO.PDF. Acesso em 20 maio de 2016.

OAS. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 2011, pp. 4-5. Disponível: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf> Acesso em 20 maio de 2016.

PSOL**.** *ADPF nº 347 (2016)*. Disponível em: http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf. Acesso em 20 maio de 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUEZ GRAVITO, César e RODRIGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

TRIBUNA HOJE. *Alagoas lidera ranking de superlotação de presídios no Brasil, aponta*
ZAFFARONI, Raul Eugênio. *El enemigo em el derecho penal.* 1ª ed.3ª reimp. Buenos Aires: Ediar,2012, pág. 175.

ZERO HORA. *Veja quais foram as rebeliões e fugas em massa nas prisões brasileiras em 2017.* Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2017/01/veja-quais-foram-as-rebelioes-e-fugas-em-massa-nas-prisoes-brasileiras-em-2017-9388668.html. Acesso em 20 abril de 2016.



ANAIS

GT GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: DAS CONQUISTAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À (IN)EFETIVIDADE DE SUAS CONCRETIZAÇÕES.

Coordenadoras: Maria Aparecida Alkimin e Regina Vera Villas Boas
(Centro Universitario Salesiano de SP – Lorena)

Canoas, 2017.

ENCÍCLICA "LAUDATO SI": EDUCANDO E CONCRETIZANDO PARA OS DIREITOS HUMANOS

Regina Vera Villas Boas[1]
regvboas@Terra.Com.Br

Maria Aparecida Alkimim[2]
maalkimin@Terra.Com.Br

Resumo:

O artigo atenta para a significação da Encíclica "Laudato Si" do Papa Francisco, trazendo à baila algumas lições de humanidade, nela espelhadas. Do documento se extrai estudos sobre as dimensões clássicas dos direitos humanos, que estão dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil, como direitos fundamentais individuais, sociais e difusos e coletivos, e sobre os quais se tece considerações relacionadas aos ensinamentos da Encíclica. A pesquisa se vale do documento conhecido como "Encíclica "Laudato Si" e de bibliografia nacional e portuguesa, delas extraindo raciocínios e reflexões sobre a contemporaneidade e a efetividade dos direitos humanos, que ao serem constitucionalizados transmudam-se para direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Encíclica "Laudato Si". Papa Francisco. Dimensões dos direitos humanos. Educação em Direitos Humanos. Meio ambiente ecologicamente equilibrado

Resumen:

El artículo atenta a la importancia de la Encíclica "Laudato Si" del Papa Francisco, trayendo a flote algunas lecciones de la humanidad, reflejadas en ellas. Los estudios extraídos de documentos sobre las dimensiones clásicas de los derechos humanos, que están dispuestas en la Constitución de la República Federal de Brasil, como individual, social y derechos difusos y colectivos fundamentales, y sobre la cual se teje consideraciones relacionadas con las enseñanzas de la Encíclica. La investigación se basa en el documento conocido como la "Encíclica" Laudato Si "y la literatura nacional y portugués, de ellas extrayendo sus argumentos y reflexiones sobre el mundo contemporáneo y la efectividad de los derechos humanos, que cuando se han constitucionalizado trannsforman en los derechos fundamentales.

---

[1]Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Ius Gentium Conimbrigae; Bi-Doutora em Direito Privado e em Direitos Difusos e Coletivos e Mestre em Direito das Relações Sociais, todos pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora dos Programas de Pós-Graduação em Direito da PUC/SP e do Centro Universitário Salesiano de SP (UNISAL-Lorena). Integrante dos Grupos de pesquisas em Direito Minerário (PUC/SP), "Minorias, discriminação e efetividade de direitos" (UNISAL/CNPq) e do Observatório de Violência nas Escolas (UNISAL/UNESCO). e-mail: regvboas@terra.com.br

[2] Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Ius Gentium Conimbrigae, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Coordenadora e Professora Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo-UE de Lorena, Professora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Professora membro do Conselho Editorial da Revista Direito & Paz do Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Professora integrante do corpo de cooperação técnico, científico e cultural, compondo a Cátedra da UNESCO de Juventude, Educação e Sociedade, com sede na Universidade Católica de Brasília.

Palavras Clave: Encíclica "Laudato Si". Papa Francisco. Las dimensiones de los derechos humanos. Educación en Derechos Humanos. Medio ambiente ecológicamente equilibrado.

> "Esta irmã clama contra o mal que lhe provocamos por causa do uso irresponsável e do abuso dos bens que Deus nela colocou. Crescemos a pensar que éramos seus proprietários e dominadores, autorizados a saqueá-la. A violência, que está no coração humano ferido pelo pecado, vislumbra-se nos sintomas de doença que notamos no solo, na água, no ar e nos seres vivos. Por isso, entre os pobres mais abandonados e maltratados, conta-se a nossa terra oprimida e devastada, que «geme e sofre as dores do parto» (*Rm* 8, 22). Esquecemo-nos de que nós mesmos somos terra (cf. *Gn* 2, 7). O nosso corpo é constituído pelos elementos do planeta; o seu ar permite-nos respirar, e a sua água vivifica-nos e restaura-nos."[3]

1 Notas Introdutórias: A Encíclica "Laudato Si" do Papa Francisco e a Exaltação dos Direitos Humanos

A Carta solene que o jesuíta argentino, hoje, personagem maior do Estado Católico Vaticano, o Papa Francisco dirigiu ao clero católico e que está sendo conclamada por católicos e não católicos dos quatro cantos do mundo, traz no seu bojo uma grande lição de direitos humanos, abrangente das suas tradicionais dimensões. Trata-se da Encíclica "Louvado Seja" ou "Laudato Si".

Logo, no início, inspirado em São Francisco de Assis, a Encíclica "Laudato Si" reproduz texto do seu Cântico das Criaturas, que exalta a terra-mãe, assim afirmando: "Louvado sejas, meu Senhor, pela nossa irmã, a mãe terra, que nos sustenta e governa e produz variados frutos com flores coloridas e verduras".

A expressão com que ficou conhecida a Encíclica "Laudato si", e que significa "Louvado sejas", iluminado pelas palavras de São Francisco de Assis, invoca a emergência de uma ecologia integral que necessita, prioritariamente, buscar soluções integrais que consigam praticar a integração entre os sistemas naturais entre si e, também, entre eles e os sistemas sociais.

Isso porque, o Papa Francisco entende que as crises ambiental e social não são distintas, existindo uma única e complexa crise socioambiental, razão pela qual não devem ser consideradas separadas. E, mais: percebe o Papa, que os pobres são os primeiros a serem seriamente atingidos, por essa crise socioambiental, que assola os continentes.

Nosso planeta está abalado social e ambientalmente com tantas tribulações que alcançam os homens, os idosos, as crianças e adolescentes, as pessoas com deficiência, além do meio ambiente e demais seres vivos, lembrando que referidos desequilíbrios não podem ser considerados de maneira fragmentada e isolada, porque o homem e a natureza interagem, fazem parte de um mesmo ecossistema.

[3]http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html

A Encíclica do Papa Francisco que é social e ambientalmente contemporânea, atual, relevante e de interesse de todos, traz no seu bojo lições de humanidade e de respeito aos direitos individuais, sociais e difusos, invocando a proteção e garantia destes direitos.

2 Inspirações do Papa Francisco: Humanidade, Direitos Humanos e Legislações e Convenções Protetivas dos Direitos Fundamentais

A Encíclica recomenda atitudes e comportamentos interessantes, cujos cumprimentos causam efeitos que repercutem direta e imediatamente no mundo do Direito, na medida em que possibilitam o fortalecimento dos direitos humanos, como as liberdades civis e políticas, a igualdade, a solidariedade e a fraternidade entre as gerações presente e futuras, salvaguardando o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a vida saudável, além dos direitos sociais à saúde, educação, moradia, trabalho, entre outros.

O conteúdo da "Laudato Si" perpassa lições contidas em códigos, legislações, doutrinas e Congressos, nacionais e internacionais, entre os quais se destaca a Declaração Universal sobre o Meio Ambiente, consagrada em Estocolmo, em 1972, cujo Princípio de número 06, alerta para a prevenção, destacando o dever de se extinguir a descarga de substâncias tóxicas e de outros materiais, e para a liberação de calor em concentrações e quantidades que o meio ambiente não consiga neutralizar, objetivando evitar a ocorrência de danos graves ou irreparáveis aos ecossistemas; alerta, também para o apoio que se deve ofertar aos povos de todos os países, cujas lutas contra a contaminação sejam justas.

A Encíclica conclama o teor da Lei nº 6.938/81, que trata da política brasileira do meio ambiente, consagrando entre outros, o importante princípio da prevenção, nos textos dos incisos III, IV e V do artigo 4º, dispondo que: tal política nacional possui vários objetivos, entre os quais o de estabelecer critérios e padrões da qualidade ambiental e normas relacionadas ao manejo e utilização de recursos ambientais; desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias brasileiras, cujo norte é a utilização destes recursos e a difusão de tecnologias de manejo ambiental; além da divulgação de dados e informações ambientais, que corroboram a formação da consciência pública (ambiental) a respeito da necessidade de preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, o que leva o intérprete contemporâneo à compreensão e aceitação do desenvolvimento social, econômico, ambiental sustentável.

Ainda, a respeito da lei nº 6.938/81, extrai-se dos incisos II, III, IV, VI, VII, IX e X, do seu artigo 2º, princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, que envolvem a racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar; o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais; a proteção dos ecossistemas, preservando-se áreas representativas; os incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias, orientadas ao uso racional e à proteção dos recursos ambientais; o acompanhamento do estado da qualidade ambiental; a proteção de áreas ameaçadas de degradação; a educação ambiental em todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando vê-la capacitada a participar de maneira ativa da defesa do meio ambiente.

O Papa Francisco, pela "Laudato Si", instiga a atenção de todos para o conteúdo principal da Agenda 21, que coloca a questão ambiental como essencial a todos os planejamentos; invoca os atores sociais às discussões sobre a racionalidade socioambiental, colocando o Estado como observador de leis e políticas públicas nacionais, e protetor do meio ambiente, na medida em que ele (Estado), não

pode permitir a desproteção dos recursos ambientais e do meio ambiente, como um todo, devendo outrossim, implementar políticas públicas sociais que permitam o desenvolvimento sustentável do país.

Ainda, relativamente à realidade ambiental, a Encíclica corrobora reflexões verticalizadas relativas ao conteúdo dos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil, entre outros o do artigo 225 que estabelece ser de todos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e classifica referido bem como "de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

Dos estudos à Encíclica se extrai uma sublimação aos direitos sociais, que conduz o intérprete a pensar sobre a necessária erradicação da pobreza mundial, por meio da concretização destes direitos.

Questiona-se sobre as vertentes social, econômica e ambiental, objetivando reflexões sobre o crescimento e desenvolvimento sustentáveis dos países, notadamente do Brasil, a partir do estabelecimento de políticas públicas, que fomentem e possibilitem tais crescimento e desenvolvimento sustentáveis.

O incremento da governança socioambiental que acontece nos âmbitos nacional e internacional, integrando as esferas das realidades humanas, no contexto social contemporâneo, deve respeitar o desenho, a elaboração e aplicação das regras, normas e princípios, que promovam a integração das esferas e o funcionamento destas, viabilizando referidos crescimento e desenvolvimento.

Importante lembrar que os direitos sociais à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, estão previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. Os exercícios destes direitos, tal qual o dos direitos individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, que são valores supremos de uma sociedade fraterna - que não deve ter preconceitos, sendo pluralista e fundada na harmonia social, respeitando a ordem nacional e internacional - estão assegurados como direitos fundamentais pelo Estado Democrático brasileiro, o qual foi instituído pela Assembleia Nacional Constituinte, por meio dos representantes do povo brasileiro.

Esse direito são todos exaltados pela "Laudato Si", que invoca a proteção das gerações presentes e futuras, corroborando a sustentabilidade pretendida pelo Papa Francisco, recordando-se a possibilidade de se conceder fomentos ao desenvolvimento de tecnologias, para aqueles países que priorizam a questão ambiental, evitando-se retrocessos desta proteção, salvaguardados os direitos humanos, que se manifestam, também, pelos cuidados prestados à diversidade cultural dos povos envolvidos.

Por derradeiro, a partir dos ensinamentos trazidos na "Laudato Si", pode-se exaltar o direito social à educação e à educação socioambiental, na medida em que se compreende a existência de um Estado Socioambiental de Direito e uma Democracia Sustentada, nos termos lecionado por José Joaquim Gomes Canotilho.

Aceitar a existência de um Estado Socioambiental de Direito e uma Democracia Sustentada é compreender a necessidade do estabelecimento da obrigatoriedade do cumprimento do dever de cuidar e do respeito à ética humana, fortalecendo o respeito à dignidade de cada "ser".

3 Educação em Direitos Humanos: o despertar para a consciência ecológica e para a ética ambiental

3.1 Uma visão holística da Educação em Direitos Humanos

Como é cediço, a educação é um processo contínuo de desenvolvimento e amadurecimento do ser humano, onde toda pessoa, partindo das experiências e vivências alheias e com a interferência do outro, aprende e apreende sinais vitais e elementares para o desenvolvimento social, moral, espiritual, afetivo, social etc, construindo, diante do processo educativo (formal e não-formal) habilidades pessoais, humanas, intelectuais, profissionais que corroborarão para a formação da personalidade e do ser social que interage na vida social, familiar, escolar, no trabalho etc.

Portanto, a educação corresponde muito mais que transmissão de saberes e experiências, ela se confunde com o próprio processo de socialização e formação da personalidade do individuo, é o indicativo do "ser" e do "fazer", e, considerando o aspecto da individualidade do ser, dos seus valores, crenças e modo de agir ético e respeitoso, Kant entendia que o "fim da educação é desenvolver, em cada indivíduo, toda a perfeição de que ele seja capaz". (Apud FORACCHI, 1971, p. 35).

Quanto ao aspecto da socialização ou formação do ser social através da educação, Durkheim entende que a educação é um processo de socialização da jovem geração pela geração adulta, influenciando o ser e o agir daqueles que ainda não atingiram a maturidade para a vida social, exercendo o professor o papel de formar cidadãos que possam contribuir para a harmonia social, permitindo a transposição da consciência individual para a consciência coletiva, para o exercício do bem comum.

> A construção do ser social, feita em boa parte pela educação, é a assimilação pelo indivíduo de uma série de normas e princípios - sejam morais, religiosos, éticos ou de comportamento - que baliza a conduta do indivíduo num grupo. O homem, mais do que formador da sociedade, é um produto dela. (Durkheim, Sociologia e Educação, apud RIBEIRO, "Durkheim e o Fato Social", 2017)

Nesse sentido, a educação envolve, necessariamente, a formação do individuo em todas as dimensões humanas, e que abrangem o saber, o ser, o agir, o refletir e o sentir, proporcionando o desenvolvimento da personalidade sob o aspecto individual e do ser social (aspecto coletivo), transformando a educação em processo ou mecanismo de preparação da pessoa humana para viver solidaria e fraternamente e em face do bem comum. Isso implica assimilar e reproduzir no convívio social os valores naturais, humanos e éticos que norteiam o convívio com o próximo e com a natureza, ou seja, entre indivíduos e entre individuo e meio ambiente.

Maria Célia Bodin de Moraes afirma que solidariedade corresponde a uma relação de coexistência e de codependência entre pessoas, tratando-se de uma oposição a ideia de que o homem se coloca fechado ao mundo exterior, logo, o individuo existe enquanto se relaciona como os outros indivíduos (2006, p. 159).

Portanto, essa doutrinadora compreende a solidariedade de uns para com os outros e dos Homens para com o ecossistema, como um valor supremo ligado à personalidade e dignidade da pessoa humana e, assim sendo, não comporta individualismo codificado, a pessoa humana, sem considerar a concepção jurídica de individuo, deve ser considerada "a partir da sua inserção no meio

social e nunca como célula autônoma, um microcosmo cujo destino e cujas atitudes pudessem ser indiferentes à demais." (MORAES, 2006, p. 165)

A solidariedade, fraternidade, compaixão e misericórdia são valores que correspondem à pureza da formação humana, o quais são aprendidos, apreendidos e exteriorizados em forma de respeito, afeto, amor, preservação e conservação da espécie humana e da natureza. Para esse desiderato, eis a relevância da Educação em, com e para os Direitos Humanos.

O processo de globalização que impulsionou o surgimento de uma sociedade capitalista, consumista e individualista interfere no processo contemporâneo educacional e de formação da pessoa humana, emergindo um cenário de violências e de desrespeito para com o outro e para com o meio ambiente.

Papa Francisco, advertindo para os efeitos maléficos da globalização e da tecnocracia, chama todos para o despertar para o espírito solidário, fraterno e misericordioso diante da degradação ambiental que está destruindo a Nossa Casa Comum(Terra), além das ameaças presentes e futuras em relação à sustentabilidade, logo, conduzir criança, adolescentes e jovens no caminho da solidariedade, da fraternidade e da misericórdia para com o outro e para com o ecossistema requer uma educação centrada nos pilares dos Direitos Humanos.

A educação em direitos humanos foi conclamada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

> A presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente essa Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades (n.g.), e pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Nesse viés, a Educação em Direitos Humanos abrange vários aspectos da vida do Homem em formação, sua personalidade, sua vivência e experiências, sua projeção na família, na escola, no trabalho e na sociedade; e também todos assuntos no seu entorno, como economia, cultura e proteção ao meio ambiente para salvaguarda de uma vida sadia e equilibrada.

Importante ponderar que Papa Francisco, através da Encíclica Laudato Si, demonstra a preocupação com uma "Ecologia Integral", a qual abrange o meio ambiente em sentido lato e também nas suas várias dimensões e projeções na vida do homem: ecologia ambiental, econômica e social; ecologia cultural e ecologia da vida cotidiana (Cf. Encíclica Laudato Si), cuja preocupação tem por fundamento os efeitos maléficos da globalização e do avanço tecnológico.

O "cuidado" com a "Ecologia Integral" perpassa pelo processo educativo e de conscientização, sendo elementar a educação centrada em valores humanos, cuja educação em direitos humanos tem como objetivo primordial o despertar para a sensibilidade e consciência cidadã de todos no que se refere às questões globais que afetam o cotidiano de toda pessoa. Educar em, com e para direitos humanos como forma de respeito, promoção e valorização dos direitos humanos e que conduz a uma participação democrática e assunção de responsabilidades individuais e coletivas em prol da preservação e conservação da espécie humana, vegetal e animal.

Educação em Direitos Humanos corresponde a um

> (...)processo sistemático e multidimensional que orienta a formação dos sujeitos de direitos, articulando várias dimensões, como a apreensão de

> conhecimentos sobre Direitos Humanos; a afirmação de valores, atitudes e práticas que expressam uma cultura de Direitos Humanos; a afirmação de uma consciência cidadã; o desenvolvimento de processos metodológicos participativos; e o fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos em favor da promoção e da defesa dos Direitos Humanos.(SILVA, 2010, p.9)

Assim, a Educação em Direitos Humanos tem como objetivo central a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, com respeito aos valores humanos e desenvolvimento do espírito ético ambiental.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH, Brasil,2006), baseado no Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH/2005) inseriu, tanto no âmbito da educação básica, como no âmbito do ensino superior, a educação em direitos humanos, com viés inter e multidisciplinar, fornecendo e instrumentos que possibilitam uma ação pedagógica conscientizadora e libertadora, voltada para o respeito e valorização da diversidade, aos conceitos de sustentabilidade e de formação da cidadania ativa. (Ministério da Educação-Conselho Nacional de Educação, 2017).

Segundo o PNEDH, a educação em direitos humanos deve ser promovida em três dimensões: a) conhecimentos e habilidades: compreender os direitos humanos e os mecanismos existentes para a sua proteção, assim como incentivar o exercício de habilidades na vida cotidiana; b) valores, atitudes e comportamentos: desenvolver valores e fortalecer atitudes e comportamentos que respeitem os direitos humanos; c) ações: desencadear atividades para a promoção defesa e reparação das violações aos direitos humanos. (Ministério da Educação-Conselho Nacional de Educação, 2017)

A Constituição Federal de 1988 e a LDB (Lei Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996,) firmam o compromisso concomitante com a democracia e a educação inspirada na liberdade, respeito à pessoa humana, à biodiversidade e nos ideais de solidariedade para a plena formação visando o desenvolvimento do educando, exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

A LDB faz referência à educação ambiental no artigo 32, inciso II, segundo o qual se exige, para o Ensino Fundamental, a "compreensão ambiental natural e social do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade"; e no artigo 36, § 1º, segundo o qual os currículos do ensino fundamental e médio "devem abranger, obrigatoriamente, (...) o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política do Brasil.

Denota-se que no Brasil há uma preocupação na formação básica do cidadão visando a compreensão do ambiente natural e social; sendo disciplinado por norma que os currículos do Ensino Fundamental e do Médio devem abranger o conhecimento do mundo físico e natural; que a Educação Superior deve desenvolver o entendimento do ser humano e do meio em que vive; e que a Educação tem, como uma de suas finalidades, a preparação para o exercício da cidadania.

3.2 Educação Ambiental e a Encíclica *Laudato Si*

A degradação ambiental e ameaças ao ecossistema emergiram para uma preocupação centrada nos reflexos maléficos da globalização, avanço tecnológico e consumismo na ecologia global e nos riscos para a sustentabilidade ambiental, social, cultural e econômica para gerações presentes e futuras.

Esse cenário de deterioração ambiental e ameaças à condição humana digna, fez com que Papa Francisco manifestasse no corpo da Encíclica *Laudato Si* a preocupação com o Planeta Terra, o qual denomina de Nossa Casa Comum, e com a pessoa humana que habita esse Planeta ameaçado, ressaltando a importância de se considerar nos diálogos a Ecologia Integral (ambiental, social, econômica, cultural e da vida cotidiana) para a defesa do Planeta Terra e da condição humana, com vistas ao bem comum e justiça entre gerações.

Papa Francisco, na Encíclica Laudato Si, ao mencionar gerações futuras, destaca o cuidado especial com as crianças e jovens, exteriorizando a sua preocupação em Cuidar da Casa Comum para essa parcela populacional, de forma especial, indagando: "Que tipo de mundo queremos deixar a quem vai suceder-nos, ou seja, às crianças que estão a crescer?(Encíclica Laudato Si, p. 123)

Nesse sentido, expressa que "muitas coisas devem mudar de rumo, mas antes tudo é o ser humano que precisa mudar (Encíclica Laudato Si, p. 202)"; contudo, é cediço que as coisas mudam o rumo e as pessoas assimilam novas práticas, exteriorizam experiências e comportamentos pelo processo educativo, sendo a educação o caminho para o cuidado com o meio ambiente e para o despertar para um ética ecológica.

A Encíclica Laudato Si destaca que "a educação ambiental tem ampliado seus objetivos, acrescentando sua atenção em estabelecer uma harmonia conosco mesmos, com os outros, com a natureza, com os outros seres vivos e com Deus." (Encíclica Laudato Si, p. 210).

No âmbito da educação brasileira, a educação ambiental em todos os níveis escolares se tornou o mecanismo estatal para promover a conscientização da preservação ambiental, para que todos, solidariamente, contribuam com a Nossa Casa Comum.

Na concepção contemporânea de Direitos Humanos, dada a sua universalidade, indivisibilidade e interdependência, incorpora a cidadania participativa, cuja cidadania tem a amplitude para abranger a cidadania democrática, ativa e planetária, implicando uma educação voltada para valores humanos e ambientais. Inclusive o Plano Internacional de Implementação das Diretrizes da Década das Nações Unidas da Educação para o Desenvolvimento Sustentável 1996-2014, indica que "... o respeito aos direitos humanos é condição sine qua non do desenvolvimento sustentável." (UNESCO)

Papa Francisco convoca a humanidade para que todos tenham misericórdia do meio ambiente e, consequentemente, das crianças e gerações futuras, para que elas se desenvolvam num Planeta Terra onde haja vida sadia, equilibrada e que caminhe para a uma condição humana digna. A "misericórdia" está em várias passagens da Bíblia Sagrada, tanto do Velho como do Novo Testamento, e, segundo Mucheroni, caracterizando a misericórdia na sua essência divina e ao mesmo tempo inserindo-a na lógica da vida do outro:

> A misericórdia, a compaixão e o respeito pela vida do outro, é um esvaziar-se para dar sentido a lógica da vida do outro, é uma ética da alteridade e uma moralidade que respeita e acolhe a maneira como a vida do outro se desenvolveu. (MUCHERONI, 2016, p. 47)

Papa Francisco destaca que "o nosso meio ambiente é um bem coletivo e de responsabilidade de todos. Como cristãos, exercemos essa responsabilidade seguindo o exemplo de Jesus, que convidou as pessoas a contemplarem a bondade e a beleza do mundo, viveu em harmonia com a natureza e trabalhou com suas mãos, santificando o trabalho humano." (Encíclica Laudato Si, p. 96)

Pontua, o Santo Papa, como causas da degradação ambiental e ameaça à sustentabilidade e, portanto, como áreas para debates e diálogos em todos os seguimentos: sociais, políticos e jurídicos,

tanto em âmbito nacional como em âmbito internacional, as seguintes temáticas: o desenvolvimento tecnológico que trouxe benefícios na área médica, engenharia e comunicação, mas em contrapartida trouxe efeitos desastrosos em razão do avanço do poder que utiliza a tecnologia para destruição o outro, cuja situação impõe a busca por "uma ética sólida, de uma cultura e espiritualidade capazes de estabelecer limites e ensinar a ter lúcido controle (p. 102-105); a globalização que trouxe a fome e a pobreza no mundo, destacando que s busca "por cumulação desenfreada de novidades tecnológicas pode conduzir a uma vida superficial" (p.106-114); por destaca a crise e os efeitos do antropocentrismo moderno, destacando que "Não fomos chamados a dominar o mundo, mas a administrá-lo com responsabilidade. Nós somos também um presente de Deus uns para os outros. Quando, na própria realidade, não reconhecemos a importância de um pobre, de um embrião humano, de uma pessoa com deficiência, dificilmente escutaremos os gritos da própria natureza. Não devemos subestimar a importância da nossa relação com o ambiente, com os outros e com Deus" (p.115-121)

No âmbito educacional, o despertar da consciência individual e coletiva para proteção da Mãe Terra tem como princípio numa proposta curricular para educação ambiental e que integra as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental, pois a educação ambiental visa a disseminação do conhecimento sobre o ambiente, permitindo a construção de conhecimentos para a preservação e utilização sustentável dos recursos, construção de sociedades sustentáveis, permitindo o desenvolvimento de habilidades, atitudes e valores sociais para a justiça e a equidade socioambiental.

O art. 1º. Da Lei n. 9.795/99 (Lei da Educação Ambiental) define a educação ambiental como: "processo em que se busca despertar a preocupação individual e coletiva para a questão ambiental, garantido acesso à informação em linguagem adequada, contribuindo para o desenvolvimento de uma consciência crítica e estimulando o enfrentamento de questões ambientais e sociais." (Ministério da Educação-Conselho Nacional de Educação. Resolução n. 2 de 15/6/2012, estabelece Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental)

A inserção dos conhecimentos sobre a educação ambiental nos currículos de educação básica, fundamental e na educação superior pode ocorrer: I - pela transversalidade, mediante temas relacionados com o meio ambiente e a sustentabilidade socioambiental; II - como conteúdo dos componentes já constantes do currículo; III - pela combinação de transversalidade e de tratamento nos componentes curriculares. Para tanto, as instituições educacionais devem constituir-se em espaços educadores sustentáveis, com a intencionalidade de educar para a sustentabilidade socioambiental de suas comunidades, além de propiciar as instituições educacionais meios para o estabelecimento de diálogo e parceria com a comunidade, visando à produção de conhecimentos sobre condições e alternativas socioambientais locais e regionais e à intervenção para a qualificação da vida e da convivência saudável. (Ministério da Educação-Conselho Nacional de Educação, 2017)

Papa Francisco afirma na Encíclica Laudato Si que o cuidado com a natureza deve fazer parte do estilo de vida que resulta na capacidade de viver juntos e em comunhão (solidariedade, fraternidade, compaixão), contudo, é certo que o estilo de vida solidária, fraterna e de comunhão entre todos e de todos para com a natureza, é um processo de aprendizado e de maturidade, o que reforça a importância da Educação em Direitos Humanos e para a Educação Ambiental como componente elementar da Educação em Direitos Humanos, pois a educação calcada em valores humanos, éticos e ambientais, entende-se, é a válvula de escape para a degradação ambiental, moral, ética e dos valores humanos na sociedade contemporânea.

4 Notas Finais: Reflexões Sobre os Valores da Essência Humana no Contexto dos Direitos Humanos Exaltados na Encíclica do Papa Francisco

Assim, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado - designado como direito difuso por excelência - garante a existência das gerações presentes e futuras, também, o direito à vida e o direito à sadia qualidade de vida, são considerados, também, como premissas do exercício dos direitos sociais, tornando consistente a dignidade de cada ser.

A integração das esferas ambiental, social, política, econômica, eleitoral, e jurídica, entre outras, propicia a realização do Estado Socioambiental ou Estado Constitucional Ecológico de Direito, concretizando-se a Democracia Sustentada, difundida por José Joaquim Gomes Canotilho, considerando-se que referida concepção respeita os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos , respeitando os princípios fundamentais ecológicos marcados pela Constituição da República Federativa do Brasil, além de salvaguardar a relação "homem - meio ambiente - sociedade", concretizando direitos fundamentais, em momento de grandes avanços e derrotas dos direitos humanos, e recordando que as novas tecnologias podem sim, significar progresso, mas, também, podem apontar retrocesso na história da humanidade.

Referências

ALKIMIM. Maria Aparecida. O sistema educativo preventivo de Dom Bosco e a Concretização da Educação em Direitos Humanos**.** In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23, 2014, João Pessoa, Paraíba. *ANAIS DO XXIII Congresso Nacional do CONPEDI.* Direito, educação, ensino e metodologia jurídicos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFPB; coordenadores: Maria Creusa de Araújo Borges, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches. ISBN 978-85-68147-80.1– Florianópolis : CONPEDI, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 14, caput. Brasília: DF, Senado, 2014.

BRASIL. Ministério da Educação-Conselho Nacional de Educação. Resolução n. 1 de 30 de maio de 2012, estabelece *Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos*. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10889-rcp001-12&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192). Acesso em 13 de abril de 2017.

BRASIL. Ministério da Educação-Conselho Nacional de Educação. Resolução n. 2 de 15/6/2012, estabelece *Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Ambiental.Disponível*. em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10988-rcp002-12-pdf&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192. Acesso em 13 de abril de 2017.

BRASIL. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos* : 2006/ Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. - Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Ministério da Educação, Ministério da Justiça, UNESCO, 2006.

DALLARI. Dalmo de Abreu. *O. renascer do Direito: direito e vida social; aplicação do direito, direito e política*. SP: Ed. Saraiva, 2ª ed corr., 1980.

ENCÍCLICA LAUDATO SÍ-Cuidado com a Casa Comum (Papa Francisco). disponível em :http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papafrancesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em 13 de abril de 2017.

FORACCHI, Marialice; PEREIRA, Luiz. *Educação e Sociedade: Leituras de sociologia da educação.* 6ª. edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1971.

GRANZIERA. Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*, 3ª e. rev. e at. SP: Atlas, 2014.

MORAES, Maria Célia Bodin. O Princípio da Solidariedade. In: PEIXINHO, Manuel Messias et al. *Os princípios da Constituição Federal de 1988.* 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MUCHERONI, Marcos Luiz. A Misericórdia é Ética e Ontológica. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette (Orgs). *Fraternidade e Misericórdia: um olhar a partir da justiça e do amor*. São Paulo: Cultor de Livros, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª. Edição. Editora Malheiros. São Paulo: 2013.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – Uma proposta interdisciplinar. 2ª. edição revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Paulo Silvino. "Durkheim e o Fato Social"; *Brasil Escola*. Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/durkheim-fato-social.htm>. Acesso em 13 de abril de 2017.

SILVA, Aida Maria Monteiro; TAVARES, Celma (Orgs.). *Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos.* São Paulo: Cortez, 2010,

VILLAS BÔAS. Regina Vera. *Comentários aos artigos 8º e 9º do Estatuto do Idoso: Título II: Dos Direitos Fundamentais, Cap. I: Do Direito à vida, in* Comentários ao Estatuto do Idoso: Efetivação legislativa, administrativa e jurisdicional. Orgs: Anna Candida da Cunha Ferraz, Fernando Pavan Baptista, Ariovaldo de S. Pinto Filho, pp. 101-1245. Osasco: EDIFIEO, 2015.

VILLAS BÔAS, Regina Vera; NASCIMENTO, Grasiele Augusta F. Nascimento. *O Estado Socioambiental ou Ecológico de Direito realizando a dignidade da pessoa humana.* Artigo apresentado no CONPEDI realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, em 2014.

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO E A REINCIDÊNCIA DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI: (IN) EFETIVIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Regina Vera Villas Bôas[4]
Durcelania da Silva Soares[5]

Resumo:

Este artigo trata do direito humano à educação dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas na busca da sua reinserção social. O Estado tem o dever socio-jurídicode ofertar uma educação de qualidade e inclusiva para todas as pessoas, sem quaisquer discriminações. A escola e os docentes se encontram, muitas vezes, inseguros quanto à maneira mais adequada de acolher adolescentes que chegam estigmatizados até eles, lembrando que o Estado, também, enfrenta dificuldades para promover a capacitação dos docentes para educar referidos adolescentes. O objetivo principal do presente estudo é identificar a educação como ferramenta, indispensável para evitar a reincidência do jovem infrator (estigmatizado). Sem que o Estado assegure o direito humano à educação, cresce o número dos adolescentes reincidentes, que necessitam ser resgatados dessa condição de vulnerabilidade social. A investigação se refere não somente à educação de conteúdo pedagógico, mas àquela que educa para a vida, que objetiva a construção de uma ética humanizada, de um ensino-aprendizado concretizado em ambiente multidisciplinar e transdisciplinar,que acolha referidos adolescentes, propiciando-lhes amadurecimento com dignidade. Para tanto, imperiosa a realização de política pública educacional eficiente, voltada para à efetividade do direito humano à educação, que respeita a ressocialização destes jovens, lhes garantindo o devido acesso à justiça social.

Palavras-chave: direitos fundamentais. direito humano à educação. adolescentes infratores. efetividade socioeducacional; justiça social.

"*Fechei os olhos e pedi um favor ao vento: leve tudo o que for desnecessário. Ando cansada de bagagens pesadas. Daqui para frente, apenas o que couber no bolso e no coração*" (Cora Coralina)

[4]Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra - Ius Gentium Conimbrigae. Graduada, Mestre em Direito das Relações Sociais e Bi-Doutora em Direito Privado e em Direitos Difusos e Coletivos, todos pela PUC/SP. Professora e pesquisadora nos Programas de Graduação e Pós-Graduação da PUC/SP e do UNISAL/Lorena. Coordenadora do Projeto de Pesquisas "Direito, Complexidade e risco" e do Projeto "Fundamentos e efetividade da tutela dos Direitos", integrante Projeto "Direito Minerário", todos da PUC/SP. Professora e Pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do UNISAL-Lorena (SP), integrando do Grupo de Pesquisas "Minorias, discriminação e efetividade de direitos" e do Observatório de Violência nas Escolas (UNESCO/UNISAL). Membro das Comissões de Direito Civil e da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Avaliadora do INEPE. E-mail: regvboas@terra.com.br -http://lattes.cnpq.br/4695452665454054

[5]Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo. E-mail: durcelana@hotmail.com – http://lattes.cnpq.br/1543810316645867

1 Introdução

O direito social à educação – disposto na Constituição da República Federativa do Brasil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros - é um direito intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, notadamente, aos adolescentes infratores, titulares deste direito social fundamental.Ao Estado cabeo desenvolvimento e concretização de políticas públicas que garantam a efetividade deste direito social fundamental, assegurando condições dignas de sobrevivência aos jovens infratores.

O Estatuto da Criança e do Adolescente surge no ordenamento jurídico como um garantidor dos direitos humanos, tendo a função também de assegurar a proteção integral do adolescente, identificar aquele que está sujeitoao cumprimento de medidas socioeducativas, além de regulamentar o cumprimento destas medidas. O adolescente, em conflito com a lei,precisa seraceito na sociedade como uma pessoa em pleno desenvolvimento, carente de orientações pedagógicas, as quais devem objetivar afastá-lo do mundo da criminalidade, promovendo com segurança a sua cidadania.

Sem educação, saúde e lazer, parte dos adolescentes enveredam para o mundo do crime, praticando algum tipo de delito, que os encaminham ao cumprimento de medidas socioeducativas, com o intuito de serem reinseridos no convívio social. Nesse contexto, percebe-sea existência de um número grande de jovens infratores reincidentes, confirmando a existência de uma falha no projeto socioeducacional governamental, em algum momento da sua concretização.

Visualiza-se, no presente artigo, que a efetividade das políticas públicas socioeducacionaisdestinadas aos adolescentes infratores, não depende da implantação e do desenvolvimento de uma educação somente pedagógica, mas de uma educação ética voltada à formação da cidadania destes adolescentes, além do desenvolvimento e efetivação de políticas públicas que ofereçam amparo ao jovem e atodos os integrantes do seu núcleo familiar.

2 Direito fundamental social à educação

Antes de se falar em direito fundamental à educaçãodestaca-sealguns sentidos do vocábulo “educação”, que é um direito humano fundamental, por meio do qual se opera o acesso aos demais direitos humanos fundamentais, sejam eles culturais, sociais, econômicos, civis ou políticos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece o objetivo da educação como “a plena expansão da personalidade humana e o reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

Para José Fleuri Queiros, em se tratando de educação “tudo se burla, torce e se mistifica, menos o caráter íntegro, consolidado por uma educação real e sólida; sem ela, não existe solução para os problemas da vida, quer para os indivíduos, quer para a sociedade. ”(Queiros, 2003, p.116-117).

É por meio da educação que se busca o bem-estar social, sendo essencial à construção de uma sociedade segura, que a educação desperte no ser humano uma necessidade de refletir sobre seus atos, introduzindo o cidadão, no contexto social, na medida em que o capacita à vida social, bem como ao exercício profissional, razão pela qual a educação torna o cidadão apto para participar da vida política.

Então, pode-se dizer que a educação é socializante com o potencial de consolidar o caráter do indivíduo.

A Constituição da República Federativa do Brasil vigente proclama que a Educação é um direito de todos e um dever do Estado e da Família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, objetivando o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, conforme disposto no texto constitucional do artigo 205[6], que trata dos objetivos da educação.

Para Saviani "(...) o trabalho educativo é o ato de produzir, direta e intencionalmente, em cada indivíduo singular, a humanidade que é produzida histórica e coletivamente pelo conjunto dos homens..." (Saviani, 2005, p.13).

Paulo Freire afirma a existência de duas espécies de educação: educação bancária e educação problematizadora. A primeira torna as pessoas menos humanas, já que promove o domínio e opressão destas pessoas, enquanto que a segunda torna as pessoas mais humanas, pois são desafiadas e capacitadas para lutar pelos seus direitos básicos, ficando capacitadas para pensarem por si.

> O antagonismo entre as duas concepções, uma, a "bancária", que serve à dominação; outra, a problematizadora, que serve à libertação, toma corpo exatamente, aí. Enquanto a primeira, necessariamente, mantém a contradição educador-educandos, a segunda realiza a superação. (FREIRE, 1987, p.39)

Nesse contexto, Serrano afirma que definir a educação não é tarefa fácil, e que a

> educação consiste no conjunto de procedimentos decisões e ações que, provenientes da convivência familiar, escolar e social, objetivam a edificação do ser humano. E como processo vê-se a Educação como um conjunto de ações ou procedimentos quer convencionais (planejados) quer não convencionais (espontâneos). (Serrano, 2015, p.10-13).

Nessa mesma esteira, leciona que existem dois tipos de Educação:

> ...a educação formal e a educação informal. Sendo a educação formal, como aquela que se atém aos métodos e às formulas pré-estabelecidas (convencionais) e que se desenvolve de forma planejada e consciente, onde sempre participa um agente que tem o intuito de ensinar e outro que almeja aprender. O exemplo mais claro desse tipo de educação é a escolar, aquela que se inicia na escola como instituição e não unicamente em sala de aula. E a educação informal como aquele processo não planejado e espontâneo que se desenvolve longe da escola, mas que repercute, de fato, na formação do ser humano. A nosso ver, a educação informal se desenvolve no seio familiar e no meio social em que a criança nasce e convive. (Serrano, 2015, p.10-13).

Para VILLAS BÔAS e MOTTA (2016, IV SEMIDI),

> "Toda a educação humana, que envolve desde as mais tenras orientações recebidas na família, até os níveis mais especializados, transmitidos pelas escolas de ensino-aprendizagem, corroboram a formação, o profissionalismo, o caráter e o estilo de vida do homem. A maneira - com mais ou menos qualidade - escolhida por ele para realizar a sua vida, exercer o seu labor, o seu lazer e a sua convivência familiar, social e laboral, em tese, depende da sua escolha, o que requer ampla compreensão sobre a finitude ou não da vida".

[6] A educação, direito de todos e dever do Estado e da família será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Artigo 205 CF.

A reflexão sobre o Direito à Educação, considerada como princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido na Carta Magna, artigos 6º e 205, oferta à educação *status* de direito social, enquanto direito fundamental social, que goza de proteção do Estado, o qual é responsável pelo desenvolvimento e efetivação de políticas públicas educacionais.

O professor Maliska caracteriza o Direito à Educação da seguinte maneira

> Quanto ao direito à educação, uma situação que também caracteriza-o de maneira especial em meio aos demais direitos sociais diz respeito à qualidade do direito subjetivo público no ensino obrigatório. Portanto, nesse aspecto, deve-se considerar que o Estado tem o dever, tem a obrigação jurídica de oferecer e manter o ensino público obrigatório e gratuito. Trata-se do mínimo em matéria de educação. (MALISKA, 2001, p. 154).

Conforme nos ensina SERRANO a

> Educação é um direito que decorre do direito da personalidade e do princípio da dignidade humana. É um direito humano e fundamental, assim previsto art. 205 da Constituição Federal: um direito de todos, e um dever do Estado. Trata-se, pois, de um direito humano (de segunda geração ou dimensão), fundamental e social, de ordem pública e de interesse geral... (SERRANO, 2015, p. 14)

É essencial que seja assegurado o direito à educação a todos. Pois a educação é um direito fundamental, capaz de socializar todos aqueles que os tem assegurado. É um direito de segunda dimensão, que concretiza a Dignidade da Pessoa Humana, devendo ser de qualidade a educação para a cidadania, e ofertada nos primeiros anos de vida.Reitera-se que a educação não é apenas a de conteúdo pedagógico, mas a que se faz a pessoa se despontar para a vida plena; uma educação que objetiva amplos horizontes, englobando a educação para a ética humanitária, que se realiza a partir de âmbitos multidisciplinar e transdisciplinar, que sejam acolhedores, proporcionando um amadurecimento com dignidade para os jovens, notadamente os infratores.

Como sustentado por Gomes, em seu trabalho de pesquisa científica,

> O direito à educação é mais do que uma simples política transitória de Governo; é uma política permanente de Estado, um direito inalienável e intransferível de qualquer cidadão, cujo serviço deve ser prestado pelo Poder Público a todos e com qualidade. (GOMES, 2011, p. 274).

Ressalta-se, então, que o Direito à Educação é essencial ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente, conforme estabelecido no artigo 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), devendo ser assegurado pelo Estado, por meio de Políticas Públicas que venham garantir uma educação sobretudo de qualidade.

Ao investir em educação, o Estado está reduzindo as desigualdades sociais por meio da melhoria, da democracia, e com isto contribui para o bem-estar e empoderamento dos seus cidadãos.

Segundo a doutrina de VILLAS BÔAS e MOTTA (2016-IV SEMIDI)

> "Exercitar o direito à educação é sobretudo efetivar o Estado Socioambiental de Direito e a Democracia Sustentada – exaltados por José Joaquim Gomes Canotilho -, concretizando o dever de cuidar e a ética humana, que corroboram o respeito à dignidade de cada "ser".

Somente a garantia ao Direito à educação de qualidade a todos, assegura que as crianças e adolescentes não se curvem à criminalidade.

A violência e a criminalização dos adolescentes, bem como a vulnerabilidade social, só reduzem após o Estado se esforçar para cumprir o seu papel de garantidor dos direitos e dos adolescentes, e essa proteção integral só é assegurada com uma educação inclusiva e de qualidade.

Não há política social que mantenha êxitos, quanto às questões dos adolescentes em conflito e com a lei, sem que se considere a necessidade do fortalecimento do sistema escolar e das condições de acesso e permanência desses jovens na escola.

3 Os adolescentes em conflito com a lei: reincidência

A Constituição Federal de 1988, adotou a doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, e, em 1990 foi promulgado a Lei Federal nº 8.069, que veio regulamentar os princípios trazidos ao ordenamento jurídico pela então Constituição Federal mais conhecida como a Constituição Cidadã.

As obrigações da família em relação à criança e ao adolescente está disposta na Lei, que estabelece uma política de proteção e amparo às Crianças e aos Adolescentes que são pessoas que ainda se apresentam em formação física, intelectual e social, conforme preceitua o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. No nível nacional torna-se um grande passo para realmente efetivar a ideia incorporada pelo artigo 227, da Constituição Federal, que preceitua que os deveres da família, da sociedade e do Estado para com a criança e adolescente, com absoluta prioridade do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, etc.

O doutrinador Jesus em sua obra afirma que: "A lei é um dos instrumentos para transformar a realidade de crianças e adolescentes que são autores ou vítimas de violência. " (JESUS, 2006, p.20).

Quando se fala em adolescentes em conflito com a lei, é necessário analisar o adolescente, observando que cada adolescente, como não poderia deixar de ser, é um indivíduo especial, diferente do outro, vivendo uma adolescência que carece de muita atenção. Nesta fase surgem as mudanças, as oportunidades e aumentam os riscos de os jovens enfrentarem os vícios, notadamente, o das drogas, além de viverem um momento crítico na construção da identidade de suas pessoas, pois existe a ausência de parâmetros claros, em termos de valores éticos e morais. Ser adolescente hoje é ser influenciado pela cultura do consumo, que irá predominar sobre o estado comportamental desse menor.

A cultura do consumo aliada à vulnerabilidade social enfrentada por alguns adolescentes, acaba por direcionar esses menores para a criminalização. Quando se fala em vulnerabilidade juvenil, destaca-se,além das drogas, a pobreza, a baixa escolaridade, a privação de convivência familiar, entre outras. Certo é que os atos infracionais estão relacionados com a vulnerabilidade vivenciada por alguns dos adolescentes, e o Estado para protegê-los precisa dispensar uma atenção especial, também, à sua família, investindo em políticas sociais que atendam a todos integrantes deste núcleo familiar. É bom esclarecer que nem todos os jovens que praticam atos infracionais são vulneráveis, neste sentido.

Apesar de ser notório que, atualmente, exista um compromisso do Estado para o fortalecimento das famílias, em situação de pobreza e de extrema pobreza, por meio de programas de transferência de renda, saúde e assistência social, o que se tem feito, ainda é pouco.

Por vulnerabilidade social, entende-se, conforme os ensinamentos de ABRAMOVAY:

> O resultado negativo da relação entre a disponibilidade dos recursos materiais ou simbólicos dos atores, sejam eles indivíduos ou grupos, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas, culturais que provêm do Estado, do mercado e da sociedade. Esse resultado se traduz em debilidades ou desvantagens para o desempenho e mobilidades social dos atores (ABRAMOVAY,2002, p 29).

Dentro desse contexto podemos destacar que a vulnerabilidade social, aliada às condições socioeconômicas desfavoráveis, constitui um grande aliado na compreensão da situação dos adolescentes que estão em conflito com a lei. Existe uma relação entre a violência e a condição vulnerável dos adolescentes, sofrendo eles com a exclusão social.

Outro aspecto cruel da vulnerabilidade está ligado à falta de recursos materiais que (não) possuem referidos adolescentes. A ausência de acesso à educação, trabalho, lazer, saúde e cultura, acaba diminuindo as chances da ascensão social dos jovens que, por sua vez, encontram na violência e na criminalidade o sustento de suas frustrações.

Ensina, ainda, ABRAMOVAY que

> Pelo foco da vulnerabilidade advoga-se que a violência embora associada à pobreza, não é sua consequência direta, mas sim da forma como as desigualdades sociais e a negação do direito ao acesso a bens e equipamentos de lazer, esporte e cultura operam nas especificidades de cada grupo social, desencadeando comportamentos violentos.(ABRAMOVAY, 2002, p 57).

É certo que para resgatar os adolescentes da criminalização e incluí-los, socialmente, se faz necessário investimentos na saúde e educação, entre outros direitos sociais fundamentais. Não há política que consiga êxitos no âmbito social,desprezando o fortalecimento do sistema escolar e das condições de acesso e permanência dos jovens, na escola.

Ao se falar sobre as medidas socioeducativas não se indaga sobre a penalização, mas sim sobre a educação. É necessário que se eduque os adolescentes infratores, não só pedagogicamente, mas para a vida, a partir de objetivos mais amplos, que englobem o ensino da ética e de valores que envolventes da compreensão no âmbito multidisciplinar e transdisciplinar, que acolha o adolescente. Isso deve proporcionar um amadurecimento do jovem infrator, a partir de política pública educacional eficiente, voltada à efetividade do direito humano à educação, que deve ser voltada à ressocialização deste jovem, garantindo-lhe o acesso à justiça social.

Nesse sentido, o Estado deve investir nos professores, capacitando-os a lidar com essa categoria diferenciada de alunos, conscientizando os educadores sobre a necessidade de se prepararem pedagogicamente para lidar comreferidos jovens, entendendo que a escola deve acolhê-los, eis que o fato de serem considerados infratores, os torna estigmatizados e, muitas vezes, temidos pelos própriosdocentes, que se sentem inseguros para recebê-los,devido à total incapacitação para guiá-los. É urgente a necessidade de mudanças do referido quadro, atualmente enfrentado em muitas escolas do nosso país.

Quanto à reincidência dos menores, em conflito com a lei, índices muito altos são mostrados, lembrando a existência de falhas na aplicabilidade das medidas de liberdade assistida. Os adolescentes, assim considerados, normalmente se dirigem ao CREAS[7] e,assinam que estavam

[7] A segunda autora, durante três anos atuou como advogada em um dos CREAS (Centro de Referência Especializado em Assistência Social) na baixada fluminense no estado do Rio de Janeiro.Esta era uma prática rotineira. Esse tipo de

presentes. Esse fato não educa, além de que falha o projeto socioeducacionalrelacionado aos menores infratores. Isso precisa mudar, é preciso um acompanhamento psicossocial com todos os integrantes da família desses jovens infratores, os quais são conduzidos a algum tipo de atividades de cultura, lazer e arte, sem se falar na educação e profissionalização.E, ainda, investir numa educação de qualidade, inclusiva, é concretizar a cidadania.

A liberdade assistida não funciona, na maioria das vezes, sendo que de acordo com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ existe um número alto de reincidência, a qual é a prova cabal de que algo está errado. A finalidade das medidas que é ressocializar não está sendo alcançada, não têm surtido efeito para o menor infrator, pois esses continuam a transgredirem a lei. (*CNJ, em 2013)*

> Levantamento do Poder Judiciário de Mato Grosso no Complexo Socioeducativo do Pomeri, em Cuiabá, mostra que 71% dos jovens em conflito com a lei tornam a cometer atos infracionais mesmo depois de submetidos a medidas socioeducativas. Outro levantamento da Polícia Judiciária Civil, com números referentes ao primeiro semestre do ano, confirma os altos índices de reincidência. Dados mostram que de cada 10 menores apreendidos, seis são reincidentes, ou seja, 60%.8

E no ano de 2012 o CNJ traçou o perfil dos adolescentes em conflito com a lei onde vemos (CNJ, 2012):

> **Perfil –** O estudo revelou que cerca de 60% dos jovens entrevistados possuem entre 15 e 17 anos e que mais da metade deles não frequentava a escola antes de ingressar na unidade. A maioria dos adolescentes infratores parou de estudar aos 14 anos, entre a quinta e a sexta série, o que demonstra a necessidade de se adotar no país políticas específicas voltadas ao combate da evasão escolar no ensino fundamental. Além disso, 8% deles não chegaram sequer a serem alfabetizados. Nesse aspecto, a desigualdade entre as Regiões do país ficou evidenciada no estudo. Entre os jovens entrevistados no Nordeste, 20% declararam que não sabem ler, enquanto no Sul e no Centro-Oeste essa proporção foi de apenas 1%.
> Em relação à estrutura familiar, o CNJ constatou que 14% dos jovens infratores possuem pelo menos um filho, apesar da pouca idade, e apenas 38% deles foram criados pela mãe e o pai. Além disso, 7 em cada 10 adolescentes ouvidos pelo Justiça ao Jovem se declararam usuários de drogas, sendo este percentual mais expressivo na Região Centro-Oeste (80,3%). A maconha aparece como o entorpecente mais consumido, seguida da cocaína e do crack. *Mariana Braga Agência CNJ de Notícias*9

Leva-se em conta o perfil traçado sobre o menor infrator, considerando-se que o ponto de partida para a efetivação, de fato,das medidas socioeducativas, considera as condições socioeconômicas e educacionais dos adolescentes.

---

atuação também acontece no nordeste do país, informação em reportagem a seguir: http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/reincidencia-de-adolescentes-que-cumprem-medidas-chega-a-91-1.1023061

[8]http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/75780-mesmo-apos-medidas-socioeducativas-menores-voltam-ao-crime

[9]*www.cnj.jus.br › Notícias › CNJ*Portal CNJ - CNJ traça perfil dos adolescentes em conflito com a Lei.

4 A (in) efetividadeda aplicação das medidas socioeducativas

Em 2012 foi aprovada a Lei Federal nº 12.594, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas aos adolescentes que praticam ato infracional[10].

De acordo com Liberati: "A nova legislação traz uma série de inovações em relação às medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes autores de ato infracional". (LIBERATI. 2003, p. 136)

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade de aplicação das medidas socioeducativas aos jovens autores de atos infracionais.Essas medidas podem ser cumpridas em meio aberto (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida), ou em meio privativo de liberdade (semiliberdade e internação), conforme dispõem o artigo 112 e seus incisos.Destaca-se que as medidas não significam somente penalidades, mas sim, medidas de caráter pedagógico

As medidas socioeducativas são dirigidas aos adolescentes, praticantes de algum ato infracional, conforme previsto no artigo 112 do ECA, e são aplicadas de maneira gradativa, desde a advertência até a privação da liberdade, entendendo-se por adolescente, o jovem entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade.

É bom ressaltar que são considerados menores, jovens na faixa etária entre os 12 aos 18 anos, excepcionalmente aos 21 anos conforme, artigo 2º ECA.

As medidas socioeducativas, por seu caráter pedagógico, objetivam a reinserção do adolescente na sociedade. Tal medida não pode ser vista apenas como uma punição, mas uma forma de trazer os adolescentes para o meio social, bem como incentivá-los ao estudo, à profissionalização, readaptando-o para a convivência social e, com isso, sugerindo o seu retorno à participação na vida em sociedade.

Acontece que grande parte desses jovens infratores voltam a reincidir, e se há reincidência certamente há falha na aplicação efetiva das medidas socioeducativas.

Um dos motivos da reincidência é a dependência química desses jovens, o problema das drogas se alastra entre os jovens e hoje já poderia ser visto como um caso de saúde pública necessitando de maior atenção por parte dos governantes. Aliada à questão da dependência química temos a situação da pobreza, em que grande parte dos jovens comete atos infracionais, vive em área de risco – em que a pobreza impera -, muitas vezes, filiando-se ao tráfico,que é a única fonte de renda possível, já que sem educação não há perspectiva de vida, nem tão pouco de vida digna, estando os jovens infratores sem emprego, envolvidos com uma forma de vida desregrada, sendo um círculo vicioso. E, o que se pode considerar um dos grandes motivos é a questão da educação escolar, em que grande parte dos jovens infratores, em algum momento, deixou a escola e uma parte dele se quer chegou a ser alfabetizados. Esses jovens não têm garantido o seu direito fundamental social a uma educação.

Esse é o instanteem que se faz necessário a presença do Estado para amparar essas famílias, abraçando a causa dessas pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, nesse instante o Estado tem que se fazer presente através de políticas públicas que amparem não só os jovens

[10]Segundo o artigo 103 do ECA o ato infracional é a conduta da criança ou do adolescente que pode ser descrita como crime ou contravenção penal.

infratores, mas todo o seu núcleo familiar, e essaspolíticas de inclusão têm que ser atraente para os jovens evitando a reincidência.

Para se garantir a efetivação das medidas socioeducativas o poder público tem que garantir o tratamento desses indivíduos. A aplicação da lei, relativamente ao ato infracional não basta, tem que se preocupar com a causa originária da prática dos delitos, assistir esses jovens e suas famílias é primordial.

Ademais é preciso responsabilizar os adolescentes por meio de um caráter educativo, com intuito de que as medidas socioeducacionaispossam restituir seus direitos e interromper a trajetória infracional, incluindo os adolescentes na sociedade, na educação, na cultura e, principalmente, profissionalizando-os, como já é a orientação do SINASE, restando sua aplicabilidade de fato.

O Estado falha, não criando uma política preventiva, para assegurar a sua cidadania, uma condição de vulnerabilidade a cidadania, inserindo-os na sociedade, para que não se torne jovens infratores.

5 Considerações finais

Diante do exposto, pode-se concluir que se não for assegurado aos adolescentes, os direitos sociais, dentre eles o educacional, não será possível seu desenvolvimento integral e nem os introduzir no contexto social. Por isso é necessário promover uma cultura cidadã aos jovens tradicionalmente excluídos.

É importante ressaltar que os jovens em conflito com a lei são sujeitos a quem cabe a proteção integral e a condição de pessoa em fase de desenvolvimento, devendo ser orientado para tal, e principalmente fortalecer sua autoestima. É eficaz tirá-los da rua e vincula-los permanentemente ao sistema educativo quebrando o ciclo da evasão escolar. Mas para isso é essencial manter os programas de vinculação de renda mínima ao rendimento escolar dos jovens de família com baixa renda, como afirma Abramovay, "o fortalecimento do capital social serve como instrumento de combate à pobreza e à exclusão de jovens em idade escolar". (ABRAMOVAY, 2002, p.75)

Assim, em ralação aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, tem que ser oferecido alternativas concretas ao enfrentamento da vulnerabilidade juvenil, mediante seu fortalecimento.

O trabalho desenvolvido junto ao adolescente infrator, tem que ser voltado para a pessoa cidadã, responsabilizando-o consigo mesmo e com a sociedade. Segue um caminho de criação de condições para os adolescentesse sintam responsáveis pelo seu presente e futuro, com fortalecimento dos laços familiares e a inclusão de todos aos benefícios oferecidos e garantidos pelo Estado, ao menor e ao seu núcleo familiar.

Referências

ABRAMOVAY, Miriam. *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América latina: desafios para políticas públicas.* Brasília: UNESCO, BID, 2002. Disponível em http://www.livrosgratis.com.br/ue000077.pdf. Acesso em 13 maio 2016.

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas; uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Ilhéus: Editus, 2006.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e liberdade. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). *Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo: Diretrizes e eixos operativos para o SINASE*. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013.

_____. Presidência da República. Secretaria Geral. *Mapa de encarceramento: os jovens do Brasil*/Secretaria Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional da Juventude. Brasília: Presidência da República, 2015.

CNJ traça o perfil dos adolescentes em conflito com a lei, 2012. Disponível em: http*://www.cnj.jus.br › Notícias › CNJ.* Acesso em 10 abr. 2017

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *Fundamentos teóricos e metodológicos da pedagogia social no Brasil.* In: Proceedingsofthe 1. I Congresso Internacional de Pedagogia Social, 2006, São Paulo (SP) [online]. 2006]. Disponível em: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000092006000100007&script=sci_arttextAcesso em 14 maio 2016.

COSTA, Candida da. *Dimensões da Medida Socioeducativa: entre o sancionatório e o pedagógico*. Revistas Eletrônicas PUCRS – Textos & Contextos, Porto Alegre, vol.14, n.1, jan./jun. 2015, pag. 62-73. Disponível em: http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/download/16858/13309. Acesso em 14 maio 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS HOMENS, 1948. Disponível em: http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf. Acesso em 14 maio 2016

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GOMES, Maria Tereza Uille. *Direito Humano à Educação e Políticas Públicas.* Curitiba: Juruá, 2011.

JESUS, Mauricio Neves de. *Adolescente em conflito com a lei: Prevenção e Proteção Integral*. Campinas: Servanda, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional. Medida socioeducativa é pena?* 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental.* Rio de Janeiro:Lúmen Júris, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. *O Direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001.

MESMO após medidas socioeducativas, menores voltam ao crime, 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/75780-mesmo-apos-medidas-socioeducativas-menores-voltam-ao-crime. Acesso em 10 abr. 2017.

QUEIROZ, José Fleuri. *A educação como Direito e Dever*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003.

SAVIANI, Demerval. *Pedagogia Histórico* – Critica. 9. Ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005.

SAVIANI, Demerval. *Pedagogia Histórico* – Critica. 9. Ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade juvenil.* Porto Alegre: livraria do advogado, 2003.

SERRANO,Pablo Jiménez.*O direito à educação: fundamentos, dimensões e perspectivas da educação moderna*. [Livro eletrônico] / Pablo Jiménez Serrano. – Rio de Janeiro: Jurismestre, 2015

SILVA, Amanda Santos (2014). *De Menor Infrator ao adolescente em Conflito com a Lei: um estudo sobre o sistema socioeducativo.* Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Universidade de Federal da Bahia: Bahia

SOARES. Alexandre Bárbara, e BRITO. Márcia Gatto. *Tecendo caminhos em rede: Ações educativas e desafios da Rede Rio Criança no trabalho com crianças e adolescentes em situação de rua no Rio de janeiro.* 1.ed. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Terra dos Homens, 2013.

TEIXEIRA. Anísio Spínola. *Educação não é privilégio*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2007

VILLAS BÔAS, Regina Vera; MOTTA, Ivan Martins. *O direito fundamental social à educação e a concretização da democracia*. Publicado pelo IV SEMIDI, Volume: Direitos Humanos e Educação. ISBN: 978-85-69260-17-2, 2016.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT A SOLIDARIEDADE CONSTITUCIONAL NO DIREITO PRIVADO.
Coordenadoras: Fernanda Nunes Barbosa (FAPA) e Thamis Ávila Dalsenter Viveiros de Castro (PUCRJ)

Canoas, 2017.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SOLIDARIEDADE: POTENCIAIS CONFLITOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Fernanda Nunes Barbosa[1]
Thamis Dalsenter Viveiros de Castro[2]

1 Introdução

O direito à liberdade de expressão desperta uma série de conflitos e dilemas como as discussões em torno do discurso de ódio (*hate speech*) e do direito a um julgamento justo (o que sugere cautela nos comentários públicos sobre casos pendentes de decisão judicial). No Brasil, pune-se a conduta racista com a tipificação dos crimes de racismo e injúria racial (Lei nº 7.716/1989), tendo o Supremo Tribunal Federal afirmado, em decisão proferida no paradigmático *Caso Siegfried Ellwanger*, que envolvia as conceituações de raça e racismo para fins de tipificação do referido crime e sua consequente imprescritibilidade, não ser incondicional a garantia das liberdades de expressão e pensamento. Afirmou-se que um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, como as realizadas pelo paciente, ao publicar e também escrever, sob pseudônimo, obras de declarada conotação antissemita.[3]

Já na linha de argumento em prol do direito a um julgamento justo parece ter seguido a Ministra Relatora da ADI nº 4.815/DF, Cármen Lúcia Antunes Rocha, quando, ao determinar a realização de audiências públicas para debater o tema das biografias não autorizadas no Supremo Tribunal Federal, limitou a participação de expositores vetando aqueles que tivessem questões particulares já em trâmite na justiça, fosse na qualidade de defensores ou personagens, bem como solicitou aos expositores selecionados que não fizessem referências a casos já julgados ou em julgamento na justiça.[4]

O enfoque que se dará neste breve artigo se limitará, por questões metodológicas, ao problema do conflito entre a liberdade de expressão e o valor (constitucional) da solidariedade social. Analisar-se-á o direito à liberdade de expressão e seus limites em relação ao princípio da solidariedade, que nasce,

[1] Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de Direito Civil e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Porto-Alegrense/FAPA.

[2] Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora de Direito Civil e Coordenadora adjunta de graduação do curso de Direito da PUC-Rio.

[3] HC 82.424-2/RS. Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, J. 17/9/2003, DJ. 19/3/2004. Sobre o tema do chamado *hate speech*, veja-se, entre outros, SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do 'hate speech'. In: _____. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 207-262. Ao analisar as decisões norte-americanas sobre o tema, Sarmento aponta o assombro que cerca "não o que se disse, mas o que se calou", já que "nenhuma atenção foi dedicada nestes julgados ao princípio da igualdade, previsto na 14ª Emenda da Constituição norte-americana, como se a questão da igualdade racial – verdadeira chaga na história daquele país – não tivesse qualquer relação com o tema. [...] Um silêncio eloquente...". SARMENTO, Daniel. A liberdade..., p. 217.

[4] Audiência Pública realizada no auditório do STF em 21 de novembro de 2013 com o objetivo de ouvir a sociedade sobre a necessidade de autorização prévia para a publicação de biografias no país, tema que foi abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815, ajuizada em 2012 pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL), questionando o alcance da interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil brasileiro. Na ocasião foram ouvidos dezessete expositores de diferentes órgãos/entidades.

como conceito estruturado, como ideologia, ao final do século XIX, implicando uma nova representação do laço social e político, que leva a uma profunda transformação dos modos de gestão do social e das formas de intervenção pública[5] e é positivado, no Brasil, no art. 3, I, da CF/88.

Considerando que o equilíbrio entre a liberdade e a solidariedade é premissa inafastável para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana em perspectiva coexistencial, torna-se necessário analisar também como se dá a ponderação desses interesses concretamente. Para tanto, as reflexões aqui apresentadas serão elaboradas a partir de um diálogo constante entre a concepção teórica do tema e os desafios enfrentados pelos tribunais diante de casos que se tornam verdadeiros dilemas jurídicos envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e os limites impostos pelos imperativos da solidariedade constitucional.

2 O princípio da liberdade de expressão como decorrência da dignidade da pessoa humana

Conforme ressaltam Canotilho, Machado e Gaio Jr., não é de hoje que os constitucionalistas apontam a "*função constitutiva e estabilizadora da livre formação da opinião individual e coletiva* através de uma esfera de discurso público aberta e pluralista".[6] Segundo Jónatas Machado, em seu já clássico *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, "a liberdade de expressão em sentido amplo pretende desbloquear os canais da comunicação em todos os domínios da vida social, em nome da autonomia individual e coletiva e da voluntariedade da interação social".[7] Lembra este autor, também, que a *dupla dimensão* desse direito compreende a *dimensão substantiva*, que envolve a própria atividade de "pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la", e a *dimensão instrumental*, que traduz "a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento".[8]

No Brasil, o direito pátrio aponta para a proteção constitucional da liberdade de expressão por meio de distintos enunciados normativos.[9] Na ordem internacional, o Brasil é signatário de tratados que igualmente afirmam a liberdade de expressão, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, onde se lê, no art. XIX, que: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras". Da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) – Pacto de San José da Costa Rica – extrai-se também que toda pessoa tem o direito à liberdade

[5] RODOTÀ, Stefano. *Solidarietà*: un'utopia necessaria. Roma-Bari: Laterza, 2014, p. 21.
[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 27-28.
[7] MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão:* dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 15.
[8] *Ibidem*, p. 417.
[9] No Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos, da Constituição Federal tem-se que: IV – "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"; IX – "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"; e XIV – "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Além desses, no Título VIII – Da ordem social, Capítulo III – Da educação, da cultura e do desporto, destaca-se o art. 215 e no Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo V – Da comunicação social, o art. 220.

de pensamento e de expressão.[10]

Em termos pretorianos, o Supremo Tribunal Federal tem sido instado a se manifestar sobre o *standard* de liberdade de expressão que a Constituição Federal brasileira consagraria, embora não se possa afirmar a efetiva existência, no Brasil, de uma *jurisprudência* sobre o tema. Nesse sentido, destacam-se a ADI 4.274 (Marcha da Maconha), a ADPF 130 (Lei de Imprensa) e as Reclamações nº 15.243[11] e nº 11.292.[12] Ainda pendente de julgamento encontra-se a ADI 4.451, conhecida por "ADI do Humor", tendo sido objeto de julgamento, no entanto, Referendo na Medida Cautelar na aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade[13], no qual o então Ministro Ayres Brito defendeu a existência do direito de jornalistas de realizarem críticas "a qualquer pessoa", ainda que em tom "áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado". Assim, sustentou o Ministro, é assegurado pela CF/88 o direito à realização de programas humorísticos e de charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos, os quais gozam da plenitude de liberdade que é assegurada pela Constituição Federal à imprensa. Na mesma decisão, embora sem apontar exemplos do que poderiam ser tais comentários abusivos, afirma o Ministro que, em contrapartida, haverá responsabilidade, penal e civil, pelos eventuais abusos que forem cometidos, sujeitando-se os responsáveis ao direito de resposta a que se refere a mesma Constituição da República.

Para os teóricos da metodologia civil-constitucional - metodologia aqui adotada - é a tutela da dignidade da pessoa humana que dá coerência e unidade ao sistema jurídico. Trata-se, com efeito, de concretizar o comando constitucional que impõe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e determina, como consequência, que todos os ramos do direito, sejam públicos ou privados, devam ser construídos na medida da pessoa humana e de suas necessidades existenciais e patrimoniais. Longe de autorizar uma perspectiva individualista de proteção da pessoa, a dignidade que ganha assento constitucional é coexistencial e reflete o compromisso assumido pela maioria das constituições solidaristas[14]do pós-guerra de resguardar a pessoa concreta considerada no ambiente social no qual se insere.

Uma das consequências mais relevantes da hermenêutica proposta pela metodologia civil-constitucional é a ampliação do campo de proteção da pessoa nas relações privadas, nos moldes da dimensão comunitária exigida pela solidariedade, o que possibilita uma verdadeira renovação na ideia de ordem pública e modifica, definitivamente, o processo de interpretação e aplicação do direito privado

[10] Assim o art. 13 da referida Convenção.

[11] Rcl. 15243 MC/RJ, Rel. Min. Celso de Melo, J. 11/3/2013, DJe 20/3/2013, em que é reclamante o jornalista Paulo Henrique dos Santos Amorim, na qual o STF deferiu medida liminar para suspender a decisão do TJRJ que condenou o jornalista a pagar indenização por dano moral, no valor de R$ 250 mil ao banqueiro Daniel Dantas por publicações consideradas ofensivas em seu blog.

[12] Rcl. 11292 MC/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, J. 25/2/2011, DJe 4/3/2011, em que é reclamante PEA – Projeto Esperança Animal, na qual o STF deferiu medida liminar para suspender a decisão do TJSP que condenou a reclamante, em favor da associação civil Os Independentes, entidade que organiza e promove rodeio em Barretos/SP, às obrigações, entre outras, de não vincular, por qualquer meio, especialmente a Internet, o Clube Autor ou a Festa do Peão de Boiadeiro de Barretos com tortura ou maltrato de animais, uma vez que a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo equivaleria a ordem de censura prévia.

[13] ADI 4451 MC-REF/DF (Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade), Rel. Min. Ayres Brito, J. 2/9/2010 (Tribunal Pleno), DJe 1.7.2011, Republicação DJe 24.8.2012. Requerente: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT, Requeridos: Presidente da República, Congresso Nacional. Interessado: Partido Democrático Trabalhista – PDT.

[14] Cf. SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais*: Estudo de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, *passim.*

para subordiná-lo aos ditames constitucionais. Assim, como explica Gustavo Tepedino, "as relações jurídicas de direito privado devem ser interpretadas à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade, princípio capaz de conformar um novo conceito de ordem pública, fundado na solidariedade social e na plena realização da pessoa humana".[15]

Ainda que o conceito de dignidade da pessoa humana seja de difícil delimitação em abstrato, - razão pela qual, inclusive, já foi chamada de "duna" argumentativa, já que a vaguidade dos seus termos servem, não raro, para fundamentar posições absolutamente contrárias e excludentes entre si[16] – Maria Celina Bodin de Moraes, na tarefa de extrair o substrato material da dignidade, fornece um importante e já consagrado esquema teórico segundo o qual:

> O substrato material da dignidade assim entendida se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.[17]

Em virtude dessa visão global da pessoa e de sua tutela jurídica, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana será construída em cada caso concreto, através da ponderação entre liberdade e solidariedade. Assim, conforme Maria Celina Bodin de Moraes:

> Tal deve ser, exatamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso concreto, entre liberdade e solidariedade, termos que, stricto sensu, são considerados contrapostos. A imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Quando ponderados, todavia, os seus conteúdos tornam-se complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, é o que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.18

Numa democracia pluralista, como é o caso da brasileira, a tutela integral da pessoa humana só se concretiza diante de uma concepção ampliada de liberdade, segundo a qual é possível afirmar que o princípio da liberdade possui duas dimensões indissociáveis, a subjetiva e a intersubjetiva[19]. Pelo viés da liberdade subjetiva, cuida-se de garantir que as pessoas gozem de amplo espaço para construção do seu projeto pessoal de livre desenvolvimento da personalidade, assegurando proteção reforçada para que o

---

[15] TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.* n. 17, out./dez. 2005, p. 223.

[16] FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito.* Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 320

[17] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional do dano moral*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2016, p.85.

[18] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 50-51.

[19] Não sem razão, o princípio da dignidade da pessoa humana tem status de um dos fundamentos da República (art. 1, III, CF/88), e a liberdade e a solidariedade figuram como objetivos fundamentais da República na Constituição de 1988, como se depreende do art. 3, I e da necessidade de construção de uma sociedade livre, justa e solidariedade.

exercício da autonomia existencial se dê com a máxima eficácia nas relações privadas. No entanto, tendo em vista que a existência individual só se desenvolve livremente a partir da coexistência, isto é, "o indivíduo existe enquanto em relação com os outros (o sentido da alteridade) e com o mundo a ele externo," [20]a liberdade subjetiva só se concretiza efetivamente quando presente também a sua dimensão intersubjetiva.

Essa visão bidimensional da liberdade decorre do fato de que a dignidade é uma moeda de, no mínimo, duas faces, sendo uma delas a liberdade enquanto a outra é a solidariedade. A solidariedade não é necessariamente o valor que se contrapõe à liberdade. No equilíbrio democrático de garantia das múltiplas formas de existir e coexistir, a solidariedade é a chave para a composição de interesses que eventualmente se mostrem contrapostos,[21]de modo que a dignidade da pessoa humana assegure que todos possam gozar de espaços recíprocos de liberdade como um ambiente salutar para o desenvolvimento das identidades individuais e grupais.[22]

Com efeito, quando se defende a mais ampla liberdade de expressão, não é raro que o conflito posto em análise oponha a liberdade de expressão aos direitos individuais da personalidade, tais como intimidade, vida privada e honra, tomando, a solidariedade, assento ao lado da liberdade. Hipóteses há, no entanto, em que a liberdade de expressão não estará amparada pelo valor da solidariedade social.

Como bem defende Owen Fiss,[23] é preciso estar atento à "ironia da liberdade de expressão". A tese do autor, após passar pelo exame das teorias *libertária* e *democrática* de concepção da primeira emenda norte-americana, criticando a primeira em razão de seu "efeito silenciador" (*chilling effect*), que sufoca discursos minoritários distorcendo o processo de formação da razão pública, é de que o Estado, que afirma esse direito, pode ser tanto um "amigo" quanto um "inimigo", na medida em que ou o promove ou o sufoca, dependendo de sua maior ou menor intervenção no domínio discursivo.

E então se questiona: quando deve a liberdade de expressão ser limitada em prol da solidariedade constitucionalmente tutelada?

3 O texto constitucional: locus próprio da solidariedade

A solidariedade é uma virtude dos tempos difíceis ou sentimento republicano? Com esta primeira pergunta Rodotà abre sua análise na obra *Solidarietà: un'utopia necessaria*. Segundo ele, palavra que

[20] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Princípio da Solidariedade. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.240

[21] Na mesma esteira de pensamento, aponta Fachin que "O Direito Privado contemporâneo – e, mais especificamente, o Direito Civil – vem deixando à margem as concepções individualistas do passado, para se ocupar da proteção da dignidade humana em dimensão coexistencial. Nem por isso – vale observar – deixa de ser Direito Privado. Este, que tradicionalmente se ocupa do sujeito proprietário, construído pela abstração dos conceitos, passa a se ocupar do sujeito concreto, que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância para o Direito Privado, ser qualificado pelo "ter". FACHIN Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. *Revista Trimestral de Direito Civil* – RTDC, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008, pp.107-119.

[22] VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons Costumes no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 64

[23] FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, *passim*.

parecia perdida no discurso público retorna com nova força. Ainda que seja pronunciada com intensidade, não esconde a contínua ruptura de solidariedade que se verifica quando esta é invocada para fechar-se em um círculo restrito, alimentando exclusões, como, por exemplo, a exclusão do estrangeiro, tão própria dos tempos atuais, numa verdadeira "obsessão identitária" (lógica que separa o indivíduo ou o grupo do resto do mundo).

A razão que deve levar a superar essa ideia está no fato de que este é um princípio justamente direcionado à exclusão de barreiras, a unir, a exigir o reconhecimento recíproco, e assim permitir a construção de ligações sociais fraternas na dimensão do universalismo. Nos tempos difíceis, em que a força do poder se sobrepõe, redescobre-se uma raiz profunda de solidariedade "como sinal de não agressão entre os homens".[24]

Em tempos de vida precária, de derrubada da igualdade na propagação da desigualdade, do retorno a uma pobreza "degradada", o olhar deve voltar-se para a trama dos princípios e para as modalidades de sua reconstrução. Esse é um tema que se une à discussão geral sobre democracia, à possibilidade de continuar a reconhecer-se nela. Uma das condições deste reconhecimento é constituída mesmo pela permanência não formal do princípio de solidariedade. Não é por acaso, diz Rodotà, que a histórica qualificação da solidariedade como "social" tem sido, atualmente, ladeada ou substituída por uma referência à solidariedade "democrática".[25] Disso resultam duas coisas, segundo ele: a primeira, é que se dilatam os confins e a capacidade operativa da solidariedade como princípio geral, subtraindo qualquer leitura redutiva sugerida pela crise do Estado social; a segunda vai na direção de construir um nexo entre democracia e solidariedade, tornando plausível a conclusão segundo a qual somente a presença efetiva dos sinais da solidariedade consente de continuar a definir "democrático" um sistema político. A experiência política mostra que, quando se tornam difíceis os tempos para a solidariedade, se tornam também para a democracia.[26]

Quando se fala em solidariedade deve-se compreendê-la numa visão ampla e não fechada. A solidariedade constitucional deve ser entendida também no sentido de uma solidariedade política, econômica e familiar, pois em todos esses terrenos a ideia de unificação (não arbitrária), subjacente à solidariedade, mostra-se presente. Quando juridicizada, a solidariedade adquire uma autonomia própria, impossibilitando interpretações em modelos fechados e ideologias que reduzam suas possibilidades aplicativas.

Desta forma, a solidariedade consagrada na Constituição Federal de 1988 em seu sentido amplo é princípio capaz de permitir que a dignidade realoque o indivíduo no centro do ordenamento jurídico sem, contudo, retomar os passos anteriores que conduziram ao individualismo que não mais encontra espaço na legalidade democrática constitucional .[27] Para cumprir essa função, a solidariedade é concebida, sob duplo viés.[28] O primeiro, da solidariedade objetiva, encontra razão e fundamento na coexistência, enquanto o segundo, da solidariedade como valor, refere-se diretamente à lógica da reciprocidade, ou seja, de respeito à esfera jurídica alheia do mesmo modo que se respeita a própria, em

[24] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 4.
[25] *Ibidem*, p. 9.
[26] *Ibidem*, p. 10.
[27] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 81 e ss.
[28] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Solidariedade. PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 161.

consideração ao sentido de igualdade formal e material.[29] Trata-se, em suma, de considerar o princípio da solidariedade o "conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, numa sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados".[30]

Do ponto de vista da reciprocidade, o princípio da solidariedade assume importante papel para a implementação de medidas de reconhecimento das diferenças e de fortalecimento do compromisso pluralista assumido pela Constituição brasileira. Não sem razão, é possível subdividir a solidariedade de acordo com as funções que ela pode desempenhar concretamente. Desse modo, a solidariedade-redistribuição reflete a função que o princípio da solidariedade assume na "cooperação para a minimização das diferenças sócio-econômicas, quanto ao direito-dever de redistribuição dos bens sociais", enquanto a solidariedade-reconhecimento é caracterizada pela aplicação do princípio com o objetivo de "maximização do respeito à pluralidade, à coexistência e à reciprocidade, quanto ao direito-dever de reconhecimento"[31].

4 Aplicações concretas do princípio da solidariedade como limite à liberdade de expressão

Um exemplo emblemático da aplicação da solidariedade em sentido amplo, mais especificamente através da já anunciada vertente da solidariedade-redistribuição, verifica-se no pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio em caso versando sobre a constitucionalidade dos artigos 14 a 18 da Medida Provisória nº 2.152-2/2001, que instituiu metas de consumo de energia elétrica através da criação do Programa Emergencial de Redução de Consumo de Energia Elétrica. Na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 9-6/DF, cujo Ministro Relator foi Néri da Silveira, o tribunal pleno do STF admitiu a redução compulsória do consumo de energia elétrica, aceitando a restrição de direitos dos consumidores em virtude do contexto de grave crise que era enfrentada pelo setor de energia naquele momento.

Pela aplicação do princípio da solidariedade, o STF considerou constitucional a restrição imposta à liberdade dos consumidores de energia, com a fixação de metas de consumo, de cobrança de tarifa especial sobre o consumo excedente e eventuais medidas de corte de fornecimento em caso de descumprimento reiterado das metas, tendo em vista a necessidade de garantir o acesso coletivo a um bem cuja escassez provocada pela situação de crise ameaçava o bem estar da sociedade em geral.

Já como expressão da solidariedade-reconhecimento, tem-se um vasto campo de intensas controvérsias envolvendo os limites da liberdade de expressão nos casos que ficaram conhecidos como expressões de discursos de ódio, os *hate speech.* Trata-se de tema que ocupa lugar de destaque tanto no cenário nacional quanto na experiência estrangeira.

---

[29] SARMENTO, Daniel. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 231.

[30] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana.* Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.111

[31] NARITOMI, Sabrina. Princípio constitucional da solidariedade : um direito-dever de redistribuição de reconhecimento? 2005. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, p.153 .

No Brasil, a polêmica sobre o *hate speech* foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no já mencionado e histórico caso Ellwanger.[32] O julgamento da Corte assentou, em síntese, que a garantia de liberdade de expressão não alcança manifestações de cunho antissemita. O STF manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger imposta a ele pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo, em virtude dos diversos materiais bibliográficos escritos, editados e publicados por ele, cujo teor antissemita negava não só o Holocausto, como ainda atribuía características negativas ao caráter dos judeus. Por maioria de sete a três, o Plenário do STF negou o recurso e foram vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto e a tese de que o crime já estaria prescrito.

Dentre os argumentos utilizados para negar o recurso, merece destaque o trecho do voto do Ministro Celso de Mello que assinala o principal argumento utilizado para restringir a liberdade de expressão nesse caso: "Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um". Trata-se de interessante visão da dignidade como conceito coexistencial, cuja configuração depende, como se viu antes, da perspectiva que liga liberdade e solidariedade como dimensões indissociáveis do princípio da dignidade.

Tem-se, na realidade, de importante aplicação do princípio da solidariedade-reconhecimento, em virtude do qual não se pode sustentar que a liberdade individual – aqui a liberdade de se expressar – sirva de instrumento para a negação do reconhecimento das identidades individuais ou coletivas. Muito se discutiu acerca da configuração do crime de racismo em virtude do próprio conceito de raça utilizado, e ainda que esse aspecto transcenda os limites do estudo aqui proposto, não se pode deixar de assinalar o caráter coletivo da ofensa promovida por Ellwanger, evidenciada através da difusão de livros que sustentam a negação da vivência histórica do período de maior perseguição e aniquilamento da identidade do grupo ofendido. A esse respeito, mais uma vez se destaca trecho do Ministro Celso de Mello:

> Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano. "Eis porque, Senhor Presidente, a noção de racismo - ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração - não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica (...).

Outro exemplo do que vimos tratando parece ser o caso Buckley vs. Valeo, julgado nos anos 1970 nos EUA, no qual a questão posta para a Suprema Corte americana, em julgamento precedente da Corte de Apelação do Distrito de Columbia, foi se os limites com gastos eleitorais definidos pelo Federal Election Campaign Act (FECA), de 1971, e as provisões relacionadas do Internal Revenue Code, de 1954, violaram as cláusulas de liberdade de expressão e de liberdade de associação da Primeira Emenda.[33]

---

[32] HC nº 82.424/RS, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, j: 19/09/2003.

[33] No Brasil, a (in)constitucionalidade do modelo de financiamento eleitoral vigente, que permite o financiamento privado de campanhas com alguns limites legais, foi questionada por meio da ADI 4.650/DF, na qual o Conselho Federal da OAB buscava a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação eleitoral que permitiriam: *i.* a limitação de doações feitas por pessoas naturais com base no percentual de seus rendimentos e não com base em um limite *per capita*; *ii.* o uso de recursos próprios por candidatos sem o estabelecimento de limitação; *iii.* doações de pessoas jurídicas. A referida

O caso girava em torno da possibilidade ou não de limitação de contribuições e de gastos para campanhas eleitorais, tendo em vista a tentativa do Congresso de restringir as contribuições financeiras aos candidatos como forma de afastar o risco de corrupção nas campanhas políticas. Entre outras coisas, a lei estabelecia limites sobre o montante de dinheiro que um indivíduo poderia contribuir para uma única campanha e exigia a comunicação de contribuições acima de um determinado limite. No julgamento final, a Suprema Corte chegou a duas importantes conclusões:

> Primeiro, ela assegurou que as restrições em contribuições individuais às campanhas políticas e aos candidatos não violavam a primeira emenda já que as limitações da FECA reforçam a "integridade do nosso sistema de democracia representativa" protegendo contra práticas inescrupulosas. Em segundo lugar, a Corte achou que a restrição governamental de gastos independentes em campanhas, a limitação de gastos para candidatos de seus recursos próprios e familiares, e a limitação nos gastos totais da campanha violavam a primeira emenda. Já que essas práticas não reforçavam necessariamente o potencial para corrupção da mesma forma que as contribuições individuais aos candidatos, a Corte achou que restringi-las não servia suficientemente ao interesse do governo para justificar uma limitação da liberdade de expressão e de associação.34

O problema está em saber, portanto, em que medida argumentos como esse, ao permitirem gastos indiscriminados em campanhas políticas, podem afrontar a solidariedade social e configurar razões ilegítimas para suportar o discurso da liberdade de expressão. [35] Como muitas vezes já observado, princípios antes confiados somente à força da moral ou à ação política têm hoje o estatuto de norma jurídica e, por essa razão, podem e devem ser "levados a sério".[36] Em seu "Dois tratados sobre o governo" (1660), John Locke já sublinhava a responsabilidade pela riqueza, mas como aponta Stefano Rodotà, sob a equivocada premissa de uma sociedade naturalmente harmônica, e assim capaz de autocorreção diante da privatização dos bens fundamentais. Escolheu-se, assim, a estrada de confiar não só à natureza, aos comportamentos individuais livres, mas à artificialidade do direito e a suas regras a tutela da igualdade, que será proclamada como princípio conjuntamente com a liberdade e a fraternidade. A relevância da fraternidade, não mais apenas como princípio moral, mas como forte referência jurídica, encontrará uma direta e compartilhada expressão no princípio de solidariedade destinado a guiar a ação pública e a

---

ação foi julgada parcialmente procedente, "para assentar apenas e tão somente a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 31 da Lei no 9.096/95, na parte em que autoriza, *a contrario sensu*, a realização de doações por pessoas jurídicas a partidos políticos, e pela declaração de inconstitucionalidade das expressões "*ou pessoa jurídica"*, constante no art. 38, inciso III, e "*e jurídicas"*, inserta no art. 39, *caput* e § 5o, todos os preceitos da Lei no 9.096/95." STF. ADI 4.650/DF; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 24/02/2016.

[34] No original: "First, it held that restrictions on individual contributions to political campaigns and candidates did not violate the First Amendment since the limitations of the FECA enhance the "integrity of our system of representative democracy" by guarding against unscrupulous practices. Second, the Court found that governmental restriction of independent expenditures in campaigns, the limitation on expenditures by candidates from their own personal or family resources, and the limitation on total campaign expenditures did violate the First Amendment. Since these practices do not necessarily enhance the potential for corruption that individual contributions to candidates do, the Court found that restricting them did not serve a government interest great enough to warrant a curtailment on free speech and association." Buckley v. Valeo. *Oyez*, https://www.oyez.org/cases/1975/75-436. Accessed 18 Jan. 2017.

[35] Excelente análise sobre a (suposta) liberdade de expressão dos doadores de campanhas eleitorais é feita por Daniel Sarmento e Aline Osorio, examinando, inclusive, o caso Buckley v. Valeo. Conforme os autores, "Trata-se [as doações] de *negócios* e não de discurso." SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. *Uma mistura tóxica: política, dinheiro e financiamento das eleições*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf. Acesso em 20 abr. 2017.

[36] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*, p. 7.

privada.[37] Assim, se por um lado a liberdade de expressão[38] deve ser promovida, por outro, não pode dar suporte a violações ao direito-dever de solidariedade, a despeito da estreita ligação entre ambos.

No caso do Brasil, como bem aponta Maria Celina Bodin de Moraes:

> A expressa referência à solidariedade, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade.39

O reconhecimento, como no caso norte-americano, de que o dinheiro é uma forma de expressão (legítima, no sentido de que deve ser protegida pela Primeira Emenda), coloca o valor do patrimônio ao lado de valores de índole existencial, pondo em risco a solidariedade enquanto "sentimento republicano". Como aponta Stefano Rodotà, da tríade revolucionária francesa, de fato a fraternidade (raiz da solidariedade) precocemente se revelou o componente mais frágil, mais dificilmente aceitável, tanto que Napoleão, no 18 Brumário, se apresentou aos franceses como o defensor da liberdade, da igualdade e da propriedade.[40]

5 Conclusão

O que se procurou demonstrar neste breve artigo é que a defesa que se faz de um sistema mais liberal no que toca a ideias e pensamentos não deve justificar uma liberdade irrestrita para toda forma de expressão, senão apenas na medida em que se a deduz do valor da dignidade da pessoa humana e dos princípios gerais de liberdade e igualdade, juntamente com a inerente exigência de proteção jurídica.[41] A liberdade de expressão permite assegurar a continuidade do debate intelectual e do confronto de opiniões, integrando o sistema constitucional de direitos fundamentais e constituindo-se em um direito

[37] *Ibidem*, pp. 15-16.

[38] Daniel Sarmento aponta o intenso debate, sobretudo nos Estados Unidos, a respeito do papel preponderante da liberdade de expressão: se proteção da autonomia individual, tendo-se por referência autores como Ronald Dworkin, ou se promotora da democracia, conforme defendido por aurores como Owen Fiss. SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 280.

[39] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: _____. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 239-240.

[40] RODOTÀ, Stefano. *Op. cit.*,, p. 21-22. A propriedade, porquanto excludente, é o que rompe os laços entre os homens, que a fraternidade busca estabelecer. O seu desaparecimento tornará frágil a liberdade e a igualdade, subordinadas a uma lógica que encontra na propriedade a medida primeira das relações entre as pessoas. Quando, no século XX, se buscará construir um contexto constitucional que individue os limites da propriedade, será justamente ao princípio da solidariedade que se fará referência. Está-se, pois, diante de um conflito entre inclusão (fraternidade) e exclusão (propriedade). À fraternidade se atribuía uma função unificante, oposta à ambígua solidariedade do antigo regime, tecida, como era, de deveres dos superiores para os inferiores, num tempo em que os laços sociais eram fundados em uma rígida hierarquia, uma substancial subordinação, cada vez menos fundada nos "deveres da riqueza" e mais no registro da desigualdade. A fraternidade antes, e depois mais intensamente a solidariedade, abandonam a lógica da relação vertical, no lugar da qual se estabelece um pacto entre iguais, que reafirma a conexão entre solidariedade e igualdade. *Ibidem*, p. 22-24.

[41] CANOTILHO, José J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Op. cit.*, p. 28.

multifuncional, que se desdobra em um feixe de direitos comunicativos fundamentais[42], sendo eles: as liberdades de expressão *stricto sensu*, de informação, de investigação acadêmica, de criação artística, de edição, de jornalismo, de imprensa, de radiodifusão, de programação, de comunicação audiovisual, de telecomunicação e de comunicação em rede; bem como as liberdades associadas às comunicativas: liberdade de profissão, livre iniciativa econômica, liberdade de prestação de serviços e o direito de propriedade.[43] Tudo isso, tendo sempre ao lado o valor da solidariedade social constitucionalmente positivado.

De fato, deve-se considerar a pessoa humana *a medida de todas as coisas*, no sentido de que ela é, em sua dignidade, a *ratio* jurídica de todo e qualquer direito subjetivo (privado ou público), fundamental ou não, afirmando-se, a partir daí, que a cláusula geral de tutela da pessoa (na Constituição Federal brasileira positivada em seu art. 1º, III) visa protegê-la, amplamente, em toda e qualquer situação jurídica subjetiva (direito subjetivo, direito potestativo, interesse, obrigação, ônus etc.), ativa ou passiva[44]. Nesse sentido, não reconhecer o caráter secundário dos valores patrimoniais em detrimento daqueles existenciais não seria conforme uma construção teórica e legislativa que coloca a pessoa humana no topo dos valores protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

A hipótese testada, insista-se, é de que a solidariedade deve ser elemento de cálculo na operação que reconhecerá a legitimidade ou ilegitimidade de um discurso que se pretenda amparado pela liberdade de expressão. Não se defende aqui, registre-se, uma ideia de solidariedade como coesão, mas sim uma perspectiva de solidariedade como alteridade, "na concretude da vida", como aborda Eduardo Pianovski.[45]

Bibliografia

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e direito civil: tendências. In: _____. *Na medida da pessoa humana:* estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

[42] Para Peter Häberle, as *liberdades de comunicação* exercem uma "função de intermediação" entre a dignidade humana e a democracia pluralista. Segundo o autor, o conceito de liberdades de comunicação deve ser o mais amplo possível, "principia com a tríade da liberdade religiosa, artística e científica, passa pela liberdade de opinião, informação, imprensa e manifestação, bem como pela liberdade de reunião, também pela liberdade de associação (sem esquecer nesse contexto a liberdade dos partidos políticos) e se estende até as formas precursoras e as instâncias precedentes das competências estatais. Do lado da estatalidade constituída, faz-se mister analisar os procedimentos e instrumentos da democracia direta (e indireta): iniciativas populares, referendos e plebiscitos, eleições (os assim chamados direitos populares na Suíça, outros direitos políticos), mas também instituições como os advogados públicos (*e.g.* na Áustria), mais genericamente os *ombudsman* (originários da Escandinávia, posteriormente também instituídos no México). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) normatiza o direito de acesso a documentos, (art. II, 102). A isso devemos somar ainda os processos informais, discutidos sob o tópico 'Estado negociador' ('democracia de negociação', 'intermediação de interesses' (v. FS Lehmbruch, 1993))." HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexo interno. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação:* algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25. Ainda conforme o autor, "Dito de forma esquemática: nem todo o Direito emana do povo, mas todo e qualquer Direito deve ser pensado a partir da dignidade humana!" (*Ibidem*, p. 27).

[43] CANOTILHO; MACHADO; GAIO Jr. *Biografias...*, p. 28-29.

[44] É de se ressaltar que "a tutela e a promoção da pessoa não atuam sempre com a mesma intensidade e em virtude da mesma situação subjetiva: o mesmo interesse – pense-se no interesse à saúde, da integridade psicofísica ao serviço sanitário e à salubridade do ambiente – se realiza segundo o paradigma ora do direito subjetivo, ora do interesse legítimo". PERLINGIERI, Pietro. *O direito...*, p. 679.

[45] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro, GZ Ed., 2011, *passim*.

_____. *Danos à Pessoa Humana.* Uma leitura civil-constitucional do dano moral. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2016.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana.* Estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. Princípio da Solidariedade. In: Bodin de Moraes, Maria Celina. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MACHADO, Jónatas E. M.; GAIO JÚNIOR, Antônio P. *Biografias não autorizadas versus liberdade de expressão*. Curitiba: Juruá, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN Luiz Edson; PIANOVSKi, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC, vol. 35, Rio de Janeiro: PADMA, 2008.

FISS, Owen M. *A Ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRANKENBERG, Günther *A gramática da Constituição e do Direito.* Col. Del Rey Internacional. Trad: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexo interno. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação:* algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão:* dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002.

NARITOMI, Sabrina. Princípio constitucional da solidariedade : um direito-dever de redistribuição de reconhecimento? 2005. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito direito civil na legalidade constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. Solidarietà: un'utopia necessaria. Bari: Laterza, 2014, p. 7.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro, GZ Ed., 2011.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do 'hate speech'. In: _____. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. In: _____. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Os Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia Privada In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 231.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. *Uma mistura tóxica: política, dinheiro e financiamento das eleições.* Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf. Acesso em 20 abr. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. Direito civil e ordem pública na legalidade constitucional. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União.* n. 17, out./dez. 2005.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. Bons Costumes no Direito Civil brasileiro. São Paulo: Almedina, 2017.

CÂMARAS PRIVADAS DE MEDIAÇÃO: DESAFIOS ESTRUTURAIS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES

Tânia Maria dos Santos[46]

Resumo:

Os meios de resolução consensual de conflitos sob a lente da mediação judicial e privada conquistam, gradualmente, a nossa sociedade com objetivo de fortalecimento e expansão da justiça e da solidariedade. A mediação é meio pelo qual os protagonistas são provocados a declinar razões em um espaço discursivo segundo a ideia reguladora de um consenso possível e aceitável pelos envolvidos. Avaliações de conceitos, bases legislativas, espécies e métodos alternativos de solução de conflitos, bem como fundamentos constitucionais da mediação e questões estruturais foram essenciais nessa exposição. Ao fim deste trabalho, contempla-se que a mediação privada para ser exitosa, no país, precisa ter objetivos da judicial, a busca por uma sociedade justa e solidária que envolve, necessariamente, o desenvolvimento da cultura do consenso e da paz.

Palavras-chave: Mediação Judicial. Mediação Privada. Princípios constitucionais.

1 Introdução

Há tempos, o desafio do Judiciário é priorizar a celeridade com mínimo de sacrifício à segurança. Nesse está incluída a necessidade de garantia efetiva ao acesso à Justiça e ao direito fundamental de uma tutela igualitária representada, em especial, com a aplicação da solidariedade por meio de políticas públicas governamentais.

No preâmbulo da Constituição de 1988 há uma síntese das finalidades ou desafios principais do Estado brasileiro que envolve o dever de proporcionar aos cidadãos "uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

Nesse contexto, a duração razoável do processo, como um comprometimento, no mínimo dos envolvidos, seja no âmbito administrativo, seja no judicial, foi assegurada na Emenda Constitucional 45/2004, que abriu caminho para os novos instrumentos evolutivos do sistema extrajurisdicional.

Portanto, apesar de uma estrutura estatal construída para resolver conflitos de direito e não de interesse[47], buscou-se resolver importantes demandas sociais que procuram por uma sociedade justa e

[46] Advogada, Doutora em Direito pela UFRGS, Professora Universitária e Mediadora Judicial.

[47] Ressaltam Pinho e Paumgartten que o estado moderno teve uma passagem evolutiva, de uma concepção pura liberal para concepção social quando os conflitos passaram a ser avaliados não como puramente de direito que recai sobre o *quantum* a ser distribuído ou já distribuído, mas também como conflitos de interesses que descrevia o posicionamento antagônico entre duas ou mais pessoas sobre o mesmo bem. Ver PINHO, H. D. B.; PAUMGARTEN, M. P. Os desafios da integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para justiça brasileira? In: ALMEIDA, D. A. R. de. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1-32.

solidária, e, desta forma, a Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e o novo Código de Processo Civil almejam dar um tratamento adequado aos conflitos de interesses. Nesse sentido, já se pode vislumbrar o caráter emancipatório da mediação, que foca mais em *conflitos de pessoas*, nos quais se tem uma presença interessada e sensível de um terceiro.

Assim, o estado constitucional democrático é o campo ideal e necessário para uma expansão da paz social e da solidariedade. E os meios alternativos de pacificação de conflitos se tornaram um importante meio contemporâneo de pacificação social pelo qual se busca uma solução adequada em vez de solução imposta e adjudicada.

Diante do exposto, este trabalho está dividido em duas partes, uma com foco na mediação judicial e outro na extrajudicial. Na primeira são examinados conceitos, bases legislativas, espécies e métodos alternativos de solução de conflitos. Na segunda, o desafio será conduzir, através de fundamentos constitucionais da mediação privada, desafios estrutural das câmaras privadas.

2 Conceitos Basilares de Meios de Pacificação de Conflitos: Avanços da Mediação

2.1 Meios consensuais de solução de conflitos

Após o golpe de 1964 e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o pleno exercício da cidadania passou a ser uma questão central. E nesse curto período democrático, as Leis 13.105/2015 (novo CPC) e 13.140/2015 (Lei de Mediação) foram consideradas como um caminho inevitável e necessário sob o ponto de vista da Constituição e da democracia.

A solução dos conflitos pela jurisdição passou a ser tratada em caráter de excepcionalidade, isto é, nas situações em que as formas consensuais forem verdadeiramente incompatíveis, como direitos não disponíveis[48], ou indisponíveis que admitam transação, quando um ou mais envolvidos expressam a vontade de não participar.

No entanto, há distinções inevitáveis, pois, se de um lado o Poder Judiciário é encarado como uma espécie de "ovo do mundo jurídico"[49], por outro lado a mediação, se conduzida como um "ovo de Colombo", tenderia a menosprezar caminhos percorridos em outros campos do conhecimento.

A não efetividade da via judicial não deve ser visualizada e utilizada como uma rota de fuga contra processo ineficaz e oneroso. Isto é, meios alternativos de solução não têm a pretensão solucionar problemas estruturais do Poder Judiciário. Tanto é que, se princípios básicos estiverem ameaçados, a aplicação do método não será eficaz e o Estado, como última trincheira da razão, deverá intervir como garantidor do próprio sistema.

[48] Art. 3º da Lei de Mediação: "Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público".

[49] ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 75-76, aponta que a jurisdição constitucional protege do risco da constitucionalização expansiva.

A contemplação dos institutos de meios alternativos para a resolução dos conflitos (MASCs), reconhecidos mundialmente como Alternative Dispute Resolution (ADR), ou meios extrajudiciais de resolução de conflitos (MESCs), com o objetivo de evitar a judicialização massificada.

Os conflitos[50] envolvem grandes desafios na busca por estruturas técnicas necessárias, muitas vezes interdisciplinares, para aparelhar o jogo tenso e complexo no plano social-político-jurídico de um Estado. Não há condições ideais no mundo real, é inviável incluir todos os argumentos[51] e inexistir engano.

Importa referir, portanto, que os procedimentos primários de resolução de conflitos são a negociação[52], mediação[53], conciliação[54] e arbitragem. A doutrina também apresenta cinco modalidades denominadas "híbridas", combinação dos tipos primários, que são: o julgamento privado, a análise neutra dos fatos através de um perito, o *minitrial*, o *ombudsman* e o *summary jury trial*. E, ainda, o procedimento intitulado med-arb ou arb-med, resultado da combinação da mediação e da arbitragem[55].

Destaque para alguns aspectos de três procedimentos, pois não é o objetivo examinar todas as espécies primárias e híbridas. No *minitrial*, um terceiro eleito é um conselheiro no procedimento, que na obtenção de um acordo gerará um contrato decorrente do júri simulado, isto é, do espaço para a exposição dos interesses e argumentos que integram o caso entre os participantes. O ombudsman, ou ouvidor, comum na Escandinávia, é aplicado em conflitos de direito público nos quais a instituição estatal exerce, informalmente, um papel investigativo. O med-arb ou arb-med é um sistema escalonado no qual as partes concordam em realizar a mediação ou arbitragem, e no caso de o método escolhido não resultar em uma solução, passa-se à aplicação do outro procedimento ao conflito em questão, e apresenta-se

---

[50] A noção de conflito pode ser intuitiva porque é essencial à vida humana; os conflitos nunca desaparecem completamente, mas, pela natureza, exigem uma espécie de gerência a qual provoca uma análise, por vezes, complexa. No momento, cumpre apenas destacar que a estrutura mínima do conflito é, universalmente, triangular, composta por duas pessoas e uma questão, e que nele atua-se sempre em três dimensões: a universal, a cultural e a individual, porque são compreendidos "como universalmente similares, culturalmente distintos e individualmente únicos", neste sentido ver AUGSBURGER, D. W. Conflict mediation across cultures: pathways and patterns. Louisville KY: Westminster/John Knox Press, 1992, p. 17 apud BIANCHI, A. A.; JONATHAN, E.; MEURER, O. A. Teorias do conflito. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. Mediação de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 72. O livro de Augsburger é citado regularmente pela doutrina quando se busca analisar o conflito sob ângulo cultural, guiando sobre a transformação de conflitos (e não sobre a gestão ou resolução do conflito); destaca que a evitação de conflitos é uma orientação da sociedade chinesa, mas que pode levar à evasão do confronto e não a uma verdadeira resolução de conflitos. Daí as máximas: quanto mais orientado para a harmonia de um grupo, mais sensível ao conflito será o grupo; quanto mais comprometido o grupo a praticar o valor cultural da harmonia, mais intensamente o conflito será internalizado. Outro livro pertinente foi escrito por ENTELMAN, R. F. Teoría de conflitos - hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2009, no qual ele foge do lugar comum de confrontos entre grupos ou indivíduos como conflitos específicos e que não analizam o que lhes é comum, ou que pode ser aplicado a outros conflitos e apresenta ferramentas conceituais com pretensão de universalizar resultados. Sobre o conceitos de conflitos, ver também SOUZA, L. M. de. Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 55-56.

[51] Etapas importantes na construção de um argumento são interpretação, pretensão de correção e a verificação pública, ou privada. Isto é, há de se ter o reconhecimento intersubjetivo de todos os envolvidos para concessões e assentimentos.

[52] Sobre a mediação sem mediador ou negociação direta ou resolução colaborativa ver CABRAL, A. do P.; CUNHA, L. C. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): "Mediação sem mediador". In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 709-726.

[53] Por valorizar o papel pedagógico e já que as partes têm um relacionamento a preservar, aplica-se, em geral, situações que envolver o Fisco e contribuinte, sócios de uma empresa, indústria e órgão ambiental.

[54] Possui uma abordagem mais superficial ou rasa, como nos casos de acidentes de trânsito.

[55] WRASSE, H. P.; DORNELLES, G. D. Fórum múltiplas portas e os possíveis caminhos para solucionar os conflitos, p. 27-45 In: SPENGLER, F. M.; SPENGLER NETO, T. (orgs.). Do conflito à solução adequada: mediação, conciliação, negociação, jurisdição e arbitragem [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

separadamente as funções do mediador e do árbitro; isso proporciona maior segurança, considerando que se não for frutífero med-art na elaboração de um acordo, passa-se para a arb-med.

No âmbito público, a mediação é, por Luciane Moesa Moessa Souza, o método de solução mais apropriado se for amplo e participativo, com reconhecimento do outro e na criatividade de soluções inclusivas e ponderadas a partir da invenção de instâncias democráticas. Merece destaque o trecho que trata sobre bases filosóficas dos meios de solução de conflitos:

> A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos envolvendo entes públicos pode ser encarada como uma inclusão do "outro", do "cidadão", o "dominado", aquele que é tradicionalmente visto como objeto, mas não como sujeito das decisões estatais, no processo decisório público. Através do emprego de tais métodos, o Estado despe-se de seu império e passa a dialogar com aquele(s) que ele está habituado a simplesmente submeter às suas ordens, de modo que é possível visualizar aí uma inegável similaridade com os pressupostos da filosofia da libertação.[56]

A densidade de espaços e estruturas físicas democráticas e participativas, fundadas na força e no impacto do diálogo, mostram resultados que pavimentam a cultura da paz.

Enfim, com a ideia de classificação em conjunto com a particularidade Múltiplas Portas, denota-se que há uma busca das possíveis naturezas do conflito e um enquadramento. Há uma racionalização da forma de solução que pode seguir com base na classificação de mediação, que também visa a ampliar as vantagens e chances de êxito com a redução de desvantagens. Mas depende do tribunal o tipo a ser estabelecido e qual o encaminhamento poderá ser feito como, por exemplo, a partir da análise dos tipos de controvérsias ou levando em consideração o valor atribuído à causa.

2.2 Conceitos e aportes básicos da mediação

Inexiste hierarquia entre os meios de resolução de conflitos porque, para cada espécie ou caso concreto de conflito, há um meio correspondente e mais adequado para a solução. Tampouco estar em harmonia com a jurisdição não coloca a mediação, judicial[57] ou não, como um método subsidiário ou alternativo para solução.

O processo judicial é mais eficaz para decidir questões que abarquem direitos indisponíveis, ou quando não houver equilíbrio entre as partes; a arbitragem é mais eficaz em situações em que há

[56] SOUZA, L. M. de. Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[57] A definição legal de mediação judicial encontra-se art. 1º, parágrafo único, da Lei 13.140/2015: "Atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

particularidades técnicas; a conciliação [58] é mais adequada para dirimir conflitos em relações descontinuadas e a mediação em relações que tendem a se prolongar no tempo. Por essa razão, há de ser ressaltado que:

> Alinhar e aliar a mediação à jurisdição não significa que ela deva ser atrelada ao ambiente judicial ou normativo [...] sob pena desse tornar um mecanismo a serviço da eliminação ou impeditivo de processos e não conflitos. A mediação não deve ser vista como uma segunda classe para resolução de conflito e sim no mesmo nível da jurisdição.59

No contexto judicial, portanto, a mediação é um instrumento para compatibilizar o dogma da efetividade jurisdicional com dever de funcionar em direção à justiça, mas que com essa não se confunde. Isso poderá ocorrer, pelo menos, de dois modos; um, mais prático, não oficial e mais prescritivo que normativo, e, outro que desloca a mediação para uma realidade que dá mais legitimidade.

Esses modos, ou caminhos, despertam receio na corrente tradicional da mediação, que tem como um dos expoentes Vezzulla[60], que adverte que a mediação judicial no país pode ser apenas mais um desdobramento do processo.

Nessas buscas por compatibilizações judiciais da mediação são lhes conferidas duas existências ou *double vie*, sendo uma existência mais legítima que a outra. Dalla ressalta que essa situação advém justamente pela dificuldade de construção de uma problematização científica sobre mecanismos. E, nesse sentido, adverte o seguinte: "A mediação é uma ferramenta útil – não há discordância relevante quanto a esse ideal –, mas, ao aproximá-la do Direito, o afastamento da sua essência é inconteste"[61].

Assim, diante dessa realidade, inevitavelmente há uma variedade de expectativas quanto à jurisdicionalização da mediação. No entanto, os esforços voltados à libertação do jurisdicionado das limitações e rigidez do Direito devem se alertar que a mediação submetida a uma racionalidade jurídica pode começar a desenvolver uma espécie de *commom law* ou jurisprudência de ADR[62].

A mediação de conflitos é obrigatória em alguns países e em determinadas situações como nos Estados Unidos, Argentina e Itália[63]. Há de ser reconhecer, entretanto, que essa solução não é adequada à realidade cultural brasileira, que exige apenas uma comprovação da tentativa de uma solução

[58] A Resolução 118/2014, do CNMP, distingue a conciliação da mediação. Em seus arts. 9º e 10, a mediação é indicada para solucionar controvérsias ou conflitos nos quais seja necessária a atuação integrada de ambas as partes divergentes com o objetivo de se pacificarem. Indica-se, ainda, que haja confidencialidade quando necessário e recomenda-se que as mediações comunitárias e escolares sejam informais (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 118/2014. Disponível em: <www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 23 jan. 2017). A diferença entre mediação e conciliação se faz pela postura do terceiro e pelo tipo de conflito. O conciliador pode sugerir soluções para o litígio, ao passo que o mediador auxilia as pessoas em conflito a identificar, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

[59] PINHO, H. D. B.; PAUMGARTEN, M. P. Os desafios da integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para justiça brasileira? In: ALMEIDA, D. A. R. de. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 16.

[60] VEZZULLA, J. C. Mediação de conflitos: a questão coletiva in Comissão Técnica de Conceitos do Programa Mediação de Conflitos – CTC – PMC. Programa mediação de conflitos: uma experiência de mediação comunitária no contexto das políticas públicas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

[61] PINHO, PAUMGARTEN, 2015, p. 28.

[62] Ibidem, p. 29.

[63] TARTUCE, F. Mediação nos conflitos civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

consensual do conflito. No entanto, a designação de audiência de mediação é obrigatória no conflito coletivo de posse velha e nas ações de família[64], que são procedimentos especiais.

A American Arbitration Association (AAA) é um dos maiores responsáveis pela disseminação da cultura da mediação no mundo, tanto que incentiva a utilização da mediação anteriormente à utilização dos procedimentos arbitrais e aponta as vantagens fundadas no binômio tempo/dinheiro sobre a arbitragem. As regras de mediação, em geral, disponibilizam parâmetros claros, flexíveis e modernos na condução dos procedimentos e nada impede, entretanto, que regras de mediação possam ser aplicadas, ou mescladas[65], a outros tipos de resolução amigável de conflitos.

O escopo da mediação é, procedimentalmente, intervir para facilitar, ou restabelecer a capacidade de diálogo sobre situações conflituosas entre pessoas, grupos ou organizações. Também pode ser compreendida e aplicada como um saber disciplinar, multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar, tais como saúde coletiva, psicologia, filosofia, antropologia, sociologia e direito[66].

No que se refere à responsabilidade pelo pagamento das despesas da mediação judicial, é um dever das partes. E será do Estado no caso de concessão de justiça gratuita e nos casos pré-processuais, no novo Código de Processo Civil[67]. Todavia, o magistrado pode arbitrar os honorários do mediador e conciliadores. Por enquanto, o trabalho profissional do mediador é realizado com excelência e sem nenhum tipo de remuneração ou indenização, por motivos que aqui não cabe expor.

Em geral, o formato mais eficaz e comum de uma sessão, ou audiência[68], de mediação é a comediação, realização em dupla de mediadores que potencializa o diálogo entre saberes presentes na formação dos mediadores, além de ser um observador do trabalho dos mediadores. A história recente das diferentes formas de trabalhar com a mediação informa que a mediação se estruturou a partir da

[64] Arts. 565 e 695 do Código de Processo Civil.

[65] Nesse contexto, pode ser vislumbrada a cláusula escalonada, que prevê como forma de solução de controvérsias a mediação e, caso não haja uma solução nessa forma alternativa em seguida é instaurada a arbitragem; é útil e recomendada em contratos internacionais complexos e de longa duração em especial. Desta forma, permite às partes a possibilidade de resolver litígios mediante acordo durante o (muitas vezes longo) processo de execução e vigência do contrato; há de estipular o procedimento (prazos, modo de realização da mediação) porque uma das partes pode alegar vícios em sua implementação ou realização.

[66] O art. 694 do CPC/2015 esclareceu acerca do dever disposição do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação, quando todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia em ações de família. No mesmo sentido, o art. 166 prevê no § 3º a admissão de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

[67] Art. 169 do CPC/2015. "As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal. § 2º Inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador."

[68] Há doutrina que apresenta diferenças entre pré-mediação (que pode ser tanto numa sessão quanto numa audiência), sessão de mediação (sigilo parcial ou total) e audiência de mediação (publicidade), neste sentido ver GALVÃO FILHO, M. V. Audiência(s) e sessão(ões) de Mediação na lei de Mediação (Lei 13.140/2015). In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 509-528.

negociação da escola de direito de Harvard [69] como uma alternativa ao Poder Judiciário que se desenvolveu e se consolidou integrando distintas áreas do conhecimento.

Enfim, dentre as diversas indagações sobre a institucionalização da mediação no país uma, pelo menos, se mostra necessária: Será que formas de mediação são o caminho natural para conflitos pré-processuais ou processuais? A resposta é negativa. Não é tão simples quanto parece encaminhar um conflito para uma alternativa, ou opção adequada para solucionar o problema conflitual.

O escopo é encaminhar o conflito para a "porta" que for a mais apropriada, não há hierarquia, e se não se adequar a nenhuma, adjudica-se ou encaminha-se ao Poder Judiciário. E mais, não há necessidade de se oferecer todos os mecanismos para ser reconhecido com multiportas, tanto que no Brasil, até o momento, os fóruns disponibilizam apenas a mediação e a conciliação, que são adequados à formação da cultura de pacificação de conflitos.

2.3 Desafios dos juízes, mediadores e advogados

A política nacional de estímulo à solução consensual dos conflitos, para ser implementada de maneira efetiva e ampla, deve ultrapassar obstáculos, especialmente os de natureza cultural. O excesso de controle por parte do Judiciário gera transtornos que beneficiam uma estrutura arcaica e seletiva. Assim, há quem afirme que juízes temem pela redução de poder, advogados receiam redução de mercado de trabalho e os mediados (partes ou não de um processo judicial) não querem correr riscos num campo desconhecido, tampouco desejam aumento de custos.

No tange aos receios dos juízes, pode-se inferir pelo menos a questões relacionadas às diferenças no exercício de suas atividades: a atividade decorrente das formações. O mediador, com avanço ou não da sessão ou audiência, objetiva ter um papel *biodegradável*[70], enquanto *o* juiz, em sentido oposto, tem papel não só de autopreservação como decisivo no conflito.

Defende Luciane Souza[71] a não aplicação do princípio da confidencialidade quando envolve entes públicos, que não há necessidade de diferenciar entre terceiro que facilita o diálogo, mediador, e do

[69] São consideradas clássicas, além do Modelo Tradicional-Linear de Harvard, também conhecida como "mediação satisfativa", o Modelo Transformativo de Bush e Folger e o Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb. Alguns doutrinadores incluem o modelo de Luis Alberto Warat ou waratiano, mas que não será examinado aqui. Desde já, registra-se que nenhum dos modelos é melhor que o outro. São abordagens diferentes e aplicáveis aos diferentes tipos de conflitos. Ver mais sobre as escolas em ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. Mediação de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 189-240; MENDONÇA, R. A ética da mediação ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 56-46. Nesta obra e páginas citadas levantam-se questões interessantes, destacando-se a classificação de Ellen Waldman baseada na postura do mediador frente às normas sociais e sua relevância para resultado da mediação.

[70] VEZZULLA, J. C. Mediação de conflitos: a questão coletiva, p. 45, in: Comissão Técnica de Conceitos do Programa Mediação de Conflitos – CTC – PMC. Programa mediação de conflitos: uma experiência de mediação comunitária no contexto das políticas públicas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

[71] SOUZA, L. M.; RICHE, C. A. Das câmaras de mediação p. 185-186 in: ALMEIDA, D. A. R. de. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Há citação de Denise Camolez, magistrada francesa, que indica que há "uma nova identidade para o Magistrado do terceiro Milênio", que seria uma nova faceta de "interprete da realidade". Porém, pode ser um caminho muito temerário para um país, como o Brasil, que começa a dar seus primeiros passos na resolução pacífica de conflitos.

terceiro julgador que decidirá o conflito se não houver. Assim, se devidamente capacitado, o magistrado pode conduzir o processo de resolução do conflito[72].

Portanto, as atividades do juiz e do mediador são diferentes, e, regra geral, opostas. O juiz, conforme o processo avança, torna-se indispensável; ao contrário do mediador, em que o sucesso equivale ao afastamento diante do exercício pleno da autonomia dos mediados em razão de ter poder de decisão limitado ou não autoritário.

No entanto, por essa e outras razões, Vezzulla[73] adverte que a formação do mediador, no Brasil deve ser cautelosa e deve ter ampliado o número horas de estágio, pois a atividade do mediador requer, além do conhecimento teórico, o desenvolvimento de habilidades que exigem tempo de amadurecimento.

O advogado é importante e bem-vindo, mesmo que os mediados tenham o poder de decidir autonomamente, por informar, aconselhar e assessorar o cliente sobre a escolha da forma de resolução conflito aplicável ao caso concreto. Porém, é necessário que o advogado tenha uma postura não combativa ou adversarial e sim colaborativa, e neste contexto ter a certeza da importância da colaboração.

O advogado tem a missão perante seu cliente de explicar os objetivos da mediação, auxiliar na inserção de cláusulas de mediação em contratos, ajudar na escolha do mediador ou da câmara de mediação para gestão do procedimento, bem como auxiliar na formulação de propostas mais satisfatórias e juridicamente possíveis.

Nota-se que os advogados que se atualizam logo percebem que podem oferecer aos seus clientes métodos de composição mais céleres, menos onerosos e resultados satisfatórios, não apenas sobre a demanda, mas sob ponto de vista do conflito sociológico. Os advogados estão incluindo, geralmente, cláusulas de mediação e conciliação nos contratos de honorários com uma remuneração adequada.

Importante mencionar que o art. 168 § 5º do CPC dispõe que os tribunais manterão cadastro de conciliadores e mediadores, bem como os conciliadores e mediadores cadastrados. Mas questiona-se se os advogados estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam a mediação, tais exigências a serem reguladas pelo Conselho Nacional de Justiça, porque há muitos problemas e aqui valem dois destaques: é um grande desincentivo para profissionais atuarem no âmbito judicial; e não são compatíveis com os impedimentos previstos no Código de Processo Civil e o Estatuto da Advocacia.

É inegável, por fim, a necessidade de se capacitar juízes, defensores, promotores e advogados para que possam auxiliar na disseminação da cultura de paz e de cidadãos autônomos, ou individualizados, para dirimir seus próprios conflitos. Nunca é demais ressaltar que os efeitos do regime democrático são mais bem sentidos e aproveitados quando se valoriza e se fortalece o cidadão emancipado ou individualizado.

---

[72] Aqui, um depoimento pessoal por atuar na Justiça Comum e Federal na região metropolitana de Porto Alegre. Percebo, na justiça federal, quatro fatos na prática: 1. Que apesar de se anunciar uma sessão de conciliação, acontece com frequência e efetivamente sessões de mediações; 2. Que a mediação é bastante efetiva quando envolve entes públicos indo de encontro a doutrina que é campo promissor; 3. Quando há uma estrutura e treinamento pessoal que favoreça o pleno desenvolvimento de ferramentas os resultados são extraordinários; 4. Quando o juiz responsável pelo centro de pacificação de conflitos se mostra aberto e disponível para chamamentos em situações especiais para melhor condução das sessões os ganhos são inúmeros. Os Tribunais de Justiça brasileiros estão se esforçando, bravamente, para efetivar a política pública de solução pacifica dos conflitos, através da implantação de CEJUSCs - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, assim como na promoção de cursos de formação de mediadores, palestras e seminários, sempre com o objetivo de divulgar os métodos mediação e conciliação.

[73] I Congresso Internacional de Mediação. Sede OAB/RS. Porto Alegre 1º e 2/12/2016.

3 Câmeras Privadas de Mediação: Fundamentos e Princípios

3.1 Fundamentos nucleares das políticas públicas de pacificação de conflitos

O discurso solidário constante na Constituição Federal de 1988[74] foi mais bem difundido após ditatura de 1964, nos quais diversos direitos individuais foram suprimidos pela evolução mundial dos direitos humanos tendo como núcleo o princípio da dignidade humana[75].

Levar o cidadão a sério é a natureza da democracia, e neste sentido a afirmação de Robert Alexy é contundente: "Democracia é, sob esse aspecto, reflexiva"[76]. Nesse contexto, infere-se que a solidariedade está enlaçada pelo princípio nuclear dos direitos fundamentais e da República do país. E, ao lado do acesso à Justiça, a solidariedade é instrumento catalizador da mediação judicial sob contexto do Estado Constitucional Democrático, para que se forme e estabeleça uma sociedade mais unida, participativa e mantenedora da paz social.

Envolve mais que um sentimento fraterno com o próximo, é um agir para se propiciar um bem-estar coletivo, que muito interage com a liberdade ao realçar a singularidade e capacidade de escolher o nosso conceito de vida boa. E, ainda, percorre por todo sistema jurídico, horizontalmente, porque assegura direitos constitucionais que influenciam diretamente em uma convivência harmoniosa entre os cidadãos, na qual os direitos sociais são exercidos por todos em benefício do todo.

O cidadão torna-se protagonista judicial ou "operador processual ativo" quando acessa a Justiça efetivamente, em especial nos meios alternativos de solução de conflitos. É uma maneira de descentralização da jurisdição processual[77], que é quase exclusiva dos juízes togados, retornando o processo para a participação democrática.

---

[74] Art. 3º, inc. I, da CF/88 "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária". Frisa-se que nos demais incisos estão incluídas nos demais incisos porque as políticas públicas que visam a estancar a pobreza diminuirão as desigualdades sociais e regionais sem distinção de qualquer natureza. E vários dispositivos constitucionais estão relacionados com o princípio da solidariedade, tais como os arts. 40, 194, 195, 196, 203, 205, 227 e 230.

[75] Pertinente retomar a ideia que mesmo num regime contratualista, em que as pessoas vivam no estado de natureza (*status naturalis*) ou estado de guerra, não há sempre uma explosão das hostilidades, mas uma ameaça constante, que conduz à instauração do estado de paz. Nesse sentido, a paz perpétua, como projeto jurídico-filosófico, também é uma teoria dos direitos dos povos, ou seja, é coroada a inviolabilidade do direito de ser cidadão (*Staatsbürger zu sein*) como um dever fundamental do Estado, que é o imperativo da dignidade humana ou da não instrumentalização do indivíduo. Também não poderá simplesmente curvar-se à faticidade ou à mera autoridade do material dado em detrimento da moralidade, como na questão complexa que é a possibilidade de ponderação quanto à dignidade humana (raiz dos direitos fundamentais) e, especificamente, se a norma respectiva configura uma regra e/ou um princípio. A representação argumentativa não faz apenas exigências neste ou naquele aspecto da jurisdição constitucional na teoria política. Ela diz algo sobre pressupostos de uma concepção básica sobre a natureza do ser humano enquanto ser moral e racional. Ver, dentre outros, TEIFE, N. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. In: HECK, L. A. (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[76] ALEXY, R. Minha filosofia do direito a institucionalização da razão. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b, p. 28.

[77] Ver GUTIERREZ, D. M.; CUNHA, J. P. Jurisdição processual e democracia: advento da audiência de conciliação e mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à justiça. Revista Opinião Jurídica – Revista do curso de Direito da Unichristus, Fortaleza, n. 17, p. 108-131, 2015.

Quando conseguimos superar obstáculos quanto à implementação da nova política e opta-se por um dos meios de pacificação de conflitos ingressa-se na direção da consolidação da solidariedade, pois o objetivo do agir com outro faz com que todos sejam corresponsáveis num movimento de unificação da humanidade para mundo civilizado e não bárbaro. O reconhecimento concede ao direito a solidariedade, além dos direitos individuais e sociais, uma expansão para o direito à paz, que, no Brasil contemporâneo, pode significar a retomada de uma construção democrática.

A solidariedade e o acesso à Justiça como fundamentos da República Federativa do Brasil hão de se fazer valer concretamente no âmbito das ações do Estado, que devem estimular os meios de pacificação dos vínculos entre os seres humanos, fortalecendo a significância do outro, que refletirá no sentido que se busca da própria sociedade.

A mediação atinge a plenitude quando se considera o outro e ultrapassa o nível superficial do conflito, quando o mediador não só ajuda a resolver um conflito como também deixa o caminho para não se tornar desnecessário, quando a efetividade das soluções alternativas de conflitos é alcançada em termos não apenas financeiro como humano e quando se vir em todas as atividades uma aproximação da sociedade aos ideais supremos de nação, justiça e solidariedade. Enfim, a construção da sociedade solidária advém do fato de todos terem a oportunidade de se responsabilizar por si próprios de maneira que se reflita na sociedade como um todo, isto é, ações individuais que refletem no coletivo.

3.2 Princípios da mediação

A compatibilidade das técnicas dos meios alternativos com garantias constitucionais e processuais é inerente ao caminho, pois não se pode alcançar a pacificação com sacrifício de dispositivos que podem ferir a própria essência do direito.

Vislumbrados os contextos inseridos nas políticas públicas que envolvem a mediação e a conciliação como resposta adequada às fontes de agressão [78] e ao pleno exercício de direitos fundamentais [79]. O tratamento dispensado no novo Código Civil a mediação judicial fortalece a indisponibilidade da tutela constitucional adequada aos direitos fundamentais e a preservação do espírito constitucional democrático. Portanto, transitou-se da *tutela processual*, que é um fim em si mesma, para *tutela de direitos*, que é, efetivamente, a finalidade do processo[80].

[78] BALTAZAR JUNIOR, J. P. A doutrina da proibição de insuficiência ("Untermassverbot"). In: HECK, L. A. (org.). Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 74. Nas p. 81-88 ressalta que na sociedade contemporânea as fontes de agressão aos direitos fundamentais não provêm somente do Estado. Respostas inadequadas a agressões também são originadas nos centros de poder não estatais, e por esta razão os direitos fundamentais passam a desempenhar também a função de defesa contra ameaça e agressões.

[79] LUDWIG, R. J. A norma de direito fundamental associada: direito, moral e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: SAFE, 2014, p. 448, ressalta que o princípio da proporcionalidade como guia da ponderação não representa garantia contra um abuso retórico quando não poderia ser mais um sinônimo de racionalidade e bom senso, que poderia ser tomado como um conceito vago e apenas dourar um argumento fraco. Assim, observa que, por detrás da estrutura argumentativa da proporcionalidade, operam-se diferentes modelos de argumentação.

[80] DIDIER JR., F.; ZANETTI JR., H. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 36.

A mediação é uma possibilidade real de *win-win situation*, ou situação em que todos os envolvidos podem ter satisfação com desfecho[81]. Nesse contexto, muitos princípios, de fontes variadas, contribuem para a realização dessa situação. E caso a audiência ou sessão de mediação não for realizada em conformidade com os princípios, aplicáveis ao caso concreto, todo o procedimento é passível de anulação.

Os princípios aplicáveis a mediação[82] podem ser verificados e se repetem em algum grau nos Fóruns Nacionais de Mediação e Conciliação (FONAMEC), Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores (Resolução 125/2010 do CNJ, anexo III, arts. 1º a 8º)[83], a Lei 13.140/2015, o Código de Processo Civil, no art. 166 e a Constituição Federal[84].

Na Lei 13.140/2015 há cinco princípios que se encontram também no Código do Processo Civil e há apenas três acréscimos que são: a isonomia das partes (na qual se busca que a parte se perceba ouvida), a busca de consenso e a boa-fé. No entanto, no mandamento processual civil, o art. 166 dispõe sobre os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade ou a livre autonomia dos interessados, que diz respeito à definição das regras procedimentais, inclusive da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Cumpre salientar, antes de retornar aos princípios, que a mediação, bem como os demais métodos autônomos de resolução de conflitos, é abrangida pela segurança jurídica e, à medida que os vícios que os atingirem como fraude, dolo ou erro, podem ser judicialmente discutidos e passíveis de rescisão ou anulação da decisão nos casos previstos. Se houver, por exemplo, a violação da confidencialidade, as informações utilizadas tornam-se prova ilícita, conforme art. 30 § 2º da Lei de Mediação, e pode caber indenização, no caso de dano.

O cotidiano nas sessões e audiência de mediação tem apontado para a aplicação de alguns princípios com mais ênfase.

A voluntariedade, em muitas situações, integra a boa-fé necessária para se restabelecer diálogo e na propositura de soluções pelos próprios mediados; por ser um procedimento voluntário, não há vencedor e perdedor como nos processos judiciais, pois ninguém será obrigado a assinar um acordo que não lhe convenha.

Enquanto a confidencialidade se mostra necessária com a informalidade quando lançada, por exemplo, para proteger a confidencialidade nos termos simples e sem muito de entendimento ou não entendimento. É essencial que os participantes possuam boa-fé objetiva ou processual e, consequentemente, a intenção verdadeira de abertura ao momento ou ao tempo. No entanto, a boa-fé é mais bem compreendida como um dos tipos do princípio da eticidade ou da conduta ética, pois é um complemento ao que é declarado e convencionado, e, o mais importante, está inserida num valor maior, que é a dignidade humana.

---

[81] Destaca-se que no caso de acordo não execução forçada e sim uma implementação voluntária. O entendimento mais aceito, é que se não cumprir o acordo volta ao *status a quo*. Lembra-se que o acordo em uma resolução judicial pacífica de conflitos pode envolver o que não consta na petição inicial.

[82] MORI, A. H. Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. In: GUNTHER, L. E.; PIMPÃO, R. D. Conciliação: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p. 176-195, apresentam princípios aplicáveis à mediação e conciliação, relacionando-os com os participantes, os relacionados com o procedimento e com os mediadores.

[83] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> Acesso em: 7 fev. 2017.

[84] MORI, A. H. Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. In: GUNTHER, L. E.; PIMPÃO, R. D. Conciliação: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013, p. 176-195, apresenta os princípios aplicáveis à mediação e conciliação, os relacionados com os participantes, os relacionados com o procedimento e com os mediadores.

A informalidade é caracterizada pela ausência de uma estrutura previamente estabelecida e pela inexistência de norma material quanto ao procedimento, mas, como visto, pode ser aplicada técnicas de negociação. Ainda sob os auspícios desse princípio, esta oralidade é caracterizada pela simplicidade e clareza que fortalece outros princípios. A informalidade aliada à oralidade, na vida cotidiana da mediação, mostra-se como barreira que evita a formação de espirais de conflitos.

As consequências que o regime jurídico de Direito público traz à resolução consensual de conflitos não são mencionadas no art. 174 do novo Código de Processo Civil, pois o princípio da eficiência é um dos grandes fundamentos de direito público, mas não se ameniza a importância da legalidade ou juridicidade, isonomia[85] e publicidade, que é exceção da regra geral da confidencialidade, tanto que nas sessões privadas, ou individuais, ou reunião ou *caucus* não são confidenciais[86].

O princípio da imparcialidade na mediação merece um registro mais apurado, que não tem espaço neste momento. Porém, dois registros são pertinentes. Um, que a imparcialidade do mediador não é distanciamento e sim é *um estar*, com um e com outro mediando. Dois, talvez, seja preciso o CNJ regulamentar, porque vai de encontro à vertente mais tradicional da mediação, a possibilidade de mediadores atuarem como advogados em casos de litigantes costumeiros (*repeat players*) e nos casos em que for detectado um caso de extrema injustiça (por exemplo, interesse de menor)[87].

3.3 Câmaras privadas: criação e organização e desafios

A mediação extrajudicial ou extrajudicial institucionalizada ou privada, prevista no Brasil, é uma forma extraordinariamente criativa em relação à experiência mundial, e é um novo espaço em formação.

Nos últimos anos, pessoas físicas e jurídicas passaram a olhar a mediação como uma opção interessante e profícua para resolver os conflitos com um custo significativamente mais baixo e com a possibilidade de ter o tempo reduzido. Portanto, a mediação não é mais vista como um serviço voluntário prestado por profissionais da área da psicologia para o atendimento de conflitos familiares, vizinhança ou escolares.

Todavia, o cidadão comum permanece distante dessa importante ferramenta emancipatória. Salta, pois, aos olhos que esse tipo de mediação é eletista, enquanto a mediação decorrente da demanda jurisdicional e pública é voltada para muitos ou para um maior número de pessoas[88].

A mediação administrada por uma Câmara que envolve empresas pode ser resolvida a partir de um valor razoável para cada parte, consideradas as taxas da Câmara e os honorários do mediador. Certamente, no Judiciário o custo e o tempo são reduzidos. A celeridade no processo de mediação, caso

[85] Exemplo casos consumerista no qual o poder público quando firma acordo cria precedente. Porém, há de ser verificado caso a caso a viabilidade financeira, técnica, etc.

[86] São exceções quando se trata de sigilo comercial, industrial, bancário que coloque em risco a intimidade ou a vida privada de particulares, ou de algum segredo de Estado.

[87] Sobre os dilemas imparcialidade em cinco perguntas ver SOUZA, L. M.; RICHE, C. A. Das câmaras de mediação, p. 203 in: ALMEIDA, D. A. R. de. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[88] Neste sentido ver ASSMAR, G.; PINHO, D. Mediação privada – um mercado em formação no Brasil. In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 589-606.

as partes cheguem a uma solução consensual, o eventual acordo pode ser formalizado, podendo, se for necessário, ser até mesmo homologado no Judiciário.

A prestação de serviços de mediação privada se expande e, geralmente, inclui os serviços de administração de procedimentos de mediação. A arbitragem, na prática, passa a ser considerada como uma segunda opção, ou uma cláusula escalona tácita. E a mediação nas câmaras passa a ter uma eficácia jurídico-social, especialmente quando as partes envolvidas estão de boa-fé (requisito essencial) e efetivamente decididas a resolver a controvérsia com soluções criativas e adequadas para a realidade dos envolvidos no conflito com resultado ganho-ganho.

No Brasil, especialmente no Rio Grande do Sul, ainda não chegamos a um grau adequado de institucionalização e abertura de novas câmaras de mediação e conciliação. Mas há requisitos básicos[89] para que seja pleiteada a sua abertura e inscrição que deve ter em seus quadros mediadores judiciais certificados e autorizada pelo Tribunal de Justiça[90]. Estão interligadas à criação as questões organizacionais num programa sério de resolução consensual de conflitos, e os expostos por Luciane Souza[91], são os seguintes:

a) Como serão escolhidos os mediadores/conciliadores em cada caso concreto; se haverá ou não utilização de comediação;

b) Quais serão os critérios para o credenciamento de mediadores para atuar no programa;

c) Quais são as diretrizes éticas que nortearão a atuação de mediadores/conciliadores;

d) Como se dará a supervisão e atuação de mediadores/conciliadores;

e) Como se dará a avaliação da atuação de mediadores/conciliadores;

f) Como se dará a mensuração de resultados do programa (percentual de acordos, o tempo de duração dos processos; percentual de cumprimento dos acordos, mensuração de custos).

Assim, nas câmaras os conciliadores e mediadores profissionais, ou seja, pessoas que fizeram cursos e dominam as técnicas adequadas para se ter êxito, e se dedicam unicamente para desempenhar atividades em caráter privado, que são os que versam sobre direitos disponíveis, ou passíveis de transação.

Entidades da Administração Pública podem criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas e supervisionadas[92]. Exemplo mais conhecido são os Procons, que podem remediar a solução dos conflitos entre consumidores e fornecedores. Outra situação possível e que pode ser reaplicável em qualquer caso é uma mediação à distância[93].

---

[89] Art. 167 do NCPC "Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional".

[90] Nos EUA há consenso pela não exigência de treinamento formal para mediadores com grande experiência ou prestigio são os chamados "casos de notáveis", SOUZA, L. M.; RICHE, C. A. Das câmaras de mediação p. 185-186 in: ALMEIDA, D. A. R. de. A mediação no novo código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.195

[91] Ibidem, p. 186-187.

[92] Lei 13.140/2015 art. 43. "Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas".

[93] Lei da Mediação art. 46. "A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei." Essa possibilidade teve pouca aceitação.

Há muitos desafios para mediação extrajudicial, a eficácia social inclusive. Há de serem observados, não apenas o procedimento constante em lei[94], como também as possíveis tensões advindas da mediação judicial. Uma área, porém, em que a mediação extrajudicial e judicial conquista espaço é a da família. Enquanto a mediação empresarial é, ainda, quase uma quimera.

Fernanda Tartuce[95] destaca que é fundamental a preservação da imagem da autocomposição porque pode afetar a sessão e a visão geral sobre a idoneidade dos meios adequados de composição de conflitos. Sendo que a lei, em consonância com sistema normativo, veda constrangimentos ou intimidações[96], para forçar e forjar situações para incitar pessoas a celebrar acordos. Esses cuidados devem ser reforçados na mediação privada.

O nó górdio ou maior desafio, todavia, reside da estruturação dos meios de resolução consensual de conflitos em que ultrapasse o caminho da cultura do litígio para a cultura do consenso. A oportunidade aos brasileiros tem que ser efetiva, com amplo exercício da liberdade e igualdade, da autocomposição que concretizam o caminho emancipatório não apenas como cidadão, mas também como nação.

A cultura do consenso exige que se percorra longas distâncias, nas quais os saltos são raros, isto é, tem que ser vencido por etapas. É uma estrada com obstáculos que, se ultrapassados com tolerância, criatividade e muita técnica o avanço será real.

Enfim, a mediação privada, para se estabelecer no país, precisa considerar a sua interligação visceral com a mediação judicial, especialmente, no que diz respeito à responsabilidade na construção de uma sociedade justa e solidária.

---

[94] "Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião. Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento. Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; II - local da primeira reunião de mediação; III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação. § 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação. § 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação: I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada. § 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação. Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito."

[95] Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf Acesso em 26/04/2017.

[96] "O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem." Art. 165 § 2º.

4 Considerações Finais

O presente trabalho esclareceu parâmetros conceituais, com ênfase nas bases constitucionais e sob a perspectiva teórica da mediação.

Para tanto, foi necessário fixar objetivos da mediação que facilita, ou restabelece a capacidade de diálogo sobre situações conflituosas. Também esclareceu que a mediação, ao lado da arbitragem, conciliação e negociação, edifica formas acessórias ou híbridas de resolução de conflitos.

A vivência da mediação judicial comprova o que a doutrina assevera, que é necessidade e importância de se capacitar juízes, defensores, promotores e advogados colaborativos para que possam auxiliar na disseminação da cultura do consenso. Bem como que a sociedade aproveite a nacionalização do instrumento da mediação para uma desenvolver uma cultura da paz e de justiça.

Estampou-se doutrina consagrada sobre princípios que abraçam a democracia e direitos fundamentais. Foram apresentadas a diversidade de fontes dos princípios da mediação e ressaltou-se algumas nuances dos princípios da confidencialidade e imparcialidade.

É igualmente interessante deixar registrado que para preservar e potencializar a mediação judicial, extrajudicial ou pré-processual é necessário compreendê-la mais que uma auxiliar no problema estrutural do Poder Judiciário. Ela tem o papel de desenvolver o potencial de promover autorresponsabilidade aos envolvidos em conflitos para soluções dialogadas, justas e solidárias.

Enfim, o desenvolvimento da mediação privada é também da cultura do consenso e por essa razão está além de um meio alternativo de resolução de conflitos, pois fortalece o exercício da cidadania conduzindo a democracia para patamares discursivo e argumentativo sólidos.

Referências

AGUIAR, C. Z. B. *Mediação empresarial* – aspectos jurídicos relevantes. 2. ed. São Paulo: Quatin Latin, 2010.

ALEXY, R. *La teoría de la argumentación jurídica – la teoria del discurso racional como teoría de la fundamentacion jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ASSMAR, G.; PINHO, D. Mediação privada – um mercado em formação no Brasil. In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 589-606.

BIANCHI, A. A.; JONATHAN, E.; MEURER, O. A. Teorias do conflito. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. *Mediação de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 71-83.

BURKARD, F.-P.; PRECHET, P. (orgs.). *Metzler Lexukon Philosophie*. 3. Auflage. Stuttgart: Verlag J. B. Metzler, 2008.

COMISSÃO TÉCNICA DE CONCEITOS DO PROGRAMA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS – CTC – PMC. *Programa mediação de conflitos*: uma experiência de mediação comunitária no contexto das políticas públicas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CUNHA, L. C. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "Mediação sem mediador". In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 709-726.

ENTELMAN, R. F. *Teoría de conflitos - Hacia un nuevo paradigma.* Barcelona: Gedisa, 2009.

GALVÃO FILHO, M. V. Audiência(s) e sessão(ões) de Mediação na lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). In: ZANETI JR., H.; CABRAL, T. N. X. *Justiça multiportas*: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 509-528.

GUTIERREZ, D. M.; CUNHA, J. P. Jurisdição processual e democracia: advento da audiência de conciliação e mediação, efetivação dos meios equivalentes e acesso à justiça. *Revista Opinião Jurídica – Revista do curso de Direito da Unichristus*, Fortaleza, n. 17, p. 108-131, 2015.

HOLLERBACH, A. Ciência do direito. Tradução Eduardo Schenato Piñeiro. In: HECK, L. A. (org.). *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13-24.

LUDWIG, R. J. *A norma de direito fundamental associada*: direito, moral e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: SAFE, 2014.

MENDONÇA, R. *A ética da mediação ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MORI, A. H. Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação. In: GUNTHER, L.E.; PIMPÃO, R. D. *Conciliação*: um caminho para a paz social. Curitiba: Juruá, 2013. p. 165-198.

SOUZA, L. M. de. *Mediação de conflitos coletivos*: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. SOUZA, L. M.; RICHE, C. A. Das câmaras de mediação p. 185-186 in: ALMEIDA, D. A. R. de. *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, F. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VEZZULLA, J. C. Mediação de conflitos: a questão coletiva in Comissão Técnica de Conceitos do Programa Mediação de Conflitos – CTC – PMC. *Programa mediação de conflitos*: uma experiência de mediação comunitária no contexto das políticas públicas. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

_____. *Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil* Disponível em http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o-autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf Acesso em 26/04/2017



ANAIS

GT RACISMO, SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUAS MÚLTIPLAS CONEXÕES.
Coordenadores: Paulo Alberto Santos Vieira (UNEMAT) e Alianna Caroline Souza (UFPEL).

Canoas, 2017.

A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO UM INSTRUMENTO PARA O CONTROLE DA BANALIZAÇÃO DAS PRISÕES PROVISÓRIAS NO BRASIL. SIM OU NÃO?

Laís Gorski[1]

Resumo:

O presente artigo examina a audiência de custódia como sendo um direito humano assegurado constitucionalmente no âmbito doméstico, bem como em tratados internacionais. O sistema de justiça brasileiro convive com uma série de problemas, dentre eles o excessivo número de presos provisórios e o desrespeito aos princípios e garantias fundamentais do ser humano. A audiência de custódia será apresentada nesta pesquisa como uma prática que poderá auxiliar no controle da banalização das prisões provisórias, além de garantir a efetividade dos textos internacionais os quais o Brasil é signatário. Pretende-se analisar os benefícios e as limitações dessa proposta apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça no atual panorama legal e social em que se inserem as prisões cautelares.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. Banalização Prisões Cautelares.

Abstract:

This study aims to analyze the proposal made by the National Council of Justice (CNJ) of Custody Hearing for judicial consideration of precautionary measures regarding criminal procedure, most notably prisons, in order to ensure proper adherence to international human rights treaties of which Brazil is a signatory. In addition, this study seeks to outline ways to mitigate the detrimental effects of frequent and superfluous precautionary arrests which have resulted in rampant prison overcrowding and serious violations of fundamental rights. It is intended, therefore, to analyze the benefits and limitations of this proposal vis-à-vis the current legal and social landscape in which operate such precautionary arrests. To this end, a data collection and analysis was conducted to demonstrate the interim imprisonment in the Brazilian judicial system and its respective legal provisions. Finally, literary survey was conducted on the subject of Custody Hearing, both Brazilian and Latin American doctrine, which has a legal system that has provided similar hearings for some time.

Key words: Custody Hearing. Pre-tial Detention. Human Rights. American Convention of Human Rights. Mass Incarceration.

[1] Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Especialista em Direito Penal e Políticas Criminais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito e Sociedade pela Unilasalle, atuando na linha de Pesquisa "Sociedade e Fragmentação do Direito".

1 Introdução

A partir do giro democrático introduzido pela Constituição Federal do ano de 1988, nota-se que o avanço democrático não foi tão palpável em alguns setores da política criminal, sobretudo no que trata as prisões cautelares. O Brasil é signatário de diversos Tratados Internacionais de Direitos Humanos que trazem a previsão expressa da necessidade de apresentação do preso em flagrante a uma autoridade competente em um prazo de 24 horas, ou seja, a chamada audiência de custódia. Ocorre que, tal previsão era totalmente ignorada em nosso país até o ano de 2015, quando houve a introdução do projeto piloto de Audiência de Custódia.

Quando se pensa em direito penal brasileiro, vem à mente, a necessária reflexão sobre o demasiado uso das prisões cautelares com um mecanismo para a proteção social ou até mesmo de proteção da pena. Levando-se em conta uma visão constitucional do direito penal brasileiro, nota-se que tal excesso, incide, não somente nos resultados atualmente constatados pela elevada população carcerária no país, mas também na legalidade destas medidas.

Atualmente, as prisões cautelares permeiam uma linha tênue entre obedecerem a garantia do devido processo legal e o desrespeito a direitos e garantias fundamentais, as quais são asseguradas tanto pela Constituição Federal, como pelos Tratados Internacionais. Ainda carece de debate o emprego excessivo das prisões cautelares no Brasil e os limites constitucionais abrangidos por tal modalidade de pena privativa de liberdade.

Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Processual Penal precisa guiar-se pelos princípios delineados pela Constituição Federal, a qual tem cunho nitidamente garantista. A Constituição Federal brasileira de 1988 é importante marco na transição democrática e na internalização dos direitos humanos no país. Em contrapartida, o Código de Processo Penal pátrio do ano de 1941 traz visíveis marcas de autoritarismo oriundas da ditadura militar.

É preciso que os operadores do nosso sistema tenham uma visão mais crítica em relação ao uso e abuso das prisões cautelares, uma vez que estas implicam em exceção à presunção da inocência, que é também direito fundamental, e requer, para sua legalidade, o estrito cumprimento da ideia de lógica cautelar, verificada em casos específicos, jamais na generalidade. Ainda, este estado de exceção só faz sentido se correlacionado ao modelo de estrutura social que se adora atualmente.

Tendo em vista o grande número de presos provisórios no Brasil, faz-se necessária uma análise acerca da aplicação do instituto da Audiência de Custódia. A aplicação das medidas privativas de liberdade cautelares no Brasil está de acordo com o que disciplinam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos? O presente artigo busca traçar um caminho até o entendimento das causas que fazem o Brasil ter uma das maiores populações carcerárias do mundo, além de trazer a audiência de custódia como um possível mecanismo de auxílio para este problema tão latente.

O desenvolvimento do presente artigo, primeiramente, buscar-se-á discorrer acerca da pena privativa de liberdade no contexto nacional, apontando a legislação constitucional. Será discutido acerca da banalização das prisões preventivas e da cultura penal nacional de não fazer da pena de prisão a última ratio.

Ainda será feita uma análise do instituto da Audiência de Custódia, bem como a sua concepção, conceituação e aplicação. Derradeiramente, serão apontados os desafios a serem superados pelo sistema jurídico brasileiro para que a audiência de custódia cumpra o seu papel a apresente os resultados esperados e necessários.

2 A Pena Privativa de Liberdade no Atual Contexto do Brasil

A sociedade desde sempre convive com a noção de crime e com a presença de infratores. Ocorre que, o tratamento despendido a tais indivíduos mudou com o passar dos anos. Antes do período moderno, as sociedades não trabalhavam com a ideia de privação de liberdade, como é feito atualmente. As formas de punição aplicadas aos transgressores passou por um longo processo de evolução.

A privação da liberdade, por meio da prisão, implica ao tutelado um grau pleno de submissão, deixando-o à mercê das regras de forma coercitiva. O cerceamento do direito fundamental de ir e vir[2] afeta de maneira direta a dignidade da pessoa humana, e isso termina por gerar reflexos em todos os âmbitos de sua vida, causando um abalo psíquico e moral incalculável, que afeta não só ao preso, mas também à família deste. A prisão traz como efeito um impacto profundo no direito de liberdade de qualquer indivíduo, logo o encarceramento fere de maneira bastante severa o princípio da dignidade da pessoa humana.

A decretação de prisão preventiva no Brasil é prática bastante comum, pode-se, inclusive, dizer que existe uma banalização de prisões cautelares. As decretações parecem serem feitas muito mais para responder um "clamor público" em relação à justiça do que pelas justificativas baseadas em motivos legais, quais deveriam ser: garantia da ordem pública e econômica, conveniência da instrução processual penal e para a aplicação da lei penal.

O autor Odone Sanguiné trata o chamado clamor público como fundamento inconstitucional na decretação de uma prisão preventiva, ao passo que se refere tratar-se de fundamento "apócrifo", ou seja, oculto, falso, não escrito. Em seus dizeres:

> [...] os fundamentos apócrifos da preventiva além de supor uma vulneração do princípio constitucional da legalidade da repressão, permitem que a prisão preventiva cumpra funções encobertas, não declaradas, mas que desempenham um papel mais importante na práxis processual do que as funções oficiais propriamente ditas.[3]

A prática atual e as exigências do processo penal acabam por colocar o imputado da conduta ilícita em uma condição análoga ao de condenado. As prisões cautelares, ao cabo, são utilizadas como dinâmicas de urgência, desempenhando a ilusão da justiça instantânea diante da opinião pública,[4] fazendo com que o fim a que se destina o segregamento cautelar não seja em si considerado, mas reestabelece o sentido de justiça por parte dos cidadãos.

De acordo com a Constituição Federal vigente, mesmo que um indivíduo venha a cometer ato reprovável, passível de repressão por parte do Estado, tal medida não pode legitimar o cerceamento de sua dignidade. A dignidade da pessoa humana é base para o Estado Democrático de

---

[2] Art. 5, XV, CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XV - e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

[3] SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamo público como fundamento da prisão preventiva. In Revista de estudos criminais, Porto Alegre: nota Dez, nº 10, 2003, p.113.

[4] LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p.801.

Direito e está diretamente ligada a todos os ramos do direito em nosso ordenamento jurídico. Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e coresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.5

Isto posto, a Constituição Federal foi não só uma marco jurídico, mas também um marco histórico da transição do regime democrático que dilatou de forma significativa os direitos e garantias fundamentais. Ademais, trata-se de uma carta magna situada no contexto de abertura à internacionalização de direitos humanos.

O texto constitucional faz a interação entre o Direito Pátrio e os Tratados Internacionais de direitos humanos quando estabelece que os direitos expressões na Constituição Federal não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais os quais o Brasil seja parte.[6]

O direito pátrio opta por um sistema misto disciplinador dos tratados internacionais, que significa a combinação de regimes jurídicos em relação a tratados: há um regime que se aplica aos tratados de direitos humanos e outro aplicado aos demais tratados. No ano de 1977, o Supremo Tribunal Federal (STF) acolhe o sistema que equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal, quer dizer, os tratados internacionais tornam-se parelhos com as leis federais, apresentando mesma hierarquia[7].

O autor Sidney Guerra explica que, como os tratados internacionais não podem afrontar a supremacia da Constituição Federal, os que versam sobre direitos humanos deveriam ocupar um local especial no ordenamento jurídico brasileiro, significando dizer que estariam abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.[8] Não há lógica em deixar de utilizar um tratado que proteja os direitos humanos, em virtude de uma hierarquia, tendo em vista que um dos objetivos da pátria é promover o bem comum, sem preceitos de raça, origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Frente a um novo prisma e, com o indivíduo como um sujeito de direito não só nacional, mas também internacional[9], a comunidade internacional passa a exercer um papel garantidor, fazendo com que haja uma democratização de cenário internacional. Juntamente com a universalização[10], nascem textos legais de alcance regional, formando um rol de direitos mais

---

[5] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5°ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.62.

[6] Art. 5°, § 2°, CF/88: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

[7] WEISS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.22.

[8] GUERRA, Sidney. Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.252.

[9] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.378.

[10] Entende-se por universalização, para os fins deste artigo como sendo a proteção da pessoa humana em nível global,

amplo, porém mais restrito, se pensando geograficamente. Em um embate de normas, não se deveria escolher por aquela considerada superior, mas sim por aquela que promova de uma maneira mais ampla e eficaz o direito discutido.

No âmbito regional, qual seja, o sistema americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, é tida como o principal elemento regulamentador do sistema americano de direitos humanos. Ainda, cumpre ressaltar que a convenção caracteriza-se pela sua natureza vinculatória dos Estados membros.

Através do decreto n. 678, de 06/11/1992[11], a Convenção Americana de Direitos Humanos passou a integrar o ordenamento jurídico pátrio, através da ratificação do Brasil, logo, os direitos humanos expressos nela são considerados fundamentais, pois são assegurados constitucionalmente. Portanto, os direitos e garantias processuais disciplinados no artigo 8, que trata das garantias judiciais, passou a fazer parta da nossa Lei Maior, detalhando as regras do devido processo legal.

No que tange estas garantias processuais, o dispositivo referente ao devido processo legal surge como um corolário de todo o sistema e deve ser minunciosamente observado durante o processo penal. Em um Estado Democrático de Direito, a preservação das garantias constitucionais do réu no processo deve se revelar como maior interesse da prestação jurisdicional.[12]

3 A Audiência de Custódia como Medida Indispensável

Não obstante ao Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuírem uma posição de referência no sistema legislativo brasileiro, eles são, com frequência, desconsiderados nas soluções de conflitos jurídicos no plano interno, pois não tem uma elevada aplicabilidade. Neste contexto, faz-se necessária a discussão acerca do tema da audiência de custódia, a qual vem regulamentada expressamente no Pacto de San José da Costa Rica.

Consoante garantir os direitos fundamentais da pessoa humana no momento da prisão em flagrante, a audiência de custódia visa proporcionar um caráter mais humano ao sistema de justiça penal, além de contribuir para que haja efetiva redução do número de prisões desnecessárias no sistema. Em setembro de 2015, o projeto de lei do senado 554/2011, que determina a prática da audiência de custódia, foi aprovado no Brasil.

Na busca para garantir o contraditório e a ampla defesa, faz-se necessário a oralidade em juízo, sendo esta admitida como a única instância legítima a tornar uma pessoa penalmente responsável, e dando a instrução do processo um caráter probatório e administrativo. A quantidade de prisões preventivas em nosso país permite confirmar o que já é reconhecido pela legislação de muitos países: não deve haver demora ou atos de natureza inquisitorial ou burocrática entre a prisão e a apresentação ao juiz do indivíduo preso. Por um lado, a demora nesse estado representa a duração da neutralização do princípio da presunção da inocência.[13]

---

para além dos Estados Nacionais, isto é, das Constituições Federais dos Estados.

[11] A Convenção foi ratificada pelo Brasil através do Decreto de número 678. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 13 de abril de 2017

[12] PRUDÊNCIO, Simone Silva. Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, 2010. p. 297-320.

[13] OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. Improving Pretrial Justice: the roles of lawyers and paralegals. New York, 2012. (A Global Campaign for Pretrial Justice Report), p.51

Pesquisas realizadas pelo *Centro de Estudios de Justicia de Las Américas* (CEJA)[14] demonstram que a introdução da oralidade nas etapas preliminares ao processo propriamente dito é um dos quesitos que têm maior impacto sobre o câmbio das práticas inquisitoriais de detenção. Portanto, é de suma importância a implantação de audiências de apresentação nos locais onde estas não ocorrem sistematicamente para todos os tipos de casos. No estudo resta demonstrado que, a discussão de medidas cautelares pessoais em audiência produziu, tanto em longo, quanto em curto prazo, uma racionalização do uso da prisão preventiva. A Argentina, Costa Rica, Guatemala e Equador são países que já sentiram este impacto positivo.[15]

Em contrasto, no Brasil, de acordo com o regramento do Código de Processo Penal, quando um adulto é preso em flagrante, somente os documentos policiais devem ser apresentados ao magistrado dentro do prazo de 24 horas. Os juízes fazem a avaliação da legalidade da prisão e decidem pela aplicação ou não da medida preventiva com base apenas em documentos. O contato do indivíduo com a autoridade judicial só ocorre na primeira audiência, que, na maioria dos casos, é marcada para meses após a detenção.

A falta de debates em estágios preliminares desencadeia um sistema de decisões acerca das prisões preventivas um tanto quanto automáticos. Isso se torna patente no Brasil, onde se encontra um número desproporcional entre prisões cautelares e sentenças condenatórias.[16] Portanto, efetivando-se a audiência de custódia, caberia ao juiz conciliar e pesar na execução de um sistema acusatório, os reais interesses da atividade que investiga e os direitos dos envolvidos em um processo penal, dando total constância ao direito de defesa e ao devido processo legal, conforme vem disposto nas Convenções de Direitos Humanos das quais o Brasil é signatário.

3.1 O Conceito da Audiência de Custódia

O conceito denotativo da palavra custódia consiste no ato de guardar, proteger. Na prática penal, a audiência de custódia refere-se à apresentação do preso, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido pelo Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, bem como analisar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, observando se há indícios da prática de maus tratos ou tortura.[17]

O Conselho Nacional de Justiça explicita que:

> O projeto de Audiência de Custódia consiste na criação de uma estrutura multidisciplinar nos Tribunais de Justiça que receberá presos em flagrante para uma primeira análise sobre o cabimento e a necessidade de manutenção dessa prisão ou a imposição das medidas alternativas ao cárcere, garantindo que presos em flagrante sejam apresentados a um Juiz de Direito, em 24 horas, no máximo.18

---

[14] CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). Manual de Servicios de AntelaciónalJuicio Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares enmateria penal. Santiago de Chile: CEJA, 2011, p.23

[15] *Ibden*, p.24.

[16] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). Excesso de prisão provisória no Brasil: Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos Legislativos; Ipea, 2015, p.84

[17] PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.31

[18] Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62389-cnj-tjsp-e-ministerio-da-

Quer dizer, os objetivos principais da audiência de custódia são os de avaliar com maior segurança e precisão a questão do *status libertatis* da pessoa encarcerada, bem como prevenir a prática de maus tratos e abusos físicos, muito comuns no momento da prisão em flagrante e delito. Mauro Fonseca de Andrade sintetiza que:

> Em termos simples, esta audiência diz respeito à obrigação, assumida pelos países signatários dos tratados e convenções onde ela se faz presente, de conduzirem toda pessoa presa ou detida, sem demora, a um juiz ou outra autoridade que exerça funções judiciais1 . Seu objetivo é permitir que, logo após a prisão ou detenção, sejam analisados os motivos e a legalidade da privação de liberdade realizada, a ocorrência de tortura ou maus-tratos pelas autoridades responsáveis pela prisão/detenção e a (des)necessidade de manutenção da privação da liberdade.19

O sujeito detido tem a oportunidade de ter contato com a autoridade que decidirá sobre a necessidade da permanência de sua segregação social, esta decisão, portanto, passa a ser tomada não somente com base em documentos físicos.

3.2 Os Fundamentos Legais da Audiência de Custódia

O sistema da Audiência de Custódia não se trata de uma inovação jurídica, pois além de já existir em outros países, está prevista em Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, sendo o Brasil um país signatário de ambos.

O Pacto de São José da Costa Rica prevê em seu artigo 7.5 que:

> Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo20

Por sua vez, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), traz a previsão em seu artigo 9.3 que:

> Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. (...)21

Somente com a posse do Auto de Prisão em Flagrante, o juiz já fica incumbido de avaliar a legalidade da prisão e decidir acerca da conversão em prisão preventiva, do relaxamento, ou da

---

justica-lancam. Acesso em 07 abril 2017.

[19] ANDRADE, Mauro Fonseca. A Audiência de Custódia e as Consequências de sua Não realização. Disponível em: http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Audiencia-de-Custodia-e-as-Consequencias-de-sua-Nao-Realizacao.pdf. Acesso em 11 abril 2017.

[20] Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969.

[21] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, 1966.

aplicação de outra medida cautelar. Sendo assim, a decisão é tomada com base exclusiva nos documentos escritos fornecidos pela polícia, o conhecimento pessoal e a oitiva do preso restam postergados.

É sabido que no que se refere à apresentação do preso diante de autoridade judicial competente, o Brasil é um dos poucos países da América Latina que, até então, não respeitava as normas internacionais. A iniciativa de se aprovar uma legislação tratando desse intuito se deu com o projeto de lei do senado (PLS) n° 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, o qual propõe a alteração do §1º do artigo 306 do Código de Processo Penal para instituir a audiência judicial de custódia em 24 horas após a prisão em flagrante.

A sociedade acredita que a prisão e os maus tratos contra os acusados representam a eficácia da justiça. A organização *Human Right Watch* fez um levantamento em 2014 e, constatou que mais de 3.000 pessoas foram mortas pelas Polícias no Brasil. Ou seja, a tortura ainda é problema latente, no referido levantamento, notou-se que em 64 casos de supostos abusos, nos quais as forças de segurança e as autoridades penitenciárias torturaram ou dispensaram tratamentos desumanos, a maioria ocorreu nas primeiras 24 horas sob a custódia da polícia.[22]

3.3 O Funcionamento da Audiência de Custódia

Com base no conceito e nos objetivos da audiência de custódia, é preciso buscar compreender como se dá a dinâmica procedimental deste instituto, bem como o papel de todos os operadores de direito envolvidos. Primeiramente, é preciso analisar quem deve ser apresentado, uma vez que a audiência de custódia parte de uma premissa básica, que é a preocupação com a pessoa que teve a sua liberdade restringida.[23]

Atualmente, a audiência de custódia está restringida ao preso em flagrante, porém, com a análise das normas internacionais que disciplinam a audiência em comento nota-se que a lei direciona essa garantia, não somente aos presos em flagrante, mas também a pessoas que tiverem a liberdade cerceada por terem sido presas ou detidas. Logo, é preciso pensar também nas prisões preventivas e naquelas que sem ordem judicial prévia, mas que não se enquadram às hipóteses de flagrância.

A figura do apenado como detentora do direito à audiência de custódia foi inserida pela ONU, o que leva a concluir que o projeto brasileiro é menos abrangente do que deveria ser. A restrição do instituo a pessoas apenas presas em flagrante deixa clara a exclusão de todos os outros presos, os quais são protegidos nas legislações internacionais.

A implementação da audiência de custódia no Brasil não pode se dar de forma incompleta, sem abarcar a todos que devem gozar do direito de serem apresentados a um juiz competente. A legislação deveria albergar, igualmente, os presos preventivos, temporários e que estão em início de cumprimento de pena. Quando não, as normas internacionais ratificadas em nosso país seguirão sendo desrespeitadas, uma vez que aplicá-las de maneira incompleta não poder ser considerado efetivo cumprimento.

---

[22] HUMANS RIGHTS WATCH (HRW). Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma. Disponível em: http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciariaimpulsiona-reforma. Acesso em: 11 abril de 2017.

[23] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p.48.

Outra discussão relevante é acerca da apresentação pessoal. As entidades que representam a polícia judiciária não concordam com tal necessidade, alegando a escassez de recursos financeiros e estruturais. É claro que o país terá de se adaptar ao novo sistema, mas conforme Choukr aponta, a falta de estrutura vem acompanhando o processo penal pátrio desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal e não pode ser usada como pretexto para o não cumprimento das normas.[24]

A CIDH, na sentença do Caso Tibi vs. Equador, deixou claro que o fato do juiz ter conhecimento da causa ou de que a ele tenha sido remetido o inquérito policial não satisfaz a garantia do direito, já que o detido deve comparecer pessoalmente diante do juiz ou autoridade competente.[25] Ou seja, a posição é clara quanto a necessidade a apresentação do preso a autoridade competente.

Levando-se em conta um dos objetivos principais da audiência de custódia é a oralidade no controle jurisdicional da prisão em flagrante, se faz necessário concretizar o contraditório com a participação da acusação e da defesa, para que seja dada legitimidade à decisão tomada pelo juiz. Inicialmente, o juiz deve averiguar acerca da legalidade da prisão, se houver alguma ilegalidade no ato, deve este relaxá-la, abrindo a possibilidade do Ministério Público requerer a decretação da prisão preventiva ou a aplicação de outras medidas cautelares.

Portanto, o juiz, na audiência de custódia além de verificar eventual arbitrariedade no cumprimento da ordem de custódia , pode certificar-se da correta identidade da pessoa presa, dar-lhe ciência dos motivos que determinaram a decretação de sua segregação e colher informações pertinentes sobre os fatos que ensejaram tal medida extrema.

Por fim, mas não menos importante, o contato do indiciado com o juiz, o membro do Ministério Público e seu defensor no prazo estipulado de 24 horas para a audiência de custódia assegura à eficácia das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Além de que o procedimento é humanizado, o magistrado tem a oportunidade de fiscalizar eventuais incidentes de tortura ou violência praticados pelas autoridades policiais, prática que, infelizmente, é corriqueiro no país.

É sabido que para a implementação real da audiência de custódia no cenário jurídico nacional, é preciso haver uma mudança cultural por parte dos operadores do direito. Quando as normas internacionais são atendidas, de forma reflexa, se está atendendo diversas garantias prescritas na Constituição Federal do Brasil, como a garantia do direito de ser julgado com um prazo razoável (art. 5.º, LXXVIII da CF), a garantia da defesa processual e técnica (art. 5.º, LV da CF), além do, já mencionado, contraditório.

Contudo, uma das principais questões em relação a implementação da audiência de custódia diz respeito aos limites cognitivos de tal audiência, o que se relaciona diretamente com a determinação das finalidades do ato. As informações obtidas na audiência de custódia deverão servir somente para averiguar a legalidade e a manutenção ou não da prisão e não devem instruir o processo-crime.[26]

A audiência de custódia trata-se de depoimento sem finalidade alguma para o mérito da ação de conhecimento. O principal risco da não vedação ao ingresso no mérito do caso penal durante a audiência de custódia é a sua total desvirtuação e transformação em instrumento para a obtenção de

---

[24] CHOUKR, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessidade (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana dos direitos do homem. Boletim IBCCrim. São Paulo, n.524, jan. 2014, p. 2

[25] CIDH, Cao Tibi vs. Ecuador § 118. Sentença de 07 de setembro de 2004.

[26] PRUDENTE, Neemias M. Lições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v.16, n. 93, p. 9-31, ago-set. 2015, p. 13.

condenações antecipadas.[27] Ademais, isto violaria a sistemática adotada pela reforma de 2008 do código, que deslocou, de maneira adequada, o interrogatório para o final do procedimento, em prol do contraditório e da ampla defesa.

3.4 Da Audiência de Custódia à Legalidade Prisional

Isto posto, importa dizer que a audiência de custódia não busca colheita de provas para serem usadas durante a instrução processual. O memento da audiência tem de ser democrático no qual a oralidade é garantida. Não há interrogatório, tampouco produção de provas, o que existe de maneira concreta é tão somente uma prisão em flagrante e a necessidade de um controle jurisdicional. O ato da audiência de custódia não serve para antecipar nenhum ato pertinente a instrução processual.

Nota-se, que são múltiplos os benefícios da implementação da audiência de custódia no Brasil. Talvez o mais marcante destes seja a missão de reduzir o encarceramento em massa no país, uma vez que, com a audiência é proporcionado um encontro entre o magistrado e o custodiado, o que supera a apreciação somente do papel, qual seja o auto de prisão em flagrante. Além de ajustar o Brasil, ainda que tardiamente, aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

As prisões manifestamente ilegais são minimizadas, o que acarreta diminuição da superlotação dos presídios, quando os presos são imediatamente apresentados ao juiz. Este mecanismo permite que a autoridade judiciária aprecia a legalidade da prisão, bem como a manutenção da mesma, pode, ainda, o magistrado encaminhar o investigado para que receba auxilio de assistência social, ou até mesmo seja encaminhado para emprego formal ou qualificação profissional. É latente que, a vulnerabilidade social termina sendo um caminho curto para a criminalidade.

Tal fato é tão perceptível, pois, as audiências de custódia fazem com que os juízes tenham maiores informações para decidir se a segregação foi feita de maneira legal e se estão presentes os requisitos ensejadores da prisão provisória, não ficando tão restrito a suposta responsabilidade do suspeito pelo crime investigado. Toscano Jr. corrobora neste sentido que:

> Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagranteado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a facticidade.28

Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgados em novembro de 2015, foram realizadas no Brasil 22.467 audiências de custódia, resultando na concessão de liberdade provisória em 10.445 (46,5% do total) e na manutenção de 12.022 prisões. [29] O estado do

---

[27]VACONCELLOS, Vinícius Gomes. Audiência de Custódia no Processo Penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n. 283, p 5-6, jun/2016.

[28] TOSCANO JR., Rosivaldo. Muito Mais que Uma Audiência de Custódia. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/ . Acesso em 11 de abril 2017..

[29]Mapa da implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-

Rio Grande do Sul, que aderiu ao projeto-piloto em meados de julho de 2015, implantando a audiência de custódia incialmente em sua capital, infelizmente, foi possível constatar que, entre os meses de julho e outubro do mencionado ano ocorreram 1.674 audiências de custódia em Porto Alegre. Contudo, 68,1% das audiências realizadas, o auto de prisão em flagrante foi homologado, com a conversão da prisão em flagrante em preventiva. Nos 31,9% dos casos restantes, houve a concessão à liberdade provisória.

No entanto, estatísticas sobre os primeiros meses de funcionamento das audiências de custódia em nove Tribunais de Justiça indicam que os presos autorizados a esperar pelo julgamento em liberdade raras vezes voltam a ser detidos por novos crimes. Nos Tribunais de Justiça do Espírito Santo, Mato Grosso, São Paulo, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Bahia, o índice de reingresso foi de 4,05%. Das 6.513 pessoas que receberam liberdade provisória em audiência de custódia nesses nove estados, apenas 264 pessoas voltaram a ser apresentadas a um juiz por terem cometido um crime novamente.[30]

No atual ordenamento a única oportunidade que a maioria dos presos têm para denunciar abusos sofridos para as autoridades é no momento do interrogatório, que na maioria dos casos, ocorre meses após a prisão, o que torna mais difícil a comprovação da materialidade do delito. Com o prazo de 24 horas para a realização da audiência de custódia, tem-se uma forte recomendação no combate à tortura.

Todavia, a audiência de custódia é só o primeiro passo - porém fundamental – para uma transformação profunda no contexto prisional do país. Muito além de uma implementação na legislação pátria, se faz necessária uma mudança cultural nos operadores do direito. Somente assim as mazelas do sistema penal poderão ser, ao menos, atenuadas e a possibilidade do novo seja vislumbrada.

4 A Outra Dimensão: O Que a Audiência de Custódia Não Resolverá

4.1 A Confusão entre Segurança Pública e Execução Penal no Brasil

Pode-se dizer que a maior lição que os países da América Latina que fizeram suas reformas processuais penais nas últimas décadas foi a ideia de que o processo de implementação com base apenas em reformas legislativas não é suficiente para produzir mudanças significativas diferentes das lógicas anteriores, o que faz que, consequentemente, os objetivos não sejam atingidos. A exemplo disto tem-se a implementação da audiência de custódia em Porto Alegre, que, conforme já mencionado, e diferente do que se poderia imaginar, não resultou em um desencarceramento significativo. Acerca do assunto Mateus Marques e Mauro Fonseca se posicionam:

> (...) para que ocorra uma verdadeira mudança na realidade prisional brasileira, é preciso que se invista não só em mecanismos legais (CPP) ou de logística (apresentação pessoal do preso) voltados ao momento da decisão judicial.
> É preciso pensar na figura do juiz, em específico, no seu processo continuo

execução-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implementacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil. Acesso em: 11 de abril 2017.

[30] *Ibden*

> de formação e qualificação profissionais, para que, resguardadas sua visão de mundo e opiniões pessoais, possa ele, melhor aquilatar a real necessidade que a privação de liberdade de alguém possuirá para o atingimento dos fins da persecução penal em nosso país.31

Ou seja, não basta apenas introduzir novos mecanismos, é preciso também que os operadores do direito busquem a constante adequação as mudanças necessárias. É sabido que o Direito não é um ramo estático, pelo contrário, passa por constantes modificações a fim de se adequar às necessidades e a realidade dos jurisdicionados.

A experiência dos vizinhos latinos americanos demostra que uma audiência preliminar com intuito de discutir a prisão preventiva, bem como as outras medidas cautelares expressa que todo o sistema deve ter cautela com os desafios paralelos. Tais desafios dizem respeito, principalmente, a gestão das instituições que permitem o desenvolvimento de forma eficaz da audiência de custódia; além da já citada formação apropriada e adequação dos atores envolvidos no ato, para que estes desenvolvam uma maneira de atuação que vá ao encontro do objetivo da audiência de custódia.

De nada irá adiantar a audiência de custódia para a verificação da legalidade das prisões, se os magistrados, sob a pressão da opinião pública, pela classe política, ou até mesmo pela cultura da prisão preventiva em nosso país, desnaturalizarem o instituto, usando fundamentações que vão de encontro com a lógica cautelar, como por exemplo a ampliação do fundamento da ordem pública. Torna-se necessário o fim da ideia de justiça com a demonstração de uma resposta imediata.

A prisão cautelar não pode ser tratada com pena, tampouco como antecipação desta. Pelo contrário, as prisões cautelares são exceções, e exigem uma justificativa concreta de suas necessidades. A superlotação dos presídios e o tratamento desumano despendido aos encarcerados explicita a necessidade do fim da banalização das prisões cautelares.

As inovações legislativas são de suma importância, significam um marco fundamental, mas junto com elas são necessárias reformulações de antigas culturas, paradigmas e valores. Nas palavras de Aury Lopes Jr.:

> O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de 'eficiência' do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser 'excepcional' torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares.32

Já é passado o tempo em que se discutia a prisão preventiva como sendo uma via aceitável para o combate à criminalização ou de segurança social. O caráter cautelar da prisão faz com que ela tenha a finalidade processual, passando longe de ser uma defesa para a sociedade. Para que a audiência de custódia seja implementada de maneira eficaz no ordenamento jurídico interno, é preciso que os operadores do direito abandonem o *status quo*. Toda a inovação requer novas rotinas, desgaste e estudo, enfim, a mudança de todo uma cultura que vem sendo praticada há décadas.

A sociedade acredita, de uma maneira geral, que o imputado preso é a maneira mais eficaz de proteger a vítima e o processo, além de existir uma descrença na efetividade das medidas

---

[31] MARQUES, Mateus; ANDRADE, Mauro Fonseca. Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul. Boletim IBCCrim. São Paulo, n.284, maio de 2016.

[32] LOPES JR., Aury. Prisões Cautelares. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 210-211.

alternativas. Este raciocínio que a população tem acerca da prisão preventiva, se aproxima muito mais de uma pena do que do propósito cautelar.

O Estado tem de exercer um controle de seu poder punitivo para que sejam limitados os impulsos vingativos do sistema penal e seja promovida a prevenção cautelar da violência criminal. Zaffaroni explica que frente a um cenário de criminalidade descontrolada e de um caos generalizado, a criminologia midiática impulsiona uma política criminal que busca um controle que, politicamente, neutraliza a população excluída ou a margem da sociedade a custo do sacrifício de muitas vidas.[33]

Em síntese, o atual cenário de violência do Brasil não será resolvido com prisões cautelares, mas sim com a adoção e efetivação de políticas públicas sérias de combate à violência pelo Estado. Paulo Rangel afirma que "tais movimentos, nitidamente populistas, influenciados pela mídia, visam afastar alguns direitos fundamentais dos desviantes."[34]

Com a reforma processual penal, foi introduzido um leque de medidas alternativas consistentes com os princípios da proporcionalidade e excepcionalidade das prisões preventivas. Tais medidas servem como uma resposta intermediária entre a privação da liberdade e a liberdade sem os mecanismos para assegurar os objetivos e necessidades da persecução penal.

As medidas cautelares diversas da prisão, que estão elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal deveriam ter um impacto significativo no uso cautelar das prisões preventivas. Contudo, tal consequência, na prática, não é muito sentida, e um dos maiores motivos é a falta de controle e seguimento do seu cumprimento. Não basta o Estado decretar uma medida cautelar, é preciso também que esta cumpra o seu papel social, ou seja, faz-se necessário o efetivo cumprimento da medida.

No Brasil não existe uma estrutura de seguimento ou controle sobre o cumprimento das medidas cautelares. Ainda não há um sistema adequado para a supervisão do cumprimento das medidas impostas, logo, não há como verificar se as mesmas estão sendo cumpridas ou não.

Ocorre que, esta falta de fiscalização gera uma descrença social da efetividade das medidas alternativas. O caráter das medidas torna-se muito mais simbólico, uma vez que podem facilmente serem descumpridos.

Em virtude disto, o projeto de Audiência de Custódio no Brasil traz a previsão de estabelecimento de centrais alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal, que devem prestar suporte ao juiz nos casos em que ele decida aplicar alguma medida cautelar diversa da prisão. Fica a dúvida, se com a implementação o passar dos anos, estas irão cumprir efetivamente suas funções.

4.2 O Necessário Fortalecimento da Defensorias Públicas no Brasil

Ainda, é necessário falar que, apesar do direito a defesa ser assegurado em nossa Constituição, uma questão que carece de avaliação e que irá contribuir bastante para que a audiência

[33] ZAFFARONI, R. E. La Palabra de Los Muertos. Conferencias Sobre Criminología Cautelar. Buenos Aires: Editora Ediar, 2011, p.381

[34] RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, São Paulo: Atlas, 2013, p.753.

de custódia tenha a eficácia desejada, garantindo desde o princípio a ampla defesa, diz respeito ao avanço do funcionamento das defensorias públicas. O perfil do encarcerado no sistema penal brasileiro é formado, na sua maioria, de pessoas hipossuficientes, que necessitam do benefício da assistência judiciária gratuita.

Ademais, o acesso ao aconselhamento legal tem previsão no artigo 14, § 3º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, desde o início da detenção. Nos casos em que os presos não puderem pagar um advogado, a legislação brasileira obriga o tribunal a disponibilizar um defensor público ou um advogado particular às expensas públicas, conhecido como advogado dativo.

O relatório divulgado pelo ONU no ano de 2014 sobre aprisionamento no Brasil demonstrou que a assistência judiciária gratuita não é um direito disponível a todos que dela necessitam. Por carências no sistema, o aceso à justiça dos detentos resta prejudicado pela ausência de assistência jurídica eficaz, restou constatado que não existem defensores públicos ou assistência jurídica gratuita suficiente para todos os presos.

A maioria dos detentos entrevistados afirmou que só tem contato com o seu defensor público na audiência de instrução e julgamento, que ocorre meses após a sua prisão. Contudo, o estudo demonstrou que os defensores públicos têm competência e a qualificação necessária para exercerem suas funções; o grande problema está na falta de efetivo e no excesso de trabalho.[35]

Com a implementação da audiência de custódia esta é outra questão que tem de ser analisada. O Brasil deve dispor de critérios objetivos para aumentar o orçamento despendido às defensorias públicas, de forma a garantir recursos suficientes para que os defensores públicos possam atender de maneira independente e adequada.

O objetivo da audiência de custódia é materializar a vigência plena do direito de defesa, com um julgamento por um tribunal imparcial, dentro de um lapso temporal razoável e de contraditar as provas trazidas pela acusação, ou seja, consagrar o devido processo legal como este está previsto nos textos internacionais aos quais o Brasil assinou. Para tanto, se faz necessário o avanço na criação de defensorias públicas, bem como o fortalecimento das existentes, pois, do contrário, a fim a que se destina o instituto será apenas uma aspiração.

Dessa forma, a defensoria pública irá garantir que o cidadão preso tenha acesso rápido à autoridade judicial, na presença do Ministério Público e da Defesa, concretizando o direito fundamental de acesso à justiça. O bom funcionamento da justiça só contribui para a preservação da dignidade da pessoa humana.

De mais a mais, a realização da audiência de custódia fará com que outra função institucional da defensoria pública seja exercida: a inibição da prática de tortura.[36] Isso só reforça a necessidade do fortalecimento das defensorias públicas no país, a bem da verdade, de nada adianta um projeto se o Estado não consegue implementa-lo por falta de recursos ou efetivo. Mauro Fonseca e Pablo Alflen asseveram, em relação a atual realidade, que:

> (...) diante do quadro apresentado por todas as instituições envolvidas com a realização dessa apresentação pessoal do preso ao juiz, é que nenhuma delas possui condições, em curto prazo, de dar conta das exigências decorrentes

[35] ONU. Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Visit to Brazil (8 to 28 March 2013).Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Annual.aspx. Acesso em: 12 de abril de 2017.

[36] Art. 4º, XVIII, LONDP: São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XVIII – atuar na preservação e reparação dos direitos de pessoas vítimas de tortura, abusos sexuais, discriminação ou qualquer outra forma de opressão ou violência, propiciando o acompanhamento e o atendimento interdisciplinar das vítimas.

dessa nova etapa da persecução penal.[37]

Para que a falência do sistema penal brasileiro seja combatida, é preciso estar atento para o desequilíbrio das forças institucionais que promovem a acusação e a defesa de um cidadão preso. O Estado além de ter o poder de acusar, tem o dever de garantir o direito de defesa. As defensorias públicas, instituição que serve ao pobre no Brasil, carece de reforço orçamentário, político e técnico para se aperfeiçoar. A audiência de custódia entra no cenário jurídico nacional fazendo tais exigências para o seu correto funcionamento.

5 Considerações Finais

Visto que, nos últimos tempos, o projeto piloto apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça para a implementação da audiência de custódia no Brasil, sofreu uma grande evolução, e que tal direito é reconhecido como um direito humano, este assunto deve ser alvo de discussão. Isto porque, a partir de seu exercício, acredita-se ser possível a diminuição do número de presos provisórios no país, que é um problema latente, bem como, também, a diminuição da violência policial e torturas nas prisões em flagrante.

Destarte, a audiência de custódia estar prevista no Pacto de São José da Costa Rica, o qual foi assinado pelo Brasil no ano de 1992, foi somente em 2015, que o CNJ editou a Resolução 213, que visa padronizar nacionalmente a realização de audiência de custódia no país. Assim, a realização deste instituto passou a ter existência prática, deixando de ser meramente um dispositivo legal nunca aplicado.

É sabido que a banalização das prisões cautelares exerce forte influência no excesso de prisões do nosso sistema penitenciário, bem como no desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. A legislação pátria demonstra uma preocupação muito maior com a prisão na forma de pena, do que com a prisão provisória. Contudo, ambas têm enorme gravidade, restrições de direitos e uma gama de efeitos para o custodiado.

A prisão cautelar visa assegurar o normal desenvolvimento do processo, com a eficaz e consequente aplicação do poder de sancionar. Porém, em grande parte dos casos, a prisão cautelar passa a ser uma pena adiantada e, até mesmo, mais gravosa que a pena atribuída ao indiciado após sentença final.

Quando a prisão cautelar desempenha o papel de pena para o acusado, termina por configurar uma afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência. É completamente falsa a sensação de justiça e eficácia do sistema penal que a sociedade imagina existir pelo fato de se prender um indivíduo suspeito.

O cárcere, da forma que se apresenta atualmente, é um mero reprodutor de desigualdades, violência e violação constante de direitos humanos. Ademais, a superlotação dos presídios brasileiros agrava a falta de segurança dentro dos mesmos, dificultando o trabalho dos agentes prisionais em manter o controle e a proteção dos presos.

Torna-se muito notório que o atual cenário de hiperencarceramento exige inovações para a resolução de seus conflitos, para tanto não é mais viável a criação de mecanismos somatórios às

[37] ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p.132.

penas de prisão, mas sim de meios que facilitem o rompimento da cultura já naturalizada do binômio crime-pena. Ainda, é preciso ir mais além e romper com o tratamento indigno destinado aos usuários do sistema carcerário.

Não raramente, o aprisionamento cautelar de um investigado resulta fundamentado em conceitos legais, porém indeterminados, como de proteção da ordem pública, funcionamento de fato como instrumento vil para a obtenção de confissão ou, até mesmo, de antecipação da pena em detrimento do processo e do direito a ampla defesa. É ilusório imaginarmos que o quadro de insegurança se resolve com mais aprisionamentos.

A prisão não se trata de fenômeno que traz segurança. Este raciocínio já impregnado na população brasileira precisa ser quebrado. As prisões precisam ser mantidas apenas em situações limites, aquelas em que socialmente não são toleráveis.

A suspensão da liberdade de um indivíduo sem o devido prestígio ao contraditório é dos mais graves atentados aos direitos humanos. Por sua vez, a violação destes representa notório dano à dignidade da pessoa humana e exige resposta efetiva do Direito para que a sua tutela seja exercida de forma qualificada. A dignidade humana é característica inerente a todos e tem como objetivo repelir qualquer ato discricionário, bem como a proteção do ser humano da ausência de condições mínimas de sobrevivência. A falta desta proteção retira do ser humano a sua capacidade de subsistir e de conviver em sociedade.

O Estado tem a permissão para retirar a liberdade de um indivíduo, mas jamais para tirar a sua dignidade. Todo o ser preso é dotado de dignidade, com direitos e garantias assegurados pela constituição. Há que se fazer latente o fato de que não pode o Estado discriminar os indivíduos em virtude de seu presumido valor moral.

Frente a um cenário tão devastado e desacreditado, no qual se encontra o sistema de justiça brasileiro, o projeto audiência de custódia, recentemente inserido em nosso sistema penal, contribuirá no ajuste do processo penal pátrio com os Tratados Internacionais de Direitos humanos, objetivando resgatar um caráter mais humanitário da jurisdição. Além de inibir a prática de violência com os presos, visa evitar as prisões ilegais ou arbitrárias, proporcionando um controle mais efetivo na decretação das prisões preventivas.

Ademais, a audiência de custódia entra no sistema penal pátrio como uma potencial estratégia de desencarceramento, na medida em que rompe com as limitações impostas pelo artigo 306 do CPP, pois somente um documento formal escrito impede que o juiz tenha real conhecimento da situação do investigado preso. O contato direto com o preso que irá ser julgado só traz benefícios ao magistrado no momento da justificativa pública da sua decisão.

Considera-se o presente estudo como um instrumento para que se atente ao fato de que o sistema de encarceramento do país está falido e que a audiência de custódia necessita estar à disposição do cidadão. É um instituto que precisa ser efetivamente implementado, tanto para solucionar as questões de superlotação dos presídios, de reiteradas violações de direitos humanos, quanto para alinhar o Brasil com o que disciplina as legislações internacionais acerca dos direitos humanos.

Contudo, conforme foi apresentado, a audiência de custódia só atingirá o seu fim se vier acompanhada de medidas que garantam a sua gestão e funcionamento correto, como a garantia de defesa ao indivíduo acautelado através do necessário fortalecimento das defensorias públicas, do monitoramento periódico do cumprimento das medidas cautelares alternativas, da mudança da mentalidade que dá demasiado valor à prisão, quando é visível que esta não consegue resolver os problemas postos.

É possível enxergar todos os dias violações destes direitos humanos, os quais deveriam ser salvaguardados pelo Estado, e não violados por ele. Logo, de nada adianta ter-se o direito positivado, se a sua utilização não se concretiza, pois os mecanismos de efetivação são falhos e não atendem as necessidades da população.

Para tanto, é necessário que o Estado Brasileiro ingresse definitivamente no arcabouço interamericano, implementando de fato a audiência de custódia em todo o território nacional. É preciso adequação da interpretação dos tribunais nacionais à forte tendência internacional de direitos humanos, que deve sempre prevalecer a norma interna, seja ela ordinária ou constitucional, tendo uma aplicação direita e imediata.

Com tal proteção fortalecida, ganha o indivíduo por ter acesso a um processo penal mais justo com sua imediata apresentação a uma autoridade judicial competente após a prisão; ganha o Brasil por rebater os ultrapassados mecanismos unilaterais, além de contar com o suporte internacional na luta pela defesa e prevenção dos direitos humanos internamente; ganha a sociedade internacional, por ter no ramo do direito penal e direito internacional dos direitos humanos um país aliado na busca do estabelecimento de uma persecução penal mais justa e igual.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de Custódia no Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). *Manual de Servicios de AntelaciónalJuicio Mecanismos para racionalizar el uso de las medidas cautelares enmateria penal*. Santiago de Chile: CEJA, 2011.

CORTE IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*. § 118. Sentença de 07 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 11 abril. de 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Medidas Cautelares e Prisão Processual: Comentários à Lei 12.403/2011*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Sidney. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HUMANS RIGHTS WATCH (HRW). *Brasil: Crise Penitenciária Impulsiona Reforma.* Disponível em: <http://www.hrw.org/pt/news/2015/04/08/brasil-crise-penitenciariaimpulsiona-reforma> Acesso em: 11 abril. 2017.

LOPES JR., Auri. *Prisões Cautelares*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Mapa da implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execução-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implementacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil> Acesso em: 11 abril 2017.

MARQUES, Mateus; ANDRADE, Mauro Fonseca. *Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul*. In Boletim IBCCrim. São Paulo, n.284, maio de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). *Excesso de prisão provisória no Brasil: Um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012)*. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria de assuntos Legislativos; Ipea, 2015.

ONU. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention on its Visit to Brazil* (8 to 28 March 2013).Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Detention/Pages/Annual.aspx> Acesso em: 12 jun de 2016.

OPEN SOCIETY FOUNDATIONS. *Improving Pretrial Justice: the roles of lawyers and paralegals*. New York, 2012. (A Global Campaign for Pretrial Justice Report);

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

PRUDÊNCIO, Simone Silva. *Garantias Constitucionais e o Processo Penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, 2010.

PRUDENTE, Neemias M. L*ições Preliminares acerca da Audiência de Custódia no Brasil*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v.16, n. 93, ago-set. 2015.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas, 2013..

SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamo público como fundamento da prisão preventiva. In *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre: nota Dez, nº 10, 2003, p.113.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 5°ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TOSCANO JR., Rosivaldo. *Muito Mais que Uma Audiência de Custódia*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-ro.sivaldo-toscano-jr/>. Acesso em 11 jun. 2016.

VACONCELLOS, Vinícius Gomes. *Audiência de Custódia no Processo Penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória*. In Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 24, n. 283, junho de 2016.

WEISS, Carlos. *Direitos Humanos Contemporâneos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010..

ZAFFARONI, R. Eugênio. *La Palabra de Los Muertos*. Conferencias Sobre Criminología Cautelar. Buenos Aires: Editora Ediar, 2011.

CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS SOB O OLHAR DOS DISCENTES

Diego Oliveira da Silveira[*]
Cristiane Peretti Feldmann*[*]
Suely Marisco Gayer**[*]
Anderson Von Heimburg***[*]

Resumo:

O presente artigo aborda a experiência da Clínica de Direitos Humanos do UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis, pela perspectiva dos alunos pesquisadores, apontando a importância da Clínica de Direitos Humanos ser uma cadeira permanente e obrigatória dos Cursos de Mestrado ou de Doutorado em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais ou Direito Constitucional e de futuros debates sobre essa temática.

Palavras-chave: Clínica de Direitos Humanos. Importância. Experiências dos Alunos.

1 Introdução:

O tema abordado neste artigo se refere a experiência e a expectativa que os alunos dos cursos de graduação e pós-graduação do UniRitter – Centro Universitário Ritter dos Reis tiveram ao participar da Clínica de Direitos Humanos desse Centro Universitário, especialmente, nos anos de 2012 a 2014.

No primeiro semestre de 2012 o Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* do UniRitter e o Setor de Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão (ProPEx) criou a CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS para propiciar o estudo de temas no âmbito dos Direitos Fundamentais e Humanos sob um viés global e prático, com a coordenação dos professores do mestrado e graduação: Dr. Roger Raupp Rios, Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas e Dr. Gilberto Schäfer e com a participação de alunos de pós-graduação e de graduação.

Destaca-se que a nomenclatura Clínica pode gerar alguma confusão na sociedade civil, no meio acadêmico e até entre os operadores do direito e das áreas interdisciplinares, pois se associa o termo Clínica a prestar um atendimento.

[*] Diego Oliveira da Silveira, Advogado, Mestre em Direito pelo Curso de Direitos Humanos da UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis, Professor Universitário, Diretor Executivo do IBDFAM/RS - Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul e autor de artigos em obras jurídicas de Direito das Famílias e Sucessões. Endereço eletrônico: dosilrgs@hotmail.com

[**] Cristiane Peretti Feldmann, Advogada, Doutoranda em Educação na instituição UNILASALLE, Mestre em direito no Curso de Direitos Humanos do UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis, Professora Universitária e autora de artigos em obras jurídicas. E-mail: cristiane.feldmann@hotmail.com

[***] Suely Marisco Gayer, Advogada, Doutoranda em Qualidade Ambiental UNILASALLE, Mestre em direito no Curso de Direitos Humanos do UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis, Professora Universitária e autora de artigos em obras jurídicas. E-mail: suelylo@hotmail.com

[****] Anderson Von Heimburg, Major do Exército Brasileiro, Chefe da Assessoria Jurídica do Comando Militar do Sul, Mestre em direito no Curso de Direitos Humanos do UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis e Professor Universitário. E-mail: andersonvhei@gmail.com

Todavia, uma Clínica de Direitos Humanos não tem essa finalidade, mas sim é um espaço para que problemas sociais que afetem os Direitos Humanos sejam estudados de forma concreta e para que no final desse estudo seja proposta alguma conduta concreta para solucionar o problema enfrentado, conforme lecionam James Cavallaro e Fernando Elizondo Garcia[38].

Então, para que a Clínica de Direitos Humanos do UniRitter - Centro Universitário Ritter dos Reis - fosse uma disciplina com o fim de atividade de extensão, mais especificadamente a de consolidação de métodos de pesquisa, a promoção e defesa dos Direitos Humanos e a formação social e jurídica no campo da advocacia em Direitos Humanos, utilizando-se de reuniões para debates e nivelamento do conhecimento do grupo, diferenciando-se, assim, da assistência jurídica prestada em Universidades, o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do UniRitter, optou por estudar qual seria o modelo a ser adotado pela clínica, o qual será explicitado nos itens seguintes deste trabalho.

Em face da atuação na Clínica de Direitos Humanos do UniRitter e do resultado considerado positivo pelo grupo, optou-se por escrever um artigo sobre o olhar dos alunos (pós-graduação e graduação) sobre a experiência agregada e da importância da Clínica de Direitos Humanos ser uma disciplina obrigatória e permanente dos Cursos de Mestrado e/ou de Doutora que envolvam os Direitos Humanos; os Direitos Fundamentais e e/ou o Direito Constitucional.

Para tanto se abordará com maior profundidade como foi instituída a Clínica de Direitos Humanos; qual foi a metodologia utilizada pelos integrantes desse projeto; como foi a experiência prática do estudo do primeiro caso (paradigma) e qual a avaliação das experiências da Clínica, bem como a importância da instituição da mesma como uma cadeira que propicia créditos complementares e substitui uma disciplina do Mestrado em Direitos Humanos, viabilizando a participação cada vez mais os alunos de pós-graduação e de graduação das universidades e a relevâncias de futuros debates sobre o tema.

2 Instituição da Clínica de Direitos Humanos: Desenvolvimento da Proposta.

A instituição da Clínica de Direitos Humanos representou uma inovação no Centro Universitário Ritter dos Reis, já que foi o primeiro projeto de extensão que abrange tanto alunos interessados na pesquisa da graduação, como da pós-graduação strictu sensu. Este diferencial revela como é possível aprofundar determinados temas da pesquisa e experiência profissional, ressaltando, que nunca houve qualquer tipo de hierarquia ou divisão entre os alunos integrantes.

Obviamente, por se tratar de um novo modelo, muitas dúvidas surgiram quando os alunos tentavam delimitar quais seriam as principais medidas a serem tomadas para o seguimento e consolidação do projeto na academia.

Para propiciar esse estudo, nos dias 16 e 17 de abril de 2012, com o apoio da Fundação Ford[39], aconteceu o 1º Encontro Brasileiro de Clínicas de Direitos Humanos (ENCDH) no campus

[38] CAVALLARO, James L. e ELIZONDO GARCÍA, Fernando. ¿Cómo establecer una Clínica de Derechos Humanos? Lecciones de los prejuicios y errores colectivos en las Américas. Disponível em: http://fldm.edu.mx/pdf/revista/no6/como_establecer_una_clinica_de_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 30 de ago. de 2013.

[39] A Fundação Ford é uma entidade sediada na cidade de Nova Iorque/EUA, mas que possui filial no Brasil. Segundo seus instituidores, foi criada para subsidiar estudos científicos e para financiar programas de promoção da democracia e redução da pobreza. Informações disponíveis em: http://www.fordfoundation.org/regions. Acesso em: 30 de ago. de 2013.

Porto Alegre do UniRitter, o qual contou a conferência de James Cavallaro - Diretor da Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Stanford e com a presença de representantes de "Clínicas" de diversas Universidades do Brasil. O evento foi de extrema importância para definir as diretrizes de consolidação da Clínica dessa Instituição[40].

O projeto foi planejado para que o ingresso de novos alunos se desse de forma aberta, estando este interessado na pesquisa na área de Direitos Humanos, integrando livremente como pesquisador voluntário, no entanto, para auxiliar a organização das atividades, duas alunas da pós-graduação foram destacadas como pesquisadoras bolsistas pela Fundação Ford e uma aluna bolsista da graduação com apoio do UniRitter. Estas seleções foram feitas por meio de análise de currículos, entrevistas pessoais e requisito de experiência na área de pesquisa, sendo essencial que estas alunas estivessem envolvidas, de alguma forma, com a promoção e proteção dos Direitos Humanos.

Após as seleções, ficou determinado que as alunas bolsistas criassem um e-mail para o grupo e tratariam de fazer uma ligação direta entre os professores orientadores e os alunos integrantes em todo e qualquer momento, até mesmo sanando dúvidas, incentivando a participação em eventos científicos, dando uma maior fluidez ao projeto.

Inicialmente o projeto contava com quatro alunos(as) da graduação, dentre os quais uma aluna era bolsista de extensão; e seis alunos(as) da pós-graduação do Curso do Mestrado em Direitos Humanos, sendo duas alunas bolsistas pela Fundação Ford, conforme mencionado anteriormente.

No ano de 2012, em especial, o objeto de pesquisa foi eleito pelos professores orientadores. Para tanto, através de encontros periódicos, geralmente quinzenais, a Clínica de Direitos Humanos (CDHs) contou com a união de esforços dos orientadores e estudantes para se dedicar ao 1º caso a ser estudado que foi a Pederastia disposta no art. 235 do Código Penal Militar, sendo que o resultado das pesquisas gerou uma Representação ao Ministério Público Federal para a propositura de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF[41], estudo este que será trabalhado no capítulo 4 deste artigo.

Frisa-se que entre os meses de outubro e novembro, os integrantes da Clínica participaram de dois eventos científicos, sendo estes: o XIII Salão de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e da VIII SEPesq – Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-graduação do UniRitter, o que contribuiu para o aprofundamento do estudo do caso escolhido.

Com a conclusão do trabalho proposto para o primeiro ano de trabalho, no dia 12 de novembro de 2012, a Clínica de Direitos Humanos promoveu, com apoio do UniRitter e da Fundação Ford, um evento solene com a então Subprocuradora Geral da Republica, Dra. Deborah Duprat, que abordou a temática da "Defesa e proteção dos Direitos Humanos perante o Supremo Tribunal Federal".

Ao final do encontro, posterior aos debates, os professores orientadores que presidiram a mesa entregaram formalmente o documento produzido pela Clínica de Direitos Humanos à

[40] Notícia veiculada no site da UNIRITTER em 12/04/2012 sobre a realização do 1º Encontro Brasileiro de Clínica de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.uniritter.edu.br/?noticia=2712. Acesso em: 30 de ago. de 2013.

[41] A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF é uma ação do controle concentrado de constitucionalidade prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 9.882/99, a qual é proposta originariamente perante o Supremo Tribunal Federal - STF e possui a finalidade de proteger preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil não tutelados por outros meios mais eficazes (ADI), conforme aponta SCHÄFER, Gilberto. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). In: Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 83, p. 201.

Subprocuradora, assinado por todos os integrantes do projeto, com o objetivo de que este seja recepcionado pelo Ministério Público Federal - MPF.

No dia 14 de novembro de 2012, a de Clínica Direitos Humanos promoveu juntamente com o UniRitter, o evento intitulado "Lutas sociais na cidade e visão critica", com a presença do Professor da Universidade de Sevilla David Sanchez Rubio e de entidades da sociedade civil, objetivando criar um debate construtivo entre os Direitos Humanos e a realidade das lutas sociais. Ambos os eventos foram abertos ao público em geral e contou com o prestígio de todos os membros da Clínica.

O fechamento das atividades no ano de 2012 deu-se em dezembro, onde os professores orientadores, convidados e estudantes puderam expor suas experiências e novamente debater sobre a adequação da metodologia de trabalho, tanto do ano de 2012, quanto a possível metodologia para os anos seguintes.

3 Metodologia Utilizada no Grupo.

Durante a instituição da Clínica de Direitos Humanos uma das principais preocupações dos professores e estudantes era encontrar uma metodologia de trabalho que pudesse se adequar às necessidades do estudo a que se tinham comprometido em desenvolver.

Portanto, a realização de debates no 1° Encontro Nacional das Clínicas de Direitos Humanos, demonstrou-se extremamente importante, pois foi possível intercambiar experiências entre as Clínicas no campo da advocacia dos Direitos Humanos, principalmente no que tange a formação social e jurídica dos acadêmicos.

Como ponto de partida utilizou-se o espaço dos encontros que se seguiram para definir o recorte do objeto de estudo, metodologia e meios para divulgação do projeto. O método científico de pesquisa que melhor preencheu os requisitos foi o estudo de casos, utilizando as técnicas de pesquisa doutrinária, documental e jurisprudencial.

Outra determinação foi de que cada caso teria a duração de pelo menos um ano e que os encontros ocorreriam, em princípio, de forma quinzenal, de no mínimo uma hora e trinta minutos e que o período entre um encontro e outro deveria ser aproveitado para a realização de leituras de doutrinas e jurisprudências sobre casos envolvendo a tipificação do artigo 235 do Código Penal Militar.

Os estudantes também deveriam recorrer aos Tribunais Militares, buscando todo e qualquer documento específico sobre o caso em tela. A regra quinzenal, obviamente, teve que ser flexibilizada diante da necessidade de encontros para as produções textuais, buscas bibliográficas e a realização de eventos acadêmicos.

Devido a complexidade do tema, o grupo foi dividido em duplas ou trios, entre professores e estudantes, sendo-lhes designados a responsabilidade de desenvolverem pesquisas relativas a questões chaves, as quais somadas complementam e problematizam o objeto central do estudo.

Os pontos destacados foram os seguintes: 1) a possibilidade de cabimento da ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no caso em tela como técnica de controle de constitucionalidade, o cabimento de inconstitucionalidade quanto ao *nomen iuris* e a proibição de linguagem discriminatória no que tange o disposto "*homossexual ou não*"; 2) o direito de igualdade e sua violação decorrente da aplicabilidade do artigo 235 do CPM, a proibição de discriminação por orientação sexual e os motivos que levam a Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal

Federal a se manifestarem sobre a proibição da discriminação por orientação sexual; 3) elencar os motivos pelos quais o artigo 235 do CPM viola os Direitos Humanos, construção histórica e a Exposição de Motivos do Código Penal Militar que envolvem a tipificação penal da *pederastia* e a discriminação direta e explicita da expressão "*homossexual ou não"*, 4) análise jurisprudencial do Superior Tribunal Militar - STM e a linguagem ofensiva utilizadas; 5) as penas acessórias excessivas – como a de indignidade, a natureza da pena, a proibição de excesso e o Princípio da Proporcionalidade na aplicação da penalidade do artigo 235 do CPM e 6) conclusão.

Os grupos foram organizados em um calendário e uma data específica foi designada aos integrantes, para que estes apresentassem um seminário aos demais colegas de pesquisa. O formato escolhido para os seminários foi semelhante aos utilizados nos salões e eventos científicos, com tempo máximo de 15 minutos para exposição oral, elaboração de resumos, resumos estendidos e Power Points, seguidos de mais 15 minutos de questionamentos pelos professores orientadores e finalizados com debates livres entre todos os integrantes.

O objetivo destes seminários não era de congelar os pontos de pesquisa, mantendo estes como únicos e eternos a serem explorados, ao contrário, visavam testar e comprovar se os problemas de pesquisa levantados inicialmente de fato correspondiam às necessidades do nosso objeto central.

Portanto, deve-se mencionar que ao dissecar algumas premissas nos foi possível descobrir novos horizontes a serem explorados, os quais agregariam conteúdo, ou até mesmo, descartá-los, por estes se mostrarem insuficientes por si mesmos, ou pelo tempo proposto.

Ao encerrar esta etapa, os pontos destacados foram aprofundados e deu-se inicio a redação em formato adequado para uma Representação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

4 Estudo do Primeiro Caso: A Experiência Prática dos Alunos.

O primeiro caso a ser pesquisado pela Clínica de Direitos Humanos do UniRitter, conforme mencionado acima, foi o da *pederastia*[42], prevista no artigo 235 previsto do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69).

Destaca-se, que o crime *de pederastia ou outro ato de libidinagem* previsto no art. 235[43] do Código Penal Militar estabelece que a prática ou permissão de que militar com ele pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar é uma conduta típica, sendo que a mesma é punida com detenção de seis meses a um ano.

Aponta-se que o *nomen iuris Pederastia* do tipo penal previsto no art. 235 do CPM é frequentemente associado a uma conduta homossexual libidinosa, afrontando a Igualdade, a Dignidade da Pessoa Humana e a Não Discriminação, os quais são preceitos fundamentais que são feridos pelo texto do tipo penal supra referido.

---

[42] Pederastia: Designa a atração sexual primária entre homens adultos e adolescentes e pré-púberes. Por extensão de sentido, o termo é modernamente utilizado para designar a prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem ou, por extensão do sentido, qualquer relação homossexual masculina. *In.* Dicionário Informal. Disponível em http://www.dicionarioinformal.com.br/pederastia/. Acesso em: 30 de ago. de 2013.

[43] Art. 235 do CPM - "Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano.".

A própria expressão homossexual ou não que é um dos elementos normativos do tipo penal de pederastia é uma maneira de vincular a homossexualidade a um comportamento desviado e libidinoso e esse tipo de interpretação que decorre do texto do art. 235 do CPM é inconstitucional, pois afronta o Princípio Constitucional Fundamental da Não Discriminação, o qual está esculpido no art. 3º, IV da Constituição Federal de 1988.

No estudo da clínica, analisou-se a legislação militar e se esta protege de forma adequada e suficiente, de acordo com os parâmetros da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e a Constituição, a dignidade e a liberdade sexual e a integridade corporal e psíquica das pessoas.

Com base nas pesquisas realizadas durante o ano de 2012, os integrantes da clínica (professores e alunos) observaram que a redação do art. 235 do Código Penal Militar e que a aplicação desse crime resulta na afronta ao Direito da Igualdade (art. 5º, I da CF/88), ao Direito da Liberdade (art. 5º, *caput* da CF/88), em especial, o sexual e o Direito a Não Discriminação (art. 3º, IV da CF/88), os quais são preceitos fundamentais[44] do nosso Estado Democrático de Direito.

Como refere Roger Raupp Rios a liberdade de orientação sexual é um direito fundamental da pessoa e deve ser interpretado no rol das vedações à discriminação, conforme se depreende do seguinte entendimento:

> Assim, a despeito de a orientação sexual não ter constado literalmente do referido rol de vedações, é certo que a homossexualidade integra a esfera da sexualidade dos indivíduos, motivo por que eventual discriminação fundamentada na orientação sexual deve ser compreendida como derivada de preconceito de sexo.45

O *nomen iuris* da pederastia, a expressão homossexual ou não e a própria linguagem discriminatória dos acórdãos constituem uma violência simbólica e esse tipo de violência gera uma desigualdade no tratamento das pessoas heterossexuais e homossexuais, além de discriminar a opção sexual diversa da escolhida pela maioria da população, constituindo-se, assim, em uma flagrante afronta ao preceito fundamental a não discriminação, o qual é tutelado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

Destaca-se que a Constituição Federal e a Lei 9.882/99 não definem ou indicam o que seria este preceito fundamental e, para isto, importante o aporte doutrinário e jurisprudencial.

Neste sentido o conceito era composto por uma grande abertura e vagueza que deveria ser preenchido pelo STF indicando qual o conteúdo normativo da expressão preceito fundamental, tendo este elencado um catálogo do que seriam estes preceitos fundamentais, aquelas normas estruturantes e balizadoras do edifício constitucional, entre elas os princípios fundamentais, as cláusulas pétreas, os princípios sensíveis e os direitos fundamentais[46].

Tendo em vista que o estudo da clínica apontou pela afronta dos princípios constitucionais supra referidos e concluiu que os mesmos constituem preceitos fundamentais do nosso ordenamento pátrio, entendeu-se que violação do art. 235 do Código Penal Militar poderia ser obstada pelo

---

[44] Registra-se que não há um conceito constitucional ou legal para preceito fundamental, pois o § 1º do art. 102 da Carta Magna e a Lei nº 9.882/99 estabeleceram de forma aberta o termo preceito fundamental, consequentemente, cabe ao interprete verificar se determinada norma constitui um preceito fundamental da República Federativa do Brasil. Vide: SCHÄFER, Gilberto. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). In: Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 83, 2006, p. 203.

[45] RIOS, Roger Raupp. O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 132.

[46] SCHÄFER, Gilberto. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). In: Revista da AJURIS, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 83, 2006, p. 204.

manejado de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, pois não há outro meio eficaz para sanar a lesão.

Salientamos que Lei nº 9.882/99 que regulamentou a ADPF estabelecendo que essa ação constitucional, somente, poderia ser proposta para a tutela de preceitos fundamentais que não estivessem cobertos por outras ações de controle de constitucionalidade.

Trata-se da chamada cláusula de subsidiariedade[47], ou seja, da possibilidade da utilização da ADPF na inexistência de outro meio eficaz, como no caso da não recepção das normas constitucionais, ou seja, daqueles atos normativos anteriores a nova constituição.

No caso examinado pela clínica, o art. 235 (*Crime de Pederastia*) do CPM está inserido no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, portanto, anterior a Constituição de 1988. Para atacar diretamente o seu texto, que alberga as normas entendidas como discriminatórias se deverá fazer uso deste instrumento subsidiário que é a ADPF.

Tendo em vista, que não é cabível a ADI - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e que o controle de constitucionalidade difuso é ineficaz para evitar a lesão aos direitos de igualdade (art. 5º, I da CF/88), de liberdade (art. 5º, *caput* da CF/88) e de proibição de discriminação (art. 3º, IV da CF/88), os quais são preceitos fundamentais da Constituição Federal, pois o texto do crime de pederastia tem um nítido propósito discriminatório que, ainda, legitima práticas e discursos com este desiderato, o *Princípio da Subsdiariedade* é respeitado, sendo cabível a ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para declarar a inconstitucionalidade com redução de texto do art. 235 do CPM ou para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto para retirar as interpretações desiguais e discriminatórias (*nomen iuris da pederastia*, expressão *homossexual ou não* e *linguagem discriminatória nos acórdãos*) desse tipo penal.

Nesse sentido, a linguagem empregada nos julgamentos do crime de pederastia é discriminatória, sendo que os termos linguísticos de um acórdão são considerados uma fonte do direito, eis que a jurisprudência é uma das fontes de aplicação do direito[48], consequentemente, a linguagem dos acórdãos pode ser objeto da ADPF.

Salienta-se que a decisão judicial pode ser objeto da ADPF e se a decisão é formada por uma linguagem discriminatória, necessariamente, a decisão é inconstitucional por ofender preceito fundamental e cabe a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Portanto, a experiência da clínica apontou que o art. 235 do Código Penal Militar afronta preceitos fundamentais e que a ação concreta que a clínica deveria tomar era oferecer uma representação para a propositura de uma ADPF, sendo que esse estudo foi de extrema importância para os alunos de pós-graduação, mas também para os alunos da graduação, propiciando uma interação de estudos e conhecimento entre todos os integrantes da Clínica de Direitos Humanos e possibilitando que esses integrantes participassem que um ato concreto na busca da proteção dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

Como a legitimidade para promover a ADPF pertence aos mesmos legitimados para a ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade (art. 2º. da Lei 9.882/99), que se encontram no artigo 103 da Constituição Federal, sendo o Procurador Geral da República um dos legitimados, os integrantes (professores e alunos) da clínica optaram por apresentar formalmente, em evento solene,

---

[47] Art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

[48] O jurista Miguel Reale defende na sua obra Fontes e Modelos do Direito que a jurisprudência é uma das importantes fontes do direito e que as decisões judiciais são subsídios para os operadores do direito aplicarem a norma adequada aos fatos litigiosos. REALE, Miguel. Fontes e Modelos do Direito - Para um Novo Paradigma Hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

conjuntamente, com diversas entidades da sociedade civil, a representação à Dra. Deborah Duprat – Subprocuradora Geral da República.

5 Avaliação das Experiências e a Importância da Clínica ser uma Cadeira Obrigatória e Permanente para Cursos de Mestrado ou Doutorado em Direitos Humanos e de Debates Futuros Sobre o Tema.

Registramos que a avaliação das experiências da Clínica de Direitos Humanos é muito positiva, pois houve um grande estudo sobre a afronta aos preceitos fundamentais descritos no item anterior deste artigo e porque a participação dos professores e dos alunos nessa pesquisa gerou um resultado prático, qual seja: a representação para a propositura de uma ADPF para uma das pessoas legitimadas previstas no art. 103 da Carta Magna.

Então, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 291, a Procuradoria Geral da República entrou com um pedido para alterar o regramento do Código Militar Brasileiro que condena a pederastia[49].

Frisa-se que a redação da petição inicial da ADPF 291 foi baseada na representação formulada pelos integrantes (professores e alunos) da Clínica de Direitos Humanos do UniRitter, o que gratifica muito seus participantes, pois se observa um resultado prático da pesquisa realizada. A ADPF foi protocolada no dia 10/09/2013 e foi distribuída no STF ao Ministro Luís Roberto Barroso.

Inclusive, a ADPF 291 foi julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF e a mesma foi julgada parcialmente procedente pela Corte Constitucional, entendo que a legislação não pode criminalizar "atos libidinosos" praticados por militares e que as expressões contidas no Código Penal Militar são pejorativas e discriminatórias, não sendo ditas expressões recepcionadas pela Carta Magna, como se depreende do teor da ementa a seguir enfatizada:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ART. 235 DO CÓDIGO PENAL MILITAR, QUE PREVÊ O CRIME DE "PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM". NÃO RECEPÇÃO PARCIAL PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988.
> 1. No entendimento majoritário do Plenário do Supremo Tribunal Federal, a criminalização de atos libidinosos praticados por militares em ambientes sujeitos à administração militar justifica-se, em tese, para a proteção da hierarquia e da disciplina castrenses (art. 142 da Constituição). No entanto, não foram recepcionadas pela Constituição de 1988 as expressões "pederastia ou outro" e "homossexual ou não", contidas, respectivamente, no nomen iuris e no caput do art. 235 do Código Penal Militar, mantido o restante do dispositivo. 2. Não se pode permitir que a lei faça uso de expressões pejorativas e discriminatórias, ante o reconhecimento do direito à liberdade de orientação sexual como liberdade existencial do indivíduo. Manifestação inadmissível de intolerância que atinge grupos tradicionalmente marginalizados. 3. Pedido julgado parcialmente procedente.[50]

[49] ADPF 291 proposta pelo Procurador Geral da República perante o Supremo Tribunal Federal - STF em 10/09/2013, sob a relatoria do Min. BARROSO, conforme informação computadorizada obtida em http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4462545. Acesso em: 14 de set. de 2013.

[50] ADPF nº 291, Pleno do Supremo Tribunal Federal - STF, julgada em 28/10/2015.

Tendo em vista, que os estudantes da pós-graduação e graduação, participaram do estudo que propiciou a confecção da representação do Ministério Público Federal e a mesma é a base da petição inicial da ADPF 291, sem qualquer sombra de dúvida, os mesmos se sentem parte integrante desse trabalho que conduziu a inconstitucionalidade parcial do art. 235 do Código Penal Militar.

Assim, a atuação dos alunos ocorreu em um ato concreto na busca da proteção dos Direitos Humanos e isso faz com que os discentes tenham mais entusiasmo em participar de atividades dessa natureza, pois conseguem visualizar com mais facilidade que a atuação deles estão ajudando a mudar o mundo.

Por isso, a instauração de Clínicas de Direitos Humanos é de extrema importância para os estudos e debates acadêmicos e as clínicas devem ser instauradas em Cursos de Mestrado ou Doutorado em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais (os quais são os Direitos Humanos na esfera interna) e de Direito Constitucional, além de estabelecer que essas clínicas são disciplinas obrigatórias e permanentes dos cursos.

Registra-se, que a experiência do primeiro ano da Clínica de Direitos Humanos do UniRitter foi tão produtiva que ensejou o expressivo aumento de participantes de 10 integrantes em 2012, para 22 integrantes em 2013, tanto de alunos de graduação, quanto de alunos do Mestrado em Direitos Humanos e os anos subsequentes a participação dos alunos aumentou cada vez mais.

Além disso, no ano de 2013 a Clínica passou a integrar o Fórum da Questão Penitenciária, atuando como *amicus curiae*, juntamente com as instituições peticionárias[51], o qual denuncia as violações dos Direitos Humanos no Presídio Central de Porto Alegre/RS perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra a República Federativa do Brasil, na qualidade de representante do Estado do Rio Grande do Sul. Ao integrar o Fórum da Questão Penitenciária, foi possibilitado aos integrantes da Clínica participar da inspeção *in loco* no Presídio Central de Porto Alegre, em duas ocasiões, para verificar se a resposta do Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos refletia a atual realidade do presídio[52].

Isso é uma demonstração concreta que a participação dos integrantes (professores e alunos) da Clínica tem sido muito produtiva frente aos resultados práticos obtidos por meio das pesquisas

---

51 Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS; Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia – IBAPE; Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC; Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS; Clínica de Direitos Humanos UniRitter; Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero; Conselho da Comunidade para Assistência aos Apenados das Casas Prisionais Pertencentes às Jurisdições da Vara De Execuções Criminais e Vara De Execução De Penas e Medidas Alternativas De Porto Alegre; Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção do Rio Grande do Sul – OAB/RS; Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio Grande do SUL – ADPERGS; Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul – AMPRS.

52 Notícia veiculada no site da AJURIS em 16/05/2013: Representantes do Fórum da Questão Penitenciária e das entidades signatárias da representação enviada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) denunciando as más condições do Presídio Central de Porto Alegre visitaram a casa prisional nesta quinta-feira (16/5). Além da comitiva, formada por técnicos e lideranças de classe, um grupo de quatro magistrados gaúchos ligados à área de execução criminal vistoriaram o presídio para o programa Mutirão Carcerário, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A visita foi realizada para verificar in loco o cumprimento das melhorias que a União informou já estão sendo feitas na casa prisional, em reposta à solicitação feita pela CIDH, em março deste ano. Com base no pedido de medidas cautelares apresentadas pelas entidades signatárias na denúncia, a Comissão havia solicitado à União que prestasse informações sobre as medidas que estão sendo adotadas para assegurar a integridade e os direitos dos apenados. Estiveram no Presídio representantes da AJURIS, da Ordem dos Advogados do Brasil do RS (OAB/RS), dos conselhos regionais de Medicina (CREMERS) e de Engenharia (CREA/RS), da Comunidade de Porto Alegre, da Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec), do Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia do RS (IBAPE-RS) e da Clínica de Direitos Humanos da UniRitter. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/2013/05/16/forum-da-questao-penitenciaria-visita-o-presidio-central/. Acesso em 14 de set. de 2013.

realizadas, o que vem estimular a intensificação do estado e o próprio ingresso de novos participantes.

Nesse viés, aponta-se que a coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNIRITTER e o Setor de Pró-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão (ProPEx), acertaram em auxiliar na instituição da Clínica de Direitos Humanos como uma forma de estimular o aprofundamento de estudos e propiciar a interface harmoniosa de alunos de graduação e de pós-graduação.

A cadeira da Clínica de Direitos Humanos não integra o rol de cadeiras permanentes dos Cursos de Mestrado em Direitos Humanos, no entanto, a atividade propicia créditos correspondentes a uma disciplina complementar para o aluno que participe pelo período de 01 (um) ano e que obtenha um parecer favorável dos professores orientadores.

Embora, não seja uma cadeira permanente do mestrado, a forma em que a mesma está estruturada no art. 17-A[53] do regulamento desse curso de pós-graduação, viabiliza a participação dos alunos na Clínica, consequentemente, isso aumenta a contribuição efetiva dos participantes e eleva o nível das atividades realizadas.

Ao passo que para os graduandos a experiência de integrar o projeto de extensão lhe possibilita computar horas complementares, sendo estas necessárias para a formação acadêmica do estudante, bem como a participação em eventos científicos como pesquisadores voluntários ou bolsistas. Esta prática induz o estudante a escrever e produzir cientificamente, instigando a criação e a responsabilidade social e acadêmica.

Importante gizar que a Clínica de Direitos Humanos é uma forma de propiciar a justiça social, sendo uma experiência que deveria ser vivenciadas nas Universidades, como lecionam James Cavallaro e Stephanie Brewer[54].

Nesse viés, a efetividade das condutas concretas realizadas pela Clínica de Direitos Humanos do UniRitter, busca justamente alcançar esta justiça social, através do respeito dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Humanos[55], sendo que essa experiência deve ser reproduzida em outros Cursos de Mestrado ou de Doutora em Direitos Humanos e assim propiciar um debate maior entre os alunos de pós-graduação e graduação dos nossos Direitos Fundamentais, permitindo o intercâmbio de experiências e conhecimento.

---

[53] Art. 17ª do Regulamento do Mestrado em Direito - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, também fará jus aos créditos correspondentes a uma disciplina complementar o estudante que realize estágio de 1 (um) ano na Clínica de Direitos Humanos vinculada ao PPGDir do UniRitter.

§ 1º. A obtenção dos créditos depende da apresentação de relatório das atividades e de parecer favorável de professor da Clínica, o qual deve ser emitido em até 30 (trinta) dias após o término do ano letivo.

§ 2º. A substituição dos créditos de disciplina complementar pelos decorrentes do estágio a que alude o caput deste artigo somente poderá ocorrer uma vez, ainda que a atividade do aluno na Clínica se estenda por mais de um ano.

O regulamento do Curso de Mestrado em Direito da UNIRITTER está disponível em: http://www.uniritter.edu.br/mestrado/direito/downloads/Regulamento - Mestrado_Direito.pdf. Acesso em: 23 de out. de 2013.

[54] CAVALLARO, James L. e BREWER, Stephanie Erin. La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social. *In. Revista Sur de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/es_v5n8a05.pdf. Acesso em: 30 de ago. de 2013.

[55] Os Direitos Humanos são direitos e liberdades básicos de todos os seres humanos, sendo que na órbita internacional a tutela universal dos mesmos é denominada de Direitos Humanos e na esfera interna essa tutela é chamada de Direitos Fundamentais.

6 Considerações Finais

Como pode-se observar, o resultado obtido no final do ano de 2012 foi considerado positivo, o que nos faz acreditar na consolidação do projeto dentro da Instituição de ensino, sendo reconhecida a necessidade de alguns aprimoramentos dentre os quais a necessidade de uma maior aproximação nos diversos setores da sociedade civil, uma maior divulgação do trabalho desenvolvido e o aprimoramento dos métodos utilizados.

As constantes análises realizadas pela Clínica de Direitos Humanos se justificam pela necessidade da constante luta pela defesa e promoção dos Direitos Humanos, visto as graves demonstrações ao longo da história revelarem a fragilidade dos direitos já conquistados, e as facilidades com que estes retroagem.

Atuar em prol dos Direitos Humanos requer responsabilidade jurídica e social, e para tanto se faz imprescindível a constante atualização, proximidade com a sociedade civil e análises entre a realidade dos cidadãos e o disposto nas legislações vigentes.

Mas, assim como é necessária a inovação, também demonstrou-se a necessária a documentação e divulgação das experiências já existentes, mesmo porque, apesar dos casos serem anuais, a Clínica de Direitos Humanos, não deixará de atuar em seus casos anteriores, ao contrário, o ideal é que a cada ano um caso novo seja acrescentado a agenda de trabalho, sendo este conciliado com o acompanhamento dos casos relativos aos anos anteriores.

Referências:

AJURIS. Notícia veiculada sobre o Fórum da Questão Penitenciária. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/2013/05/16/forum-da-questao-penitenciaria-visita-o-presidio-central/.

BRASIL. Constituição Federal de 1988, Código Penal Militar, e Lei nº 9.882/99. Disponível em:

CAVALLARO, James L.; ELIZONDO GARCÍA, Fernando. *¿Cómo establecer una Clínica de Derechos Humanos? Lecciones de los prejuicios y errores colectivos en las Américas.* Disponível em: http://fldm.edu.mx/pdf/revista/no6/como_establecer_una_clinica_de_derechos_humanos.pdf.

CAVALLARO, James; BREWER, Stephanie Erin. *La Función del Litigio Interamericano en la Promoción de la Justicia Social*. In. Revista Sur de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/sur/v5n8/es_v5n8a05.pdf.

DICIONÁRIO INFORMAL. Disponível em: http://www.dicionarioinformal.com.br/pederastia/.

FUNDAÇÃO FORD. Disponível em: http://www.fordfoundation.org/regions.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito - Para um Novo Paradigma Hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIOS, Roger Raupp. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHÄFER, Gilberto. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). In: *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, ano 27, t. 1, n. 83, 2006.

STF. ADPF 291 proposta pelo Procurador Geral da República em 10/09/2013, sob a relatoria do Min. BARROSO e julgada parcialmente procedente pelo Plenário do STF em 28/10/2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4462545

UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis. Notícia veiculada sobre a realização do 1º Encontro Brasileiro de Clínica de Direitos Humanos. Disponível em: http://www.uniritter.edu.br/?noticia=2712.

_____. Regulamento do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Mestrado em Direito da UNIRITTER - Centro Universitário Ritter dos Reis. Disponível em: http://www.uniritter.edu.br/mestrado/direito/downloads/Regulamento_-_Mestrado_Direito.pdf.



ANAIS

GT ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E SEGURANÇA PÚBLICA
Coordenadores: Klever Paulo Leal Filpo e Rodrigo Grazinoli (UCP).

Canoas, 2017.

A PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA NA MINUSTAH E OS EFEITOS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA

Augusto Gabriel Colório,
Graduando De Relações Internacionais Da Unisinos,
Augustocolorio@Hotmail.Com

Resumo:

Com a expansão das atividades diplomáticas brasileiras no século XXI e os efeitos das operações de paz no mundo bem como diante dos 12 anos da liderança militar brasileira no Haiti, o presente artigo tem como tema principal a participação brasileira na Minustah (Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti) e os efeitos na área de segurança pública. O propósito da pesquisa é analisar o efeito, na esfera da segurança pública, da presença das tropas brasileiras no Haiti ao longo de 12 anos. Dentre outros objetivos, visou-se compreender se foram atingidas as metas pré-estabelecidas e analisar a política externa brasileira na Minustah. Como metodologia, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e análise de dados e estatísticas de organizações como as Nações Unidas. Por fim, este trabalho revela que, apesar dos esforços brasileiros na área da segurança pública haitiana, ainda há muito a ser realizado, e o efeito não foi o esperado.

Palavras-chave: Haiti. Minustah. Brasil. Operação de Paz.

1 Introdução

Um dos efeitos do fim da Guerra Fria na década de 90 foi a ascensão de um maior número de Operações de Paz das Nações Unidas. O fim da bipolaridade e o descongelamento das relações na Organização das Nações Unidas (ONU) facilitaram o advento dessas missões, que possuem o intuito de auxiliar na administração de conflitos. Hoje, as missões que estão ligadas ao Conselho de Segurança, espalham-se em 4 continentes e somam 16 operações atuando em várias áreas e com alto nível de complexidade (UN, 2016).

O Brasil sempre foi um ator participativo nas operações de paz, tendo atuado em mais de 50 operações de paz ou similares. Historicamente, o país contribuiu com mais de 33.000 militares, policiais e civis. Atualmente, o estado brasileiro está ligado a nove operações de paz: MINURSO (Saara Ocidental), MINUSTAH (Haiti), UNFICYP (Chipre), UNIFIL (Líbano), MONUSCO (República Democrática do Congo), UNISFA (Abyei), UNMIL (Libéria), UNMISS (Sudão do Sul) e UNOCI (Costa do Marfim). Para essas missões, o Brasil cede mais de 1.700 pessoas (BRASIL, 2016).

No entanto, a Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH) possui um caráter especial para as tropas brasileiras e para a política externa do Brasil. Pela primeira vez na sua história, em 2004, a convite das Nações Unidas e devido à experiência de atuação em missões de paz, o Brasil lidera o comando militar de uma Operação de Paz (VISENTINI, 2012). É claro que, como Lucena (2014) identifica, o país passava, durante essa época, por um período em que o governo possuía uma política externa de caráter ativo no sistema internacional e percebeu que a Minustah poderia auxiliar na expansão internacional do país.

O ano de 2016 é emblemático na história da Minustah, pois marca o fim de mais um mandato da missão e, com isso, possivelmente, a retirada das tropas brasileiras. Como a política externa brasileira foi uma das peças centrais da missão, em que pese a liderança militar e o alto número de tropas e policiais enviados, este estudo busca compreender de que forma as forças de paz brasileiras afetaram a área de segurança pública do Haiti ao longo desses 12 anos.

A partir desse problema, tem-se como objetivo principal analisar o efeito, na esfera da segurança pública, da presença das tropas brasileiras no Haiti ao longo de 12 anos. Por conseguinte, também se intenta compreender se foram atingidas as metas pré-estabelecidas pela ONU e analisar a política externa brasileira na Minustah.

O presente trabalho está organizado em cinco seções. Após a introdução trata-se sobre a mudança do Sistema Internacional após a Guerra Fria e a ascensão internacional do Brasil no século XXI. Na seguinte seção, a abordagem refere-se ao aceite, pelo Brasil, da liderança da Minustah e seus objetivos, dentre os quais o de melhoria da segurança pública. Na sequência do trabalho, tematiza-se a participação dos militares brasileiros e o balanço na área da segurança pública.

Em discurso[1] ao Conselho de Segurança em reunião sobre a Minustah, o então chanceler brasileiro, Celso Amorim, afirmou que:

> Nós - as Nações Unidas, os países da América Latina e do Caribe e os próprios haitianos - temos o dever de contribuir para a realização dessa esperança. O futuro do Haiti tornou-se hoje um tema de interesse do conjunto da comunidade internacional; a MINUSTAH e as iniciativas de cooperação técnica e financeira constituem um teste da mais alta importância para que as Nações Unidas demonstrem a sua capacidade de atender a situações cuja solução se situa além da simples estabilização político-militar e envolve uma verdadeira reconstrução nacional. (AMORIM, 2005).

Como descreveu o chanceler Celso Amorim, o Brasil e a comunidade internacional não poderiam omitir-se perante a situação haitiana. Por isso, cabe a análise de como aconteceu a mudança no sistema internacional e qual foi o comportamento do Brasil nesse novo cenário, o qual propiciou que o país assumisse posição de destaque na Minustah.

2 A mudança do Sistema Internacional e a ascensão internacional do Brasil

A queda do muro de Berlim e o subsequente fim da Guerra Fria transformaram a configuração da ordem mundial e alteraram as dificuldades do sistema internacional. A área de segurança foi, da mesma forma, afetada por esse novo paradigma e, consequentemente, implementaram-se os debates acerca da forma como deveriam ser resolvidos os problemas internacionais relacionados à segurança mundial aos meios que deveriam ser utilizados para tal fim (CARVALHO; ROSA, 2011).

Igualmente, o fim da bipolaridade possibilitou que organismos multilaterais fossem descongelados e pudessem atuar no campo internacional em maior escala do que durante a Guerra Fria. É o caso das Operações de Paz da ONU, que puderam ser realizadas de modo mais amplo na

[1] Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/presidente-da-republica-federativa-do-brasil-artigos/163-discursos-artigos-e-entrevistas/7719-discurso-do-ministro-celso-amorim-na-reuniao-especial-do-conselho-de-seguranca-das-nacoes-unidas-sobre-o-haiti>. Acesso em 24 ago. 2016.

solução de conflitos, tanto internos como externos, devido ao fato de que não havia mais a divisão do Conselho de Segurança, órgão que definia essas operações (NYE, 2009).

Como assinalam Carvalho e Rosa (2011), a mudança de paradigma do sistema internacional possibilitou o advento de um discurso dos países do Terceiro Mundo. O Brasil, um dos grandes países emergentes, surge nesse cenário como um dos líderes desse movimento, e, com isso, ocorre uma mudança no eixo das políticas de Leste-Oeste para políticas voltadas ao eixo Norte-Sul.

Em 2003, com a tomada de posse de Luiz Inácio "Lula" da Silva, foram reafirmadas as mudanças que o país já vinha sofrendo em escala nacional e internacional. Internamente, o novo governo buscou diminuir o déficit social, auxiliando as classes mais necessitadas da população brasileira. No âmbito das Relações Internacionais, o Governo Lula buscou implementar uma diplomacia com sentido tático-estratégico, de visão de longo alcance, e utilizou o carisma do presidente em nível mundial. Logo, a política externa brasileira alcançou notável desenvolvimento e protagonismo, superando muitas expectativas (VISENTINI, 2013). A política externa desenvolvida naquele novo Governo buscou diversificar as relações diplomáticas brasileiras, entrando em contato com uma grande diversidade de países e privilegiando as negociações Sul-Sul (VIGEVANI; CEPALUNI, 2007). Outra mudança ocorrida no novo governo foram as posses do embaixador Celso Amorim, no Ministério de Relações Exteriores, e do embaixador Samuel Guimarães, como Secretário-Geral do Itamaraty. Uma demonstração da sintonia do chanceler brasileiro e do novo presidente sobre a política externa pode ser compreendida a partir do discurso proferido por Amorim em sua tomada de posse, em 2003:

> Com a eleição do Presidente Lula, o povo brasileiro expressou de forma inequívoca o desejo de ver realizada uma profunda reforma política e social, dentro de um marco pacífico e democrático, com ampla participação popular na condução dos assuntos do Estado. Coerentemente com os anseios manifestados nas urnas, o Brasil terá uma política externa voltada para o desenvolvimento e para a paz, que buscará reduzir o hiato entre nações ricas e pobres, promover o respeito da igualdade entre os povos e a democratização efetiva do sistema internacional. Uma política externa que seja um elemento essencial do esforço de todos para melhorar as condições de vida do nosso povo, e que esteja embasada nos mesmos princípios éticos, humanistas e de justiça social que estarão presentes em todas as ações do Governo Lula. (AMORIM, 2003, p.1).

De maneira que os objetivos internacionais do Governo Lula fossem alcançados, as políticas criadas basearam-se em três dimensões: diplomacia econômica, política e um programa social. A primeira dimensão possui uma base realista; a segunda, de resistência e afirmação; e a última, propositiva. Esse projeto veio amadurecendo e consolidou-se convergindo com os aspectos nacionais e internacionais (VISENTINI, 2013).

A diplomacia econômica manteve as parcerias com o primeiro mundo, buscando maior incentivo em áreas como tecnologia e investimentos, negociando a dívida externa do País e confirmando a não ruptura do modelo econômico. No âmbito da diplomacia política, o novo Governo buscou aplicar uma diplomacia ativa e afirmativa de defesa dos interesses nacionais, permitindo uma grande relevância nas Relações Internacionais e fugindo de uma fase de estagnação. Conclusivamente, o novo programa de política externa obteve um grande prestígio internacional por meio das políticas sociais, pois convergiu com as necessidades da agenda global a fim de corrigir as assimetrias potencializadas pelo comércio e investimentos livres da globalização. Por esse motivo, o combate à fome tornou-se um marco na política internacional daquele momento,

pois sinalizava a procura e o incentivo de um modelo socioeconômico alternativo, que visou a consertar os vácuos sociais mundiais (VISENTINI, 2013).

A nova fase da política externa buscava o desenvolvimento do Brasil a partir da multiplicação dos parceiros políticos e comerciais e da promoção da abertura de novos mercados para os produtos e para as empresas brasileiras. Essa estratégia visava ao fortalecimento e à consolidação do Brasil como país líder dos Estados emergentes. Portanto, todas essas características formam a base do que Cepaluni e Vigevani (2007) denominam "Autonomia pela Diversificação" e que foi o núcleo da política externa brasileira.

A fim de comprovar essas características, no campo prático, o Brasil investiu, em larga escala, na reconstrução do Mercosul e na integração sul-americana, o que possibilitou a criação de uma liderança compartilhada. Outro foco diplomático realizado no Governo Lula foi a solidariedade com a África, devido a princípios éticos e interesse nacional. Houve também a intensificação da diplomacia com as potências emergentes dos BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), que visou a estabelecer novas estratégias. Soma-se a isso o engajamento brasileiro em estreitar as relações com a União Europeia e de valorizar as organizações internacionais como a ONU e a OMC. O principal objetivo da nova política era promover a ascensão de um novo sistema internacional multipolar. Dessa forma, percebe-se o fortalecimento da democratização internacional (VISENTINI, 2013).

A partir dessas iniciativas, o Brasil buscou sua autonomia no sistema internacional e a independência das grandes potências por meio de vácuos de poder, ou seja, lugares pelos quais que os grandes países não se interessavam após o 11 de Setembro. Por esse motivo, a política externa brasileira procurou ser uma alternativa no mundo, a fim de dar sua contribuição, proporcional ao seu peso internacional. Em suma, o Itamaraty concentrou-se na cooperação com os países emergentes e excluídos do sistema internacional, com a intenção de aumentar a relevância global brasileira a partir de uma diplomacia de alto perfil e de um discurso oficialista, que preservasse os princípios tradicionais da política externa brasileira: solução pacífica de controvérsias, autodeterminação dos povos, não intervenção. Cabe, então, verificar como a Minustah insere-se nesse cenário em que o Brasil procurou agir com protagonismo internacional.

3 A liderança brasileira na Minustah e seus objetivos

Segundo Visentini (2007), fora da América do Sul, uma das ações mais importantes realizadas pelo Governo Lula foi a Minustah (*Mission des Nations Unies pour la Stabilization en Haiti*). Como o Brasil foi peça central dessa Missão, cabe compreender como se deu a liderança brasileira em um cenário conturbado da política haitiana, que Seitenfus (2014) descreve com "crise de poder" e quais foram seus objetivos.

No começo do ano de 2004, o Haiti chegou ao ápice de confrontos entre apoiadores do então presidente Bertrand Aristide e forças contrárias ao Governo, ligadas, em sua maioria, às forças armadas. A crise resultou no exílio do presidente para a África do Sul, o que Aguilar (2014) descreve como colapso do sistema de segurança. O presidente interino, Boniface Alexandre, solicitou então o auxílio da ONU na manutenção da segurança para a transição do governo.

Devido a esse cenário, em 29 de fevereiro, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, por meio da resolução 1.529, permitiu a criação de uma Força Multinacional Interina, formada por

Estados Unidos, França, Canadá e Chile, para atuar no país por 90 dias, com caráter de urgência, até o estabelecimento de uma nova Missão com caráter de longo prazo (AGUILAR, 2014).

Foi no dia primeiro de junho de 2004 que, a partir da Resolução 1.542, o Conselho de Segurança formalizou a criação da Minustah e lhe atribuiu como missão principal a manutenção da segurança; fomentar o processo político e novas eleições, além de monitorar os direitos humanos. Com a intenção de concretizar esses objetivos, o Conselho permitiu que 6.700 militares, 1.622 policiais, 548 civis e 154 voluntários da ONU fossem deslocados ao país (AGUILAR, 2014).

A Minustah foi composta por contingentes de vários países latino-americanos, como Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Equador, Guatemala, Paraguai, Peru, Uruguai e por outros estados-membros da ONU. Apesar da complexidade da Missão, o Brasil tornou-se um dos países centrais no Haiti e, além de ser o país com maior efetivo militar da missão, também cedeu todos os comandos militares da missão (AGUILAR, 2014).

Rosa e Carvalho (2011) descrevem que o Governo brasileiro aceitou fazer parte dos contingentes militares da ONU a partir do princípio de não indiferença, logo:

> "Sustentado por este último princípio e com atenção aos problemas vizinhos regionais, o Brasil aceitou, em 2004, exercer o comando da Missão de Estabilização das Nações Unidas para o Haiti, objetivando imprimir nova forma de atuação, contrária à que vinha sendo aplicada pelos Estados Unidos e Canada no Haiti." (ROSA; CARVALHO, 2011, p.489)

Apesar do longo debate acerca dos motivos de o Brasil ter aceitado fazer parte da Minustah e de várias inconsistências acerca do discurso brasileiro, Diniz (2005) afirma que, mesmo que o governo da época tenha declarado apenas que se tratava de uma questão de solidariedade internacional, havia, entre outros motivos, uma clara intenção do governo, de conseguir assento permanente no Conselho de Segurança, vendo a participação ativa em decisões importantes da comunidade internacional como necessárias para sua ascensão. Portanto:

> "O Brasil entende que uma participação ativa na ONU é um elemento central da sua busca por maior autonomia política na cena internacional, tanto que pleiteia uma reformulação da Organização de modo a se tornar membro permanente do seu Conselho de Segurança." (DINIZ, 2005, p.99)

A partir da liderança da Missão aceita pelo Brasil, entre as principais funções dos militares brasileiros, seguindo a orientação da ONU, esperava-se o patrulhamento rotineiro, na proteção a hospitais e locais públicos e na proteção e auxílio a ações e humanitárias. Além disso, um dos principais desafios incumbidos às tropas brasileiras era o desarmamento de grupos e milícias (DINIZ, 2005).

4 A participação dos militares brasileiros e o balanço na área da segurança pública

Com o intuito de concretizar os objetivos a partir dos quais a Minustah foi criada, Aguilar (2014) descreve que, "(...) numa primeira fase, a prioridade foi o uso da força para garantir a segurança e a ordem no país face ao descontrole institucional e a onda de violência que se instalou com a desestruturação do governo Aristide." Além disso, entendia-se que o principal impeditivo para a solução do dilema haitiano era a área da segurança pública, e, em vista isso, a missão visava

a auxiliar a polícia local. Logo, a missão da ONU fomentou atividades de profissionalização da polícia e de desenvolvimento de estrutura para que a resposta às ameaças internas pudesse ser efetiva (AGUILAR, 2014).

Segundo Lessa (2007), mesmo com todos os problemas estruturais do país, até meados de 2006, a Minustah já apresentava progressos consideráveis. Logo, foi demonstrado que o as atividades violentas e os grupos armados ilegais já estavam enfraquecidos. As atividades do contingente brasileiro eram caracterizadas pela desarticulação e pela prisão de gangues; por ações cívico-sociais, por meio do auxílio na obtenção de recursos básicos; e por estabelecimento de tropas no local. Como descreve Verenhitach (2008), o contingente brasileiro utilizou a estratégia de permanecer em quase todo o país, de forma conjunta à Policia da ONU (UNPOL) e à polícia haitiana. Para atingir seus objetivos, a força militar brasileira também realizou atividades como patrulhas, *checkpoints*, ocupações de pontos sensíveis, proteção de autoridades (fossem haitianas, estrangeiras ou em visita), escolta de comboios, segurança de instalações, controle de distúrbios, proteção de manifestações publicas, cerco e vasculhamento, além de operações em força. De mesma forma, Oliveira (2013) descreve que as ações do contingente brasileiro, que combinavam o emprego da força e ações sociais até 2010, estavam no caminho certo de uma operação de paz que busca solucionar um conflito. Lessa (2007) compreende também que as ações brasileiras proporcionaram o estabelecimento de um ambiente seguro e estável para a estabilização de um governo e para a retomada da força democrática e cidadã.

No entanto, os relativos avanços já descritos foram afetados pelo terremoto que destruiu o país. O sismo haitiano, segundo Seitenfus (2014, p. 245), foi o mais destrutivo da era moderna, e, sobre os efeitos do terremoto ao Haiti, o autor afirma que

> O terremoto atingiu o coração do Haiti, posto que se concentram na região metropolitana de Porto Príncipe 65% das atividades econômicas. Ela é também responsável por 85% das receitas fiscais. O país perdeu em 35 segundos o equivalente a 120% de seu Produto Interno Bruto, e o Estado, um terço de seus funcionários." (SEITENFUS 2014, p. 245).

Como se poderia esperar, o terremoto transformou a Minustah, mas, além disso, afetou também a participação brasileira na Missão, que vinha apresentando relativo sucesso e nova perspectiva para o país. A partir desse evento, o Brasil perde sua liderança e ocorre um regresso do comando *de facto*, da Minustah para o Tridente Imperial, formado pela potências Canadá, Estados Unidos e França, que possuem histórico de intervenção no país (SEITENFUS, 2014, p. 211).

Com o intuito de compreender os efeitos da Minustah para a segurança pública depois de 12 anos, deve-se destacar que se buscou analisar os dados mais recentes relacionadas ao setor de segurança pública do Haiti, que foram influenciados com a chegada da Minustah e, consequentemente, da liderança militar brasileira. Logo, foram utilizadas estatísticas da ONU acerca da taxa de homicídios, número de encarcerados, sobre o tipo dos crimes e comparações. Destaque-se, ainda, que, com o terremoto, foi destruída grande parte dos arquivos e documentos públicos do Estado (SEITENFUS, 2014).

Um dos dados capazes de identificar os efeitos da Minustah no Haiti é a taxa de homicídios, visto que, como já identificado previamente, a comunidade internacional entendia que o dilema haitiano estava intimamente ligado à violência. A taxa de homicídios no Haiti, se for interpretada a partir da tabela 1, abaixo, mostra que o número de vítimas desse tipo de crime quase dobrou, mesmo com a chegada da missão, que possuía um alto caráter securitário.

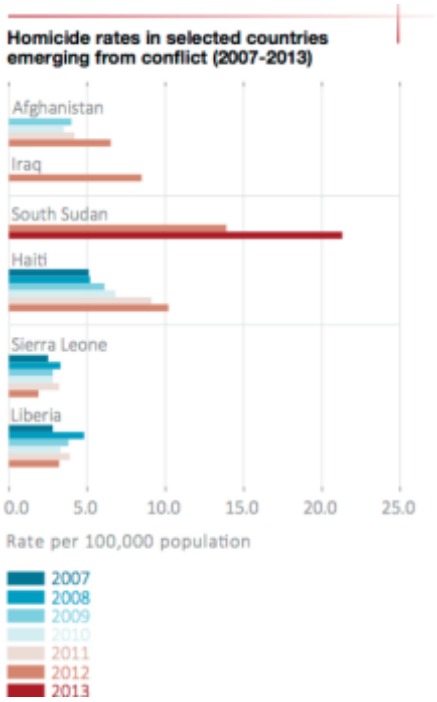
Tabela 1: Homicídios intencionais, números e taxas por 100,000 da população.

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Quantidade	486	498	598	677	914	1033
Média	5.1	5.1	6.1	6.8	9.0	10.0

Fonte: UNODC Statistics. Acesso em 10 set. 2016.

Assim como mostram a tabela 1 e, a seguir, a figura 1, a taxa de homicídios no Haiti foi crescendo no decorrer dos anos desde 2007, e, em 2013, os números foram mais elevados que no Afeganistão, no Iraque, em Serra Leoa e na Libéria. Esses dados demonstram uma inaptidão da Minustah de atuar na area da segurança ao longo dos 12 anos em que está presente naquele país:

Figura 1: Taxa de homicídios do Haiti em comparação com outros conflitos.



Fonte: Global Study on Homicide 2013. Acesso em 10 set. 2016.

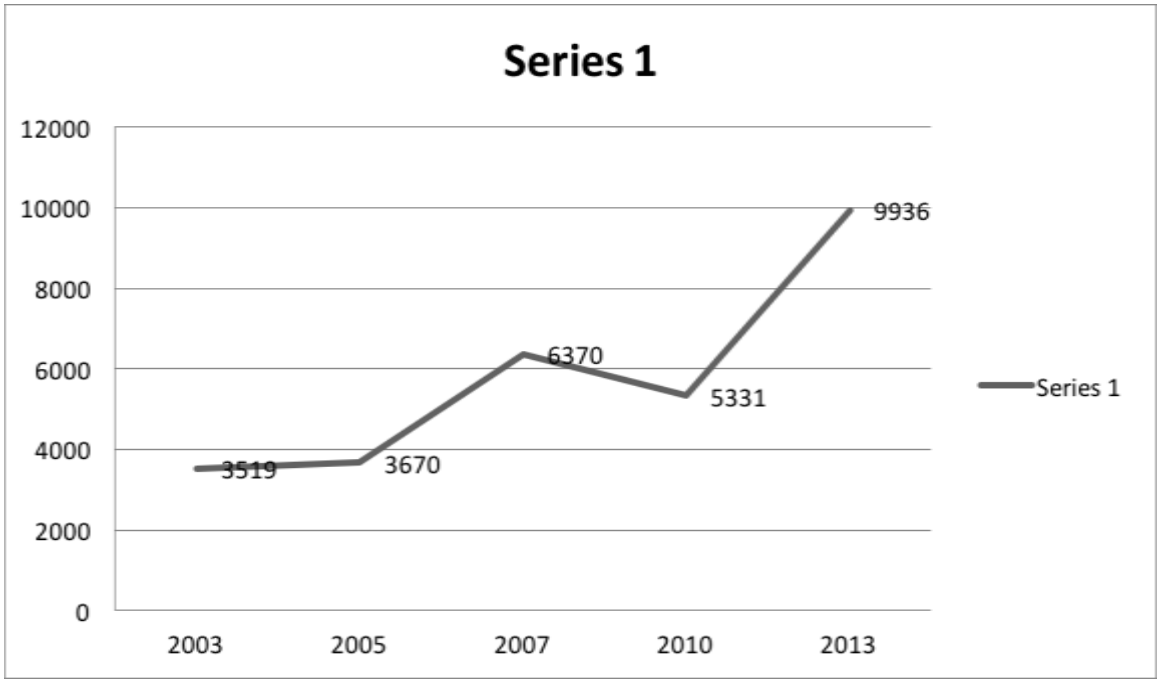
Outra característica da área da segurança, o sistema carcerário do Haiti, exemplifica a ineficiência da Minustah de lidar com a situação haitiana, além de, segundo Seitenfus (2014), acentuar mais um problema que tem crescido no país. Conforme o autor, a inoperância da missão transfere os problemas para um débil sistema prisional que se caracteriza por condições desumanas, em que os detentos são presos sem um julgamento devido. Seitenfus, que visitou uma das principais prisões do país, Prison Crivile, descreveu:

> As instalações físicas da Prison Civile constituem uma afronta ao mais elementar dos direitos humanos dos detentos. Elas infringem normas mínimas previstas tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Artigo 7). Além disso, não são seguras (por exemplo, o aparelho de detecção de metal existe, mas não estava funcionando). (SEITENFUS, 2014, p.180)

Como se não bastasse a incapacidade do estado de lidar com um sistema carcerário ineficiente, o país tem recebido criminosos haitianos que residiam nos Estados Unidos sem sequer

aviso prévio. Da mesma forma, nota-se, a partir da tabela 2, que o número de pessoas aprisionadas ou recolhidas a instituições relacionadas também aumentou consideravelmente, com a chegada da Minustah.

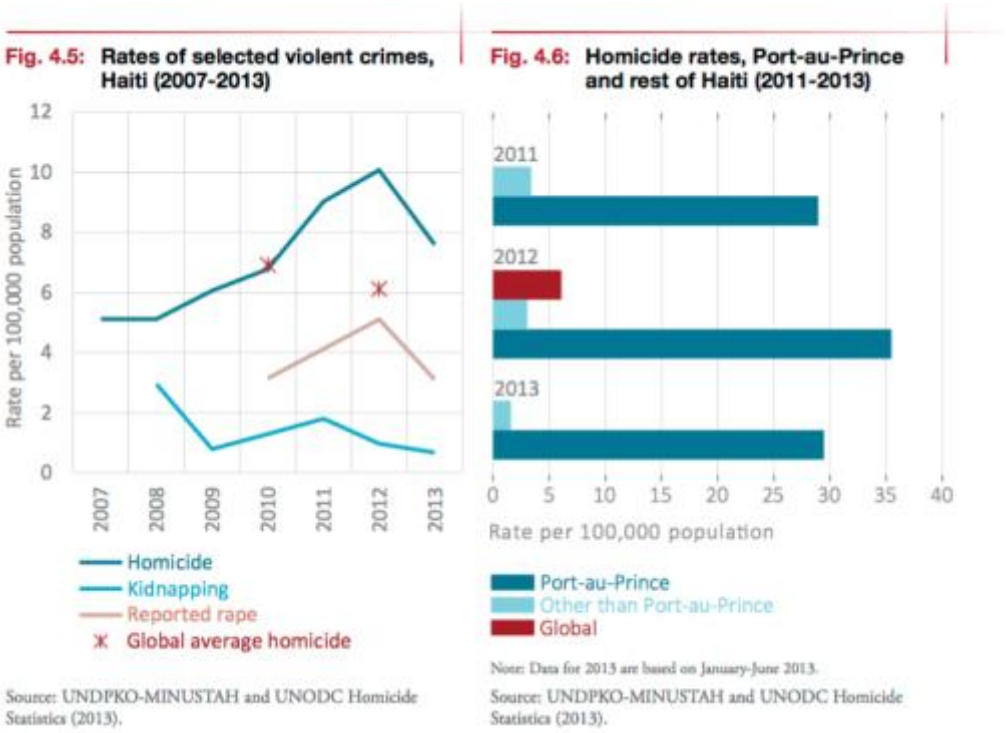
Tabela 2: Total de pessoas aprisionadas, instituições penais ou instituições correcionais.



Nota. Fonte: UNODC Statistics. Acesso em 10 set. 2016.

Por fim, os dados da figura 2, referentes aos índices de homicídios, descrevem que, entre 2007 e 2013, esses crimes estavam, no Haiti, acima da média global. Da mesma forma, o número de homicídios em Porto Príncipe – local de operação das forças brasileiras – manteve-se alto entre 2011 e 2013. Por outro lado, ao contrario dos dados ligados ao homicídio, o crime de sequestro, que se tornou comum no Haiti, sofreu uma queda no índices desde 2009, principalmente após uma onda de crimes deste tipo – inclusive de pessoas pertencentes à classe política do país (SEITENFUS, 2014).

Figura 2. Taxa de crimes violentos selecionados e taxa de homicícios em Porto Príncipe/Haiti.



Fonte: Global Study on Homicide 2013. Acesso em 10 set. 2016.

Os dados utilizados na secção 4 permitiram que fosse compreendida através de dados - mesmo que por vezes escassos - a situação da segurança pública no Haiti ao longo dos 12 anos de Minustah. As estatísticas de organizações internacionais demonstram que a situação da segurança pública no país não demonstrou mudança relevante. Pretende-se por fim, destacar as principais informações trazidas neste trabalho e um balanço do que foi entendido.

5 Considerações Finais

Este artigo se propôs a entender o efeito da chegada do contingente militar brasileiro para a segurança pública no Haiti, que, desde 2004, está sob influência da liderança militar brasileiro no âmbito da Minustah.

Como visto, o Brasil possuía, em 2003, uma política externa "ativa e altiva", que, a partir do princípio de solidariedade e do convite da ONU, recusou-se a dar as costas à escalada de violência que crescia no Haiti. A liderança brasileira do contingente militar da Minustah buscou cumprir os objetivos da missão, notadamente a manutenção da segurança, o fomento do processo político, a realização de novas eleições e o monitoramento dos direitos humanos. As principais ações realizadas pelo grupo brasileiro, como visto em Lessa (2007), foram: atividades de desarticulação e prisão de gangues; ações cívico-sociais, por meio do auxílio na obtenção de recursos básicos; e estabelecimento de tropas no local.

A partir da análise dos dados, fica claro que, apesar das ações brasileiras de emprego da força e da tentativa de desbaratamento de gangues e controle da violência em conjunto com a UNPOL e a PH, os números de homicídios e de encarceramentos continuam aumentando, o que é

comprovável mesmo com a falta de dados mais recentes. Além disso, identificou-se que o Haiti possui uma taxa de homicídios acima da média global e mais alta ou equivalente que países em conflito como Afeganistão, Libéria, Serra Leoa.

Em suma, o estudo acerca do estado da segurança pública no Haiti depois de 12 anos da Minustah sob liderança militar do Brasil, mostra que são necessários mais esforços por parte da Organização das Nações Unidas. Entende-se, a partir do estudo feito, que as instituições políticas em um país subdesenvolvido como o Haiti são muito frágeis e não têm capacidade de dar o mínimo para a população, que fica em estado de desconfiança permanente. É necessário também que mais estudos sejam realizados na área, bem como mais dados sejam divulgados por parte das organizações internacionais que atuam no país. Só assim será possível traçarem-se novas perspectivas para o Haiti, assim como entender-se e superar-se o cenário atual da segurança pública haitiana.

Referências

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz. *Gerenciamento de crises:* o terremoto no Haiti. São Paulo: Porto de Ideias, 2014.

ARTIAGA, Rodolfo Raja Gabaglia. *O Brasil e a Intervenção Humanitária no Haiti, MINUSTAH (2004-2011).* 2012. 107 f. Tese (Doutorado) - Curso de Economia Política Internacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. Ministério da Defesa. *O Brasil na Minustah (Haiti).* Disponível em <http://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti>. Acesso em 11 ago. 2016.

BRASIL. Ministério de Relações Exteriores. *O Brasil e as operações de manutenção da paz da ONU.* Disponível em <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/4783-o-brasil-e-as-operacoes-de-paz>. Acesso em 27 jul. 2016.

CARDOSO, Afonso José Sena. *O Brasil nas Operações de Paz das Nações Unidas.* 1998. 168 f. Tese (Doutorado). Curso de Altos Estudos do Instituto Rio Branco, Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, Brasília, 1998.

DINIZ, Eugênio. *O Brasil e a MINUSTAH*. Security and Defense Studies Review, 5:1. Belo Horizonte: 2005. 19 p. Disponível em <http://www.fes-seguridadregional.org/images/stories/docs/4212-001_g.pdf>. Acesso em 26 ago. 2015.

DIPLOMACIA PÚBLICA. *O Brasil e os dez anos da MINUSTAH.* Disponível em <http://diplomaciapublica.itamaraty.gov.br/82-o-brasil-e-os-dez-anos-da-minustah>. Acesso em: 21 out. 2014.

LUCENA, Larissa Lyryanne M. de. *O Brasil e a Minustah* - ou a busca de parâmetros para uma política externa brasileira "altiva" e "ativa" em Operações de Paz das Nações Unidas. Século XXI, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p.129-149, 2014.

NYE, Joseph S. Jr. *Cooperação e Conflitos nas relações internacionais: uma leitura essencial para entender as principais questões da política mundial*. Rio de Janeiro: Gente, 2009.

ROSA, Renata de Melo; CARVALHO, Amanda Sanches Daltro de. O Brasil e a não-indiferença à crise haitiana: solidariedade ou retórica do discurso? 10.5102/uri.v9i1.1388. *Universitas: Relações Internacionais*, [s.l.], v. 9, n. 1, p.487-509, 16 jun. 2011. Centro de Ensino Unificado de Brasília. http://dx.doi.org/10.5102/uri.v9i1.1388.

SEITENFUS, Ricardo. *Haiti:* Dilemas e Fracassos Internacionais. Ijuí: Unijuí, 2014.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE BUREAU OF DIPLOMATIC SECURITY. *Haiti 2016 Crime & Safety Report.* Disponível em: <https://www.osac.gov/pages/ContentReportDetails.aspx?cid=19193>. Acesso em: 11 ago. 2016.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global Study On Homicide.* 2013. Disponível em <http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/2014_GLOBAL_HOMICIDE_BOOK_web.pdf. Acesso em 11 ago. 2016.

UNITED NATIONS PEACEKEEPING. *What is peacekeeping?* United Nations Peacekeeping helps countries torn by conflict create conditions for lasting peace. Disponível em <http://www.un.org/en/peacekeeping/operations/peacekeeping.shtml>. Acesso em 27 jul. 2016.

VERENHITACH, Gabriela Daou. *A MINUSTAH E A POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA: MOTIVAÇÕES E CONSEQÜÊNCIAS.* 2008. 122 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado do Programa de Pós- Graduação em Integração Latino-americana, Área de Concentração em Direito da Integração, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2008.

VIGEVANI, Tullo; CEPALUNI, Gabriel. A política externa de Lula da Silva: a estratégia da autonomia pela diversificação. *Contexto int.* [online]. 2007, vol.29, n.2, p. 273-335. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-85292007000200002. Acesso em 20 ago. 2016.

VISENTINI, Paulo Fagundes. *A Projeção Internacional do Brasil 1930-2012.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL COMO POLÍTICA DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS E O PODER JUDICIÁRIO

Carla Faria de Souza
Doutoranda PPGSD-UFF.
carlafariacartorio@yahoo.com.br.

Resumo:

Este artigo traz uma análise reflexiva da institucionalização da Mediação no cenário brasileiro, mediante a publicação da Lei 13.105 de 2015 e da Lei 13.140 de 2015, levando em consideração a tendência em trazer para a estrutura do Judiciário a competência em relação à formação, divulgação e desenvolvimento da Mediação no Brasil. Traz como problemática, de uma forma reflexiva, partindo dos pensamentos de Bordieu, a ideia de concentração de poder na sociedade moderna, e de como a concentração do capital especificamente jurídico coloca o direito e os juristas em uma posição de protagonistas neste processo, e a forma como isso se impõe na instituição da Mediação no Brasil, que traz um modelo de Mediação Judicial, ao contrário de diversos outros países que já utilizam a Mediação de Conflitos como forma "extrajudicial", ou seja, a Mediação se desenvolve fora do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Mediação. Administração de Conflitos. Políticas Públicas Judiciárias.

1 Introdução

O presente trabalho pretende analisar a institucionalização da Mediação no cenário brasileiro, o processo de positivação e o marco legal da Mediação, buscando uma reflexão acerca da regulamentação da Mediação Judicial e da atuação do Poder Judiciário como "órgão" competente para a formação, a regulação e o desenvolvimento da Mediação no Brasil.

A análise reflexiva – e de certa forma crítica, sobre a atuação do Judiciário de forma tão abrangente na formação, regulação e no desenvolvimento da Mediação trazem duas premissas que fundamentam o referido questionamento: a primeira seria as características fundamentais do instituto da Mediação, flúido, dialógico, e não se adequaria à estrutura do Judiciário e ao processo, como estabelecido pela Lei 13.105 de 2015 e a Lei 13.140 de 2015; a segunda seria a própria natureza do "serviço judiciário" na implantação desse tipo de política pública, e a decisão de 'utilizar um garfo para tomar sopa, quando lhe faltar a colher' como forma de concentração de poder.

2 A Institucionalização da Mediação

A mediação, utilizada informalmente pela sociedade, diversa daquela que vem sendo institucionalizada nas últimas décadas, sempre esteve presente no contexto social nas relações

interpessoais da sociedade. Seu exercício se dava de maneira informal no seio dos núcleos sociais, e foi superado pela noção de Estado decorrente do contrato social.

Diante da "visão contratualista" que se consolidou ao longo dos séculos e da imposição social do desempoderamento dos indivíduos, a sociedade se acostumou com uma Justiça "adversarial", focada no litígio.

Assim, os Tribunais foram erigidos como um espaço separado e delimitado onde os conflitos das partes se convertiam em diálogo dos peritos do direito, afastando as partes da possibilidade de tomar suas próprias decisões, como já descrevia Bordieu(BORDIEU, 1989, p. 229).

Ainda como descrito por Bordieu, as decisões seriam compromissos políticos e o campo social um espaço social organizado no qual e pelo qual ocorre a transmutação de um conflito direto, ou seja, aquele entre as partes diretamente interessadas e por elas solucionado, no debate juridicamente regulado por profissionais do direito. Caracteriza-se então a perda da relação de apropriação direta dos próprios conflitos pelas partes, erguendo-se um poder transcendente. Deste modo, entrar no universo jurídico, aceitar tacitamente a lei fundamental do campo, conformar-se com o direito para resolver o conflito, é aceitar um modo de expressão e de discussão que implica a renuncia à violência física e às formas elementares da violência simbólica (BORDIEU, 1989, p. 229).

Esse efeito de hermetismo que o funcionamento da Jurisdição causa se desdobra no fato das próprias instituições judiciais produzirem verdadeiras tradições específicas, e particularmente representações próprias e irredutíveis daqueles que não fossem especialistas em direito, adjudicando o conflito e suas soluções segundo uma lógica inacessível às partes (BORDIEU, 1989, p. 233).

A atenção deve se voltar à eficácia simbólica das decisões jurisdicionais, e como ela condiciona a sociedade, pois representaria, segundo as crenças sociais, a forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, enunciada em nome de todos e perante todos.

O que se pode extrair é que, quando em um contexto social determinadas regras são aplicadas por certo tempo, o corpo social não ficará intacto, mesmo que de forma inconsciente são criados certo número de hábitos jurídicos ou morais. Trata-se do efeito de universalização, um dos mecanismos mais poderosos por meio dos quais se exerce a dominação simbólica, ou seja, a imposição da legitimidade de uma ordem social.

Como descreve Bordieu,

> "A norma jurídica, quando consagra em forma de um conjunto formalmente coerente regras oficiais e por definição, sociais, universais, os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, tende a informar realmente as práticas do conjunto dos agentes, para além das diferenças de condição e de estilo de vida: o efeito de normalização, vem aumentar o efeito de autoridade social que a cultura legitima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica. (BORDIEU, 1989, p. 246)"

Assim, a constituição do campo jurídico, delimitado no ordenamento até então sobre a condição de instituição de monopólio, que opera a perda da relação de apropriação direta dos próprios conflitos, é um princípio de constituição da realidade. A tutela jurisdicional mediante o acesso ao Judiciário caracterizou a estrutura objetiva construída ao longo dos últimos séculos, sendo incorporada, legitimada e reproduzida pelos indivíduos.

Dentro desse contexto social hermético, na terminologia utilizada pelo próprio Bordieu, surge a Mediação de Conflitos como uma alternativa, como um instrumento extrajudicializado, e consigo toda uma nova forma de enxergar o Direito.

A cultura consensualista, introduzida pela mediação, opera com forte reapropriação pela sociedade da legitimidade das soluções conflituais, contribuindo para um aprofundamento democrático.

Ao retomar o campo, e a possibilidade de gerir seus próprios conflitos, o que se pretende, pelo menos em um primeiro momento, é apontar a importância da retomada da cidadania, ultrapassando a subjetividade solipsista da Jurisdição tradicional, trazendo novos paradigmas em relação à interação das partes na solução de conflitos.

O Judiciário tem sido considerado o único e mais legítimo dos meios de solução de conflitos, mas seu processo, seu desenvolvimento, não se confunde com o processo de mediação, que possui como diretrizes a informalidade, a independência, a oralidade, a autonomia das partes, e que buscam, principalmente a humanização das relações.

No panorama da modernidade, que desenvolveu o amplo exercício da Jurisdição e do monopólio estatal, com a imposição da ação do Estado, no qual a solução dos conflitos é submetida necessariamente ao determinismo de uma sentença, a ordem é estabelecer uma política dicotômica de perdas e ganhos, agravando sensivelmente as interações humanas, sem compreender a essência dos conflitos. O olhar é meramente externo ao conflito, não se compreendem as pessoas, julga-se o conflito.

O que se percebe é uma desumanização do Direito, e a cada vez maior tecnização de todas as esferas da vida. Ocorre que, em alguns casos, esse sistema legal não seria compatível com o desenvolvimento de espaços públicos de diálogo, cenários pacíficos que busquem estabelecer a integração e a interação entre as pessoas. O exercício da Jurisdição, reforçada pela normatividade e pelo excesso de leis, revela-se insuficiente com a sensibilidade, a alteridade que se espera no mundo pós-moderno.

Trata-se de uma ruptura com os saberes da modernidade, na busca por uma nova concepção, um novo paradigma na forma de pensar o Direito, na mentalidade dos seus operadores, agora entendido como uma pedagogia que ajuda a aprender a viver e não mais como lei que pune o que considera conflitivo.

Essa nova concepção de visão de mundo, que quebra o paradigma da modernidade, traz uma nova cultura, uma nova concepção dos conflitos. As divergências começam a ser vistas como complementares, o que antes se fragmentava, gerava diferenças e distanciamentos, agora deve gerar interação, diálogo, olhar a si mesmo e ao outro, gerar a paz. A meta a ser perseguida é a satisfação das relações humanas, e não acreditar que a finalidade do Direito é aplicar a lei para realizar a justiça.

Trata-se do surgimento de um novo saber, que estabelece uma drástica ruptura epistemológica que vem abolir a totalidade dos métodos e pressupostos cognitivos anteriores, o que implica uma concepção fragmentária e não evolucionista da história da ciência, e que nos conduz à uma cultura pacificadora. Essa nova cultura, no qual se insere a prática da mediação, procura no Direito uma concepção eticamente comprometida com o outro e com a vida, uma cultura jurídica preferivelmente não adversarial.

A mediação surge então como uma proposta transformadora do conflito, no qual não se busca uma decisão por um terceiro, mas a simples resolução pelas próprias partes envolvidas. A mediação não se preocupa com o conflito ou com o acordo, preocupa-se em auxiliar as partes a redimensionar o conflito, a reconstruir simbolicamente a relação conflituosa.

No entanto, quando se debruça sobre o estudo da mediação, é importante lembrar que a intervenção é feita sobre conflitos entre as partes, concebidos perante uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. Mas que quando intervêm em um conflito, os juristas utilizam o senso comum teórico do Direito, reduzindo o conflito à figura do litígio. Esse conceito jurídico de conflito como litígio possui uma visão própria, característica do imaginário jurídico, que representa a face negativa do conflito.

Segundo Warat, o que faltaria ao Direito seria uma "teoria do conflito que nos mostre como o conflito pode ser entendido como uma força de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo".

O que a mediação traz com a teoria do conflito é um novo olhar sobre o conflito, que deixa a visão maniqueísta do mesmo, concebido como 'litígio', e busca o conflito como uma dialética construtiva, como forças opostas, mas não antagônicas, com potencial construtivo. A mediação nos revela a possibilidade de gerenciamento dos aspectos conflitivos como um fator de satisfação vital, substituindo a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.

A Teoria do Direito da Mediação foi concebida como fórmula de humanização das relações humanas – a chamada outridade, e de construção de uma justiça comprometida com a qualidade das relações com a experiência cotidiana das pessoas, e não como mecanismos aplicados mecanicamente, valorados dicotomicamente em um jogo de perdas e ganhos. A partir dessa concepção, o objetivo do Direito não seria meramente de aplicar a lei ou de distribuir justiça, mas de buscar a humanização dos conflitos.

A subjetividade, própria das relações sociais, nos foi retirada e cedida ao Estado; e, em nome dos Direitos Humanos e da cidadania, conduziu o mundo moderno do século XX a um estado de crescente desumanização. Trata-se de um sentido de cidadania que visava apenas o fortalecimento de uma democracia política formal, com uma delegação de poderes na eleição daqueles que irão governar, e que não se compromete com a democracia social, participativa e com a democracia da outridade, que busque uma cultura participativa e de paz.

Warat descreve alguns problemas que considera acerca do exercício de subsunção da Jurisdição, alertando que

> [...] o problema terrível da magistratura é que ela decide os conflitos que lhe são alheios, sem sentir o outro nos conflitos. Encaixa o conflito num modelo normativo, sem sentir as partes. Para os juízes o outro não existe, sempre decidem a partir de si mesmos, de seus egos enfermos. Decidem sem responsabilidade, porque projetam a responsabilidade da norma. Decidem conflitos sem relacionar-se com os rostos. A decisão dos juízes são sem rosto.

Em outra citação do mesmo autor, uma pergunta realizada chama muita atenção,

> Há pouco tempo, em uma aula de mediação, um juiz perguntou-me, como se pode executar um acordo obtido mediante um processo de mediação. Ficou abalado com minha resposta: 'os afetos nunca podem ser executados'. Minha resposta o surpreendeu porque estava raciocinando com os mitos, as crenças, o senso comum dogmático que organiza a cabeça dos juristas em geral. A mediação precisa ser entendida, vivida, acionada com outra cabeça, a partir de outra sensibilidade, refinada e ligada com todas as circunstâncias, não só do conflito, mas do cotidiano de qualquer existência. Quem vai mediar, precisa estar ligado com a vida.

Desta forma, o que se busca com essa proposta de mudança do pensamento moderno é a ideia de uma justiça direcionada ao exercício cotidiano de outridade cidadã, como nova forma de

humanização do Direito, afastando-se um pouco da resolução de conflitos com base meramente normativa, que burocratizou a criação de litígios e distanciou seus operadores de uma cultura de paz. Nas palavras de Warat, "humanizar o Direito é reduzir a sua mínima expressão o poder normativo".

Essas orientações, que buscam visualizar a vida e os conflitos a ela inerentes diante de uma lente transformadora, com a formação de agentes transformadores, evidencia a necessária compreensão da natureza pedagógica que permeia todo processo de aprendizagem intrínseco à mediação, e que foge à visão de conflito como litígio trabalhada pelo Poder Judiciário.

Assim, voltando então ao pensamento de Bordieau, o processo de humanização da sociedade, almejado pelo novo paradigma proposto, se depara com uma realidade social hostil. Vive-se em uma sociedade marginalizada por diversos problemas socioculturais e desprovida de educação, que compreende apenas que "a força da lei", a atuação simbólica dos juristas, mediante um processo adversarial e decidido por um juiz seria apta a trazer segurança jurídica.

Segundo a interpretação realizada por Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira e Hilda Bentes que aponta a Mediação como

> a negação ao que ele denomina de 'senso teórico dos juristas'. Esse posicionamento o conduz a adotar uma atitude contramajoritaria do Direito, a qual aponta para uma concepção transformadora do ensino jurídico e para o surgimento de subjetividades autônomas. Um novo paradigma político jurídico é firmado, que pressupõe abandonar as velhas crenças construídas com a fundação do Estado Moderno e buscar um novo sentido para a realização da política e do direito, exercendo a mediação função primordial de superar o modelo de Direito e constituir-se 'como um componente estrutural do paradigma político e jurídico da transmodernidade'.

O que se pretende, nesse primeiro momento é aclarar a primeira premissa estabelecida, ou seja, que a Mediação não é a regra que prevaleceu na forma de solucionar conflitos. E que o "monopólio da jurisdição", que prevaleceu durante os últimos séculos como a principal forma de solucionar os conflitos sociais, difere completamente do instituto da Mediação, que se caracteriza por sua natureza fluida, dialógica e não adversarial, e que as duas formas de enxergar o Direito, de solucionar conflitos, apesar de validas na medida de suas limitações, possuem fundamentos e premissas distintas, o que dificultaria trabalhar a Mediação dentro do Poder Judiciário, sendo portanto, contrária à sua própria essência.

3 A Mediação no Brasil e o Poder Judiciário

Dentro desse novo contexto social, que rompe com o hermetismo manifestado pelas instituições judiciais, a Mediação desponta, mesmo que forma modesta, como uma nova forma de enxergar o Direito.

A partir de então, tendo como exemplo o desenvolvimento em outros países, começou no Brasil um movimento pró-mediação que, apesar de pequeno, despertava interesse dos profissionais que integravam o meio jurídico brasileiro.

Quando se falava em sua institucionalização no Brasil, o principal objetivo era a formulação de propostas legislativas de institucionalização, que buscavam regulamentar o seu procedimento. Diante desta perspectiva, o termo institucionalização adquire característica normativa e se afasta da

noção sociológica, que estaria ligada, de forma geral, "à organização de ideias, concepções, relações intersubjetivas e padrões de comportamento em torno de um interesse ou finalidade socialmente reconhecidos".

A Mediação continuou a se desenvolver no cenário nacional mesmo sem uma legislação específica, seguindo a tendência internacional de incorporação no seio social de uma mentalidade jurídica voltada para os meios alternativos de solução de conflitos, o que levou o Conselho Nacional de Justiça, órgão de estruturação da política judiciária nacional, a editar a Resolução n. 125, de 2010.

Seguindo essa perspectiva, em 16 de março de 2015, foi publicado o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, a Lei 13.105, que regulamenta as diretrizes e o procedimento de Mediação Judicial; e, em 29 de junho de 2015, foi publicada a Lei n. 13.140, a Lei de Mediação, que trazia os novos e tão esperados parâmetros de desenvolvimento da Mediação no Brasil. Acreditava-se que, para a institucionalização da mediação, seria imprescindível um marco regulatório que estabelecesse parâmetros de desenvolvimento, uma vez que a legislação seria capaz de se adequar a sociedade, que estava imersa em um contexto social onde a regra era "judicializar"(PINHO, 2016, p. 6-7).

A institucionalização da Mediação no ordenamento brasileiro está, em grande parte, associada à regulamentação do instituto por meio de lei e da atuação maciça do Poder Judiciário, como órgão de regulamentação, formação e de desenvolvimento da Mediação.

A Mediação Judicial passou a ser o grande objeto de estudo e de desenvolvimento da Mediação no Brasil, sendo regulamentada pelo Poder Judiciário tanto pelo CNJ, pela Resolução 125/2010, que estabelece suas diretrizes como pelos Tribunais Estaduais, sendo o Poder Judiciário responsável pela formação dos mediadores judiciais, pela estrutura dos Centros de Mediação Judicial(COELHO, 2015).

Toda estrutura de desenvolvimento da Mediação que vem sendo assumida pelo Poder Judiciário e esta se consolidando nas estruturas do serviço judiciário, diferente de outros países como EUA, Alemanha, Itália e Holanda e Reino Unido . Esses países trazem taxas de grande desenvolvimento da Mediação, e apesar de alguns deles estimular de forma clara a Mediação antes de judicializar, como por exemplo nos EUA e no Reino Unido , eles não utilizam a Mediação dentro da estrutura do Judiciário, como se observa no modelo brasileiro de Mediação Judicial(PALO, 2014).

Deste modo, com o esforço na tentativa de incorporação da mediação na estrutura social a partir da histórica e habitual concentração de poder do Judiciário, a reflexão que se impõe, é a seguinte: a partir do pensamento de Pierre Bordieu, seria o Poder Judiciário competente para a institucionalização da Mediação? Ou apenas lhe foi delegada essa competência como decorrência de uma espécie de capital simbólico e legitimaria o Judiciário na assunção de um instituto como a Mediação? Seria o Judiciário competente mesmo quando a sua natureza estrutural adversarial afasta os próprios fundamentos da Mediação? E a Mediação Judicial? Qual seria a intenção de se criar um modelo de Mediação diverso daquele aplicado em outros países, que se desenvolve dentro da estrutura judiciária, e é regulamentado pela norma processual civil como fase que precede o processo judicial?

A intenção não é trazer respostas aos questionamentos propostos, até porque não temos ainda tempo para chegar a quaisquer conclusões epistemologicamente seguras, mas seria possível, no entanto definir alguns pontos importantes, e que devem ser esclarecidos.

De um lado, podemos observar o Poder Judiciário, como o detentor do campo de poder, que exerceu durante anos o "monopólio" da solução de conflitos, e exerce ainda sobre os

jurisdicionados um poder de dependência na solução dos próprios conflitos, baseados no processo de dominação racional-legal, onde os juristas produzem o discurso sobre o Estado, e o campo jurídico ganha autonomia, produzindo uma competência técnica e social de dizer o direito.

Acerca do capital jurídico e da concentração de poder, Frederico Almeida esclarece que

> "A diferenciação do campo e a concentração do capital especificamente jurídicos coloca o direito e os juristas em uma posição de protagonistas nesse processo (Bourdieu, 2005). A adequação moderna da técnica processual do direito romano às demandas de racionalização do Estado moderno em torno do príncipe, obra cultural dos juristas medievais, é apontada, desde Weber (1999), como condição para o sucesso do processo de burocratização e construção da dominação racional-legal. Nesse processo, em que os juristas produzem o discurso sobre o Estado (especificamente o discurso da soberania do príncipe sobre os interesses particulares e o discurso do Estado de direito), o campo jurídico também ganha autonomia relativa, produzindo uma espécie própria de capital simbólico – o capital jurídico –, consistente numa competência técnica e social de se dizer o direito, que significa, em última análise, o poder de se interpretar e afirmar a visão oficialmente justa ou legítima da ordem social (Bourdieu, 2007a, 2007b)."(ALMEIDA, 2016. p. 214)

Essa legitimidade concedida pelo hábito social teria levado o Poder Judiciário a assumir, mesmo não sendo sua função específica, mesmo não sendo característica de sua natureza, a institucionalização da Mediação como política pública de resolução de conflitos, e de outras políticas que não são decorrentes da sua natureza.

O Judiciário seria, nesta visão, o único poder hábil a institucionalizar a Mediação, competência que decorre da concentração do poder e do capital simbólico que carrega, em detrimento dos outros poderes.

Assim, a Mediação Judicial e atuação política do Judiciário na institucionalização da Mediação seriam, dentro dessa perspectiva, a grande solução para a efetividade da Mediação, pois só assim, com a aplicação das leis que instituíram a Mediação essa modificação da cultura adversarial de solução de conflitos seria possível.

4 Conclusão

O propósito maior do presente artigo é refletir se, mesmo que a consagração da concentração de poder em relação ao Judiciário venha a coloca-lo na posição de órgão responsável pela institucionalização da Mediação, "quando outros não poderiam fazê-lo com tamanha credibilidade", teria ele essa função já que a atividade desenvolvida em muito difere das características da Mediação. Se o Judiciário não estaria sendo utilizado como "garfo para tomar sopa", quando o necessário seria procurar por uma colher.

A única conclusão que é possível chegar, e de fato não responde às reflexões formuladas, é que a utilização do Poder Judiciário na institucionalização da Mediação encontra-se consolidada no ordenamento jurídico brasileiro e que vem se desenvolvendo ao seu modo. Se positivo ou negativo, ainda não é possível aferir devido à brevidade da sua prática. Mas um aspecto é importante ressaltar, sempre que se utiliza um "garfo para tomar uma sopa, a maior parte do conteúdo escorre e se perde".

Referências

ALMEIDA, Frederico de. OS JURISTAS E A POLÍTICA NO BRASIL: PERMANÊNCIAS E REPOSICIONAMENTOS. Lua Nova. 2016, n.97.

BARBADO, Michelle Tonon. Reflexões sobre a institucionalização da Mediação no Direito Positivo Brasileiro. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 206. Disponível em: http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/reflexoes-sobre-a-institucionalizacao-da-mediacao-no-direito-positivo-brasileiro. Acesso em: 30 nov. 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: Alguns Mitos. Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. n. 17, p. 159. Disponível em:http://www.ablj.org.br/revistas/revista17/revista17%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA0001.pdf. Acesso em: 05 dez. 2015.

BORDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradutor Fernando Thomaz. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.74, 1994.

COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da Cultura dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos: Uma urgência para o Brasil. In ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Cords.). Arbitragem e Mediação – a reforma da Legislação Brasileira. São Paulo: Atlas, 2015. CPR. Disponível em: https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01. Acesso em: 22 nov. 2015.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação & Judiciário no Brasil e nos Estados Unidos: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

HILL, Flavia Pereira; ASSMAR, Gabriela. et al. In: Marco Legal da Mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Cord. Durval Hale; Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou a matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 148.LEMES, Selma Ferreira. Os procedimentos arbitrais e as funções dos advogados. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo35.pdf. Acesso em: 06 dez. 2015.

LEMES, Selma Ferreira. Os procedimentos arbitrais e as funções dos advogados. Disponível em: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo35.pdf. Acesso em: 06 dez. 2015.

PALO, Giuseppe. 'Reebooting' que meditation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf. Acesso em: 12 nov. 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Marco Legal da Mediação no Brasil – Comentários à Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Cord. Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral. São Paulo: Atlas, 2016.

REZENDE, Caroline Gaudio. Semelhanças entre o projeto do Novo Código de Processo Civil com o Civil Procedure Rules (Código de Processo Civil Inglês). Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 7. v. XI. p. 46-66. jan-jun. 2013.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. O Estado-Jurisdição em Crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo, 2007. p.285-286. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp042690.pdf. Acesso em: 24 out. 2015, às 17:44.

A REPERCUSSÃO GERAL DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 9-A DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Rodrigo Grazinoli Garido,
Biomédico; Grad. em Segurança Pública; M.Sc.; D.Sc.;
Pós-Doutor em Genética-UFRJ;
Professor Adjunto PPGD-UCP; Professor Adjunto FND-UFRJ;
Perito Criminal IPPGF-PCERJ;
Jovem Cientista do Nosso Estado-FAPERJ;
E-mail. grazinoli.garido@gmail.com

Thiago Rodrigues-Pereira,
Mestre e Doutor em Direito. Pós-Doutor em Direito-UCP;
Pós-Doutorando em Filosofia-UFRJ;
Professor Adjunto PPGD-UCP; Professor Adjunto UERJ;
E-mail. prof.thiagorp@gmail.com

Resumo:

Buscou-se lançar luz sobre os fundamentos que sustentam a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei de Execução Penal que tornou obrigatória a identificação do perfil genético de condenados por crime hediondos e a introdução desses dados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG). Tal alegação levou à interposição de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais com reconhecimento da repercussão geral pelo STF. Para tanto, foi feita uma análise do BNPG e de suas contradições constitucionais, bioética e criminológicas. Fez-se também uma revisão doutrinária sobre o instrumento da Repercussão Geral usada pelo STF. Assim, parece a obrigatoriedade da doação de material genético para certo grupo de condenados, sem uma perfeita determinação do tempo pelo qual tais dados serão mantidos no BNPG afrontaria princípios constitucionais básicos, como o da autoincriminação e o de permanecer em silêncio. Apesar de legislações como esta ser encontrada em outros países e acompanhar demandas sociais em tempo de controle, parecem gerar temerárias flexibilizações de direitos. Conclui-se que admitir tal flexibilização de princípios constitucionais ferirá de morte a CRFB/88, pois, o sentido de tais princípios protetivos, são absolutamente claros, e necessários dentro de uma Estado Social Democrático de Direito.

Palavras-chave: genética forense. banco de perfis genéticos. persecução penal. repercussão geral.

1 Introdução

A despeito das tecnologias de vigilância estar entre as discussões mais atuais, desde a instalação do Estado Moderno, há coleta de informações sobre populações, no intuito de governá-las (RICHTER, 2016). As tecnologias vêm mudando, mas o controle social se mantém, de forma que ainda são comuns as propostas de atuação diretamente sobre os corpos, como no estabelecimento de Bancos de Perfis Genéticos para persecução penal.

Bancos de perfis genéticos com fins de persecução penal vêm sendo estabelecidos há mais de vinte anos nos EUA e no Reino Unido e são atualmente utilizados em todo o mundo por mais de sessenta países. No Brasil, a partir da Lei n° 12.654/2012 passou-se a admitir ou mesmo obrigou-se a coleta e armazenamento de dados em bancos de perfis genéticos com interesse criminal (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

Ainda segunda esses autores, esta ferramenta estabelece uma nova forma de investigação, contribuindo para a resolução de crimes. Entretanto, há muitas contradições constitucionais e bioéticas sobre a coleta, o depósito e a utilização de dados genéticos, principalmente por permitir uma aplicação discriminatória na forma de uma Criminologia Genética.

Essas contradições levaram à interposição de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e reconhecimento da repercussão geral pelo STF. Mais especificamente, o recurso questiona a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, que tornou obrigatória a doação de material biológico para a identificação do perfil genético dos condenados por crime hediondos e a introdução desses dados no Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), instituído posteriormente pelo Decreto 7.950/2013.

Assim, por meio de pesquisa exploratória, a ser desenvolvida a partir de documentação indireta de fontes secundárias como livros e artigos e de fontes primárias da legislação brasileira, buscou-se avaliar os fundamentos que sustentam a alegação de inconstitucionalidade do referido dispositivo e os procedimentos utilizados pelo STF no reconhecimento da repercussão geral.

2 Bancos de Perfis Genéticos no Mundo e a Implantação do BNPG

O Ácido Desoxirribonucleico (DNA) foi descoberto em 1869 pelo bioquímico suíço Johann Friedrich Miescher, mas foi apenas em 1953 que os cientistas James Watson e Francis Crick identificaram a estrutura tridimensional dessa molécula. A partir daí, diversos foram os avanços biotecnológicos que auxiliaram no desenvolvimento de vários fatores relacionados diretamente ao ser humano. Além de novas técnicas de diagnóstico e prevenção de doenças, surgiram métodos de identificação humana por meio material genético.

Dessa forma, a identificação humana por DNA permitiu um significativo avanço nas questões de paternidade, desastres em massa, desaparecimentos e a construção de bancos de perfis genéticos com fins de persecução penal. Ainda na década de 1990, os pioneiros na criação de bancos de perfis genéticos e utilização desse material para identificação e persecução criminal foram o Reino Unido e os Estados Unidos da América (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

De acordo com dados da INTERPOL (2017), mais de setenta países possuem banco de dados de perfis genéticos. Contudo, a legislação acerca da inserção dos perfis genéticos e das comparações nos bancos de dados apresentam diferenças entre eles. Em alguns países, por exemplo, apenas criminosos condenados são incluídos no banco de dados e em outros, especificamente condenados por alguns crimes mais graves vão para o banco.

É claro que o advento dos bancos de dados de perfis genéticos com fins penais em diversos países poderia ser interpretado como um dispositivo de controle, que permite a vigilância constante da população pelo Estado (DELEUZE, 1990; ALMEIDA e GARRIDO, 2016).O aumento da vigilância está cada vez mais evidente na modernidade tardia, onde o medo do crime, do terrorista, do hacker é cada vez mais presente (BAUMAN, 1999).

Os países da União Europeia, p.ex., a partir de 2005, com o Tratado de Prüm, passaram a compartilhar de informações, inclusive genéticas, entre suas agências de segurança. Inicialmente, o tratado contava com Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Holanda e Áustria, posteriormente, mais 20 países europeus se tornaram signatários, como descrito pelo Center for European Policy Studies (GARIDO e RODRIGUES, 2015).

No oriente, a China estabeleceu seu banco de dados de DNA em 2004, porém Hong Kong possui sua própria base desde 2001. Ge e colaboradores (2014) estimam que em mais de 20 milhões de perfis compondo o banco chinês. J+a na África do Sul teve seu banco de perfis genéticos com fins criminais estabelecido ainda não oficialmente em 1997. Contudo, somente após a "Lei DNA" de 2013, foi estabelecida a expansão, regulação e administração de um banco de dados nacional, conhecido como National Forensic DNA Database of South Africa (NFDD). Também na Austrália, segundo dados da Australian Criminal Intelligence Commission, há bancos de dados de DNA em cada um dos seus seis estados e dois territórios e um Crim Trac's National Criminal Investigation DNA database (NCIDD), permitindo as comparações dos perfis genéticos (FGPI, 2017).

Na vizinhança do MERCOSUL, a Argentina possui o Banco Nacional de Dados Genéticos, organismo autônomo e autárquico da estrutura do Ministério de Ciência, Tecnologia e Inovação Produtiva. Este repositório teve sua origem através da Lei 23.511 de 1987 no Serviço de Imunologia o Hospital Carlos G. Durand. O objetivo inicial era atuar na identificação de vítimas de crimes contra a humanidade promovidos pelo governo totalitário que persistiu naquele país até 1983. Posteriormente, em 2009, pela lei 26.548, foi modificado para permitir o uso forense (GARIDO e RODRIGUES, 2015).

No Brasil, antes do estabelecimento do banco, ocorreu-se a implantação do CODIS (Combined DNA Index System) em 2009. Esse software foi criado em 1998 nos EUA e permite comparar entre dos perfis genéticos cadastrados no sistema o que, al+em de contribuir com a descoberta de paradeiros, proporciona uma identificação rápida de criminosos reincidentes (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

A partir do software CODIS, os perfis genéticos são inseridos no banco de dados sob a forma de alelos das sequências de DNA denominadas microssatélites (STR – short tandem repeat). Estas regiões são altamente polimórfica, ou seja, apresentam variações que possibilitam diferenciar pessoas. A análise dos STRs é feita por uma técnica de biologia molecular chamada Reação em Cadeia da Polimerase (PCR) que promove a amplificação do material genético de interesse com iniciadores (primers) específicos (BUTLER, 2005).

Em 2012, foi promulgada a Lei 12.654, alterando a Lei de Identificação Criminal e a Lei de Execução Penal. No entanto, foi apenas um ano depois que o Decreto nº 7.950/2013 institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

Assim, tornou possível a identificação criminal pelo material genético a partir da sua coleta e armazenamento em bancos de dados. O ponto nevrálgico dessa legislação seria ter tornado obrigatória a coleta do material biológico e a identificação do perfil genético de condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990.

Não se questiona que esta nova forma de investigação criminal possa contribuir para a resolução de crimes. No entanto, é preciso reconhecer quais os caminhos que levaram à demanda social por esse tipo de legislação e considerar as contradições legais, criminológicas e bioéticas que envolvem o controle de corpos por meio da coleta, estocagem e utilização do material genético, sobretudo da coleta obrigatória do condenado (DE ALMEIDA e GARRIDO, 2016). Até porque, já

foi reconhecido que a aprovação dessa legislação foi realizada sem a devida discussão democrática (SCHIOCCHET, 2014).

3 Bioética, Criminologia e Legalidade do Banco de Perfis Genéticos

A genética forense, alcançou posição de destaque nas varas criminais e de família, tornando-se um recurso "irresistível e imperioso" e passando a fundamentar as decisões dos magistrados. Segundo Machado (2011), os genes passam a revelar "a verdade da essência humana (quem somos, quem seremos) ou a verdade da conduta humana (quem é culpado e quem é inocente)".

No que se refere aos bancos de perfis genéticos, a capacidade probante da genética forense se mostra potencializada. Dessa forma, Callegari, Wermuth e Engelman (2012) consideram que é comum cair na armadilha de querer antecipar o risco, evitando que se transforme em situação real de perigo e, assim, aplicando a medida penal sobre cogitações ou predisposições.

Na verdade, a questão relacionada à constitucionalidade dos bancos de dados de DNA é anterior à publicação da Lei nº12.654 (SCRIBONI, 2012). O presidente da Academia Brasileira de Direito Constitucional considerava o projeto inconstitucional, uma vez que a lei obrigaria a cessão do material genético e, assim, a autoprodução de prova contra o doador. Contudo, outras vozes negavam inconstitucionalidade, reconhecendo na doação na obrigatoriedade um direito do Estado, visando o interesse público. Além disso, consideravam que a negativa do fornecimento de dados de identificação já encontra punição na Lei de Contravenções Penais. E, nada se relacionaria com produção de prova contra si, uma vez que a doação obrigatória se daria após uma condenação e não para tal. Da mesma opinião compartilhava um Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Este acrescentava que a ao tornar compulsória a doação, proteger-se-ia 99,9% da população, excluindo os criminosos perigosos.

Radicalmente contrário, Romano (2014) se mostrou assombrado pela possibilidade de identificação criminal pelo DNA, introduzida pela Lei n° 12.654/2012. Em um conjunto de inconstitucionalidades mencionadas por este autor, pontua-se que a identificação criminal deve ser utilizada apenas nas condições excepcionais sob a luz do artigo 5º LVIII da Constituição Federal. Além disso, acredita que o Banco de Perfis Genéticos também coloca em risco as garantias constitucionais quanto ao direito à intimidade do indivíduo (artigo 5º X). Assim, em suas palavras: "É o ressurgimento perigoso, no direito brasileiro, da escola de Lombroso, do direito penal do autor.".

Não há dúvida que o estabelecimento de bancos genéticos auxiliam na investigação criminal, haja vista o número de casos resolvidos pelo FBI com essa tecnologia (FBI, 2017). Em países como EUA e Reino Unido, que se utilizam de banco de dados de perfis genéticos há mais de vinte anos, a taxa de elucidação de homicídios alcança 65% e 90%, enquanto no Brasil não ultrapassa 8% (ENASP, 2012). Contudo, devem-se tomar os cuidados necessários para que o domínio de informações genéticas não implique em uma nova visão biológica do crime (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

Além disso, de acordo com Garrido e Rodrigues (2015), não se pode afastar de plano que a doação obrigatória contraria o princípio nemo tenetur se detegere, pois os dados inseridos no banco após a condenação, servirão exatamente para produção de prova em eventuais outras investigações

que tiverem evidências depositadas, dependendo de comparação. Seria como se estes condenados, obrigados a doar material para o BNPG, passassem a ser os primeiros suspeitos de todos os crimes com evidências no banco.

É claro que não se deve sustentar radicalmente argumentos de que os dados genéticos serão diretamente utilizados para ações discriminatórias relacionadas a características físicas ou propensões a doenças, muito menos que determinaria características comportamentais, especialmente vinculadas a condutas violentas. A legislação brasileira sobre o banco de perfis genético garante que as amostras dos bancos de dados serão sigilosos e que os marcadores genéticos utilizados não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais, exceto determinação genética de gênero. Contudo, é sabido que a frequência de determinados alelos autossômicos, bem como de marcadores de linhagem, vinculam determinados grupos com origem geográfica semelhante, que coevoluíram (GARRIDO e RODRIGUES, 2015).

De forma geral, a doação e análise de material genético deve sempre seguir as recomendações da Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, com vistas ao respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (UNESCO, 2003), valorizando-se principalmente o consentimento dos doadores. Por outro lado, a Declaração da UNESCO abre a possibilidade de serem estipuladas restrições ao princípio do consentimento por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos (UNESCO, 2003).

Assim, a lei brasileira e congêneres alienígenas tornaram compulsória a coleta para certos grupos. Todavia, a lei pátria garantiu que a obtenção do material biológico fonte de DNA seja feita por técnica indolor, reafirmando o princípio da não maleficência.

No entanto, a despeito de se considerar um afronto aos Direitos Humanos, a adição de dados de não condenados e sua manutenção indeterminada após cumprimento das penas, esta prática parece inexoráel, mesmo nos países que restringem tal período, como Portugal. Na palavra de juristas e cientistas, fica claro que em futuro próximo, serão alargadas as restrições impostas pela lei (MACHADO, 2011).

Há muitos pontos de vista conflitantes entre países detentores de bancos de dados de DNA com fins criminais no que diz respeito à manutenção dos dados. No Reino Unido, desde a implantação do sistema, as amostras de condenados são mantidas no banco depois de cumpridas as penas. Contudo, esta prática suscitou em 2008 a condenação do Estado pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso S. AND MARPER vs. THE UNITED KINGDOM (UK, 2008). Depreende-se daí que os Estados titulares de amostras de DNA de indivíduos presos, mas que são posteriormente absolvidos ou tenham as acusações retiradas, não devem manter as informações biométricas custodiadas.

No Brasil, apesar de inúmeras questões suscitarem questionamentos quanto à constitucionalidade do BNPG, o que objetivou Recurso Extraordinário impetrado junto ao STF foi o art. 9º-A introduzido à Lei no 7.210/1984 - Lei de Execução Penal - pela Lei 12.654/2012, que tornou obrigatória a doação de material biológico para a identificação do perfil genético dos condenados por crime hediondos. O STF reconheceu a Repercussão Geral da matéria, modelo de controle da constitucionalidade que será melhor apresentado a seguir.

4 Sobre a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário

O presente estudo busca analisar o BNPG, incluindo sua compatibilidade com a constituição federal brasileira de 1988. O tema BNPG chegou ao STF via recurso extraordinário, recurso que permite ao recorrente questionar a compatibilidade de uma decisão a quo com o texto constitucional. O recurso extraordinário é um instituto que faz parte do controle de constitucionalidade brasileiro. O modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, após a CRFB/88, passou a ser dividido em controle de constitucionalidade preventivo[2] e controle de constitucionalidade repressivo difuso e concentrado[3].

O que mais interessa ao presente estudo é justamente o modelo difuso de controle de constitucionalidade repressivo. Esse modelo nasceu nos Estados Unidos da América e foi trazido para o Brasil, já na primeira constituição republicana de 1891, por influência de Rui Barbosa.

Por esse modelo, qualquer cidadão, com capacidade postulatória, teria legitimidade ativa para propositura de uma ação objetivando a realização do controle difuso de constitucionalidade. Outra peculiaridade desse modelo é que qualquer membro do Poder Judiciário possui competência para fazer o controle difuso de constitucionalidade.

Em âmbito do STF, a forma mais comum de controle difuso, também conhecido como incidenter tantur[4], ocorre via Recurso Extraordinário. Por esse instituto, um cidadão pode recorrer a corte máxima sempre que uma decisão, via de regra, exarada por um tribunal regional federal ou tribunal de justiça (órgãos de segundo grau), que reexaminou uma sentença de primeiro grau em sede recursal, estiver violando texto expresso da constituição. A previsão do Recurso Extraordinário se encontra no artigo 102, III da CRFB/88:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
> a) contrariar dispositivo desta Constituição;
> b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
> c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
> d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal[5].

---

[2] O Controle de constitucionalidade preventivo de constitucionalidade, como o próprio nome diz, visa evitar que uma norma jurídica, eivada de inconstitucionalidade, adentre ao ordenamento jurídico. Apesar de alguma discussão, é pacífico na doutrina dois exemplos desse modelo preventivo. O primeiro, seriam as comissões de constituição e justiça, que emitem parecer prévio sobre a constitucionalidade de um projeto de lei ou de emenda à constituição, antes da sua votação no plenário do parlamento. O segundo exemplo, seria o veto presidencial, que ocorre quando o presidente da República veta um texto legal, aprovado pelo plenário no Parlamento, sob o fundamento de que o mesmo estavam eivados de inconstitucionalidade.

[3] Apesar de encontrarmos uma forma embrionária de controle de constitucionalidade concentrado já no texto constitucional de 1946, somente na CRFB/88 que o modelo concentrado é efetivamente implementado, além da mera representação de inconstitucionalidade até então existente. Com isso, nasciam a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva, e, por último, já via emenda à constitucional nº 3, a arguição por descumprimento de preceito fundamental.

[4] O controle difuso de constitucionalidade difuso também é conhecido como *incidenter tantun* pois não se consubstancia no pedido principal, mas sim um incidente processual, ou mais precisamente, seria a causa de pedir da ação. Em um caso concreto de pedido de repetição de indébito tributário com fundamento na inconstitucionalidade de uma lei hipotética "X", o pedido será a devolução dos valores pagos em razão de norma inconstitucional, e a causa de pedir será a inconstitucionalidade da referida norma.

[5] Conforme aponta STRECK (2014, p. 585), diferente do que ocorre no direito lusitano, espanhol, francês e alemão, o recurso extraordinário brasileiro não apenas decide as questões envolvendo a compatibilidade constitucional

A repercussão geral foi instituída em nosso ordenamento jurídico pátrio, com o advento da emenda à constituição número 45 de 2004, onde foi acrescido o parágrafo terceiro ao artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88:

> §3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-la pela manifestação de dois terços de seus membros.

Quando o Poder Constituinte derivado instituiu o dispositivo constitucional mencionado, criando a repercussão geral, inovou no ordenamento jurídico, trazendo uma exceção no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88 que afirma que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". E mesmo na ausência de lei, o juiz deverá, de acordo com a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB exarar a decisão correta com base em seu artigo 4º que afirma que "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Com o advento do §3º do artigo 102 da CRFB, houve a instituição da repercussão geral da questão da constitucionalidade como um novo requisito de admissibilidade a ser enfrentado pelo STF para poder adentrar no mérito do recurso extraordinário. Assim, o STF ganhou uma importância prerrogativa de selecionar os casos que entende que deva julgar6 (SARLET; MARINONI e MITIDIEIRO, 2015, p.997).

A criação desse requisito, não previsto originalmente no texto constitucional, é, nas palavras Mendes e Streck (2014, p. 2989)

> uma resposta "darwiniana" do sistema jurídico ao modo fragmentário de decidir vigorante no país. O instituto ingressa no ordenamento de modo similar às Súmulas com efeito vinculante. Embora as críticas que possa provocar, parece não restar dúvida que a Repercussão Geral se apresenta como um importante instrumento que pode vir a fortalecer a integridade e coerência da jurisprudência.

Assim, quando interposto o recurso extraordinário, a Presidência do STF fará a primeira aferição da existência de repercussão geral, que após, será distribuída, por sorteio, para um relator, que dentre outros requisitos processuais recursais para a sua admissibilidade, fará nova averiguação da existência de repercussão geral. Admitindo existir a repercussão geral, o relator poderá ouvir manifestação de terceiros (amicus curiae) que possam auxiliar na cognição dos ministros. O relator irá elaborar seu relatório, e enviará o mesmo, eletronicamente, para os demais ministros da corte, que terão 20 dias para se manifestar. Se após o prazo 2/3 dos ministros não se manifestarem pela procedência da repercussão geral, esta será declarada presumida e levada a julgamento. Se a maioria da corte entender de forma contrária ao relator, o recurso extraordinário será redistribuído por sorteio a um ministro diferente, para continuação do julgamento de mérito do recurso.

---

questionada, mas também a questão do m´rito da ação. Nesses países, onde apenas é adotado o controle concentrado de constitucionalidade, após a cassação da sentença, a corte constitucional devolverá ao tribunal de origem para que este emita nova decisão.

[6] Tradicionalmente o Brasil não optava em conceder tais prerrogativas a qualquer tribunal, ou seja, de escolher os casos que entende existir relevância para julgar. Se os requisitos legais estivessem previstos, o tribunais, incluindo o STF deveriam julgar o mérito da ação ou recurso. No modelo norte-americano, a Suprema Corte tem essa possibilidade de escolher os casos a ela submetidos que tenham um real relevância e que por isso mereceriam ser apreciados pela corte máxima estaduninense.

Importante mencionar que o STF poderá sobrestar o julgamento de todas ações em trâmite, cujo fundamento seja o analisado no recurso extraordinário julgado, e após o seu julgamento, poderá ser julgado com base na decisão do STF, tendo em vista sua decisão ser erga omnes, ou, como afirma STRECK (2014, p. 591), "promovendo verdadeira vinculação vertical da decisão proferida pela Corte Superior".

Diante da importância da repercussão geral do recurso extraordinário, o recorrente deverá sempre mencionar, explicitamente, os fundamentos que demonstram a existência da repercussão gral, sob pena do mesmo ser inadmitido, não cabendo qualquer forma de presunção (STRECK, 2014, p. 594).

Uma importante crítica ao instituto da repercussão geral diz respeito a escolha do recurso extraordinário a ser analisado, sempre que existam vários outros que versem sobre a constitucionalidade do mesmo instituto. Com isso, quando múltiplos recursos extraordinários são distribuídos com fundamentos com idêntica controvérsia constitucional, O presidente do STF ou o relator sorteado irá selecionar o recurso ou os recursos que irão nortear a discussão na corte, e irá determinar o sobrestamento dos demais, devolvendo-os para os seus respectivos tribunais de origem. A crítica pertinente consiste em entender como essa escolha será feita, pois nem sempre o recurso melhor fundamentado, embasado, será o escolhido, podendo com isso haver algum prejuízo para o(s) recorrente(s).

Por mais que cause um estranhamento inicial, resta inegável a importância do requisito da repercussão geral, pois, o número de recursos extraordinários interpostos ao STF praticamente obstaculiza uma boa prestação jurisdicional da corte máxima brasileira, principalmente em relação a sua função precípua, a de guardião da constituição, e de órgão julgador do controle de constitucionalidade repressivo concentrado.

Os recursos extraordinários correspondem hoje a noventa por cento da quantidade de processos no STF, o que demonstra realmente a necessidade de um instituto que limite o acesso a corte suprema brasileira, visando assim diminuir consideravelmente o problema de acúmulo processual no STF. Com isso, conforme mencionado, poderá o STF se focar nas questões constitucionais mais relevantes ao país (MENDES e STRECK, ano, p. 2988).

Portanto, não resta dúvida que o STF necessita julgar um número infinitamente menor de processos, seja em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seja em sede de controle difuso de constitucionalidade. Contudo, a finalidade precípua de mecanismos gerais como a repercussão geral, e até a súmula vinculante, deveria ter m mente, mais do que simplesmente perseguir o princípio da celeridade processual, garantir a previsibilidade das decisões judiciais. Não deve a repercussão geral ser pensada como mero instituto para obstaculizar o acesso à justiça, mas para aprimorar tal acesso.

Assim, segue a sina do direito brasileiro. Por desconhecimento hermenêutico, do direito constitucional e de filosofia geral e do direito, o direito ainda se fecha em si mesmo, confundido os sistemas constitucionais, sem entender o que seja efetivamente um caso concreto e principalmente com uma escolha por amostragem absolutamente ilegítima e até inconstitucional, vamos fragilizando o acesso à justiça e principalmente o direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada.

Contudo, esse é o atual modelo, devendo os pensadores e aplicadores do direito procurar contribuir para que o modelo adotado seja, com o passar dos anos, melhor aprimorado, fortalecendo assim o próprio texto constitucional, e por conseguinte, o próprio Estado Social Democrático de Direito brasileiro.

5 Da Inconstitucionalidade do BNPG

A análise sobre a constitucionalidade do BNPG se mostra absolutamente necessária, tendo em vista o norte hermenêutico constitucional sempre foi garantista, com um texto constitucional sempre preocupado com direitos e garantias fundamentais.

Em relação a questão de produção de provas contra si mesmo, este é um princípio constitucionalmente assegurado pela Constituição Brasileira de 1988 com a combinação dos incisos LV e LXIII do artigo 5º que afirma:

> LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Apesar dos dispositivos constitucionais supramencionados não versarem exatamente sobre a produção específica de provas, principalmente em relação a produção de provas ligadas aos avanços da genética e do Biodireito, a jurisprudência pátria sempre entendeu tais dispositivos da forma mais protetiva possível.

O direito de não se autoincriminar corresponde para o Supremo Tribunal Federal – STF um verdadeiro corolário do chamado devido processo legal[7], não podendo ser olvidado nem pelo Poder Constituinte Derivado, nem para o Legislador infraconstitucional e muito menos pelos membros do Poder Judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ também já se manifestou diversas vezes sobre esse assunto, seguindo o entendimento do STF, corroborando com o entendimento da vedação a obrigatoriedade do réu em produzir provas contra si mesmo. Esse entendimento do STJ foi sufragado no Recurso Repetitivo versando sobre a obrigatoriedade do bafômetro, entendeu que ninguém poderia "ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar[8]".

---

[7] Sobre a importância do direito de não se incriminar e dele derivar do princípio do devido processo legal, o STF afirmou que: *"A essencialidade do postulado do devido processo legal, que se qualifica como requisito legitimador da própria "persecutio criminis". – O exame da cláusula referente ao "due process of law" permite nela identificar alguns elementos essenciais à sua configuração como expressiva garantia de ordem constitucional, destacando-se, entre eles, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis "ex post facto"; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação)".* (HC 111567, Relator Celso de Melo

[8] O STJ firmou o entendimento da vedação da autoincriminação afirmando: PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. 1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. 3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito

Não se nega a possibilidade de evolução do direito, enquanto ciência, do direito, pensado como ordenamento jurídico, e também o direito pensado como resultado da produção jurisdicional, mas sempre dentro de uma razoabilidade e também dentro dos limites previstos no texto constitucional.

O Poder Judiciário brasileiro vem sofrendo fortes críticas em razão, na melhor das hipótese, de um ativismo judicial exacerbado, mas que por muitas vezes é tão exacerbado que acaba por usurpar a função legiferante do Poder Legislativo.

Sobre essa atual postura mais ativa do que deveria do Poder Judiciário, muito se deve aos problemas facilmente perceptíveis por que passa o Poder Legislativo brasileiro, envolvido, principalmente no século XXI, com diversos problemas relacionados a casos de corrupção e uma fragilidade e "apequenamento" diante, principalmente, do Poder Executivo.

Com isso, sempre que um dos Poderes Republicanos diminui seu poder de influência, e como não existe vazio na política, um outro Poder Republicano irá ocupar esse espaço. Assim, não apenas o Poder Executivo, mas também o Poder Judiciário, vêm ganhando em relevância e influência, ao ponto de praticamente todos os assuntos relevantes para a sociedade estarem sendo decididos pelo STF.

Nietzsche já afirmava existir dentro de cada indivíduo o que ele chamava de vontade de poder, algo que o pensamento kelseniano sempre tentou camuflar e negar, acreditando existir uma ficta neutralidade do magistrado. Portanto, se existe essa vontade de poder, onde aumentamos essa vontade quando temos bons encontros, e diminuímos quanto temos maus encontros, por óbvio que sempre vamos buscar termos bons encontros.

Se existe esse vazio deixado pelo Poder Legislativo, ao preenche-lo, o Poder Judiciário, principalmente o STF e seus ministros, irão aumentar suas respectivas vontades de poder, pois o âmbito de sua influência irá aumentar sobremaneira.

Em relação ao objeto da presente pesquisa, a constitucionalidade BNPG, o que se discute é se alguém poderá ser compelido a fornecer material genético, contra a sua vontade, para que fique arquivado em um banco de dados genético público.

A discussão existe pois resta inequívoco que ao fornecer os dados para o BNPG, o réu estaria realizando prova contra si mesmo, o que violaria a jurisprudência tradicional do STF e também do próprio STJ conforme mencionado.

Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue. 4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro. 6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar. 7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente. 8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, induvidosamente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". 9. Recurso especial a que se nega provimento. (Recurso Repetitivo – temas 446 e 447. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=AUTOINCRIMINA%C7%C3O&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 21.04.2017.

Cumpre mencionar que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Consta Rica, tratado esse garantidor de direitos humanos, e que incluiu, em seu artigo 8º, 2, "g", vedação a autoincriminação e o direito ao silêncio:

> Artigo 8º - Garantias judiciais
> (…)
> 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> (...) g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; (grifos nossos)

A hermenêutica filosófica ensina que, apesar da sempre existir a pré-compreensão, esta individual, não se pode atribuir qualquer sentido aleatoriamente a um texto, adequando-o aos nossos interesses.

De acordo com Gadamer (2002, p. 72), devemos compreender o singular através do todo e o todo através do singular. Diante disso, retirar os princípios da ampla defesa e da não incriminação para analisa-los fora do sistema constitucional brasileiro atual, viola a regra hermenêutica mencionada por Gadamer, e só se justifica se for esse o intuito, ou seja, a meta é realmente atribuir um sentido que seja pessoal e casuístico. Portanto, conforme mencionado, o correto sempre será compreender um texto a partir de si próprio (GADAMER, 2002, p. 73).

Além disso, o constituinte originário optou por elencar no texto constitucional o §4º no artigo 60, que a doutrina e a jurisprudência pátria passaram a denominar cláusula pétrea, cuja ideia é da imutabilidade de tais princípio, por se consubstanciarem em valores básicos da República brasileira.

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> (...)
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - a forma federativa de Estado;
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III - a separação dos Poderes;
> IV - os direitos e garantias individuais.

Sobre essa imutabilidade, Sarlet (2006, p. 133) defenderá o princípio davedação ao retrocesso social, entendendo que o princípio da dignidade da pessoa humana, onde os direitos e garantias individuais seriam corolários, não poderiam ser suprimidos do texto constitucional muito menos da legislação infraconstitucional. Sobre o tema, Castanheira Neves (apud SARLET, 2006, p. 134) defenderá um respeito incondicional da dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível o seu sacrifício para o benefício da comunidade, do grupo, da classe, pois o detentor da dignidade não é a sociedade, o grupo, mas a pessoa individual.

Diante disso, parece insofismável que o BNPG, ao obrigar que indivíduos sejam obrigados fornecer seus dados genéticos, acabam por violar não apenas o direito de não se autoincriminar e ao silencio, mas principalmente viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

O tema da constitucionalidade do BNPG será decidido pelo STF em sede de um recurso extraordinário, onde o STF entendeu, de forma correta, existir repercussão geral, ou seja, o interesse no resultado da controvérsia não diz respeito apenas ao recorrente, mas também a toda a coletividade. Com isso, seja qual for a decisão do STF, terá efeito *erga omnes*, possibilidade concedida ao Excelso Pretório de ampliar os efeitos do controle difuso de constitucionalidade, que a

princípio teria efeitos apenas *inter* partes. Esse é um fenômeno que vem transformando o controle difuso de constitucionalidade brasileiro em verdadeiro controle concentrado de constitucionalidade.

6 Considerações finais

A presente pesquisa versou sobre a constitucionalidade do BNPG, tema esse de grande repercussão e importância, tanto para o direito penal e processual penal mas principalmente para o direito constitucional.

Não resta dúvida de que o BNPG seria uma ferramenta de grande importância para a persecução penal, facilitando tanto as investigações policiais como a fundamentação da denúncia pelo Ministério Público como inclusive na cognição do magistrado. Além disso, é possível inserir propostas como estas em um contexto da modernidade tardia, onde a sociedade com medo acaba a demandar cada vez mais dispositivos de controle.

A dúvida consiste em saber até que ponto a sociedade está disposta a flexibilizar direitos e garantias fundamentais, e até a dignidade da pessoa humana, em prol desse controle.

A história mostra os riscos de admitir a flexibilização dos direitos humanos como no holocausto nos campos de concentração na 2ª Guerra Mundial, no uso de bombas atômicas também na 2ª Guerra Mundial, o uso de armas químicas na Guerra do Vietnã, dentre outros tristes episódios ao logo do século XX e até no XXI.

Além disso, o Poder Judiciário, dentro de uma Estado Social Democrático de Direito, tem a importante função de poder contra majoritário, ou seja, ser o garantidor dos princípios constitucionais mesmo contra maiorias passageiras. A vontade do povo nem sempre está de acordo com os ditames constitucionais, pois o povo pode ser movido por paixões, o Judiciário não.

Conforme mencionado ao longo do texto, existem princípios constitucionais que, sendo compreendidos dentro da hermenêutica filosófica aplicada ao Direito, não há dúvida em relação a inconstitucionalidade do BNPG. Interpretar o BNPG como constitucional será uma compreensão que não se coaduna com o texto constitucional, sem tal opção, se for adotada, como um entendimento pessoal do hermeneuta.

Não resta dúvida que sempre que interpretamos estamos atribuindo sentido, tendo em vista um texto não possuir um sentido de per si. Contudo, não se pode sustentar que no ato de compreender um texto possamos atribuir qualquer sentido a ele, principalmente se for um texto jurídico.

O Direito Ocidental, incluindo o brasileiro, busca sempre uma visão escalonada hierárquica do Ordenamento Jurídico, tendo a constituição a posição de destaque, sendo o norte hermenêutico constitucional. Assim, qualquer compreensão de um texto legal, obrigatoriamente deverá se coadunar com o texto constitucional.

Com isso, optou o constituinte originário por fornecer um corte epistemológico, que irá direcionar toda e qualquer compreensão de um ordenamento jurídico, sendo assim, insustentável defender a possibilidade de uma interpretação contra legem, ou seja, nesse caso, que viole dispositivo expresso constitucional.

Não resta dúvida de que a constituição brasileira vigente, é garantista, e privilegia a defesa de direitos e garantias fundamentais ante qualquer persecução criminal, garantindo ao réu ou acusado em geral, o direito ao silencia e de não produzir provas contra si mesmo.

Assim, para que o BNPG seja constitucional, seria necessário um novo texto constitucional, pois não apenas qualquer outro entendimento seria violador do sentido da constituição brasileira de 1988, como nem por emenda à constituição, poder-se-ia admitir que um réu ou acusado em geral, fosse compelido a produzir provas contra si mesmo. Contudo, mesmo com uma nova constituição, conforme aduzido na presente pesquisa, existem autores que ainda sim negarão a possibilidade de se restringir direitos e garantias constitucionais presentes na constituição anterior, em razão de um princípio implícito denominado princípio à vedação ao retrocesso social.

Portanto, a constitucionalidade do BNPG é muito questionável, e por mais que a sociedade possa defender, a função do jurista é não virar as costas para a sociedade, mas ser fiel ao texto constitucional vigente.

Assim, independentemente da decisão que o STF venha a tomar no caso ora sob análise, o entendimento aqui defendido, é que o BNPG não encontra amparo na constituição federal vigente, devendo o dispositivo legal que o criou e autorizou a coleta compulsória de dados genéticos de réus e/ou acusados em geral ser declarado inconstitucional por violar princípios constitucionais.

Admitir a flexibilização dos princípios constitucionais da não autoincriminação e de permanecer em silêncio, ferirá de morte a CRFB/88, pois, o sentido de tais princípios constitucionais protetivos, são absolutamente claros, e necessários dentro de uma Estado Social Democrático de Direito.

Referências

BAUMAN, Z. Vigilância Líquida. Jorge Zahar, 159p, 2013.

BARROSO, L. R. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 15.04.2017.

BRASIL. Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 15.04.2017.

BUTLER, J.M. Forensic DNA Typing: Biology, Technology and Genetics of STRs Markers. Elsevier Academic Press, 2nd Ed., 2005.

DE ALMEIDA, B.C. e GARRIDO, R.G. Doação Obrigatória de Material Genético por Condenados: ferramenta de biopoder? In: Anais do II Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão, 29 de agosto de 2016 UCP/Campus Benjamin Constant. GT7) Graves Violações de Direitos Humanos e Prisão. p. 65-74, 2016

DELEUZE, G. Pourparlers. Paris: Les Éditions de Minuit, 1990.

FBI. Combined DNA Index System (CODIS) Disponível em: https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis. Acesso em: 20 abr 2017.

FGPI. Forensic Genetics Policy Initiative. Disponível em: http://dnapolicyinitiative.org/. Acesso em: 23 abr 2017

GADAMER, H-G. Verdade e Método. Vol. II. Petrópolis: Vozes, 2002.

GARRIDO, R.G.; RODRIGUES, E. L. O Banco de Perfis Genéticos Brasileiro três anos após a Lei nº 12.654. Revista de Bioetica y Derecho, v. 35, p. 94-107, 2015.
GE, J., et al. 2014 Future directions of forensic DNA databases. Croat Med J. v. 55(2), p. 163-166. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4009716/

INTERPOL. Forensics. DNA. Disponível em: https://www.interpol.int/INTERPOL-expertise/Forensics/DNA. Aceso em: 23 abr 2017.

MACHADO, H. Construtores da bio(in)segurança na base de dados de perfis de ADN. Etnográfica, vol 15(1), p.153-166, 2011.

MENDES, G. F.; MÁRTIRE, I. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

RICHTER, V. S. Identificação Genética e Crime: a introdução dos bancos de DNA no Brasil. Dissertação de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. UFRGS. Porto Alegre, 2016.

ROMANO, R.T. Identificação Criminal pelo DNA: Uma Experiência Lombrosiana. Disponível em: http://www.jfrn.gov.br/institucional/biblioteca/doutrina/Doutrina305-identificacao-criminal-pelo-dna.pdf. Acesso em: 06 de jun. 2014.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIEIRO, D. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, I. W.. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIOCCHET, T. Reflexões Jurídicas acerca da regulamentação dos Bancos de Perfis Genéticos para fins de Investigação Criminal no Brasil. In: Bases de Dados Genéticos Forenses. Tecnologia de Controle e Ordem Social. MACHADO, H, e MONIZ, H. (Org.). Coimbra Editora., p. 67-102, 2014.

SCRIBONI, M. Constitucionalidade de banco de DNA gera discussão. Revista Consultor Jurídico, 6 de maio de 2012, 3p

STRECK, L.. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

UNESCO. International Declaration on Human Genetic Data. 2003

UNITED KINGDOM Case of S. and Marper V. The United Kingdom. 2008. Disponível em: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/9/contents/enacted. Acesso em: 3 de jun. 2014

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E DE MEDIAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (LEI 13.105/2015)

Bárbara Lupetti Baptista
Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida (PPGD-UVA).
Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.
Pesquisadora do INCT/InEAC.
blupetti@globo.com

Klever Paulo Leal Filpo
Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD-UCP).
Pesquisador do INCT/InEAC.
klever.filpo@yahoo.com.br

Resumo

A proposta é refletir sobre a forma como vêm sendo implementadas as audiências de conciliação e de mediação, introduzidas por força do artigo 334 do CPC. O estranhamento que ensejou o trabalho decorre da percepção empírica de que, embora o legislador tenha enfatizado a importância desses institutos, os atores do processo vêm oferecendo importantes resistências à sua utilização efetiva. O *paper* consiste em uma análise incipiente, baseada em pesquisa exploratória, que busca compreender os motivos e as justificativas dos operadores do direito para tal resistência e compreender distintas perspectivas entre as esperanças do legislador e as possibilidades que a empiria impõe à tão almejada "cultura do consenso". A pesquisa privilegia a observação cotidiana dessas audiências associada a entrevistas formais e informais com operadores do direito realizadas nas Comarcas da Capital do Rio de Janeiro, Petrópolis, Três Rios e Paraíba do Sul em 2016 e 2017

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Audiência. CPC. Pesquisa Empírica.

1 Introdução

Este artigo tem o propósito de refletir, desde uma perspectiva empírica, sobre como vêm sendo implementadas as novas audiências de conciliação e de mediação, introduzidas pelo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), no artigo 334, e sem correspondência no sistema processual anterior.

O estranhamento que ensejou este trabalho decorre de uma percepção empírica de que, embora o legislador tenha enfatizado a importância da mediação e da conciliação no Novo CPC, idealizando a importância desses institutos, os atores do processo, por sua vez, vêm oferecendo importantes resistências – e até mesmo "boicotes" – à realização dessa audiência, identificada, na Lei, como algo inovador, mas, nas práticas, como um retrocesso na luta pela celeridade processual – já que tais audiências e a busca do consenso, que lhes é inerente, demanda tempo precioso.

Este trabalho é, portanto, uma análise, ainda incipiente, baseada em pesquisa exploratória, que busca compreender os motivos e as justificativas dos operadores do direito para a resistência que vem sendo empreendida em relação a essa nova audiência e, notadamente, compreender as distintas perspectivas entre as esperanças do legislador e as possibilidades que a empiria impõem ao fomento de uma (nova) cultura de consenso.

A pesquisa privilegia a observação cotidiana dessas audiências – do art. 334 do NCPC – associada a conversas (entrevistas) formais e informais com operadores do direito, a fim de compreender as suas representações acerca da novidade de se introduzir tais audiências como atos obrigatórios no curso dos processos judiciais, além de tentar captar as suas percepções sobre a necessidade, ou não, de implementação desses meios consensuais de administração de conflitos que fomentam o diálogo entre as partes e a resolução dos processos judiciais pela via do acordo.

Nosso campo foram Varas Cíveis (justiça estadual) das Comarcas da Capital do Rio de Janeiro, Petrópolis, Três Rios e Paraíba do Sul em 2016 e 2017[9], considerando juízo cíveis e de família.

2 Os ideais da legislação e os nossos estranhamentos e perplexidades

O Novo Código de Processo Civil, na expectativa de solucionar muitas das dificuldades enfrentadas na prestação jurisdicional, teve a pretensão (ainda que discursiva) de tornar as demandas mais céleres e efetivas.

Nesse sentido, uma das propostas da Lei foi a de implementar, com maior efetividade, os meios alternativos de administração de conflitos, notadamente a conciliação e a mediação, como práticas a serem estimuladas e de fato concretizadas no plano do direito processual civil brasileiro.

Nas palavras do Ministro Luiz Fux (relator da comissão designada para elaborar o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil) ao ministrar a primeira conferência sobre o Novo CPC, na cidade do Rio de Janeiro (Seminário "O Novo CPC na visão da Comissão de Juristas", realizado em 19/10/2015), presenciada por um de nós: "a descrença que a lentidão traz ao Poder Judiciário está associada a três principais fatores: morosidade excessiva, prodigalidade recursal e alto grau de litigiosidade da sociedade." Ainda que as causas possam não ser apenas estas, é fato que o Novo CPC foi construído a partir desta premissa, que mobilizou e inspirou diversas de suas inovações. Inclusive, a que se refere à introdução dessa nova audiência no processo civil.

É certo que o legislador inovou ao incluir a conciliação e a mediação no sistema processual do NCPC, buscando meios adequados de solução de conflitos e incentivando as técnicas de autocomposição. De fato, mesmo antes do Novo CPC, o Judiciário já estimulava a prática da resolução alternativa de conflitos, especialmente a conciliação e a mediação. Tal estímulo foi ratificado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que editou a Resolução 125 no ano de 2009, versando sobre a Política Nacional de Solução Adequada para os conflitos de interesse. Além da edição da Resolução, o CNJ também promove campanhas nacionais de conciliação, como por exemplo a chamada "Semana da Conciliação".

[9] Participaram direta ou indiretamente do trabalho de campo, coleta de dados e reflexão sobre eles uma equipe integrada pelos autores deste trabalho e alunos dos cursos de graduação e pós-graduação em que atuam nas Comarcas da Capital (PPGD/UVA), Niterói (graduação UFF), Petrópolis (PPGD e graduação UCP) e Três Rios (graduação em direito do Instituto Três Rios da UFRRJ).

Assim, a cultura do acordo passou a ser vista como uma solução possível e alcançável nos âmbitos judiciais e extrajudiciais para reduzir a litigiosidade e a morosidade, consideradas como problemas graves enfrentados pela Justiça.

O Direito Processual Brasileiro já vinha estimulando institucionalmente a cultura dos Meios Alternativos de Resolução de conflitos, devido às suas características e pelo modo como são realizados, pressupondo-se que apresentam menor custo, maior celeridade e possível pacificação social mais ampla (FILPO, 2016). Atualmente, tais políticas se transformaram em lei, como dito acima, e têm sido fomentadas, na medida em que constituíram um dos objetos das reformas processuais.

O Novo Código de Processo Civil, portanto, nessa mesma linha, determina que tais métodos deverão ser estimulados pelos mais diversos operadores do direito (art. 3º, §3º). Além disso, o Novo CPC introduziu como regra do processo civil brasileiro, a realização de uma nova audiência, prevista no art. 334, para tentativa de conciliação e de mediação das partes.

Agora, a defesa do Réu só deve ser apresentada após essa primeira tentativa de consenso no processo. Tal sistemática, segundo nossa percepção e estranhamento, ao tempo em que fomenta o diálogo entre as partes, também retarda o início do contencioso processual, porque a defesa só é apresentada, em regra, após a realização dessa nova audiência.

Por força do art. 334, é regra do processo civil atual a designação dessa nova audiência [que é obrigatória]. No entanto, já se pode perceber, na prática forense, uma certa resistência dos magistrados em designar a referida audiência, sob a justificativa de que a falta de estrutura dos tribunais e o excesso de demandas têm dificultado a administração de uma agenda de audiências obrigatórias, desde o início do processo.

AMARAL (2009) e BRAGA e ALECRIM (2008), juristas que estudaram o tema da mediação, consideram que uma das principais incongruências entre o processo convencional e a mediação é que aquele, o processo judicial clássico, é formalista e muito preso a prazos e procedimentos que dificilmente podem ser flexibilizados. Além disso, é muito demorado e também caro.

Por seu turno, a mediação, ou o "processo de mediação", como preferem alguns autores (AMARAL, 2009; AZEVEDO, 2012, p. 55), sairia dessa comparação ganhando com vantagem. Para esses autores, ela seria mais célere, confidencial, informal e econômica.

A conciliação apresenta-se como uma tentativa de se chegar voluntariamente a um acordo neutro, que conta com a participação de um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada para dirigir a discussão e propiciar o acordo (MORAIS; SPENGLER, 2012). A mediação tem o objetivo de restaurar a comunicação entre as partes, fazendo com que elas percebam, por si próprias, a melhor decisão para ambas (SOUZA, 2009, p.67).

Nessa medida, ambas são vistas como formas de autocomposição que privilegiam o diálogo e que são mais eficazes do que as formas tradicionais de administração de conflitos, via processo judicial, especialmente no que se refere ao empoderamento das partes, sendo que, neste particular, PINHO (2005) menciona justamente que o grande diferencial positivo da mediação é o seu potencial de autonomia e de restauração do conflito entre as partes. Sendo assim, o discurso teórico fomenta, portanto, o uso da mediação e da conciliação, porque as consideram formas mais eficazes e justas de tratamento dos conflitos.

O que ocorre é que, de um lado, o legislador e os doutrinadores parecem estimular a cultura do consenso e, de outro, a prática tem mostrado certa reação a essa nova ideologia processual, com a justificativa (não explícita, mas velada) de que a celeridade processual não pode ser comprometida pela tentativa de fomentar o diálogo entre as partes envolvidas no processo.

Na linha do estranhamento, inclusive, pesquisas empíricas realizadas anteriormente (AMORIM; LUPETTI BAPTISTA, 2011; MELLO; LUPETTI BAPTISTA, 2014; FILPO, 2014) já apontavam no sentido de que a conciliação e a mediação nem sempre se concretizam da forma idealizada com que são absorvidas pela dogmática jurídica, notadamente, quando inseridas no ambiente judicial, passando a fazer parte dos processos e de sua cultura jurídica. E segue por ai a inspiração deste texto, que decorre de nossa perplexidade ao deparamos com esse aparente paradoxo, vislumbrado a partir da atual normativa processual do CPC/2015, notadamente, com a obrigatoriedade da audiência do art. 334.

Com inspiração no discurso teórico produzido sobre os meios alternativos, parece-nos que a previsão da audiência obrigatória do art. 334 do Novo CPC introduz uma dinâmica diferenciada no processo, que internalizará, ao mesmo tempo, uma lógica de contencioso própria de sua estrutura bélica e uma lógica de consenso, própria da proposta autocompositiva. Nessa medida, a incorporação processual desses institutos, especialmente a mediação, sugere uma possível dificuldade de compatibilizar propostas e interesses, eis que, aparentemente, excludentes.

Reduzir a mediação e a conciliação a meras etapas processuais, submetendo-as à mesma lógica que instrui e orienta os processos contenciosos, parece comprometer o sentido de suas propostas e causar estranhamentos empíricos.

3 Constatações (ainda exploratórias) de que o ideal da legislação nem sempre tem correspondência empírica

Este tópico pretende justamente refletir sobre esses estranhamentos, que foram correspondidos na análise de campo que fizemos, de modo ainda incipiente, sobre a forma como a audiência do art. 334 do NCPC vem sendo introduzida no sistema processual. O objetivo de trazer esses dados ao GT é de compartilhá-los e colocá-los sob discussão, nesse espaço de saber privilegiado, para reflexão conjunta.

3.1 A indistinção dos institutos: “ninguém sabe muito bem a diferença entre conciliação e mediação”

Um primeiro aspecto importante que aparece em nosso trabalho de campo, ainda incipiente e exploratório, diz respeito à distinção conceitual dos institutos [ou à ausência dela]: diferenças entre conciliação e mediação. Ouvimos em campo uma frase que nos marcou: “ninguém sabe muito bem a diferença entre conciliação e mediação”.

Ao menos conceitualmente, o legislador pretendeu definir os institutos, a partir da descrição do que um conciliador e um mediador devem fazer, o tipo de conflito em que devem intervir; mas, na prática, identificamos que isso não é uma questão que preocupa ou que interfere na rotina dos tribunais.

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

> § 1o A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.
> § 2o O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
> § 3o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A tarefa de se definir o que seria mediação e o que seria conciliação perde a relevância quando constatamos que os seus usos empíricos e suas práticas nem sempre refletem a sua conceituação teórica [muitas vezes, inclusive, alimentada pela divergência doutrinária que constitui o campo jurídico].

Também o Conselho Nacional de Justiça[10] tenta distinguir conceitualmente as práticas da mediação e da conciliação. Vejamos:

> A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades.
>
> A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Apesar dessas tentativas, na prática, observa-se que essa distinção não é tão bem delineada e que traz consequências interessantes para se pensar. Foi muito comum, em conversas informais em campo, identificar que as pessoas "ou não sabem, ou não aplicam a diferença entre os institutos".

Este dado é bastante interessante para pensarmos, num primeiro momento, sobre a indistinção dos institutos no plano empírico, não obstante a preocupação dos teóricos em conceituá-los e distingui-los. E, por outro lado, também demonstra que, na prática, como as pessoas não distinguem perfeitamente os institutos, também podem usá-los de forma desprendida dessas preocupações teóricas. Ou seja, conflitos semelhantes podem ser tratados de uma ou de outra forma, conciliação ou mediação, o que também pareceu indiferente para os jurisdicionados, que são os destinatários desses serviços.

Esse fato, além de despertar curiosidade na identificação de quais seriam, então, os critérios para submeter um determinado tipo de conflito a uma ou a outra forma de tratamento, também sugere o abismo existente entre a pretensão idealizada dos dogmáticos em contraste com a aparente irrelevância empírica de distingui-los.

A empiria dá algumas pistas de critérios que podem estar interferindo nessa opção pela mediação ou pela conciliação. Um dos interlocutores, em um local do TJERJ em que a mediação

[10] Disponível em < http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao >. Acesso em: 15 abr. 2017.

era aplicada, nos disse: "com o ímpeto de diminuir a pauta e reduzir o número de audiências de conciliação a serem realizadas, muitas vezes, são designadas sessões de mediação para causas que, ao menos na construção doutrinária e normativa, não deveriam ser encaminhadas para mediação e sim para conciliação".

Um advogado com quem conversamos nos disse, com certa raiva, que não entendia o que estava fazendo no NUPEMEC[11], já que o seu caso era "um extravio de mala por uma companhia aérea". Ele, advogado da companhia aérea, contou com certo desdém: "fiquei duas horas ouvindo a pessoa dizer o quanto sofreu com a sua mala extraviada! Isso não é assunto para mediação. Isso tem a ver com conciliação...mediar uma pessoa e uma companhia aera, que é uma pessoa jurídica? Não faz sentido nenhum. Um conflito de família, a gente entende demorar tanto. Mas um extravio de mala?".

Outro entrevistado pontuou que

> "muito além dos jurisdicionados e operadores do direito não conseguirem distinguir os institutos da mediação e da conciliação, os próprios magistrados do Tribunal desconhecem, ou, se conhecem, deixam de praticar essas diferenças [entre mediação e conciliação], marcando as audiências em função de critérios que não têm a ver com o conflito, mas com a estrutura ou com a agenda da vara.".

Ou seja, segundo parece, embora o Novo CPC tenha deixado claro, no art. 165, e, portanto, no campo da "norma", quais seriam as diferenças entre os institutos da mediação e da conciliação, o fato de ter tornado obrigatória a realização de uma audiência de mediação e de conciliação, no art. 334, deixando a critério do juiz a sua designação, acabou tornando, na prática, ao que parece, um tanto nebulosa a distinção dos institutos, transferindo para o Juiz o estabelecimento dos critérios de eleição entre uma ou outra forma de tratamento.

3.2 A audiência do art. 334 do NCPC e as resistências oferecidas pela empiria: "eu não acho que estamos obrigados a marcar essa audiência.".

Um segundo ponto que também merece aprofundamento e reflexão diz respeito à própria necessidade (ou não) de realização das audiências do art. 334 do Novo CPC. Segundo o CPC, em regra, ela é obrigatória. Mas, na prática, nem sempre estão ocorrendo. Um juiz nos disse claramente: "eu não acho que estamos obrigados a marcar essa audiência.".

Por intermédio de conversas informais com operadores do direito, observou-se que a maioria acredita que o artigo 334 foi inserido no CPC com intuito de trazer apenas celeridade processual. Sendo assim, se ao contrário de celeridade, os usos da audiência têm provocado demora, a ideia é, então, "boicotá-lo", já que não atingiu seu propósito. Ouvimos muitas pessoas dizerem que a audiência do art. 334 do NCPC retarda o iter processual e, se é assim, que não seja designada.

Segundo verificamos no campo, diversos magistrados estão deixando de designar a audiência do art. 334, justamente em função da celeridade. Segundo eles, a pauta fica congestionada e nem sempre os acordos acontecem, de modo que se vislumbra "perda de tempo" na designação da

[11] Os Núcleos Permanentes de Mediação e Conciliação (NUPEMECs) fazem parte da estrutura administrativa do TJ e centralizam nas Comarcas as atividades de mediação, conciliação e informação aos usuários sobre as vantagens das soluções consensuais.

audiência e atraso no processo. Para além disso, também percebemos que a ausência de mediadores e conciliadores em alguns locais contribuem para formar esse "entendimento" dos magistrados, por questões práticas.

Um juiz entrevistado disse que "a falta de conciliadores na vara e a ausência de mediadores suficientes têm sido determinantes para o fato de eu não designar a audiência do 334. Eu não designo nunca. Se as partes quiserem, elas vão conciliar independente disso". Após quase um ano de vigência do Novo Código de Processo Civil, verificamos que a realidade que se impõe aponta que muitos magistrados estão deixando de designar a audiência de conciliação/mediação, dispensando-a mesmo quando não se enquadram nas hipóteses legais.

De acordo com os artigos 334 do Novo CPC e 27 da Lei 13.140/15, se a petição inicial estiver correta e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o "juiz *designará* audiência" de conciliação/mediação. Ou seja, a audiência só não será realizada quando ambas as partes manifestarem desinteresse na composição consensual ou o conflito não admitir autocomposição (artigo 334, parágrafo 4º, I e II, do Novo CPC), ou, ainda, na dicção da Lei de Mediação, se envolver direitos indisponíveis que não admitam transação (artigo 3º da Lei 13.140/15).

A decisão abaixo reflete o pensamento que vem sendo compartilhado na rotina forense e indica as diferentes razões pelas quais se verifica um efetivo boicote empírico à realização dessas novas audiências:

> Primeiramente, deixo de designar a audiência de conciliação prevista no artigo 334, do CPC. Este Juízo, há algum tempo, vem observando, especificamente no que se refere ao procedimento sumário, que as audiências prévias de tentativa de conciliação (nos moldes do artigo 285 do Código revogado), têm provocado maior demora na solução dos processos.Isso porque são incontáveis os casos de redesignações de audiências por impossibilidade temporal de citação dos réus; além disso, é insignificante o número de acordos realizados nessas audiências iniciais. Não foi outra a razão pela qual essa e outras Varas da Comarca, após levantaram dados estatísticos e constatarem o baixo índice de acordos em audiências preliminares, passaram a simplificar o procedimento, dispensando a audiência inicial de tentativa de conciliação prevista, anteriormente, no rito sumário. Essa experiência revelou melhor resultado prático para o andamento do processo.Além deste argumento, acredito que a não designação da audiência conciliatória nesta fase (art. 334 do CPC), permitirá considerável encurtamento da pauta, com uma resposta jurisdicional em menor espaço de tempo, com a efetiva aplicação do princípio inserto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (prestação jurisdicional célere, com razoável duração do processo), e, também, atenderá ao espírito da nova legislação processual civil, de que as partes têm o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito (v. artigo 4º, CPC). Tal opção procedimental não prejudicará as partes, não obstará a possibilidade de conciliação a qualquer tempo e, tampouco, excluirá deste Juízo a possibilidade de futura designação com a mesma finalidade, vez que os parágrafos 2º e 3º, do art. 3º, do CPC determinam, expressamente, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, inclusive no curso do processo judicial. Além disto, cumpre observar que, nos termos do parágrafo 8º, do artigo 334, a ausência injustificada das partes à audiência de conciliação ou de mediação é considerada ato atentatório à dignidade da justiça, sendo reprimida com multa de até 2% da vantagem econômica visada pelo demandante ou do valor da causa, ônus que se mostra demasiado grave e abusivo às partes, vez que, tecnicamente, não há, sequer, lide formada. Tal imposição fere princípio igualmente importante da nova legislação processual, no caso, o da autonomia vontade, decorrente da previsão normativa de que o Estado não pode interferir se as partes não quiserem a conciliação. Além disso, o §4 do artigo 166 estabelece que a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição

> das regras procedimentais. Outro ponto relevante a ser considerado é a possibilidade de realização de audiência de conciliação ou de mediação por meio eletrônico, se for o caso, oportunamente (v. art. 334, § 7o, CPC); além disso, as propostas e contrapropostas de acordo podem ser feitas a qualquer momento, por petição escrita nos autos. Importante consignar, também, a atual inviabilidade técnica da realização dessas audiências iniciais em tempo razoável, vez que esta Comarca não possui, atualmente, setor de conciliação devidamente constituído, nos moldes do artigo 167 do CPC ou que comporte atendimento para uma distribuição de quase trezentos feitos/ mês por Vara Cível. Sendo assim, diante das razões acima expostas e por se mostrar, atualmente, desvantajosa para as partes, deixo de designar a audiência de conciliação prevista no artigo 334 do CPC [...] Cite-se a ré, com as advertências legais, para oferecer contestação, no prazo de quinze dias úteis, contados nos termos do art. 335, III, NCPC. (TJSP Processo 1010320-73.2016.8.26.0506)

Ou seja, os dados sugerem uma importante reflexão: a designação ou não da audiência tem a ver com a convicção do juiz (e não com a observância de critérios legais). Os magistrados afastam a norma do direito processual sem que isso represente qualquer tipo de violação à Lei, por entenderem que, na prática, a lei não atende aos interesses da jurisdição.

Algumas outras decisões, a título ilustrativo, dizem: "considerando a ausência de conciliador e de mediador nesta Vara, deixo de designar a audiência do art. 334 do NCPC"; ou "em função da duração razoável do processo e considerando que a pauta de audiências ultrapassa sessenta dias, deixo de designar a audiência de conciliação e de mediação, oportunizando às partes a realização do acordo no momento em que manifestarem interesse expresso". Além disso, alguns advogados, desde seu ponto de vista, também acrescentaram que preferiam o funcionamento da conciliação antes do advento do artigo 334, posto que deixava o julgador livre para prolatar sua decisão em vez de aguardar a possibilidade de acordo, obrigatoriamente.

Os advogados mencionaram o seu desinteresse e descrédito na conciliação e na mediação como formas consensuais de administração de conflitos, mencionando que "a audiência demora demais"; "não temos tempo para demorar tanto em uma audiência" ou "quando as partes contratam um advogado e estão em um processo judicial, é porque elas já não querem mais fazer acordo". Ou seja, os dados sugerem forte resistência empírica à audiência do art. 334 do NCPC, o que chama a atenção e impõe uma abordagem no campo mais aprofundada, para entendermos o essas práticas – é o que pretendemos fazer no prosseguimento da pesquisa.

4 Considerações finais

Se de um lado, parte da empiria, por força do dever de celeridade processual, nega a importância da audiência do art 334, por outro lado, os discursos normativos são entusiastas do método, a fim de atingir uma qualidade maior na prestação jurisdicional. Esse conflito entre o que se idealiza e o que se pratica, aparece muito nesta pesquisa. De um lado, o campo empírico demonstra que está muito preocupado com o tempo do processo (refletido no encerramento do caso com a prolação de sentença). E de outro, os teóricos parecem demonstrar uma preocupação maior com a qualidade da prestação jurisdicional (refletida em uma maior atenção às partes e à solução pela via consensual, considerada mais adequada que a solução imposta na sentença).

Tanto assim que, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, foi possível perceber a relevância do tema, sobretudo com a I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios[12], que foi realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), em parceria com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 22 e 23 de agosto de 2016, que aprovou 85 enunciados que visam aprimorar aspectos normativo-jurídicos e estimular políticas públicas e privadas para a mediação, conciliação e arbitragem. Destaca-se, para a presente pesquisa, o seguinte enunciado:

> "Enunciado 22 – A expressão 'sucesso ou insucesso' do art.167, § 3º, do Código de Processo Civil não deve ser interpretada como quantidade de acordos realizados, mas a partir de uma avaliação qualitativa da satisfação das partes com o resultado e com o procedimento, fomentando a escolha da câmara, do conciliador ou do mediador com base nas suas qualificações e não nos resultados meramente quantitativos."

A motivação para o destaque a esse enunciado consiste, justamente, na reiteração realizada pelo CJF de que o 'sucesso' previsto no CPC não tem relação com a quantidade de acordos alcançados, mas também a qualidade, já que envolve litígios no plano fático, principalmente na mediação, cujas relações entre as partes protraem-se no tempo.

Ou seja, a associação entre celeridade e qualidade precisa ser mais bem identificada. Tal distinção não parece tão clara para os magistrados a quem compete designar as audiências e, portanto, abrir as portas para esse espaço diálogo. Se esse obstáculo não for superado, essa disposição a que se refere o presente artigo corre risco de se transformar em letra morta.

O que chama a atenção, do ponto de vista reflexivo, é que na arena desvendada pela presente pesquisa duas forças antagônicas se digladiam: de uma parte, vozes normativas ressaltam que a mediação e conciliação são meios adequados de resolução de litígios, que devem ser cada vez mais valorizados pelo Estado e pela sociedade, já que contribuem para a diminuição da litigiosidade, permitindo a produção de resultados mais satisfatórios a todos os interessados (CÂMARA, 2015, p. 117). E, de outra parte, há fortes resistências aos seus usos, em nome da celeridade da prestação jurisdicional. Ambos são valores a serem perseguidos. O segredo talvez esteja na busca de um ponto de equilíbrio entre esses dois extremos.

Bibliografia

AMARAL, Márcia Therezinha Gomes. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial.* Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasil. 2012.

AMORIM, Maria Stella de; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. "Meios Alternativos de Administração de Conflitos no Direito e nos Tribunais Brasileiros". *Revista de Ciências Sociais* (UGF), V. 17, 2011, pp. 267-287.

[12] Disponível em http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRAGA, Ana Livia Figueiredo; ALECRIM, Kennedy Gomes de. *A Mediação.* In: BOMFIM, Ana Paulo Rocha do; MENEZES, Hellen Monique Ferreira de. MESCS – Manual de Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53-68.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Dilemas da Mediação de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito - Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

_____. *Mediação Judicial: discursos e práticas.* Mauad X/FAPERJ, 2016.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaios de Antropologia e de Direito.* Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial*: *entre "quereres" e "poderes"*. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio fabris - safE,2013. v. 1. 572p.

_____ . *Os Rituais Judiciários e o Princípio da Oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Como escapar da audiência de conciliação ou mediação*. Disponível em < https://jota.info/colunas/novo-cpc/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc-11042016>. Acesso em 10 mar. 2017.

MELLO, Kátia Sento Sé; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. (2011), "Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados". Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, V. 4, pp. 97-122.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in* Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar?* In: Salles, Carlos Alberto de; Lorencini, Marco; Alves da Silva, Paulo Eduardo. (Org.). Negociação, Mediação e Arbitragem - Curso para Programas de Graduação em Direito. São Paulo, Rio de Janeiro: Método, Forense, 2012, v. 1, p. 145-177.

_____. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 10 mar. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo Por Artigo 2015*. Editora RT, 2015.

A SUBJETIVIDADE DO PROCESSO COMO OBSTÁCULO À CONCILIAÇÃO: UM JOGO DE AZAR NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Klever Paulo Leal Filpo,
Professor do Programa de Pós-Graduação *em Direito da* Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP).
klever.filpo@yahoo.com.br

Valquiria de Rezende Freitas,
Pós-Graduanda em Mediação de Conflitos pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP).
valquiriarezende94@gmail.com

Resumo:

Este artigo é fruto de pesquisa empírica qualitativa realizada na cidade de Petrópolis-RJ, entre os anos de 2014 e 2016, inicialmente financiada pelo CNPq no programa de bolsas de Iniciação Científica. O trabalho de campo buscou identificar quais os obstáculos empíricos que, na ocasião, interferiam na efetivação da conciliação nas ações previdenciárias em sede de Juizado Especial Federal. Uma vez que tais juizados foram criados com pressupostos peculiares e inovadores em relação ao processo civil convencional, valorizando a oralidade e a celeridade, estranhou-se que as soluções consensuais para as ações previdenciárias em trâmite nesses juizados apenas excepcionalmente terminavam em acordo. A pesquisa foi desenvolvida na Subseção da Justiça Federal em Petrópolis, RJ. Neste *paper* será abordado apenas um dos três obstáculos identificados durante a pesquisa: a subjetividade. Buscar-se-á apresentar dados empíricos que evidenciam as impressões pessoais dos operadores do direito como sendo um empecilho à composição dos litígios.

Palavras-chave: Conciliação. Ações Previdenciárias. Pesquisa Empírica.

1 Introdução

A pesquisa que deu origem a este trabalho teve como ponto de partida a percepção empírica de que, nas Varas Federais de Petrópolis e Juizados Especiais a elas adjuntos, raramente eram designadas audiências de conciliação nas ações que envolviam o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Mesmo quando tais audiências ocorriam, os acordos que, em tese, poderiam colocar fim às disputas eram exceção. Tal fato causou estranhamento tendo em vista a característica conciliatória inerente ao rito dos juizados e os movimentos institucionais, sobretudo aquele encabeçado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de incentivo à solução dos processos por meios consensuais. Esse estranhamento foi o que deu origem à pesquisa[13].

[13] Este artigo explora um recorte específico e original dos resultados da pesquisa, relativo à subjetividade do juiz e dos procuradores que acaba operando como um obstáculo à conciliação. Outros diferentes trabalhos foram publicados pelos autores relativamente ao tema por variados meios: revistas especializadas, periódicos científicos, coletâneas e eventos acadêmicos. Em relação a estes últimos (os eventos) agradecemos pelas intervenções e sugestões dos colegas

O trabalho de campo foi feito entre 2014 e 2016. O recorte espacial da pesquisa se deu de acordo com a proximidade do local da instituição sede. Por isso limitou-se à investigação das varas federais e procuradoria especializada do INSS situadas em Petrópolis, cidade da Região Serrana do Rio de Janeiro. A subseção da Justiça Federal em Petrópolis é formada por duas varas mistas, o que significa que não há vara especializada em matéria previdenciária. Essas varas atuam de forma híbrida e atendem a todas as demandas do município e adjacências que envolvem o interesse da União, autarquias e empresas públicas. Já os membros da procuradoria do INSS fazem parte do quadro de carreiras da AGU e são designados para atuarem nas causas da Previdência de forma exclusiva. Em Petrópolis, a procuradoria especializada ocupa o mesmo prédio da autarquia.

O escopo principal dessa pesquisa foi identificar: quais os empecilhos que, na prática, impediam a conciliação nas ações em que a Previdência Social era parte integrante do litígio? Para responder a essa pergunta, a metodologia eleita foi a empírica qualitativa, desenvolvida através de observações de audiências, entrevistas e análise de autos. Foram observadas 30 audiências de conciliação, instrução e julgamento (ACIJ) e entrevistados 2 procuradores do INSS, 3 servidores da Justiça Federal, 2 juízes e 2 advogados voluntários, atuantes nas Varas em comento. Também foram analisados 10 autos processuais eletrônicos tratando de ações previdenciárias. Por fim, nos valemos dos resultados de pesquisa etnográfica realizadas anteriormente por Nunes (2014) e Filpo (2016).

Em certo momento, obtivemos acesso aos relatórios de movimentação processual dessas Varas, não disponíveis para o público em geral, os quais mostravam que, entre janeiro a agosto de 2015, apenas 5% do total de ações previdenciárias obtiveram sentença homologatória de acordo. Esse dado confirmou a percepção inicial de que poucas ações previdenciárias, nas varas em comento, encerraram-se por meio de uma solução consensual.

Embora já existisse, à época da pesquisa, um incentivo institucional, sobretudo advindo do CNJ, regulamentado inclusive pela Resolução 125, e previsão normativa pelas Leis 10.259/01 e 9.099/95, bem como pelos Manuais de Conciliação da Procuradoria Especializada do INSS (2009) e de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal (2012), o número de casos resolvidos por meio consensual era muito baixo.

No entanto, este esforço empírico pretendeu ir além dos dados quantitativos, buscando compreender quais variáveis interferiam no resultado final das ações previdenciárias. A partir da coleta de dados e de posterior análise, inferiu-se que muitas vezes os operadores do direito interferem no processo, cada um a seu modo, desmantelando o direito posto dos manuais e os objetivos conciliatórios propostos quando da idealização dos Juizados Especiais.

2 Juizado Previdenciário

Para que o leitor entenda os casos que estiveram sob análise, é preciso explicitar melhor os tipos de benefícios do Regime Geral da Previdência Social (RGPS) e ações correspondentes que foram abrangidas neste estudo. Os benefícios pleiteados nas ações previdenciárias em comento referem-se, grosso modo, a uma espécie de contrato de seguro entre Estado e contribuinte (segurado), por ocasião do acontecimento de um sinistro. Não são concedidos por graça do Estado,

---

pesquisadores que contribuíram para o desenvolvimento da pesquisa e amadurecimento das nossas reflexões. Sugestões para o aperfeiçoamento do trabalho serão bem vindas.

na verdade, têm caráter de contraprestação, porque apenas o trabalhador que contribui para a previdência tem direito aos benefícios previdenciários.

No contexto desta pesquisa, constituíram objeto da investigação causas em que os segurados pleiteavam aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; aposentadoria por idade; aposentadoria por invalidez; auxílio-doença; auxílio-reclusão e pensão por morte. São ações que tramitam pelo procedimento sumaríssimo em razão do baixo valor que geralmente são atribuídas a elas.

O Juizado Especial Cível, em substituição aos Juizados de Pequenas Causas, nasceu no contexto do chamado processo de constitucionalização do direito, em que as normas e preceitos constitucionais passaram a se tornar mais evidentes (MOREIRA-LEITE, 2003). A Constituição de 1988 pronunciou o acesso à justiça como um direito fundamental, acompanhando a Declaração Universal dos Direitos do Homem que também contém como princípio o dever dos Estados em viabilizar o acesso à justiça. Vejamos o art. 8º dessa Declaração:

> Artigo 8. Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

A realidade brasileira, antes da instituição dos juizados, era de que apenas os mais abastados, dado ao elevado custo do processo, usufruíam da proteção do Poder Judiciário, enquanto os mais pobres pereciam sem poder cobrar os seus direitos. Os Juizados Especiais buscam igualar o acesso à justiça, na tentativa de tornar todos iguais perante à lei nesse particular. No entanto, mesmo após a implantação dos Juizados Especiais na esfera estadual, outro grupo de pessoas continuou desassistido pela justiça.

A melhoria das condições de vida fez elevar a expectativa de vida do brasileiro. É aparente o crescimento do número de idosos no país. O custo da vida prolongada é a dependência de um grupo cada vez maior de pessoas ao sistema da previdência social.

Nesse aspecto, não apenas os mais senis encontravam-se indefesos, mas outros grupos, como os de pessoas incapacitadas para o trabalho temporária ou permanentemente, que necessitam do seguro ou assistência da previdência não podiam recorrer ao Poder Judiciário Federal, quando da má prestação do serviço pelo INSS, por ser uma justiça de difícil acesso aos menos agraciados economicamente.

O Juizado Especial Federal foi criado, sobretudo, para garantir o acesso à justiça do cliente da Previdência Social, que muitas vezes não consegue cumprir todas as exigências da autarquia, administrativamente, dada sua condição humilde e de escassos conhecimentos (pouca informação).

O Juizado Federal passou a ter previsão constitucional apenas com a edição da Emenda Constitucional 22, em 1999, que acrescentou o parágrafo único ao art. 98 da Carta Magna, dispondo sobre a criação dos Juizados Especiais Federais, por meio de lei ordinária federal. Dois anos depois, a lei 10.259/01 foi aprovada pelo Congresso Nacional, entrando em vigor em janeiro de 2002.

Apesar da criação de lei própria, aplica-se aos Juizados Especiais Federais subsidiariamente a Lei 9.099, lei que instituiu em 1995 os Juizados Especiais no âmbito estadual, e o Código de Processo Civil, sempre que omissa a Lei 10.259 e somente quando compatíveis com as especificidades do Juizado Federal.

Bochenek e Nascimento (2014, p. 30) destacam ainda certas peculiaridades deste juizado em relação ao processo civil clássico, ressaltando as especificidades do âmbito federal. Citem-se como exemplos, os prazos da Fazenda Pública que não são contados em quádruplo ou em dobro; e a criação do representante judicial, que pode ser qualquer pessoa em quem a parte confie para auxiliá-la e representá-la, desde que de modo gratuito. Ressaltam também a importante inovação, afeta à pesquisa em tela, da possibilidade de conciliação entre as partes em sede da Justiça Federal, o que inclui os procuradores públicos.

Depreende-se dessa breve análise que o Juizado Previdenciário é um procedimento especial dentro do procedimento especial dos juizados, na medida em que, além de ser ele o motivo principal que justificou o surgimento do JEF, a ação previdenciária, na prática, demanda rito próprio, denominado nesta pesquisa de procedimento de "praxe", como se verá a seguir.

2.1 A praxe: o processo dos juízes e não dos códigos

Em linhas gerais, os autores das ações previdenciárias pretendem tanto a implantação ou restabelecimento do pagamento de um benefício a que fazem jus – tecnicamente chamado de pedido de obrigação de fazer – quanto a condenação do INSS ao pagamento do valor pecuniário referente às parcelas vencidas desde que o pedido foi formulado (em sede administrativa), ou desde o ajuizamento da ação (a depender do caso concreto), acrescido de juros e correção monetária.

Durante a pesquisa, percebeu-se que a concessão da tutela antecipada[14], nessas ações, pode ser deferida ou não, assim como uma proposta de acordo por parte da procuradoria do INSS também pode ser formulada ou não, em vista da prova documental que o autor consegue anexar à petição inicial.

Nessa esteira, foram identificadas algumas decisões em que o magistrado não deferiu o pedido de tutela antecipada, e encaminhou os autos diretamente para perícia médica, antes mesmo de mandar citar o réu (INSS). Isso com o objetivo de que, quando os autos seguissem para a procuradoria desse Instituto para elaboração da defesa, a existência de um laudo pericial eventualmente favorável ao pleito do autor, elaborado em cumprimento à ordem do juiz, pudesse contribuir para a oferta de uma proposta de acordo por parte da autarquia.

Durante entrevista com servidor de uma das Varas, foi dito que o encaminhamento prévio para a perícia (para comprovar doença ou incapacidade) foi proposto pela própria procuradoria especializada, e que passou a ser o procedimento de praxe dos juízos em que a pesquisa foi conduzida. O motivo é que, mesmo não havendo acordo, o laudo pericial poderia dar ensejo à antecipação da tutela requerida ou, ao final, contribuir para a fundamentação da sentença.

Veja a fala de um juiz durante uma das entrevistas realizadas no curso da pesquisa:

> Uma boa prática, por exemplo, no despacho preliminar, o que eu faço, é citar o INSS apenas com a apresentação do laudo, isso imprime celeridade para a parte, evitando mais um movimento processual, e a parte pode ser

[14] Durante a maior parte da pesquisa, entre 2014 e 2016, não estava em vigor o Novo CPC, Lei 13.105/2015, vigente somente a partir de março de 2016. Atualmente fala-se em tutelas provisórias, que podem ser fundadas na urgência ou na evidência. Em geral, nas ações previdenciárias, os pedidos de tutela provisória são fundados na urgência, por serem pleiteadas verbas destinadas à sobrevivência dos segurados. Mas o pedido depende das peculiaridades de cada caso concreto. Na sentença, a tutela provisória concedida inicialmente pode ser confirmada ou não. Ou pode também ocorrer da tutela provisória ser deferida na sentença, surtindo, desde logo, os seus efeitos.

> beneficiada, pois recebe a prestação jurisdicional de forma mais rápida. Então a gente posterga o "cite-se" para depois da realização da perícia. No dia a dia não vejo muitos acordos aqui em Petrópolis, mas na Vara que atuei anteriormente adotava a prática de postergar o "cite-se" e muitas vezes obtive propostas de acordos vindas na contestação nas demandas de benefício por incapacidade.

Lupetti Baptista (2013) descreve, em sua tese, a relativização das regras processuais (casos em que o conteúdo, segundo seus interlocutores, passa a prevalecer em relação à forma). As situações em que isso acontece são, geralmente, nos casos de "vida ou morte" (pedidos emergenciais), como relata a autora. São casos muito próximos com a realidade que circunda o juizado previdenciário.

Ora, a praxe de citar o INSS apenas após a realização da perícia, embora justificado em benefício do próprio autor, causou estranheza, já que tal procedimento contraria a própria ordem legal, que determina o momento da instrução após a devida angularização da relação processual, que se dá apenas com a citação do réu.

Depois de ajuizadas, como regra geral, estas ações seguem o rito processual previsto para os Juizados Federais, ou seja, aquele que resulta da aplicação da Lei 10.259/2001 e, subsidiariamente, da Lei 9.099/1995. Em tese, o procedimento seria caracterizado pelos critérios, ou princípios, da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Havendo acordo, o processo termina ali, o que confere rapidez no desfecho da causa e atendimento mais rápido do pleito do autor. Contudo, quando a tutela de urgência não é deferida e, além disso, não existe conciliação, o interessado é obrigado a aguardar a sentença, o que pode demorar meses, talvez anos. Especialmente quando se leva em conta o lapso temporal compreendido entre a data do pedido administrativo, até o momento em que o benefício pleiteado, acaso deferido pelo juiz, é implantado. E esse prazo pode se estender ainda mais no caso da interposição de recurso.

Nesse período, o segurado permanece completamente desassistido pelo INSS, caso não haja o deferimento da tutela antecipada. Daí a importância que as soluções consensuais assumem neste contexto: elas teriam potencial para assegurar, em tese, um rápido acesso ao direito pleiteado, nos casos em que este efetivamente existe e é reconhecido pela autarquia, ainda que parcialmente, no âmbito de um acordo.

No entanto, por paradoxal que possa parecer, às vezes o próprio Juiz age de forma a impedir a celebração de um acordo que seria do interesse das partes. Essa circunstância se repetiu algumas vezes durante a pesquisa de campo. Trata-se de entendimentos particulares dos juízes observados em relação a cláusulas que estes entendem necessárias, ou não, para que o acordo possa ser homologado.

2.2 Princípios que norteiam os juizados especiais federais: aquilo que deveria ser, mas não é

Além dos princípios gerais de direito, como a boa-fé e a ética, também informam a conciliação nos Juizados Especiais Federais os princípios da Lei. 9.099/95, oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, tendo sido incluídos pelo novo Código de

Processo Civil, os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, e da decisão informada.

> A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada (Art. 166 da Lei 13.105/15).

Mais do que uma norma positivada, esses princípios representam o espírito da aplicação do instituto da conciliação, reafirmando o "dever ser", que muitas vezes na prática, a *contrario sensu*, não se apresenta da forma ideal.

Desses princípios é possível extrair as principais características da conciliação, como se verá a seguir. Muito embora não tenham sido todas elas identificadas concretamente no trabalho de campo, a exposição do discurso teórico mais uma vez se faz necessária para demonstrar que a realidade da prática forense muitas vezes se encontra dissociada do diálogo doutrinário.

A conciliação é um procedimento autônomo e independente (CALMON, 2008). Embora possa ser conduzida no curso do processo judicial, a qualquer tempo, independentemente da fase processual, as partes podem transigir sem que sofram qualquer prejuízo. Também deve ser independente a atuação do conciliador, que atua como auxiliar do juízo, mas não submisso a ele, assim, a figura do conciliador deve ser livre de qualquer pressão interna (partes e advogados) e externa (órgão judiciário e outro) ao procedimento.

Paralelo a esses dois princípios, encontra-se o princípio da confidencialidade. Segundo o recente código de processo, o que for tratado em audiência de conciliação não poderá ser levado aos autos para instruir o processo litigioso, ressalvadas raras exceções. Na prática, nos juizados especiais federais observados, ainda não existe um procedimento em apartado, o que, portanto, inviabiliza a confidencialidade da conciliação nas ações em que o INSS figura como réu.

O princípio da imparcialidade foi levado tão a sério no Código novo que o conciliador passou a se submeter as mesmas regras de impedimento e suspeição pertinentes aos magistrados, cabendo a parte interessada arguir a prejudicial no primeiro momento em que falar nos autos, depreendendo-se o entendimento de que houve, por parte do legislador, reconhecimento da validade do método autocompositivo.

Para atender ao princípio da autonomia da vontade os envolvidos devem querer a conciliação, e por isso a manifestação do *animus conciliandi* de ambos deve ser clara. O acordo deve ser formulado com a certeza do entendimento de ambas as partes sobre as consequências da transação, garantindo a chamada decisão informada, evitando equívocos de interpretação que possam dar ensejo à uma resolução insatisfatória.

Embora o escopo da conciliação não seja a restauração do diálogo, mas apenas a resolução do conflito objetivo, ele é um importante instrumento para construção do pacto, assim o princípio da oralidade desponta como um dos mais essenciais, mesmo que, na prática, muitos acordos sejam oferecidos de forma escrita. Este princípio ganhou delineação mais robusta com o advento da Lei 13.105/15, e que, segundo Theodoro Júnior (2015, p.94), é responsável por uma prestação jurisdicional mais humanizada e garantia de um processo justo:

> O novo Código de Processo civil compreende a relevância desse contato humano entre os sujeitos do processo. Embora não adote em toda a extensão histórica os predicamentos do princípio da oralidade idealizados por Klein e Chiovenda, por contigências da prestação factível em nosso tempo, preconiza política procedimental que favorece sua humanização. É assim que, por

> exemplo, estimula a autocomposição do litígio (art. 3º, §§2º e 3º), instituindo uma audiência inicial voltada para a tentativa de obter a conciliação dos litigantes (art. 334);

O mesmo autor ainda acrescenta que um processo democrático e constitucionalizado é marcado pela presença da oralidade, cabendo aos juízes e tribunais fazer frutificar o diálogo.

Já a informalidade não pode ser confundida com a ausência de técnica, isto é, mesmo não sendo um procedimento rígido e formal como o processo judicial, os princípios que o regem e suas técnicas devem ser respeitadas. Pelo princípio da economia processual, o processo irá se resumir aos atos indispensáveis, e sempre que possível o juiz irá tentar suprir as nulidades, aproveitando ao máximo todos os atos. Significa render ao máximo, se utilizando apenas do mínimo de atos necessários. Esse princípio está intimamente ligado ao da celeridade, para o que atores do processo devem se desapegar de formalismos desnecessários, buscando a forma mais simples e eficaz de praticar os atos processuais.

O tempo é um grande aliado dos defensores da conciliação, isso porque o princípio da celeridade, atinente ao procedimento dos juizados especiais, garante a resolução do conflito em menos tempo que no processo judicial comum. Para Theodoro Júnior (2015, p.666):

> O princípio da celeridade impõe a preocupação com o término do feito no menor tempo possível, sem prejuízo, é claro, da defesa e contraditório, mas sempre levando em conta a urgência natural no atendimento dos hipossuficientes que dependem do socorro da Previdência Social que se servirão do Juizado Especial para pleitear verbas alimentares.

Há, portanto, um significativo aparato principiológico a nortear a criação e funcionamento dos JEF. Contudo, o capítulo a seguir elucidará o aspecto prático do procedimento, em que as dissonâncias entre normas principiológicas e ocorrências no cotidiano das varas ficaram evidentes.

3 A subjetividade do processo como obstáculo à conciliação: é preciso contar com a sorte

Os processos das Varas Federais são divididos em dois grupos após a distribuição: o grupo dos pares e o grupo dos ímpares. Essa dicotomia se refere ao número final de cada demanda, por exemplo, xx2-xx ou xx3-xx. Tal numeração é dada de forma aleatória e automática, pelo sistema informatizado de distribuição dos juízos Federais.

É esse número que irá determinar o magistrado incumbido de julgar os mesmos, nesse mecanismo de sorteio. Os processos com final par estarão sob a competência do juiz titular, enquanto aqueles com final ímpar, sob julgamento do juiz substituto. Dessa maneira, casos idênticos poderão ter procedimentos e desfechos diferentes, não apenas quando se tratar de varas distintas, mas mesmo dentro de uma vara ou juizado específico.

Em uma das varas observadas, algumas propostas de acordo que eram oferecidas pelo Procurador Federal, referentes ao pagamento de atrasados, foram tolhidas pelo próprio juiz que se recusava a homologá-las nos termos sugeridos. O argumento, nos casos observados, era de que o pagamento do valor acordado por meio de Requisitório de Pequeno Valor (RPV), incluído nessas propostas, não atenderia ao interesse do segurado, já que demoraria alguns meses até que a quantia fosse efetivamente recebida.

O magistrado vislumbrava que o pagamento deveria ser feito com maior rapidez, eventualmente de forma direta, por meio de depósito na conta bancária do autor, o que o Procurador do INSS alegava ser impossível, por ausência de amparo legal. Nessa mesma vara, o outro juiz não comunga desse entendimento, o que demonstra na prática o quanto a "sorte" (ou "azar") na distribuição pode influenciar o desfecho consensual dos processos.

Outro aspecto interessante é que tal posicionamento do juízo se explicitava antes mesmo que a parte contrária (o segurado, autor da ação) pudesse manifestar sua concordância, ou não, com os termos da proposta. Mais ainda: o entendimento do magistrado parecia vir de encontro ao texto da Constituição, já que o art. 100 da Constituição de 1988 impõe o pagamento exclusivo por meio de precatório em casos tais. No mesmo sentido, o Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal de 2012, em seus itens 5 e 7, letra "d", recomenda aos procuradores que "o pagamento das parcelas pretéritas deve ser sempre efetuado por precatório ou RPV, conforme o caso, não sendo possível a previsão de pagamento administrativo de parcelas pretéritas".

Tal postura do magistrado reflete o papel de "dono do processo" evidenciado nas pesquisas de Fernanda Duarte e Rafael Iorio (2011), "cada cabeça uma sentença". Esses autores ainda concluem que o juiz "sendo o dono do processo pode conduzir e decidir a administração dos conflitos como quiser" e acrescenta que isso "se coloca como um obstáculo a aplicação do direito de forma universal e igualitária".

Outra singularidade que se percebeu, não apenas por ser uma prática isolada quando comparada àquela dos outros magistrados, mas pela reprovação expressada por alguns servidores, procuradores e advogados, foi a prática de um determinado juiz de designar audiências de conciliação para todos os casos previdenciários. Tal procedimento seria benquisto, especialmente em vista do movimento pelas soluções consensuais, e do princípio da oralidade, característica do procedimento do juizado especial. Mas, no campo, era visto com estranheza. Como já informado, havia uma forte percepção, entre os nossos interlocutores, de que o acordo só será possível, na maioria dos casos, após prova a produção de prova contundente nos autos, geralmente por meio da perícia, por exemplo, nos casos de auxílio doença, e não por meio de audiência.

Houve inúmeras tentativas de entrevistar esse juiz para tentar compreender os motivos e/ou fundamentos para tais decisões, solicitando apenas uma conversa informal com vistas ao trabalho de pesquisa acadêmica, no entanto, todas foram frustradas, com a resposta de que o magistrado não queria conversar. De todo modo, ele estava cumprindo a lei dos Juizados Especiais, que atribui grande importância à conciliação.

A subjetividade do juiz na condução do processo foi comentada pelos advogados como fonte de insegurança jurídica, na medida em que a parte fica à mercê do acaso quando decide ingressar com a ação, "a gente torce para que não caia com determinado juiz", disse um advogado. A verdade é que, às vezes, o processo mais parece um jogo de azar, no qual o que tem sorte irá se beneficiar do azar do outro. A sorte ou azar do autor e do réu podem mudar conforme a distribuição.

Segundo o Dicionário da Língua Portuguesa, subjetivo é sinônimo de abstrato, que se separa daquilo considerado concreto. É o pensamento subjetivo, individual, que se refere ao indivíduo ou dele faz parte: opinião subjetiva. Na filosofia, diz respeito àquilo que é pessoal, particular ou relevante acerca de um indivíduo. Também pode ser entendido no sentido do egocêntrico, que pode se referir ao próprio "eu", relativo a vontades, a desejos, a comportamentos individuais. Por fim, diz-se subjetivo daquilo que é apropriado somente a um indivíduo e que só a ele interessa ou pertence. Neste *paper*, referimo-nos justamente às interpretações individuais dos juízes como um inusitado fator a dificultar a obtenção de soluções consensuais.

A impressão pessoal do juiz dificulta não apenas a obtenção do consenso nos casos investigados, mas de todo o processo judicial da forma como é pensado, sobretudo no aspecto da imparcialidade. Lupetti Baptista (2013, p.489-490), também descreve o sentimento de incerteza do jurisdicionado ocasionada por decisões desiguais. Afirma a autora que "tratar de maneira distinta e subjetiva, decidindo processos idênticos de forma diferente, cria insegurança e sensação de desprestígio e desacolhimento nos jurisdicionados, que sequer compreendem esse sistema de justiça, marcado por incoerência e desigualdade".

Durante entrevista, ao ser questionado sobre a ausência de desfechos consensuais na vara em que trabalhava, um servidor disse não ver vantagens na conciliação, já que com o acordo a parte perde geralmente em torno de 20% do que lhe é direito. Ainda em sua visão, os processos nos Juizados Federais são rápidos, demoram no máximo seis meses para a sentença. Por isso valeria a pena esperar. Mas, a despeito dessa fala do nosso interlocutor, as observações de campo não confirmaram essa impressão.

Após a instrução, quando não há mais provas a serem produzidas, se não houver acordo, os processos seguem para uma "fila de conclusão". A partir daí os processos devem ser sentenciados em seis meses. Embora pareça que há um curto espaço de tempo entre a judicialização da demanda e sua resolução por meio da análise de mérito, na prática percebeu-se que há um longo caminho a percorrer até que esses processos estejam "maduros" para a sentença.

No caso de auxílio-doença, por exemplo, antes da citação do INSS são designadas perícias médicas. Apesar dessa designação ser, em regra, a primeira decisão do processo, ela não acontece de forma tão breve porque muitas vezes é necessário aguardar disponibilização de data pelo perito ou o preenchimento de sua pauta.

Os peritos do juízo, em sua maioria atendem em uma sala do imóvel onde ficam sediadas as varas federais em Petrópolis. Por terem de deixar seus consultórios e pela necessidade de locomoção, os peritos exigem um número mínimo de perícias a serem realizadas no dia em que efetivarão o atendimento, assim muitas demandas ficam aguardando até que outras causas semelhantes necessitem da mesma especialidade de perícia.

Só a espera em si pela data da marcação da perícia pode levar de dois a três meses. Além disso, em que pese o juiz estipule um prazo determinado para a entrega do laudo, muitas vezes esse prazo não é cumprido. Enquanto isso o processo fica estagnado, gerando uma percepção de justiça morosa e ineficaz, já que os autores dessas demandas, na maioria das vezes, dependem do benefício para sobreviverem.

Com o recente advento do novo Código de Processo Civil, outra perplexidade surgiu, já que as variações de entendimento sobre a aplicação deste diploma legal nos Juizados, principalmente quanto aos prazos, são muitas. O Código de Processo Civil que entrou em vigor em março de 2016 modificou a forma anterior de contagem de prazos, sendo assim, os prazos que antes eram contados em dias corridos, agora deverão ser contados em dias úteis.

Ocorre que, na mesma semana em que a norma começou a viger, o Fórum Nacional de Juizados Especiais (Fonaje) editou a nota técnica 1/16 no sentido de que os novos prazos não deveriam ser implementados nos juizados. Esse é o entendimento também do CNJ, manifestado pela ministra Nancy Andrighi e publicado no site do CNJ em 18 de março de 2016, dia em que o novo CPC entrou em vigor, em razão do princípio da celeridade ser "pedra de esquina" do rito sumaríssimo. Esse mesmo entendimento passou a integrar o Enunciado Cível 165, aprovado no 39ª Encontro do Fonaje.

Nas varas em comento há quem entenda como o CNJ. Mas também há magistrado entendendo que o novo Código de Processo Civil é aplicável nessa parte, pois não existe outro

instrumento normativo em vigor que determine a contagem em dias corridos, já que nem a Lei 10.259/01 nem a Lei 9.099/95 trata sobre prazos. Em que pese seja mais benéfico para o autor a contagem dos dias corridos, o atual Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente, porque "o operador do direito não pode se socorrer de uma lei revogada", disse um servidor.

Assim, mais uma vez as partes precisarão lidar com a "sorte" na distribuição, podendo ter sua pretensão satisfeita em mais ou menos tempo, a depender do entendimento do juiz que conduzirá o processo, sobre a contagem dos prazos. Evidente que isso trará dificuldade especial para os advogados, diante do risco de se perderem nessa contagem.

Para um dos procuradores federais entrevistados, o juiz tem um papel fundamental para a realização ou não dos acordos. Para o procurador, a postura conciliadora do juiz é quase uma condição *sine qua non* para promover a autocomposição, veja:

> Tem juiz que é mais conciliador, pela própria natureza, que tem o embate de fazer acordo, e tem juiz que é mais acomodado. Se a audiência é mais bem conduzida leva a um acordo mais fácil, se o juiz é muito inerte, se as perguntas surgem apenas por parte do procurador, o procurador não se sente incentivado a fazer o acordo. O procurador fica mais firme se o juiz também demonstrar interesse em conciliar.

Mais uma vez é possível perceber o quanto a figura do magistrado como a "boca da lei" passa rapidamente, mediante análise crítica da realidade, à "lei segundo a boca do magistrado". O processo subjetivo segundo a livre convicção do juiz, inclusive quanto ao procedimento, tem sido percebido em outras pesquisas como essa, que buscam aproximar o leitor da realidade vivida nos tribunais (segundo proposto por FONSECA, 2009 e LUPETTI BAPTISTA, 2013).

4 O novel CPC: código novo, velhos hábitos

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), além do pretendido caráter democrático, baseado na efetividade, na presteza e na promoção da tutela dos direitos, traduz um novo formato fundado na colaboração entre as partes. Na visão de Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 55), "o processo deixa de ser "coisa apenas do juiz" ou "coisa das partes", para se tornar obra conjunta de todos", ao menos seria esse o espírito contido na lei.

O CPC/15, segundo o mesmo autor, é desapegado de formalismos, se preocupando mais com a instrumentalidade e com as maneiras de garantir o processo justo. Segundo ele, o código está pronto para alcançar o objetivo do processo capaz de ser efetivo.

Esse novo instrumento normativo tem preocupação de estimular os meios consensuais, como se vê em seu art. 3º, §3º, inobstante essa vontade aparente do legislador em promover outros métodos que não o da decisão adjudicada, a prática, ainda tem se mostrado desarmônica com o discurso teórico.

> Art. 3º. (...)
> § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Nas varas federais que sediaram a pesquisa, por exemplo, não foi observada, em 2016[15], nenhuma mudança em relação ao trâmite dessas ações, desde a entrada em vigor do novo código de processo.

A conciliação, que ganhou novos contornos, e a mediação, que foi regulamentada no CPC/15, mas principalmente pela lei especial 13.140/15, representam no novo código fases chamadas de audiências preliminares. Essas audiências serão designadas pelo juiz logo após a distribuição do processo, e só não serão realizadas caso todas as partes demonstrem desinteresse pela composição ou se a matéria não admitir a autocomposição.

Como seria possível uma composição quando apenas uma das partes deseja transigir? O modelo do novo CPC, ao contrário do discurso dos processualistas, de que o processo teria se tornado mais simplificado, parece ainda mais burocrático às partes em certas passagens, com a criação de novas fases processuais que os jurisdicionados não sabem para que servem.

Uma curiosidade constatada em audiência foi a comunicação informal da procuradora, ao magistrado que presidia a sessão, do desinteresse da procuradoria em que sejam marcadas audiências prévias com finalidade de mediar e conciliar, nos moldes da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), informando ainda que a procuraria encaminharia um memorando à vara renunciando a todas as conciliações e mediações prévias, para o futuro.

Outro ponto para refletir é o fato do código aparentemente não ter se preocupado em distinguir a conciliação da mediação, esteve mais empenhado em implementar métodos distintos da decisão judicial apenas. Essa é a leitura que se pode extrair do art. 334, quando, indiscriminadamente, determina a designação de audiência de conciliação ou de mediação e da mesma forma, no mesmo artigo, no parágrafo décimo, autoriza as partes serem representadas por procuração em audiência de mediação, inclusive.

O panorama do processo ainda é de incertezas, e na prática, os operadores têm se mostrado resistentes às mudanças do CPC/15. Ao mesmo tempo em que apropriações subjetivas do texto da lei, para interpretá-la segundo critérios individualizados, parecem dificultar ainda mais a vida dos jurisdicionados.

5 Considerações finais

O artigo não teve a intenção de esgotar o assunto, mas de demonstrar que as vontades dos atores do direito, muitas vezes se sobrepondo à ordem legal, interferem diretamente no processo judicial e consequentemente na possibilidade de soluções consensuais dos conflitos em sede de Juizado Especial Federal. Mas que, a despeito de todos os esforços realizados em prol da conciliação, ainda existe um longo caminho a ser percorrido. Restou evidente que a composição, nas ações previdenciárias, permanece sendo um tabu, caminhando, portanto, na contramão das políticas públicas de incentivo a práticas cooperativas de administração de conflito.

Na busca de identificar os motivos que justificam essa resistência empreendeu-se um esforço de natureza empírica, que possibilitou a identificação de alguns empecilhos às soluções

[15] A pesquisa foi realizada apenas entre os anos de 2014 e 2016, de modo que alterações de procedimento observadas a partir de 2017 podem não ter sido percebidas pelos pesquisadores.

consensuais nas ações previdenciárias. Sendo apenas um deles objeto deste artigo: a subjetividade na condução do processo.

Com a vigência da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), ambos pretendendo alargar o emprego judicial e extrajudicial de soluções consensuais para os conflitos de interesse, não se sabe ainda se a cultura da conciliação, que vem sendo disseminada há pelo menos dez anos pelo CNJ, regulamentada principalmente, até 2015, pela Resolução 125/2010, será mais à frente absorvida. No entanto, pela pesquisa realizada, inferiu-se que as demandas de um futuro imediato seguirão a mesma tendência observada até aqui: também sofrerão resistências.

Acerca desses casos, pode-se concluir que falta, às vezes, alguma disposição para aperfeiçoar o diálogo entre todos os envolvidos na administração dessas demandas, inclusive os magistrados e mesmo os servidores, e não apenas as partes litigantes. A adesão aos meios consensuais parece demandar, dos operadores do direito, uma nova percepção acerca dos papéis a serem por eles desempenhados, incluindo um espírito de cooperação e a percepção de que o processo pertence a todos, e não apenas ao Magistrado.

Referências

BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizados Especiais Federais Cíveis & Casos Práticos*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Manual de Conciliação da Procuradoria-Geral Federal - 2012*. Disponível em: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrador /Meus%20documentos /Downloads/manual_de_conciliacao_da_procuradoria-geral_federal .pdf>. Acesso em 10 out. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 125/2010*. Disponível em <http://cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao/legislacao>. Acesso em 02 mar. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em 08 jun. 2015.

_____. *Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em 08 jun. 2015.

_____. *Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 18 mar. 2015.

_____. *Lei nº 13.140/2015 - Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.*

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 02. ago.2015.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Conselho Nacional de Justiça. *Notícia disponível em versão eletrônica. 10ª Semana Nacional da Conciliação está marcada para 23 a 27 de novembro.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79687-10-semana-nacional-da-conciliacao-esta-marcada-para-23-a-27-de-novembro. Acesso em 26 jun.2015.

FILPO, Klever Paulo Leal. *Mediação Judicial: Discursos e Práticas*. Rio de Janeiro: Mauad/Faperj, 2016.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. *Iniciação à Pesquisa no Direito: Pelos caminhos do* conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.170.

IORIO FILHO, R. M.; SILVA, F. D. L. L. ou DUARTE, Fernanda . *A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil.* Jurispoiesis (Rio de Janeiro), v. 14, p. 47-62, 2011.
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Procuradoria Federal Especializada. *Manual de Conciliação – Versão Revisada até 28 de julho de 2009.* Disponível em: < http://www.renatodamatta.com/uploads/1/2/3/1/12315172/manual_de_conciliacao_da_procuradoria_federal_inss.pdf>. Acesso em 10 out. 2015.

LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. *Paradoxos e Ambiguidades da Imparcialidade Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2013.

MOREIRA-LEITE, Ângela. *Em Tempo de Conciliação.* Niterói, RJ: Editora da UFF, 2003.

NUNES, Thais Borzino Cordeiro. *A conciliação nas ações fazendárias: perspectivas teóricas e obstáculos empíricos para a sua efetiva implementação*. 2014. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis.

THEODORO JUNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais.* Rio de Janeiro: Forense, 50ª Edição, 2016, p. 666-678.

____. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 56ª Edição, 2016, p.91-95.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: JUSTIÇA SOCIAL, EDUCAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVAS PERSPECTIVAS E ANTIGOS DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS.

Coordenadores: Kelly Gianezini (UNESC) e Jacson Gross (Unilasalle).

Canoas, 2017.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NOS ESTADOS DA BAHIA E PARÁ: REALIDADE E EXPERIÊNCIA NUMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

Sandra Regina Alves Teixeira[1]
Andrea Tourinho Pacheco de Miranda[2]

Resumo:

A presente pesquisa reflete sobre a análise comparativa concernente aos dados estatísticos de violência contra a mulher nos estados da Bahia e Pará, na perspectiva do direito comparado acerca da rede de proteção e políticas voltadas para a salvaguarda dos direitos fundamentais das mulheres vítimas de violência nos dois estados. O recorte temporal será de 2014 a 2016, abordando a aplicabilidade da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), identificando se existe de fato a efetividade e eficácia da lei por parte de alguns órgãos de proteção as mulheres vítimas de violência tais como: Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Defensoria Pública, Ministério Público, Tribunal de Justiça, enfatizando o papel da Coordenadoria de Integração de Política para as Mulheres do Estado do Pará e Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres no Estado da Bahia, além das ações do Conselho Estadual de Direitos da Mulher, promovendo em âmbito estadual, políticas de controle social na eliminação de discriminação da mulher, assegurando-lhe condições de liberdade e igualdade de direitos. A metodologia utilizada será quali-quantitativa analisando legislação, documentos institucionais e doutrinas, dialogando com a sociologia jurídica, criminologia e direitos humanos, portanto, identificando qual o perfil social das mulheres que almejam soluções relativas a situações de violências e violações de direitos, conflitos e problemas sociais atinentes ao cotidiano permeado de violência nas relações sociais de gênero. Identificar-se-á quais os avanços, desafios e estratégias de prevenção e enfrentamento da rede de proteção na tutela dos direitos fundamentais das mulheres do norte nordeste, garantindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Violência contra mulher. Políticas Públicas. Gênero. Direitos Fundamentais.

1 Introdução

A violência contra a mulher tem se manifestado em diferentes épocas, registrada em diversos sistemas de justiças, porém, apesar de todas as políticas públicas com propostas a sua diminuição, o quadro apresenta que não houve decréscimo em matéria de violência de gênero.

Essa ineficácia do sistema de justiça para conter o aumento da taxa de violência contra a mulher, advém de diversos fatores: desde a incompreensão da complexidade dos casos, tais como, consequência dos padrões culturais herdados de uma sociedade patriarcal e que ainda subsiste na

[1] Conselheira Estadual dos Direitos da Mulher (SECULT). Mestre em Direitos Fundamentais (UNAMA) Historiadora (UFPA), Bacharel em Direito (UNAMA). Professora SEDUC/UFOPA-PARFOR-CAPES/MEC; Técnica em Gestão Cultural - Historiadora SECULT; Instrutora/Avaliadora IESP.

[2] Defensora Pública Titular da Vara de Execuções Penas e Medidas Alternativas do Estado da Bahia. Mestre em Direito (UFPE). Especialista Internacional em Segurança Pública pela Universidade do Estado da Bahia em convênio com a Università Degli Studi di Padova (2013-2014). Pesquisadora UNEB. Curso de Extensão em Business Law-Law School- Universidade da Califórnia em Los Angeles, Estados Unidos (UCLA).

sociedade latino-americana, bem como a excessiva burocratização dos procedimentos legais, as dificuldades de investigação nas complexas modalidades desta violência, a impossibilidade de responsabilizar os ofensores, segundo os membros do entorno familiar a que as vítimas pertencem, entre outros.

Com a Segunda Grande Guerra, se desencadeou uma reconstrução dos costumes, e começaram, assim, a surgirem as primeiras ideias de empoderamento da mulher, indagações e necessidades de investigar quem são esses indivíduos "sem identidade", sem direitos constituídos, a que a cultura denomina mulher, embora se acreditando apenas sujeito cognoscendi, iniciando, assim, uma grande virada, um despertar para a luta pelos direitos e garantias da mulher, no dizer de Beauvoir, é "no momento em que as mulheres começam a tomar parte na elaboração do mundo, esse mundo é ainda um mundo que pertence aos homens" 3.

O tema polêmico da nossa pesquisa, nos remete a refletirmos como o Estado e as instituições realizam suas políticas públicas de combate à violência de gênero e como contribuir para a prevenção criminal desses delitos, além de fortalecer dados de políticas de empoderamento da mulher.

As formas convencionais de violência contra a mulher, são em sua maior parte, as que são praticadas dentro da própria família, interligadas às relações domésticas ou afetivas. De outra parte, também podemos assinalar outras formas de violência contra mulher no âmbito externo ao familiar, como por exemplo, o trabalho escravo ou exploração sexual, a feminização da pobreza e o femicídio.

> "Al respecto, el carácter reiterativo de las violaciones sexuales y la aquiescencia de los mandos superiores ante su perpetración, permite sostener que esta específica modalidad de atentar contra la integridad de las personas formó parte de una política estatal. El hecho mismo de la violación sexual se vio agravado por haber utilizado los victimarios métodos extremadamente atroces contra mujeres de toda condición, como niñas, madres embarazadas y ancianas. Estos métodos no tienen siquiera parangón con aquellos que se utilizaban contra el enemigo en los combates del enfrentamiento armado interno."[4]

As redes de mulheres, que combatem a violência de gênero da América Latina e Caribe têm se manifestado contra as estatísticas que apontam um elevado número de crimes praticados contra a mulher e reclamam contra a impunidade que se produz ao redor destes casos. É certo que, apesar de já existirem legislações específicas para o combate à violência doméstica e familiar na América-Latina e Caribe, essa modalidade de delito ainda persiste.

Em contraposição a esta situação generalizada de violência e diante das demandas das organizações de mulheres que se articulam em diversos grupos de trabalhos, movimentos sociais ou foros de caráter mundial, regional e nacional já existem políticas públicas com o objetivo de que a sociedade e os Estados assumam seu dever ético-político de prevenção e erradicação de qualquer tipo de ameaça aos direitos humanos das mulheres.

A nível mundial, a Assembleia General das Nações Unidas aprovou em 1979 a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW). Essa Convenção, obriga aos Estados a tomar uma série de medidas e ações com o propósito de promoverem a igualdade entre homens e mulheres em diversos aspectos, como por exemplo,

---

[3] BEAUVOIR, O segundo sexo, 1980. p.15.

[4] Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico. Publicación da Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS): Guatemala. Guatemala Memorias del Silencio. Tomo VII, pág. 25, 1999.

fomentar a maior participação da mulher na vida política, social, económica e cultural, o acesso a alimentação, a saúde, a educação, a capacitação, a oportunidades de emprego, e, em geral, a satisfação de suas necessidades e aspirações pessoais.

2 O Enfrentamento de Todas as Formas de Violência Contra a Mulher

Podemos afirmar que o início para a concretização dos direitos humanos das mulheres, em especial de não serem vítimas de violência doméstica, iniciou-se com o reconhecimento formal pela Convenção CEDAW (1979) e pela Convenção de Belém do Pará (1994), no âmbito internacional. Foi a própria Convenção do Belém do Pará que serviu de fundamento jurídico para a promulgação da Lei Maria da Penha e para que essa proteção se firmasse como direito exigido e reconhecido pelas Cortes Internacionais[5], com o objetivo de lei especial. A segunda etapa de reconhecimento desses direitos humanos, encontra-se em andamento e consiste na efetivação de políticas públicas voltadas à mulher.

Segundo dados de pesquisas realizadas pela Organização Mundial de Saúde, datadas no período de 2006 a 2010, o Brasil está entre os dez países com maior número de homicídios contra mulheres. Esse dado é ainda mais alarmante quando se observa que, em geral o homicídio contra as mulheres é cometido por homens, em sua maioria com quem a vítima possui uma relação afetiva.

Com o advento da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no Brasil, houve um importante avanço no sentido de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesse contexto, podemos afirmar que a Lei Maria da Penha foi um marco para fortalecer os direitos de proteção à mulher, além de iniciar uma série de medidas protetivas e ter sido a mola de impulso para implementações de políticas públicas em defesa da mulher.

3 Avanços Legislativos e Políticas Públicas para as Mulheres

A Lei Maria da Penha, proporcionou a este grupo vulnerável da sociedade a garantia de ter maior efetividade de proteção, que até então não haviam sido recepcionados em lei especial. Isso gerou uma série de modificações legislativas que até os tempos atuais, vêm sofrendo modificações.

Dentre essas alterações, podemos destacar o artigo 41, que afastou a aplicação do artigo 89 da Lei nº 9.099/95, em relação aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, tornando impossível a aplicação dos institutos despenalizadores nela previstos, como a suspensão condicional do processo, já ilustrando o diferente tratamento penal que os crimes dessa espécie passaram a ter em nosso ordenamento jurídico.

---

[5] Foi somente no século XXI, que surgiu a Lei 11.340, no Brasil, sancionada em 17 de agosto de 2006, tendo sua vigência em 22 de setembro de 2006. Está lei tem um nome de uma mulher que sofria continuadamente violência doméstica, em um caso de duas tentativas de homicídio provocada pelo seu marido. O fato aconteceu no período de 1983 a 1987, época que não havia uma decisão definitiva do processo e o agressor continuava a cometer esse tipo de violência. Desta forma, essa vítima decidiu denunciar o caso a OEA – Organização dos Estados Americanos, que foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para ao final, reconhecer a negligência do estado brasileiro.

Atualmente os crimes da referida lei, são objetos de ação pública incondicionada, com regras peculiares. 6

Além dessas conquistas legislativas, consideradas de grande importância histórica, foi constatado que o II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres teve um papel significativo para a consolidação da Política Nacional de Enfrentamento à Violência, além de ter refletido como consequência uma expansão da Rede Especializada de Atendimento à Mulher que hoje conta com cerca de 974 serviços.

Algumas mudanças legislativas, irão contribuir para os 10 anos da lei Maria da Penha, como por exemplo, o Projeto de Lei nº 07/2016 que tramita no Senado Federal visando acrescentar dispositivos para que amplie os direitos e garantias da vítima de violência doméstica, no âmbito policial, que determina um atendimento policial e pericial especializado, prestado preferencialmente, por servidores do sexo feminino; dentre outras providências. Resta atentarmos para que esse Projeto 07/2016 não fragilize os movimentos de defesa da mulher, pois foi idealizado sem ouvir o movimento feminino e seus pleitos.

Rogamos para que esse projeto não signifique um retrocesso para a conquista de direitos da mulher.

4 Políticas Públicas para as Mulheres no Estado da Baha

Como já anteriormente assinalado, embora a Lei Maria da Penha tenha sido um marco para a proteção dos direitos da mulher, a violência persiste nesse campo, seja física, psicológica, patrimonial. Na Bahia, só no primeiro trimestre do ano e 2016, foram registradas 9.795 ocorrências. 7

A Secretaria de Políticas para as Mulheres- SPM- da Bahia, segue implementando a Rede de Enfrentamento à Violência contra as mulheres, e buscando uma maior integração entre os órgãos que dela fazem parte, como a Casa Abrigo, as 15 delegacias, as 6 Varas Especializadas, os 26 Centros de Referência, combatendo violações da integridade física e psicológica das mulheres na Bahia.8

Por sua vez, as Delegacias Especializadas em Atendimento as Mulheres – DEAMS, integram as políticas públicas da Polícia Civil da Bahia e tem por objetivo: dar assistência jurídica, orientação e encaminhamento a outros órgãos, fazendo cumprir o que determina a referida Lei Especial.9

---

[6] A lei Maria da Penha trouxe inovações importantes no que diz respeito a proteção dos direitos da mulher, fundamentando no princípio da dignidade da pessoa humana e com alcance aos direitos humanos através de medidas capazes de proteger a mulher e coibir práticas de violência doméstica e familiar. Podemos destacar as: a tipificação e definição da violência doméstica e familiar; sistematização dos serviços pela autoridade policial, criação de juizados especializados, proibição de penas pecuniárias como cestas básicas, multas, transação penal e demais benefícios despenalizadores, a representação que poderá ser feita por qualquer pessoa, não sendo necessário a concordância da vítima, retratação que só deverá ocorrer perante o juiz, possibilidade da prisão em flagrante e prisão preventiva, recomendação de programas de recuperação e reeducação para o agressor.

[7] Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia – (SSP/BA).

[8] Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia – (SSP/BA).

[9] Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências: I - garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário; II - encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal; III -

A denúncia de crimes de violência doméstica poderá ser anônima ou realizada pessoalmente nas delegacias ou através de centrais de telefones da Polícia Militar e Polícia Civil por qualquer pessoa. Há Delegacias das Mulheres mais aparelhadas em todo território, com mecanismos de monitoramento do cumprimento das medidas protetivas mais eficazes, com o objetivo de que a mulher possa avisar tempestivamente o ocorrido.

Como já mencionado anteriormente, já existe em trâmite na Câmara de Deputados do Brasil, o Projeto de Lei Complementar da Câmara n.º 7 2016, o qual possibilita que os delegados de polícia passem aplicar provisoriamente, medidas protetivas, inclusive decisão judicial, em caso de risco à vida ou à integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes.

Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar com competência Cível e Criminal juntamente com as Varas Especializadas estão em consonância com a Lei Maria da Penha, e estão em pleno funcionamento e contam com uma equipe multidisciplinar: advogados, psicólogos, assistente social, atendimento qualificado e humanizado.

De igual maneira, as medidas protetivas, tem um número relevante dentre os procedimentos incidentais ou preliminares na ação penal.[10]

O Ministério Público e a Defensoria Pública, enquanto funções essenciais à justiça, têm um papel relevante na proteção às vítimas de violência doméstica e familiar.

O Ministério Público, através do GEDEM da Bahia, atua de forma judicial e extrajudicial, nas ações cíveis e criminais, tendo por finalidade receber as denúncias e analisar os casos concretos, para dar prosseguimento ao processo, podendo, inclusive, requisitar força policial, fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher, cadastrar casos de violência doméstica e familiar.

Por seu turno, a Defensoria Pública oferece orientação e atendimento jurídico aos hipossuficientes, ou seja, aqueles que comprovem insuficiência de recursos, sendo responsável pelo funcionamento do Núcleo Especializado de Defesa da Mulher em Situação de Violência – NUDEM. Esse Núcleo é composto de servidores treinados e capacitados para atender, orientar juridicamente, ajuizar medidas protetivas e criminais de mulheres em situação de violência, que aguardam julgamento na Vara de Violência Doméstica. [11]

As ações do NUDEM da Defensoria Pública do Estado da Bahia, podem ser assim ilustradas[12]:

---

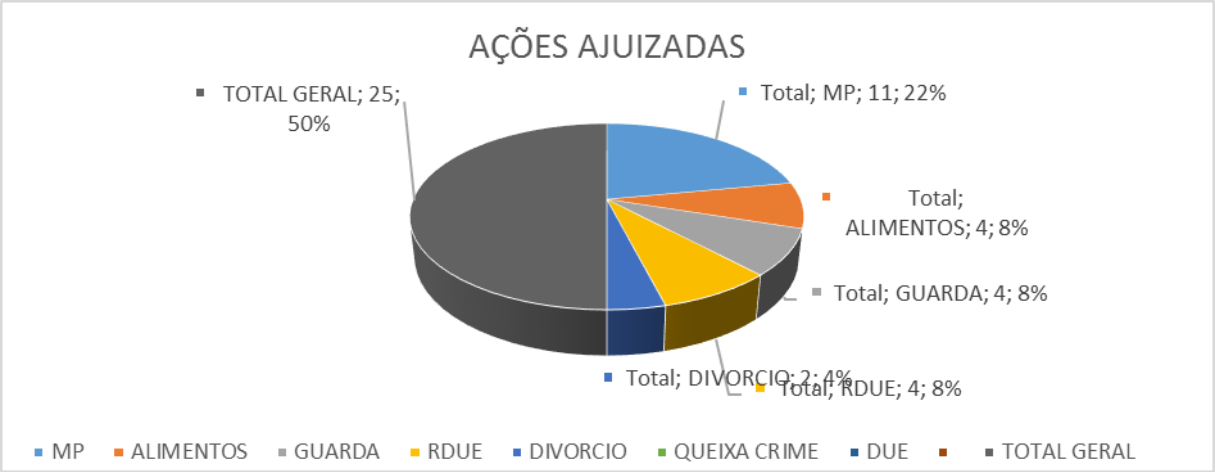
fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida; IV - se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar; V - informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis

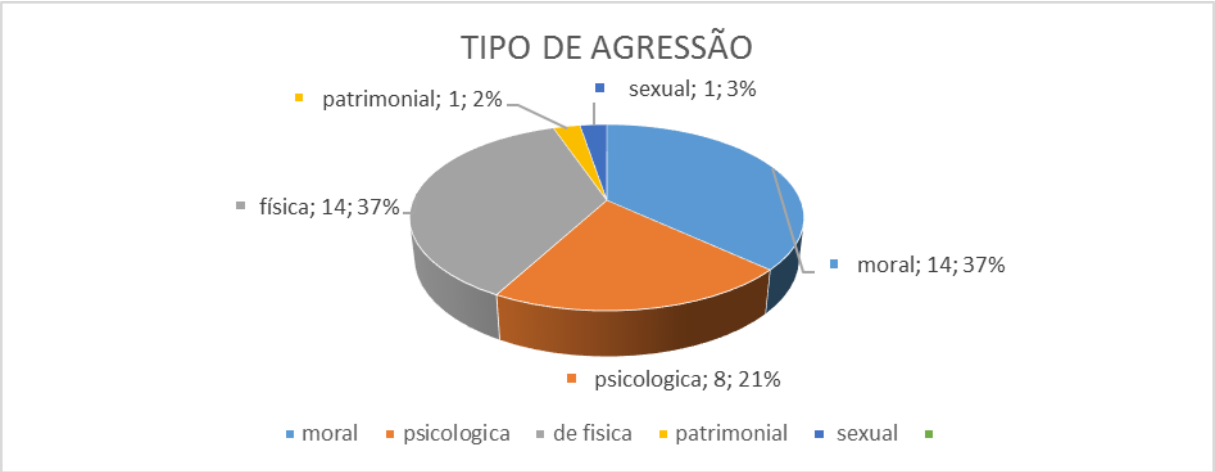
[10] Reza a Lei 11.340/2006-Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

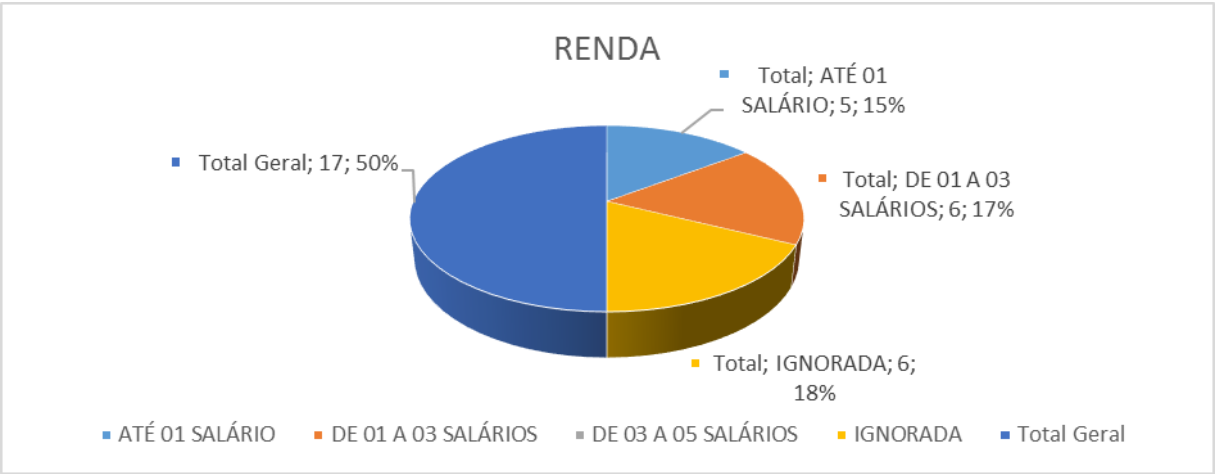
I – conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência; II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso; III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis. (grifo nosso). A lei 11.340/2006 prevê a suspenção da posse ou restrição do uso de arma de fogo no caso do agressor que praticou tentativa de assassinato; outras medidas contra o agressor: afastamento do lar ou do local que convive com a ofendida; afastamento da circunvizinhança a uma distância de até 300 metros; proibição de aproximação da vítima de seus familiares e testemunhas, restrição do direito de visita aos dependentes menores e entre outras. Ademais, o juiz pode determinar pensão alimentícia a vítima e seus dependentes, caso a ofendida não tenha condições de se manter.

[11] Cf. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. *Cartilha-Enfrentamento a Violência Doméstica2015 – 2ª Edição. Disponível em:*www.defensoria.ba.def.br/.../cartilha_enfrentamento_a_violencia_domestica_SPREE.

[12] Idem.







As atividade do NUDEM da Defensoria Pública do Estado da Bahia, são voltadas à legitimação dos instrumentos de defesa e de atendimento integral à mulher vítima de violência, abrangendo: orientação jurídica; proposituras de ações judiciais: requerimento de medidas protetivas, junto aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (afastamento do lar, proibição de aproximação e de contato, guarda provisória, alimentos provisórios para os filho, etc.); separação judicial, reconhecimento de união estável, guarda dos filhos, reconhecimento de paternidade, ação de alimentos, arrolamento e partilha de bens para os Juízos de Família; requerimento de indenização e ressarcimento por danos morais e materiais; realização de acordos extrajudiciais e judiciais; encaminhamento para outros serviços da rede de atendimento à mulher(

abrigamento, orientação ao trabalho, tratamentos médicos, grupos de apoio, agendamento ao núcleo interdisciplinar, para apoio de psicólogos, assistentes sociais, etc).

5 Panorama Estatístico da Violência Contra a Mulher no Estado do Pará

Em 2011 foram 6.139 ocorrências registradas nas Delegacias Especializadas em Atendimento à Mulher na Região Metropolitana. Em 2012 foram 6.207 registros. O número de prisões aumentou 238 em 2011, contra 275 em 2012[13].

Segundo informações da Policia Militar, de janeiro a julho de 2015, foram registradas 3.842 ocorrências de violência doméstica contra a mulher, em um total de 5.502 atendimentos realizados pela Delegacia da Mulher em Belém, sendo que houve um aumento de denúncias de 5,85% de violência doméstica em relação aos anos de 2013 e 2014.Já no ano de 2013 foram registrados 15.193 boletins de ocorrências de violência contra a mulher em todo o Estado. Em 2014 foram contabilizadas 16.083 ocorrências. Segundo informações relativas aos dados estatísticos da Segurança Pública, isso significa uma maior massificação da Lei Maria da Penha, que encorajou inúmeras mulheres a denunciar os agressores. Concernente aos procedimentos policiais tais como: inquéritos e prisões em flagrante, em 2013 foram lavrados 5.767 procedimentos e em 2014 o número elevou para 5.930, tais crimes são julgados nos juizados especializados de violência contra a mulher.

No que se refere à quantidade de processos judiciais por violência doméstica que tramitam no Tribunal de Justiça do Estado do Pará, o mesmo identificou um aumento considerável em 2016, sendo registrados 10.181 novos casos de violência, contra 9.743 em 2015. A diferença entre processos novos e concluídos gera um déficit na justiça paraense, hodiernamente 21.842 casos de violência doméstica estão pendentes no Poder Judiciário do Estado do Pará.[14]

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará informou que 6.237 homens agressores no ano de 2015 foram punidos com rigorosidade e sentenciados, já em 2016 o total foi de 5.368.

Apesar de que existe uma diferença entre os novos processos e os concluídos resultando em um déficit de 21.842 processos tramitando em pendência no judiciário paraense.

O estudo do Mapa de Violência 2015, a pesquisa sobre Homicídios de Mulheres, produzido pela Faculdade Latino Americana de Ciências Sociais (Flacso), analisa que a taxa de homicídios contra as mulheres no Estado do Pará aumentou em 104% no período de 2003 a 2013.

Dados do Ministério Público do Estado do Pará, afirmaram que no ano de 2016, foram registrados mais de 6 mil casos de violência contra a mulher no Estado do Pará, sendo que na capital ocorreram 4 mil casos de violência, que repercutiu uma sessão especial na Câmara Municipal, abordando a questão da violência contra a mulher. O relatório do Ministério Público do Estado do Pará, afirma que houve um aumento de 4% em relação ao ano de 2015, mas quando comparados com os dados de 2014 diminuíram 15%. Segundo a Promotora, o perfil do agressor são homens acima de 20 anos, com uma cultura machista, e a mesma considera que houve um relativo

[13] Cf. SSP PARÁ-Dados Dados divulgados pela Secretaria de Segurança Pública do Estado do Pará e Matéria: Policia divulga número de violência contra a mulher na grande Belém. 08 mar 2013. Disponível em : http://g1.globo.com/pa/para/noticia/2013/03/policia-divulga-numeros-de-violencia-contra-mulher-na-grande-belem.html. Acesso em 08 abr 2017.

[14] Cf. SSP-PARÁ- Secretaria de Segurança Pública do Estado do Pará.

número de aumento de denúncias, pelo encorajamento das mulheres, embora ainda seja necessário avançar em dois aspectos no endurecimento das leis e na educação.[15]

Consoante o Mapa da Violência na comparação de taxas de homicídios de mulheres por 100 mil nas UFs e em suas respectivas capitais no Brasil em 2013, o Estado do Pará aparece com a taxa de 5,8 e em 10ª posição[16].

Neste sentido em relação a referência observada no Mapa de Violência 2015, que analisa o ordenamento dos 100 municípios com mais de 10 mil habitantes do sexo feminino, com as maiores taxas médias de homicídios de mulheres por 100 mil (Brasil 2009-2013). O Estado do Pará é representado no Mapa da Violência constando as 7 cidades mais violentas entre elas Tucumã que está na 18ª posição nacional de homicídios de mulheres; Novo Progresso (20ª); Paragominas (24ª); Tailândia (25ª), São Geraldo do Araguaia (26ª); Ourilândia (39ª); Goainésia do Pará (41ª); São João de Pirabas (65ª); Rondom do Pará (98ª).[17]

Em estudo realizado anteriormente através de mapeamento da violência na Região Metropolitana de Belém[18] constatou-se que o município de Santa Barbara apresentava um maior índice de violência, com Índice de Desenvolvimento Humano considerado médio, Marituba com um elevado índice de violência urbana e IDH Médio e Ananindeua apresentando um índice de violência alto com um IDH alto, sendo que três bairros são considerados muito violentos Icuí Guajará e Paar, este considerado a maior invasão da América Latina, com imigrantes de Pará, Amapá, Amazonas e Roraima, tal bairro faz fronteira entre duas invasões intituladas Favelinha e Afeganistão, tendo como principais características: região de tráfico de drogas; proteção de rede de marginais; ausência de educação, saúde policiamento e instituições de apoio a mulheres vítimas de violência nas unidades de saúde dos bairros.

A pesquisa registrou os bairros com maio índice de violência na Região Metropolitana de Belém: Guamá (Belém) com 6.30%, Icuí Guajará (Ananindeua) 5,60%, Coqueiro (Ananindeua) com 4,02%, Marambaia (Belém) com 3,85%, tais bairros apresentam um alto índice populacional com redução econômica e social, ocupação desordenada em periferias, com pouca intervenção do estado nas áreas de segurança, educação, cultura, geração de renda e emprego e saúde.

Segundo a Delegada de Polícia Janice Aguiar, titular da Divisão Especializada em Atendimento à Mulher da Polícia Civil, cerca de 30 mulheres procuram diariamente a Delegacia solicitando medidas protetivas para combater as agressões cometidas por homens, enfatiza que os mais comuns são crimes de ameaça e lesão corporal, e lamentavelmente são inúmeros os processos que não resultam em condenação, porque a vítima desiste de dar continuidade à denúncia. Segundo a interpretação da Delegada:

> É um número expressivo, mas ainda não reflete a realidade: a gente sabe que têm muitas mulheres, que não procuram a polícia, que ainda tem medo, então está longe de ser o número real da quantidade de violência doméstica, Não existe essa coisa de retirar a queixa, o que ocorre é que alguns crimes como o de ameaça, dependem de representação na fase judicial, e a ausência desta

[15] CF. Dados divulgados pelo Ministério Público do Estado do Pará.

[16] Mapa da Violência 2015. Homicídios de Mulheres no Brasil Disponível em:http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 09 abr de 2017.

[17] Mapa da Violência 2015. Homicídios de Mulheres no Brasil. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 09 abr de 2017. Acesso em: 09 abr 2017.

[18] AUGUSTO, André Ozela, LIMA Vera Lúcia de Azevedo. Mapeamento dos casos de violência contra a mulher na região metropolitana de Belém narrados pela mídia impressa do Estado do Pará. In:Revista Paraense de Medicina. V29 (2) abril-junho de 2015. Disponível em: http://files.bvs.br/upload/S/0101-5907/2015/v29n2/a4988.pdf. Acesso em 21 abr 2017.

> representação impede que o promotor denuncie. Se em fase judicial a vítima não representar ou desistir o promotor fica impedido de continuar. Esse comportamento é comum. Muitas desistem, e ficam até com raiva quando vão atrás de perícia, documento. A dependência emocional é muito grande. Não é nem financeira. Já que até mulheres que tem uma condição financeira boa e instrução elevada sofrem com isso. Mesmo assim elas têm dependência emocional e é muito grande. Elas atribuem que existe a possibilidade de o companheiro melhorar mudar o comportamento e decidem que querem dar uma segunda chance. ”

Algumas inciativas têm sido realizadas pela Rede de Proteção a Mulher no Estado do Pará, no período de 19 a 23 em setembro de 2016, o Fórum Criminal de Belém do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, realizou uma ação intitulada “Mutirão nos Bairros” no qual apreciou 763 processos atinentes a Violência Doméstica e Familiar da Capital, sendo selecionados processos dos Bairros do Marco e Pedreira (tais bairros são considerados de classe média, e não periféricos), objetivando acelerar a prestação jurisdicional as mulheres vítimas de violência nestes bairros.

Ainda relacionado aos dados estatísticos da violência contra a mulher no Estado do Pará, o disque denúncia 180, registrou em 2015, cerca de 11 relatos por dia de agressão as mulheres totalizando 3.927 ligações, correspondendo uma taxa de 116,80 agressões a cada grupo de 100 mil mulheres no estado constatou-se um aumento de 78% em relação a 2014 com 2.206 denúncias registradas, Em relação ao total de denúncias, em primeiro lugar está a agressão física 1.274 (32,5%) em seguida de agressão psicológica 625 ligações (16%) . O mais preocupante e grave é que em 63% dos casos relatados de violência contra a mulher, 2.603 existe possibilidade concreta de feminicídio. E do total de 3.927 ligações 75% são recorrentes em casos semanais de agressão.[19]

No entanto, em março de 2017 foi publicada uma pesquisa pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e Instituto de Pesquisa Data Folha com apoio internacional do Canadá e Instituto Avon intitulada: “ Visível e Invisível: a Vitimização da Mulher no Brasil”, com o objetivo de levantar informações sobre a percepção da violência contra a mulher e sobre a vitimização sofrida atinente aos tipos de agressão, o perfil da vítima e as atitudes tomadas frente à violência. Cotidianamente as mulheres sofrem heterogêneos tipos de violências nas suas relações sociais de gênero, sendo importante repensar os instrumentos de erradicação de violência contra a mulher. Alguns dados interessantes são extremamente preocupantes, pois para 73% da população brasileira a violência contra a mulher aumentou nos últimos 10 anos. Entre as mulheres, a representação social da violência eleva-se para 76%, e entre as que vivenciaram algum tipo de violência nos últimos 12 meses o percentual é de 79%. [20]

A pesquisa relatou que 66% da população respondeu afirmativamente ter visto alguma mulher ter sido vítima de violência, ou seja, 2 em cada 3 brasileiros presenciou uma mulher sendo vitima de violência no ano de 2016. Concernente ao perfil do agressor observa-se que a maioria é conhecida da vitima e representam 61%, sendo que 19% são cônjuge/companheiro/namorado; 16% ex cônjuge/ex companheiro/ex namorado; seguidos de familiares tais como: irmãos, pais mães e pessoas próximas como amigos e vizinhos.

A pesquisa evidenciou que as vitimizações das mulheres de alta renda com mais de 10 salários mínimos ocorrem em casa e atinge um percentual de 52% e 23% no trabalho. Enquanto as mulheres de baixa renda (até dois salários mínimos) a vitimização está distribuída em casa,

---

[19] Cf. Mapa da Violência 2015. Homicídios de Mulheres no Brasil Disponível em:http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 09 abr de 2017.

[20] Visível e Invisível: a Vitimização de Mulheres no Brasil. Marc 2017. Forum de Segurança Brasileiro. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

atingindo o percentual de 43% e 44 % na rua. Observou-se ainda maior vitimização da mulher branca em casa (47%) do que na rua (34%), enquanto que para a mulher negra a agressão está mais distribuída nos dois ambientes em casa corresponde a 42% e na rua 41%. Dentre este universo 52% das mulheres vitimas de violência não fizeram nada, ou seja, não tomaram atitude frente a violência, não procuraram a rede de proteção, sendo consideradas como " cifras negras".

No quesito agressão física nos casos de lesão provocada por algum objeto e de ameaça com faca e arma de fogo, 41% e 48% respectivamente, relataram ter recorrido a um órgão oficial concernente ao sistema de segurança (Delegacia de Mulher, Delegacia Comum, Policia Militar 190, Central de Atendimento a Mulher). No entanto, 49% das mulheres negras declararam não ter feito nada. Sendo que, mulheres brancas correspondem a 57%, que não tomaram atitude em relação aos casos de ameaças, perseguições e violência física contra as 30% que recorreram aos órgãos públicos da rede de proteção.

A pesquisa sistematizou que 30% das mulheres relataram que sofreram algum tipo de violência pessoal e direta no ano de 2016. Sendo que 66% dos entrevistados relataram que presenciaram algum tipo de violência contra as mulheres no próprio bairro onde moram.

Segundo Silvia Ramos (2017) ao analisar sobre a violência contra a mulher, pautada nesta pesquisa contesta que:

> O fato é que, sob a expressão violência contra a mulher, encontram-se variadíssimas dinâmicas e formas de agressão e o próprio movimento de mulheres e os sistemas policiais de proteção às mulheres, muitas vezes têm dificuldades de entender que a Lei Maria da Penha foi um avanço extraordinário em termos simbólicos para toda a sociedade, mas também foi um complicador para as mulheres que- em vez de punir, querem restaurar suas relações. Querem que a violência cesse, mas não querem se separar de seus companheiros.
>
> No caso da violência doméstica contra a mulher, algumas vezes o homem só olha para a gaveta onde guarda a arma para fazer a mulher obedecer; ela sabe que ele efetivamente pode matá-la numa cultura onde mata-se muito. No caldo de agressões e ameaças que tantas vezes regulam as relações íntimas, não vamos nos esquecer que violências entre casais do mesmo sexo e também de mulheres em relação a homens estão presentes em casamentos e estruturas familiares onde a violência é uma gramática que algumas vezes conjuga um afeto e um amor. Aliás o mesmo ocorre entre casais de adolescentes namorando ou "ficando".
>
> Eu não acredito que a violência contra a mulher é maior hoje no Brasil que há dez anos atrás. Acho que as mulheres e homens, jovens reconhecem, identificam e rejeitam mais situações de violência de gênero do que as mulheres e homens da minha geração. Mas só pesquisas como essas são capazes de revelar o que acontece de fato com as mulheres e homens nas casas, nas vidas privadas e espaços públicos21

Uma das justificativas mais comuns para a inércia das pessoas que presenciam a violência contra a mulher, é justamente a representação social de que é um assunto privado, ou seja, estando presente o estruturante machismo e patriarcalismo na hodierna sociedade.

Lamentavelmente inúmeras mulheres não encontram um amparo social após ter sido vítima de violência, vivenciando a agressão como algo naturalizado. Segundo os pesquisadores Silva, Gregoli e Ribeiro, a mudança só ocorrerá com maior conscientização dessas medidas protecionistas em favor da mulher (2017):

---

[21] RAMOS, Silvia, Violência, Violências: mais agredidas ou mais atentas? In: Visível ou Invisível: A vitimização das mulheres no Brasil. Marc 2017 Fórum Brasileiro Segurança Pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

> O quadro da violência contra a mulher só começará a se reverter quando ela for considerada intolerável e qualquer circunstância (em espaços públicos e privados), quando agressores sejam interpelados e constrangidos e as mulheres lesadas sejam ouvidas e acolhidas, ou seja, quando a sociedade para tomar a si, coletivamente, a responsabilidade pelo bem-estar de suas mulheres22.

A recente pesquisa nacional intitulada: "Visível e Invisível: a vitimização de Mulheres no Brasil", realizada pelo Instituto Data Folha e solicitado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), observou que cerca de 12 mil mulheres foram vítimas de agressões físicas diariamente no território nacional.

Deste total, 39,2% foram vítimas dos namorados, cônjuges, ou ex-namorados e ex-cônjuges. A violência inicia cada vez mais cedo e cresce de forma estarrecedora. Segundo Miklos e Evangelista (2017) "os dados indicam que 45% das adolescentes e jovens de 16 a 24 anos sofreram algum tipo de violência no período de um ano. Praticamente metade das jovens brasileiras, são vitimas de violência precoce."[23].

Neste sentido, para erradicar a violência contra a mulher o Estado (União, Estado e Município) tem o papel social e dever institucional de formular e implementar políticas públicas com atendimentos especializados e não apenas por instrumentos de segurança e de justiça.

É importante salientar que a violência contra a mulher, além de incidir no campo penal é uma questão de saúde pública, além de um problema social e político. Especialistas afirmam que a violência psicológica é uma grave violação dos direitos humanos das mulheres ocasionando reflexos em sua saúde mental e física. Segundo Oliveira (2014) é necessário diagnosticar o problema cedo:

> "As agressões psicológicas também denunciam uma desigualdade na relação que pode evoluir para a violência física ou sexual ou homicídios. Então ter um diagnóstico precoce, é bastante importante para evitar dano, morte ou outros crimes posteriores. E a própria violência psicológica já é crime: calúnia. Injúria e difamação e ameaça de morte estão previstas no Código Penal"24.

6 Redes de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres no Estado do Pará

As redes de enfrentamento a violência contra as mulheres, surgiram na década de 90, em inúmeros países latino-americanos caracterizando-se com a temática, pautaram plataforma de ações e lutas referente a 25 de novembro, Dia Internacional da Não Violência contra as Mulheres. Alguns instrumentos normativos como tratados internacionais, amparados em tratados e convenção com

---

[22] SILVA, Roberta Viegas, GREGOLI Roberta, RIBEIRO Henrique Marques. Resultado de Pesquisa expõe tolerância social à violência contra as mulheres em espaços públicos. In: Visível e Invisíveis: A Vitimização de Mulheres no Brasil. Marc 2017. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

[23] MIKLOS, Manoela, EVANGELISTA Ana Carolina. O que somos, o que sabemos e o que fazemos com isso. In: Visível e Invisíveis: A Vitimização de Mulheres no Brasil. Marc 2017. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

[24] . D' OLIVEIRA, Ana Flávia.. A importância de mensurar e punir os danos da violência invisível. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/a-importancia-de-mensurar-e-punir-os-danos-da-violencia-invisivel/. Acesso em: 23 abr 2017.

força vinculante como a Convenção Inter Americana, para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará promulgada com o escopo de promover tutelar os direitos humanos das mulheres na esfera do Sistema Internacional dos Direitos Humanos.

A Secretaria de Políticas Públicas para as Mulheres constituiu a " Rede de Atendimento a Mulher em situação de Violência", serviços como: Centros de Referência de Atendimento à Mulher; Núcleos de Atendimento à Mulher; Casas de Abrigo; Casas de Acolhimento; Casas de Acolhimento Provisório; DEAMs; e Delegacias Comuns; Polícia Militar; Instituo Médico Legal; Defensorias Públicas da Mulher; Juizados de Violência Doméstica e Familiar; Ligue 180; Ouvidoria da Mulher da Secretaria e Políticas Públicas para as Mulheres; Serviços de Saúde; Posto de Atendimento Humanizado em Aeroportos; Núcleo da Mulher da Casa do Migrante; dentre doutros, já assinalados anteriormente.

A violência contra a mulher configurada no âmbito doméstico independe de classe social, política, nível de escolaridade, idade, etnia, religião, localização geográfica (centros urbanos, periferia, região ribeirinha ou área rural).

É relevante mencionar que o Estado do Pará, já ocupou o 4º lugar em homicídios de mulheres, sendo que Paragominas, cidade do nordeste paraense o 1º lugar em homicídios de mulheres[25], e que segundo dados estatísticos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em 2015, a taxa de homicídios de mulheres na região norte praticamente duplicou nos últimos dez anos. Mesmo o Pará, já tendo um histórico cultural e uma militância aguerrida com mais de 300 movimentos sociais de mulheres e movimentos feministas que reivindicam pautas específicas, e ter sediado a Convenção Internacional promulgando um documento intitulado de Convenção Interamericana para prevenir punir e erradicar a violência contra a Mulher, na Convenção de Belém do Pará em 09 de junho de 1994, a violência de gênero continua[26].

A Secretaria de Políticas para as Mulheres, extinta no início de 2017 pelo atual Governo Federal, tinha como finalidade assessorar diretamente a Presidenta da República, em articulação com os demais Ministérios, na formulação e no desenvolvimento de políticas para as mulheres. Paralelamente, desenvolvia campanhas educativas de caráter nacional assim como, projetos e programas de cooperação com organizações nacionais e internacionais, públicas e privadas. A atuação da Secretaria de Políticas para as Mulheres respeitava todas as formas de diversidade: racial, geracional e de orientação sexual; mulheres negras, indígenas, do campo, da floresta e/ou com deficiência e significou um avanço na luta pelos direitos e igualdades das mulheres do nosso país.

7 Considerações Finais

A violência contra a mulher significa uma violação aos Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, em decorrência de uma supremacia masculina com mentalidade cultural machista, patriarcalista, misógina, portanto é necessário que as normas possibilitem que no âmbito privado e

[25] BALLOUSSIER, Ana Virginia. O Pior lugar do Brasil. A cidade de Paragominas no Pará tem a maior taxa de homicídios femininos no país. Trip TPM. 11.jun 2013. Disponível em:http://revistatrip.uol.com.br/tpm/o-pior-lugar-do-brasil-para-ser-mulher, Acesso em: 28 abr 2017.

[26] Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm. Acesso em: 28 abr 2017.

público, possam ser implementadas e fiscalizadas pelo Estado para garantir com eficácia e efetividade os direitos das mulheres agredidas e vítimas de violência de gênero, salvaguardando-as.

Neste sentido, a violência de gênero é abrangente, pois é consolidada e naturalizada pelo simples fato da mulher ser mulher, ocorrendo em todas as classes sociais e por todos os setores, independente de nível cultural, econômico e político, assim como na esfera pública e privada, parafraseando Richard Felson (2000) "a violência é anti-normativa, na medida em que os agressores violam normas de proteção às mulheres"[27], a mulher que sofre a violência de gênero e doméstica é duplamente vítima.

A violência contra a mulher tornou-se um problema de saúde pública, um problema político religioso, cultural, educativo, formativo, compreendendo em geral um sistema social afetando todos os homens e mulheres de uma estrutura social, laboral e familiar.

A mulher vitima de violência detém Direitos Fundamentais inalienáveis, previstos na Constituição Federal e em documentos normativos internacionais que integram a dignidade da pessoa humana, inserida no Estado Democrático de Direito, o poder público tem o dever de respeitar e garantir esses direitos, além de promover e sensibilizar políticas públicas e a participação da vitima no processo.

Diante desse quadro com altos índices estatísticos de violência existe uma necessidade de avançar na formulação de políticas públicas que contribuam para a proteção dessas mulheres vítimas de violência e que apresentam maior vulnerabilidade concernente a dependência econômica e psicológica. É necessário, portanto, garantir a participação das mulheres nas políticas públicas com demandas específicas para as mulheres, pois é indispensável que a Rede de Proteção funcione com eficácia e efetividade em toda sua potencialidade, é imprescindível uma educação preventiva pelo fim da violência de gênero para desconstruir aspectos culturais de violência.

Nesse sentido é primordial a punição rigorosa dos agressores, assim como acompanhamento psíquico-social no combate a violência, evitando a recidiva de novos atos. É essencial repensar a atuação do Direito Penal e Processo Penal na solução da desigualdade de gênero no país, pois caso contrário, se a questão não for resolvida no início, poderá se descambar em crime de maior gravidade, como o feminicídio. Conforme ponderou Montenegro (2015) "a busca da sociedade pelos efeitos simbólicos do Direito Penal legitima a 'resolver' conflitos sociais e isso, como foi demonstrado termina trazendo mais vitimização, em especial quando a vítima é mulher"[28]. E ainda, consoante Blay (2008), "o planejamento de políticas públicas só funcionará com a total participação da sociedade civil, que já está alerta a respeito da violência contra a mulher"[29].

Por fim, em nossa pesquisa procuramos fazer um paralelo comparativo da violência contra a mulher entre dois entes federativos Pará e Bahia, com uma perspectiva analítica de direito comparado, concluindo que o cenário feminino é de precarização de acesso aos serviços públicos e de políticas públicas que promovam uma vida com mais dignidade, configurando alguns municípios como o pior Índice Desenvolvimento Humano para as mulheres nestes Estados, e que abrangeu os dois Estados que elegemos para a nossa pesquisa.

---

[27] FELSON, Richard B. The normative protection of woman from violence. Sociological Forum, v. 15, n. 1, p. 91-116, New Jersey, March, 2000.

[28] MONTENEGRO, Marília. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica; 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan, 201. p 197.

[29] BLAY, Eva Alterman. Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos. Curso de Pós-Graduação em Sociologia. São Paulo: Ed. 34, 2008. p. 223.

Referências

ANTONY, Carmen. Mujer y cárcel: el rol genérico en la ejecución de la pena. IN OLMO, Rosa del (org.): *Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina*. Caracas: Nueva Sociedad, 1998.

ARAÚJO, Emanuel. *A arte da sedução:* sexualidade feminina na colônia. História das mulheres no Brasil, org. Mary Del Priore. São Paulo: Contexto, 2008.

AUGUSTO, André Ozela, LIMA Vera Lúcia de Azevedo. Mapeamento dos casos de violência contra a mulher na região metropolitana de Belém narrados pela mídia impressa do Estado do Pará. In: *Revista Paraense de Medicina*.V29 (2) abril-junho de 2015. Disponível em: http://files.bvs.br/upload/S/0101-5907/2015/v29n2/a4988.pdf. Acesso em 21 abr 2017.

BALLOUSSIER Ana Virginia. O Pior lugar do Brasil. A cidade de Paragominas no Pará tem a maior taxa de homicídios femininos no país. *Trip TPM*. 11.jun 2013. Disponívelem:http://revistatrip.uol.com.br/tpm/o-pior-lugar-do-brasil-para-ser-mulher, Acesso em: 28 abr 2017.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo.* Trad. Sérgio Milliet.2ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BLAY, Eva Alterman. *Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos*. Curso de Pós-Graduação em Sociologia. São Paulo: Ed. 34, 2008. p. 223

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm. Acesso em: 28 abr 2017.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da Costa. *O gênero no direito internacional: discriminação violência e proteção*. Belém: Paka-Tatu, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ecl. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

D' OLIVEIRA, Ana Flávia. *A importância de mensurar e punir os danos da violência invisível.* Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/a-importancia-de-mensurar-e-punir-os-danos-da-violencia-invisivel/. Acesso em: 23 abr 2017.

FELSON, Richard B. The normative protection of women from violence. *Sociological Forum*, v. 15, n. 1, p. 91-116, New Jersey, March, 2000.

INFORME DE LA COMISIÓN PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO: GUATEMALA. *Guatemala Memoria del silencio*. Tomo VII, pág. 25, 1999.

DEFENSORIA DO ESTADO DA BAHIA. *Lei orgânica da Defensoria Pública do Estado da Bahia*. Disponível em:

http://www.defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=7&modulo=eva_conteudo&co_cod=15901. Acesso em: 18.04.2017.

GARCIA, Fernando Santa Cecília. Objeto de la criminologia (III). La víctima em derecho. In: CORTÊS, Lina Mariola Diaz & ALVAREZ, Fernando Pérez (coords). Introducción a la criminología. Salamanca: *Ratio Legis,* 2013,b.p 85-101 (p.92). Tradução livre do autor.

GARCIA, Leila Posenato Posenato, FREITAS, Lúcia Rolim Santana de & HOFELMASNN ,Dorotéia Aparecida. Avaliação do Impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões no Brasil, 2001-2011. *Epidemiologia e Serviços de Saúde,* v. 22, n. 3. p, 383-394, Brasília, julho/setembro 2013.

MAPA DA VIOLÊNCIA 2015. *Homicídios de Mulheres no Brasil.* Disponível em :http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 09 abr de 2017.

MIKLOS, Manoela, EVANGELISTA Ana Carolina. O que somos, o que sabemos e o que fazemos com isso. In: Visível e Invisíveis: A Vitimização de Mulheres no Brasil. Marc 2017. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública.* Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. *Núcleo de Enfrentamento à Violência contra a Mulher.* Órgãos de Proteção e Rede de Proteção. Disponível em: https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/index.php?action=MenuOrgao.show&id=4758&oOrgao=81. Accesso me: 28 abr 2017.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha*: uma análise criminológico-crítica; 1ª ed. Rio de Janeiro. Revan, 2015. p 198.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. *Guia para a construção e implementação de planos estaduais e municipais de políticas para as mulheres.* Elaboração: Mariana Marcondes Mazzinni, Ana Maria Gomes Mesquita, Cristina Monteiro de Queiroz, Gabriela Parente Prado Bastos, Masra de Abreu de Andrade e Sérvio Túlio Júnior. Brasilia, DF, 2012. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=28. Acesso em 18.04.2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. *Plano Nacional de Políticas para as mulheres*- 2013-2015. Brasília, DF. Disponível em: http://www.mulheres.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=28. Acesso em 18.04.2017.

PRO-PRAZ MULHER.*DEAM do Pará tem atendimento integrado às mulheres vítimas de violência.* 18 ago 2016. Disponível em: http://www.spm.gov.br/noticias/pro-paz-mulher-deam-do-para-tem-atendimento-integrado-as-mulheres-vitimas-de-violencia-2. Acesso em: 03 abr 2017.

RAMOS, Silvia, Violência, Violências: mais agredidas ou mais atentas? In: Visível ou Invisível: A vitimização das mulheres no Brasil. Marc 2017. *Fórum Brasileiro Segurança Pública.* Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

REVISTA BAHIA ANÁLISE E DADOS - *Parceria da Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia (SEI) e da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Bahia (SPM-BA)* - Edição: "Mulheres e trabalho: autonomia e empoderamento" (jul/set 2015).

ROYO GARCIA, A. Barbara. Victimologia e violência de gênero. In: ESCALONA, Antonio Nicolis Marchal (coord.). *Manual de lucha contra a violência de gênero*. Espanha: ed. Navarra Aranzadi, 2010. p. 755-773 (p.762). Tradução livre do autor

SANTOS, Maria Odara Poli. GRELIN Daniela Marques. Violências Invisíveis o não óbvio em evidência. In: Visível e Invisíveis: A Vitimização de Mulheres no Brasil. Marc 2017. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES –SPM. *Rede de Enfretamento à Violência contra a Mulher.* Brasília/DF, 2011. Disponível em: https://sistema3.planalto.gov.br//spmu/atendimento/atendimento_mulher.php.Acesso em 18 abril. 2017.
SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS. BRANDÃO, Cristiane. Violência contra a mulher e as práticas institucionais. *Série pensando o Direito*.2015.

SILVA, Roberta Viegas, GREGOLI Roberta, RIBEIRO Henrique Marques. Resultado de Pesquisa expõe tolerância social à violência contra as mulheres em espaços públicos. In: Visível e Invisíveis: A Vitimização de Mulheres no Brasil. Marc 2017. *Fórum Brasileiro de Segurança Pública.* Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf. Acesso em: 22 abr 2017.

SOUZA Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade*: A aplicação na Lei Maria das sanções Penha. 1 ed. Rio de janeiro. Lumem Juris, 2016. p. 245.

A PROBLEMÁTICA DOS TIPOS PENAIS ABERTOS NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Letícia Bürgel[30]
Tamires de Oliveira Garcia[31]

1 Introdução

O direito penal foi, por muito tempo, visto apenas sob um viés positivo, objetivista. A prova de tal fato são as tentativas de cientificização do direito penal no século XIX por meio das teorias causalistas, onde se procurava retirar do direito e penal e de suas categorias todo e qualquer juízo de valor, fazendo com que ele fosse composto, ao menos no que diz respeito à tipicidade, apenas de critérios objetivos, sob pena de não se poder falar em uma ciência do direito penal. Tal forma de compreender o Direito Penal foi chamada pela doutrina de positivismo jurídico. O positivismo jurídico teve como seus principais representantes Binding e Von Liszt.[32]

No entanto, com o passar do tempo essa visão começa a mudar. Movimentos como o finalismo de Welzel fazem com que, cada vez mais, a tipicidade, bem como outras categorias, passem a ser compostas por elementos normativos, abrindo a porta a possibilidade de valoração. Segundo a doutrina finalista, os fatos não possuem apenas uma dimensão física-naturalística. Possuem, ademais, um significado valorativo. Dessa forma é que com o finalismo nasce, de fato, uma concepção puramente normativa do Direito Penal.[33] Assim, os tipos penais deixam de ser vistos apenas por um viés descritivo[34] (positivo), onde não havia margem alguma para a interpretação, passando a ter, cada vez mais, elementos normativos, viabilizando, assim, a realização de juízos de valor em relação ao tipo pelo julgador.

Tal fato, sem dúvida, representa uma grande evolução para o Direto Penal. Contudo, essa abertura também traz consigo problemas para a dogmática penal contemporânea. Diante dessa possibilidade, o legislador deixa de ser demasiado preciso, de modo a proporcionar ao julgador a emissão de um juízo de valor no momento da análise do fato. Assim, criam-se tipos penais imprecisos, os quais não se sabe o que o legislador queria dizer, fazendo com que o julgador atue em uma área demasiado nebulosa, sem conceituações precisas do que o tipo penal pretende

---

[30] Mestranda em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2016 - atual). Bolsista CAPES. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2016). Coordenadora Adjunta da Revista de Estudos Criminais. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Penal Contemporâneo e Teoria do Crime, sob a coordenação do Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila. Pesquisadora.

[31] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade La Salle. Bolsista CAPES. Bacharela em Direito PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS). Integrante do Grupo de Estudos Teorias Sociais do Direito.

[32] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal.* Parte Geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 231.

[33] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal.* Parte Geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 239s.

[34] Segundo Figueiredo Dias: "Diz-se descritivos os elementos que são apreensíveis através de uma actividade sensorial, isto é, os elementos que referem aquelas realidades materiais que fazem parte do mundo exterior e por isso podem ser conhecidas, captadas de forma imediata, sem necessidade de uma valoração. São ainda considerados como descritivos os elementos que exigem já uma qualquer actividade valorativa, mas em que ainda é preponderante a dimensão naturalística. Assim, por exemplo, são elementos descritivos a *pessoa*, *a mulher grávida*, o *corpo*, o *automóvel.*" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007.p. 288)

enquadrar. Surgem, assim, os chamados tipos penais abertos, onde a conduta descrita no tipo não é feita de forma completa, de modo que o juiz deve realizar um juízo de valor sobre o que o tipo penal dispõe. Nesses casos seria necessário, portanto, uma complementação dos elementos definidores do delito, de modo que o seu conteúdo não se esgotaria na mera descrição típica formal (lei).[35]

É fato que não se pode falar de um direito penal plenamente objetivo, desprovido de qualquer possibilidade de aferição de juízos de valor. No entanto, os espaços de normatividade do direito penal devem ser limitados com critérios, pois a falta dos mesmos faz com que o julgador tudo possa, dando assim um poder ilimitado aquele que julga o fato. Essa falta de critérios se coloca como um problema e um desafio para o direito penal e para a dogmática penal contemporânea. Dessa forma, importante buscar critérios que limitem o nível de discricionariedade do julgador, de modo a definir com base em que ele deve pautar suas análises.

Isso posto, o presente trabalho buscará observar como os tribunais tem lidado com as aberturas normativas que os tipos penais oferecem, de modo a tentar propor critérios para balizar essa abertura típica, limitando, assim, o poder dos julgadores em determinados casos. Para tanto, selecionou-se dois tipos penais, o de gestão temerária e o de ato obsceno, sob os quais iremos debruçar nossos estudos, tecendo considerações críticas a respeito do modo que os tribunais os tem enxergado e aplicado.

2 A Sociedade do Risco e a Expansão do Direito Penal

A titulação do termo "sociedade do risco" se atribui aos estudos de Ulrich Beck e Niklas Luhmann. Para Luhmann, a sociedade do risco (Risikogesellschaft) seria fruto da industrialização, a qual produziria diariamente novos perigos para os cidadãos, gerando, assim, um fomento pelo melhoramento das condições de segurança. Diante disso, o direito penal que antes era limitado à proteção de bens jurídicos, passa a fundar-se com base em uma lógica de punição, onde primeiramente se criminalizaria uma conduta, para depois desvalorá-la socialmente. Fazendo, assim, o caminho inverso do direito penal clássico.36

Alflen aponta, então, três etapas para que se possa compreender a forma como as transformações na sociedade afetaram o Direito Penal. A primeira fase apontada por ele, diz respeito à sociedade liberal do século XIX, onde o risco assumia a forma de acidente, ou seja, tratava-se de um acontecimento exterior e imprevisto, fonte do acaso, individual e repentino. A segunda fase surge com a noção de prevenção, que seria "*a atitude coletiva, racional e voluntária que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável).*" Aqui, o risco passa a ser uma figura do acontecimento estatístico objetivado pelo cálculo da probabilidade, que, no entanto, é socialmente suportado. Assim, segundo Alflen, o domínio científico do risco se junta com o jurídico: "*cada pessoa vê ser-lhe reconhecido um direito generalizado à segurança."*

[35] Figueiredo Dias refere como exemplo de tipos penais abertos os tipos omissivos impróprios e também os crimes culposos. Além dos elementos normativos constantes no tipos penais dolosos, como é o caso, por exemplo, do termo "indevidamente", "abusivamente" etc. (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 290.)

[36] MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008. p. 63s.

A terceira fase, a qual ao ver do autor seria a atual, em que se fala em riscos de grandes magnitudes, catastróficos e irreversíveis, que frustrariam nossa capacidade de prevenção e domínio, restando a nós apenas a incerteza. Seria a própria sociedade que se colocaria constantemente em risco. A decisão teria aqui um papel elementar, uma vez que a mesma seria o pressuposto de um risco, e o fato de vivermos em uma sociedade determinada pela escolha de decisões arriscadas faria com que a sociedade fosse orientada por riscos.[37]

A sociedade do risco impõe, assim, uma nova postura por parte do direito penal, o qual se vê desafiado a adequar-se a esta nossa sociedade. Assim, mostra-se necessária a criação de uma nova política criminal que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e que aceite essa nova função que teria o direito penal, uma "*função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária.*"[38] Diante disso, o direito penal passa a reagir a realidade que lhe é imposta, pois percebe que não pode esperar que ocorram lesões à humanidade para que então intervenha. Percebe-se, portanto, que o direito penal deve ser acionado quando houver um contributo significativo para o potencial perigo que poderá, no futuro, acarretar um resultado lesivo, pois se assim não o fizer o direito penal não terá eficácia alguma.[39]

Essa nova postura do direito penal na sociedade do risco conduz ao abandono dos seus fundamentos, deixando-se de lado a noção de bem jurídico e a sua base de legitimação, passando-se a legitimar a intervenção penal com base na máxima eficiência do sistema em face da redução de danos.[40] A política criminal, surge, portanto, como uma ponte apara a inserção desses riscos para dentro do direito penal, buscando, por meio deste, prevenir as consequências que possam advir dos riscos e seus efeitos colaterais. Há, assim, uma demanda cada vez maior da sociedade por segurança, a qual é abalada pelos novos riscos com os quais nos deparamos, de modo que se entrega ao direito penal o papel de garantidor da segurança da sociedade atual, e da existência das gerações futuras.

3 Análise Crítica das Consequências da Expansão do Direito Penal

O Direito Penal passa, então, a estar condicionado às exigências próprias da sociedade do risco. Há, assim, uma ampliação do sistema penal, passando-se a exigir dele não apenas uma função minimalista que consistiria na tutela de determinados bens jurídico dotados de dignidade penal, mas, sim, uma função promocional de valores orientadores vida em comunidade; valores que serviriam como garantidor das gerações futuras.

Tal fato implica, segundo Figueiredo Dias, uma alteração do modo de produção legislativa no que diz respeito à matéria penal, uma vez que se retira dos Parlamentos a reserva de competência neste domínio, atribuindo-se ao Executivo. Outra consequência dessa funcionalização do Direito Penal seria, segundo o doutrinador, a antecipação da tutela penal para estados prévios da lesão, correndo-se o risco de se perder a ligação entre aos destinatários da normas, a conduta proibida e o bem jurídico tutelado; sem mencionar as alterações em nível dogmático, em que se atenuaria, ou até

[37] ALFLEN, Pablo. O rico da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito penal da Sociedade do Risco. In: *Polít. Crim.* n. 3, 2007. A7. p. 1-21.
[38] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 135.
[39] *Ibid*. p. 136.
[40] *Ibid.* p. 139.

mesmo abandonaria, princípios básicos do direito penal, como a individualização da responsabilidade, a imputação objetiva e subjetiva, dentre outros.[41]

Observa-se, ainda, um aumento das leis penais em branco e de tipos indeterminados, o que amplia ainda mais a tutela penal, uma vez que não deixa claro os motivos do legislador. Aliado a isso, vemos ainda ao aumento de crimes formais, o faz com que o dano deixe de ter a importância que um vez teve; o Direito Penal deixa, portanto, de ser um Direito Penal da lesão, e passa a ser um Direito Penal do risco.

Para que se possa aceitar a existência de um ilícito-típico no âmbito do Direito Penal faz-se necessário dois níveis de valoração. O primeiro consiste em verificar a existência de um bem jurídico penal que será o objeto de proteção da norma; e o segundo consiste na verificação da existência de ofensividade como resultado jurídico da relação entre a conduta típica e o objeto de tutela da norma.[42]

Assim, ao ver de D'Avila, o Direito Penal teria como função a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Dessa forma, toda e qualquer incriminação que vá além dos limites da ofensividade não seria, a seu ver, um interesse político criminal legítimo. Nesse sentido, o autor critica aqueles que alegam a necessidade de prevenir ofensas a bens primários, coletivos e institucionais, em razão de uma necessidade político criminal, de modo que não seria necessária a existência de uma ofensa para que se configurasse o delito, pois a necessidade da existência do delito se fundaria na evitação da ocorrência de uma eventual ofensa a um bem jurídico.[43]

Assim, não poderíamos conceber valores demasiadamente voláteis como, por exemplo, a segurança e a ordem, como elementos necessários para sua recepção como bens jurídicos legítimos, pois se tratam de conceitos onicompreensivos, que abarcariam tudo, ou seja, conceitos de amplitude excessiva.[44] De acordo com D'Avila, não poderíamos falar em um ilícito penal legítimo sem ao menos uma possibilidade não insignificante de dano ao objeto jurídico da norma, ou seja, sem ao menos uma ofensa-de-cuidado-de-perigo.[45]

---

[41] FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007. p. 138s.

[42] D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 53s.

[43] D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 74.

[44] D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. In: *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 99.

[45] *Ibid.* p. 101.

4 O Elemento Normativo do Tipo no Direito Penal Aplicado. Análise de Jurisprudência

4.1 O crime de gestão temerária

4.1.1 Análise dogmática

A gestão temerária[46] consiste na condução dos negócios de forma a aumentar o risco que a atividade, de fato, teria causando, assim, prejuízos a terceiros.[47] Trata-se de crime formal, não sendo necessária a ocorrência efetiva de prejuízo para a configuração do tipo penal. Dessa forma, a mera atuação de forma arriscada, ou seja, o mero fato de colocar a instituição financeira em risco, seria suficiente para a configuração do delito. [48]

O delito de gestão temerária está previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492 de 1986 assim dispõe: "Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. *Se a gestão é temerária:*Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa." (grifo nosso)

A gestão temerária poderia ser ilustrada através dos seguintes exemplos: "(...) a realização de empréstimos sem as garantias de praxe do mercado, o perdão extremoso e inusitado de encargos de empréstimos, o financiamento de campanha política com recursos da Instituição Financeira".[49]

Sustenta-se que o que caracterizaria a gestão temerária seria a noção de "risco". Contudo, assim como não se define o que seria uma conduta temerária, também não se define qual seria o risco tido como inaceitável em tais casos a ponto de configurar uma gestão temerária e, portanto, um ilícito penal. Muitas atividades comportam um risco elevado. O simples fato de praticar tais atividades, ainda que essenciais para a empresa, configurariam uma gestão fraudulenta? Qual seria o parâmetro para definir o grau de risco aceitável nesses casos?

Feldens afirma que não é qualquer ato ilícito que possui aptidão para criar uma situação de risco de modo a verificar-se a adequação ao tipo penal. Para que se possa subsumir a conduta ao

---

[46] Importante ressaltar, no entanto, que gestão temerária e gestão fraudulenta não são sinônimos. A gestão fraudulenta cria mais que um excesso de risco – como ocorre na gestão temerária. Na gestão fraudulenta o agente que pratica a conduta descrita no tipo a faz com dolo específico de dar aparência de legalidade a negócio ou situação jurídica que, na verdade, é ilegal. Outra diferença entre elas é que na gestão fraudulenta "se pratica atos ardilosos e bem orquestrado para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal", ao passo que na gestão temerária há apenas a assunção de riscos excessivos e irresponsáveis em relação ao patrimônio dos correntistas, poupadores e investidores. (OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000. p. 143.)

[47] Salienta-se que nos crimes de gestão fraudulenta e temerária não será qualquer pessoa que poderá praticá-los. Assim refere Pinheiro: "(...) por tratar-se de crimes especiais próprios cuja autoria remete à análise da posição hierárquica do agente na instituição financeira. Em linhas gerais, poderá ser autor de crime contra o sistema financeiro nacional aquele que for controlador ou administrador de instituição financeira, equiparando-se a este grupo de responsáveis o interventor, o liquidante ou o síndico." (PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. Os crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira exigem habitualidade? In: *Boletim IBCCRIM*. n. 228, v. 19, 2011. p. 17.

[48] OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000. p. 141s.

[49] *Ibid.* p. 142.

tipo penal é necessário que tais atos "levem à perda da confiança dos depositantes, ocasionando corridas bancárias e a subsequente insolvência de uma instituição financeira".[50]

Outro ponto problemático do tipo penal, é a identificação se apenas um ato seria suficiente para que a conduta do agente se enquadrasse no tipo, ou se seria necessária a prática reiterada de condutas tidas como temerárias para a configuração do delito. A respeito disso, concordamos com o posicionamento de Feldens, para quem esses delitos seriam acidentalmente habituais.[51] Nesse mesmo sentido se manifesta Pinheiro. Para ele, o fato do verbo nuclear do tipo ser o verbo "gerir" faz com que haja uma vinculação a prática de diversos atos, uma vez que a gestão de uma instituição financeira não estaria vinculada apenas à prática de um único ato isolado. Dessa forma, o ato de "gerir" deve ser visto "como a realização de atos de gestão inerentes ao exercício do cardo de administrador."[52]

Para Feldens, a única forma de delimitar o delito seria através da vinculação às diretrizes administrativas, pois estas visam limitar o risco das operações realizadas nas instituições financeiras. Ele refere como exemplo o Bacen, que determina o cumprimento de limite de riscos previstos nos Acordos de Basiléia, uniformizando a administração de riscos do sistema financeiro internacional. Essa seria, ao ver do autor, a forma para evitar que o juiz estabelecesse os critérios para a análise da geração ou não de risco, evitando, assim, a discricionariedade nos julgamentos.[53]

Apesar da válida e coerente proposta de Feldens, entendemos que vincular a configuração de um ilícito penal a uma norma administrativa (ilícito administrativo) não seria o caminho mais correto a se seguir em um direito penal visto por uma ótica da ofensa a bens jurídicos.

4.1.2 Análise jurisprudencial

Após realizar a pesquisa de jurisprudência, notamos que os problemas aqui trazidos pouco são abordados pelos tribunais. Contudo, há, sim, uma discussão a respeito de alguns dos elementos dogmáticos do crime de gestão temerária. Como forma exemplificativa – diante dos inúmeros pontos abordados – colacionamos a Apelação Criminal n. 5003476-12.4.04.7000/PR, julgada pelo TRF4.[54] Trata-se de apelação interposta pela defesa contra sentença condenatória em que se sustenta a inconstitucionalidade do tipo penal que prevê a gestão temerária, em razão de ser demasiado aberto, violando, portanto, o princípio da legalidade.

A tese defensiva de inconstitucionalidade foi, de pronto, afastada pelo Relator, o qual afirmou o seguinte:

> É incontroverso que o conceito de "gestão temerária" exige, como toda e qualquer norma jurídica, interpretação para sua adequada aplicação, todavia, entendo que tal circunstância não torna equívoca ou dúbia a significação e

[50] FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86, v. 18, 2010. p. 183.
[51] *Ibid.* p. 190.
[52] PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. Os crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira exigem habitualidade? In: *Boletim IBCCRIM*. n. 228, v. 19, 2011. p. 17
[53] FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86, v. 18, 2010.p. 194s.
[54] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Apelação Criminal nº 5003476-12.4.04.7000/PR.* Apelante: Edmundo Rodrigues da Veiga Neto; Lucio Alberto Hansel. Apelado: Ministério Público Federal. Relator: Leandro Paulsen. Porto Alegre, 15 de julho de 2015.

> extensão do tipo penal. Esse próprio Tribunal conta com inúmeros precedentes que delimitam com bastante precisão o conteúdo da conduta que se amolda com perfeição ao tipo penal e, inclusive, já rechaçou a tese da inconstitucionalidade. In verbis:
>
> (...) 1. Inexiste vício de validade perante a Carta Federal do art. 4º da Lei nº 7.492/86, porquanto tanto a "gestão fraudulenta" como a "gestão temerária" não causam divergências quanto ao seu entendimento, nem são questionadas diante dos princípios da legalidade e da segurança jurídica (TRF4, ACR nº 2003.71.00.077682-2, 7ª Turma, Des. Federal Tadaaqui Hirose, D.E. 04/03/2010). 2. Na gestão temerária o agente atua sem a prudência devida, em conduta abusiva, ultrapassando os limites da razoabilidade e assumindo riscos audaciosos. 3. In casu, a renovação de operações com liberação de novos recursos para cliente sem cadastro completo, sem limite de crédito estipulado e com histórico de inadimplência na instituição, constitui o delito descrito na opinio delicti. 4. Quanto às demais condutas perpetradas pelo agente, impõe-se a manutenção da absolvição. 5. Justifica-se a elevação da pena-base, haja vista o elevado valor do crédito temerariamente liberado pelo acusado - mais de 1 milhão de reais - não podendo tal quantia ser considerada resultado normal da prática delitiva. (TRF4, ACR 2004.70.00.032202-3, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 19/11/2012)

A respeito do risco, o Tribunal sustentou a necessidade de demonstrar de forma inequívoca que as escolhas realizadas pelo administrador teriam alta probabilidade de acarretar a ruína da instituição financeira. Sendo o crime de gestão temerária definido configurado, segundo relata o voto, "quando os administradores de instituição financeira, na condução dos respectivos empreendimentos, adotem posturas *demasiadamente arrojadas* a ponto de *violar limites prudenciais mínimos*". (grifo nosso)

Outro ponto importante abordado diz respeito à necessidade da prática de um ou mais atos para a configuração do delito. O relator entendeu que a prática de um único ato seria suficiente para o reconhecimento do crime, contudo a prática de mais atos implicaria na consumação de um único delito, em razão da habitualidade.

Ao final do julgado, o Relator reconhece que, de fato, os réus teriam desrespeitado os ditames da Política de Investimentos da Fundação Alpha, o que acarretou a responsabilidade administrativa dos acusados. No entanto, ao longo da sua gestão, ainda que tenham infringido normas administrativas, os réus agiram com prudência, tomando os devidos cuidados ao realizar a gestão da instituição financeira. Em razão disso, o Tribunal reconheceu a atipicidade do delito de gestão temerária por se tratar de ilícito administrativo e não de ilícito penal.

Nota-se que, da mesma forma que a doutrina, a jurisprudência relaciona a gestão temerária à assunção de riscos audaciosos. O problema reside em determinar quais riscos podem ser reconhecidos como audaciosos. A princípio, entende-se que tal aferição ficaria a critério do julgador. O Relator parece caminhar no sentido correto ao procurar determinar o grau de risco necessário para a configuração do delito, pois o fato se afirmar que o risco de provocar a ruína de instituição financeira seja inequívoco acaba por limitar, de certa forma, os casos em que a conduta do administrador poderia ser subsumida ao tipo penal.

O problema aparece quando da tentativa de se definir o que seria uma gestão temerária. Vincular o reconhecimento da gestão temerária à posturas demasiadamente arrojadas e à violação de limites prudenciais mínimos coloca inúmeros problemas de ordem dogmática.

O primeiro deles seria determinar o que consiste uma conduta demasiadamente arrojada. O adjetivo arrojado tem inúmeros significados, podendo, sim, significar uma indicação de risco, de temeridade, mas também significa coragem, destemor. Ao realizarmos uma pesquisa no dicionário

foi possível encontrar 07 (sete) significados para arrojado, estando ele, inclusive, relacionado à ideia de desenvolvimento notável,[55] o que faz com que a sua definição já se torne nebulosa. Assim, cada julgador poderá escolher dentre as muitas possibilidades de definição do adjetivo qual irá ser aplicada no caso concreto, e se, portanto, será reconhecido o delito de gestão temerária.

Uma margem de discricionariedade como esta acarreta uma enorme insegurança jurídica, de modo que não se sabe mais que tipo de conduta será tida como temerária pelos tribunais. Tal fato causa um impacto considerável na prática das atividades dos gestores de instituições financeiras, limitando a sua liberdade de gestão e a realização de investimentos mais ousados.

Já os critério da violação dos limites prudenciais mínimos nada mais é do que uma revitalização do critério do homem prudente, o qual já é considerado por grande parte da doutrina como equivocado e ultrapassado. A figura do homem prudente seria "un modelo ideal de conducta, normativamente construido, válido como pauta ideal de conducta para un determinado sector del tráfico jurídico". Contudo, questiona-se qual seria essa pauta ideal de conduta, a qual não pode, nem deve, ser feita de maneira geral, devendo-se levar em consideração as exigências e as valorações do ordenamento jurídico em cada situação concreta.[56] Uma alusão genérica a um ser ideal se mostra demasiado imprecisa, uma vez que se atribui conhecimentos genéricos, sem considerar o homem no caso concreto. Além disso, por se tratar de um ser ideal, não há dúvidas que independentemente das condições em que ele pratica a conduta, a sua atuação será sempre impecável, ao passo que na vida real nem sempre se pode contar com esse tipo de situação.[57]

Por fim, nos parece equivocado considerar que a mera prática de um único ato seria suficiente para configurar o delito de gestão temerária. Afinal, conforme já exposto no ponto anterior, uma gestão presume a prática de inúmeros atos, de modo que uma única conduta não seria passível de configuração do verbo nuclear do tipo, qual seja, o gerir.

4.2 O crime de ato obsceno

4.2.1 Análise dogmática

O crime de ato obsceno encontra-se previsto no artigo 233, do Código Penal Brasileiro, o qual assim dispõe: "Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa."

---

[55] O significado de arrojado encontrado foram os seguintes: "1 Que se arrojou; que foi arremessado, lançado. 2 Que revela coragem, destemor; audaz, destemido, valentão, valente. 3 Que indica ou implica risco, temeridade; arriscado, perigoso, temerário. 4 Que age sob o impulso do momento; agitado, arrebatado, impetuoso. 5 REG (N.E., GO) Em que há muita afluência e agitação; animado, empolgado, movimentado: Baile arrojado. 6 REG (N.E.) Que apresenta desenvolvimento notável: Vilarejo arrojado. 7 REG (N.E.) Em que se encontra grande variedade de produtos; bem sortido." Disponível em:< http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=arrojado>. Acesso em 23 de mai. de 2017.

[56] GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007. p. 282.

[57] Nesse ponto Reyes Alvarado traz como exemplo o médico rural "que con ayuda de precarios recursos materiales debe emprender complicadas intervenciones quirúrgicas se le debería reprochar la creación de um riesgo desaprovado em cuanto el homúnculo habría desplegado una conducta irroprochable gracias a las condiciones óptimas de que idealmente siempre dispondría." (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva.*3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005. p. 116.)

A elementar típica do tipo penal é "ato obsceno". Contudo, questiona-se, o que seria um "ato obsceno". A doutrina muito pouco aborda a respeito desse tema, havendo uma lacuna enorme no que tange ao estudo desse tipo penal. Diante disso, não há dúvidas que tal conceito se torna demasiado nebuloso e indefinido. O conceito do que pode ser obsceno é um conceito volátil, variando de acordo com o tempo, com o lugar e também de acordo com o espectador. Narvaiz afirma que o tema "obsceno" teria uma referência sexual, à honestidade, ao recato.[58]

Tendo em vista essa lacuna conceitual, alguns doutrinadores afirmam que o delito de ato obsceno seria, na verdade, um tipo penal inconstitucional, pois não se sabe o que é obsceno, de modo que a sua definição ficará sempre atrelada ao critério adotado pelo julgador no momento da análise do fato, não estando livre do juízo individual daquele que analisa o fato. Dessa forma, as convicções do julgador tornam-se determinantes da aferição da obscenidade do ato, de modo que a idade, o sexo, os preconceitos, a religião e os princípios morais daquele que julga serão, na maioria dos casos, os critérios orientadores para a definição de um ato como obsceno.[59]

Entendemos que o obsceno não pode estar vinculado apenas à critérios pessoais e morais. Não pode ser considerado como ato obsceno, portanto, uma conduta tida apenas como imoral. Confundir o obsceno com o imoral seria confundir o direito penal com a moral, o que ao nosso ver é inadmissível. O direito penal não tem como função proteger interesses morais, proibir condutas imorais, mas sim proteger bens jurídicos-penais de eventuais ofensas.

Dessa forma, a não ser que verificada a ofensa a um bem jurídico no caso concreto, não de poderá reconhecer uma conduta como um ilícito penal. Tal tarefa não se mostra nada fácil, pois se não é possível identificar o que consiste o ato obsceno que dirá identificar o bem jurídico tutelado no tipo penal. Sem dúvida alguma não se trata da liberdade sexual, pois o tipo penal em análise acaba, muitas vezes, restringido a liberdade sexual, uma vez que atrelado a juízo pessoais do julgador. Assim, aquilo que seria tido por alguns como dentro da liberdade sexual de cada uma, talvez não o seja pelo julgador e possa configurar o tipo penal.

Se vincularmos o conceito de ato obsceno ao sexual, poderíamos, talvez, reconhecer como subsumível ao tipo penal a conduta das prostitutas que ficam na rua com roupas curtas com o intuito de fazer programas. Sem dúvida, há na atitude delas um cunho sexual, contudo, tal conduta seria um ato obsceno? Para muitas pessoas sim, e é aqui que reside o grande problema da falta de conceituação e delimitação do tipo penal.

Não há quase discussão acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Não se sabe, portanto, se o bem jurídico tutelado é um bem jurídico digno da tutela penal, ou se é apenas um bem jurídico qualquer, que poderia ser tutelado em um ilícito administrativo sem maiores problemas. Nada se sabe a respeito da forma de ofensa que deve se manifestar, trata-se de crime de dano ou de crime de perigo? Se crime de perigo, de perigo abstrato ou concreto?

Entendemos, no entanto, que o bem jurídico tutelado no tipo penal seria a dignidade sexual, de modo que o ato praticado deve ofender a dignidade sexual da vítima. Ainda assim, tal definição permanece vaga. O que determinaria, na verdade, a subsunção da conduta ao tipo penal seria o princípio da ofensividade, sendo, portanto, necessário verificar no caso concreto se a conduta do agente criou, no mínimo, uma possibilidade de ocorrência de dano, ou seja, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo, pois se não o fizer não há que se falar em ilícito penal em razão da inexistência de ofensividade.

---

[58] NARVAIZ, Pedro Carlos. El concepto de la obscenidad y el art. 128 del codigo penal. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología: Argentina*. n. 1, 1971. p. 55.

[59] MARRAZZO, Laura Marcela. Delito y pecado desde la perspectiva del delito imposible y de las llamadas exhibiciones obscenas. In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal.* n. 11, v. 7, 2001. p. 528.

Nota-se, portanto, que a criminalização do ato obsceno como consta em nosso Código Penal parece ser inconstitucional, pois a completa falta de conceituação de todo e qualquer elemento do tipo acarreta uma enorme insegurança jurídica. Dessa forma, toda e qualquer conduta que tenha um cunho sexual, ainda que mínimo, poderia ser enquadrada no tipo penal. Tal obscuridade infringe, sem dúvida alguma, o princípio da legalidade. Assim, diante da falta de descrição dos elementos típicos no tipo penal, deixa-se o reconhecimento da conduta típica a mercê da boa vontade do julgador, o qual terá a plena liberdade de conceber como ato obsceno o que ele bem entender.

4.2.2 Análise jurisprudencial

O primeiro julgado, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a ser analisado reconheceu a inconstitucionalidade do tipo penal ao julgar uma apelação criminal na qual o réu foi condenado em primeira instância. Assim referiu o relator:

> Entendo por reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 233 do Código Penal, por traduzir violação ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), examinado este por uma de suas vertentes, ou seja, a taxatividade.
> Acerca de tal questão Bittencourt aponta que "Para que o *princípio de legalidade* seja, na prática, efetivo, cumprindo a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas".
> Pois bem, o artigo 233 do Código Penal tipifica a conduta de quem "Praticar **ato obcseno** em lugar público, ou aberto ou exposto ao público", sem que, contudo haja uma indicação do que possa ser considerado como **ato obcseno**, em tipo penal que, por excessivamente aberto, importa em violação à taxatividade.
> (...)
> Ainda, impossível desconsiderar, nas coordenadas do caso concreto, a evidente falta de dolo no agir do acusado.
> Nucci ao referir-se ao tipo penal do art. 233 do Código Penal salienta que o **ato obcseno** "**há de ter uma conotação sexual**".
> Pois bem, o acusado, quando praticado o fato se encontrava, tal como apontado no Boletim de Ocorrência (fls. 05/06), "totalmente alcoolizado, sem condições de depor ou assinar", apresentando ainda, conforme Boletim de Atendimento Médico de fl. 07, "Sinais clínicos de intoxicação aguda por álcool".
> Posto isso, voto por dar provimento ao recurso para absolver, fulcro no artigo 386, III, do CPP, o réu.
> No mesmo contexto se insere o que foi relatado pelo Policial Militar Gabriel gomes Batista (fl. 37), dando conta de que "O réu estava em um alto grau de alcoolismo e não sabe dizer se estava entendendo o que acontecia".
> Por fim, a testemunha Vera Lucia (fl. 38), que presenciou o ocorrido, dique que "o réu estava embriagado, ele vivia embriagado".
> Não me parece possível, nesse contexto, quando estamos diante de um morador de rua, em constante estado de embriaguez, afirmar que ele **tinha a intenção de atingir o sentimento de recato ou a moral culturalmente valoradas pela sociedade. (grifo nosso)**[60]

[60] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71006497952*. Apelante: Adriano Machado de Abreu. Apelado: Ministério Público. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 10 de abril de 2017.

Apesar de nos parecer acertada a decisão do Tribunal em reconhecer a atipicidade da conduta do acusado é importante salientar alguns pontos da decisão. O primeiro deles seria o reconhecimento de que o crime de ato obsceno deve, necessariamente, ter um cunho sexual. Ainda que tal reconhecimento se mostre como uma tentativa de delimitação do delito, não há uma definição clara ao longo do julgado do que poderia ser considerada como uma conduta de cunho sexual.

O segundo ponto que nos chamou atenção foi uma tentativa de identificar no tipo penal um fim especial de agir, o qual seria a "intenção de atingir o sentimento de recato ou moral culturalmente valoradas pela sociedade". A primeira pergunta – e a pergunta mais óbvia – é qual seria o significado da frase anteriormente referida, pois nos parece que ela tenta, mas não consegue exprimir qualquer sentido para fins de delimitação do tipo penal. Além disso, a frase vincula o tipo penal à moral, ao que se considera como recatado, o que é um grande problema na sociedade atual, pois o que muitas vezes é imoral e contrário ao conceito de recatado é uma expressão da liberdade sexual dos indivíduos. Dessa forma, vincular o reconhecimento de um ilícito penal ao recatado e à moral seria uma moralização do direito penal, uma invasão desproporcional e ilegítima da liberdade individual.

Outro ponto nevrálgico detectado refere-se ao conceito de local público. Na Apelação Criminal nº 71006359160,[61] julgada pelo TJRS os "réus" foram surpreendidos mantendo relações sexuais dentro de um banheiro em um cemitério municipal. Esse mesmo problema se apresentou na Apelação Criminal nº 70062075700,[62] em que a prática de uma das condutas imputadas ao autor ocorreu dentro do seu carro. A respeito da conceituação de local público, o Relator da Apelação Criminal nº 71006359160 assim referiu:

> Conforme ensina Rogério Greco, para a configuração do tipo penal em questão, deverão estar presentes os seguintes requisitos: a) a conduta de praticar **ato obcseno**; b) em lugar público ou aberto ou exposto ao público. O referido autor também assevera que o ato pode ser levado a efeito de diferentes maneiras, mas sempre ligadas à expressão corporal do agente**, sendo suficiente que o ato tenha sentido sexual e fira o pudor ou a vergonha** (sentimento de humilhação gerado pela conduta indecorosa).
> Além disso, ressalta que "lugar público é aquele ao qual todos nós temos acesso, quase sempre, irrestritamente, como no caso das praças, ruas, avenidas, túneis, viadutos, parques, etc. Aberto ao público é aquece lugar que, embora com algumas restrição, o acesso ao público é permitido, como acontece com os cinemas, teatros, museus, igrejas etc. **Exposto ao público é aquele lugar em que, embora podendo ser considerado privado, é devassado a ponto de permitir que as pessoas presenciem o que nele se passa, como acontece, por exemplo, com as varandas dos apartamentos, quadras de esportes existentes no interior dos prédios, onde todos os vizinhos têm acesso através de suas janelas, enfim, qualquer lugar, mesmo que privado, ao qual um número, ainda que limitado, de pessoas tenha acesso**."
> Ainda, acresço às importantes lições acima, que **o tipo penal previsto no art. 233 do CP, exige para sua caracterização o dolo, consistente na vontade de ofender o pudor alheio**, e este não restou caracterizado no presente caso.
> Isso porque, analisando as provas produzidas, conclui-se que a zeladora do cemitério ligou para o 190 porque ouviu gemidos vindos do banheiro. Contudo, em nenhum momento foi demonstrado o dolo na conduta do

[61] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71006359160*. Apelante: ISAIAS LOPES. Apelado: Ministério Público. Relator: Luis Gustavo Zanella Piccinin. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2017.

[62] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 70062075700*. Apelante: S.M.R.N. Apelado: Ministério Público. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2017.

> acusado, tampouco que sua conduta se deu com a finalidade de ofender a moralidade ou o recato das pessoas que eventualmente entrassem no local, tanto que nenhuma vítima foi arrolada como testemunha, nem mesmo a zeladora do cemitério para dizer se sentiu-se ofendida.

No caso acima exposto, os réus foram absolvidos por não terem sido vistos, mas sim apenas ouvidos, o Tribunal reconhecer a ausência de dolo. Contudo, o importante desse julgado é a definição de quais ocasiões poderá se considerar que o local em que houve a prática foi um local público, aberto ao público ou exposto ao público. Nota-se que o tipo penal determina um critério espacial demasiado amplo. Parece-nos absurdo poder considerar para fins de configuração do tipo penal a própria sacada ou janela do seu apartamento como local exposto ao público. Tal fato é um invasão muito grande à privacidade do indivíduo, limitando, inclusive, o que ele pode, ou não fazer em sua própria residência.

A situação torna-se mais grave quando a mera geração de vergonha passa a ser elemento típico. Então aquele que se coloque na janela de seu apartamento gerando a terceiros qualquer tipo de situação na qual eles sintam vergonha já poderiam ser responsabilizados pelo crime de ato obsceno.

A possibilidade de se reconhecer como local exposto ao público a própria residência do autor acarretou na condenação do réu na Apelação Criminal nº 71006183008, ocasião em que o ato praticado se deu no pátio da sua residência, o que foi considerado pelo Tribunal como local exposto ao público.[63]

O julgamento da Apelação Criminal nº 71005576129, se mostra como a mais acertada, das aqui analisadas. No caso em tela a ré teria mantido relações sexuais com terceiro em um banheiro público pelo valor de R$ 20,00 reais. O relator entendeu que, apesar do delito ter ocorrido em local público, o local era fechado e não haviam outras pessoas presenciando o ocorrido. Diante disso, absolveu a acusada por entender necessária a demonstração do fim especial de agir, o que não teria sido configurado com a simples assunção de risco da conduta ser presenciada por terceiros. Salientou ainda que o fato da ré ter se despido da cintura para baixo, bem como a prática do ato sexual, não comprovaria que a mesma tinha intenção de exibir-se para eventuais transeuntes.

Por fim, afirmou que a instauração do processo penal em razão da suposta prática do crime de ato obsceno se mostrou excessiva, afrontando o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal.[64]

Visto, portanto, que a indeterminação da conduta tida como obscena, bem como de outras elementares típicas do crime de ato obsceno, traz graves consequências para a prática. As tentativas de conceituação do delito permanecem em uma seara de imprecisão, fazendo-a mediante a utilização de adjetivos vagos, que possuem diversos significados. Pelo exposto, nota-se que a verificação da tipicidade dependerá, sempre, da orientação pessoal do julgador, acarretando uma enorme insegurança jurídica.

---

[63] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71006183008*. Apelante: Adílio Deliberalli Apelado: Ministério Público. Relator: Edson Jorge Cecjet. Porto Alegre, 10 de outubro de 2016.

[64] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (TJRS). *Apelação Criminal nº 71005576129*. Apelante: Michele Rodrigues Correa. Apelado: Ministério Público. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. Porto Alegre, 07 de março de 2016.

5 Conclusão

Nota-se, portanto, que a complexidade da sociedade contemporânea desemboca em uma crise dos fundamentos das categorias tradicionais do Direito Penal. A criação dos tipos penais abertos coloca para o Direito Penal problemas no que diz respeito aos critérios a serem utilizados na sua definição. Dessa forma, diante da inexistência de critérios determinados, a jurisprudência lança mão do que bem entender, deixando-se a cargo do magistrado a eleição dos critérios a serem utilizados no momento da análise da subsunção da conduta ao tipo penal.

A fim de verificar os possíveis impactos dessa abertura normativa ilimitada, realizamos um estudo dogmático e jurisprudencial de dois tipos penais. O crime de gestão temerária e o crime de ato obsceno. Ao final deste trabalho, foi possível constatar tanto falhas dogmáticas como jurisprudenciais a respeito de ambos os delitos.

No que tange ao crime de gestão temerária verificou-se como problema central a definição do termo "temerária", o qual possui diversos significados, de modo que o julgador poderia escolher dentre estes muitos significados qual mais o agradaria. Observamos que a doutrina relaciona a gestão temerária a noção de risco, contudo não há uma definição clara de quais riscos seriam tidos como inaceitáveis a ponto de configurar um crime. Outro ponto problemático que surge no estudo da gestão temerária diz respeito ao verbo nuclear do tipo, o "gerir". Questiona-se se um único ato seria suficiente para a concretização de uma gestão temerária ou se seria necessária a prática de atos reiterados de gestão para a sua configuração.

A jurisprudência, por sua vez, tem utilizado critérios imprecisos, e até mesmo ultrapassados – como é o caso do homem prudente -, para determinar quais tipos de condutas serão tidas como temerárias. Em um dos julgados analisados busca-se determinar o *quantum* de risco deverá ser considerado para fins de configuração do ilícito penal, em que se sustenta a necessidade do risco inequívoco de ruína da instituição financeira. Embora tal critério também possa ser relativizado e analisado por diversas perspectivas, nos parece um caminho razoável e possível para uma maior determinação do tipo penal.

Ainda que a jurisprudência apresente alguns avanços na análise de alguns pontos do crime de gestão temerária, ela também comete alguns equívocos. O principal deles seria considerar que a prática de um único ato seria suficiente para a configuração do ilícito. Ao nosso ver tal postura é demasiada equivocada, uma vez que o ato de gerir pressupõe uma série de condutas, de modo que não seria correto considerar para fins de direito penal que uma única conduta inadequada possa, de pronto, configurar o tipo penal.

Os problemas dos tipos penais aberto se mostram de forma ainda mais clara e latente no crime de ato obsceno. A imprecisão da elementar típica, qual seja, ato obsceno, é tão gritante a ponto da jurisprudência reconhecer, em alguns casos, a sua inconstitucionalidade em face da inobservância do princípio da taxatividade. O conceito de ato obsceno confunde-se inúmeras vezes com a moral, fazendo com que o Direito penal ocupe-se com condutas meramente imorais, as quais não possuem dignidade de tutela penal.

A tentativa de delimitação do ato obsceno ao sexual, ainda que procure eliminar certa discricionariedade do julgador, não se mostra suficiente, pois seria possível, mesmo utilizando a conduta sexual como critério, enquadrar no tipo penal condutas que não ofenderiam nenhum bem jurídico-penal. A doutrina pouco escreve acerca do tema, não havendo definições acerca do bem jurídico tutelado nesse tipo de crime, bem como a respeito da forma de ofensa em que o mesmo se manifesta.

Ao nosso ver o bem jurídico tutelado no tipo penal seria a dignidade sexual, de modo que o ato praticado deve ofender a dignidade sexual da vítima. Ainda assim, tal definição permanece vaga. O que determinaria, na verdade, a subsunção da conduta ao tipo penal seria o princípio da ofensividade, sendo, portanto, necessário verificar no caso concreto se a conduta do agente criou, no mínimo, uma possibilidade de ocorrência de dano, ou seja, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo, pois se não o fizer não há que se falar em ilícito penal em razão da inexistência de ofensividade.

Na jurisprudência apresentam-se diversos problemas, como a definição de local público, aberto ou exposto ao público, havendo condenações de pessoas que teriam praticado supostos atos obscenos do interior de suas residências, determinando-se um critério espacial demasiado amplo. Parece-nos absurdo poder considerar para fins de configuração do tipo penal a própria sacada ou janela do seu apartamento como local exposto ao público. Tal fato é um invasão muito grande à privacidade do indivíduo, limitando, inclusive, o que ele pode, ou não fazer em sua própria residência.

Um dos julgados sustentou a necessidade da verificação de um fim especial de agir por parte do agente, o que parece um avanço na delimitação do tipo, contudo, o fim especial de agir seria "intenção de atingir o sentimento de recato ou moral culturalmente valoradas pela sociedade". Tal fim além de incompreensivo vincula o direito penal, novamente, à moral, ao que se considera como recatado, o que é um grande problema na sociedade atual, pois o que muitas vezes é imoral e contrário ao conceito de recatado é uma expressão da liberdade sexual dos indivíduos.

O que se percebeu com a presente pesquisa é que a lacuna doutrinária a respeito dos temas junto ao fato dos tipos serem demasiado abertos, fazem com que a jurisprudência tenha em suas mãos o poder de decidir, de forma discricionária, a respeito da tipicidade, utilizando como balizas para a sua constituição o que bem entenderem. No entanto, acreditamos que essa discricionariedade deve ser orientada com base no princípio da ofensividade.

A ofensividade seria, portanto, a limitação aos tipos penais abertos. Somente poderíamos reconhecer a existência de ilícito penal se há um *desvalor* da ação e um *desvalor* do resultado, sendo este último a representação da ofensividade. Dessa forma, ainda que o agente haja de forma inadequada, é preciso analisar se a conduta dele gerou, no mínimo, uma possibilidade de dano, ou seja, uma mínima ofensa, uma ofensa-de-cuidado-de-perigo.

Essa análise deve levar em consideração todos os elementos disponíveis no momento do julgamento, considerando, portanto, o caso concreto, o sujeito concreto que praticou a conduta, e não situações hipotéticas ideias e homens prudentes ideais. Verificada a ausência de ofensividade, não teríamos *desvalor* do resultado, não havendo, portanto, ilícito penal, o que não significa que a conduta não possa ser objeto de reprovação em outra esfera, mas significa que jamais poderá o ser na esfera penal.

Referências

ALFLEN, Pablo. O rico da técnica de remissão das leis penais em branco no Direito penal da Sociedade do Risco. In: *Polít. Crim.* n. 3, 2007. A7.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito Penal.* Parte Geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito Administrativo. Elementos para uma distinção qualitativa. In: *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: *Ofensividade em direito penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FELDENS, Luciano. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 86, v. 18, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral. Tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra Editora, 2007.

GIL GIL, Alicia. *El delito imprudente*. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Atelier: Barcelona, 2007.

NARVAIZ, Pedro Carlos. El concepto de la obscenidad y el art. 128 del codigo penal. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología: Argentina*. n. 1, 1971.

MARRAZZO, Laura Marcela. Delito y pecado desde la perspectiva del delito imposible y de las llamadas exhibiciones obscenas. In: *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. n. 11, v. 7, 2001.

MASCARENHAS JÚNIOR, Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

OLIVEIRA, Leonardo Henrique Mundim Moraes. Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira. In: *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. n. 16, v. 8, 2000.

PINHEIRO, Ricardo Henrique Araújo. Os crimes de gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira exigem habitualidade? In: *Boletim IBCCRIM*. n. 228, v. 19, 2011.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva.*3 ed.rev.y corregida. Bogotá: Editorial Temis S.S., 2005.

A APOSENTADORIA DO SEGURADO ESPECIAL NO BRASIL: ASPECTOS POLÊMICOS SOBRE A RENDA ORIUNDA DA AGRICULTURA E SEUS REFLEXOS PARA FINS DE CONCESSÃO

Moisés Noé de Fraga
Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC
Especialista em Direito Previdenciário pelo Centro Universitário La Salle/Canoas
Mestrando em Direito pelo Centro Universitário La Salle/Canoas

Resumo:

A problemática enfrentada por ocasião do pedido de Aposentadoria do Segurado Especial é matéria de debate quando os postulantes se deparam com uma situação negatória, ocasião em que outros critérios, além da qualidade de segurado e da idade, são norte na decisão. Mormente, a necessidade destes dois requisitos básicos para sua concessão é evidente que se preenchidos deve migrar para a concessão. Entretanto, por ocasião do pedido, outros dispositivos administrativos sobrestam análise Constitucional e Infraconstitucional. Nesse intuito, o presente trabalho busca aferir quais os fatores predominantemente negatórios, assim como a sua desconsideração para fins de concessão, vez que elemento subjetivo.

Palavras-chave: aposentadoria. segurado especial. benefício.

EL RETIRO DE EL ASEGURADO ESPECIAL EN BRASIL: ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LOS INGRESOS PROCEDENTES DE LA AGRICULTURA Y SUS CONSECUENCIAS A EFECTOS DE SUBVENCIÓN.

Resumen

Los problemas que se plantean durante la aplicación especial de jubilación Asegurado es un asunto de debate cuando los candidatos se enfrentan a una situación negatoria, a la que otros criterios además de la calidad de asegurado y edad, se encuentran al norte de la decisión. Sobre todo, la necesidad de estos dos requisitos básicos para su concesión es evidente que llenos debe migrar a la subvención. Sin embargo, a petición, otros dispositivos administrativos sobrestam análisis constitucional e infra - constitucional. A tal fin, el presente trabajo pretende evaluar qué negatórios predominantemente factores, así como su indiferencia para fines de donación, como elemento subjetivo.

Palabras clave: jubilación. jubilados especiales. beneficio.

1 Introdução

A análise do Direito Previdenciário fornece as condições e possibilidades para demonstrar fundamentos teóricos que estruturam este ramo do Direito, especialmente no que tange a problemática enfrentada pelos agricultores, por ocasião do seu pedido de aposentadoria.

Destarte, deve-se analisar para a aposentadoria por idade rural o limite mínimo temporal de 60 anos para os homens e 55 anos para as mulheres, obedecendo também os demais requisitos para concessão. Verifica-se que as dificuldades são inúmeras, frente as nuances de cada unidade de atendimento da previdência social, em detrimento ao atendimento diferenciado pelos servidores que se fortalecem pela análise casuística e individual da Instrução Normativa – IN 77 de 2015[65], sendo esta, muitas vezes, lei maior que a própria Lei Federal 8.213/91 e também da Constituição Federal.

O fio condutor desta breve pesquisa é delineado no Direito Previdenciário, tendo um conceito interpretativo a na base doutrinária. Tal assertiva tem como base buscar a compreensão do fenômeno interpretativo da legislação especial, observando os requisitos do processo administrativo e do direito previdenciário de forma pontual, sendo norte o deferimento ou indeferimento do pedido de aposentadoria do segurado especial, a qual é concedida sem questionamentos ou negada com o alicerce na renda incompatível ou interpretada como esteio mestre do grupo familiar, afastando a qualidade de agricultor(a).

Cada vez mais é crucial explicitar tais questões que delineiam o debate em apreço, no tratamento dispensado aos diversos institutos jurídico-administrativos.

2 O Segurado Especial e o Direito Previdenciário

O Direito Previdenciário integra o cotidiano de todos os cidadãos, em especial, os agricultores, ora denominados como segurados especiais. As decisões administrativas devem ser analisadas afim de evitar decisões sem embasamento ou interpretadas de forma diversa a realidade apresentada. A análise inicial administrativa se alicerça na IN 77/2015, devendo também ser observada a condições legais aplicáveis da Lei 8.213/91 e da própria Carta Constitucional, visando sempre o melhor benefício em prol do segurado.

Após o surgimento, os regimes previdenciários tiveram forte ligação com o trabalho, uma vez que buscavam garantir remuneração ao trabalhador enquanto este se encontrasse impossibilitado de trabalhar. Mas, no meio rural brasileiro, as normas trabalhistas são muito mais antigas que as previdenciárias.

Conforme discorre a doutrinadora Jane Berwanger66, na legislação atual, o empregado rural e o segurado especial são figuras distintas, embora ainda ocorra muita confusão entre essas categorias de segurados.

Tendo uma evolução histórica, inicialmente a legislação que integra o Direito do Trabalho que surgiria para proteger o trabalhador, foi empregada a proteger o empregador-contratante, pois a primeira norma disciplinada em 1830 previa que o prestador de serviços que não cumprisse o contrato podia ser preso, o que corrobora com a norma de interesse do produtor67.

Declinando momentaneamente para a esfera de modo coletivo, não se abstendo do foco principal, necessário referir a Lei 4.504/6468, popularmente conhecido como Estatuto da Terra.

---

[65] BRASIL. DATAPREV. INSTRUÇÃO NORMATIVA 77, de 21.01.2015. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

[66] BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá: 2014, p. 30.

[67] Idem, p. 30.

[68] BRASIL. LEI 4.504, de 30.11.1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

Neste dispositivo, estabeleceu-se condições para os contratos tipicamente agrários, assim entendidos os que a lei reconhece para o fim de posse ou uso temporário da terra69.

Garcia citado por Berwanger70 transcreve a realidade dos arrendatários e parceiros, por ocasião do surgimento da Lei 4.504/64:

> Estes, apesar de terem uma relativa autonomia profissional, eram submetidos à condições de verdadeira exploração pelos arrendantes e parceiros-outorgantes (os donos da terra ou do rebanho). As condições de exploração e de abusos existentes nessas relações de trabalho eram muitas. Entre elas estavam a prestação de serviços gratuitos pelos arrendatários, as cotas elevadas das partilhas, nas parcerias; a obrigatoriedade de comprar nos armazéns predeterminados e também a obrigatoriedade de beneficiar os produtos nas máquinas dos donos da terra.

Tal legislação que discrimina o Estatuto da Terra é norte hoje, nas relações rurícolas, possibilitando melhor comprometimento entre os parceiros/partes, possibilitando um convívio mais igualitário no meio rural.

Retornando a nossa análise tema, seguimos para o Estatuto do Trabalhador Rural71 (Lei 5.889/73), onde ficou conceituado as seguintes atividades:

> Empregado rural: toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural sob a dependência deste e mediante salário.
> Empregador rural: a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agroeconômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados. Inclui-se na atividade econômica exploração industrial em estabelecimento agrário não compreendido na Consolidação das Leis do Trabalho. Equipara-se ao empregador rural a pessoa física ou jurídica que, habitualmente, em caráter profissional, e por conta de terceiros, execute serviços de natureza agrária, mediante utilização do trabalho de outrem.

O Decreto 73.626[72], de 12 de fevereiro de 1974, ao regulamentar a Lei 5.889/73, especificou dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT[73] que passaram a se aplicar ao empregado rural, disciplinando grande parte dos seus dispositivos:

> Art. 4º Nas relações de trabalho rural aplicam-se os artigos 4º a 6º; 8º a 10; 13 a 19; 21; 25 a 29; 31 a 34; 36 a 44; 48 a 50; 62 alínea b; 67 a 70; 74; 76; 78 e 79; 83; 84; 86; 116 a 118; 124; 126; 129 a 133; 134 alíneas a, c, d, e, e f; 135 a 142; parágrafo único do artigo 143; 144; 147; 359; 366; 372; 377; 379; 387 a 396; 399; 402; 403; 405 caput e § 5º; 407 a 410; 414 a 427; 437; 439; 441 a 457; 458 caput e § 2º; 459 a 479; 480 caput e § 1º; 481 a 487; 489 a 504; 511 a 535; 537 a 552; 553 caput e alíneas b, c, d, e e, e §§ 1º e 2º; 554 a 562; 564 a 566; 570 caput; 601 a 603; 605 a 629; 630 caput e §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º e 8º; 631 a 685; 687 a 690; 693; 694; 696; 697; 699 a 702; 707 a 721; 722 caput, alíneas b e c e §§ 1º, 2º e 3º; 723 a 725; 727 a 733; 735 a 754; 763 a

---

69 BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá: 2014, p. 44.

70 Idem, p. 44.

71 BRASIL. LEI 5.889, de 08.06.1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

72 BRASIL. DECRETO 73.626, de 12.02.1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d73626.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

73 BRASIL. DECRETO-LEI 5.452, DE 01.05.1943. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

> 914; da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; com suas alterações.74

Conforme Berwanger75, o texto da Constituição Federal de 198876, proporcionou a constitucionalização e ampliação de direito, concedendo, no disposto do Art. 7º, tratamento isonômico aos trabalhadores urbanos e rurais:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

Na esfera previdenciária, Berwanger77 destaca que o princípio constitucional da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, onde o constituinte desejou incluir os trabalhadores rurais na previdência social e, ainda na condição de igualdade, sem qualquer discriminação.

Necessário ainda referir que a nobre doutrinadora refere que a determinação expressa de que os produtores em regime de economia familiar tivessem um tratamento diferenciado na legislação previdenciária, reconhecendo a sua forma de trabalho, resultando na criação do segurado especial, inclusive com a redução da idade na aposentadoria do trabalhador rural, conforme disposto na Carta Magna.

Através da Constituição, os empregados rurais foram incluídos como segurados obrigatórios, bem como os empregados urbanos, conforme o artigo 12 da Lei 8.21278, de 24 de julho de 1991:

> Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
> I – como empregado:
> a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

Conforme Berwanger79, o empregado rural passou a ser tratado de forma igual, tendo direito às mesmas prestações e serviços garantidos aos urbanos, apenas se diferenciando pela idade reduzida de cinco anos. Quando os empregados urbanos se aposentam com 60 anos, se mulher, e 65, se homem, no meio rural essa idade é de 55 para as mulheres e 60 para os homens.

A intitulação do agricultor, definido como segurado especial, ficou definido da seguinte forma na Lei 8.212/91:

> Art. 12. (...)

---

[74] BRASIL. DECRETO 73.626, de 12.02.1974. Aprova Regulamento da Lei número 5.889, de 8 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d73626.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

[75] BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá: 2014, p. 47-48.

[76] BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

[77] BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá: 2014, p. 48.

[78] BRASIL. LEI 8.212, de 24.07.1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

[79] BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá: 2014, p. 86.

> VII - como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, na condição de:

Tal descrição se aproxima a descrição na nossa Carta Magna:

> Art. 195. § 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Assim, verifica-se que houve uma evolução de direitos dos segurados especiais, frente a legislação Previdenciária que possibilita a igualdade de direitos concessivos, obedecendo claro, a redução de idade para cada sexo.

3 O Processo Administrativo Previdenciário e a Advocacia

Conforme Mauss e Triches[80] a advocacia previdenciária obteve um expressivo crescimento nas duas últimas décadas. Um dos fatores seria a profunda modificação do sistema previdenciário com a Constituição Federal de 1988, acrescido pelas correntes interpretativas da Carta Magna. A criação dos Juizados Especiais Federais que tratam de forma especializada das demandas previdenciárias.

Assim, a advocacia previdenciária, no âmbito do processo administrativo, ganhou importante incremento após a Constituição Federal de 1988, onde foi descrito a observância do devido processo legal no âmbito da administração pública, assim entabulado:

> Art. 5º (...)
> LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes;

O processo administrativo previdenciário possui influência dos preceitos constitucionais, tais como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, além de outros princípios, que devem ser respeitados visando um procedimento válido. Também sofre influência do disposto na Lei 9.784/9981, bem como da jurisprudência dos tribunais, além de demais dispositivos infraconstitucionais.

Especificamente o processo administrativo é regulamentado de forma concreta e efetiva pela Lei 8.213/9182, que estabelece que o processo administrativo pode ser regulamentado por Decreto

---

[80] MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. Processo Administrativo Previdenciário: Prática para um processo de benefício eficiente. Caxias do Sul: Plenum, 2014, p. 22.

[81] BRASIL. LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

[82] BRASIL. LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

do Executivo Federal, sendo que muitos procedimentos tomados pela Previdência Social são regulados pelo Decreto 3.048/99[83].

Entretanto, toda essa legislação aplicável muitas vezes fica em segundo plano, eis que o técnico do seguro social que atendendo o cidadão na Agência da Previdência Social se vê forçado a resolver a situação em um prazo mínimo, visando atingir metas internas.

Conforme Mauss e Triches84 foi instituída uma gratificação na remuneração dos servidores baseada no desempenho individual e coletivo que premia a eficiência dos servidores no cumprimento de metas estabelecidas pela instituição. Tal dispositivo interno está descrito pela Lei 10.855/200485, que só é paga integralmente aos servidores se alcançarem a meta de um tempo médio de decisão dos benefícios pleiteados menor que 45 dias. Caso uma Gerência Executiva (uma regional composta por várias Agências da Previdência Social – APS) não cumpra esse parâmetro, os salários de seus servidores reduzem consideravelmente.

Tal dispositivo, conforme Mauss e Triches86 trouxe eficiência no atendimento, mas também gerou alguns gargalos com relação à qualidade na análise e condução do processo administrativo, eis que em alguns casos, se privilegia a rapidez da decisão.

Necessário descrever análise formulada por Mauss e Triches87 onde descrevem que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS realiza cerca de quatro milhões de atendimentos por mês, com um tempo médio de concessão de vinte e seis dias (conforme dados de novembro de 2013). Conforme análise, a autarquia pagou em janeiro de 2014 o valor de R$ 28,8 bilhões divididos em 31 milhões de benefícios ativos.

Neste diapasão, verifica-se que deve haver uma análise mais adequada ao caso que se apresente, eis que na dúvida, para o servidor do INSS, "pró-INSS", ou seja, na dúvida, nega-se o pedido, ensejando recurso para as Turmas, Câmaras e para o Judiciário o deslinde do feito que deveria ter sido efetuado por ocasião do agendamento.

4 O Segurado Especial e Suas Peculiaridades

A definição de segurado especial está expresso no Artigo 11 da Lei 8.213/91[88]:

> Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
> VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em

[83] BRASIL. DECRETO Nº 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

[84] MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. Processo Administrativo Previdenciário: Prática para um processo de benefício eficiente. Caxias do Sul: Plenum, 2014, p. 31.

[85] BRASIL. LEI Nº 10.855, DE 1º DE ABRIL DE 2004. Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei no 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.855.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

[86] MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. Processo Administrativo Previdenciário: Prática para um processo de benefício eficiente. Caxias do Sul: Plenum, 2014, p. 31.

[87] Idem, p. 21.

[88] BRASIL. LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

> regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:
> a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:
> 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
> 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;
> b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e
> c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

A Constituição Federal[89] também tratou sobre o tema, em especial o Art. 195 que assim descreveu o segurado especial da Previdência:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> § 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei.

Para encaminhamento do pedido de aposentadoria por idade rural a Lei 8.213/91, através do Art. 143, assim descreve:

> Art. 143. O **trabalhador rural** ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer **aposentadoria por idade**, no valor de **um salário mínimo**, **durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural**, **ainda que descontínua**, **no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício**, em número de **meses idêntico à carência** do referido benefício. (grifado)

De igual sorte, também a Constituição Federal remete a questão da idade com redutor para os trabalhadores rurais, elencado no Art. 201, *in verbis*:

> **Art. 201.** A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
> § 7º É assegurada **aposentadoria** no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:
> II - **sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher**, **reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal**. (grifado)

---

[89] BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

Não obstante a assertiva descrita, necessário referir sobre a carência mínima para a consecução do benefício pleiteado, qual seja, 180 contribuições, conforme descreve o Art. 25 da Lei 8.213/91:

> **Art. 25.** A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes **períodos de carência**, ressalvado o disposto no art. 26:
> **II - aposentadoria por idade**, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais. (grifado)

Assim, observada a carência de 180 meses de carência na condição de trabalhador rural, a idade com redutor e a comprovação de atividade por ocasião do pedido, necessário o atendimento do benefício de aposentadoria por idade como segurado especial.

Para Ibrahim[90] a aposentadoria por idade do trabalhador rural requer, além da carência, tempo de atividade durante período igual ao de carência (180 meses ou inferior, se houver regra de transição).

Necessário ainda citar a Súmula 54 da TNU:

> Para a concessão de aposentadoria por idade de trabalhador rural, o tempo de exercício de atividade equivalente à carência deve ser aferido no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou à data do implemento da idade mínima.

Necessário referir ainda sobre o dispositivo legal de idade, assim como o redutor pela condição de segurado especial, assim descrito no Artigo 48 da Lei 8.213/91:

> Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.
> § 1o Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinqüenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

Entretanto, mesmo com a comprovação de tais requisitos já descritos, ocorrem negativas de concessão do benefício pleiteado, sob o argumento que o agricultor não logrou comprovação de atividade rural de forma exclusiva, ou melhor, que possua outra renda que supere a condição única de fonte de renda para o enquadramento como segurado especial.

4.1 Da (In)Existência de Outra Fonte de Renda

Diante do Artigo 12, § 10 da Lei 8.213/91 não é segurado especial o membro do grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de:

> I – benefício de pensão por morte, auxílio-acidente ou auxílio-reclusão, cujo valor não supere o do menor benefício de prestação continuada da Previdência Social;

[90] IBAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012, p. 606.

> II – benefício previdenciário pela participação em plano de previdência complementar instituído nos termos do inciso IV do § 9o deste artigo;
> III – exercício de atividade remunerada em período de entressafra ou do defeso, não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 13 deste artigo;
> III - exercício de atividade remunerada em período não superior a cento e vinte dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 13;
> III - exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 13 deste artigo;
> IV – exercício de mandato eletivo de dirigente sindical de organização da categoria de trabalhadores rurais;
> V – exercício de mandato de vereador do município onde desenvolve a atividade rural, ou de dirigente de cooperativa rural constituída exclusivamente por segurados especiais, observado o disposto no § 13 deste artigo;
> VI – parceria ou meação outorgada na forma e condições estabelecidas no inciso I do § 9o deste artigo;
> VII – atividade artesanal desenvolvida com matéria-prima produzida pelo respectivo grupo familiar, podendo ser utilizada matéria-prima de outra origem, desde que a renda mensal obtida na atividade não exceda ao menor benefício de prestação continuada da Previdência Social; e
> VIII – atividade artística, desde que em valor mensal inferior ao menor benefício de prestação continuada da Previdência Social.

Goes[91] destaca ainda que:

> Se um dos membros da família tiver outra fonte de rendimento, mas a atividade rural dos outros for executada em regime de economia familiar, estes serão considerados segurados especiais. Somente o membro que tem outra fonte de rendimento é que deixa de ser segurado especial. É o caso, por exemplo, de uma mãe que é professora na escola da região rural e ganha um salário mínimo. A mãe não é considerada segurada especial, mas os filhos e o marido, se exercerem a atividade rural em regime de economia familiar, serão segurados especiais.

A Unidade de Previdência Social, através do técnico responsável, ao avaliar o caso concreto, pode efetuar a concessão, mas também ato denegatório motivado pela ausência de algum requisito acima disposto. Mormente necessário destaque, eis que trata do enfoque do presente trabalho, a ausência dos requisitos de renda exclusiva e predominante da agricultura.

O agricultor que trabalhou por 43 anos (mulher) ou 48 anos (homem) – contando a partir dos 12 anos até chegar aos 55 e 60 anos – labora por toda uma vida no meio rural, independente da cultura, guarda seus rendimentos e em dado momento investe na aquisição de outro bem, seja ele móvel ou imóvel, não deve servir de pressuposto negatório.

A análise vertical da legislação aplicável, por parte da Unidade de Previdência Social, demonstra que há uma discrepância neste tipo de entendimento, visto que é notório a presença da qualidade de segurado especial, eis que reside no interior, comprova que está ativo no campo, assim como o período mínimo de carência e a idade e, ainda assim, lhe é negado o pleito concessório por algo que adquiriu advindo da agricultura e que não responde como fonte principal de renda do grupo familiar.

O intento de alugar um imóvel ou até mesmo ter outro imóvel na cidade e morar no campo não deveria ser norte para o indeferimento, que se funda na Lei 8.213/91 e no Decreto 3.048/99.

---

[91] GOES, Hugo. Manual de Direito Previdenciário. 8. Ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2014, p. 104.

4.2 Do Regime de Economia Familiar

Berwanger[92] destaca que o elemento essencial do conceito de cada segurado da Previdência é a forma com que o trabalho é exercido. Para a autora o segurado especial trabalha em atividade rural, em regime de economia familiar, portanto, esta é a forma que vai distinguir este segurado dos demais.

Antes de individualizar a lei dos benefícios, pertinente destacar o Art. 12 da Lei 8.212/91, que transcreve a essência da expressão "economia familiar":

> Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:
> § 1o Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Necessário destaque do Artigo 11 da Lei 8.213/91:

> A***rt. 11. (...)***
> ***VII –*** *como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:*
> ***a)*** *produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:*
> ***1.*** *agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;*
> ***§ 1º*** *Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.*
> ***§ 6º*** *Para serem considerados segurados especiais, o cônjuge ou companheiro e os filhos maiores de 16 (dezesseis) anos ou os a estes equiparados deverão ter participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar.* ***(grifado)***

O Decreto 3.048/99, assim refere:

> **Art. 9º** São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:
> **VII -** como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:
> **a)** produtor, seja ele proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

[92] BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 189-190.

> **1.** agropecuária em área contínua ou não de até quatro módulos fiscais; ou
>
> **§ 5º** Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.(grifado)

A alegação da Unidade de Previdência Social se alicerça no inciso III, § 9º, do Artigo 11 da Lei 8.213/91, assim descrito:

> ***Art. 11. (...)***
> ***§ 9º*** *Não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de:*
> ***III -*** *exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 13 do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; (grifado)*

Também necessário destacar o Art. 9º do Decreto 3.048/99, que disciplina:

> ***Art. 9º*** *(...)*
> ***§ 8o*** *Não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de:*
> ***III -*** *exercício de atividade remunerada em período de entressafra ou do defeso, não superior a cento e vinte dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 22 deste artigo;*
> ***§ 20.*** *Para os fins deste artigo, considera-se que o segurado especial reside em aglomerado urbano ou rural próximo ao imóvel rural onde desenvolve a atividade quando resida no mesmo município de situação do imóvel onde desenvolve a atividade rural, ou em município contíguo ao em que desenvolve a atividade rural.*
> ***§ 21.*** *O grupo familiar poderá utilizar-se de empregado, inclusive daquele referido na alínea "r" do inciso I do caput deste artigo, ou de trabalhador de que trata a alínea "j" do inciso V, em épocas de safra, à razão de no máximo cento e vinte pessoas/dia dentro do ano civil, em períodos corridos ou intercalados ou, ainda, por tempo equivalente em horas de trabalho, à razão de oito horas/dia e quarenta e quatro horas/semana.*
> ***§ 23.*** *O segurado especial fica excluído dessa categoria:*
> ***II -*** *a contar do primeiro dia do mês subseqüente ao da ocorrência, quando o grupo familiar a que pertence* ***exceder o limite de: b)*** *dias em atividade remunerada estabelecidos no inciso III do § 8o deste artigo;*

Para Berwanger[93] um dos elementos fundamentais é a indispensabilidade do trabalho dos membros da família para a subsistência do coletivo. Nota-se que a subsistência seria uma forma de que, sem esta mantença, não haveria condições do núcleo familiar sobreviver dignamente.

Cita-se jurisprudência[94] que reflete o entendimento da qualidade de segurado urbano e outro do grupo familiar na condição de agricultor:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. LABOR URBANO DO CÔNJUGE. DISPENSABILIDADE DO LABOR RURAL DA AUTORA. BENEFÍCIO INDEFERIDO. Se a principal fonte para o sustento do núcleo familiar advém do labor urbano do cônjuge, o trabalho

[93] BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 190.

[94] BRASIL. TRF4. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em 14 nov. 2015.

> rural da esposa, ainda que comprovado, não se caracteriza como regime de economia familiar, o qual exige a indispensabilidade de tal labor para a subsistência do grupo. (TRF4, AC 0001000-37.2015.404.9999, Quinta Turma, Relator Rogerio Favreto, D.E. 28/05/2015)
>
> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL. ATIVIDADE COMPLEMENTAR. SUBSISTÊNCIA PROVENIENTE FUNDAMENTALMENTE DO LABOR RURAL. REQUISITOS. PROCEDÊNCIA.
> 1. A comprovação do exercício de atividade rural pode ser efetuada mediante início de prova material, complementada por prova testemunhal idônea.
> 2. Cumprido o requisito etário (55 anos de idade para mulher e 60 anos para homem) e comprovado o exercício da atividade agrícola no período correspondente à carência (art. 142 da Lei n. 8.213/91), é devido o benefício de aposentadoria por idade rural, independentemente do exercício de outra atividade concomitante, desde que a subsistência da família decorra fundamentalmente do labor rural.
>
> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. BOIA-FRIA. REQUISITOS LEGAIS. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL. SUBSISTÊNCIA PROVENIENTE FUNDAMENTALMENTE DE ATIVIDADE URBANA. 1. O tempo de serviço rural pode ser comprovado mediante a produção de prova material suficiente, ainda que inicial, complementada por prova testemunhal idônea. 2. Pela análise do conjunto probatório presente nos autos, não há como ser reconhecida a qualidade de segurada especial da parte autora no período de carência, nos termos do art. 11, VII da Lei 8.213/91. 3. Ainda que o exercício de atividades rurícolas, durante o período correspondente à carência, possa ser descontínuo, ele necessita ser comprovado e deve ser pertinente ao referido período. (TRF4, AC 0004299-56.2014.404.9999, Quinta Turma, Relator Roger Raupp Rios, D.E. 21/11/2014)
>
> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. REQUISITOS. ATIVIDADE RURAL. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL. LABOR COMPLEMENTAR. SUBSISTÊNCIA PROVENIENTE FUNDAMENTALMENTE DE ATIVIDADE URBANA DO MARIDO. 1. É devido o reconhecimento do tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, quando comprovado mediante início de prova material corroborado por testemunhas. 2. A percepção de aposentadoria urbana pelo marido da autora, em valor considerável, ilide sua qualidade de segurada especial, pois indica que o trabalho rural não constituía a principal fonte de renda da família, mas resumia-se a atividade complementar, dispensável para a subsistência do grupo. (TRF4, AC 0006456-36.2013.404.9999, Sexta Turma, Relator Luiz Antonio Bonat, D.E. 26/08/2014)

Verifica-se que a Jurisprudência remete a entendimento majoritário no sentido de que a renda do grupo familiar deve ser, predominantemente, de subsistência para o grupo familiar. Assim, a renda da agricultura deve ser superior a qualquer outra do grupo familiar, caso contrário, perderá a qualidade de segurado especial.

Conforme Berwanger[95] não há previsão constitucional, nem legal, para excluir da condição de segurado especial aquele que produz e comercializa excedente. Caso contrário, seria dispositivo inconstitucional, eis que a Carta Magna refere que o produtor, parceiro, meeiro, arrendatário, além

[95] BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. Segurado Especial: o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 193.

do cônjuge que trabalham em regime de economia familiar contribuirão sobre o resultado da comercialização da produção, ou seja, prevê justamente a contribuição do excedente.

Quando um dos membros do grupo familiar exerce alguma atividade urbana e negado o benefício, no Judiciário é aplicado a Súmula 41 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais

> Súmula 41 - A circunstância de um dos integrantes do núcleo familiar desempenhar atividade urbana não implica, por si só, a descaracterização do trabalhador rural como segurado especial, condição que deve ser analisada no caso concreto.

Diante do instituto sumulado proposto, transcreve-se a possibilidade de análise cada caso próprio, não implicando, por si só, a descaracterização do labor rural do segurado especial, caso um dos integrantes do grupo familiar desempenhe atividade urbana.

De igual sorte, deve ser analisada a expressão "em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes", conforme dispõe o Art. 195, § 8º da Constituição Federal, com exceção de 120 dias por ano, sob manto do Art. 11, § 7º da Lei 8.213/91.

Cita-se a Súmula 46 da TNU:

> O exercício de atividade urbana intercalada não impede a concessão de benefício previdenciário de trabalhador rural, condição que deve ser analisada no caso concreto.

Assim, ao analisar o caso proposto pela Unidade de Previdência, o Técnico do Seguro Social deve avaliar qual é a principal renda do grupo, sendo que em dadas situações, o imóvel ou móvel, de propriedade do agricultor, diverso de sua residência em de sua posse, não deve ser obstáculo na obtenção do pedido de aposentadoria.

Portanto, frente a toda a sistemática de gerenciamento administrativo, prazo para análise e instruções normativas, denota-se que existem elementos que podem ser justificados por ocasião do indeferimento do benefício previdenciário, forte na fundamentação expressa na Lei 8.213/91, Súmulas e posicionamento doutrinário, os quais elencam outros elementos que devem ser inseridos por ocasião da análise, subjetivando outros fatores.

5 Considerações Finais

A Advocacia Previdenciária evoluiu e com ela a possibilidade do segurado ter um aparato maior e melhor na busca pelos direitos que lhes são negados no momento do seu pedido. O Direito Previdenciário zela pelas regras de concessão, de exceção e de negação de um benefício, havendo uma linha muito tênue entre a concessão e o indeferimento.

Através dos dados expostos, verifica-se que o atendimento na Unidade do INSS é primado pelo volume, conforme análise de Mauss e Triches[96], devendo este ato negatório, caso ocorra, ser pautado pelo entendimento de Súmulas da TNU, assim como posição majoritária de nossa doutrina e jurisprudência quanto aos requisitos da concessão do benefício.

[96] MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. Processo Administrativo Previdenciário: prática para um processo de benefício eficiente. Caxias do Sul: Plenum, 2014, p. 21.

Neste diapasão, o excesso de patrimônio adquirido ou a renda agregada por este patrimônio, pode ensejar entendimento diverso na esfera administrativa, possibilitando o indeferimento do pedido, fundado na alegação que o agricultor não pode ter outra renda ou esta está em descompasso com a sua condição rurícola, ou seja, afastando sua condição de segurado especial.

Não se deve ter um entendimento neste sentido, eis que o labor rurícola, independente da atividade, deve ter um cunho mantenedor do grupo familiar sim, mas não exclusivo, pois a sua renda pode ser aplicada e investida em outras finalidades que não podem descaracterizar a condição de segurado especial. Não se pode fugir da acepção rural, eis que o fruto, o resultado final do patrimônio é oriundo do resultado da produção rural, não podendo o pretenso aposentado sofrer ato denegatório.

Assim, verificada as peculiaridades de cada caso, observando os preceitos formalistas da legislação aplicável, seja através da Constituição Federal, Leis, Súmulas, Decretos, Instruções Normativas, as Unidades de Previdência Social deve oportunizar a comprovação de todos os elementos concessivos, possibilitando sempre a busca pelo melhor benefício.

Referências

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. *Segurado Especial:* o conceito jurídico para além da sobrevivência individual. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm; FORTES, Simone Barbisan (coord.). *Previdência do Trabalhador Rural em Debate.* Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. DATAPREV. INSTRUÇÃO NORMATIVA 77, DE 21 DE JANEIRO DE 2015. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BRASIL. DECRETO Nº 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. DECRETO 73.626, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1974. Aprova Regulamento da Lei número 5.889, de 8 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d73626.htm>. Acesso em: 22 jul. 2015.

BRASIL. DECRETO-LEI 5.452, DE 01 DE MAIO DE 1943. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BRASIL. LEI 4.504, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BRASIL. LEI 5.889, DE 08 DE JUNHO DE 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5889.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BRASIL. LEI 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BRASIL. LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. LEI Nº 10.855, DE 1º DE ABRIL DE 2004. Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Previdenciária, de que trata a Lei no 10.355, de 26 de dezembro de 2001, instituindo a Carreira do Seguro Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.855.htm>. Acesso em: 14 nov. 2015.

BRASIL. TRF4. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em 14 nov. 2015.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOES, Hugo. *Manual de Direito Previdenciário*. 8. Ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2014.

IBAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Aposentadoria por Idade.* 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Benefícios Previdenciários do Trabalhador Rural.* São Paulo: LTr, 1984.

MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. *Processo Administrativo Previdenciário: prática para um processo de benefício eficiente.* Caxias do Sul: Plenum, 2014.

MEDEIROS, Osiris A. Borges de. *Aposentadorias e Pensões.* Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda., 1984.

SAVARIS, José Antônio; XAVIER, Flávia da Silva. *Manual dos Recursos nos Juizados Especiais Federais.* 4. Ed. Curitiba: Juruá, 2013.

O PROJETO DA "CRISE" NO SISTEMA EDUCACIONAL BRASILEIRO: UMA HISTÓRIA A SER REVISTA

Marcio José Silva,
Mestrando Educação, Arte e História da Cultura;
email: msilva.mackenzie@gmail.com

Resumo:

A Educação é indiscutivelmente o pilar de uma sociedade justa e igualitária. Pela escola passa a formação cidadã, que garante a todas as pessoas humanas, independentemente de sexualidade, religião ou *status* social, a posse de direitos básicos e o cumprimento de deveres fundamentais para que a sociedade seja tida por democrática.Nesse sentido, a situação brasileira é grave e crônica, pois, além de falhar em prover a Educação Básica de qualidade a todos, privilegia uma pequena parcela da população que tem recursos financeiros para acedê-la, esquecendo-se de milhões que vivem na penúria da ignorância por falta de escolaridade. Isso não é mero acaso, mas o resultado de políticas públicas nocivas, cujos resultados estamos agora colhendo na forma de violência simbólica e estrutural generalizadas.

Palavras-chaves: Educação. Escola Pública. Legislação. Crise.

Abstract:

Education is undoubtedly the pillar of a just and egalitarian society. Through the school, citizenship training guarantees all human persons, regardless of sexuality, religion or social status, the possession of basic rights and the fulfillment of fundamental duties so that society is considered democratic.In this sense, the Brazilian situation is serious and chronic, since, in addition to failing to provide quality basic education to all, it privileges a small portion of the population that has the financial resources to access it, forgetting millions living in poverty Ignorance due to lack of schooling. This is not mere chance, but the result of harmful public policies, whose results we are now reaping in the form of generalized symbolic and structural violence.

Key-words: Education. Public school. Legislation. Crisis.

1 Raízes educacionais brasileiras

Darcy Ribeiro, antropólogo brasileiro e homem que dedicou boa parte de sua vida à educação, denunciou na 29ª. Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), em 1977, o seguinte: "Em consequência, a crise educacional do Brasil, da qual tanto se fala, *não é uma crise, é um programa*. Um programa em curso, cujos frutos, amanhã, falarão por si mesmos"[97]. Darcy Ribeiro comentava sobre a derrocada da escola pública, iniciada anos antes e que seguia um curso de queda irreversível. Contudo, segundo Ribeiro isso não era uma mera

[97] RIBEIRO, Darcy. *Ensaios Insólitos*. Rio de Janeiro: Batel, 2011, p. 56.

casualidade ou intempestividade de crises econômicas ou estruturais que vez por outra acometem os países. Era algo estrategicamente calculado.

O regime de 1964, em união com os Estados Unidos (acordos MEC-USAID) estavam desmantelou a escola pública e a universidade. Como safra dessa política pública educacional, no final da década de 1970, quando Ribeiro falava, os Estados Unidos encaminhavam à Universidade cerca de 70% dos seus jovens em idade apta para tal (18-24 anos). Cuba rumava para a totalidade de discentes na Universidade. Uma obviedade que não escapava à percepção de Ribeiro era o fato de sermos 100 anos mais antigos que os Estados Unidos e termos um déficit de 50 anos em relação a eles quanto à educação. Em contrapartida, a Profª. Romanelli, analisando o contexto educacional brasileiro em 1970, deu-se conta de uma população entre 20-29 anos de idade, somente 2,79% tinham o sucesso de aceder ao nível superior[98].

Passados anos, temos um panorama assombroso: Cuba erradicou o analfabetismo e garantiu acesso à Universidade para todos os seus cidadãos. Argentina garantiu acesso à 67% dos jovens, Uruguai com 64% e Chile com 52%, sendo que os três tem índice de analfabetismo entre 2-3,5%. O Brasil, uma potência econômica, o mais rico da América do Sul tem taxa de acesso à Universidade média de 30% e analfabetismo de 11,1%[99]. Seria um ledo engano nosso supor que essa realidade educacional simplesmente seguiu o curso natural das coisas. Como poderia ser possível o país mais rico do continente sul americano estar entre os que têm a pior taxa de acesso ao ensino superior, sendo que só conseguiu universalizar o acesso à educação fundamental já no século XXI?

1.2 O modelo colonial espanhol *vs* português

As Américas, no momento da chegada dos europeus, eram, de fato, um planeta novo. Colombo ao regressar à Espanha tinha convicção de ter alcançado a Índia, como era sua missão. Não se tratava de ignorância. Estamos falando do final do século XV, as viagens eram algo extremamente moroso, custoso e difícil. Colombo jamais estivera na Índia, logo, a primeira porção de terra que ele encontrou, as Bahamas, na sua mente era a Índia. Os portugueses, chegando em 1500 nas porções do atual Brasil, por outro lado descreviam algo diferente. Caminha, em carta ao rei de Portugal descreveu o que viu:

> [...]
> Os cabelos seus são corredios. E andavam tosquiados, de tosquia alta, mais que de sobrepente, de boa grandura e rapados até por cima das orelhas. E um deles trazia por baixo da solapa, de fonte a fonte para detrás, uma espécie de cabeleira de penas de ave amarelas, que seria do comprimento de um coto, mui basta e mui cerrada, que lhe cobria o toutiço e as orelhas. [...]
> Porém o melhor fruto, que nela se pode fazer, me parece que será salvar esta gente. E esta deve ser a principal semente que Vossa Alteza em ela deve lançar.
> [...]
> Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta-feira, primeiro dia de maio de 1500.

[98] ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da Eduação no Brasil.* 39ª. Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2013, p. 83.

[99] UNESCO. *Situación educativa de América Latina y el Caribe:* Hacia la educación de calidad para todos al 2015. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe. Santiago, Chile: Ediciones del Imbunche, 2013. p. 134-137, 169,170.

Pero Vaz de Caminha[100].

Evidentemente, os portugueses, mercadores e navegantes mais experientes que os espanhóis, logo notaram que se tratava de uma nova terra. O Brasil foi deixado como segunda prioridade até o ano 1549, quando o Regimento de 17 de dezembro de 1548 providenciará que o Brasil tenha um Governador Geral, Tomé de Sousa, sediado em Salvador. O Regimento Real ainda dispunha de pelo menos duas coisas que seriam o marco divisório para se dar início à questão educacional no Brasil. No seu artigo 4°, dizia o rei que as 'gentes da terra', os índios, viessem a ter conhecimento da fé católica, de modo que os mesmos deveriam ser respeitados e bem tratados. No artigo 5° o rei ainda advertia " [...]os Ministros que se ocupam na conversão, e doutrina dos gentios, para que sejam favorecidos em tudo o que para este efeito for necessário, tendo com eles a conta que a razão [...]"101. Esse mandado real abriu a porta para a vinda dos precursores da educação brasileira: os jesuítas.

Não era intenção da coroa portuguesa criar um sistema educacional para os colonos. Os jesuítas trouxeram consigo a Ratio atque Institutio Studiorum Societatis Iesu (Plano e Organização de Estudos da Companhia de Jesus), uma espécie de coletânea, fundamentada em experiências vivenciadas no Colégio Romano, a que foram adicionadas observações pedagógicas de diversos outros colégios, cujo objetivo era instruir rapidamente todo o jesuíta docente sobre a natureza, a extensão e as obrigações do seu cargo. A Ratio surgiu com a necessidade de unificar o procedimento pedagógico dos jesuítas diante da explosão do número de colégios confiados à Companhia de Jesus como base de uma expansão em sua totalidade missionária. Constituiu-se numa sistematização da pedagogia jesuítica contendo 467 regras cobrindo todas as atividades dos agentes diretamente ligados ao ensino e recomendava que o professor nunca se afastasse do estilo filosófico de Aristóteles, e da teologia de Santo Tomás de Aquino102.

Em 1759, com a expulsão dos Jesuítas do Brasil, houve a paralisação dos trabalhos que estes desenvolviam na colônia103. Nesse momento, observa Romanelli, há um transplante da cultura europeia para as Américas104. Os povos indígenas brasileiros eram basicamente nômades, viviam da caça e pesca, numa organização social muito simples, embora possuíssem uma cultura muito rica e exótica. Todavia, confrontada essa realidade do Brasil com a Europa da Idade Moderna, havia um abismo de diferença. Assim, importar os modos, os hábitos e a cultura europeia e implantá-la no Brasil, especialmente com o método dos jesuítas, demasiado complexo, cheio de detalhes, com filosofia, letras, humanística, transformava estudar algo tedioso, difícil e desagradável.

Anísio Teixeira, observando essa situação, disse o seguinte:

> [...]
> Chamaram-se "criollos", entre os espanhóis e "mazombos", entre os brasileiros. Brasileiros é modo de dizer, pois, "o termo brasileiro, como expressão e afirmação de uma nacionalidade", não chegara a existir até começos do século XVIII, conforme nos diz Viana Moog, que assim define o

[100] BIBLIOTECA NACIONAL. *Carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rey de Portugal*. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_manuscritos/mss1277755/mss1277755.pdf>. Acesso em 1° jan. 2017.

[101] SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO ARQUIVO NACIONAL. *Regimento de 17de dezembro de 1548, Governador Geral do Estado do Brasil.* Disponível em: <http://sian.an.gov.br/sianex/Consulta/Pesquisa_Mapa_Livre_Painel_Resultado.asp?v_orgao_id=8757&v_CodigoOrgao=128%20-%20%20-%20governador-geral%20do%20estado%20do%20brasil&v_aba=1>. Acesso em 7 jan. 2017.

[102] SAVIANI, Dermeval. *História das ideias pedagógicas no Brasil*. 2ª. Ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2008, p. 53

[103]FRANCA, Leonel. *O método pedagógico dos jesuítas*. Rio de Janeiro: Agir, 1952, p. 28, 34, 35.

[104] Ibidem. ROMANELLI, p. 22, 23.

> "mazombismo", expressão cultural, dominante, no Brasil, até fins do século passado, pouco importando que o nome tivesse desaparecido: "consiste (o mazombismo) na ausência de determinação e satisfação de ser brasileiro, na ausência de gosto por qualquer tipo de atividade orgânica, na carência de iniciativa e inventividade, na falta de crença na possibilidade do aperfeiçoamento moral do homem, em descaso por tudo quanto não fosse fortuna rápida, e, sobretudo, na falta de um ideal coletivo, na quase total ausência de sentimento de pertencer o indivíduo ao lugar e à comunidade em que vivia"105.
> [...]

Assim sendo, o produto do modelo colonial de educação (mais parecido a domesticação), serviu para descaracterizar a identidade das pessoas da terra (valores proclamados), que não eram aceitas como europeias, mas também não eram brasileiras (valores reais). Essa disputa constante que deveria ser equalizada pela educação, vem à existência pelo modelo de transplante do sistema europeu de educação, já em uso desde o ano 800, mais ou menos, sendo que Portugal já dispunha de Universidade desde 1290 (Coimbra) para um continente que nunca ouviu falar em letramento, escrita ou quaisquer hábitos europeus. Esse sistema de educação colonial criou o desafeto e a despersonalização do indivíduo, algo que não foi corrigido até o início do século XX, como falaremos depois.

Na América Espanhola era diferente. Em 1551 fundou-se a Real y Pontifícia Universidade de San Marcos em Lima, Peru, confessional católica primeira universidade do continente americano. No mesmo ano, no México, funda-se a Real y Pontifícia Universidade do México, atual Universidade Nacional Autônoma do México. Em 1613, a Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Em 1624 a Universidad Mayor Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca, Bolívia, confessional católica. Na Colômbia em 1653 o Colégio Maior de Nossa Senhora do Rosário, também confessional católica. O ano de 1676 marca a fundação da Universidade de São Carlos da Guatemala. A Universidade Nacional de San Antonio Abad del Cusco, vem à existência em 1692. Na verdade, quase todas as Universidade e Faculdades que se erigiram nas Américas eram confessionais, católica, exatamente como se dava na Espanha, modelo do qual se criou a Universidade na hispanoamérica.

2 O Iluminismo e a Educação nas Américas

Cogito, ergo sum106: essa frase de meados do século XVII era uma tônica do que o Iluminismo representaria para o mundo. A Igreja Romana, do século VI até então reinou absoluta sobre a erudição do planeta, com base nas premissas de Santo Agostinho de Hipona, século V a.D., do mistério (a capacidade parcial do homem chegar a conhecer todas as coisas, por limitação ou impossibilidade), a providência (a vontade não expressa de Deus em curso constante, fora do controle humano) e os preceitos de São Tomás de Aquino, século XIII, de bipartição do mundo (sagrado, a morada divina; mundano aquilo em que o homem vive e modifica) e o speculum (a reflexão das qualidades divinas no homem). A educação durante toda Idade Média e Moderna tinham esses alicerces, de modo que, as Universidades tinham a influência da Igreja, a educação das

[105] TEIXEIRA, Anísio. Valores proclamados e valores reais nas instituições escolares brasileiras. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*. Rio de Janeiro, v.37, n.86, abr./jun. 1962. p.59-79.
[106] DESCARTES, RENÉ. *Discurso do Método.* 3ª. Edição, Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 38.

crianças e jovens, por tutores, normalmente religiosos contratados, tinham a influência da Igreja e os monastérios eram grandes centros de erudição e produção acadêmica.

O Iluminismo é um caldeirão de ideias que tem início em meados do século XVII e ganhará plenitude no século XVIII, mudando radicalmente o modo de o homem ver e lidar com o conhecimento. Todos os pensadores iluministas, direta ou indiretamente, falarão algo que se relaciona à Educação, como Descartes, já mencionado. O mesmo ocorrerá com Voltaire, Spinoza, Kant, Hume, Cláudio Manuel da Costa (nascido no Brasil), Benjamin Franklin (nascido na América Inglesa), Rousseau, Diderot etc. Chama-nos a atenção, porém, a obra de Montesquieu, Do Espírito das Leis[107], publicada originalmente em 1748. No seu livro IV, o autor fala especificamente sobre o espírito das leis que devem reger a Educação nos sistemas de governo que ele aborda: república, monarquia e despotismo.

Montesquieu relembra que as primeiras leis que os humanos recebem são as leis da educação, iniciadas no ambiente familiar. Posteriormente ele define o que diferirá em cada sistema de governo: nas monarquias, cujo propósito é incutir a honra qual princípio motor de vida, a educação intensa de dá mais no âmbito doméstico, sendo a escola uma extensão ou um polimento do que a família fez. Os governos despóticos, que tem como base o medo, cuidarão de domesticar o coração humano, a fim de torná-lo um servo dócil e quieto, não há espaço para que esse pense, fale ou aja demais; requer-se dele a submissão apenas. Por fim, na República, cuja força motriz é a virtude política, não apenas a existência de 'pessoas de bem', mas de pessoas que vivem para o bem comum, da nação, a educação assumirá um papel peremptório: treinar o cidadão para amar antes ao interesse público do que o seu próprio; incutir-lhe que o amor aos interesses da pátria são mais importantes que anseios egoístas; por fim, treiná-lo-á à abnegação e renúncia de suas vontades e desejos para que o bem comum seja posto como mais importante.

A partir de então a concepção de Educação ganha contornos totalmente novos. Ela não pode ser apenas um acessório, deve fazer parte da vida do cidadão. Isso foi bem assimilado pelo mundo daqueles dias, especialmente após a Revolução Francesa (1789-1799), que deram uma demonstração do perigo que é deixar as paixões populares, vorazes e descontroladas, sem a devida Educação, soltas: milhares de mortos, pilhagens e massacres, caos políticos na França. Foi uma hecatombe, mas foi a melhor de todas porque o mundo pós-Revolução Francesa era outro. Grilhões antigos foram rompidos, ideias novas floresceram, liberdades foram asseguradas e, à base do primado da lei, não mais existiam dois tipos de iguais, um plebeu, desprovido de tudo, e o nobre ou alto clérigo recoberto de privilégios. Mas ela trouxe consigo algumas amarras novas: a visão fria de mundo, a concepção crua de humanidade a cegueira das paixões e arrogâncias humanas.

Um dos legados mais fortes do Iluminismo, o primado da lei, trouxe à existência algo que tem relação imediata com a Educação como direito fundamental, humano e subjetivo: as Constituições Nacionais. O propósito básico e precípuo de uma Constituição é organizar politicamente o Estado, dividindo e atribuindo as funções de cada ente que compõe esse Estado, bem como limitando sua ação sobre a vida dos cidadãos da nação. Contudo, a inclusão de alguns direitos básicos dos cidadãos marca uma evolução considerável para as pessoas. O fervilhar das Revoluções Americana, Haitiana e Francesa resultaram em Constituições em diversas nações.

Houve muitas Constituições, mas falaremos apenas das que se relacionam diretamente com o contexto das Américas e suas antigas metrópoles. A Espanha, por exemplo, foi pioneira: a Constituição de Cádiz, de 1812, tem o título IX, que trata nos artigos 366 a 371, sobre a Instrução

[107] MONTESQUIEU, Chales de Secondat. *Do Espírito das Leis.* 2ª. Edição, Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 81-90.

Pública[108]. Em 1818, o Chile, no capítulo III, atribuiu constitucionalmente ao Senado, no artigo 8° a responsabilidade de escolas públicas para formação da juventude[109]. O Brasil Imperial, no artigo 179 da Constituição de 1824, no inciso XXXII garantiu o direito à educação primária a todos os cidadãos[110]. No ano de 1826, Portugal na sua Constituição, Título VIII, versando sobre os direitos civis e políticos dos cidadãos portugueses, no artigo 145, é tido como inviolável, de acordo com o parágrafo 30°, o direito à instrução primária a todos os cidadãos[111]. Por fim, o Uruguai, em 1830, no capítulo II de sua Constituição, artigo 126 trata do direito à educação primária de seus cidadãos[112]. Que esses países ibero-americanos eram bastante peculiares se vê no fato de a Constituição dos Estados Unidos não tratar da matéria, deixando o assunto para cada unidade da federação. A França só menciona a Educação como direito dos cidadãos e dever do Estado com o advento da III República, em 1848.

2.1 O desenrolar da Educação no Cone Sul

Como vimos, as Revoluções Atlânticas produziram uma nova ordem mundial e a necessidade de Educação como direito de todos passou a fazer parte da preocupação dos legisladores. Para tanto, os países no quais nos concentraremos, a saber, Argentina, Brasil, Chile e Uruguai, produziram leis complementares para efetivar o direito à educação. A Argentina produziu uma lei 1.420 de 8 de julho de 1884, dispondo sobre a Educação nas escolas primárias Argentinas; em 1905 a Lei Láinez a substituiu, dando as diretrizes para educação ali. O Chile, em novembro de 1860 produziu a Lei das Escolas Primárias, que foi substituída pela lei 3.654 de 1920. O Uruguai produziu o Decreto para regular a instrução primária em 1848, sendo substituída pela Legislação Escolar de 1874. Todas essas nações, já no século XIX mostraram a preocupação com a regulamentação dos processos envolvidos na instrução de seus cidadãos.

O Brasil, infelizmente, não teve o mesmo esmero. Ainda que a Constituição falasse sobre o direito à educação primária, a lei que trata do assunto não conseguiu abranger todos os aspectos relacionados à educação dos brasileiros. Alguns artigos dela dizem:

> Art. 1º Em *todas as cidades, vilas e lugares mais populosos, haverá as escolas de primeiras letras que forem necessárias*.
> [...]
> Art. 6º Os Professores *ensinarão a ler, escrever as quatro operações de aritmética, pratica de quebrados, decimais e proporções, as noções mais gerais de geometria pratica, a gramática da língua nacional, e os princípios de moral cristã e da doutrina da religião católica e apostólica romana, proporcionando a compreensão dos meninos; preferindo para as leituras a Constituição do Império e a Historia do Brasil.*
> [...]

[108] REINO DA ESPANHA. *Constitución política de la Monarquía Española:* Cádiz, 19 de Marzo de 1812. Disponível em: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000060943&page=1>. Acesso em 9 jan. 2017. (tradução livre)

[109] REPÚBLICA DO CHILE. *Constitución para el Estado de Chile:* Publicado em 10 de agosto de 1818. Disponível em: <https://www.leychile.cl/N?i=1005251&f=1818-08-10&p=>. Acesso em 9 jan. 2017 No(tradução livre)

[110] IMPÉRIO DO BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil:* Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 9 jan. 2017.

[111] REINO DE PORTUGAL. *Carta Constitucional para o Reino de Portugal, Algarves e seus Domínios:* outorgada em 29 de abril de 1826. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso em 9 jan. 2017.

[112] REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAY. *Constitución de 1830:* promulgada em 18 de julho de 1830. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1739/6.pdf>. Acessada em 9 jan. 2017. (tradução livre)

> Art. 11º Haverá escolas de meninas nas cidades e vilas mais populosas, em que os Presidentes em Conselho, *julgarem necessário este estabelecimento.*
> [...]
> Art. 15º Estas escolas serão regidas pelos estatutos atuais no que se não opuserem á presente lei; os castigos serão os praticados *pelo método de Lancaster*[113]. (grifo nosso)

A lei imperial que dispunha sobre a criação das escolas de primeiras letras, embora para o contexto buscasse garantir que os brasileiros tivessem acesso à Educação, não foi clara quanto às situações críticas como: os indígenas, que sempre foram instruídos pelos jesuítas até a expulsão desses pelo Marquês de Pombal em 1759, teriam acesso às escolas de primeiras letras? Os escravos teriam direito a ser educados? Os custos para Educação existiam realmente, como seria financiada? Por que a adoção do método Lancaster?

As respostas nós sabemos: os indígenas eram tidos como selvagens, logo, estavam excluídos da categoria de cidadãos. Os negros eram objetos, não tinham necessidade de educação. Quanto aos poucos que se qualificariam enfrentariam um problema muito sério: não havia pessoas qualificadas para ensinar, razão pela qual o Imperador adotou a pedagogia Lancaster. Esse método trabalhava da seguinte maneira: diante do problema da falta de professores, e da necessidade de ensinar para a massa, a solução veio com o elemento monitor. Estes eram alunos mais adiantados que recebiam, separadamente, orientações de um único professor e depois repassavam para os demais, os mais jovens, em números de dez, os decúrias. Neste processo, um único professor era capaz de lecionar, ao mesmo tempo, para um grupo imenso de alunos. Para que todo o processo funcionasse, o procedimento de estímulo foi superior ao do castigo, instituindo uma nova forma de pensar a disciplina escolar114.

De modo que podemos afirmar que a Educação brasileira, como país autônomo, nasceu falida: sem recursos financeiros e humanos, o que dificultou a existência da escola pública para todos prevista na constituição. Em 1834, para acrescer dificuldades à Educação, o governo da Regência providenciou uma Emenda Constitucional, chamada de Ato Adicional, que transferiu do governo federal para as províncias a administração dos sistemas escolares e a implantação de escolas novas. A consequência foi a estagnação e paralisação do sistema educacional para os pobres ao passo que os ricos continuavam a pagar por tutores qualificados, que os instruíam em seus lares e preparavam-nos para os Estudos na Europa, em Coimbra ou nas Faculdades que já existiam no Brasil, a Real Academia de Artilharia, Fortificação e Desenho, instituição de ensino superior militar, a Faculdade Nacional de Medicina em Salvador, as Faculdades de Direito de São Paulo e Pernambuco e a Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, todas essas criadas no final do século XVIII e durante o século XIX.

Mas uma dinâmica da época da colônia continuou inalterada: os que obtinham acesso aos organismos de educação pública eram pessoas da elite, filhos de fazendeiros, cafeicultores, donos de escravos etc. A população que realmente carecia de instrução pública de qualidade não tinha acesso à mesma, pela mesma razão que perdura até nossos dias: os mais pobres eram obrigados a trabalhar, especialmente os que residiam nas regiões rurais. Os que viviam nas áreas urbanas tinham

---

[113] IMPÉRIO DO BRASIL. *Carta Lei de 15 de outubro de 1827:* Manda criar escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html>. Acesso em 9 jan. 2017.

[114] ARAÚJO, Jefferson Santos. Esboço sobre o surgimento, as características e a implantação do método monitorial/mútuo no Brasil do século XIX. In: *Cadernos da Pedagogia*. São Carlos: Ano 4, v. 4, n. 7, 2010, p. 86-95. Disponível em: <http://www.cadernosdapedagogia.ufscar.br/index.php/cp/article/viewFile/179/105>. Acessado em 9 jan. 2017.

que auxiliar na obtenção de alimentação para suas famílias. Quanto aos excluídos, especialmente os negros, assim permaneceram por muitos anos. Couty, numa viagem ao Brasil em 1881, chegou ao diagnóstico brasileiro: *"O Brasil não tem povo", pois, "em nenhuma parte se acharão massas de eleitores sabendo pensar e votar, capazes de impor ao governo uma direção definida"*[115].

3 O desastre chamado República

O final do século XIX foi uma desgraça para o Brasil: em 1888 o Império decreta a soltura dos escravos, os quais foram, a bem dizer, expulsos pelos seus antigos donos, lançados na miséria, sem possuir nenhum meio de sustentação. Esse processo no Brasil levou, no Rio de Janeiro e grandes cidades, o surgimentos das favelas, nos morros e arredores das cidades, onde estavam os escravos abandonados, alguns dos quais foram obrigados a se lançar na marginalidade com o intuito de obter o sustento. Esse processo caótico trouxe ao seio social milhões de pessoas que, repentinamente, receberam uma pretensa liberdade, mas na maioria absoluta não sabiam ler, escrever. Tudo que sabiam era trabalhar, mas seus senhores recusavam-se a tê-los como empregados, contratando antes os imigrantes europeus que começaram a desembarcar no Brasil em 1870.

A República e sua constituição foi uma coisa asquerosa para Educação brasileira. Sendo a nova forma de governo fruto de um golpe de Estado militar, sua preocupação foi maior em regular a educação das escolas militares do que legislar sobre a educação pública, que prosseguia sob os cuidados, agora dos Estados Federados e sua única preocupação, como lei máxima do país foi se referir ao ensino nos estabelecimentos públicos como leigo (art. 72, par. 6°)116. Numa Emenda Constitucional de 1926, o silêncio foi mantido e somente o mesmo comentário foi realizado. Em suma, o Brasil chegar a ser uma República não trouxe nenhum impacto positivo sobre a Educação do Brasil. Foram as manifestações e manobras da sociedade civil, especialmente dos Educadores brasileiros que forjaram aos poucos a Educação brasileira.

3.1 A regulamentação do sistema educacional brasileiro

Os espaços educacionais dos Brasil republicano eram os mesmos do imperial, incluindo as Escolas Normais, públicas. A primeira e pioneira na América Latina foi a de Niterói de 1830 e outras nove pelo território do império, porém, em províncias destacadamente mais ricas. Tais escolas providenciavam o curso de 1° grau com habilitação para o magistério. Em 1890, já no período republicano, criou-se o *Pedagogium*, no então Distrito Federal, Rio de Janeiro, destinado a funcionar como centro de pesquisas educacionais e museu pedagógico, foi um embrião dos cursos de Pedagogia no Brasil117. O *Pedagogium* foi extinto em 1919, mas as escolas normais ou o curso

---

[115] COUTY, Louis. *L'esclavage au Brésil.* Paris: Librairie de Guillaumin, 1881, p. 87. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k552629/f6.item>. Acesso em 9 jan. 2017 (tradução livre)

[116] BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:* promulgada em 24/2/1891. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acessado em 7 jan. 2017.

[117] Ibidem. ROMANELLI, p. 167, 168.

normal, sofrendo alterações conforme o tempo, duraram até a promulgação da segunda LDB brasileira em 1996, que instituiu como requisito mínimo o ensino superior (licenciatura) para o exercício do magistério. A ação da República Velha quanto à Educação foi muito tímida, quase nula.

Em 1924, Educadores brasileiros começam a se mobilizar, inspirados pelo espírito renovador. Mesmo antes, havia ações isoladas que intentavam sensibilizar o poder público para criação de políticas públicas para área da Educação no Brasil. Nesse ano fundou-se a Associação Brasileira de Educação, que será um impulso ao clamor por mudanças dos educadores, inspirados no movimento escolarnovista que estava em seu auge mundo afora. A Escola Nova propunha o espaço escolar, não apenas como transmissão de conteúdo propedêutico, mas essa como mecanismo de interação entre educador, educando e a proposta de novos métodos educacionais, no qual o educando seria o protagonista do processo de aprendizagem. Agora a educação receberia a análise sob dois enfoques novos: o aspecto psicológico e o aspecto sociológico118.

Apenas com o golpe de Estado de 1930 e ascensão de Getúlio Vargas ao poder, é que a Educação receberá atenção do governo federal. Contudo, não pelos nobres motivos de atender às demandas educacionais brasileiras. O propósito imediato era atender às necessidades do país. A guerra de 1914-1918 e a quebra da bolsa de Nova York em 1929, geraram para o Brasil uma realidade nova no contexto mundial. A guerra, levou as nações industrializadas a se fecharem para exportações e concentrarem suas indústrias na produção de material bélico. O Brasil que até então era importador de quase todos os seus produtos de uso diário, entra no processo de substituição das importações e começa a criar o embrião da indústria nacional. A crise do café, devido à quebra da bolsa de Nova York, levou o Brasil, essencialmente agrícola, a rever seu modelo de produção, iniciando seu processo tardio de industrialização pesada. Havia, contudo, um problema sério: não havia trabalhadores qualificados, faltava mão de obra para nascente indústria brasileira. É por essa razão que o ilegítimo governo Vargas (1930-1932) passa a atentar para necessidade de se regular a Educação.

A grande reformulação, na verdade, foi quanto ao ensino secundário. Apenas para nos situar, a estrutura de então era o curso primário de quatro anos, garantido pela Constituição desde 1824 e, na medida do possível, fornecido à população que dispusesse de recursos para tal e o secundário, que abrangeria o que hoje conhecemos como Fundamental II e Médio. Campos organizou o ensino secundário, estabeleceu um currículo seriado, instituiu a frequência obrigatória, dividiu em dois ciclos, um fundamental e um complementar e a exigência de conclusão com aprovação nesse para ingresso ao Superior. Também equiparou todos os estabelecimentos de ensino secundário ao padrão do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro e institui as inspeções federais, bem como normas para admissão de docentes, bem como criou a carreira do Inspetor Escolar (atualmente Supervisor Escolar ou Educacional)119.

Por esse motivo, em 1932, os 26 educadores pioneiros do Brasil lançaram o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, em defesa, acima de tudo, da educação pública, gratuita, de qualidade e para todos os brasileiros e brasileira. Seu manifesto, em parte dizia:

> [...]
> Em nosso regime político, o Estado não poderá, decerto, impedir que, graças à organização de escolas privadas de tipos diferentes, as classes mais privilegiadas assegurem a seus filhos uma educação de classe determinada;

[118] Idem, p. 129-131.
[119] Idem, p. 136, 137.

> mas *está no dever indeclinável de não admitir, dentro do sistema escolar do Estado, quaisquer classes ou escolas, a que só tenha acesso uma minoria, por um privilégio exclusivamente econômico.* [...] para ramificações posteriores em vista de destinos diversos, mas *antes como a escola oficial, única, em que todas as crianças, de 7 a 15 anos, todas ao menos que, nessa idade, sejam confiadas pelos pais à escola pública, tenham uma educação comum, igual para todos*[120]. (grifos nossos)
> [...]

Não obstante o Manifesto expusesse as chagas do sistema educacional que, incluindo a reforma de Campos criara uma dualidade do ensino, sendo o primário profissionalizante para pobres e o ensino secundário e superior para ricos, ainda que suas observações fossem acertadas quanto à participação ativa do Estado em promover essa dualidade no sistema educacional, especialmente após a Reforma Campos, mesmo sendo a sua proposta de educação ampla e de qualidade para todos os cidadãos e cidadãs corretas, sua única conquista durou três anos. A elaboração da Constituição de 1934 tinha, no Título V, capítulo II, Da Educação e da Cultura, além de outros três artigos específico (art. 5°, inciso XIV, Art. 121, alínea "j", par. 4° e Art. 138, alínea "b")[121], isso foi uma conquista do Manifesto. Porém, em 1937, a conquista foi derrotada pelo Estado Novo e sua nova Constituição, de 1937.

Capanema promoveu a solução dos sonhos: fez do sistema educacional uma fábrica de mão de obra barata, composta pelos pobres, é claro, e manteve o ensino superior e de qualidade disponível à oligarquia, falida, mas ainda extremamente influente. A partir de 1942, começaram a ser promulgadas, por iniciativa de Capanema, as leis orgânicas do ensino, reformando vários ramos do ensino médio. Em relação ao ensino técnico-profissional, foram instituídas a Lei Orgânica do *Ensino Industrial*, em 30 de janeiro de 1942, e a Lei Orgânica do *Ensino Comercial*, em 28 de dezembro de 1943. Entretanto, como o governo não possuía a infraestrutura necessária à implantação em larga escala do ensino profissional, recorreu-se à criação de um sistema de ensino paralelo, em convênio com as indústrias, através de seu órgão máximo de representação, a Confederação Nacional da Indústria (CNI). Em 22 de janeiro de 1942, criou-se então o Serviço Nacional de Aprendizagem dos Industriários, mais tarde Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), organizado e dirigido pela CNI e mantido pela contribuição dos estabelecimentos industriais a ela filiados. Como escola-padrão do ensino industrial, foi inaugurada em maio de 1942 a Escola Técnica Nacional, no Rio de Janeiro, dirigida inicialmente por uma equipe de professores suíços.

Em 9 de abril de 1942, foi promulgada a Lei Orgânica do Ensino Secundário, instituindo um primeiro ciclo de quatro anos de duração, denominado ginasial, e um segundo ciclo de três anos, que podia ser o curso clássico ou o científico. Assim, este último ciclo, que na reforma Francisco Campos apresentava três opções, passou a ter apenas duas. Os novos currículos estabelecidos pela lei demonstravam, segundo Romanelli, uma "preocupação excessivamente enciclopédica e a predominância das matérias de cultura geral e humanística". Por influência da Segunda Guerra Mundial, a lei instituiu a educação militar para os alunos do sexo masculino, com diretrizes pedagógicas fixadas pelo Ministério da Guerra. Reafirmou a educação religiosa facultativa, a educação moral e cívica como matéria obrigatória e a limitação às escolas mistas, recomendando

---

[120] AZEVEDO, Fernando de. *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova.* Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4707.pdf>. Acesso em 10 jan. 2017, p. 40, 44.

[121] BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10 jan. 2017.

que a educação secundária da mulher se fizesse em estabelecimento de frequência exclusivamente feminina[122].

A Lei Orgânica do Ensino Secundário, também conhecida como Reforma Capanema, permaneceu em vigor até a aprovação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), em 1961. A lei 4.024/1961 foi, por incrível que pareça, a primeira lei específica de diretrizes para educação. Mas como o Brasil é escravizado às elites, de maneira inseparável e inexplicável, conseguiram incluir na LDB de 1961, uma aberração, incompreensível, algo que foge à compreensão quando se pensa numa país carente de políticas públicas para educação pública:

> Art. 1º A educação nacional, inspirada nos *princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana* [...].
> Art. 2º A educação *é direito de todos* e será dada no lar e na escola.
> Parágrafo único*: À família cabe escolher o gênero de educação* que deve dar a seus filhos.
> [...]
> Art. 95. A *União dispensará a sua cooperação financeira ao ensino sob a forma de*:
> a) subvenção, de acordo com as leis especiais em vigor;
> b) assistência técnica, mediante convênio visando ao aperfeiçoamento do magistério à pesquisa pedagógica e à promoção de congressos e seminários;
> c) *financiamento a estabelecimentos mantidos pelos Estados, municípios* ***ou particulares***, para a compra, construção ou reforma de prédios escolares e respectivas instalações e equipamentos de acordo com as leis especiais em vigor[123]. (grifos nossos)
> [...]

Por bizarro que pareça, o Congresso Nacional, que deveria representar o povo, produziu a LDB das elites. Incluíram na lei que deveria democratizar a educação pública, gratuita e de qualidade, a obrigação do Estado subvencionar estabelecimentos particulares de ensino. Ali foi decretada a falência da escola pública e criada a dualidade da *qualidade* de ensino: o ensino privado, normalmente institutos religiosos com séculos de tradição pedagógica *versus* a sofrida escola pública. Se antes o problema de acesso à escola tinha o caráter excludente no sujeito de direito, o estudante, agora o governo criou um critério excludente no objeto de direito, a escola: a privada para os filhos das elites, custeada com verba pública, e a 'escola dos outros', pública sem recursos suficientes para prover ensino de qualidade aos estudantes. Nesse ponto chegamos ao que Darcy Ribeiro disse em 1977: o que o país chamava de crise na Educação, foi na verdade um projeto legalmente planejado, com o intuito de alienar a escola pública e seus discentes da participação na riqueza nacional.

---

[122] Ibidem. ROMANELLI, pp. 157-163.

[123] BRASIL. *Lei 4.024 de 20 de dezembro de 1961:* Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em:<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 10 jan. 2017.

4 Conclusão

Evidentemente que poderíamos discorrer muitas laudas acerca desse tema tão precioso. Porém, o que queríamos entender era por quê e quando iniciava o projeto de destruição da escola pública mencionado por Darcy Ribeiro. Em 1984, dando continuidade aos seus estudos Ribeiro publicou o livro Nossa Escola é uma calamidade, na qual ele menciona como a escola tornou-se um mecanismo de exclusão social, marginalizando especialmente as minorias sociais, que são presentes em maior número na população e privilegiando uma ínfima quantidade de pessoas que detêm o poder econômico e político e do qual não abrem mão para compartilhar. Paulo Freire, um Educador da época de 1961, em seu livro Pedagogia do Oprimido (1974) expôs a situação brasileira: "Estes, que oprimem, exploram e violentam, em razão do seu poder, não podem ter, neste poder, a força de libertação dos oprimidos e de si mesmos"[124].

Em 1996, após um longo processo de negociação, o Brasil conseguiu uma LDB abrangente e revolucionária. Porém, fomos golpeados por problemas muito sérios, obras do acaso: o relator da lei, Darcy Ribeiro, a melhor pessoa para doutrinar a respeito, morreu dois meses depois. Uma alternativa para ajudar nos esclarecimentos sobre a LDB, Paulo Freire, morreu cerca de cinco meses após a promulgação. O resultado foi a perda da ligação entre os educadores da nova geração com a geração que viveu o contexto de 1961, mais, dos que conviveram com os Educadores da Educação Nova como Fernando de Azevedo e Anísio Teixeira. É muito estranho, mas a verdade é que, em termos de legislação, tínhamos em 1996 uma lei nova, arrojada e pessoas que não souberam operá-la. A prova disso foi i atraso em se implementar os muitos avanços previstos naquele diploma.

Após a LDB de 1961, que condenou a escola pública à penumbra, chegou, como mencionamos a Ditadura civil-militar que desmantelou completamente o sistema, especialmente após os criminosos acordos MEC-USAID. O resultado desse 'acordo' de submissão foi a extinção de disciplinas de desenvolvimento do raciocínio crítico como Filosofia, Educação Política, Latim e Sociologia e a exaltação da Educação Moral e Cívica, bem como uma distorção da OSPB (Organização Social e Política Brasileira), nos moldes do regime e para adestrar as pessoas para submissão passiva à ditadura. Moreira Alves, sobre isso denunciou: "É evidente que os propósitos de independência do Brasil conflitam com os interesses diretos dos Estados Unidos. [...] A educação é um instrumento de independência [...]"[125].

Assim sendo, o que vemos hoje na Educação brasileira, apesar de termos universalizado a educação fundamental, com taxa de matrícula em torno de 95%, ainda enfrentamos o problema da educação infantil, que atende apenas 24,6% das crianças até 3 anos; cerca de 18% não acessam à educação infantil; no ensino fundamental, cerca de 15% são reprovados nos no terceiro e do quinto ao nono anos; enquanto as salas de ensino fundamental, em média, têm 20 estudantes, no ensino médio o número é de 32, chegando a 50, dependendo da localização da escola[126]. Embora o Brasil em 2015 tenha sancionado a Lei 13.005 sobre o Plano Nacional de Educação (PNE), como sempre com metas ambiciosas, não age em conformidade com suas metas.

O fato é que o Brasil tem uma habilidade retórica excepcional: produzimos uma série de leis, decretos e emendas constitucionais para resguardar a Educação, mas não conseguimos livrá-la

---

[124] FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido.* 54ª. Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2013, p. 41.

[125] ALVES, Márcio Moreira. *Beabá dos MEC-USAID.* Rio de Janeiro: Edições Gernasa, 1968, p. 23

[126] MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO/INEP. *Censo escolar 2015:* Notas estatísticas. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=36521-apresentacao-censo-escolar-divulgacao-22032016-pdf&Itemid=30192>. Acesso em 10 jan. 2017.

dos seus grandes inimigos: as pessoas que esperam manter a população em ignorância controlada: podem saber, mas não o necessário; precisam aprender, mas somente o básico; devem ser inseridas, mas jamais incluídas. O fato é que se não passarmos ao exercício, especialmente no Direito, da dialética, sempre seremos o país que cria leis, promulga leis, mas não produz justiça ou benefícios às massas. Perpetuaremos a triste realidade brasileira quanto à lei: ela serve a poucos, normalmente aos que podem pagar para acessar ao Judiciário por meio dos profissionais habilitados para tal. Enquanto isso, as multidões das periferias, dos interiores e pobres, especialmente negros, mulheres e indígenas dos rincões brasileiros, multidões minorizadas (não existem minorias, especialmente ao falarmos de negros e mulheres que são maiorias da população; porém, tendo seus direitos negados, essas populações são minorizadas pela sociedade e pelo Estado), continuarão aquém dos benefícios da Educação.

Em 2015 o FUNDEB (Fundo Nacional da Educação Básica) determinou gasto anual por estudante de R$ 2.545,31[127]. Enquanto isso o **CAQi (Custo Aluno-Qualidade inicial), um mecanismo criado pela Campanha Nacional pelo Direito à Educação**. Ele traduz em valores o quanto o Brasil precisa investir por aluno ao ano, em cada etapa e modalidade da educação básica pública, para garantir, ao menos, um padrão mínimo de qualidade do ensino recomendado era de R$ 5.499,02[128]. Para agravar o quadro, no final de 2016 foi aprovada a PEC 55 que congelará gastos e, por tabela, investimentos do governo federal pelos próximos 20 anos, sem que se tenha feito qualquer ressalva quanto aos investimentos em Educação. Adicionalmente, por Medida Provisória (746), o governo federal, num paradoxo, altera a estrutura do Ensino Médio, cuja evasão chega a 17%, intencionando torná-lo fragmentado e integral, ou seja, a duas principais razões da evasão, desinteresse acadêmico e necessidade de trabalho, agora tornam-se institucionais. É, como disse Ribeiro, um projeto para manter pobres, negros e diversas minorias alienadas da escola. Não temos uma crise educacional, temos um projeto de educação que é desenhado para ampliar a exclusão social.

A conclusão a que chegamos é que o problema na Educação brasileira é antigo, desde que foi invadido pelos portugueses, e que esse problema segue o mesmo procedimento metódico desde a Colônia: a educação de qualidade é um direito assegurado aos que podem pagar por ela. Aos demais, iguais, porém diferentes, restam as migalhas de um sistema público em ruínas, destruído por um projeto pernicioso de governo que calculadamente transformou a escola pública num depósito de pessoas, sem funcionalidade social ou cidadã. A conta a pagar já está à disposição: a quarta maior população carcerária do planeta, com o custo por pessoa em detenção de aproximadamente R$ 40.000,00/ano. Sem dúvidas, uma clara demonstração de quão caro está custando o projeto mencionado por Darcy Ribeiro. Estamos perdendo preciosos recursos humanos para o tráfico, para o crime e para alienação social, não porque essas pessoas assim desejaram, mas porque criamos o sistema ideal para que elas sejam ejetadas como meros objetos da sociedade em que vivemos.

Referências

ALVES, Márcio Moreira. *Beabá dos MEC-USAID.* Rio de Janeiro: Edições Gernasa, 1968.

[127] BRASIL. *Diário Oficial da União*. Número 212, edição de 6/11/2015, p. 11.

[128] CAMPANHA NACIONAL EDUCAÇÃO. *Valores de referência para o CAQi para etapas e modalidades do FUNDEB 2015.* Disponível em: <http://www.custoalunoqualidade.org.br/pdf/CAQi-Campanha-CNE-2015.pdf>. Acessado em 10 jan. 2017.

ARAÚJO, Jefferson Santos. Esboço sobre o surgimento, as características e a implantação do método monitorial/mútuo no Brasil do século XIX. In: *Cadernos da Pedagogia*. São Carlos: Ano 4, v. 4, n. 7, 2010, p. 86-95. Disponível em: <http://www.cadernosdapedagogia.ufscar.br/index.php/cp/article/viewFile/179/105>.

AZEVEDO, Fernando de. *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova.* Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me4707.pdf>.

BIBLIOTECA NACIONAL. *Carta de Pero Vaz de Caminha a El-Rey de Portugal*. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_manuscritos/mss1277755/mss1277755.pdf>.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:* promulgada em 24/2/1891. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>.

_____. *Diário Oficial da União*. Número 212, edição de 6/11/2015.

_____. *Lei 4.024 de 20 de dezembro de 1961:* Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4024-20-dezembro-1961-353722-publicacaooriginal-1-pl.html>.

CAMPANHA NACIONAL EDUCAÇÃO. *Valores de referência para o CAQi para etapas e modalidades do FUNDEB 2015.* Disponível em: <http://www.custoalunoqualidade.org.br/pdf/CAQi-Campanha-CNE-2015.pdf>.

COUTY, Louis. *L'esclavage au Brésil.* Paris: Librairie de Guillaumin, 1881. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k552629/f6.item>. (tradução livre)

DESCARTES, RENÉ. *Discurso do Método.* 3ª. Edição, Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRANCA, Leonel. *O método pedagógico dos jesuítas*. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido.* 54ª. Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

IMPÉRIO DO BRASIL. *Carta Lei de 15 de outubro de 1827:* Manda criar escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do Império. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html>.

_____. *Constituição Política do Império do Brasil:* Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

JAMES, Ciryl Lionel Robert. *Os Jacobinos negros:* Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. Trad. Afonso Teixeira Filho. São Paulo: Boitempo, 2000.

LIRA, Alexandre Tavares do Nascimento. Reflexão sobre a legislação de educação durante a ditadura militar (1964-1985). *Revista Histórica,* edição 36, número 2009. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao36/materia01/>.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO/INEP. *Censo escolar 2015:* Notas estatísticas. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=36521-apresentacao-censo-escolar-divulgacao-22032016-pdf&Itemid=30192>.

MONTESQUIEU, Chales de Secondat. *Do Espírito das Leis.* 2ª. Edição, Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

REINO DA ESPANHA. *Constitución política de la Monarquía Española:* Cádiz, 19 de Marzo de 1812. Disponível em: <http://bdh-rd.bne.es/viewer.vm?id=0000060943&page=1>. (tradução livre)

REINO DE PORTUGAL. *Carta Constitucional para o Reino de Portugal, Algarves e seus Domínios:* outorgada em 29 de abril de 1826. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>.

REPÚBLICA DO CHILE. *Constitución para el Estado de Chile:* Publicado em 10 de agosto de 1818. Disponível em: <https://www.leychile.cl/N?i=1005251&f=1818-08-10&p=>. (tradução livre)

REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAY. *Constitución de 1830:* promulgada em 18 de julho de 1830. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1739/6.pdf>. Acessada em 9/1/2017. (tradução livre)

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da Eduação no Brasil.* 39ª. Edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

SAVIANI, Dermeval. *História das ideias pedagógicas no Brasil*. 2ª. Ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2008.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES DO ARQUIVO NACIONAL. *Regimento de 17 de dezembro de 1548, Governador Geral do Estado do Brasil.* Disponível em: <http://sian.an.gov.br/sianex/Consulta/Pesquisa_Mapa_Livre_Painel_Resultado.asp?v_orgao_id=8757&v_CodigoOrgao=128%20-%20%20-%20governador-geral%20do%20estado%20do%20brasil&v_aba=1>.

TEIXEIRA, Anísio. Valores proclamados e valores reais nas instituições escolares brasileiras. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*. Rio de Janeiro, v.37, n.86, abr./jun. 1962.

UNESCO. *Situación educativa de América Latina y el Caribe:* Hacia la educación de calidad para todos al 2015. Oficina Regional de Educación para América Latina y el Caribe. Santiago, Chile: Ediciones del Imbunche, 2013.

A UNIVERSIDADE E A GLOBALIZAÇÃO SOB O ENFOQUE DA IDEOLOGIZAÇÃO

Daniela Arnold Mader,
mestranda do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico –
Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC,
daniela@mader.com.br.

Resumo:

Neste artigo propõe-se compreender a atuação das instituições de educação superior diante da globalização econômica por meio do pensamento de Álvaro Vieira Pinto no que diz respeito à ideologização da técnica. Busca-se, para tanto, resgatar as classificações das instituições de educação superior, bem como sintetizar aspectos do pensamento de Álvaro Vieira Pinto sobre a ideologização da tecnologia, explanar sobre o funcionamento das políticas públicas como técnica, e por fim, analisar a influência da globalização econômica nas universidades. Este trabalho de abordagem qualitativa foi realizado por meio de uma revisão bibliográfica, objetivando refletir sobre a universidade pelo viés da tecnologia como ideologia em um mundo globalizado. O estudo teve como ponto de partida a seguinte questão: De que modo o papel das universidades brasileiras foi afetado pela globalização econômica voltada aos interesses do capital? Constata-se que a universidade aos poucos perde a sua autonomia de pensamento e a sua reflexão crítica para ceder espaço à produção de conhecimento destinada a gerar informação para o capital financeiro que impõe suas necessidades e sua lógica. A globalização liderada pelos países avançados afeta diretamente as universidades brasileiras que tornam-se meras transmissoras de conhecimento em prol do capital financeiro.

Palavras-chave: Universidade. Tecnologia. Políticas Públicas. Globalização.

Abstract:

This article proposes to understand the performance of higher education institutions in the face of economic globalization through the thinking of Álvaro Vieira Pinto regarding the ideologization of the technique. In order to do so, it seeks to recover the classifications of institutions of higher education, as well as synthesize aspects of Álvaro Vieira Pinto's thinking about the ideologization of technology, explain the functioning of public policies as a technique, and finally, analyze the influence of Economic globalization in universities. This work of qualitative approach was carried out through a bibliographical review, aiming to reflect on the university through the technology bias as ideology in a globalized world. The study had as a starting point the following question: How has the role of Brazilian universities been affected by the economic globalization focused on the interests of capital? It was found that the globalization led by the advanced countries directly affects the Brazilian universities that become mere transmitters of knowledge in favor of financial capital.

Keywords: University. Technology. Public Policy. Globalization

1 Introdução

Este estudo aborda como temática a atuação das instituições de educação superior diante da globalização econômica por meio do pensamento de Álvaro Vieira Pinto no que diz respeito à ideologização da técnica.

Com o propósito de facilitar o entendimento será disposta uma breve classificação das instituições de educação superior quanto aos aspectos da organização acadêmicas e suas respectivas instituições, bem como quanto às suas categorias administrativas, segundo a Lei de Diretrizes e Bases (LDB).

A tecnologia como ideologia a partir de Álvaro Vieira Pinto será evidenciada por meio de sua obra *O Conceito de Tecnologia, capítulo IV do volume I* (2005), demonstrando como toda tecnologia expressa uma ideologia dominadora que interfere no âmbito das relações sociais de forma a naturalizar os acontecimentos.

Noções de política pública também se fazem relevantes no presente estudo, a fim de possibilitar perceber a atuação do Estado na elaboração de tais políticas, que num jogo de forças com a sociedade civil e demais atores, deve tomar de decisões, formular a política em si e implementá-la, para posteriormente avaliar a sua eficiência. Em todos esses atos transparecem a intenção política defendida pelo Estado de acordo com a sua concepção.

Este estudo trata-se de uma revisão bibliográfica com abordagem qualitativa com intuito de alcançar o objetivo de refletir sobre a universidade pelo viés da tecnologia como ideologia em um mundo globalizado. Para tanto, questiona-se: de que modo o papel das universidades brasileiras foi afetado pela globalização econômica voltada aos interesses do capital?

Este trabalho foi estruturado em seis partes. Na primeira (introdução) foi contextualizado brevemente os aspectos que contemplam a temática em análise. Na segunda parte foi apresentado as classificações das instituições de educação superior e tratado aspectos da universidade. Na terceira foi sintetizado aspectos do pensamento de Álvaro Vieira Pinto sobre a ideologização da tecnologia. Na quarta parte há considerações sobre políticas públicas. Na quinta parte foi disposto sobre a influência da globalização econômica nas universidades. E, na última parte, foi constatado que a globalização liderada pelos países avançados afeta diretamente as universidades brasileiras que tornam-se meras transmissoras de conhecimento em prol do capital financeiro.

2 As Instituições de Educação Superior

Para colaborar na compreensão dessa reflexão, se faz pertinente um breve apanhado sobre as instituições de ensino superior existentes no país, especialmente no tocante à universidade.

As instituições de ensino superior podem ser classificadas sob os aspectos da organização acadêmica, quais sejam: universidade, centro universitário e faculdade; ou ainda, sob o aspecto de categoria administrativa, inerente às suas mantenedoras, que subdivide-se em públicas (federais, estaduais ou municipais) ou privadas, sem fins lucrativos (comunitárias, confessionais e filantrópicas) e com fins lucrativos (particulares) (NUNES, 2007).

Ainda quanto à organização acadêmica, as universidades compreendem as instituições que executam ensino, pesquisa e extensão (serviços ou atendimentos à comunidade) em várias áreas do saber, com extenso programa de pós- graduação e que possuem um corpo docente de pelo menos

um terço com mestrado e doutorado, além de professores contratados em período integral na mesma proporção mínima, conforme artigo 52 da Lei de Diretrizes e Bases (BRASIL, 1996). Já os centros universitários possuem menos exigências com os programas de pós-graduação e determinam que apenas um quinto dos seus professores sejam contratados em tempo integral, enquanto as faculdades atuam em pequenas áreas do saber com menores exigências na qualificação do corpo docente (VEIGA et al, 2012).

No que se refere à categoria administrativa, nos ditames da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) sob n. 9.394/1996, as instituições privadas de ensino são assim compreendidas: (a) particulares: com fins lucrativos e com recurso financeiro advindo das mensalidades; (b) comunitárias: sem fins lucrativos, com recurso financeiro advindo de mensalidades que devem ser revertidas integralmente na educação e com a obrigação de prestar contas ao Poder Público sobre os recursos recebidos; (c) confessionais: sem fins lucrativos e denominadas por uma orientação religiosa, com todos os recursos revertidos em investimentos com a educação, devendo ser prestado contas ao Poder Público dos recursos recebidos; e (d) filantrópicas: sem fins lucrativos, com disponibilidade de serviços gratuitos à população, cuja principal fonte de recursos financeiros provém de mensalidades pagas pelos acadêmicos e também possui a obrigação de prestar contas ao Poder Público (BRASIL, 1996).

As instituições de ensino superior públicas foram as primeiras a surgirem nos grandes centros e capitais do país na primeira metade do século XX. Durante a década de 1980 ocorreu uma desaceleração da expansão da educação superior em razão da estagnação econômica em todo país e a consequente crise financeira (CORBUCCI, 2004). O Governo Federal, que já não conseguia oferecer vagas suficientes nas instituições de ensino público, passou a autorizar a criação de novas instituições de ensino pelas organizações da sociedade civil, a fim de suprir a demanda por conhecimento e pela especialização dos cidadãos. A partir de 1990 com a predominância da política neoliberal, a educação superior pública passa a sofrer com os drásticos cortes orçamentários do Governo que deixa de expandir o ensino público e dificulta drasticamente a manutenção das universidades federais (CORBUCCI, 2004).

Num primeiro momento o crescimento do setor privado ocorreu como um modo de suplementar o setor público, razão pelas quais muitas das instituições privadas não eram universitárias, localizavam-se em regiões onde não havia instituições públicas e os cursos e as vagas disponíveis visavam atender o público que por inúmeras razões não conseguiam se beneficiar do ensino público (NUNES, 2007).

A significativa expansão da educação superior por meio do setor privado se deu realmente após a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) sob n. 9.394/1996, com o advento das instituições de ensino que não são universidades, especialmente os centros universitários. Contudo, a Constituição Federal de 1988 já apregoava a expansão da educação superior por meio da iniciativa privada, conforme dispõe o seu artigo 209.

Quanto a universidade, o artigo 43 da Lei de Diretrizes e Bases (LDB) indica que a sua finalidade está na formação do estudante de graduação, seja por intermédio da cultura, do desenvolvimento do espírito científico e da reflexão. Dispõe também da relevância do graduado no desenvolvimento da sociedade brasileira e do uso da pesquisa e da investigação científica como um meio do homem compreender-se a si mesmo e o mundo em que vive, para posteriormente transmitir conhecimento (BRASIL, 1996).

Resta evidente a função social da universidade como promotora da autonomia de pensamento e da reflexão crítica na formação dos estudantes (BRIDI, 2004), deixando de atuar

apenas como mera reprodutora de conhecimento e passando a agir também como criadora da própria ciência por meio do desenvolvimento da pesquisa.

A Lei da Reforma Universitária de 1968, sob n. 5.540/68, instituída no período de ditadura militar, dispõe no seu artigo 2° sobre a indissociabilidade do ensino e da pesquisa no ensino superior, o que igualmente o fez a democrática Constituição Federal proclamada em 1988, que estabelece no seu artigo 207 que "as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão" (BRASIL, 1988), respaldando, assim, normativamente a atividade da iniciação científica.

A indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão não é mera formalidade dentro da função social da universidade. De fato deve ocorrer para gerar qualidade e autonomia na educação superior, aproximando universidade e sociedade, limitando a interferência do mercado, sem perder a auto-reflexão crítica.

No tópico seguinte serão expostas algumas considerações relevantes sobre tecnologia como ideologia desenvolvida por ÁlvaroVieira Pinto.

3 A Tecnologia como Ideologia

Álvaro Vieira Pinto foi um filósofo brasileiro do século XX, que em sua obra *O Conceito de Tecnologia* tratou intensamente do tema, especialmente da ideologização da tecnologia, a qual pretende-se refletir neste trabalho. O autor era um dos membros do ISEB – Instituto Superior de Estudos Brasileiros, em 1956, e defendia as estratégias autônomas de desenvolvimento econômico, por meio de alternativas nacionalistas, razão pela qual criticava as estratégicas de dominação das grandes potências estrangeiras.

A tecnologia segundo Álvaro Vieira Pinto pode ser definida sob vários aspectos. Por ora, o que nos interessa é a tecnologia vista como um discurso ideológico que influencia a formação de sujeitos históricos na esfera das relações sociais.

A tecnologia enquanto ciência da técnica pode servir como instrumento de dominação que enxerga o indivíduo como instrumento de manipulação diante da concepção histórica. Além da finalidade da técnica em si, há também outros elementos propositalmente elaborados que permeiam a tecnologia com o intuito de alienar uma sociedade.

O autor dispõe da tecnologia ideológica pelo viés das nações desenvolvidas e subdesenvolvidas a fim de delinear o domínio das primeiras sobre as segundas e a alienação e dependência destas.

Nas palavras de Álvaro Vieira Pinto (2005, p.260) "a dominação é sempre determinada por um motivo econômico, e por isso toda manifestação dela, principalmente a política, exprime o afã de captura de recursos, com o fim de garantir o prolongamento do poderio do centro metropolitano".

Também preconiza que não há como se falar em criação de técnicas considerando apenas o propósito particular do seu criador, uma vez que tal propósito sempre estará permeado pelas relações do meio social em determinado momento, razão pela qual "nenhuma tecnologia antecipa-se à sua época, ou a ultrapassa, mas nasce e declina com ela, porque exprime e satisfaz as carências que a sociedade sentia em determinada fase de existência" (PINTO, 2005, p. 284).

Dado que a tecnologia emergida reflete as exigências sociais percebidas por uma sociedade, pode-se dizer que a técnica é um fator de transformação social, e que só é produzida por causa da cultura acumulada de determinada sociedade, que "inventa, na pessoa de seus sábios, as técnicas possíveis a cada momento e as aplica" (PINTO, 2005, p. 285), daí dizer que a tecnologia não é fruto exclusivo de um indivíduo isolado.

A existente desigualdade no desenvolvimento tecnológico das nações, advinda das diferentes necessidades sociais que se possui, faz com que nações desenvolvidas dominem nações subdesenvolvidas e dependentes por meio da tecnologia criada e exportada pelas primeiras às segundas. Por esse motivo fala-se em alienação de países subdesenvolvidos advinda da dominação de países desenvolvidos que manipulam as sociedades atrasadas por meio dos pensamentos históricos.

Essa manipulação feita pelos países desenvolvidos, por meio da exaltação da sua tecnologia, nada mais é que a ideologização a que se refere o autor.

> A falácia mais eficiente da nação dominadora consiste em absolutizar a tecnologia que possui, excluindo-a da história, como se não lhe tivesse custado penoso processo de acumulação de trabalho das suas massas e de espoliação externa, e não sofresse a ação do tempo, que necessariamente a fará declinar. Importa-lhe no momento exibir-se aos olhos dos povos pobres no papel de valor absoluto e paradigma imutável. Com isso, consegue, pela fascinação ideológica aliada à pressão dos interesses materiais, a subordinação do país subdesenvolvido. (PINTO, 2005, p. 289)

As próprias denominações de países desenvolvido e subdesenvolvido foram formuladas pelos primeiros, países supostamente superiores, para ilustrar o suposto atraso e dependência dos demais. Denominações essas ideologicamente construídas com intento de interiorizar como verdade o aspecto de inferioridade nas nações dominadas e alienadas.

Essas nações que se dizem superiores acreditam que somente elas têm condições de formular a teoria da tecnologia e que os países periféricos subdesenvolvidos jamais poderiam dessa forma atuar. Nas palavras de Álvaro Vieira Pinto (2005, p.320)

> Apodera-se confessadamente do direito de constituir a tecnologia em ideologia, que lhe servirá para atender a dois tipos de exigências, as internas, visando à santificação moral dos processos adotados e à conquista da cumplicidade da massa nacional que explora; e as externas. Resumidas em fazer da tecnologia a forma atualmente mais eficaz de instrumento de dominação.

A desigualdade no desenvolvimento tecnológico demonstra as diversas facetas que a tecnologia possui, as quais não são empregadas de forma equivalente entre as sociedades, variando sua aplicação quanto ao conteúdo e ao pensamento. Dado isso, diz-se que a teoria da tecnologia não é uniforme.

A tecnologia como a ciência da técnica juntamente ao meio social que a suplica resulta na sua prática, e essa "prática da técnica conduz à modificação das ideias, podendo alterar as existentes, anulá-las ou introduzir outras novas" (PINTO, 2005, p.321), estabelecendo-se, assim, o fundamento do caráter ideológico da tecnologia pelo exercício social da técnica.

A tecnologia utilizada propositalmente como instrumento de dominação pode ocorrer por meio da exportação da técnica que verifica-se quando o país, dito avançado, dispõe da técnica ao país atrasado antes que este obtenha consciência de si e a desenvolva por si mesmo. Resta

evidenciada a dominação dos subdesenvolvidos quando impedidos de criar sua invenção técnica acompanhada, consequentemente, de sua percepção ideológica.

A proposta de Álvaro Vieira Pinto é sugerir aos países subordinados, por meios dos seus técnicos qualificados, que imponham as suas condições técnicas e que façam prevalecer a própria história da nação, com a decorrente e necessária visão de si, para, só então elaborar ideologicamente a sua concepção de tecnologia e utilizá-la da forma que melhor lhe couber.

No tópico seguinte serão expostas algumas considerações relevantes sobre a sistemática das políticas públicas para maior compreensão da atuação do Estado.

4 Considerações sobre Políticas Públicas

Política pública enquanto área de conhecimento é uma ramificação da ciência política e originou-se nos Estados Unidos como disciplina que analisa a ação dos governos nas soluções de problemas, a fim de compreender os meios e motivos que levam os governos adotarem determinadas ações (SOUZA, 2006).

A relevância das políticas públicas nas últimas décadas se dá em razão de fatores históricos ocorridos a partir da segunda guerra mundial: (a) a prosperidade econômica acompanhada de pleno emprego mundial motivou a intervenção do Estado por meio de regulação da economia e dos aspectos sociais; (b) o fim da bipolarização entre os blocos capitalistas e socialistas propiciou o estabelecimento de novas convenções nas relações entre capital e trabalho e a consolidação de sistemas de proteção social pelo Estado; (c) a consolidação das democracias ocidentais, não somente a partir da representação política como também por intermédio da atuação de movimentos sociais; e, por fim (d) as inúmeras transformações que revolucionaram o modo de vida, como, por exemplo, as expansões demográfica, tecnológica e educacional, fortaleceram os direitos de cidadania com a atuação dos diversos grupos sociais, instituições e indivíduos que passaram a reivindicam a ação do Estado. (DI GIOVANNI, 2009).

Para Souza (2006), as políticas públicas impulsionam o desenvolvimento econômico e promovem a inclusão social de grande parte da população, razão pela qual nos seus estudos devem ser sempre consideradas as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade.

As políticas públicas revelam o que o governo pretende fazer e o que realmente faz, apesar de haver vários outros atores e níveis de decisão envolvidos. É uma ação intencional com metas a serem alcançadas e não se limita a leis e regras. Além dos processos de decisão e formulação, há também a implementação, a execução e a avaliação entre as fases ou etapas que constituem as políticas públicas (SOUZA, 2006).

Para Kingdon (2006), a formulação de políticas públicas evidencia-se por um conjunto de processos que comporta o estabelecimento de uma agenda política, a proposição de alternativas a partir das quais as escolhas são feitas, a definição dessa alternativa, que se dá por intermédio de decisão presidencial ou por atuação do próprio legislativo, e, por fim, a sua implementação.

Pesquisadores ingleses pós moderno, Stephen Ball e Richard Bowe, recomendam a análise de políticas públicas por meio de um ciclo contínuo de três contextos inter relacionados que representam arenas, lugares e grupos de interesse com suas próprias disputas e embates, quais seja, contexto de influência, contexto de produção de texto e o contexto da prática (BOWE e BALL, 1992 apud MAINARDES, 2006).

Bowe e Ball (1992, apud MAINARDES, 2006) entendem por contexto de influência o momento onde as políticas públicas são iniciadas e os discursos políticos são construídos, salientando-se as ideologias dogmáticas. Por contexto da produção de texto compreendem a representação escrita desses discursos, o retrato da política, os resultados de disputas e acordos. E o contexto da prática abarca os resultados dessa produção de texto, isto é, as conseqüências reais da política formulada.

Quanto à implementação, Silva e Melo (2000) criticam a visão clássica dada a ela, que de modo muito simplificado a define como a realização das atividades que possibilitam o êxito dos objetivos definidos no processo de formulação das políticas, bem como criticam a visão linear que preconiza a identificação dos obstáculos e problemas da implementação por meio da causalidade relacionada a um fenômeno social, a fim de corrigir a rota de uma política pública. Tal crítica recai na forma ingênua que as duas visões predispõem da administração pública, como se tal fosse um "mecanismo operativo perfeito", composto de "informações perfeitas, recursos ilimitados, coordenação perfeita, controle, hierarquia, clareza de objetivos, *enforcement* de regras perfeitas e uniformes, linhas únicas de comando e autoridade, além de legitimidade política e consenso quanto ao programa ou política" (SILVA; MELO, 2000, p. 8).

Ora, vários estudos de situações fáticas revelam a etapa da implementação como um jogo de negociações, onde elementos como o dissenso, a ambivalência de objetivos, a limitação de recursos, a falta de informação e a problemática coordenação dos agentes estão constantemente presente na execução das políticas, razão pela qual a fase de implementação deve ser vista como um processo autônomo onde decisões são tomadas pelos executores de política e também eventualmente formuladas novas políticas (SILVA; MELO, 2000).

A avaliação de políticas públicas e a sua condução sob a ótica da eficácia, da eficiência e da efetividade dos programas públicos, deve considerar os objetivos e estratégias de implementação definidas por seus formuladores (ARRETCHE, 2001).

Draibe (2001) expõe, no mesmo sentido, que as avaliações de políticas e programas sociais também têm por objetivo verificar seu grau de eficiência e eficácia no cumprimento dos respectivos objetivos, bem como avaliar sua efetividade segundo seus desempenhos, impactos e efeitos.

Rua (1998, p. 15) discorre que "o acompanhamento e controle das políticas deve incluir, também: o tipo de política e de arena política; o contexto inter e intra-organizacional dentro do qual ocorre a implementação; e o mundo externo sobre o qual a política deverá exercer o seu impacto".

Criticamente, Arretche (2001) ressalta que a participação de diversos atores no processo de política pública, bem como nos contextos políticos, econômicos e institucionais, dificilmente um programa atinja plenamente seus propósitos e seja implementado de acordo com o modelo formulado. Por esse motivo, a avaliação de determinada política pública não deve ser condicionada ao sucesso ou ao fracasso de um programa, uma vez que o desalinhamento entre formulação e implementação é inerente à ação pública, razão pela qual a avaliação deve deter-se em investigar os motivos pelos quais os objetivos iniciais não puderam ser alcançados.

Resta evidente que o estabelecimento de políticas públicas dentro de uma nação está essencialmente relacionado às concepções de Estado e sua ideologia que acabam por motivar sua decisão e conduta, conforme será tratado na seção seguinte.

5 A Universidade e a Globalização Econômica

O processo de globalização que vivemos é inerente a expansão do sistema capitalista mundial e integra as dimensões sociais, econômicas, políticas e culturais transformando estruturalmente as sociedades, de forma rápida e profunda. Algumas das características mais visíveis da globalização são as ideias neoliberais na política, a mercadorização de serviços sociais essenciais, a nova relação capital e trabalho, a dominação sociocultural, o fácil acesso à informação e o corriqueiro fluxo de capital e pessoas pelo mundo.

A globalização é um fenômeno que

> [...] não pode deixar de ser visto fora do conjunto das suas contradições, qual seja a sociedade do capital, pois ao se fazer universal, rompe as fronteiras da territorialidade ao mesmo tempo em que propaga o individualismo, a diversidade local, a identidade étnica e interage em processos tidos como "naturais", mas que resultam em desigualdades sociais; catástrofe ambiental; conflitos étnicos, migrações internacionais; emergência de novos estados e/ou a falência ou implosão de outros; proliferação de guerras civis; crime globalmente organizado; democracia formal como uma condição política para assistência internacional e etc. (JEZINE; CHAVES; CABRITO, 2011, p. 59)

Uma das influências da globalização foi a descoberta de novas tecnologias que transformaram a produção industrial e o comércio mundial. O sistema de produção passou a experimentar extensa revolução tecnológica, globalizado ou transnacionalizado, provocando consequências no processo de industrialização que passou a substituir a capacidade humana pela capacidade das máquinas, acarretando no crescente desemprego (HOBSBAWN, 1995).

A sociedade atual é caracterizada pela forma como manipula o conhecimento que passou a modelar os processos produtivos no mundo todo, principalmente quando influencia a reprodução e acumulação de capital. Quanto maior a disponibilidade de conhecimento, maior a riqueza, o poder das nações e as inovações tecnológicas. Porém, o próprio conhecimento, diante da globalização, sofre do fenômeno da mercadorização e constantemente precisa se sujeitar às leis do mercado. Para Bernheim e Chauí (2008, p. 7) "a sociedade do conhecimento é governada pela lógica do mercado (sobretudo o financeiro), de tal modo que não é propícia nem favorável à ação política da sociedade civil e à promoção efetiva da informação e do conhecimento necessários para a vida social e cultural".

Também nesse sentido, Jezine, Chaves e Cabrito (2011) ao discorrerem sobre a influência do neoliberalismo e da globalização na agenda global de políticas de acesso ao ensino superior, analisando comparativamente Brasil e Portugal, alertam que ambos os países acatam a mercadorização do ensino e sofrem influências de instituições internacionais de financiamento como o Banco Mundial no Brasil e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE em Portugal.

A implantação de um projeto de capitalismo transnacional esta aposto por meio das diretrizes e imposições das estruturas mundiais de poder dos países desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos, com o Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial (BIRD) e Organização Mundial do Comércio (OMC) que passam a atuar diretamente no mercado mundial e dominar países subdesenvolvidos (IANNI, 2000).

O raciocínio da política neoliberal mundial culmina na globalização das políticas educacionais por meio da "regulação supranacional para criar uma economia dinâmica e

competitiva baseada no conhecimento; a expansão do acesso a partir da oferta do ensino privado; políticas de formação e inclusão que favoreçam o reconhecimento e a certificação de competências, necessárias a convivência capitalista do consumo de produtos" (JEZINE; CHAVES; CABRITO, 2011).

A concepção de sociedade do conhecimento provoca uma crise de paradigmas e de conceitos, exatamente o que ocorre com a universidade que aos poucos perde a sua autonomia de pensamento e a sua reflexão crítica para ceder espaço à produção de conhecimento destinada a gerar informação para o capital financeiro, que impõe suas necessidades e sua lógica.

Segundo Bernheim e Chauí (2008), a pouca independência das universidades pode ser percebida de vários modos, entre eles: (a) o financiamento de pesquisa em muitas universidades latino-americanas feitos pelos grandes centros de pesquisa dos países economicamente hegemônicos; (b) a administração voltada para a estrutura de gerenciamento e arbitragem de contratos; (c) a avaliação baseada em indicadores de produtividade; e (d) o ensino reduzido à rápida transmissão de conhecimento.

A expansão da educação superior por meio do setor privado e a deterioração do ensino público são, também, pontos característicos da mercadorização da educação e reflete justamente alguns dos efeitos da globalização.

A LDB é um instrumento legal que estabelece os parâmetros da educação brasileira. Tal lei, nada mais dispõe sobre as técnicas a serem utilizada para a resolução dos problemas educacionais. Segundo prescreve Jezine, Chaves e Cabrito (2011, p. 63), a LDB "se constitui como um instrumento legal para a expansão acelerada da educação superior pela via da privatização, materializando os acordos com o Banco Mundial acerca da diversificação institucional".

Dessa forma, observa-se como a educação superior sofre influências propositais e diretas do neoliberalismo apregoado pela globalização, com a intenção de favorecer os interesses dos setores privados em detrimento dos direitos sociais da população.

6 Considerações Finais

Com a elaboração do presente estudo foi possível concluir que ao analisar o papel da universidade sob o enfoque dos estudos de Álvaro Vieira Pinto referente a tecnologia como ideologia, percebe-se que a política de educação superior brasileira é replicada em consonância com os ditames internacionais advindos dos países hegemônicos. Esses países possuem políticas de caráter neoliberal e a favor dos interesses do capital.

Álvaro Vieira Pinto demonstra em sua obra uma compreensão crítica da tecnologia, desse conjunto de técnicas que participam do desenvolvimento das nações, cada qual do seu modo, condizente à sua evolução histórica. Na explanação da ideologização da técnica dispõe sobre a divisão de países desenvolvidos (centrais e hegemônicos) e subdesenvolvidos (periféricos e atrasados) para demonstrar a dominação dos primeiros sobre os segundos como estratégia para esvaziar a crítica dos países alienados.

Políticas públicas são atividades inerentes ao Estado social que a partir de um contexto econômico e político a constroem e as executam. O jogo de força entre Estado e sociedade esta sempre presente na elaboração de políticas, bem como o interesse de grupos dominantes, tanto das elites econômicas como das entidades políticas e econômicas internacionais, razão pela qual a formulação de políticas públicas não se dá a partir de instituições neutras. A formulação de políticas

geralmente traduz os propósitos e plataformas eleitorais de um governo em programas e ações que repercutirão na vida da sociedade.

No caso das universidades resta claro a ideologização existente na sua atuação e nas políticas regentes. Conforme exposto, as universidades hoje possuem cada vez menos autonomia cedendo cada vez mais aos interesses do capital financeiro que domina todas as esferas sociais mundiais pela força da globalização econômica.

Os países hegemônicos, por meio de organismos internacionais, ditam veladamente as estratégias e formulações de arquétipos de dominação a países como o Brasil, que submetem-se a essas, replicando políticas educacionais desvinculadas da sua realidade histórica e que, por consequência, termina por acomodar os dominados pela apatia, sem ter consciência da sua totalidade.

A globalização econômica neoliberal liderada pelos países avançados afeta diretamente as universidades brasileiras que se tornam meras transmissoras de conhecimento em prol do capital financeiro, diminuindo, assim a responsabilidade do Estado, que a cede para a iniciativa privada. A universidade perde aos poucos a sua autonomia crítica e cada vez mais deixa de cumprir o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Referências

ARRETCHE, Marta T. S. Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas. In: BARREIRA, Maria Cecília; CARVALHO, Maria do Carmo. (Org.). *Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais.* São Paulo: IEE/PUC SP, 2001. p. 45-55.

BERNHEIM, Carlos Tünnermann; CHAUÍ, Marilena de Souza. *Desafios da universidade na sociedade do conhecimento*: cinco anos depois da conferência mundial sobre educação superior. Brasília: Unesco, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.394*, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016

BRIDI, Jamile Cristina Ajub. *A Iniciação Científica na formação do universitário*. 2004. 147f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2004. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000316054>. Acesso em: 14 jul. 2016.

CORBUCCI, Paulo Roberto. Financiamento e democratização do acesso à educação superior no Brasil: da deserção do Estado ao projeto de reforma. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 25, n. 88, p. 677-701, out. 2004.

DI GIOVANNI, Geraldo. As estruturas elementares das políticas públicas. *Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP/UNICAMP.* Campinas, caderno 82, 2009, P. 01-32.

DRAIBE, Sônia M. Avaliação de implementação: esboço de uma metodologia de trabalho em políticas públicas. In: BARREIRA, Maria Cecília e CARVALHO, Maria do Carmo (Orgs.). *Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais.* São Paulo: IEE/PUC SP, 2001. P. 15-42.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos*: o breve século XX 1914-1991. 9ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 598p.

IANNI, Octavio. O declínio do Brasil-Nação. *Revista Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 51-58, set/dez. 2000. Acesso em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300006>. Disponível em: 20 set. 2016.

JEZINE, Edineide; CHAVES, Vera Lúcia Jacob; CABRITO, Belmiro Gil. O acesso ao ensino superior no contexto da globalização. Os casos do Brasil e de Portugal. *Revista Lusófona de Educação*, Lisboa, n. 18, p. 57-79, dec. 2011. Disponível em: <http://revistas.ulusofona.pt/index.php/rleducacao/article/view/2563>. Acesso em: 30 Jul. 2016.

KINGDON, Jonh. Como chega a hora de uma idéia? In: SARAIVA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete. (Org). *Políticas Públicas*. Coletânea. Vol. 1. Brasília: ENAP, 2006. p. 219-224.

MAINARDES, Jefferson. Abordagem do ciclo de políticas: uma contribuição para a análise de políticas educacionais. *Educação & Sociedade.* Campinas: Enero Abril, 2006. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87313712003> Acesso em: 12 maio 2016.

NUNES, E. Desafio estratégico da política pública: o ensino superior brasileiro. *Revista de Administração Pública.* São Paulo, v. 41, n. spe, p. 103-147, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-76122007000700008&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 5 maio 2016.

RUA, Maria das Graças. Análises de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, Maria das Graças; VALADÃO, Maria Izabel. *O Estudo da Política*: Temas Selecionados**.** Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 1-18.

SILVA, Pedro L. B.; MELO, Marcus Andre. O processo de implementação de políticas públicas no Brasil: características e determinantes da avaliação de programas e projetos. *Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP/UNICAMP.* Campinas, caderno 48, 2000, P. 01-17.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>. Acesso em: 26 maio 2016.

VEIGA, Luciane da; DREHMER, Clarice Luiza; URNAU, Jeferson Rafael; SILVA, Talita da; LIZOTE, Suzete Antonieta; TERRES, José Carlos. O que é uma universidade comunitária? Um estudo sobre o grau de conhecimento dos estudantes de uma Instituição de Ensino Superior. In: XII

Colóquio Internacional sobre Gestão Universitária nas Américas, 2012, Vera Cruz. *INPEAU*, Florianópolis: UFSC, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/97853/O%20Que%20%C3%89%20Uma%20Universidade%20Comunit%C3%A1ria%20Um%20Estudo%20Sobre%20O%20Grau%20De%20Conhecimento%20Dos%20Estudantes%20De%20Uma.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jul. 2016.

VIEIRA PINTO, Álvaro. *O conceito de tecnologia*. Vol. I. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A efetividade da proteção do meio ambiente e a participação do Judiciário.In: KISHI, Sandra Akemi Shimada, SILVA, Solange Teles e SOARES Virgínia Prado (orgs.). *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI- Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado.* São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005.p.452-453.

A MULHER NA UNIVERSIDADE: LICENÇA-MATERNIDADE NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO

Fabiola de Sampaio R. G. Garrido[129]
Lorranne Carvalho da Costa[130]
Monique Beatriz da Silva Lassarot[131]

Resumo:

O presente estudo tem por intuito abordar a garantia da licença-maternidade no mestrado, mestrado profissional e doutorado para as mulheres que engravidam durante a vigência do vínculo de bolsista. Para tanto, buscou-se analisar, através de entrevistas com as pesquisadoras das universidades envolvidas no artigo e da legislação vigente (Portaria Nº 220 de 12 de novembro de 2010 e Portaria Nº 248 de 19 de dezembro de 2011 do CAPES - Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) a regulação e a aplicação deste direito constitucional. Deste modo, o escopo primordial da pesquisa é questionar a efetividade da garantia constitucional prevista no art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal de 1988 no que concerne a interpretação extensiva deste direito social para com as pesquisadoras em voga.

Palavras-chave: Programa de Pós-graduação. Licença-maternidade. Direitos Sociais.

1 Introdução

As consideráveis mudanças pelas quais vem passando a sociedade pós-moderna resultaram em grandes alterações na vida da mulher, principalmente no que concerne a sua demanda por igualdade profissional, salarial e educacional. Assim, cada vez mais aumenta o número de mulheres que ingressam nas universidades em busca dos programas de pós-graduação como forma de dar prosseguimento à pesquisa e aos estudos.

Mais do que nunca, a mulher vem galgando espaços nos ambientes acadêmicos e buscando perpetuar essa presença. Todavia, para além das necessidades acadêmicas, as demandas do lar e da vida materna insurgem concomitantemente, gerando a necessidade de criação de meios pelos quais tais obrigações não colidam. É o que ocorre quando as pesquisadoras no decorrer dos vínculos de bolsistas engravidam. Neste cenário de assistência pós-parto atribuída à pesquisadora nos programas de pós-graduação que o presente estudo se debruça.

[129][129] Professora Doutora Associada – DCMA/UFRRJ, PPGPDS. Tutora do PET Conexões de Saberes por uma formação integradora e cidadã no campus de Três Rios, email: fabiola_srg@yahoo.com.br. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/2766221494017111.

[130] Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios/UFRRJ - ITR, bolsista do PET Conexões de Saberes por uma formação integradora e cidadã no campus de Três Rios, email: lorranne_carvalho@hotmail.com. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/3224481627926024.

[131] Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – Instituto Três Rios/UFRRJ - ITR, bolsista do PET Conexões de Saberes por uma formação integradora e cidadã no campus de Três Rios, email: monilassa@gmail.com. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/9033622466583562.

Até o ano de 2006, as pesquisadoras de pós-graduação não possuíam nenhuma garantia de prosseguimento da bolsa, bem como dos seus projetos caso engravidassem no decorrer da pesquisa, motivo pelo qual, muitas abandonavam os cursos para se dedicar integralmente à família. A partir da portaria do CAPES nº 220 esse panorama passou a ser regulado, atribuindo o direito a licença-maternidade, também, as mulheres nos programas de pós-graduação.

Entendendo a licença-maternidade enquanto um direito constitucionalmente garantido às mulheres empregadas de não prestarem serviços no período de vigência da licença, porém, recebendo remuneração e computando esse estágio como tempo de serviço[132], tal aplicação quando vislumbrada às estudantes de pós-graduação revela uma interpretação extensiva do referido direito previsto na Constituição Federal[133].

Destarte, a presente pesquisa tem como objetivo verificar a aplicação do instituto da licença-maternidade na pós-graduação, a efetividade dessa garantia, bem como sua abrangência e seu conhecimento perante as pesquisadoras. Para tanto, utilizou-se de entrevistas com pesquisadoras de cinco universidades brasileiras, aplicando-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se, primeiramente, dos estudos sobre a legislação pertinente, posteriormente analisando-se a sua aplicabilidade.

2 A licença-maternidade no Direito Brasileiro

2.1 Dos direitos da mulher frente o mercado de trabalho

Inicialmente, cumpre analisar o contexto histórico acerca do espaço feminino no mercado de trabalho, bem como seus reflexos na vida das mulheres para que se possa vislumbrar a importância da garantia ao direito à licença-maternidade ao longo dos anos. Nesse sentido, a incidência da mulher no mercado de trabalho remonta a II Guerra Mundial em dados mais expressivos, embora já existissem reflexos isolados na história:

> Uma das mudanças mais notáveis na oferta de trabalho no pós-guerra tem sido o grande aumento da participação feminina na procura por emprego e ocupação. Embora o fenômeno já fosse incipiente antes da Segunda Guerra Mundial, logo após as mulheres entraram pesadamente no mercado de trabalho134

No Brasil, a inserção da mulher no mercado de trabalho teve grande expressividade a partir da década de 90, representando os reflexos no avanço e crescimento da industrialização no país, no contínuo processo de urbanização e na conseqüente redução das taxas de fecundidade nas famílias. Nesse sentido:

---

[132] SCHIFINO, Bruna Scarabelot Viegas. *O instituto da licença-maternidade e as alterações oriundas da Lei nº 12.873/2013*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 20 out. 2015. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54564&seo=1>. Acesso em: 15 maio 2017.

[133] Ver art. 6ª da Constituição Federal de 1998.

[134] SOARES, Sergei. IZAKI, Rejane Sayuri. A participação feminina no mercado de trabalho. Rio de Janeiro 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2819/1/TD_923.pdf> Acesso em: 23 de maio de 2017.

> Para as mulheres a década de 90 foi marcada pelo fortalecimento de sua participação no mercado de trabalho e o aumento da responsabilidade no comando das famílias. A mulher, que representa a maior parcela da população, viu aumentar seu poder aquisitivo, o nível de escolaridade [...].135

Ocorre que, para além dessa inserção crescente, a mulher enquanto sujeito de direitos e detentoras de garantias, em igualdade e paridade, como previsto no art. 5º, I da Constituição Federal, deve ser compreendida dentro das suas particularidades inerentes a sua existência, tal como a maternidade, visto que embora "[...] trabalhar fora de casa é uma conquista relativamente recente das mulheres. Ganhar seu próprio dinheiro, ser independente e ainda ter sua competência reconhecida é motivo de orgulho para todas."[136] Não se pode desconsiderar o fato de que atualmente "[...] o perfil das mulheres é muito diferente daquele do começo do século. Além de trabalhar e ocupar cargos de responsabilidade assim como os homens, ela aglutina as tarefas tradicionais: ser mãe, esposa e dona de casa."[137]

Logo, o entendimento dado a igualdade material, segundo o qual "dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades"[138] traduz, pontualmente, as demandas em que a mulher se debruça para se perpetuar no mercado de trabalho e é nesta toada que a garantia à licença-maternidade se fundamenta. Na necessidade de compreender que a assistência ao papel da mulher enquanto indivíduo social deve se ater, também, ao seu papel enquanto mãe.

2.2 Da licença-maternidade: concepção

O direito à licença-maternidade representa uma evolução no que diz respeito ao pensamento protecionista do trabalho feminino. Nele está subentendido o esforço dos legisladores em proteger a mulher na sua dignidade,[139] contra a discriminação,[140] bem como no seu livre exercício profissional,[141] tendo em vista a preservação do emprego e salário na interrupção de sua prestação laboral durante a gestação.[142]

Como um direito social, previsto na Constituição, a licença maternidade é inviolável, não podendo assim, ser renunciada. Nesse sentido, o art. 391, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT veda restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez, em regulamentos de qualquer natureza, contratos coletivos ou individuais de trabalho. [143]

---

[135] PROBST, Elisiana Renata. A evolução da mulher no mercado de trabalho. Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG. Disponível em: < http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2017.
[136] PROBST, Elisiana Renata. A evolução da mulher no mercado de trabalho. Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG. Disponível em: < http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2017.
[137] *Ibidem.*
[138] NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.
[139] CRFB, Art. 1º, III
[140] CRFB, Art. 3º, IV e 5º, Caput, I
[141] CRFB, Art. 5º, XIII
[142] ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas, *A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade*. Disponível em: http:<//www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15850-15851-1-PB.pdf> Acesso em 23 de maio de 2017.
[143] *Ibidem.*

Nesse contexto, a licença-maternidade, por ser o período em que a mulher, após o parto, fica temporariamente afastada do seu trabalho, confere a mulher à garantia de uma gravidez tranquila e uma recuperação física e psicológica necessárias ao pós-parto. [144]

Ademais, proteger a gravidez e a maternidade é preocupação de caráter social com vistas a uma população mais saudável e preservação da dignidade das mulheres, uma vez que através do benefício da licença maternidade podem cuidar de seus filhos e garantirem o direito ao sustento de suas famílias. Muitas mulheres são provedoras do sustento de seus filhos.

Assim, no que concerne à proteção materna, há uma grande preocupação quanto ao aspecto biológico da mulher, devido aos diversos efeitos da gestação - como a recuperação do parto e as alterações hormonais. De fato, a mulher ao longo desse período passa a ser denominada lactante. Ela passa a ser a garantia de nutrição para o nascituro. Um protocolo de vacinação para a criança deve ser observado. Em resumo, uma série de providências que garantem imunidade, proteção, desenvolvimento físico e psicológico à criança estão diretamente vinculados à presença integral da mãe. Mesmo nos casos em que a criança nasce sem vida, a mãe biológica ainda terá o direito à licença-maternidade, tendo em vista a finalidade de proteção da criança e do nascituro.

O artigo 227 da Constituição Federal afirma que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade a garantia de todos os direitos necessários para seu bom desenvolvimento. Tal afirmação, corrobora a concepção de licença maternidade, que é a de proteção à mulher e ao nascituro.

De igual modo, "o filho adotivo também tem direito à proteção decorrente da licença-maternidade como forma de propiciar a sua integração e adaptação à entidade familiar que o recebe, medida essencial para o sucesso da convivência com as pessoas deste núcleo".[145] Nesse sentido, que a licença-maternidade à mãe adotante foi estendida.

Recentemente, a Lei n. º 12.873100, de 24 de outubro de 2013, alterou a redação da CLT, estendendo a garantia à licença-maternidade aos empregados adotantes, com o acréscimo do §5° ao artigo 392-A, e com a inclusão dos artigos 392-B e 392-C ao texto legal.

Desse modo, a concepção de licença maternidade hoje, no Brasil, foi ampliada, tendo em vista que se busca, acima de tudo, a proteção do nascituro e da criança.

2.3 Da licença-maternidade no Brasil: regulamentação legal

A proteção à maternidade nem sempre foi constante em nosso ordenamento jurídico, passando por diversas transformações até atingir os dias atuais. No Brasil, a primeira manifestação acerca da proteção à maternidade se deu pelo Decreto Federal nº 16.300 de 21/12/1923, que previa o descanso de 30 dias para a mulher antes e após o parto.[146]

Nesse sentido, a Constituição de 1934 foi a primeira a assegurar direitos à gestante, como a assistência médica e sanitária. Contudo, com o golpe do Estado Novo, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, garantiu a gestante os mesmos direitos já consagrados na

---

[144] Idem, p. 5.

[145] DIAS, Maria Berenice (coord). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*/coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 535.

[146] SILVA, A. M. *O direito do trabalho da mulher e a maternidade*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007.

Constituição anterior, todavia, foi retirado de seu texto o direito a garantia de emprego durante a gestação. [147]

Tendo em vista a necessidade de unificação da legislação trabalhista, em 1943 foi promulgada a CLT, contendo normas de proteção ao trabalho da mulher, garantindo assim, estabilidade e licença-maternidade.

> As normas de proteção à maternidade surgem obviamente, assegurando situações que advém da natural diferença existente entre homens e mulheres. Ou seja, a mulher gesta e dá à luz uma criança. Essa diferença antes de tudo é biológica. E proteger a mulher enquanto gestante e, depois, durante a amamentação é garantir o futuro da espécie, fim último da existência de qualquer ser vivo. Porém, no momento do advento da CLT, suas normas de proteção à maternidade se impuseram como um ônus ao empregador. Não que as exigências fossem descabidas. Até pelo contrário, garantia-se o mínimo para as mulheres que eram ou viriam a ser mães. O problema é que os homens trabalhadores eram tão desprovidos de direitos sociais, que os garantidos às mulheres soavam quase como uma proibição a sua contratação.148

O artigo 392 da CLT, dispõe sobre o direito da licença maternidade, sendo de 120 dias e garantindo a mulher grávida, o emprego e o respectivo salário. Vejamos

> Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.
> § 1º A empregada deve, mediante atestado médico, notificar o seu empregador da data do início do afastamento do emprego, que poderá ocorrer entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e ocorrência deste.
> § 2º Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, mediante atestado médico.
> § 3º Em caso de parto antecipado, a mulher terá direito aos 120 (cento e vinte) dias previstos neste artigo.
> § 4º É garantido à empregada, durante a gravidez, sem prejuízo do salário e demais direitos:
> I - Transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, assegurada a retomada da função anteriormente exercida, logo após o retorno ao trabalho;
> II - Dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário

Na Constituição Federal de 1988, o direito à licença-maternidade está elencado expressamente enquanto direito social à proteção, à maternidade e à infância, através do caput do art. 6º. Deste modo, o direito à licença-maternidade é expressamente garantido na Constituição Federal:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

---

[147] NEIVERTH, E.; M. H. B., MANDALOZZO, S. S. N. *A Licença-maternidade e sua ampliação facultativa.*

[148] CALIL, Léa Elisa Silingowschi Calil. História *do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000, P.42.

Além disso, sua duração é estabelecida pelo art. 7º, inciso XVIII, da CRFB/88, qual seja, de 120 dias, sendo, assim, um direito de afastamento da mulher de seu emprego, para que consiga cuidar de seu filho nos primeiros meses de vida:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> VIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

Para além da proteção à maternidade, a partir do art. 10, inciso II, alínea b da ADCT[149] estendeu-se a garantia, ainda, à proteção do emprego da mulher, em que ficou vedada a dispensa arbitrária, ou sem justa causa, da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto. O que refletiu na assistência à gestante não apenas no que concerne às demandas inerentes à maternidade, como também, no seu direito de permanecer empregada.

Nesse contexto, a maternidade representa um direito intrínseco de todas as mulheres, não cabendo distinguir àquelas que trabalham das que estudam, das que estão em serviço público, ou privado, das rurais ou urbanas. É o vem entendendo os tribunais superiores, como no caso do agravo seguinte:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIÇO PÚBLICO. CONTRATO TEMPORÁRIO. LICENÇA-MATERNIDADE. PROTEÇÃO À MATERNIDADE. I- O direito à licença-maternidade, conferido às trabalhadoras urbanas e rurais, pelo texto constitucional (art. 6, caput c/c art. 7º, XIII da CRFB/88), abrange as servidoras públicas, ainda que temporárias e não-efetivas, de modo que as servidoras contratadas temporariamente pela União devem ter os mesmos direitos concedidos às servidoras públicas federais, não havendo na Lei nº 8.745/93, que regula o trabalho temporário, nenhuma regra excluindo tal garantia. II- As servidoras públicas e empregadas gestantes, independentemente do regime jurídico de trabalho a que estão submetidas, têm direito à licença-maternidade e ao respectivo salário maternidade. III- Remessa necessária desprovida.150

Nesse mesmo sentido, dispõe:

> AGRAVO INTERNO - SERVIDORA PÚBLICA GESTANTE - CONTRATO TEMPORÁRIO - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT/88, ART. 10, II, b) - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO.
>
> O eg. Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que as gestantes, independentemente do regime jurídico ao qual estejam submetidas, sejam empregadas, servidoras públicas, até mesmo ocupantes de cargo em comissão ou contratadas temporariamente, fazem jus à licença-gestante e, portanto, à estabilidade provisória, como se depreende dos artigos 7º, inciso VIII, 39, parágrafo 2º. e 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, todos da Constituição Federal.
> A Constituição Federal não excepcionou qualquer situação, tutelando um bem jurídico de especial valor - um interesse público primário.
> O interesse da Administração não se sobrepõe ao da sociedade quanto à proteção à gestante, por se tratar de garantia constitucional de proteção à

[149] Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
[150] TRF-2 - REO: 201051010124540 RJ, Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 05/11/2014, OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 14/11/2014.

> maternidade, prevista no artigo 6º. da Constituição Federal. Recurso não provido.151

Essa é a linha de entendimento que se debruça a portaria nº 248 do CAPES, objeto do presente estudo que visa estender a garantia da licença-maternidade das mulheres participantes dos programas de pós-graduação.

3 Portaria 220 e 248 do CAPES: direito a licença-maternidade nos programas de pós-graduação

Nesse sentido, a licença maternidade é garantida pela Constituição Federal de 1988, todavia, até alguns anos atrás não atendia mulheres que estavam cursando os programas de pós-graduação. Muitas mães que davam à luz no meio do programa tinham a bolsa interrompida até que pudessem voltar à pesquisa e também perdiam o prazo de até 24 meses para conclusão do mestrado ou 36 meses para doutorado.

No ano de 2006, durante o 1° Encontro Pensando Gênero e Ciência, a Secretaria de Políticas para as Mulheres reivindicou que a licença maternidade fosse estendida para bolsistas de cursos de mestrado e doutorado, concedendo, assim, licença de 90 dias.[152]

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) publicou em 2010 a portaria nº 220, a qual determinava que mulheres com bolsas da Capes/MEC e CNPq/MCT poderiam ter seus benefícios estendidos por quatro meses se o parto fosse confirmado durante o programa de pós-graduação:

> Art. 1º Os regulamentos dos programas de concessão de bolsas da CAPES, em todas as suas modalidades, passam a atender o seguinte disposto quanto a duração da bolsa: I - No caso de parto ocorrido durante o período da bolsa, formalmente comunicado pelo coordenador a CAPES, a vigência da bolsa será prorrogada por até 4 (quatro) meses, garantidas as mensalidades à parturiente.

Contudo, em 2011 foi publicada a nova portaria da Capes Nº 248 que revogou a portaria Nº 220, com o seguinte texto. Vejamos:

> Art. 1º Os prazos regulamentares máximos de vigência das bolsas de estudo no país e no exterior, iguais ou superiores a 24 (vinte e quatro meses), **destinadas à titulação de mestres e doutores, poderão ser prorrogados por até 4 (quatro) meses, se comprovado o afastamento temporário das atividades da bolsista, provocado pela ocorrência de parto durante o período de vigência da respectiva bolsa**.
>
> § 1º o afastamento temporário de que trata este artigo deverá ser formalmente comunicado à Capes, acompanhado da confirmação pela Pró-Reitoria, coordenação do curso ou orientador, conforme o caso, especificando as datas

---

[151] TJ-MG - AGV: 10027100047219002 MG, Relator: Heloisa Combat, Data de Julgamento: 20/06/2013, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 27/06/2013.

[152] _____. Mães pós-graduandas conquistam o direito à licença maternidade. Disponível em: <http://esjus.com.br/noticias/maes-pos-graduandas-conquistam-direito-licenca-maternidade/> Acesso em: 10 de abril de 2017.

> de início e término do efetivo, além de documentos comprobatórios da gestação e nascimento.
>
> § 2º observado o limite de 4 (quatro) meses, não serão suspensos os pagamentos dos benefícios da bolsa durante o afastamento temporário de que trata este artigo.
>
> § 3º a prorrogação da vigência da bolsa corresponderá ao período de afastamento das atividades acadêmicas, respeitado o limite estipulado no caput deste artigo.
>
> Art. 2º Revogam-se a Portaria Capes Nº 220, de 12 de novembro de 2010 e demais disposições em contrário. (Grifo nosso).

Deste modo, hoje está em vigor a portaria Nº 248, garantindo assim, que as pesquisadoras, se comprovado o afastamento em virtude do parto, tenham a sua bolsa prorrogada por mais 4 meses. Assim, essas portarias, permitiram que as pesquisadoras pudessem concluir seus trabalhos e ao mesmo tempo conseguissem exercer a maternidade em sua plenitude.

3.1 Aplicabilidade da Portaria nº 248: dados empíricos

Assim, para melhor compreensão da aplicabilidade da Portaria nº 248 nos casos concretos, insta analisar sua efetividade mediante dados empíricos. Para tanto, buscou-se entender essa implicação mediante questionários online apresentados a pesquisadores dos programas de mestrado profissional, mestrado e doutorado de universidades brasileiras.

Nessa conjuntura, foram aplicados dezessete questionários a mulheres de diferentes universidades, a fim de se ter um panorama geral dos programas de pós-graduação, sendo que 64,7% das pesquisadoras entrevistadas cursavam Mestrado, 29,4% cursavam Mestrado Profissional e 5,9% cursavam Doutorado.

As dezessete entrevistadas são pesquisadoras das seguintes universidades: Universidade Federal Fluminense - UFF, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro - UFRRJ, Universidade Estadual Paulista - UNESP, Pontifícia Universidade Católica - PUC-RIO e Universidade Estadual de Maringá - UEM.

Dentre as pesquisadoras, 70,6% não são bolsistas e 29,4% são bolsistas, sendo que 81,3% das entrevistadas não souberam informar se existe licença-maternidade para as mulheres que cursam Mestrado, Mestrado profissional ou Doutorado nos programa nos quais estão inseridas. Ademais, nenhuma das entrevistadas conhecia as portarias nº 220 e nº 248 da CAPES.

Nessa perspectiva, quando perguntado às entrevistadas se conheciam alguma aluna dos programas de pós-graduação que não recebeu a bolsa após a gravidez e não deu prosseguimento aos estudos, todas as respostas foram negativas, corroborando com o fato de não terem conhecimento da aplicação da proteção no caso concreto.

Sobre o uso da licença-maternidade pelas próprias entrevistadas durante o seu programa de pós-graduação, todas responderam que não fizeram uso, enquanto que 13 afirmaram não conhecer nenhuma pesquisadora que já tenha requisitado a licença durante a pós-graduação e apenas 4 responderam que conheciam mulheres que já tinham requerido.

No que concerne o conhecimento das entrevistadas sobre a licença-maternidade em respostas livres, 10 das pesquisadoras conheciam o termo genericamente como sendo a licença

remunerada atribuída à mulher no pós-parto, 3 das entrevistadas conheciam a existência da licença-maternidade apenas nos casos de carteira assinada e de vínculo empregatício, 2 das entrevistadas reiteraram que desconheciam a existência da licença-maternidade na pós-graduação, 1 das entrevistadas afirmou que sabia da existência, todavia, sem mais detalhes e apenas, 1 aduziu que conhecia o direito e demonstrou entendimento sobre o assunto.

Deste modo, percebe-se que embora as portarias em comento estabeleçam à defesa dos direitos da mulher gestante nos programas de pós-graduação, na vida prática a realidade destoa da legalidade. Isto porque, pouco se conhece e se comenta a respeito da referida garantia para essas mulheres, o que gera o questionamento acerca da efetividade desta previsão.

Ademais, percebe-se que, além de se tratar de portaria relativamente recente, datada de 2011, cuja garantia já devia ser prevista, tendo em vista a longevidade da proteção à licença-maternidade, pouco ou nada se discute a respeito deste tema na doutrina, o que leva ao seu desuso e, indiretamente, ao desamparo à essas gestantes.

3.2 Avaliação dos cursos de pós-graduação pela CAPES

A despeito da legislação que trata da licença maternidade, a CAPES avalia os cursos de pós-graduação dentro de um quadriênio, resultado da informação anual da produção oferecida pelos programas através da Plataforma Sucupira. Entre os parâmetros avaliados, estão a produção bibliográfica dos docentes, a participação como docente na graduação e na pós-graduação, a produção técnica e a média do tempo de defesa dos estudantes.

Sendo assim, o tempo que o estudante demanda para elaboração e defesa de seu trabalho influencia diretamente na nota do programa. Não há distinção no tempo dos períodos de afastamento por doença, licença maternidade, de outros afastamentos não previstos. Na avaliação da CAPES acontece apenas a averiguação do interstício de forma absoluta. Isso aponta para uma análise que mantém os parâmetros iniciais para avaliação dos cursos.

O estudante que passa por uma licença maternidade, seja por nascimento, ou adoção, ou morte da mãe, compõe uma estatística oculta de pessoas que se tornam um entrave para o curso, ou para seus orientadores. Há que se rever os instrumentos gerenciais da CAPES e considerar efetivamente a aplicação de parâmetros mais justos para avaliação dos cursos. Garantir o diálogo com a igualdade e a solidariedade pode ser garantia de vida para os nascituros e de um período de plena recuperação para as lactantes.

Em fichas de indicação de discentes para concorrerem aos processos seletivos de mestrado, por exemplo, há perguntas sobre as aparentes condições de saúde da candidata ou candidato. Pode não ser uma prática generalizada, mas denota o cuidado em se admitir bons candidatos, os quais, além da capacidade intelectual necessária para cumprir as demandas do curso, devem estar aparentemente aptos fisicamente. Entre essas condições fisiológicas, há que se subentender o estado fora da gestação.

Essa discussão deve ser iniciada ainda nos comitês de área. É no diálogo entre os comitês e a normativa vigente que pode ser ajustada a plataforma, apesar de não se tratar apenas de um problema de Tecnologia da Informação. Trata-se de uma proposta que visa garantir condições para a permanência de nossas pesquisadoras em programas de pós-graduação e corrigir as históricas distorções no acesso por ocasiões das questões de gênero.

4 Considerações finais

Esse é o ponto em que encontramos nossas mulheres. Embora se dediquem acima de tudo a serem vistas como pesquisadoras competentes, capazes de produzir conhecimento, permanecemos no século XXI com os discursos pétreos da história da humanidade excludente e preconceituosa. Esse trabalho suscita mais perguntas do que respostas, quando se trata de questionar mecanismos de avaliação que ignoram os direitos das mulheres, mesmo que estejam fora do mercado de trabalho. Por fim, ao analisar a aplicabilidade normativa da regulamentação prevista pela CAPES, fundação vinculada ao Ministério da Educação no Brasil, buscou-se compreender até que ponto a efetividade dos comandos ali previstos atingem seus reais objetivos.

Deste modo, constatou-se que, ainda que exista a garantia de licença-maternidade para as pesquisadoras bolsistas de pós-graduação, a maior parte delas desconhece a existência desta proteção. Notou-se, ainda, que se trata de uma interpretação extensiva do direito constitucional atribuído às mulheres empregadas pós-parto de terem um período de dedicação integral aos filhos, para os casos de bolsistas de pós-graduação cujo vínculo com a universidade não é empregatício.

Assim, verificou-se que, embora existam as portarias garantem a licença-maternidade para as alunas de pós-graduação, ocorre que, no caso concreto, a efetividade dessa proteção para as bolsistas é matéria ainda pouco observada. O desconhecimento efetivo dos direitos e garantias da licença-maternidade nos programas de pós-graduação leva a crer que se trata de falta de informação e incentivo para as pesquisadoras no meio acadêmico.

Referências

ASSUNÇÃO, Eraldo Dantas, *A extensão da licença-maternidade à adotante em face do princípio da igualdade*. Disponível em: http:<//www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15850-15851-1-PB.pdf> Acesso em 23 de maio de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi Calil. História *do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século*. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice (coord). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*/coordenação Maria Berenice Dias. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 535.

NEIVERTH, E.; M. H. B., MANDALOZZO, S. S. N. *A Licença-maternidade e sua ampliação facultativa*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, a. 34, n. 63, julho/dezembro de 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

PROBST, Elisiana Renata. A evolução da mulher no mercado de trabalho. Instituto Catarinense de Pós-Graduação – ICPG. Disponível em: < http://www.posuniasselvi.com.br/artigos/rev02-05.pdf>. Acesso em 30 de maio de 2017.

SANTOS, Daniela Ribeiro, *Da proteção à maternidade à licença compartilhada: um panorama histórico no Brasil e no direito comparado.* Monografia, Brasília, 2011. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/1869/1/2011_DanielaRibeiroSantos.pdf>

SILVA, A. M. *O direito do trabalho da mulher e a maternidade*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 40, abr 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1751>.

SCHIFINO, Bruna Scarabelot Viegas. *O instituto da licença-maternidade e as alterações oriundas da Lei nº 12.873/2013*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 20 out. 2015. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54564&seo=1>. Acesso em: 15 maio 2017.

SOARES, Sergei. IZAKI, Rejane Sayuri. A participação feminina no mercado de trabalho. Rio de Janeiro 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2819/1/TD_923.pdf> Acesso em: 23 de maio de 2017.

_____. Mães pós-graduandas conquistam o direito à licença maternidade. Disponível em: <http://esjus.com.br/noticias/maes-pos-graduandas-conquistam-direito-licenca-maternidade/> Acesso em: 10 de abril de 2017.

INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM INSTITUIÇÕES DA REDE PRIVADA DE ENSINO: JUSTIÇA SOCIAL E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.

Carlos Alberto Lima de Almeida,
Doutor em Política Social;
carlos.almeida@estacio.br

Resumo:

Partindo da premissa que o respeito aos direitos humanos deve estar na agenda social e política, de modo os mais vulneráveis possam contar com oportunidades de inserção social, exercício de cidadania e desenvolvimento, a pesquisa[153][154] teve como objetivo geral contribuir para a produção de conhecimentos relativos à inclusão de pessoas com deficiência em instituições de ensino privadas e como objetivos específicos (a) verificar a aplicabilidade para as instituições de ensino privadas da Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência; (b) verificar a normatização do sistema de ensino no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. O problema: a Lei nº 13.146/2015 é aplicável para as instituições de ensino privadas? Para realização da pesquisa, foram selecionadas questões apresentadas por profissionais da educação de algumas instituições de ensino particulares do município de Niterói, escolhidas pelo pesquisador a partir de seus vínculos profissionais como advogado, realizando-se, em seguida, a pesquisa bibliográfica, na qual foram utilizados como referenciais teóricos Shor, Freire, Mittler e Mantoan. A pesquisa documental teve como foco: (a) a Lei nº 13.146/2015; (b) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5357-DF), ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino; (c) a Deliberação CEE RJ nº 355/2016, que estabelece normas para regulamentar o atendimento educacional especializado, nas formas complementar e suplementar, buscando eliminar barreiras que possam obstar o acesso, a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação, no Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro. Os principais resultados da pesquisa consistem: (a) na aplicabilidade da Lei nº 13.146/2015 para as instituições de ensino privadas; (b) na necessidade de adequação das instituições de ensino privadas para atendimento aos ditames da Lei nº 13.146/2015; (c) na necessidade de adequação das instituições de ensino privadas do RJ à normatização fixada por intermédio da Resolução CEE nº 355/2016.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Justiça Social. Educação. Políticas Públicas. Solidariedade.

[153] Vinculada ao grupo de pesquisa Observatório de Políticas Públicas, Direito e Proteção Social, em que o autor, na condição de professor permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA).

[154] Participou da pesquisa o graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense, Matheus Guarino Sant'Anna Lima de Almeida, pesquisador em formação do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia - Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC).

1 Introdução

Nessas notas introdutórias, impõe-se destacar que a submissão desta pesquisa ao grupo de trabalho "Justiça Social, Educação e Políticas Públicas: novas perspectivas e antigos desafios

Contemporâneos", do Congresso Sociology of Law, pretende oferecer uma perspectiva das relações entre Direito e Sociedade em um Sistema Social Global, com foco no campo da educação e na luta pela inserção das pessoas com deficiência nas escolas brasileiras.

Na perspectiva de uma sociedade que tenha por foco uma distribuição equitativa dos bens escassos, ou seja, que se esmere pela justiça social, o respeito aos direitos humanos deve estar na agenda social e política, de modo os mais vulneráveis possam contar com oportunidades de inserção social, exercício de cidadania e desenvolvimento. Neste particular, SANTOS (2007, p. 503) destaca que:

> A proteção social das pessoas com deficiência passou a integrar as normas constitucionais no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Antes disso, as políticas e as ações de proteção e cuidado às pessoas com deficiência situavam-se na esfera do assistencialismo, práticas caritativas e cuidados familiares, quando não eram tratadas no âmbito do abandono e do enclausuramento (FIGUEIRA, 2008). A partir da Constituição de 1988, graças à pressão social, criaram-se dispositivos legais em áreas como educação, trabalho, assistência social e acessibilidade física, de forma a garantir a inclusão social das pessoas com deficiência.

Para os fins deste artigo, portanto, adota-se inicialmente como referencial de reflexão o modelo social da deficiência, percebendo-se que barreiras físicas, econômicas, políticas e sociais da vida em sociedade fazem parte da realidade imposta aos deficientes, que acabam por vivenciá-las num contexto de restrição social, cujos desafios são diários e somente podem ser superados por intermédio da adoção de políticas públicas inclusivas.

No que se refere ao tema políticas públicas, CUNHA e CUNHA (2002, p. 12) sustentam que estas têm sido criadas como resposta do Estado às demandas que emergem da sociedade e do seu próprio interior, sendo expressão do compromisso público de atuação numa determinada área a longo prazo.

Historicamente a discriminação manteve o diferente à distância, o deficiente longe, segregado. O local escolhido desde sempre pela sociedade, esteve reservado ao diferente, ao deficiente, o lugar do preconceito e do estigma, mantido durante séculos através das posições assumidas de protecionismo e de paternalismo, que na verdade perpetuavam a discriminação e negavam a igualdade.

Um longo processo de mudanças na comunidade internacional e na sociedade brasileira resultou na aprovação da lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, denominada como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e também como Estatuto da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

O tema examinado na pesquisa foi decorrente da promulgação da referida lei e das dúvidas apresentadas pelos profissionais da educação das instituições de ensino privadas, especialmente após a notícia do ajuizamento, pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), entidade sindical de âmbito nacional da categoria econômica dos estabelecimentos particulares de ensino, de grau superior, registrada no Ministério do Trabalho, de Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de liminar contra o §1º do Artigo 28 e o Artigo 30 - caput

(especialmente pela presença neles do adjetivo “PRIVADAS”) da Lei nº 13.146, de 06 de julho 2015, tendo em vista o conflito dos mencionados dispositivos legais com as determinações constitucionais, contidas em artigos da Constituição Federal de 1988. Neste contexto, surge o problema: a Lei nº 13.146/2015 é aplicável para as instituições de ensino privadas?

Para realização da pesquisa, foram selecionadas questões apresentadas, no período de junho de 2015 a maio de 2016, por profissionais da educação de algumas instituições de ensino particulares do município de Niterói, escolhidas pelo pesquisador a partir de seus vínculos profissionais como advogado. Foram selecionadas 17 questões, que embora não estejam respondidas neste artigo, foram levadas em consideração para nortear a pesquisa quanto às principais dúvidas existentes no recorte dos profissionais da educação escutados. Vejamos:

1. Qual a função da mediadora?
2. Quem é o responsável por determinar a necessidade de mediação?
3. De que forma este pedido deve ser feito?
4. Podemos exigir os encaminhamentos?
5. Qual a periodicidade dos laudos?
6. Quando para cumprir algumas atividades (avaliações), o aluno precisa de acompanhamento, quem deve determinar a necessidade, e se ela existe o aluno deve estar em acompanhamento extra escola?
7. Quem se responsabiliza pelo custo da mediadora nas atividades pedagógicas externas: teatros, museus e viagens?
8. Podemos determinar para mais de um aluno, uma única mediadora?
9. A aprovação automática é obrigatória?
10. Determinada por quem e de que forma?
11. A lei prevê direito a nota para o aluno com necessidades especiais ou o relatório atende às exigências?
12. A formação dos professores ou coordenadores para lidar com pessoas deficientes, se necessária, é responsabilidade financeira de quem?
13. Quem é responsável, juridicamente, pela negação de um aluno com necessidades especiais na escola?
14. Em que situação se pode negar ou anular a matrícula de um aluno com necessidades especiais?
15. Podemos ter um documento, junto ao contrato que responsabilize os pais a dar informações corretas sobre as necessidades especiais?
16. O que fazer com alunos que tem laudo de déficit cognitivo e na percepção dos profissionais da escola já chegou ao seu limite de aprendizado?
17. Até que idade o aluno pode ser mantido na educação básica diurna?

A partir das questões apresentadas, procedeu-se a pesquisa bibliográfica, na qual foram utilizados como referenciais teóricos: a relação consciência – mundo, na perspectiva proposta por Freire (1979); as reflexões sobre educação libertadora, formuladas por Shor e Freire (1986); as cartas pedagógicas escritas por Freire (2000); as reflexões relacionadas à educação inclusiva na prática cotidiana, apresentadas por Mittler (2000) e Mantoan (2003).

A pesquisa documental teve como foco: (a) a Lei nº 13.146/2015; (b) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5357-DF), ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino; (c) a Deliberação CEE RJ nº 355/2016, que estabelece normas para regulamentar o atendimento educacional especializado, nas formas complementar e suplementar, buscando eliminar barreiras que possam obstar o acesso, a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência,

com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação, no Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro.

2 Desenvolvimento do Artigo

Este artigo é resultado de uma pesquisa realizada no período de junho de 2015 a agosto de 2016 e que teve como objetivo geral contribuir para a produção de conhecimentos relativos à inclusão de pessoas com deficiência em instituições de ensino privadas e como objetivos específicos (a) verificar a aplicabilidade para as instituições de ensino privadas da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência); e (b) verificar a normatização do sistema de ensino no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Inicialmente, a opção de se abordar o tema inclusão a partir de uma pesquisa bibliográfica foi feita com o propósito de auxiliar o leitor a compreender o objeto em estudo. O tema inclusão, na perspectiva da metodologia empregada para este trabalho, será tratado com inspiração nas cartas pedagógicas escritas por Freire (2000, p. 16):

> [...] cuja leitura tanto pudesse interessar jovens pais e mães quanto, quem sabe, filhos e filhas adolescentes ou professoras e professores que, chamados à reflexão pelos desafios em sua prática docente, encontrassem nelas elementos capazes de ajudá-los na elaboração de suas respostas. Cartas pedagógicas em que eu fosse tratando problemas, destacados ou ocultos, nas relações com filhas e filhos ou alunas e alunos na experiência do dia-a-dia.

A experiência profissional do autor, advogado militante desde o ano de 1991 e especificamente no setor educacional desde 1993 permitiu o desenvolvimento de uma percepção quanto à dificuldade do tratamento do tema inclusão, tanto para os profissionais das escolas particulares quanto para os pais de muitos alunos, como bem destaca Mantoan (2003, p. 21):

> Os professores do ensino regular consideram-se incompetentes para lidar com as diferenças na sala de aula, especialmente atender os alunos com deficiência, pois seus colegas especializados sempre se distinguiram por realizar unicamente esse atendimento e exageraram essa capacidade de fazê-los aos olhos de todos (Mittler, 2000).

Há também um movimento de pais de alunos sem deficiências, que não admitem a inclusão, por acharem que as escolas vão baixar e/ou piorar ainda mais a qualidade de ensino se tiverem de receber esses novos alunos.

Ao citar Mittler, Professor Emérito de Necessidades Educativas Especiais da Universidade de Manchester, Mantoan tanto apresenta a complexidade do tema em relação aos professores quanto ao contexto que envolve muitos pais de alunos sem deficiência e que não admitem a inclusão.

Mittler (2000, p. 161) apresenta algumas questões que merecem a nossa atenção:

> O que significa inclusão na prática cotidiana? Que diferença faz ao trabalho dos professores e, acima de tudo, como afeta os alunos? Será que podemos definir e descrever algumas das características centrais da inclusão a partir da perspectiva da sala e do aluno?

O referido autor sustenta que, embora muito já tenha sido escrito sobre esse assunto, é impossível fazer justiça à rica variedade de prática. Na percepção dele, tudo o que podemos fazer é tentar oferecer alguns pontos de referência com títulos convenientes (Mittler, 2000).

Isto nos leva a pensar em diferentes possibilidades de motivações para a exclusão. A origem do ser humano é a causa da exclusão? A exclusão é causada pela raça do ser humano? O sexo é fator determinante da exclusão do ser humano? A idade é o que motiva a exclusão? Quem está sendo excluído? Qual a causa motivadora da exclusão?

Responder certas questões desafia uma reflexão sobre o contexto de formação de cada um de nós. Propõe-se, para os fins deste trabalho, um modelo de construção do pensamento a partir de uma educação libertadora, assim contextualizada:

> A educação libertadora é, fundamentalmente, uma situação na qual tanto os professores como os alunos devem ser os que aprendem; devem ser os sujeitos cognitivos, apesar de serem diferentes. Este é, para mim, o primeiro teste da educação libertadora: que tanto os professores como os alunos sejam agentes críticos do ato de conhecer.
> Outro ponto é que a educação é um momento no qual você tenta convencer-se de alguma coisa, e tenta convencer os outros de alguma coisa. (Shor e Freire, 1986, p. 27).

Toma-se como exemplo outras pesquisas realizadas pelo autor envolvendo a questão étnico-racial brasileira, por intermédio dais quais se percebe o discurso que não existe racismo no Brasil baseado em convicções pessoais, ou seja, cujo fundamento do "eu acho" se faz presente.

Noutras palavras, o conhecimento científico de nada vale se o interlocutor deseja apenas escutar o que ele já consolidou em seu pensamento. "Eu acho que não existe racismo", "Eu acho que a política de cotas é inconstitucional", são alguns exemplos de assertivas que não guardam relação com qualquer outro fundamento que não seja a convicção pessoal de quem afirma.

Nesses momentos, ainda que um conjunto de informações com lastro na doutrina, na jurisprudência, nas pesquisas ou em ações governamentais por intermédio de políticas públicas relacionadas ao tema se façam presentes, quem opta pela assertiva com base em convicções pessoais se sente apto a desprezar o conhecimento científico.

Trazendo essa mesma perspectiva para o campo da inclusão de pessoas com deficiências, muitas vezes assertivas como "Eu acho que alunos deficientes têm que estudar em escola pública", "Eu acho que não é a escola particular que tem que pagar essa conta" fazem parte do cotidiano dos debates quando o tema envolve as escolas particulares. Neste contexto, de igual maneira, se o interlocutor já estiver com seu pensamento consolidado, de nada adianta tentar convencer o outro a partir de um conjunto de informações, como as mencionadas antes.

Por tais razões, diante de um tema que desperta tantos posicionamentos baseados no senso comum, a opção foi pela organização do pensamento neste trabalho, de modo que os possíveis interlocutores possam se permitir momentos de reflexão para além do "eu acho". Isto se deve ao fato de que quando escrevemos fazemos um exercício de reflexão em busca de nos convencer e de também convencer o nosso leitor.

> Por exemplo, se não estou convencido da necessidade de mudar o racismo, não serei um educador que convença alguém. Independentemente da política do professor, cada curso aponta para uma direção determinada, no sentido de certas convicções sobre a sociedade e sobre o conhecimento. A seleção do material, a organização do estudo, e as relações do discurso, tudo isso se molda em torno das convicções do professor, Isso é muito interessante devido à contradição que enfrentamos na educação libertadora. No momento

> libertador, devemos tentar convencer os educandos e, por outro lado, devemos respeitá-los e não lhes impor idéias. (Shor e Freire, 1986, p. 27).

Tomando, por exemplo, o racismo, tais considerações se prestam para propor uma reflexão sobre o tema inclusão a partir da realidade dos seres humanos ditos diferentes. Ou somos todos iguais? Nem nos dedos das mãos. É fato.

Assim, antes de abordar os aspectos legais que envolvem o tema inclusão, é preciso despertar no interlocutor uma relação consciência – mundo, na perspectiva proposta por Freire (1979).

> A conscientização é, neste sentido, um teste de realidade. Quanto mais conscientização, mais se "desvela" a realidade, mais se penetra na essência fenomênica do objeto, frente ao qual nos encontramos para analisá-lo. Por esta mesma razão, a conscientização não consiste em "estar frente à realidade" assumindo uma posição falsamente intelectual. A conscientização não pode existir fora da "práxis", ou melhor, sem o ato ação – reflexão. Esta unidade dialética constitui, de maneira permanente, o modo de ser ou de transformar o mundo que caracteriza os homens.
> Por isso mesmo, a conscientização é um compromisso histórico. É também consciência histórica: é inserção crítica na história, implica que os homens assumam o papel de sujeitos que fazem e refazem o mundo. (Freire, 1979, p. 15).

Para a lei, o que é uma pessoa com deficiência?

Para fins legais, o conceito de pessoa com deficiência está no artigo 2º do Estatuto, definindo que:

> Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015)

Como se vê, para a referida lei, a deficiência é definida pelo impedimento de longo prazo, que possa obstruir a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade em igualdade de condições. É, portanto, uma limitação fática à igualdade de condições, que deve ser revertida a partir de ações concretas.

Importante ressaltar que, enquanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência se aplica às pessoas com deficiência, acima definidas, a Deliberação CEE RJ Nº 355/2016 entende sua aplicação não só aos "educandos com deficiência", mas também àqueles "com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação".

Desta maneira, as duas legislações trazem um conjunto normativo que tentam proteger e inserir educandos que por diversos motivos têm uma obstrução na participação plena e efetiva na sociedade, e, neste contexto, na dinâmica educacional.

São, portanto, legislações que buscam concretizar o princípio da igualdade no que tange ao ensino das pessoas com deficiência.

Com tal contextualização, passamos ao exame da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5357-DF), ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino contra o § 1º do Artigo 28 e o Artigo 30 - caput (especialmente pela presença neles do adjetivo "PRIVADAS") da Lei nº 13.146, de 06 de julho 2015, que resultou do Projeto de Lei 7.699-A, de 05/03/2006, sustentando a existência de conflito dos mencionados dispositivos legais com as determinações constitucionais, contidas em artigos da Carta Magna de 1988 .

Da decisão monocrática proferida pelo Ministro Edson Fachin, em 18 de novembro de 2015, destaca-se a seguinte ementa:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO.
> 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.
> 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.
> 3. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.
> 4. Medida cautelar indeferida.

Em sessão realizada no dia 9 de junho de 2016 o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucionais as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência que estabelecem a obrigatoriedade de as escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e proverem as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas.

A decisão majoritária foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357 e seguiu o voto do relator, ministro Edson Fachin.

Observe-se que o Princípio da Solidariedade expresso no art. 3° combinado com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana contido no art. 1°, III, da Lei Maior, foram determinantes para nortear a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Neste contexto, respondida a questão formulada no problema apresentado nesta pesquisa e expressa no primeiro objetivo específico, passamos ao exame da Deliberação CEE Nº 355, de 14 de junho de 2016, que estabelece normas para regulamentar o atendimento educacional especializado, nas formas complementar e suplementar, buscando eliminar barreiras que possam obstar o acesso, a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação, no Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro.

Neste contexto, observado o §1º do art. 1º da Deliberação CEE Nº 355/2016, o atendimento aos educandos se fará em todos os tempos e espaços escolares, em todos os níveis, etapas e modalidades, como critério de transversalidade, desde a Educação Infantil à Educação Superior, sendo-lhes assegurado um conjunto de recursos e serviços educacionais especializados, de modo a garantir a educação inclusiva e promover o desenvolvimento de suas potencialidades.

Nesta dimensão, pelo contexto, um dos desafios a ser enfrentado pelas instituições de ensino passa por ajustes nos documentos, tais como o projeto político pedagógico, o regimento escolar e o contrato de prestação de serviço de educação escolar, visando à efetivação do atendimento educacional especializado (AEE), que compreende o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente, prestados das seguintes formas: I. complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do

desenvolvimento; ou II. suplementar à formação dos estudantes com altas habilidades/superdotação. No mesmo sentido, também deverá ocorrer previsão do Plano de Atendimento Educacional Individualizado (PAEI).

Para atender as questões mencionadas, bem como a organização e a operacionalização dos currículos escolares, de responsabilidade dos estabelecimentos de ensino, recomenda-se especial atenção às disposições contidas no art. 12 da Deliberação CEE Nº 355/2016 e seus parágrafos:

> Art. 12. A organização e a operacionalização dos currículos escolares são de competência e responsabilidade dos estabelecimentos de ensino, devendo constar de seus Projetos Político Pedagógicos e Regimentos Escolares as estratégias, orientações e condições qualitativas e quantitativas necessárias para o atendimento aos alunos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento, com altas habilidades/superdotação, respeitadas, além das diretrizes curriculares nacionais de todas as etapas e modalidades da Educação Básica, bem como do Ensino Superior, as normas dos respectivos sistemas de ensino.
> § 1º. A organização operacional do Atendimento Educacional Especializado – AEE deve ser explicitada em capítulo específico do Projeto Político-Pedagógico da instituição de ensino regular, conforme disposto na Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009 e Decreto nº 7611, de 17 de novembro de 2011.
> § 2º. A implementação e a avaliação do Programa de Atendimento Educacional Especializado é de competência dos professores que atuam em Salas de Recursos Multifuncionais ou Centros de AEE, em articulação com os demais professores de ensino regular, com a possibilidade da participação das famílias para permitir pleno acesso e participação dos educandos, em interface com os serviços de assistência social e psicológica, entre outros quando necessário ao atendimento.
> § 3º. O Programa de AEE, detalhado no Projeto Político Pedagógico de Centro de Atendimento Educacional Especializado, público ou privado sem fins lucrativos, conveniado para esta finalidade, deve ser aprovado pela respectiva Secretaria de Educação ou órgão próprio, contemplando a organização disposta no § 1º.
> § 4º. Os Centros de Atendimento Educacional Especializado devem observar as normas editadas pelo Conselho Estadual de Educação, quanto ao seu credenciamento, autorização de funcionamento e organização em consonância com as orientações explicitadas nesta Deliberação.

Destaca-se a possibilidade de criação, em caráter excepcional, de classes especiais, conforme previsto no art. 7º da Deliberação CEE Nº 355/2016, para atender as necessidades dos alunos que apresentem grande comprometimento cognitivo, neurológico, psiquiátrico e também de condições de comunicação e sinalização diferenciadas dos demais alunos, que demandem apoios intensos e contínuos.

Porém, os alunos matriculados nessas classes deverão, obrigatoriamente, apresentar necessidades especiais educacionais afins e os professores que trabalham nessas classes devem ser especializados ou capacitados para desenvolver ações pedagógicas de acordo com a necessidade educacional específica.

O art. 10 da Deliberação CEE Nº 355/2016 estabelece que o atendimento educacional especializado deve atender as seguintes conformidades organizacionais do sistema de ensino: a) formação adequada ou em processo de formação continuada para o atendimento educacional especializado em todos os níveis e modalidades de ensino das redes pública e privada que integram o sistema de ensino; b) profissionais de apoio ou auxiliares, tradutores (as) e intérpretes de Libras, guias-intérpretes para surdos-cegos, professores de Libras, prioritariamente surdos, e professores bilíngues, em atendimento ao disposto na Lei Federal 13.146/15; c) recursos necessários à aprendizagem, à acessibilidade e à comunicação; d) metodologias, procedimentos, equipamentos e

materiais específicos, adequados às necessidades dos educandos; e) salas de Recursos Multifuncionais para Atendimento Educacional Especializado aos educandos que requeiram apoio pedagógico complementar ou suplementar e que estejam incluídos em classes comuns.

É importante frisar que as normas de operacionalização das salas de recursos multifuncionais ou classes especiais na própria escola, explicitadas na referida Deliberação, serão objeto de supervisão dos órgãos próprios do sistema e não poderão gerar custos adicionais aos alunos que necessitem de tal apoio.

Portanto, torna-se fundamental que o planejamento da escola contemple essa nova realidade, passível de fiscalização por diversos atores sociais, tais como os próprios interessados, a sociedade de uma forma geral, os órgãos próprios do sistema de ensino, o PROCON RJ e o Ministério Público.

Nos termos da lei, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, as turmas regulares poderão ter diferentes perfis de alunos em processo de inclusão. Logo, poderemos ter alunos incluídos por questões de natureza física, por exemplo, sem que tenham qualquer prejuízo cognitivo.

O fato é que deveremos ter em mente todo um contexto inclusivo, ressalvando sempre que se trata de um processo de inclusão em turmas regulares, embora possa ocorrer à abertura de classes especiais, o que, como ressalvei antes, somente deverá acontecer em caráter excepcional. Noutras palavras, a regra é a inclusão em turmas regulares e a exceção é a criação de classes especiais.

No que se refere às turmas regulares, o desafio das instituições escolares será realizar a inclusão de modo que a atividade de ensino seja desenvolvida com qualidade e em igualdade de condições para acesso e permanência na escola. Neste sentido:

> A arte de facilitar a adesão à inclusão envolve o trabalho criativo com este estado de elevação de consciência, redirecionando a energia estreitamente relacionada ao medo para a resolução de problemas que promova a reconsideração dos limites, dos relacionamentos, das estruturas e dos benefícios (O'BRIEN; O'BRIEN, 1999, p.48).

Entendemos que a inserção dos alunos com deficiência nas turmas regulares promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência tem como perspectiva que tais alunos não permaneçam fora de uma socialização regular dentro sistema educacional, nem tão pouco isolados em programas individualizados ou em turmas especiais, de modo que tanto educadores, quanto pais, quanto os alunos regulares se acostumem a ver tais educandos como iguais no processo educacional.

3 Considerações finais

Considerando o objetivo geral de contribuir para a produção de conhecimentos relativos à inclusão de pessoas com deficiência em instituições de ensino privadas, a pesquisa documental autoriza a conclusão, na perspectiva jurídica, pela aplicabilidade para as instituições de ensino privadas da Lei nº 13.146/2015, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, tendo em vista a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, a normatização do

sistema de ensino no âmbito do Estado do Rio de Janeiro aponta caminhos para que as instituições de ensino possam, de forma gradativa, se adaptar para essa nova realidade.

Noutra perspectiva, considerando a pesquisa bibliográfica, sustenta-se que a elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e as consequentes mudanças trazidas para as instituições de ensino, trazem o desafio de adequação destas instituições, para que a inserção dos alunos com deficiência dentro de uma dinâmica de concretização do princípio da igualdade.

Ao estabelecer que os alunos com deficiência devam preferencialmente ser inseridos em turmas regulares, de modo a estudarem e conviverem com alunos com alunos sem deficiência, e colocar as turmas especiais como uma exceção em caso de necessidade, o Estatuto da Pessoa com deficiência traz uma perspectiva de que tais alunos são, antes de tudo, iguais.

A perspectiva de uma educação libertadora desafia que educadores e alunos presentes nas turmas da escola regular possam ressignificar o sentido de uma sociedade em que o diferente se torne familiar, considerando que a noção de solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana não sejam distantes princípios constitucionais, e sim valores efetivos que pautem a construção de uma escola inclusiva.

Neste sentido, a criação de uma educação libertadora que inclua os alunos com deficiência também parte do pressuposto de que tais alunos se vejam como iguais no processo educacional, dentro da sua diferença, em uma sociedade plural que busque a concretização de tais valores.

Com o Estatuto, o desafio das instituições de ensino é o de se colocarem dentro de sua função pedagógica como responsáveis pela inclusão de tais alunos, assumindo as responsabilidades trazidas pela nova legislação.

O Princípio da Solidariedade utilizado como referencial na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal também nos orienta para a necessidade de toda a sociedade estar envolvida na construção de um ambiente[155] de superação de restrição social imposto por muitos anos às pessoas com deficiência.

A evolução das políticas públicas, asseguradas por leis que garantiram gratuidade em transporte público às pessoas com deficiência, bem como a sua inserção no mercado de trabalho, se tonam inócuas na medida em que estivessem alijadas das instituições de ensino. Superar o discurso de que apenas às escolas públicas era reservada a obrigação da inclusão, especialmente após a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, consolida um importante passo para assegurar uma igualdade material às pessoas com deficiência, de modo a contribuir para a desconstrução de um ambiente educacional hostil, que historicamente operou em desfavor da inclusão tais seres humanos.

Referências

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 set. 2016

[155] Neste ponto, torna-se relevante o autor, nestas considerações finais, destacar a criação do Projeto de Extensão Social Núcleo de Extensão e Pesquisa de Acessibilidade e Inclusão, na Universidade Estácio de Sá (NEPAI-UNESA). O NEPAI está direcionado às questões de acessibilidade e inclusão escolar das pessoas com deficiência, conforme a Lei Federal nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), bem como a importância de tais conteúdos na formação dos alunos dos cursos do ensino superior, presencial e à distância, nos graus de tecnologia, bacharelado e licenciatura.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5357-DF. Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. 05 out. 2015.

CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO (Rio de Janeiro). Deliberação CEE Nº 355, de 14 de junho de 2016. Estabelece normas para regulamentar o atendimento educacional especializado, nas formas complementar e suplementar, buscando eliminar barreiras que possam obstar o acesso, a participação e a aprendizagem dos alunos com deficiência, com transtornos globais do desenvolvimento e com altas habilidades/superdotação, no Sistema de Ensino do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.cee.rj.gov.br/coletanea/d355.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

FREIRE, Paulo. Conscientização: Teoria e Prática da Libertação, uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

_____. Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

_____. SHOR, Ira. Medo e Ousadia: O Cotidiano do Professor. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

MITTLER, Peter. Educação inclusiva: contextos sociais. Porto Alegre: Artmed, 2003.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Inclusão Escolar: O que é? Por quê? Como fazer? São Paulo: Moderna, 2003.

O'BRIAN, John; O'BRIAN, Connie Lyle. A inclusão como uma Força para a Renovação da Escola *in* STAINBACK, Susan; STAINBACK, William. Inclusão: Um guia para educadores. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SANTOS, Wederson Rufino dos. Pessoas com deficiência: nossa maior minoria. **Physis**, Rio de Janeiro , v. 18, n. 3, p. 501-519, set. 2008 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312008000300008&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 21 abr. 2017. http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312008000300008.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FACE DO MEIO AMBIENTE – PATRIMÔNIO CULTURAL DA CIDADE VELHA E ENTORNO – BELÉM PARÁ

Sandra Regina Alves Teixeira

Resumo:

Este trabalho tem como objetivo desvelar sobre a atuação do Ministério Público do Estado do Pará perante o Patrimônio Cultural da Cidade Velha e entorno, focalizando enquanto instituição legitimada constitucionalmente, vocacionado a tutelar os direitos transindividuais e interesses difusos, coletivos e homogêneos, no qual está inserido o meio ambiente cultural. A metodologia utilizada foi quali-quantitativa, os documentos examinados durante o processo investigativo foram: legislações Constitucional, Ambiental, Penal, Civil, Estadual e Municipal, análise de fotografias, diversas fontes jornalísticas, documentos institucionais, aplicação de questionário para entrevista com 2º Promotor de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo de Belém Drº. Nilton Gurjão, observação de Termo de Ajuste de Conduta e exame de Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pela Procuradoria Geral do Estado. O artigo analisa a importância da Ação Civil Pública como instrumento de tutela do patrimônio cultural alvo de danos ambientais contra o Patrimônio Cultural da Cidade Velha e alguns bairros circunvizinhos, além do estudo de caso de uma ACP, ajuizada pela Procuradoria Geral do Estado, envolvendo o prédio em área tombada, intitulado: Palacete Vitor Maria da Silva, mais conhecido como Ferro de Engomar. Portanto, é proeminente compreender o papel social, político e institucional do Ministério Público do Estado Pará, enquanto agente político da lei, possibilitando tutelar o meio ambiente na preservação do Patrimônio Cultural da Cidade Velha e entorno, além de oportunizar de maneira reflexiva o acesso ao conhecimento científico, crítico e jurídico a cerca do Direito Ambiental Urbano na sociedade Amazônica.

Palavras-Chave: Ação Civil Pública. Patrimônio Cultural. Ministério Público Estadual.

1 Introdução

Este trabalho trata-se de um Estudo de Caso sobre a Ação Civil Pública com pedido de liminar intitulada Palacete Vitor Maria da Silva com o escopo de salvaguardar os direitos difusos e coletivos concernente ao Patrimônio Cultural do conjunto arquitetônico do Ver o Peso no qual em seu entorno está localizado o Palacete Ferro de Engomar. A intenção do artigo é focalizar o exercício do Parquet, enquanto instituição legitimada constitucionalmente, vocacionado a tutelar os direitos transindividuais e interesses difusos, coletivos e homogêneos.

Logo inserido no campo do Direito Ambiental (Urbano e Urbanístico) através do Processo Constitucional, no qual examinou-se uma Ação Civil Pública, é proeminente analisar o papel institucional do Ministério Público do Estado do Pará em face da salvaguarda do Palacete Vitor Maria Silva, patrimônio cultural conhecido como Ferro de Engomar, possibilitando a preservação e valorização da história e memória da sociedade belenense.

Dessa forma, partiu-se de uma hipótese originária: o artigo 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988 normatiza que o meio ambiente (patrimônio cultural material e imaterial), deve

ser tutelado pela Legislação Ambiental, sendo, por conseguinte, de responsabilidade do poder público e de toda a coletividade, todavia é atribuído ao Ministério Público atuar, como agente fiscalizador; ou como parte em oferecer a denúncia, ou na instauração de Ação Civil Pública na garantia dos direitos difusos, como no caso do patrimônio cultural material e imaterial de Belém do Pará.

Neste sentido, por conseguinte, analisar a referida proposição, é relevante não somente do ponto de vista da produção do conhecimento científico, como também na perspectiva de uma intervenção sócio-jurídica para a sociedade amazônica, na qual tem como legitimação o Direito que deveria cumprir o papel da eficácia e efetivação das políticas públicas de preservação ambiental-patrimonial, além de novas possibilidades de análises e problematizações para compreensão das abordagens teórico-jurídicas, presentes no hodierno mundo do Direito Ambiental, transformando, portanto, o conhecimento acadêmico/científico em conhecimento jurídico, tendo por escopo a intervenção na preservação e valorização do Patrimônio Cultural da sociedade belenense.

2 Contextualização Temática: ACP

2.1 Desvendando o Universo da Ação Civil Pública: "Ferro de Engomar".

No dia 07 de janeiro de 2012, foi proposta uma Ação Civil Pública com Pedido de Liminar para a tutela dos direitos difusos e do patrimônio histórico, artístico e cultural, contra Ponte Participações LTDA, pessoa jurídica, de direito privado, inscrita no Ministério da Fazenda com CNPJ 11806485000121 com sede na BR 316, Km 8 nº. 411 – C Sala 1 Belém, CEP 67010-010, e seu proprietário e representante legal Sr. Francisco Wellington Ponte Souza, brasileiro, comerciante, portador do CPF 001.279.223-34, com residência na Alameda Ametista, Condomínio Cristal Vile, s/s Lote II, bairro de Val-de-Cães, Cep 66640-590, pelos motivos de fato e de direito abaixo mencionado, segundo constam no referido documento jurídico:

O DPHAC - Departamento de Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural, vinculado à Secretaria de Estado da Cultura, é o órgão competente, no âmbito do Estado do Pará para preservação e proteção do patrimônio histórico, artístico, natural e cultural, nos termos da Lei Estadual nº. 5.629, de 20.12.1990, constatou irregularidades no imóvel situado na Travessa Presidente Pernambuco nº. 204, denominado PALACETE VITOR MARIA DA SILVA, mais conhecido como FERRO DE ENGOMAR, no bairro Batista Campos, nesta capital, de propriedade dos réus, e, que brevemente deve ser utilizados para fins comerciais.

O DPHAC, a nível estadual possui registro de tombamento relativo aos bens imóveis de valor artístico, arquitetônico, urbanístico, paisagístico, ficando responsável pela preservação, proteção, tombamento, fiscalização ou execução de obras ou serviços relativos aos bens registrados nos tombos respectivos.

Na mencionada Ação Civil Pública consta que muito anteriormente, da documentação recebida pela Procuradoria Geral do Estado, a ação ilegal já havia sido detectada e impugnada pelo Estado, conforme:

Considerações finais do relatório 02/2012/RC-DPHAC/CPAAT/SECULT, registra que quando da primeira vistoria do imóvel, ocorrida em 06/05/2011, o imóvel apresentava à época da vistoria (06/05/2011) razoável estado de conservação, o que foi citado e até informado o

proprietário da documentação necessária para consulta e aprovação de projetos para reforma do bem. Porém até hoje não houve manifestação do mesmo em realizar tais intervenções de manutenção. (ACP, 07/01/2012).

Consoante constitui o documento, mesmo os réus, após a primeira notificação em 06 de maio de 2011, e encontrando-se cientes deste processo e de sua responsabilidade, não cumpriram em nada, para suscitar a conservação do bem, os quais agiram por omissão na manutenção do bem, "esperando a sua destruição, para poderem posteriormente "modernizar" o que sobrou do imóvel". (ACP, 07/01/2012).

A presente Ação Civil Pública também faz alusão à omissão da ré, quanto à conservação do patrimônio, além de uma resposta requerida através de Embargo, conforme, ilustra o documento que houve agravamento nas irregularidades do imóvel, e que a ré tomou uma atitude mínima de apenas realizar uma limpeza no local, conforme constatou a vistoria em 01/02/2012, e que não existe uma consistência de que a ré tenha uma conduta de conservação do patrimônio, consumando-se como crime contra o Patrimônio Cultural do Estado do Pará, portanto revelando a má-fé da ré deixando evidente a responsabilidade da ação ilegal de destruição do patrimônio cultural prevalecendo a ganância.

A causa de pedir da presente ação está fundamentada através da ação e omissão irresponsável na conservação do referido imóvel em processo de tombamento situado no Ver-o-Peso, área de notável valor cultural e tombado pelo IPHAN, (Belém) sendo essencial reconhecer o interesse social em preservar toda a área, impondo limitações e dever dos proprietários em conservar os imóveis e relatar ao poder público qualquer construção nesta região.

Neste sentido, é relevante ressaltar que o imóvel em destaque na Ação Civil Pública, em tela, está em processo de tombamento em área tombada situada no complexo do Ver-o-Peso com uma consideração valorosa do ponto de vista estético, histórico e social, ou seja, com um sentido interpretativo para as gerações passadas, presentes e futuras, consoante expressa respectivamente os art. 5º e 6º da Carta de Veneza .

A partir desta fundamentação legal além de alguns elementos técnicos presente nos autos apresenta-se como indispensável punição da ação das rés independente das multas administrativas, conforme salienta o próprio texto da Ação Civil Pública com pedido de Liminar no qual fundamenta que " (...) pois não pode valer o brocardo "pagou tá perdoado", pois isto tem levado a uma falsa idéia de que destruir o patrimônio cultural compensa, pois vai ficar por isso mesmo".

Desta forma, a falta de preservação da ré, atinge a leitura do Complexo Ver-o-Peso, tombado pelo Decreto-Lei nº 25 de 30 de novembro de 1937, o que proporciona lesões irremediáveis ao imóvel consolidando, por conseguinte em um menoscabo a memória histórica da sociedade belenense, uma vez que o "Palacete Ferro de Engomar", encontra-se em processo de tombamento.

A salvaguarda do referido patrimônio cultural é determinada pela conservação do entorno visual, consentâneo como fato valioso, para a sustentação do imóvel, no que se refere a sua estrutura, tendo a incumbência de inserir elementos estranhos que degradem a sua observação, os quais estes bens deveriam mesmo que sujeitos à salvaguarda ter uma manutenção com ardor e esmero, sendo ausente na conduta dos réus fundamentada na Ação Civil Pública, violando inúmeras normas de proteção legal .

Assim sendo, sobre a proteção do patrimônio cultural, a Ação Civil Pública do Palacete Ferro de Engomar, faz-se referência ao dever constitucional do Estado do Pará, além do instituto do Tombamento, na preservação do patrimônio cultural, fundamentando-se na Carta Magna de 1988, em seus artigos 215 e 216, que trata especificamente da proteção do patrimônio cultural, atribuindo,

precipuamente ao Poder Público à promoção e proteção, por meios administrativos, entre os quais se situa o tombamento, não se resumindo somente a este. E sim autoriza o poder publicar utilizar outras formas de acautelamento e prevenção conforme preconiza o § 1º do artigo 216. , além dos artigos 23 (competência comum dos entes federativos) e 24 (competência concorrente) da Constituição Federal de 1988 na tutela do patrimônio cultural material e imaterial.

Igualmente em relação à Ação Civil Pública em tela, concernente ao Tombamento e limitações legais, assim como disposições federais e estaduais sobre os efeitos do tombamento e áreas de entorno, o mesmo é positivado, conforme já mencionado acima no Decreto Lei Federal de nº 25 de 30 de novembro de 1937, e com previsão no artigo 5º, os quais circunscrevem os bens atinentes à União, aos Estados e aos Munícipios, na mencionada Ação Civil Pública destaca que a proteção do patrimônio cultural inclui a vizinhança da coisa tombada.

Neste sentido, procurou disciplinar também as áreas de entorno relativas às coisas tombadas, denominando como "área de entorno" e, tendo em vista o decidido pelo DPHAC, ficou explícita a área de proteção do bem tombado, não se pode fazer nenhuma construção nova em suas imediações, nenhuma demolição, transformação ou a modificação de natureza que lesione o aspecto, sem autorização prévia, existindo, portanto uma zona de proteção em torno dos monumentos históricos que devem ser assegurada.

Neste sentido, sobre a função do DPHAC - Departamento de Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural, gravado à Secretaria de Estado da Cultura, é o órgão competente, no âmbito do Estado do Pará para preservação e proteção do patrimônio histórico, artístico, natural e cultural, além do exercício do poder de polícia administrativa por ele exercida, tem previsão no art. 40 da Lei Estadual: "O DPHAC ou AMPPPC realizarão e suspenderão embargos quanto às infrações desta Lei fundamentação jurídica precitada, presente na Ação Civil Pública" .

Diante disso, no texto jurídico da Ação Civil Pública em estudo, dispõe que:

A responsabilidade direta de conservação do imóvel tombado é do proprietário – aplicação analógica da obrigação de fazer de promover a reforma de imóvel em processo de tombamento, e responsabilidade objetiva de promover compensação ambiental cultural. (ACP, 07/01/2012).

A Ação Civil Pública menciona a responsabilidade direta de manutenção do imóvel, elencando a fundamentação prevista legalmente no Art. 19 do Decreto-Lei nº 25/1937, e em duas decisões jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça , que reconhece o dever do particular em realizar a recuperação do bem, mediante obrigação judicial. A mencionada Ação Civil Pública ajuizada pelo Procurador do Estado do Pará, Dr. Ibraim José das Mercês da Rocha, com respaldo jurídico exposto, em virtude da ação omissiva dos réus, como autores da destruição na propriedade privada proveniente da ação premeditada e dolosa, e nada mais do que justo impor a obrigação de fazer para promover a conservação do patrimônio cultural em processo de tombamento.

Além de avaliar as normas constitucionais sobre a tutela do meio ambiente, para melhor salvaguarda do meio ambiente cultural, fundamenta a referida Ação Civil Pública nos art. 225 § 3º da CF/88, combinado com o art. 14 § 1º da Lei Federal 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) consubstanciando a responsabilidade civil que considerou a reparação civil dos danos ambientais, culturais, e em conformidade com o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que firma a responsabilidade objetiva (sem demonstração de culpa) a ser imputada aos réus, solidariamente, a fim de promover a reparação civil dos danos ambientais, no qual do ponto de vista doutrinário o autor tem a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente, não precisando demonstrar culpa ou dolo na sua conduta basta evidenciar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão lesiva ao bem protegido no processo .

Destarte, outra questão apontada e requerida de forma proeminente na Ação Civil Pública, relaciona-se a;

A reparação in natura do dano ambiental cultural necessidade de reforma do imóvel. 'tutela antecipada' para garantir recursos financeiros a esta ação. (ACP, 07/01/2012)

Logo, conforme as informações incluídas na referida Ação Civil Pública, a mesma reivindica a pretensão de restauração da área deteriorada, com a finalidade de que o patrimônio cultural local possa ser equilibrado pela falta insuprível que padeceu com o aniquilamento espúrio do imóvel, além de obstar novas tentativas antijurídicas contra o "patrimônio cultural" seriamente presumida pelos réus, "que seja didático que não vale a pena demolir o bem cultural e pagar multas". (ACP, 07/01/2012).

Dessa forma, Procurador Geral do Estado, Dr. Ibraim José das Mercês Rocha fundamenta Ação Civil Pública que o escopo principal da referida Ação Civil Pública em matéria cultural, é garantir que o direito ao meio ambiente cultural possa ser devidamente resguardado, não interessando ao Estado do Pará apenas uma sentença condenatória aos réus o pagamento de determinado valor pecuniário, mas o Estado dever buscar em primeiro lugar a reconstituição ou compensação da perda cultural, outrora existente no patrimônio cultural de propriedade dos réus .

Diante disso, em relação à prova inequívoca do dano cultural e a verossimilhança da alegação, a fundamentação jurídica utilizada foi o art. 273 Código de Processo Civil requisito legalmente exigido para a tutela antecipada, constatando que indubitavelmente os reús, com indícios de autoria, praticaram a violação contra o patrimônio cultural em processo de tombamento, sem aprovação das autoridades responsáveis pela preservação de patrimônio cultural. Considerou-se também, o perigo de potencial dano irreversível conferido ao Complexo Ver-o-Peso e à coletividade paraense, necessário à identidade cultural, o qual fundamentou com a necessidade de tutela antecipada, nos termos do art. 273, I CPC.

Desta maneira, consequentemente, a Ação Civil Pública ajuizada, solicitou a:

Condenação da responsabilidade pelos danos provocados ao direito da coletividade à preservação cultural do Complexo Ver-o-peso e "Ferro de Engomar" dano material e moral coletivo. dever indenizatório caracterizado. (ACP, 07/01/2012).

Destarte, embasada juridicamente nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, atinente a necessidade de reparação do dano ambiental cultural, tais como dano jurídico coletivo, no qual existe um dever moral coletivo indenizatório. Além do direito constitucional, líquido e certo, a preservação cultural prevista no art. 219 da CRFB/1988, e o art.1º, inciso III, da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), dano moral coletivo porque oriundo de violação a direito difuso, também presente no art. 944 do vigente Código Civil, sendo que a responsabilidade ressarcitória está fundada no: 1- dano material e moral coletivo (por degradação ambiental, conduta imputada aos réus); 2- dano ambiental cultural (dever indenizatório e reponsabilidade); 3- prevenir a ocorrência desse dano, viabilizando a proteção do bem cultural e imaterial brasileiro.

Dessa forma, a Ação Civil Pública também estabeleceu juridicamente a inversão do ônus da prova previsto no artigo 332 do Código de Processo Civil Brasileiro, e no artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, assim como o dispositivo 6º VI do Código Defesa Consumidor, no qual o Procurador Geral do Estado, ao acionar o Ministério Público Estadual declarou que: "o Estado do Pará pugna desde já pela decretação da inversão do ônus da prova, a fim de impor aos réus o ônus da demonstração de suas próprias alegações, tudo em prol da defesa da qualidade e da preservação do meio ambiente natural". (ACP, 2012, p.28).

Destarte, concernente aos pedidos ajuizados ao Ministério Público Estadual do Pará, presentes na Ação Civil Pública, pelo Procurador do Estado do Pará, Dr. Ibraim José das Mercês

Rocha, como a Ação Civil Pública considerou a "necessidade de concessão de medida cautelar de indisponibilidade dos bens dos requeridos no valor de R$ 1 milhão de reais", corroborada nos moldes do art. 12 da Lei 7.347/85, já mencionado 273, I do CPC, assim como o 273 § 7º do CPC, igualmente como o entendimento jurisprudencial adotado pelo STJ, favorável ao bloqueio cautelar de bens, aplicadas à Lei 7.347/85, e multa diária de 5 mil reais (cinco mil reais) em caso de atraso de cumprimento da decisão, como pagamento de indenização de danos materiais de correntes da destruição. A condenação dos réus, em solidariedade passiva, ao pagamento de indenização pecuniária pelos danos morais coletivos decorrentes da demolição dos imóveis, no valor de 100.000,00 (cem mil reais) que deverá reverter ao Fundo Estadual de Cultura.

Contudo, o Procurador determinou a intimação o órgão do MPE/PA, para os fins do art. 5º § 1º da LACP. Também ordenou a decretação da 'inversão do ônus da prova' em desfavor dos réus, em razão da aplicação da sistemática do 'Processo Coletivo' e da 'responsabilidade civil objetiva'. Requerendo total procedência da demanda ratificando-se em todos os termos a tutela antecipada (obrigação de fazer) e a condenação pecuniária (indenização por danos morais coletivos) para os fins de justiça e direito. E por fim, a condenação em custas e honorários advocatícios (art. 18 LACP) dando a causa o valor de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para fins do art. 258 do CPC.

2.2 Ação Civil Pública x Constituição Federal x Ministério Público

Com base no estudo de caso da Ação Civil Pública reportada acima, Rodrigues (2011, p.527), revela uma inquietação em relação à vivência de uma democracia participativa, a par da invocação constitucional ao pluralismo na autenticação da Ação Civil Pública, sugestiona o fato de a mesma, não ter encantado os entes políticos, que com poucos privilégios, vêm atravessando ao extenso desse poder-dever, que lhes vem perpetrado, compreendida na legislação infraconstitucional. Para o autor, entende-se de forma perceptível que, nessas circunstâncias, venha o Ministério Público avocar a maioria absoluta das iniciativas nesse terreno.

É imperioso compreender que, as ações coletivas da sociedade, estabelecidas pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), contribuem para a redefinição da função jurisdicional, possibilitando a atuação do poder público, além do Ministério Público, que tem como escopo, a tutela aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que conforme os artigos 216 e 225 da Carta Maior de 1988, a qual legitima o meio ambiente inserindo o cultural, na qualidade de uso comum do povo, e que deve ser tutelado para garantir o interesse difuso de proteção ao patrimônio cultural e material, como adverte Bobbio (1992, p.68-69): "que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim protegê-los (...). O problema não é mais filosófico, mas jurídico, e, num sentido mais amplo, político".

Para Vasconcelos (2011, p.3-6), no que diz respeito, ao papel do Ministério Público, ao fazer uma análise dos artigos 127 e 225 da Constituição Federal de 1988, os quais detêm o resguardo do meio ambiente natural, artificial e cultural, está inscrita entre as prerrogativas do Parquet, possibilitando o seu órgão como curador ambiental, a instituição do Inquérito e da Ação Civil Pública, da Ação Penal, ou de qualquer outro processo administrativo possível, pois tendo conhecimento de algum comportamento que envolva o aniquilamento do patrimônio cultural, deve-se garantir a responsabilização civil e penal.

Diante do estudo da referida Ação Civil Pública exposta, tem-se uma análise crítica sobre o Patrimônio Cultural e sua tutela jurídica, no que se refere aos centros históricos:

Se o próprio poder público, proprietário de inúmeros bens tombados não consegue mantê-los todos em um estado pelo menos aceitável de conservação, sujeitar e penalizar o proprietário particular, que carrega sozinho o ônus pela manutenção de um de interesse público, que apresenta valores culturais, históricos ou ambientais reconhecidos pela sociedade, seria no mínimo uma injustiça.

O uso é uma das melhores maneiras de preservar. O abandono uma das melhores formas de destruir. O proprietário de bem tombado não deve ser penalizado e sim incentivado fiscal e financeiramente de forma eficaz e concreta a fim de que possa dar um uso adequado ao bem, inclusive para que possa suportar o ônus do tombamento, que como já vimos até aqui, são inúmeros. É necessário agregar valor à coisa tombada, pois esse é o melhor caminho para a sua preservação. (MURAD, 2009, p.69).

No entanto, outro exemplo da hodierna atuação do Ministério Público Federal sobre o Patrimônio Cultural tombado no bairro da Cidade Velha, é notícia veiculada no Jornal O Liberal de 16 de março de 2012, alcunhada de "MPF exige a reforma no Antônio Lemos", que continha as seguintes informações:

O Ministério Público Federal entrou anteontem com uma ação civil pública na Justiça para obrigar a Prefeitura de Belém a concluir urgente às obras de restauração do Palácio Antônio Lemos que tem 117 anos e é tombado pela União. O MPF acompanha desde 2006 as tentativas do Instituto do Patrimônio Histórico e Arquitetônico Nacional (Iphan) para que sejam feitas reformas necessárias no Palácio Antõnio Lemos, construção do século XIX onde funciona a sede da Prefeitura e o Museu de Arte de Belém. (O LIBERAL, CADERNO CIDADES, 16/03/2012, p.1-2).

Em virtude das obras necessárias, não ter sido realizadas no prédio tombado pelo IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico Artístico Nacional, o Procurador Regional da República José Augusto Torres Potiguar, foi e justiça e também concedeu entrevista na imprensa local:

O município de Belém tem pleno conhecimento da necessidade de restauração do Palácio Antônio Lemos. E mais, chegou mesmo a iniciar os serviços na cobertura do Palácio, serviços esses que, na própria afirmativa da Fumbel, continuam sendo executados de maneira irregular. Os problemas do Antônio Lemos começaram justamente no forro do gabinete do prefeito, que passou a apresentar infiltrações e manchas nas paredes em 2006 e 2007, o Iphan constatou que a cobertura de toda a edificação encontra-se em estado precário de conservação, apresentando telhas quebradas, peças estruturais comprometidas, sistema de captação e escoamento de águas pluviais danificado, que vem ocasionando infiltrações constantes nos forros de quase todos os ambientes do pavimento superior. (O LIBERAL, CIDADES, 16/03/2012, p.1-2).

Diante do exposto, atinente à atuação do Ministério Público, o mesmo tem a função de tutelar o patrimônio cultural contemporâneo, intervindo no interesse coletivo e difuso de uma determinada comunidade, que muitas vezes deseja conservar seus hábitos, costumes, manifestações culturais (material e imaterial), além de suas riquezas patrimoniais, o que consolida os valores assegurados na Carta Maior.

Por outro lado, Violin (2010, p 259) enfatiza que o texto constitucional de 1988, concede a sociedade o poder-dever de promover e preservar o patrimônio cultural, logo, o Judiciário revela-se como espaço favorável a envolver a sociedade civil nessas discussões públicas. Neste caso, no que se refere ao exercício do Ministério Público:

A ação civil pública pode ser manejada para a tutela de bem que ainda não tenha sido reconhecido como de valor cultural pelo poder público. Sem dúvida à proteção que o Ministério

Público e o Poder Judiciário estão obrigados a oferecer ao patrimônio cultural não podem estar dependentes da iniciativa da administração pública em promover o tombamento ou registro documental do bem cultural. Tal conclusão decorre do princípio da indeclinibilidade da jurisdição que ressalta a obrigação do magistrado em tornar efetiva a tutela jurídica conferida constitucionalmente. (VIOLIN, 2010 apud ROCHA, 2005, p.42).

3 A atuação da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo de Belém do Ministério Público Estadual do Pará

Neste sentido, compreende-se que princípios jurídicos relativos ao Direito Ambiental, igualmente devem ser empregados aos assuntos do Patrimônio Cultural, pois no que concerne a algumas formas de prevenção e de proteção de um dano futuro, tem a lei específica, a decisão judicial e o compromisso, promovido pelo Ministério Público, em meio aos demais órgãos públicos co-legitimados, conforme verificar-se através da análise teórica e metodológica na entrevista através de aplicação de questionário, realizada em agosto de 2012, com o Drº Nilton Gurjão das Chagas, na função de 2º Promotor de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo de Belém, do Ministério Público do Estado do Pará.

Ao ser aplicado o questionário ao precitado Promotor de Justiça do Meio Ambiente para que o mesmo pudesse responder a seguinte pergunta: "Defina a função do Ministério Público do Estado do Pará em relação ao Patrimônio Cultural da cidade de Belém do Pará"? O membro do Parquet respondeu o seguinte:

Ao MP compete a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição da República de 1988 c/c art. 1º da Lei n.º 8.625/93 e art. 1º da Lei Complementar Federal n.º 75/93), garantindo o cumprimento das leis e a salvaguarda dos interesses gerais da sociedade. A Constituição Federal, em seu art. 129, III, dispõe sobre as funções institucionais do Ministério Público, incumbindo a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Ao ser indagado ao membro do Parquet, "Como se identifica as demandas de não preservação e destruição dos prédios pertencentes ao Patrimônio Cultural, como exemplo na Cidade Velha e entorno"? O mencionado 2º Promotor de Justiça do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural retorquiu:

O MP recebe reclamações e denúncias dos órgãos competentes na área, como IPHAN, DPHAC, FUMBEL, dentre outros, bem como da "Associação Cidade Velha Cidade Viva" ou de qualquer cidadão; atua de ofício em fatos noticiados em jornais.

Desta maneira, ao analisar teoricamente, as referidas considerações do membro do Parquet, Cruz (2010, p. 240) infere que é incontestável a necessidade de tutela penal do meio ambiente, a partir de que suceda em não menosprezar as garantias jurídicas inseparáveis da ação incriminadora, desde o momento que proteja o equilíbrio entre a obrigatória tutela de bens jurídicos supraindividuais e as normas penais garantista.

Neste sentido, Mancuso (2011, p. 38) decompõe que os instrumentos processuais de caráter coletivo, como a Ação Popular e Ação Civil Pública são oportunizadas possibilidades dos direitos subjetivos públicos e liberdades públicas, forem insultados ou impedidos. Para o autor a utilização da Ação Civil Pública no processo é realizada como instrumento regulador de interesses

metaindividuais, abordando temas como ecologia, patrimônio cultural, e no caso da Ação Popular executa como um instrumento para um "diferenciado controle externo da gestão da coisa pública, pela inciativa de um integrante da sociedade civil para além do controle interno imanente de toda administração e mesmo controle externo institucional" (MANCUSO, 2011, p. 38).

Ao inquirir o Promotor de Justiça Dr.Nilton Gurjão sobre: "Quais as situações necessárias para que sejam aplicados os Termos de Ajustes de Conduta"? ; "Quantos Termos de Ajustes de Conduta foram aplicados pelo Ministério Público Estadual nos últimos 10 anos"? O mesmo respondeu respectivamente que:

Neste tipo de acordo firmado pelo proprietário do imóvel, em regra, o mesmo assume obrigações perante o Ministério Público, cujo objetivo é a adequação de sua conduta ao comando da lei, e a recomposição dos danos causados ao bem histórico e cultural. O compromitente deverá anuir às cláusulas obrigacionais. Não sendo possível a restauração do bem, se buscará a indenização pela sua perda. E os nossos registros datam de 2006, e desde esse ano foram firmados 63 TAC's.

Ao refletir sobre as considerações do membro do Parquet, tal instituição tem a competência exclusiva de instaurar o Inquérito Civil, para o ajuizamento da Ação Civil Pública em relação à aplicabilidade da Lei 6.938/81, se houver materialidade de crime e indícios de autoria, poderá realizar concomitantemente Ação Civil Pública e Ação Penal Pública. No Inquérito Civil tem-se a possibilidade de se firmar um Compromisso de Ajustamento de Conduta (ou Termo de Ajustamento de Conduta). Segundo Marchesan (2007, p. 216-247) "não é sem razão que a grande maioria dos inquéritos civis resolve-se pelo viés do Termo de Ajuste de Conduta. São comprovadas as vantagens e a efetividade desse instrumento".

Logo, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ou Compromisso de Ajustamento de Conduta, recepcionado pela lei, é utilizado constantemente pelo Parquet, tanto na forma preventiva como na forma repressiva, de acordo com Almeida (2003, p.545), "não pode ser visto como forma de transação, como se fosse admissível reciprocidade de concessões no direito processual coletivo". O autor observa o TAC como: "forma de reconhecimento prévio do pedido por parte do respectivo responsável pela ameaça ou lesão a direito ou interesse coletivo".

Contudo, Silva (2003 apud SHIMURA, 2005, p.529) examina que: "toam-se dos interessados a obrigação à determinação da conduta mediante cominação, com eficácia de título executivo extra-judicial tendo por escopo a proteção de direitos transindividuais ou coletivos lato sensu".

Destarte, ainda sobre a aplicação do questionário, ao membro do Parquet, perquiriu-se sobre: "Qual a importância da Ação Popular, para a atuação do Ministério Público na política de preservação do Patrimônio Cultural"? ; "Destaque as Ações Populares mais importantes relativas ao Patrimônio Cultural ocorridas nos últimos 10 anos"? O Promotor de Justiça Dr. Nilton Gurjão respondeu respectivamente: "Apenas o cidadão tem legitimidade para propor Ação Popular e o MP acompanha a Ação Popular proposta pelo cidadão atuando como fiscal da lei e não como parte". Em relação à segunda pergunta o membro do Parquet, respondeu o seguinte: "Não tenho notícia".

Com base nas respostas mencionadas, acima, atinente ao instituto do Direito intitulado de Ação Popular, Silva (2003, p. 389) ajuíza como: "uma espécie de ação coletiva como também o é a Ação Civil Pública". O referido autor considera que embora ambas atuem na proteção dos direitos difusos, o que diferencia a ação popular da Ação Civil Pública é o elemento subjetivo, presente na primeira, pois o cidadão (art. 5º LXXIII) é o único que tem legitimidade ativa para ajuizá-la, na atuação direta de sua soberania presente no art. 1º, parágrafo único da CF/88.

Por outro lado, os legitimados ativos voltados para as demais ações coletivas são entes coletivos detentores de certa representatividade constitucional, legal ou contratual previsto nas legislações específicas, concernente à esfera cível, sem exclusividade que:

A Constituição conferiu ao Ministério Público, além da tradicional promoção da ação de inconstitucionalidade e da ação interventiva, a defesa em juízo das populações indígenas, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. (MAZZILLI, 2012, 65-66).

No que diz respeito, à natureza jurídica da Ação Popular tem dois aspectos compreendidos como: 1- direito constitucional político de participação direta na fiscalização da administração pública e 2 - garantia processual constitucional de agir no exercício direto desse direito de participação. Ambas como já foi mencionada anteriormente, estão são detentoras da dignidade constitucional.

Quanto ao objeto da Ação Popular, com fulcro no dispositivo da CF, art. 5º, LXXIII, 37 e 170, VI; LAP, art. 1º e 4º, especifica: "Interesse difuso à preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública e bem assim à tutela do meio ambiente e do patrimônio público em sentido amplo". Nesse caso, assegura-se que:

Além dos atos lesivos ao patrimônio público, ao patrimônio das entidades de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, poderiam ser objeto da ação popular as relações de consumo. (SILVA, 2003 apud MANCUSO, 2001 p. 70),

Em relação à legitimidade para o ajuizamento da Ação Popular, conforme já mencionado acima, somente o cidadão-eleitor a partir de 16 anos, está legitimado para a propositura da mesma, pois conforme observa Silva (2003 apud MANCUSO, 2001, p. 156) "porque se trata de exteriorização ou apanágio do status civitatis, que decorre plenamente de seus direitos".

Destarte, conforme todo o exposto, sobre a utilização dos instrumentos processuais (Ação Popular e Ação Civil Pública), é proeminente salientar que, em se tratando da tutela do meio ambiente, todos os legitimados (inclusive o M.P.) para ajuizar os referidos instrumentos, têm a mesma finalidade, qual seja, proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano fundamental e atributo indispensável para a dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, finalmente interrogou-se ao 2º Promotor de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo de Belém, do Ministério Público do Estado do Pará Drº. Nilton Gurjão sobre: "Qual a relevância da Ação Civil Pública na atuação do Parquet Estadual, na preservação do Patrimônio Cultural da Cidade Velha e entorno"? ; "Quais as Ações Civis Públicas que o Parquet Estadual tem conhecimento nos últimos 10 anos"? As respectivas respostas do membro do Ministério Público foram as seguintes:

Na área civil, o Ministério Público detém titularidade para a instauração de Inquérito Civil e da Ação Civil Pública, ambas destinadas ao resguardo dos interesses sociais, apurando as irregularidades e ilegalidades na defesa dos interesses difusos, representando ativamente a própria sociedade ou atua como fiscal do fiel cumprimento das leis.

Em relação à proteção do patrimônio histórico e cultural da coletividade, o Ministério Público utiliza-se do Inquérito Civil ou Procedimento Administrativo, na área administrativa, buscando a composição do dano por meio do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que, se não for cumprido, será executado via judicial.

Na área criminal, o MP promove a Ação Penal Pública e atua no controle externo da atividade policial, por meio da requisição de diligências investigatórias, para apuração do fato e da autoria dos eventos criminosos.

No âmbito da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente 49 ACP's.

A partir das últimas considerações mencionadas acima, através da entrevista realizada como o 2º Promotor de Justiça Ambiental, compreende-se que doutrina jurídica brasileira abriga a tríplice acepção do direito coletivo em três realidades distintas: o interesse difuso, o coletivo (em sentido estrito) e o individual homogêneo. Desta forma, em relação à atuação do Ministério Público, perante aos interesses individuais, conforme o artigo 127 caput da CF/88, o mesmo só poderá agir nos casos de interesses individuais homogêneos.

É relevante ressaltar que o Parquet é um dos legitimados entre outros tais como: associações constituídas há pelo menos um ano, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, além da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, para ajuizar ação civil pública (art. 5º Lei n. 7.347 de 24/7/1985), na defesa de alguns dos principais direitos ou interesses coletivos. O dispositivo constitucional é o art. 129, III, da CF/88, o qual é um instrumento processual voltado a: "proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos". Assim sendo, quanto à atuação do Ministério Público observa-se que:

Devido a fatores vários, dentre os quais se destaca a ausência de recursos materiais e humanos para a propositura de ações, a incipiente organização da sociedade civil, a grave crise da educação, a falta de consciência relacionada à importância do patrimônio cultural, as demandas ainda têm no Ministério Público o seu principal protagonista. (MARCHESAN, 2007, p. 240).

Desta maneira, Marchesan (2007 apud FERRAZ, 2001, p.91), discorrendo sobre tal questão, suscita que, em um póstero momento de revisão da Lei 7.347/85, "sejam pensado mecanismos de estímulo ao exercício da ação pelos co-legitimados, ainda que nos casos mais simples, sob pena de uma banalização da atuação ministerial".

Todavia, Almeida (2003 apud MANCUSO, 1996, p.21) pondera que: "a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela dos interesses meta individuais, de início, compreensivos dos 'difusos' e dos 'coletivos' em sentido estrito', aos quais na sequência se agregam os 'individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os art. 83 e 117)".

No que diz respeito, aos principais aspectos processuais da Lei de Ação Civil Pública, quanto a sua empregabilidade, no objeto material como no formal, a admissibilidade será através do pedido, entre os quais: condenatório, meramente declaratório (positivo ou negativo), constitutivo (ou desconstitutivo), cautelar, executivo e o mandamental.

A Ação Civil Pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. A previsão legal, do art. 3º da referida lei, segundo alguns doutrinadores, normatiza que a condenação na obrigação de pagar a quantia certa, tão só é admissível na hipótese de irreversibilidade do dano, situação aferível após a execução da pena aplicada no âmbito administrativo.

Em relação à competência da Lei 7.347/85, o dispositivo do art. 2º da LACP prevê que: "as ações previstas nesta Lei serão propostas, no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar a causa".

Neste sentido, por conseguinte, concernente às funções institucionais e a relevante atuação do Ministério Público na tutela do patrimônio histórico e cultural da Cidade Velha e entorno depreende-se que:

De qualquer sorte devemos admitir que o Ministério Público não representa necessariamente a solução de todos os problemas na tutela dos direitos transindivuiduais. Não se pode de forma alguma amesquinhar o fundamental papel que a sociedade tem na construção de uma ordem jurídica justa. A existência de cidadãos conscientes de seus direitos, com a capacidade de se organizarem

para obter a consecução de seus objetivos sociais com o poder de controlar os órgãos públicos, inclusive o Ministério Público, é que pode ser o diferencial na efetiva tutela dos direitos transindividuais. A existência de um Ministério Público verdadeiramente apto à defesa dos direitos da sociedade guarda correspondência com uma sociedade organizada e forte. O descompasso entre o Ministério Público e a sociedade compromete não só a defesa dos direitos da coletividade, assim como a própria formação de uma instituição pública livre e altiva. (RODRIGUES, 2011, p.65).

4 Considerações Finais

Vislumbrou-se no trabalho que ao analisar a instituição Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal, compreende-se de forma proeminente a atuação de seus membros, enquanto agentes políticos no ativismo judicial, os quais são legitimados constitucionalmente na tutela do meio ambiente cultural, considerado um bem jurídico difuso e coletivo, principalmente no que concerne a proteção jurídica sobre os bens integrantes do Patrimônio Cultural do Centro Histórico da Cidade Velha e áreas circunvizinhas na cidade de Belém do Pará, tão evidenciado nas fontes enquanto objeto desse estudo.

O referido Centro Histórico da Cidade Velha e entorno é dotado de um valor cultural no qual está inserida a memória da sociedade belenense, permeado de um conjunto de bens, edificações, criações materiais e imateriais, práticas culturais, no qual evidencia um diálogo entre o passado de outrora dos séculos XVII, XVIII, XIX, com a hodierna sociedade do século XXI intitulada por muitos de pós-moderna, em especial o sociólogo Zygmunt Bauman. As fontes evidenciaram que o deleitável patrimônio cultural está sendo comercializado e deteriorado e urge ser valorizado e preservado a sua arquitetura e a sua memória para as gerações futuras.

Percebeu-se que a iniciativa dos membros do Parquet Estadual e Federal que atuam na Promotoria Ambiental, responsável pela tutela do Centro Histórico da Cidade Velha, em relação a utilização do instituto jurídico inquérito civil, que geralmente precede ao ajuizamento das Ações Civis Públicas de iniciativa do Ministério Público ou ajuizada pelos demais órgãos governamentais como a Procuradoria Geral do Estado, ou associações e organizações não governamentais. Tal instituto jurídico em tela é um considerável instrumento de tutela acautelatória e reparatória de danos ambientais ao Centro Histórico e Cultural. E conforme entrevista com Drº Nilton Gurjão na função de 2º Promotor de Justiça do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Habitação e Urbanismo de Belém.

Destarte, ainda sobre a empregabilidade dos institutos de direito processual, além Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) que regulamentou o art. 14, § 1º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, é relevante destacar o instituto jurídico intitulado Ação Popular que é conferida a proteção do meio ambiente todos os legitimados constantes no art. 5º, LXXIII da CF e art. 1º e 4º da Lei 4.717/65, qualquer cidadão em concomitância na condição de brasileiro e eleitor para ajuizar o referido instituto do direito têm o mesmo propósito de resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito humano fundamental e atributo indispensável para a dignidade da pessoa humana.

No entanto identificou-se, em entrevista com o próprio membro do Parquet Drº Nilton Gurjão, que não tem conhecimento das ações populares mais relevantes ocorridas na última década, e de fato estão ausentes das fontes jornalísticas, corroborando com Marchesan (2007, p.297) ao asseverar que “a participação direta na defesa do meio ambiente - via ação popular- de larga

tradição em prol do patrimônio público, escasso manejo tem experimentado para tutelar os bens culturais, em que pese há muito de ser aceita pela doutrina para tal finalidade".

O Termo de Ajuste de Conduta (TAC), instrumento de titulo executivo extrajudicial (negócio jurídico bilateral) foi identificado durante o processo de análise das documentações da SECULT-PA com o proprietário do Palacete Vitor Maria ou "Ferro de Engomar", como forma de tutela preventiva dos direitos trainsindividuais difusos e coletivos pautando na violação do imóvel. Logo a Procuradoria Geral do Estado ajuizou uma Ação Civil Pública no Ministério Público Estadual, que anteriormente fiscalizou os ajustamentos do TAC, servindo para que promovesse o envolvimento da sociedade civil organizada, associações, organizações não governamentais, na defesa dos direitos da sociedade, portanto consolidando os interesses do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, este modelo de Estado Democrático de Direito, é representado por uma hodierna sociedade capitalista, no qual existe uma racionalidade individualista e proprietária, interpreta-se que:

Conduziu para um modelo de apropriação qualitativa e quantitativa do meio ambiente, que se consubstancia mediante as externalidades ambientais negativas, incidentes, principalmente sobre os bens de uso comum do povo. Aqui reside outro limite para a configuração e reparabilidade do dano ambiental, pois as externalidades são riscos muitas vezes invisíveis e resultam legitimadas por mecanismos insuficientes de implementação da legislação ambiental. (STEIGLEDER, 2011, p. 258).

Dessa forma os mecanismos utilizados para o cumprimento da Legislação de Direito Ambiental e Constitucional para tutela jurídica do Patrimônio Cultural, serão consolidados, através da ampla participação da sociedade civil organizada e as identificadas no decorrer da pesquisa tais como: associações organizações não governamentais, fundações, universidades, órgãos governamentais, participação da comunidade, no qual o desenvolvimento local, tendo como consequência uma coesão social, através do exercício concreto da liberdade democrática, nos quais heterogêneos atores sociais, comunidade, Governo e membros do Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público pleiteiam uma proposição dialógica e ao mesmo tempo dialética com o propósito de uma colaboração solidária voltada para a salvaguarda ambiental do Centro Histórico da Cidade Velha e áreas circunvizinhas.

Destarte, hodiernamente é imprescindível a atuação do Parquet, na Promotoria de Justiça e Meio Ambiente de forma contundente e incessante, nas quais a defesa dos direitos transindividuais, difusos e coletivos as diversas funções institucionais prevista no dispositivo 129 da Carta Magna, avista-se o exercício da Ação Civil Pública e do inquérito civil, para resguardar um novo olhar conferido a tutela jurídico-ambiental em face do Patrimônio Cultural da Cidade Velha e entorno, na qual consoante Belchior (2011, p. 262) o Estado e o Direito devem passar por um processo de mudança para acolher "os efeitos emergenciais da crise ecológica em prol da sobrevivência da humanidade, justificando a necessidade de um Estado de Direito Ambiental" .

Por fim é importante destacar a necessidade urgente de políticas públicas de preservação e valorização do Patrimônio Cultural da Cidade Velha e adjacências, pautada pela violação e degradação constante, visto que representa a memória e história de várias épocas, pois como advertiu Jacques Le Goff: "o que sobrevive enquanto memória coletiva de tempos passados não é o conjunto de monumentos e documentos que existiram, mas o efeito de uma escolha realizada pelos historiadores e pelas forças que atuaram em cada época" (FUNARI; PELEGRINI, 2009 apud LE GOFF, 1997, p 120).

Referências

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR. Ajuizada pela Procuradoria Geral do Estado do Pará ao Ministério Público do Estado do Pará. 07/01/2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de: Direito Processual Coletivo Brasileiro. Um novo ramo do direito processual princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2003. p.333-360.

BELCHIOR, Neiva Parente Germana. Hermenêutica Jurídica Ambiental. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.p.85.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p.68-69.

CRUZ, Danielle da Rocha. Breves Comentários acerca da Tutela Jurídico-Penal do Meio Ambiente. In: FARIA,Talden e COUTINHO Francisco SERÁPHICO da Nóbrega. Direito Ambiental - O Meio Ambiente e os Desafios da Contemporaneidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010.p.220-241.

FUNARI, Pedro Paulo Abreu. PELEGRINI Sandra C. A. Patrimônio Histórico e Cultural. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. Proteção do Erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 7ª ed. rev., atua. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHESAN. Ana Maria Moreira. A Tutela do Patrimônio Cultural sob o enfoque do Direito Ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

MAZZILLI. Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. Meio Ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES. Hely Lopes. Mandado de Segurança. 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 192-193.

MURAD. Samir Jorge. Advocacia Ambiental Urbana em Centros Históricos. In: AHMED, Flávio e COUTINHO, Ronaldo. Patrimônio Cultural e sua Tutela Jurídica. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p.61-69.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Teoria e Prática. 3ªed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. A Evolução da proteção do Patrimônio Cultural – Crimes contra o ordenamento urbano e cultural. In: FIGUEIREDO, Guilherme Purvin de (org). Temas de

Direito Ambiental e Urbanístico. Advocacia Pública & Sociedade. Ano II. n. 3 . São Paulo: Max Limonandi, 1998. p.199- 225.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio Cultural e Advocacia Pública. In: BENJAMIN, Antonio Hermam e FIGUEIREDO,Guilherme José Purvin de (org.). O Direito Ambiental e as Funções Essenciais à Justiça - O papel da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública na Proteção do Meio Ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.p.517-546.

STEIGLEDER, Anelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
VASCONCELOS, Emanueli Berrueta de. O Ministério Público na Tutela do Meio Ambiente. Disponível em:<http://www.amprs.org.br/arquivos/comunicao_noticia/emanueli.pdf.>. Acesso em 20 set. 2011.

VIOLIN, Jordão.Tutela Jurisdicional do Patrimônio Cultural. Direitos Culturais, Santo Ângelo, v. 5, n.8, p. 251-264, jan./jun. [2010].Disponível em:<http://srvapp2.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/viewFile/368/225/>.Acesso em:20 set. 2011.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: DIREITOS HUMANOS E SAÚDE.

Coordenadoras: Sandra Regina Martini (UniRitter) e Ana Elizabeth Cavalcanti (FMU)

Canoas, 2017.

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PROCESSO DE REAVALIAÇÃO TOXICOLÓGICA DO INGREDIENTE ATIVO GLIFOSATO

Henrique Posser Martins,
Autor, henriqueposser@protonmail.ch.

Juliano Fernandes Vargas,
Coautor, contato@julianovargas.com.br

Resumo:

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), desde 2008, reavalia ingredientes ativos dos agrotóxicos que possuem registro no Brasil, um deles é o glifosato. Tendo em vista a realidade de extenso uso de agrotóxicos no Brasil, o presente artigo busca abordar a decisão da agência reguladora com base no princípio da precaução, norte do direito ambiental. A pesquisa utiliza o método dialético ao sintetizar a contradição entre o princípio da precaução e a decisão administrativa, enquanto analisa as etapas do processo de reavaliação do ingrediente ativo glifosato realizadas pela ANVISA, do mesmo modo, aborda o contexto histórico de elaboração do mencionado princípio. Isto posto, a problemática é encontrada na (in)aplicabilidade do princípio ambiental na reavaliação governamental sem deixar de lado a questão sociológica.

Palavras-chave: princípio da precaução. Reavaliação. Glifosato. sociedade de risco.

1 Introdução

A discussão sobre as medidas que devem ser tomadas quando há suspeita de risco grave para a saúde pública ou meio ambiente, está materializada no princípio da precaução, a discussão sobre o princípio da precaução começa institucionalmente a partir da segunda metade do século XXI, no direito alemão (Andorno, 2008, p. 346). Sendo que o princípio da precaução está ancorado nos preceitos da bioética, área do conhecimento que ultrapassa as limitações da ética tradicional, no momento em que trabalha com as consequências da utilização da tecnologia sobre a natureza (*lato sensu*).

A bioética, portanto, surge quando as ações humanas, intermediadas pela tecnologia, podem alterar substancialmente a realidade de uma forma incontrolável ou indesejável, ultrapassasse o limite entre natural e artificial (Jonas *apud* Hogeman e Dos Santos, 2015, p. 134). Isto é, não há mais um modo de manipular os resultados das ações humanas que só conseguiram ser realizadas devido ao poder biotecnológico decorrente do curso histórico da sociedade.

Assim, a utilização dos agrotóxicos, ferramentas utilizadas pelo ser humano, que alteram substancialmente o solo, plantas, consequentemente, o alimento e a biodiversidade, são objetos das lentes epistemológicas da bioética, por serem compostos de substâncias químicas não encontrados originalmente na natureza.

Ao analisar a realidade brasileira de alto consumo em agrotóxicos e pensar que o ingrediente ativo glifosato é um dos principais, reflete-se sobre as consequências do uso da referida mercadoria,

que foi objeto[1] da ação civil pública N.º: 0021371-49.2014.4.01.3400, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF) em face da União e Agencia Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Devido à ação civil pública supramencionada, decidiu-se liminarmente:

> Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA apenas para determinar à Anvisa que finalize os processos de reavaliação toxicológica dos ingredientes ativos glifosato, lactofem, carbofurano, abamectina, tiram e paraquate no prazo máximo de noventa dias, findos os quais deverá informar este Juízo sobre o resultado alcançado (2014).

Tendo em vista que o objeto principal da ação civil pública é o banimento do uso do ingredientes ativos de agrotóxicos, nesse artigo será dado enfoque ao glifosato, por questões metodológicas e, por consequência, a (não) aplicação do princípio da precaução, posto que há limites para aplicação do princípio.

2 A sociedade de risco e o princípio da precaução: abordagem do contexto histórico da elaboração do princípio

Para abordar esse contexto histórico específico, é necessário observar obras da literatura científica que estão encaixadas no período entre a primeira elaboração institucional do princípio da precaução (programa governamental alemão sobre direito ambiental, de 1971) até a publicação do primeiro diploma internacional que irá abordar o princípio da precaução (Declaração de Bergen sobre Desenvolvimento Sustentável, de 1990).

Utiliza-se, portanto, como reflexo daquele momento histórico, o sociólogo alemão Beck (1986)[2]. É nesse momento[3] que prosperou a discussão sobre a bioética, que reordenou a leitura tradicional da ética[4] ao encarar as ações humanas como complexas, (im)previsíveis e consequentes à vida e ao viver.

Segundo o autor, o conceito de *risco* assume aspectos específicos, a partir do momento em que há superação do paradigma da sociedade industrial pelo paradigma da *sociedade de risco*, onde o paradigma da sociedade industrial discute a distribuição da riqueza socialmente produzida e o paradigma da *sociedade de risco* que distribui *riscos*:

> [...] É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda palavra 'risco' tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura e não o da possível autodestruição da vida na Terra. [...] Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora,

[1] Em conjunto com outros ingredientes ativos: parationa metílica, lactofem, forato, carbofurano, abamectina, tiram, paraquate.

[2] Utiliza-se a referida obra, pois o autor coloca a questão ambiental no centro da discussão social da época, igualmente sua obra é referendada por autores, por exemplo, Anthony Giddens.

[3] Sobre a origem do termo "bioética", ver: GOLDIM, J. R. . Bioética: origens e complexidade. In: Ricardo Timm de Souza; Nythamar Fernandes de Oliveira. (Org.). Fenomenologias III - Bioética, Biotecnologia, Biopolítica. 1 ed. Porto Alegre, 2008, v. 1, p. 327-342.

[4] Ainda que o autor não discuta explicitamente a bioética, importante ressaltar que os elementos trazidos na obra "Sociedade de Risco" são amplamente debatidos no âmbito da bioética.

> fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São produto de série do maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior. (p. 25)

Os riscos dos produtos da modernização não são tangíveis da mesma forma que eram os produtos da sociedade industrial, por exemplo, radioatividade, toxinas presentes no ar, na água e nos alimentos, além disso, são passíveis de processos sociais de definição (Beck, 2010, p. 27), assim se permite que haja disputa sociopolítica em cima da definição dos riscos da força produtiva, posteriormente Beck irá tratar do "potencial político das catástrofes".

É esse o ponto de comunicação entre a sociedade de riscos e seu objeto descrito por Beck e o princípio da precaução, presente no direito ambiental e decorrente da bioética, porquanto "que irá analisar as probabilidades na utilização de medidas tecnológicas, por exemplo, remédios para cura de doenças, de tal forma que o objetivo do princípio da precaução, segundo Hogeman e dos Santos

> [...] a prévia avaliação comparativa em torno dos riscos e benefício à saúde, não só do sujeito da experimentação, mas também da coletividade, ficou consignada como pressuposto das experiências com seres humanos. (p. 139)

A normatização desse princípio no parâmetro internacional (ONU, Direito Alemão, Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte) obriga o agente público a agir nos casos em que há contingência quando há aplicação do saber tecnológico, contudo a aplicação do princípio da precaução não ocorre de maneira irrefreada, porquanto deve ser respeitada a proporcionalidade:

> [...] a exacerbação de medidas precaucionais reverte-se em efeito paralisante, a ponto de inviabilizar o progresso científico, social e econômico. Portanto, a conciliação entre os objetivos da experimentação com seres humanos requer uma análise ancorada no princípio da proporcionalidade, com o propósito de coordenar o juízo de valor para atingir melhores escolhas. (GUASTINI, 1999, p. 149-150)

Tendo em vista que o princípio da precaução procede de fundamentos da bioética, urge a conveniência em elucidar essa área do conhecimento, relativamente recente, um dos autores que fundam o termo da bioética é Fritz Jahr ao estender a obrigação da ética a todos os seres vivos (Goldim, 2006, p. 86), mas somente a partir da década de 70 é que passará a ser debatido de forma aprofundada, principalmente na obra de Van Rensselaer Potter, através do livro "Bioethics: bridge to the future" (Goldim, 2006, p. 86).Também segundo Goldim (2006)

> a criação do termo bioética era atribuída a Van Rensselaer Potter, quando publicou um artigo (3), em 1970, caracterizando-a como a ciência da sobrevivência. Na primeira fase, Potter qualificou a Bioética como Ponte (4), no sentido de estabelecer uma interface entre as ciências e as humanidades que garantiria a possibilidade do futuro. [...] Posteriormente, no final da década de 1980, Potter enfatizou a característica interdisciplinar e abrangente da Bioética, denominando-a de global (5). (p. 86)

Posto que a origem do estudo bioético é alicerçado na interdisciplinaridade e na necessidade de uma aproximação das ciências e das humanidades, necessário relembrar que na obra de Beck (1986), salienta-se as limitações do método científico, especialmente quando se fala em relacionar o nexo de causalidade, ponto central do pensamento científico.

Após a breve explanação acerca da Bioética, um conceito abrangente que abarca o princípio da precaução, visto que este buscará minimizar a utilização de atividades ou produtos que possam promover riscos contra a saúde pública ou meio-ambiente, por intermédio de uma abordagem interdisciplinar que relativiza alguns paradigmas científicos, por exemplo, o nexo de causalidade.

No dicionário latino-americano de Bioética, o verbete "principio de precaución", inicialmente é abordado a sua roupagem histórica, momento de institucionalização do princípio no programa governamental alemão de proteção ao meio-ambiente de 1971, posteriormente, a sua incorporação em tratados internacionais, de acordo com o dicionário latino-americano de Bioética, o princípio da precaução pode ser definido como

> El principio de precaución aspira a orientar las medidas a tomar cuando se sospecha que determinados productos o tecnologías crean un riesgo grave para la salud pública o el medio ambiente, pero todavía no se cuenta con una prueba definitiva de tal riesgo. (Andorno, ano, p. 345)

Importante ressaltar que Andorno (2008) explica o *modus operandi* do princípio da precaução

> Pero el principio de precaución viene a decir que cuando el riesgo para la población o el medio ambiente se presenta como verosímil, sería irresponsable no hacer nada com la excusa de que todavía no se tiene una prueba concluyente de tal riesgo. (p. 346)

Ademais, ressalta-se que existem nuances à aplicação do princípio precautório, posto que a solução mais extrema é suspender a aplicação de alguma tecnologia, por exemplo, o uso de determinado pesticida, de acordo com Andorno (2008, p. 346) algumas medidas que podem ser aplicadas com base no princípio precautório:

(a) promover aprofundamento dos estudos científicos;

(b) impor o uso de etiquetas para advertir o consumidor do risco;

(c) acompanhar cuidadosamente o produto;

(d) incentivar pesquisas de soluções alternativas mais seguras;

Assim, o princípio incentiva a busca de soluções alternativas e novos mecanismos solucionadores, que sejam compatíveis com a qualidade de vida da geração presente e gerações futuras, por isso, o princípio não é um freio ao desenvolvimento tecnológico, e sim um critério orientador.

Em um subitem Andorno (2008, p. 346-347) trata das seis "condiciones de aplicación del principio de precaución": necessário (1) a incerteza do risco, posto que não é possível demonstrar a causalidade do dano e a tecnologia utilizada, ao contrário da prevenção que sabe os riscos produzidos por determinados produtos (exemplo, máquina de raio-x, cigarro, bebidas alcoólicas, etc.), enquanto a prevenção trata do risco atual, a precaução trata de um risco potencial.

Também é importante a (2) avaliação científica do risco, é imprescindível que haja um caráter científico para a incerteza, ou seja, deve obedecer a um rito científico que avalie o que é incerto na aplicação do mecanismo ou produto em questão e a consequências eventuais da inaplicabilidade do princípio, esse requisito é importante para evitar a discricionariedade na aplicação. (3) Se o dano é grave ou irreversível, grave enquanto afeta a saúde pública e o meio-ambiente, e irreversível quando não há possibilidade de renovação daquilo que é afetado ou de recuperação de quem é afetado.

Ademais, (4) a aplicação do princípio deve ser feita proporcionalmente ao elemento objeto, um exemplo trazido pelo autor é a aplicação de determinada medida causar a perda de inúmeros postos de trabalho, isto é, deve-se levar em conta o custo socioeconômico da medida precautória.

Não pode estar à parte desse processo, (5) a transparência, posto que o ente público deve dar publicidade à comunidade e às empresas, igualmente a transparência deve ser observada por aqueles que promovem os produtos/técnicas/etc. Por fim, também é aplicável ao princípio da precaução, o instituto da (6) inversão do ônus da prova, assim, quem introduz o potencial risco deve eliminar majoritariamente as dúvidas da periculosidade ou insalubridade do produto ou atividade em questão.

Conclui-se, o princípio da precaução pertence ao campo epistemológico da bioética e a sua construção está ligada à momento histórico distinto (sociedade de risco), onde as inovações tecnológicas inverteram a relação entre homem e natureza fazendo com que o método científico fosse questionado (necessidade do nexo de causalidade), de tal forma que o princípio passou a orientar as relações científicas, não como freio, mas sim como orientador do desenvolvimento científico.

3 O processo de reavaliação toxicológica do ingrediente ativo glifosato

Em primeiro lugar, insta demonstrar os fundamentos jurídicos dos processos de reavaliação de agrotóxicos no ordenamento jurídico pátrio, posto que a administração pública está adstrita ao princípio da legalidade[5], de forma breve e didática, Marcelo Alexandrino (2016, p. 215)[6] apresenta o princípio da legalidade

> A administração pública está sujeita, sempre, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. E não é ela- mas apenas a lei e a própria Constituição - quem determina quais atuações são condizentes, ou não, com o interesse público. Disso tudo resulta que não é suficiente a ausência de proibição em lei para que a administração pública possa agir; é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa para que ela possa validamente ocorrer.

Assim sendo, a Lei 7.802, de 1989, permite a produção, exportação, importação, comercialização e utilização dos agrotóxicos, enquanto a Lei 8.782, de 1999 define a competência da ANVISA para regulamentar, controlar e fiscalizar produtos que envolvam risco à saúde, neste caso, agrotóxicos.

Somente com o Decreto 4.702, de 2002, que regulamenta a Lei 7.802, de 1989 supramencionada, é que há a previsão de reavaliação de registro de agrotóxicos no país, posto que não havia previsão para revalidação ou renovação dos registros.

De tal maneira que o procedimento para a reavaliação dos registros referentes aos agrotóxicos foi estabelecido na Instrução Normativa Conjunta N.º: 2, elaborada em conjunto pelo Ministério da Agricultura e Abastecimento, Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos

[5] Previsto na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (artigo 37) e Lei 9.784, de 1999 (art. 2º) que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal

[6] Foge ao escopo do artigo uma abordagem aprofundada do princípio da legalidade, neste sentido ver obra de Celso Antônio Bandeira de Mello: Curso de Direito Administrativo. 2015. 32ª Ed. Malheiros.

Naturais Renováveis (IBAMA) e ANVISA, publicada no Diário Oficial da União (DOU), em 29 de setembro, de 2006.

A Instrução Normativa Conjunta estabelece no artigo 1º, as situações que permitem a reavaliação dos agrotóxicos:

> Art. 1º As reavaliações dos agrotóxicos, seus componentes e afins serão efetuadas nas seguintes situações:
> I - quando ocorrer alerta de organização internacional responsável pela saúde, alimentação ou meio ambiente, da qual o Brasil seja membro integrante ou signatário de acordo ou convênio, sobre riscos ou que desaconselhem o uso de agrotóxico, componente ou afim;
> II - por iniciativa de um ou mais dos órgãos federais envolvidos no processo de avaliação e registro, quando houver indícios de redução de eficiência agronômica, alteração dos riscos à saúde humana ou ao meio ambiente, e
> III - a pedido do titular do registro ou de outro interessado, desde que fundamentado tecnicamente.

O artigo 1º, III da mencionada instrução normativa permitiu que o Ministério Público Federal (enquanto interessado) ajuizasse ação civil pública contra a União Federal e a ANVISA pedindo em sede de antecipação de tutela a reavaliação toxicológica do glifosato e outros 7 ingredientes ativos de agrotóxicos, a não concessão de novos registros de produtos que contivessem os ingredientes ativos mencionados na peça exordial e a suspensão dos registros dos produtos que contivessem os ingredientes ativos discutidos.

Posto que o pedido antecipatório de tutela foi negado, o MPF renovou os pedidos, juntando documento da Organização Mundial de Saúde (OMS) que há uma limitada evidência da carcinogenidade inerente ao ingrediente ativo glifosato[7]. Assim, decidiu interlocutoriamente, em 22 de junho de 2015, a juíza federal substituta Luciana Raquel Tolentino de Moura, consoante decisão apresentada na introdução do presente artigo, a determinação à ANVISA para finalizar o processo de reavaliação toxicológica do glifosato entre outros ingredientes ativos.

Assim, em obediência à decisão judicial, em 25/11/2015 a ANVISA sob reunião técnica indicou a necessidade de estudo aprofundado sobre a carcinogenidade do glifosato, posto que não há consenso na comunidade científica, assim, desde fevereiro de 2016, a ANVISA espera para concluir se o Glifosato pode ser considerado carcinógeno (2016).

Todavia, não houve a resposta institucional da ANVISA até o presente momento (18/04/2016), além disso, consoante notícia publicada em 20/01/2017 o ingrediente ativo glifosato permanece na lista de ingredientes ativos de uso autorizado no Brasil.[8]

4 (In)aplicabilidade do princípio da precaução em relação à reavaliação do ingrediente ativo glifosato

Diante do exposto, na ausência de pronunciamento da administração pública há espaço para analisar a possível aplicação do princípio precautório em relação à reavaliação do registro do ingrediente ativo glifosato, com base na literatura científica, governamental ou institucional acerca do ingrediente ativo.

---

[7] Disponível em: <https://pedlowski.files.wordpress.com/2015/03/monographvolume112.pdf>. Acesso em: 09/04/2017.
[8] Notícia disponível em: <http://migre.me/wpaG2>. Acesso em: 09/04/2017

Não se olvida os requisitos para aplicação do princípio, descritos anteriormente, pois a aplicação do princípio realizada desproporcional e irrazoavelmente pode gerar um efeito paralisante no desenvolvimento (HOGEMAN e DOS SANTOS, 2015, p. 142). Deste jeito, usar-se-á as condições de aplicação do princípio expostas no artigo de Roberto Andorno, isto é: incerteza de risco, avaliação científica do risco, grau do dano, proporcionalidade, transparência e a inversão do ônus da prova.

Um dos elementos centrais para a aplicação do princípio da precaução é a avaliação científica do risco, segundo a ANVISA, em reunião técnica para discutir o caráter carcinógeno do glifosato, há divergência em relação a essa matéria (se o ingrediente ativo possui efeitos carcinógenos/mutagênicos ou não) e usa como respaldo as considerações feitas pelas agências reguladoras dos seguintes países: Austrália, Canadá, Estados Unidos e Europa, que avaliaram o glifosato como não-carcinogênico.

Em 2015, ano do ajuizamento da ação civil pública, a OMS havia publicado estudo monográfico que associava o glifosato à possível carcinogenicidade às pessoas humanas, registra-se que o estudo monográfico, avaliou o uso, a inalação, uso doméstico e à presença do glifosato na dieta.

Todavia, a partir de maio de 2016, o Comitê Permanente de Plantas, Animais, Alimentos de Consumo Humano e Animal da Comissão Europeia se reuniu[9] para decidir acerca do prolongamento da venda do ingrediente ativo glifosato, nesse ínterim, em novo estudo realizado pela OMS foi concluído

> The Meeting reaffirmed the group ADI for the sum of glyphosate and its metabolites of 0–1 mg/kg bodyweight on the basis of effects on the salivary gland. The Meeting concluded that it was not necessary to establish an ARfD for glyphosate or its metabolites in view of its low acute toxicity. (2016, p. 2)

Embora contradiga a primeira monografia elaborada pela OMS, a segunda monografia estava restrita à exposição do ingrediente ativo na dieta do ser humano e não ao uso (doméstico) e inalação do ingrediente ativo, uma diferença qualitativa que não encerra a discussão sobre os riscos da aplicação do ingrediente ativo, mas apenas, provisoriamente, demonstra que não subsistem indícios suficientes para comprovar a carcinogenicidade do glifosato, quando presente na dieta humana.

Outras instituições discutiram (discutem) a existência do risco carcinógeno no uso do glifosato, a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar (EFSA) concluiu que é improvável que o glifosato seja considerado carcinógeno e a evidência não é suficiente para relaciona-lo como tal, em acordo ao regulamento da instituição.

Já o Parecer Técnico nº 1/2015 realizado por pesquisadores da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em considerações finais diz:

> Diante dos efeitos tóxicos resumidamente descritos para o glifosato e suas formulações, é relevante enfatizar que a ampla utilização de produtos à base de glifosato tem resultado na contaminação ambiental não só nas regiões onde é plicado, mas também atinge alvos muito distantes dos locais de aplicação. Desta forma, é imperativo que os registros dos herbicidas a base de glifosato sejam imediata e rigorosamente reavaliados. (2015. p. 7)

[9] Notícia disponível em: <https://www.publico.pt/2016/05/19/ciencia/noticia/glifosato-sem-consenso-entre-paises-da-uniao-europeia-1732460>. Acesso em 09/04/2016.

O parecer técnico buscou amparo na literatura científica produzida até então, inclusive artigos científicos que responsabilizam o uso do glifosato pelo aparecimento de doenças graves como: desordens gastrointestinais, obesidade, diabetes, doenças cardíacas, depressão, autismo, infertilidade, câncer, mal de Alzheimer e mal de Parkinson; doença celíaca e intolerância a glúten[10].

Por conseguinte, resta claro que há divergência entre a literatura científica no tocante ao caráter carcinógeno/mutagênico do ingrediente ativo glifosato, desse modo, a matéria da avaliação do risco está presente e preenchida de certa forma e conectada à incerteza do risco.

Ambos elementos estão relacionados ao nexo de causalidade entre o uso do produto e a existência do dano, nesse ponto, recorda-se a discussão proposta por Ulrich Beck:

> Suposições causais, no entanto, por definição escapam – como desde Hume já sabemos – à percepção. Elas são teoria. Sempre têm de ser conceitualmente adicionadas, presumidas como verdadeiras, acreditadas. Também nesse sentido os riscos são invisíveis. A causalidade suposta segue sendo algo mais ou menos incerto e provisório. Trata-se, nesse sentido, também no que diz respeito à consciência cotidiana do risco, de uma consciência teórica e portanto cientificizada. (p. 33)

Isto posto, consideram-se preenchidos os requisitos que aludem à incerteza do risco e à avaliação científica do risco, contudo ainda resta a discussão acerca do grau do dano, proporcionalidade na aplicação do princípio precautório e a inversão do ônus da prova.

Não se apreciará a última condição de aplicação do princípio da precaução, tendo em vista que não há discussão em relação ao ônus probatório. Portanto, passa-se a discutir o grau do dano que está ligado à proporcionalidade na aplicação do princípio, se o grau do dano (incerto) é grave e irreversível, a resposta precautória deve ser condizente e evitar de qualquer forma o uso do produto.

O espectro das consequências concernente ao uso do glifosato é amplo, vai desde a inexistência de consequências negativas às consequências graves, como, câncer, mal de Parkinson, mal de Alzheimer, entre outras, dessa maneira, se há possibilidade da existência de um dano grave pode ser aplicada uma medida proporcional ao dano, isto é, suspensão do uso do produto em questão, o glifosato, todavia não é consolidada a existência dos referidos danos.

Sintetiza-se a discussão da (in)aplicabilidade do princípio da precaução em relação à reavaliação do ingrediente ativo glifosato realizada pela ANVISA, na necessidade de levar em conta a existência de estudos científicos que conceituam o uso do glifosato como pernicioso, posto que até o momento a manifestação institucional dá ênfase às considerações positivas do uso do herbicida.

5 Considerações finais

Desse modo, após a sociedade ocidental passar por modificações que alteraram o ponto de vista epistemológico das ações humanas, no momento de fortalecimento da noção Bioética (GOLDIM, 2006, p. 90) a mesma forma que alterações em relação aos paradigmas epistemológicos e mudança da relação homem-natureza (BECK, 2010, p. 23-24).

[10] Samsel e Sneff (2013a, 2013b, 2015) publicaram artigos científicos nos quais inferem que, devido ao seu modo de ação e à sua crescente disseminação nos alimentos e no ambiente, o glifosato tem sido responsável pelo desencadeamento de doenças graves cada vez mais comuns na população, incluindo: desordens gastrointestinais, obesidade, diabetes, doenças cardíacas, depressão, autismo, infertilidade, câncer, mal de Alzheimer e mal de Parkinson; doença celíaca e intolerância a glúten. (UFSC, 2015, p. 3)

Infere-se que o princípio da precaução pertence ao campo do saber bioético, a parti do momento que busca nortear as relações humanas encarando as consequências para além do ser humano, mas também ao meio ambiente e entende que o desenvolvimento tecnológico não pode ocorrer a qualquer custo (ANDORNO, 2008, p. 346).

Todavia, a aplicação do princípio precautório deve obedecer a algumas condições específicas (ANDORNO, 2008, p. 346-347), em obediência a tais preceitos o procedimento de reavaliação dos registros dos ingredientes ativos utilizados em agrotóxicos pela ANVISA seguiu determinados ritos, bem como estava ancorado nos diplomas legais brasileiros.

Posto que um dos principais ingredientes ativos em discussão é o glifosato, bem como a pesquisa científica deve ser objetiva, possuir um objeto bem delimitado e possuir certa relevância social (PRODANOV, FREITAS, 2013, p. 19), o objeto do artigo foi delimitado à discussão do processo de reavaliação do registro do ingrediente ativo glifosato.

Assim, após análise das movimentações institucionais que concluíram, por ora, que o ingrediente ativo não pode ser classificado como carcinógeno ou não, sendo necessário uma avaliação técnica aprofundada do produto, o motivo para tal decisão decorreu das classificações das agências reguladoras internacionais.

Ocorre que, a literatura científica diverge acerca dos riscos presentes no uso do ingrediente ativo glifosato, portanto não há possibilidade de opinar categoricamente acerca do caráter carcinógeno do glifosato, nos moldes científicos atualmente postos.

Nesse momento, traz-se a crítica feita em relação ao método científico que exige prova inequívoca ou contundente do nexo de causalidade entre o dano causado e o uso do produto (BECK, 2010, p. 33). Deste jeito, novamente houve menção às condições de aplicação do princípio da precaução e as análises feitas em relação ao potencial carcinógeno do ingrediente ativo glifosato.

Concluiu-se, pela necessidade da agencia reguladora brasileira levar em conta os estudos que demonstram o potencial de dano na utilização do referido ingrediente químico, bem como a possibilidade de utilizar a medida mais extrema do princípio precautório, isto é, a suspensão da utilização do produto.

Ressalta-se que o presente artigo não possui intenção de encerrar a discussão sobre a decisão institucional tomada pela ANVISA, mas sim, propor um maior aprofundamento do debate, da mesma forma, mostrar que o princípio da precaução e as noções bioéticas não servem como freio ao desenvolvimento tecnológico, senão um princípio norteador do desenvolvimento biotecnológico.

Referências

BRASIL. Decreto n. 4.074, de 4 de janeiro, de 2002. Regulamenta a Lei no 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em 08/03/2017

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia científica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

HOGEMANN, Edna Raquel; DOS SANTOS, Marcelo Peira. S*ociedade de Risco, Bioética e Princípio da Precaução*. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 12, n. 24. P. 125 -145. Julho/Dezembro de 2015.

ANDORNO, Roberto. "Principio de precaución", *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. J. C. Tealdi, coord., Bogotá. Unibiblos y Red Latino Americana y del Caribe de Bioética de la UNESCO. vol. II. 2008. p. 345-347.

TRONCOSO, María Isavel. El princípio de precaución y la responsabilidade civil. *Revista de Derecho Privado*, v. 18, p. 205-220. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010

BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

GOLDIM, José Roberto. *Bioética*: origens e complexidade. Rev. HCPA, 26(2), 86-92, 2006.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Ação Civil Pública nº 0021371-49.2014.4.01.3400-DF. Autor: Ministério Público Federal (MPF). Reús: Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e União Federal. Juíza: Luciana Raquel Tolentino de Moura. Distrito Federal, Data de autuação 24/03/2014.

IARC (International Agency for Research on Cancer). IARC Monographs Volume 112: evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides. Lyon. 20 March 2015. Nota técnica. Disponível em: https://www.iarc.fr/en/media-centre/iarcnews/pdf/MonographVolume112.pdf. Acesso em: 18 abr. 2017.

FAO (Food and Agriculture Organization of the United Nations)/WHO (World Health Organization). Joint FAO/WHO Meeting On Pesticide Results: summary reports. Geneva. 9-13 May 2016. Nota técnica. Disponível em: http://www.who.int/foodsafety/jmprsummary2016.pdf. Acesso em: 18 abr. 2017.

EFSA (European Food Safety Authority). Conclusion on the peer review of the pesticide risk assessment of the active substance glyphosate. EFSA Journal Journal 2015;13(11):4302, 107 pp. doi:10.2903/j.efsa.2015.4302. 2015. Nota técnica. Disponível em: https://echa.europa.eu/documents/10162/13626/efsa_glyphosate_conclusion_en.pdf. Acesso em: 18 abr. 2017.

ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Reavaliação de Agrotóxicos. 20 jun. 2016 Informação Técnica. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/informacoes-tecnicas13/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/reavaliacao-de-agrotoxicos/219201/pop_up?_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_viewMode=print&_101_INSTANCE_FXrpx9qY7FbU_languageId=en_US. Acesso em: 18 abr. 2017

UFSC (Universidade Federal de Santa Catarina). Parecer Técnico N.01/2015. 2015. Nota técnica. Disponível em: http://noticias.ufsc.br/files/2015/07/parecer-t%C3%A9cnico-N.-01.pdf. Acesso em 18 abr. 2017.

JONAS, Hans. *El principio de reponsabilidad*. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica, Barcelona: Herder, 1995.

FINANCIAMENTO PÚBLICO DA SAÚDE BRASILEIRA NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL – UMA ABORDAGEM HISTÓRICO SOCIAL

Márcia Estela Franco
Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
marfranco_03@hotmail.com

Gleicy Denise Vasques Moreira
Professora Doutora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
gleicyvasques@gmail.com

Resumo:

A saúde brasileira, considerada incipiente no período anterior à Constituição Federal de 1988, em especial a pública, inaugura, com o Sistema Único de Saúde, uma nova fase partindo do seu reconhecimento enquanto direito universal. Não obstante, surgem os novos desafios de um sistema (ainda) em construção, dentre esses os de gestão e financiamento. Este artigo tem por objetivo compreender o financiamento do sistema público de saúde brasileiro na perspectiva do direito fundamental à saúde. Destarte, inicia com conceituações de saúde e enfatiza os fatores determinantes e condicionantes desta, inclusive no contexto de desenvolvimento humano. Utilizando uma abordagem qualitativa, desenvolvida por pesquisa bibliográfica e documental, o artigo percorre uma trajetória histórica da Saúde Pública, a partir da Constituição Federal de 1988, transitando pela criação do Sistema Único de Saúde e as leis que regulamentaram sua operacionalização. Demonstra que através de lutas político-sociais, motivadas pela necessidade de vinculação de recursos para a saúde, o financiamento desta foi sendo elaborado, muitas vezes com avanços e retrocessos, culminando recentemente nas Emendas Constitucionais 29/2000, 86/2015 e 95/2016 que instituiu o atual Novo Regime Fiscal.

Palavras Chave: Saúde pública. Direito à saúde. Financiamento da saúde.

PUBLIC FUNDING OF BRAZILIAN HEALTH IN THE CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE - A SOCIAL HISTORICAL APPROACH

Abstract :

The Brazilian health, considered incipient in the period prior to the Federal Constitution of 1988, especially the public one, inaugurates, with the Unified Health System, a new phase starting from its recognition as a universal right. Nonetheless, the new challenges of a (still) under construction system, including those of management and financing, arise. This article aims to comprehend the financing of the Brazilian public health system from the perspective of the fundamental right to health. Under these circumstances, it begins with health conceptualizations and emphasizes the determinants and conditioning factors of it, including the human development context. Using a qualitative approach, developed by bibliographical and documentary research, the article traces a historical trajectory of Public Health, starting from the Federal Constitution of 1988, moving through the creation of the Unified Health System and the laws that regulate its

operationalization. It demonstrates that through political-social struggles, motivated by the need to link resources to health care, health financing has been elaborated, often with advances and setbacks, culminating recently in Constitutional Amendments 29/2000, 86/2015 and 95/2016 which established the current New Tax Regime.

Keywords: Public health. Right to health. Health financing.

1 Introdução

Em 1988, fruto de lutas sociais, o direito à saúde é concebido constitucionalmente como um direito fundamental no campo dos direitos sociais.

> Assim, a Constituição federal de 1988, marco da redemocratização do país, estabeleceu garantias fundamentais a todo cidadão, institucionalizando seus direitos. (NORONHA e PEREIRA, 2013, p.19)

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o direito universal à saúde, estabeleceu que a chamada Seguridade Social, através de ações integradas dos Poderes Públicos e da sociedade, deveria assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Quando pensamos em Sistema Único de Saúde-SUS, visualizamos um amplo sistema que deve garantir não somente os atendimentos de saúde à uma parcela da população brasileira, digamos, mais carente de recursos próprios. Estamos diante de um sistema de cobertura universal e abrangência além do atendimento profissional a uma demanda de saúde-doença, propriamente dita. O SUS está presente em inúmeras ações, como as de vigilância sanitária e epidemiológica, de saneamento básico, vigilância nutricional, formulação de políticas de medicamentos, hemoderivados e um rol extenso de ações constantes na Lei 8080/1990, aqui respeitosamente exemplificadas.

Ocorre, que por ser um sistema público e em construção, tem sido alvo de críticas concernentes principalmente à gestão e ao financiamento.

> No debate setorial, já se estabeleceu consenso de que os principais problemas do SUS são de duas ordens, financiamento e gestão. Diversas iniciativas já foram implementadas com o objetivo de racionalizar o uso dos recursos e melhorar o desempenho do sistema, enquanto outras têm sido planejadas para esta mesma finalidade. Contudo, mesmo que se melhore a eficiência do SUS, objetivo sempre desejável, existe, do ponto de vista assistencial, déficit na oferta de serviços em diversas regiões do país, refletido nas intermináveis "filas de espera", sobretudo no tocante ao atendimento especializado e à realização de exames de diagnóstico e terapia. Melhorar a gestão, sempre recomendável, pressupõe investimento na capacitação de recursos humanos, na modernização de processos de trabalho, em sistemas informacionais e na infraestrutura tecnológica, e para isso é preciso dispor de recursos financeiros suficientes e estáveis, e de decisão política como requisito indispensável. (VIEIRA e BENEVIDES, 2016)

O sistema de saúde público universal brasileiro, denominado de Sistema Único de Saúde, apesar de receber a denominação de único, faz-se descentralizado e opera com a definição de responsabilidades, inclusive financeiras, das três esferas de governo.

As responsabilidades de cada esfera do governo inerentes ao SUS estão estabelecidas em lei e sua operacionalização foi sendo construída e modificada ao longo de quase três décadas de sua criação.

O financiamento público da saúde no Brasil tem sido tema recorrente nas discussões nos movimentos sociais, nos meios políticos, acadêmicos e da economia, isso por ser considerado, muitas vezes, insuficiente para garantir o atendimento às necessidades de saúde da população brasileira.

Com o objetivo de compreender o financiamento do sistema público de saúde brasileiro na perspectiva do direito fundamental à saúde, o presente artigo pretende fazer uma abordagem histórico social a partir da criação do Sistema Único de Saúde até a atualidade com o chamado Novo Regime Fiscal brasileiro.

Almejando alcançar objetivo proposto, o estudo o faz através de método descritivo de abordagem qualitativa, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental.

Inicia com uma contextualização da saúde pública, partindo da conceituação pela Organização Mundial da Saúde e sua relação e aplicação no direito brasileiro à saúde à luz da Constituição Federal de 1988. Posteriormente a essa relação, a parte principal do artigo se pautará na estruturação, em especial no que concerne ao financiamento, do Sistema Único de Saúde.

Justifica-se o tema estudado por tratar de direito fundamental, e como tal, importante social e juridicamente, principalmente em um cenário atual que apresenta divergências de interpretações do novo regime fiscal proposto, envolvendo direitos constitucionalmente tutelados.

2 Saúde Pública e o Direito à Saúde no Brasil

Ao tratar do tema saúde e melhor compreendê-la como direito fundamental, é preciso mencionar conceitos que o permeiam; assim, a Organização Mundial de Saúde (OMS) estabelece, no preâmbulo da sua Constituição em 1946, o emblemático conceito de saúde como: "(...) estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade."

Primeiramente, o conceito afasta a ideia de saúde unicamente como ausência de doença como em período anterior era tratada, destarte podemos visualizar, além de biológicas, suas dimensões sociais, econômicas e culturais. Ademais, ainda no mesmo documento, a OMS é taxativa ao definir que a saúde é um direito fundamental,

> "Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social". (OMS, 1946)

Porém, para Schwartz o conceito de saúde da OMS não é operacional por depender de muitas escalas decisórias, e por isso é alvo de críticas, e afirma:

> Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal, pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume

> o papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem estar físico, social e mental. (SCHWARTZ, 2001, p.36)

Entende Schwartz ainda, que a saúde faz parte de um sistema social sobre o qual nos encontramos, e que é necessário a entendermos como um processo em constante construção.

A saúde é "un processo dinámico, es um fenómeno holístico, por lo tanto no pueden darse definiciones estáticas, permanentes." (PARRA, 1999, p. 118 apud SCHWARTZ, 2001, p.39)

Nesse entendimento, Schwartz afirma:

> A saúde é um processo sistêmico, significando que é uma meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade. (SCHWARTZ, 2001, p.39)

No Brasil, fruto de lutas sociais, em 1988 o direito à saúde é concebido constitucionalmente dentre os direitos fundamentais, no campo dos direitos sociais por força do art. 6º da Carta Magna.

> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

O artigo 196 da CF assim conceitua a saúde:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

A Lei 8080/90 que regulamentou a operacionalização do SUS à luz do conceito de saúde do texto constitucional acima transcrito, deixa claro, em seu artigo 3º, que os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país, e ainda, traz como determinantes e condicionantes desta, a alimentação e moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Logo se visualiza a pretensa abrangência das obrigações do Estado ao garantir constitucionalmente, através de políticas econômicas e sociais, condições de vida com dignidade que possam determinar a saúde da população.

> O direito à saúde talvez seja o direito social que está mais diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. É uma noção até mesmo instintiva a de que uma vida humana não é dignamente vivida senão com saúde. (BATISTA, 2015)

Importa ressaltar ainda, neste contexto, que a saúde é pilar fundamental para verificação do índice de desenvolvimento humano - IDH, aplicado anualmente pela Organização das Nações Unidas através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD nas mais diferentes nações mundiais, utilizado a partir da década de 1990, essa verificação sofreu evolução ao longo dos anos.

De acordo com o PNUD,

> Há vinte e cinco anos, o primeiro Relatório do Desenvolvimento Humano, publicado em 1990, partiu de um conceito simples: o desenvolvimento significa alargar as escolhas humanas atribuindo maior destaque à riqueza das vidas humanas, e não, de forma redutora, à riqueza das economias. (PNUD, 2015).

No mesmo sentido, Carrara e Ventura lembram que:

> Saúde e desenvolvimento estão intimamente ligados, uma vez que o processo de desenvolvimento envolve a consolidação do direito à saúde. Nessa perspectiva, visando estimar o nível de desenvolvimento dos países, o Programa das Nações Unidas (UNDP) introduziu na década de 1990 o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que parte do pressuposto de que o desenvolvimento é multidimensional, não considerando apenas a dimensão econômica, mas também as características sociais, culturais e políticas que influenciam a qualidade de vida humana. Dessa forma, um dos requisitos para o desenvolvimento com equidade é a saúde, entendida como fator decisivo para o bem-estar das pessoas, famílias e comunidades. (CARRARA e VENTURA, 2012)

Interessa afirmar, por oportuno, que o desenvolvimento de qualquer nação não pode ser visualizado de forma isolada, como por exemplo, economicamente; mas, pelo contrário, é fundamental percebê-la enquanto fruto da evolução da humanidade nos seus mais diferentes vieses. Além do que, podemos afirmar que fatores econômicos, culturais, humanos, sociais, históricos, religiosos, políticos, filosóficos, biológicos, psicológicos, naturais, etc., são todos contributivos para o desenvolvimento de um povo.

Para ilustrar, trouxemos algumas ideias de Amartya Sen (2010) sobre desenvolvimento econômico e desenvolvimento humano:

> O fato de que o direito às transações econômicas tende a ser um grande motor do crescimento econômico tem sido amplamente aceito. Mas muitas outras relações permanecem pouco reconhecidas, e precisam ser mais plenamente compreendidas na análise das políticas. O crescimento econômico pode ajudar não só elevando rendas privadas, mas também possibilitando ao Estado financiar a seguridade social e a intervenção governamental ativa. Portanto, a contribuição do crescimento econômico tem de ser julgada não apenas pelo aumento de rendas privadas, mas também pela expansão de serviços sociais (incluindo, em muitos casos, redes de segurança social) que o crescimento econômico pode possibilitar. (SEN, 2010)

Após breves considerações sobre a saúde pública brasileira, direito à saúde e desenvolvimento, passemos à sua organização em especial no que tange ao seu financiamento desde a criação do SUS até a atualidade.

3 SUS e o Financiamento da Saúde

Necessário se faz mencionar que o sistema de saúde brasileiro foi até 1988 marcado pela exclusão de grande parcela da população, pois, essa não fazia parte do mercado formal de trabalho, e portanto, não contribuía para esse financiamento. De fato, quem não contribuía deveria pagar diretamente pelos serviços de saúde ou dependia de atendimentos feitos por ações filantrópicas.

> No início da década de 1980, a saúde contava com recursos originários de duas fontes: previdência social e orçamento fiscal. Os recursos previdenciários eram destinados, basicamente, para a assistência médico-hospitalar das pessoas que participavam do mercado formal de trabalho, ao passo que os recursos fiscais financiavam as ações típicas de saúde pública (basicamente vigilância, controle de doenças transmissíveis e vacinação) e algumas ações de assistência médica para a população não vinculada ao sistema previdenciário. (PIOLA et al, 2013, p.25)

Como já mencionado, a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o direito universal à saúde, estabeleceu que a chamada Seguridade Social, através de ações integradas dos Poderes Públicos e da sociedade, deveria assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Deste modo, a Saúde está organizada como um dos sistemas setoriais da Seguridade Social brasileira a qual se incumbe de assegurar além do direito à previdência e à assistência social, o direito à saúde, conforme se verifica no artigo 194 da Constituição Federal que afirma que a "seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social" (BRASIL, 1988)

O sistema de saúde público universal brasileiro, denominado de Sistema Único de Saúde, apesar de receber a denominação de único, faz-se descentralizado e opera com a definição de responsabilidades, inclusive financeiras, das três esferas de governo.

> A definição das responsabilidades de cada nível de governo em relação ao SUS está estabelecida na legislação infraconstitucional e sua efetivação vem sendo construída, desde sua criação em 1988, de forma gradual. (MARQUES, PIOLA e ROA, 2016, p.103)

Com a criação da Seguridade Social, a Constituição Federal estabeleceu que a mesma deveria ser financiada com recursos advindos dos orçamentos dos entes Federal, Estadual e Municipal, além das contribuições sociais.

No âmbito do Governo Federal, havia a previsão de divisão desses recursos entre Previdência, Assistência Social e Saúde, sendo que para esta deveria haver uma vinculação de 30% do Orçamento da Seguridade Social (OSS), excluído o seguro desemprego, até que fosse aprovada a primeira Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), conforme estabelecido no artigo 55 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Ocorre que, segundo Viana apud Piola et al (2013) o percentual estipulado de 30% não foi cumprido em 1990 e nem em 1991, e em 1992 só teria sido cumprido porque foram contabilizadas como partes do orçamento da saúde, ações de saneamento básico, apoio nutricional, saúde do trabalhador, merenda, encargos com inativos e pensionistas do Ministério da Saúde, entre outras.

> Tanto a primeira LDO (Lei n. 7.800/89), editada para orientar a elaboração do orçamento de 1990, bem como a segunda (Lei n. 8.074/90), dispondo sobre as diretrizes orçamentárias para 1991, não mantiveram a vinculação, restabelecida, entretanto, para o orçamento de 1992 (Lei n. 8.211/91). Neste último, o percentual destinado à saúde chegou a 30,6% do OSS. Mas, para ser alcançado, foi necessário incluir na conta da saúde dispêndios com saneamento básico, apoio nutricional, hospitais universitários, saúde escolar, merenda escolar, assistência médica e odontológica a servidores da União, além de encargos com inativos e pensionistas do MS. (BRASIL, CONASS, 2011, p.22)

Segundo Marques, Piola e Roa (2016) as contribuições previdenciárias que comumente destinavam parte à saúde, em 1993 deixaram de ser transferidas, tendo o Ministério da Saúde que recorrer ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), para garantir esses recursos.

> Nesse ano o MS teve que recorrer a empréstimos junto ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) para garantir um mínimo de recursos para a saúde, empréstimos esses cujo pagamento consumiu parte do orçamento da saúde nos anos subsequentes. (MARQUES, PIOLA e ROA, 2016, p.115)

> Em toda a história da saúde pública brasileira, o financiamento nunca deixou de ser discutido como um tema problemático. No período anterior à Constituição Federal de 1988 e, principalmente, no período posterior, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), em que formalmente se estabeleceu um sistema público universal, a crise do financiamento da saúde foi explicitada por meio de montantes insuficientes e indefinidos. (MARQUES, PIOLA E ROA, 2016, p.139)

As dificuldades financeiras encontradas em tão poucos anos da criação do SUS, levaram o Governo a buscar alternativas para superar a chamada crise, como a criação, em 1996, de um novo tributo, a Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (CPMF).

De caráter provisório cujo produto deveria ser integralmente aplicado no Fundo Nacional de Saúde para financiar as ações e serviços de saúde (artigo 18, da Lei 9.311, de 24 de outubro de 1996):

> A CPMF surge com o acréscimo do art. 74 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Emenda Constitucional nº 12, de 15/08/1996), que permitiu a União instituir esse tipo de contribuição. A fundamentação para sua cobrança foi a necessidade de financiamento da Seguridade Social, mais especificamente da área de saúde. (PIOLA et al, 2013, p. 26)

Ocorre que a CPMF foi prorrogada até 2002, que anteriormente vigorava com percentual de 0,20% sobre as movimentações financeiras, passa a ter alíquota de 0,38%. Posteriormente, prorrogada novamente, onde vigorou até 2007.

Nas lições de Servo et al apud Piola et al, 2013:

> Ao entrar em vigor, a CPMF passou a ser uma das principais fontes de financiamento do MS. Em 1997 já respondia por 27,8% do total de recursos, tendo alcançado 38,4% em 2002 e daí por diante, até 2007, mantendo-se em torno de 30%. Em média, no período entre 1997 e 2007, a CPMF respondeu por 1/3 do total dos recursos do MS. (SERVO et al, 2011)

Em publicação do Conselho Nacional de Secretários de Saúde de 2011, ainda sobre a CPMF:

> (...) definida como provisória, parecia ter adquirido caráter permanente, até que em 13 de dezembro de 2007 o Senado Federal não aprovou sua prorrogação. Com isso, ela deixou de ser cobrada a partir de 1º de janeiro de 2008 e o governo federal deixou de arrecadar aproximadamente R$ 40 bilhões de reais no ano. (BRASIL, CONASS, 2011, p.21)

A preocupação com o caráter provisório do financiamento e a necessidade de vinculação de recursos orçamentários para a saúde, levaram através de muita luta social e longo caminho, à aprovação da Emenda Constitucional 29 (EC/29) que assegurava a participação das três esferas do

governo no financiamento das ações e serviços públicos da saúde através da definição de um aporte anual mínimo de recursos.

> Várias propostas de vinculação de recursos para a saúde começaram a tramitar no Congresso Nacional, algumas delas anteriores a própria criação da CPMF, como a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 169-A, encaminhada ainda em 1993. Essa proposta foi sendo alterada e aglutinada a outras iniciativas de lei mencionadas a seguir. A PEC 169-A trazia a proposta de alteração do artigo 198 da Constituição Federal que teria a seguinte redação:
> A União aplicará anualmente, na implementação do Sistema Único de Saúde, nunca menos de trinta por cento das receitas de contribuições sociais que compõem o Orçamento da Seguridade Social e dez por cento da receita resultante dos impostos. [...] Os Estados, o DF e os municípios aplicarão anualmente, na implementação do Sistema Único de Saúde, nunca menos de 10% das receitas resultantes dos impostos. (PIOLA et al, 2013, p. 27)

A vinculação de recursos para a saúde era tema urgente e constante nos mais variados espaços sociais, uma vez que a Saúde Pública sofria com as diversas crises financeiras enfrentadas.

> Essa situação fez com que o tema do financiamento do SUS entrasse para a agenda decisória, levando à aprovação da EC 29. Com ela, o art. 198 da CF passou a tratar da base de cálculo para a aplicação mínima em ações e serviços públicos de saúde (ASPS), e o art. 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabeleceu os percentuais mínimos para a aplicação em ASPS pela União, Distrito Federal, estados e municípios. (VIEIRA e BENEVIDES, 2016, p.5-6)

Alguns economistas e especialistas em Saúde Pública, autores como Marques, Piola e Roa (2016) atribuem maior estabilidade do financiamento da saúde à promulgação da Emenda Constitucional 29 (EC/29), que, desde a crise instaurada pelo afastamento total de recursos previdenciários fortaleceu a luta social e parlamentar e fez surgir iniciativas que assegurassem a vinculação de recursos destinados ao SUS.

> As diversas proposições apresentadas, entre 1993 e 1999, foram aglutinadas, dando origem à Emenda Constitucional 29 de 2000.Essa emenda definiu montantes mínimos a serem aplicados pela União, estados e municípios em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS). (MARQUES, PIOLA e ROA, 2016, p. 116)

Ficava assegurada, com a EC/29, a participação das três esferas do governo no financiamento das Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), através da definição de um aporte anual mínimo de recursos.

A União deveria responder com recursos, em 2000, referentes ao montante empenhado no exercício financeiro de 1999, acrescido de no mínimo 5% (cinco por cento). A partir de 2001, o valor mínimo seria calculado a partir do exercício anterior corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB). Os estados e o Distrito Federal deveriam aplicar 12% (doze por cento) das receitas próprias, e os municípios 15% (quinze por cento).

Importa ressaltar que segundo Piola *et al* a responsabilização financeira com a saúde dos outros entes da federação se modificaria com a promulgação da EC/29:

> A EC 29 começou a ter vigência em 2000, quando a União ainda respondia por quase 60% do recurso público total aplicado em saúde. Desde então sua participação foi decrescendo, para alcançar cerca de 45% em 2011. Nesse mesmo período, entre 2000 e 2011, a participação dos estados passou de 18,5% para 25,7%, enquanto a dos municípios saiu de 21,7% para 29,6%, (...). (PIOLA et al, 2016, p.28)

O aumento da participação dos estados e municípios no financiamento da saúde, gerou um incremento real de recursos na ordem de R$ 61,6 bilhões. (PIOLA *et al*, 2013, p.29)

> A EC/29 teve impactos diferenciados em cada esfera da Federação e foi bem sucedida na busca do objetivo de atender ao princípio constitucional da descentralização, ampliando a participação de estados e municípios no financiamento das ações e serviços de saúde.
> Entre 2000 e 2011, os estados e municípios mais que triplicaram, a preços constantes, o volume de recursos destinados para a saúde, passando de R$ 28 bilhões para R$ 89 bilhões, o que correspondeu a um incremento de R$ 61 bilhões (sendo R$ 28 bilhões referentes ao incremento estadual e R$ 32 bilhões referentes ao municipal). (MARQUES, PIOLA E ROA, 2016, p.118)

Entretanto como a EC/29 dependia de regulamentação, o que ocorreu doze anos após, e, em razão de controvérsias de interpretação, muitos recursos deixaram de ser destinados à saúde, alcançando um déficit estimado de aplicação dos mesmos, valor inferior ao legalmente definido, a quase R$ 18 bilhões, segundo Marques, Piola e Roa (2016).

Embora houvesse maior incremento real de recursos para a saúde pelos estados e municípios, havia a crítica com relação à diminuição da participação da União no referido financiamento.

> A regulamentação da EC/29 foi feita pela LC nº 141, de 2012. Essa Lei resolveu diversos contenciosos em relação à interpretação de diversos pontos que geravam controvérsia, mas não incorporou a proposta de aumento da participação federal no financiamento do sistema público. Essa situação levou à proposta de Emenda Popular do movimento Saúde +10 (PLP nº 321/2013), que reivindicava a destinação do equivalente a 10% da Receita Corrente Bruta da União (RCB) para a saúde. (MARQUES, PIOLA E ROA, 2016, p.124)

Com relação à regulamentação da EC/29, houve muitos debates legislativos, entre eles a proposta de substituição da destinação de 10% Receita Corrente Bruta (proposta pela Emenda Popular do Movimento+10 – PLP nº321/2013) por 18,7% da Receita Corrente Líquida da União (RCL), alegando que haviam outros vários componentes da RCB com destinação específica.

Embora tenha conseguido 2,2 milhões de assinaturas, o projeto de iniciativa popular mencionado não foi aprovado pelo Congresso Nacional, que mediante negociações incluiu, em proposta à Emenda Constitucional, dispositivos modificando o financiamento da saúde, mais uma vez.

> Contudo, em 2015, houve mudança do método de cálculo do mínimo com ASPS da União, por meio da EC 86, vinculando-se a aplicação mínima a um percentual da Receita Corrente Líquida (RCL), de forma escalonada, como segue: 13,2% da RCL em 2016, 13,7 em 2017, 14,2% em 2018, 14,7 em 2019, 15% em 2020. (VIEIRA e BENEVIDES, 2016, p.6)

> Essa proposta, mais conhecida como PEC do Orçamento Impositivo, foi aprovada em fevereiro e promulgada pela Emenda Constitucional 86 (EC 86/2015), de 17 de março de 2015. (MARQUES, PIOLA E ROA, 2016, p.124)

E ainda, segundo Marques, Piola e Roa (2016), a EC86/2015 modificou a maneira de cálculo do piso constitucional a ser aplicado em Ações e Serviços Públicos da Saúde pela União e manteve as regras com relação aos estados e municípios. Ficando definido que, a partir de 2016, o piso constitucional da União estaria vinculado à Receita Corrente Líquida (RCL), sendo em 2016 equivalente a 13,2% da RCL; em 2017, 13,7%; em 2018, 14,1%; em 2019, 14,5%; e a partir de 2020 corresponderia a 15% da RCL.

> Art. 2º O disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo:
> I - 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> II - 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> III - 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> IV - 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional;
> V - 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente ao da promulgação desta Emenda Constitucional. (BRASIL, 2015)

Ocorre que, "em tempos de crise econômica" expressão utilizada por Vieira e Benevides (2016) ao tratar a questão do financiamento da saúde pública brasileira, mais uma vez o Governo altera as regras de aplicação de recursos para a saúde, que juntamente com outras mudanças, compreendem o chamado Novo Regime Fiscal (NRF).

Surge a Proposta de Emenda à Constituição nº 241/2016 (PEC 241/2016), protocolada na Câmara Federal em 15/06/2016, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e institui o Novo Regime Fiscal. No Senado Federal, passa a ser PEC 55/2016, e com o avanço da proposta surgem análises político financeiras diversas, dentro de um cenário, também, de mudanças políticas.

> Nesse debate, insere-se a PEC 241, que propõe um "Novo Regime Fiscal", estabelecendo um teto para as despesas primárias baseado na correção das despesas do ano anterior pela inflação do mesmo período durante vinte anos. (VIEIRA e BENEVIDES, Nota Técnica, 2016, p.4)

> Em especial, o Novo Regime Fiscal visa reverter uma trajetória histórica de crescimento real do gasto público, o que implica uma ruptura dos acordos políticos e sociais relacionados com essa dinâmica. Portanto, a eventual aprovação e consequente implementação da PEC 241 não seriam processos isolados, provavelmente se ramificando em outras medidas igualmente estruturantes que afetariam compromissos já assumidos quanto à abrangência, princípios, cobertura e qualidade das políticas sociais. (VIEIRA e BENEVIDES, Nota Técnica, 2016, p.5)

A PEC 241/2016 (Câmara dos Deputados) ou PEC 55/2016 (Senado Federal) resultou, com a aprovação do Senado, na promulgação da Emenda Constitucional 95/2016 (EC 95/2016) em 15 de Dezembro de 2016, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal.

A EC 95/2015 institui o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, e passa a vigorar por vinte exercícios financeiros, conforme os art.107 a 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Para 2017, estabelece limites individualizados ("teto") para as despesas primárias da União (Orçamento Fiscal e Seguridade Social) com base fixada no valor das despesas referentes ao exercício financeiro de 2016 corrigidas em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e, sendo que a partir de 2017 em cada ano seguinte esse limite deverá ser corrigido pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), ou seja, pela inflação do ano anterior, por vinte anos, conforme artigo 107 da EC 95/2016 ora transcrito:

> Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:
> (...)
> § 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:
> I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e
> II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.
> (BRASIL, 2016)

Além de definir o teto das despesas primárias, a EC 95/2016 revoga o art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, que se refere ao escalonamento da aplicação dos recursos para a saúde, discutidos anteriormente nesse artigo.

Apesar de um cenário extremamente atual, alguns autores como Vieira e Benevides (2016) demostraram em seus estudos sobre os efeitos da EC 95/2016 que:

> As projeções apresentadas representam um exercício dos impactos da EC 95 sobre o gasto com saúde, demonstrando que o congelamento reduz sua participação como proporção do PIB, da RCL e em termos per capita.

Em Nota Técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Vieira e Benevides (2016) já faziam uma análise não muito favorável da então PEC 421/2016 e atual EC 95/2016:

> (...) propõe o congelamento do financiamento federal do SUS, a valores de 2016, para os próximos 20 anos. Esta medida tem como base um ano em que o piso da saúde, devido à queda da RCL, ficou muito abaixo do valor empenhado no ano anterior. Soma-se ao problema da base deprimida o fato de o congelamento não levar em conta as transformações demográficas e epidemiológicas em curso no país. (VIEIRA e BENEVIDES, Nota Técnica, 2016)

Todavia, o Governo possuía suas justificativas para que fosse instituído o Novo Regime Fiscal, conforme análise realizada por Couri e Bijus (2016) em publicação da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal, onde consta, por exemplo, que a então PEC (atual EC 95/2016), pudesse vir a ser "um importante passo na direção do equilíbrio sustentável das contas públicas". (COURI e BIJUS, 2016)

A mesma análise, ao se referir ao Novo Regime Fiscal (NRF) que seria (e foi) instituído:

> O objetivo nuclear do NRF é o controle do ritmo de aumento de despesas, não se tratando, portanto, de uma proposta de "cortes" de despesas, mas do estabelecimento de uma regra geral que defina limites para o aumento de despesas em termos globais. Para que a regra geral tenha maior eficácia, é importante que se flexibilizem regras específicas de vinculação de despesa, tal como previsto na proposta para as áreas de saúde e educação, sob pena de se agravar ainda mais a rigidez do orçamento. (COURI e BIJUS, 2016)

Chegamos enfim à atualidade do financiamento da saúde pública brasileira, com opiniões das mais diversas possíveis quanto a efetividade de suas regras, umas por um lado nada otimistas e outras tentando explicar e justificar os caminhos tomados do (necessário) Novo Regime Fiscal.

4 Conclusão

O presente estudo não tem o condão de esgotar minuciosamente o assunto, mas tão somente, através de conceituações e trajetória histórica da saúde pública brasileira, promover uma reflexão o mais coerente e esclarecida possível sobre o tema, principalmente porque está presente na vida de todos os cidadãos e, não raro, estão alheios aos acontecimentos que afetam profundamente suas vidas.

A saúde no Brasil avançou lentamente na consolidação do estado do chamado bem estar social, com idas e vindas através da história da saúde pública, principalmente desde a criação do Sistema Único de Saúde com a Constituição Federal de1988.

A partir da proposta analisada nesta atividade, com acontecimentos sociais e políticos importantes, como a própria trajetória de lutas sociais do movimento sanitário e a evolução do modelo econômico, torna-se possível vislumbrar realidades, em nosso país, que permitiram o avanço do modelo de saúde pública e o seu respectivo financiamento.

Obviamente, que ainda carece-se de muitas construções, bem como percebe-se retrocessos em alguns aspectos. Mas considerado o modelo do sistema único de saúde, construído principalmente a partir a Constituição Cidadã, pode-se afirmar que já ganhou-se alguma maturidade. A instabilidade econômica e as mudanças de cenários políticos atingem grandemente este avanço. Basta observamos as emendas constitucionais e seus efeitos produzidos neste período.

Certamente que o crescimento econômico é importante para um país se destacar mundialmente, entretanto este crescimento não pode colocar em risco direitos e garantias fundamentais, como os direitos sociais e mais especificamente o direito à saúde.

Assim, a sociedade vive um novo momento histórico, mas certamente com maturidade suficiente para apontar as conquistas e perceber que ainda é necessário avançar bastante, uma vez que a plenitude do direito fundamental à saúde e a sua relação com o financiamento público ainda são permeados por interesses que, em muitos casos, se sobrepõem à coletividade e dificultam que os princípios fundamentais sejam plenamente garantidos. Necessário se faz insistir na vida e permitir

os avanços nos arcabouços legais, primando sempre pela participação da construção de uma sociedade igual, plural e livre.

Temas como o financiamento da saúde devem continuar nas pautas acadêmicas, nos cenários do trabalho e nas discussões sociais e políticas, a fim de não se ver perdido todo esforço empenhado nas lutas sociais pela efetivação de um sistema tão presente na sociedade mas que ainda se vê em construção e carente de melhorias.

Referências

BATISTA, F.R. *A universalização dos direitos humanos, o direito à saúde e a saúde pública.* Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.110 p.231 São Paulo, 2015. Disponível em: http://www.journals.usp.br/rfdusp/article/view/115492/113074. Acesso em 16.Nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *O Financiamento da Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde*. 124 p. Coleção Para Entender a Gestão do SUS 2011, 2. Brasília: CONASS, 2011. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/para_entender_gestao_sus_v.2.pdf. Aceso em 26. Fev. 2017.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 nov 2016.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Emenda Constitucional Nº 29, de 13 de setembro de 2000: Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc29.htm. Acesso em 21. Nov. 2017

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Emenda Constitucional Nº 86, de 17 de março de 2015: Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em 21. Nov. 2016.

CARRARA, B.S., VENTURA, C.A.A. *A saúde e o desenvolvimento humano.* Revista Saúde & Transformação social**.** Universidade Federal de Santa Catarina, v.3 n.4. p.89. Florianópolis, 2012. Disponível em http://incubadora.periodicos.ufsc.br/index.php/saudeetransformacao/article/view/1484/0. Acesso em 25. Fev. 2017.

COURI, D.V. e BIJUS, P.R.S. *Breve análise sobre a PEC 241/2016, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para instituir o Novo Regime Fiscal.* Orçamento em

Discussão, Brasília, nº 26 , p.1-18, jul. 2016. Semanal. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/521801. Acesso em 19. Nov. 2016.

MARQUES, Rosa Maria; PIOLA, Sergio Francisco; ROA, Alejandra Carrillo (Org.). *Sistemas de saúde no Brasil: organização e financiamento.* Brasilia: Ministério da Saúde: Rio de Janeiro: ABeES, Departamento de Economia da Saúde, Investimentos e Desenvolvimento: OPAS/OMS no Brasil, 2016. 260 p.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Financiamento público de saúde*. Série Ecos – Economia da Saúde para a Gestão do SUS; Eixo 1, v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2013. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf. Acesso em 26. Fev. 2017.

NORONHA, JC., PEREIRA, TR. *Princípios do sistema de saúde brasileiro*. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. *A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro*: organização e gestão do sistema de saúde [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 3. pp. 19-32. Disponível em: http://books.scielo.org. Acesso em 19 nov 2016

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS/WHO). Constituição da OMS. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-Organizacao-mundial-da-saude-omswho.htm. Acesso em: 24. Fev.2017.

PIOLA, SF., et al. *Estruturas de financiamento e gasto do sistema público de saúde.* FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: estrutura do financiamento e do gasto setorial [online]. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. Vol. 4. pp. 19-70. Disponível em: <http://books.scielo.org>. Acesso em 19 de nov. 2016.

PNUD- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Desenvolvimento Humano e IDH*. Disponível em http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-desenvolvimento-humano.html. Acesso em Fev.2017.

PNUD- Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2015. O trabalho como motor do desenvolvimento humano.* Disponível em: http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr15_overview_pt.pdf. Acesso em 24.Fev.2017.

SCHWARTZ, G. A. D. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001. 224p.

SEN, AMARTYA. *Desenvolvimento como liberdade*: tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. 461p.

VIEIRA, F.S., BENEVIDES, R.P.S. Nota Técnica. *Os impactos do Novo Regime Fiscal para o desenvolvimento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil.* Nota técnica IPEA, n.28/2016. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=28589. Acesso em 12. Nov. 2016.

VIEIRA, F.S., BENEVIDES, R.P.S. *O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, Ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado.* Disponível em: http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/viewFile/21860/pdf. Acesso em 02 Mar. 2017.

A PROTEÇÃO DA SAÚDE NA SOCIEDADE DE RISCO GLOBALIZADA

Aline Michele Pedron Leves
Mestranda em Direitos Humanos e Bolsista CAPES do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; E-mail: *alineleves@hotmail.com;*

Carolina Andrade Barriquello
Mestranda em Direitos Humanos e Bolsista UNIJUÍ do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Advogada; E-mail: *carolina_barriquello@hotmail.com*;

Janaína Machado Sturza
Doutora em Direito (Univerisità Roma Tre), Mestre em Direito (UNISC) e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas (UNISC). Professora dos Cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ, Professora do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Dom Alberto. Advogada; E-mail: *janaina.sturza@unijui.edu.br*.

Resumo:

Na atual conjuntura da sociedade moderna, pode-se afirmar que avançamos céleres rumo a uma nova era: tardia, reflexiva e globalizada, a qual nos conecta em uma mesma experiência mundial que distribui e socializa os riscos de uma civilização que ameaça a si mesma, o Estado de bem-estar social e a saúde pública. Isto significa que diante das transformações oriundas do fenômeno da globalização, surgem inúmeras discussões contraditórias e até mesmo eufemísticas do mundo contemporâneo, as quais intensificam os riscos de maneira mais abrangente possível e trazem à tona a temática fundamental da proteção da saúde pública. Neste contexto, necessitamos urgentemente de uma nova maneira de contemplar a realidade social, isso porque os problemas e os riscos de âmbito global no contexto da saúde, enquanto um direito humano fundamental, passam a integrar as vidas cotidianas dos indivíduos e das estruturas de governança mundial.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Globalização; Saúde Pública; Sociedade de Risco.

1 Introdução

A condição humana estabelecida no início do século XXI, em virtude das transformações perpassadas pela sociedade contemporânea por influência do fenômeno da globalização do mundo, caracteriza-se pela presença de riscos incalculáveis e inseguranças que se instalaram de forma generalizada. As ameaças aos direitos humanos geram consequências que escapam ao controle das ordens governamentais e tornam-se assunto na ordem do dia. Isso significa que passamos a compreender que vivemos, de fato, numa sociedade de risco global.

O resultado dos riscos e incertezas presentes no mundo globalizado é que nunca se teve tanto medo e, tampouco se assumiu neste uma dimensão tão onipresente. O certo é que, quando o medo pauta a razão frente aos riscos da contemporaneidade, a noção da busca pela proteção dos direitos humanos é, muitas vezes, esquecida pelo jogo político. Portanto, este é o momento de reconhecer que a existência humana não vai bem, aliás, nada bem.

Deste modo, os inúmeros acontecimentos em escala global, marcados pelas crises, tragédias e catástrofes que se sucedem, inquietam e intrigam continuamente a vida dos indivíduos, causando um verdadeiro *mal estar* cotidiano. O processo civilizatório secular da sociedade ocidental demonstra que este *mal estar* não é recente, mas resultado de uma continuidade de fatores e paradigmas em que a comunidade global inseriu-se e criou ao longo dos séculos. Enfrentar esta problemática implica saber trabalhar com a desilusão, ou seja, despir-se da ilusão de que os planos da pós-modernidade, especialmente aqueles de reconhecimento igualitário e de proteção dos direitos humanos, poderão se concretizar da forma como a agenda mundial os têm gerido nos últimos anos.

Neste ínterim, a proteção do direito à saúde não permanece ilesa frente aos processos de produção de perigos que impregnam a sociedade global repleta de incertezas, trazendo à tona doenças que se acreditava estarem controladas, novas moléstias e epidemias crônicas, ou até mesmo incuráveis. Tais problemas de saúde vêm, cada vez mais, desafiando a ótica dos processos sócio-políticos e de conhecimento, em virtude da distribuição e do incremento massivo dos riscos globais.

Na atual sociedade contemporânea, as questões suscitadas revestem-se de uma profunda relevância, isso porque os impasses que ameaçam os direitos humanos e a saúde pública são globalizados, de modo que interessam a todos os indivíduos e não apenas a grupos isoladamente considerados da humanidade. Assim, a soma dos riscos e das inseguranças, sua intensificação ou neutralização recíproca, exige uma consciência universal de responsabilidades com vistas à proteção a da saúde pública no Estado de bem-estar social e, por conseguinte, da própria vida humana na Terra.

São evidentes, portanto, as correlações existentes entre os riscos oriundos da nova ordem mundial com as questões enfrentadas em prol da proteção da saúde pública, o que justifica a análise realizada ao longo deste estudo, a fim de que o direito humano fundamental à saúde não permaneça à margem dos atuais processos de produção e multiplicação dos riscos existentes. Assim, o presente artigo enfrenta a temática e as hipóteses levantadas através do emprego do método de abordagem hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Objetiva-se, desta forma, identificar a interferência da sociedade de risco formulada por Ulrich Beck na proteção dos direitos humanos e, em especial, compreender como o surgimento destes riscos mundiais influencia direta e/ou indiretamente na proteção do direito à saúde frente à atual sociedade globalizada.

2 O fenômeno da globalização e a sociedade de risco

No cenário emprestado à sociedade contemporânea a partir da segunda metade do século XX e do início do século XXI, que agora passa a tomar forma de uma verdadeira aldeia global, as relações mundiais contraíram relevante complexidade, polaridade incerta e um evidente vínculo de cooperação e interdependência entre os povos. Tais mudanças alicerçaram novas possibilidades e alternativas mundiais mais integradas, corroborando para a construção de uma nova ordem mundial mais justa e solidária, mas também repleta de riscos e contradições planetárias.

De fato, a própria dinâmica da evolução que impulsiona a trajetória da civilização faz com que os direitos humanos e os riscos globais não percam a atualidade, tendo em vista os novos contextos da convivência social e do ambiente mundial. Deste modo, o breve retorno secular às transformações histórico-sociais deixa claro que o fenômeno da globalização constituiu-se no mais relevante evento político, econômico e social das últimas décadas. Ou seja, foi um verdadeiro marco simbólico-referencial da emergência de uma nova era dotada de complexidades, caracterizando-se enquanto um acontecimento intenso e com dimensões bastante abrangentes.

Nesse contexto, vivencia-se:

> [...] à redução das distâncias, à aceleração do tempo, à quebra das identidades nacionais, à ruptura das fronteiras e à conformação de novas relações políticas. Com isto, é gerado um novo horizonte de sentido para a vida na Terra e produzido um rompimento das relações internacionais centradas apenas nos Estados soberanos [...] (BEDIN, 2011, p. 130)

Por conseguinte, não resta a menor dúvida de que a configuração do planeta enquanto um sistema global consiste num dos mais expressivos acontecimentos da história humana. O referido fenômeno da globalização distingue-se por ser a causa e o efeito, simultaneamente, da unificação do planeta em todos os sentidos e com diversos graus de intensidade. Portanto, faz-se coerente a afirmação de Milton Santos (1997, p. 48) de que "a Terra torna-se um só e único 'mundo' e assiste-se a uma refundição da totalidade-terra", a qual adquire um novo *status*: de território comum da humanidade.

Jesús Lima Torrado (2000, p.47), entende a globalização como:

> [...] aquel «proceso amplio, contradictorio, complejo, heterogéneo y profundo de cambio enlas relaciones entre sociedades, naciones y culturas que ha generado una dinámica de interdependência em las esferas económica, política y cultural, enlas que se desenvuelve el actual proceso de mundialización y que haceposible que acontecimientos, decisiones y atividades ocurridas em un determinado lugar del planeta repercutan de forma muy significativa em otros lugares, em otras sociedades y em otras personas.

Essas mudanças que influenciam as civilizações podem, de fato, serem sentidas em toda parte do globo, isso porque, conforme Octavio Ianni (1996, pp. 169-170), através do fenômeno da globalização, o planeta transformou-se

> [...] em um território de todo o mundo. Tudo se desterritorializa e reterritorializa. Não somente muda de lugar, desenraíza-se circulando pelo espaço, atravessando montanhas e desertos, mares e oceanos, línguas e religiões, culturas e civilizações. As fronteiras são abolidas ou tornam-se irrelevantes ou inóquas, fragmentam-se e mudam de figura, parecem, mas não são [...]

É notório, portanto, que os processos de globalização provaram que o poder dos Estados nacionais, em relação aos inúmeros problemas que sobrecarregam a agenda internacional – como os relacionados à tutela dos direitos humanos –, caracterizam-se como funcionalmente desequilibrados e fora de escala. Isto posto, pode-se afirmar que vivemos atualmente em um mundo que se caracteriza "pelo aparecimento de um conjunto de possibilidades concretas, que modificam equilíbrios preexistentes e procuram impor sua lei e suas determinações" (SANTOS, 1997, p. 48).

Nesta esteira de pensamento, Wagner Menezes (2005, pp. 107-108) compreende que a aldeia global é

> [...] constituída por um conjunto de coincidências históricas, tecnológicas, científicas, políticas, culturais, econômicas que, ao atuarem ao mesmo tempo no mesmo palco, formam a realidade da sociedade mundial contemporânea. Por esse motivo não pode ser vista de forma isolada, sob um único ponto de vista econômico ou político, mas de forma multifacetada, contendo todos os elementos de uma sociedade contemporânea que está a se desenhar.

Além disso, o novo século traz à tona um intenso paradoxo jamais vivido em âmbito mundial: por um lado, evidencia-se o extraordinário avanço das renovadas e complexas tecnologias; por outro lado, destaca-se a contradição existente na mundialização da vida humana, pela qual dois opostos se atraem inevitavelmente – a homogeneização política, econômica e cultural, bem como a desagregação dos centros de referência da sociedade globalizada, cujas fronteiras são mais facilmente permeáveis e transponíveis –. Neste sentido, Bedin (2001, p. 32) destaca que

> [...] tanto quanto os últimos séculos da história humana foram dominados por problemas relacionados com o surgimento, a construção e a supremacia dos Estados-nação, o início do século XXI está envolvido com o surgimento e a consolidação de fluxos que não respeitam fronteiras. Em outras palavras, está preocupado com os problemas oriundos da emergência e da estruturação do domínio da política e da economia mundiais.

Isto posto, verifica-se que o clima de crises e incertezas acompanham a história da civilização e, tornam o mundo cada vez mais inseguro e ávido para abarcar novos paradigmas de cooperação planetária e de ações coordenadas capazes de enfrentar, os inúmeros riscos de caráter global. Portanto, a soma dos perigos e das inseguranças, sua intensificação ou neutralização recíproca, constitui a dinâmica social e política da sociedade mundial repleta de riscos, na qual sucede uma consciência universal de responsabilidades em prol dos direitos inerentes a todos os seres humanos, dentro e fora das fronteiras nacionais.

Assim, a conhecida *Sociedade de Risco*, termo cunhado por Ulrich Beck, pode ser percebida em face das inúmeras e constantes transformações perpassadas pela sociedade contemporânea globalizada. Em termos de percepção, pode-se afirmar que a complexidade a qual a atualidade está arraigada é, de fato, imensurável. Como já dito, alterou-se em larga escala as noções de tempo e espaço, de tal modo que as relações evidenciam-se cada vez mais confusas, como também os perigos com os quais nos defrontamos.

Neste sentido, Zygmunt Bauman e Ezio Mauro (2016, p. 75) advertem que, na sociedade de risco ou da insegurança, a "diferença dos perigos antiquados dos períodos anteriores, os riscos que assombram os habitantes da modernidade tardia não são visíveis a olho nu". Destarte, os seres humanos vivem hoje em meio a uma constante ansiedade e a ameaça de perigos que sondam a realidade e podem, notoriamente, se concretizar em qualquer lugar e a qualquer momento. Essas sensações permanentes e difusas, que permeiam um cenário de medo, constituem as principais características da sociedade de risco globalizada, cada vez mais vinculada à crescente percepção de insegurança que advém do irrefreável avanço científico-tecnológico.

Fato é que, o *presente* modifica-se celeremente em face de um *futuro*, através do qual pretendemos compreender o aumento considerável dos riscos em uma dimensão cada vez mais global e antecipada diante do mundo transfronteiriço. A atual sociedade de risco diferencia-se, portanto, pela potencialização dos riscos oriundos da modernização e pelas ameaças e fragilidades

que arquitetam um futuro incerto (BECK, 2010). Assim, pode-se afirmar que a sociedade contemporânea, a qual se configura a partir do denso processo da globalização, acarreta um constante sentimento de insegurança no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, em virtude do surgimento contínuo de novas formas de riscos diante da imprevisibilidade das relações sociais.

Ademais, o nosso planeta encontra-se estreitamente envolto em uma rede de interdependência humana, na qual nada do que os outros façam nos deixa seguros da não afetação em relação as nossas esperanças, chances ou sonhos (BAUMAN, 2008). Desta forma, o conceito de risco "apreende e transmite a verdadeira novidade inserida na condição humana pela globalização", representando de modo indireto e reafirmando tacitamente "o pressuposto da regularidade essencial do mundo". (BAUMAN, 2008, p. 129)

Por conseguinte, pode-se afirmar que

> [...] a sociedade se vê, ao lidar com riscos, confrontada consigo mesma. Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a autogeração das condições sociais de vida torna-se problema e tema (de início, negativamente, na demanda pelo afastamento dos perigos). Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigos já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para autotransformação, para autoconfiguração e para autodestruição das condições de reprodução de toda a vida neste planeta. (BECK, 2010, p. 275)

Com o reconhecimento dos riscos como um produto histórico da civilização, as questões comunitárias fundamentais como o *welfare state* (Estado de bem-estar social) e a proteção dos direitos humanos ficam, de fato, ameaçadas. Isso porque, os perigos ou riscos que sondam o panorama da sociedade de risco globalizada, não são alternativas que possibilitam uma escolha ou rejeição no curso do debate político. Ao contrário, o risco configura-se enquanto uma condição estrutural do avanço da industrialização, na qual a produção dos perigos pode, de fato, anular o estado de segurança instituído pela previsibilidade estabelecida no sistema de proteção e de seguridade social (BECK, 2008).

Além disso, ressalta-se que os riscos

> [...] são sempre acontecimentos futuros, com os quais podemos vir a ser confrontados, que nos ameaçam. Porém, como esta ameaça permanente determina as nossas expectativas, ocupa as nossas cabeças e orienta a nossa ação, transforma-se numa força política que muda o mundo. (BECK, 2015, p.32, grifo do autor)

Neste contexto, ressalta-se que o termo *risco* é bastante recente e fundamentalmente contemporâneo, sendo o reflexo da reorientação das relações existentes entre as pessoas com os possíveis eventos futuros. Se anteriormente à contemporaneidade e à era da globalização o perigo implicava inúmeras fatalidades, agora ele passa a ser ressignificado em controle possível, ou seja, o risco surge enquanto conceito no momento em que o futuro passa a ser compreendido como um evento passível de controle (BECK, 2008). Neste sentido, Olinda do Carmo Luiz e Amélia Cohn (2006, p. 2339, grifo do autor) advertem que:

> A incorporação da noção de risco foi fruto de transformações sociais e tecnológicas. Está articulada à laicização da sociedade e às transformações

> nas relações econômicas do capitalismo comercial, à abertura do comércio e ao concomitante desenvolvimento de estruturas políticas inéditas, como a soberania sobre territórios nacionais. É nesse contexto que emerge também a teoria da probabilidade, outro fenômeno associado à noção de risco. "O pensamento probabilístico favoreceu o terreno necessário para pensar os riscos como passíveis de gerenciamento". O cálculo de risco está intimamente relacionado à conformação e valorização da segurança.

Portanto, é notório que a humanidade vem enfrentando, cada vez mais, inúmeros perigos de ordem mundial, os quais se encontram articulados de forma irrestrita, na atual sociedade de risco globalizada, com os processos técnicos e científicos. Destarte, evidencia-se que os riscos assumiram dimensões globais, entretanto, muitas vezes podem ter manifestações em âmbito local, com efeitos nocivos, imprevisíveis e incalculáveis. Tais fatores fazem com que os mecanismos, como também os instrumentos constituídos pela sociedade, tornem-se insuficientes para o processo de identificação e controle dos perigos que assolam a realidade em que vivemos e agimos. Assim, é mais do que urgente a elaboração de novas teorias e de novos instrumentos para controle e avaliação dos riscos globais, de tal modo que os direitos humanos sejam assegurados em busca da segurança perdida.

3 A proteção da saúde frente aos riscos globais

A saúde é um tema presente no dia a dia de toda a sociedade, seja pela busca de mecanismos para sua manutenção, seja em busca de tratamentos para cura de moléstias já adquiridas por variados fatores. Apesar disso, falar em saúde não é tão simples, pois pressupõe a existência de uma definição do que de fato é a saúde e do que é ser saudável. Propriamente dita, costuma ser tratada como a ausência de doenças, contudo o tema abarca um conjunto muito maior de fatores. A busca pela saúde remonta aos primórdios da humanidade, atingindo uma dimensão de preocupação por parte dos seres, exteriorizada pelo medo da morte.

Refere Cury (2005, p. 30-31) que "A primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história foi a construção de sistemas de suprimento e drenagem de água no antigo Egito, na Índia, na civilização creta-micênica, em Tróia e na sociedade inca." Já o primeiro conceito de saúde, segundo Schwartz advém dos gregos, pela máxima *Mens Sana In Corpore Sano*, que significa o equilíbrio do corpo e da mente do ser. Contudo, com a chegada da Idade Média houve significativo retrocesso nas questões atinentes à saúde, como a ocorrência de pestes e surtos epidêmicos, em que o doente era visto como um mal da sociedade e deveria ser afastado do convívio social, sendo levado a hospitais, hospícios ou asilos, e nas palavras de Scliar (1987, p. 10), era considerado "vítima de demônios e espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo", sendo, a doença, vista como castigo.

No século XVII, Descartes trouxe a primeira noção de saúde como ausência de doenças, que continuou sendo marco no século XVIII, com a Revolução Científica. Johann Peter Frank (apud CURY, 2005, p. 35), "o primeiro a discursar sobre questões sanitárias numa visão internacional" aduziu que a causa principal de doenças era a pobreza da população. Por outro lado, Rosen (apud CURY, 2005, p. 29), asseverava que os problemas de saúde enfrentados pela humanidade eram decorrentes justamente da vida em comunidade, provenientes da dificuldade de desenvolvimento da área da saúde pública.

No Renascimento, marcado pela busca do conhecimento, pelas descobertas sobre o corpo humano e busca por métodos científicos, iniciou-se a restauração das políticas comunitárias de saúde, sendo uma grande evolução que trouxe conceitos e métodos que hoje beneficiam as sociedades contemporâneas. (FIGUEIREDO, 2007, p. 79). Porém, "Apesar de a criação de mecanismos voltados para a manutenção da saúde pública datar do início dos séculos, a saúde pública moderna somente veio a existir durante a Revolução Industrial do século XIX, na Europa." (CURY, 2005, p. 35), momento em que reforçou-se "a preocupação no trato científico da questão sanitária, sendo que em 1851, doze países assinaram a Primeira Conferência Internacional Sanitária." (SCHWARTZ, 2001, p. 34), e em 1864, foi criada a Cruz Vermelha Internacional.

A partir desse momento e com o início do Welfare State (Estado de Bem-estar Social ou Estado-Providência), o Estado passou a preocupar-se expressivamente com a proteção da saúde, e sendo apenas instrumento do empresariado, passou a assumir a função de garante da saúde pública. "No século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo [...] estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população". (FIGUEIREDO, 2007, p. 79-80) Nessa direção, nasceu, com o capitalismo, uma noção social de saúde, pois conforme relata Cury (2005, p. 36), "durante as décadas iniciais do capitalismo industrial, grande número de pessoas era submetido a péssimas condições de trabalho".

Com o trabalho em condições precárias, análogas a de escravos, surgiram grandes epidemias como a cólera, que assolou o mundo europeu nos anos de 1830. Dessa forma, "diante do terrível quadro de uma sociedade doente, os políticos se tornaram cônscios de que deveriam ser tomadas medidas de saúde pública a fim de se melhorar as condições de vida dos trabalhadores". (CURY, 2005, p. 36). A partir dessa problemática abordada em relação ao direito à saúde, depreendeu-se "a necessidade de intervenção estatal para assegurar as condições mínimas de sobrevivência digna do homem", o que culminou com a criação dos direitos sociais, entre eles, o Direito à saúde. (CURY, 2005, p. 38).

Compreende-se, portanto, que a preocupação e o senso de responsabilidade no que tange ao direito à saúde pública, existem desde as antigas civilizações, dando início a políticas comunitárias de saúde, o que trouxe melhorias, no decorrer da história da humanidade. Nesse ínterim, mister destacar que "o conceito de saúde perpassou por várias hipóteses, basicamente a tese "curativa" (cura das doenças) e a "tese preventiva" (mediante serviços básicos de atividade sanitária). Em verdade, ambas as teses têm como base a visão de que a saúde é a ausência de doenças (uma visão organicista)". (SCHWARTZ, 2001, p. 35). Diante disso, o direito à saúde é visto como o direito da pessoa de ter a saúde garantida pelo Estado, e não só pelo viés de curar as doenças, como também de assegurar meios para prevenção de doenças.

Após a percepção do dever estatal de intervenção no direito à saúde da população, esta passou a ser objeto de inúmeras convenções internacionais na Europa e outras tantas na América. Foi a partir daí que surgiu o que se conhece hoje por Organização Mundial da Saúde (OMS ou WHO). Após a OMS, surgiram a OIT, a UNESCO, a OUA, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), entre outras. No texto da Constituição da OMS "a responsabilidade governamental pela saúde pública é explicitamente reconhecida e o direito à saúde é expressamente mencionado. A saúde é considerada o fator essencial na realização dos direitos fundamentais e até mesmo para se alcançar a segurança individual e dos Estados." (CURY, 2005, p. 44).

Foi justamente a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946 que designou o primeiro conceito de saúde, como "estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças". A partir daí, criou-se a noção de que além de curar os doentes,

deveria haver cuidado com todos os seres humanos, a fim de evitar o adoecimento, mas, ainda, de manter equilíbrio do homem, entre seu corpo e sua mente, justamente o que preconizavam os gregos. Esse conceito de saúde alvitrado pela Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), retoma a ideia de qualidade de vida.

Diante disso, Duarte (apud SCHWARTZ, 2001, p. 40) aduz que a saúde remete à ideia de "qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer". Nesse sentido, Schwartz (2001, p. 39-40) assevera que como a saúde, "meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade", a qualidade de vida também é um processo sistêmico[11], sendo que "o conceito de saúde age diretamente sobre o conceito de qualidade de vida".

Conforme Dallari (1988, p. 59 apud SCHWARTZ, 2001, p. 42-43) "a saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. Uma 'imagem-horizonte' da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do estado de bem-estar", podendo ser conceituada como

> "um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar." (SCHWARTZ, 2001, p. 43).

Resta evidente, portanto, que a saúde é vista e estudada enquanto qualidade de vida, garantida através da promoção, prevenção e cura de doenças por um sistema que age em prol da sociedade e do cidadão. Além disso, a noção de proteção do direito à saúde pelo Estado, "é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja a saúde, em si mesma considerada". FIGUEIREDO (2007, p. 77)

A saúde é direito humano, uma vez que ligada diretamente a dignidade da pessoa humana, enquanto proteção da pessoa, da sua personalidade e da qualidade de "ser humano". Ainda, o é direito humano inalienável, garantido principalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que a elencou como elemento da cidadania, prevendo em seu art. 25 que "toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e a sua família, saúde e bem-estar".

Diante disso, deve-se avaliar a dignidade da pessoa individualmente apreciada, não se desconsiderando a dimensão social que a dignidade abrange. Nesse ponto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em seu precedente *Niños de la calle* identifica o direito à vida com dignidade como sendo "não apenas a obrigação negativa de não privar a ninguém da vida arbitrariamente, senão também a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado aquele direito básico". (FIGUEIREDO, 2007, p. 55).

Diante do exposto até aqui, afere-se que a insegurança e a ameaça sempre estiveram presentes enquanto condições da existência humana, isso tanto no passado, como no presente. Neste sentido, Beck (2015, p. 22) ressalta que "a ameaça que as doenças e a morte representavam para o

[11] Esse processo sistêmico advêm da teoria sistêmica apresentada por Niklas Luhmann, um método de observação social que funda-se na ideia de que a organização de um sistema é autorreferencial e autorreprodutiva. Através dos estudos de Luhmann, entende-se o direito, em seu viés autopoético, como uma ciência que se cria ou recria com base nos seus próprios elementos. Sua autorreferência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito), permitindo a construção de um sistema jurídico dinâmico e adequado a sociedade atual.

indivíduo e sua família, bem como a fome e as epidemias para as comunidades, eram maiores na Idade Média do que hoje em dia". Entretanto, os riscos que assombram os ideais e os trabalhos voltados para a proteção da saúde, enquanto um direito humano fundamental, são avassaladores em virtude da crescente importância atribuída aos processos de modernização oriundos do fenômeno da globalização.

Ademais, Beck (2010) define a concepção do risco enquanto uma forma sistemática de lidar com as incertezas e os perigos da atualidade, introduzidos pelo processo de modernização em si. Deste modo, os riscos constituem-se como consequências relacionadas à força ameaçadora inserida na sociedade pelo fenômeno da globalização.

O referido autor estabelece cinco teses acerca da distribuição do riscos como potenciais que auto ameaçam a civilização: 1) os riscos produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas da modernidade tardia, diferenciam-se evidentemente das riquezas e são caracterizados em virtude da sua diversidade extrema e, também, pela capacidade de escapar da percepção humana; 2) a distribuição e o incremento dos riscos é assimétrica, surgindo situações sociais de ameaça e variando conforme a posição de classe social; 3) a expansão e comercialização dos riscos não rompem com a lógica do capitalismo, elevando-a a um outro estágio, onde sempre existem vencedores e perdedores no âmbito das definições de risco; 4) na sociedade de risco, a consciência é fator determinante da existência, de tal modo que o conhecimento adquire uma nova relevância e um significado político; 5) a catástrofe oriunda dos riscos emerge enquanto um potencial político, fato que implica em uma reorganização do poder e da autoridade. (BECK, 2010)

A radicalidade e o ritmo dos referidos processos da modernidade tardia e reflexiva, trazem à tona os riscos enquanto uma antecipação das catástrofes. Como já dito, "os riscos dizem respeito à possibilidade de acontecimentos e desenvolvimentos futuros, tornam presente um estado do mundo que (ainda) não existe" (BECK, 2015, p. 31). Deste modo, pode-se afirmar que essa categoria dos riscos refere-se, por um lado, à realidade controversa existente na possibilidade especulativa e, por outro lado, da catástrofe incidida. Assim, "no momento em que os riscos se tornam realidade [...] transformam-se em catástrofes" (2015, p. 31).

Nessa sociedade de risco catastrófica, o direito humano fundamental à saúde não permanece ileso ao processo industrial civilizatório da modernidade. Pelo contrário, a saúde pública está totalmente comprometida e enredada nessa trama dos riscos globais. Desta forma, Luiz e Cohn (2006, p. 2340) afirmam que, "no campo da saúde, o risco individualiza-se no [...] "autogerenciamento": supõe-se que as pessoas, valendo-se de informações suficientes, adaptem seus comportamentos, eliminando todos os riscos e assim alcancem a saúde plena".

Neste contexto, a análise dos riscos é compreendida por Maria Ligia Rangel-S (2006, p. 1376), referindo-se à Mollak:

> [...] como um conjunto de conhecimentos (metodologia) que avalia e deriva a probabilidade de acontecer um efeito adverso por um agente (químico, físico, biológico e outros), processos industriais, tecnologia ou processo natural. No campo sanitário, os efeitos adversos são quase sempre relacionados a algum dano à saúde, a doenças e, até mesmo, à morte.

Ademais, pode-se afirmar que existe uma profunda relação entre o fenômeno dos riscos à saúde na sociedade atual e a epidemiologia. Sinteticamente, o "risco epidemiológico pode ser definido como a probabilidade de ocorrência de um determinado evento relacionado à saúde, estimado a partir do que ocorreu no passado recente" (Luiz; Cohn, 2006, p. 2342). Enquanto uma disciplina específica do campo da saúde pública, a Epidemiologia consegue ampliar a sua vasta

atuação através da conceituação de risco já estabelecida. Portanto, faz-se coerente a afirmação de que é "a epidemiologia que informa sobre quais são os fatores de risco: a comida gordurosa, as tentações ricas em colesterol, a fumaça do cigarro" (2006, p. 2347).

Por outro viés, Luhmann considera que o rápido avanço tecnológico é assunto relevante para a temática do risco nas políticas públicas, no presente caso, mais especificamente, na área da saúde, motivo pelo qual trata da saúde e do conceito de risco afirmando que

> […] el concepto opuesto al riesgo, esto es, el concepto de seguridad, sigue siendo un concepto vacío, de manera similar al concepto de salud en la distinción enfermo/sano. Es decir, funge exclusivamente como un concepto de reflexión. O también como concepto-válvula-de-escape para las exigencias sociales que, según sea el nivel variable de la exigencia, se abre paso en el cálculo de riesgos.

Um dos principais fatores que acomete a sociedade e obsta a garantia da saúde é, como já mencionado anteriormente, a pobreza, pois constitui um perigo à prosperidade dos cidadãos em âmbito geral. Além disso, conforme exposto pela Declaração de Filadélfia, a paz para ser duradoura e universal deve estar baseada na justiça social. Segundo Supiot (2014, p. 41), a contribuição dessa Declaração "foi dar uma definição de alcance universal da justiça social, e de fazer de sua realização um 'objetivo fundamental' ligando a política econômica de todos os Estados". Nesse sentido, em análise a teoria dos riscos proposta por Ulrich Beck em relação à saúde, Sippert e Thomé (2016, p. 86), mencionam que

> Os riscos na saúde são constantes, pois toda prestação sanitária é passível de sofrer a incidência desses fatores de riscos, que podem e devem ser evitados ao máximo, porém quando e se ocorrerem, deve ser responsabilizado eventual dano ocasionado, o que nem sempre se torna possível em se tratando de vidas humanas.

Segundo Fortes e Ribeiro (2014, p. 369), citando (Koplan, 2009), ao tratar de saúde internacional, retrocedemos ao século XIX, onde este se origina, nas tentativas de colaboração internacional para controlar e prevenir as moléstias alastradas na via marítima, aduz que

> O termo Saúde Internacional foi cunhado em 1913, pela Fundação Rockefeller, nos Estados Unidos (EUA), e as ações desenvolvidas nesse âmbito foram prioritariamente em prevenção e controle de doenças infectocontagiosas, no combate à desnutrição, à mortalidade materna e infantil e em atividades de assistência técnica, principalmente nos países denominados menos desenvolvidos (Koplan e col., 2009). É, portanto, um conceito do século XX.

Além disso, em 1978, durante a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, foi ratificada a Declaração de Alma Ata, na qual estabeleceu-se que todos os governos, trabalhadores do setor da saúde e desenvolvimento e a comunidade mundial, deveriam propor uma ação urgente para promover a saúde de todos os povos, além de afirmar um alto nível de saúde como a meta social mundial mais importante, que requer a ação conjunta de diversos outros setores sociais e econômicos. Essa declaração representou um marco significativo na busca da promoção da saúde. (STURZA; MARTINI, 2016)

Entretanto, o conceito de saúde internacional resta ultrapassado, pois tem sido mais correto e efetivo tratar a saúde enquanto Saúde Global, conforme Fortes e Ribeiro (2014, p. 370), a partir dos estudos de Beaglehole e Bonita (2010), mencionam a seguir:

> Uma das principais características da Saúde Global, e que a diferencia das formas tradicionais da saúde internacional, é o reconhecimento dos contextos regionais e locais, das diferenças políticas, econômicas, sociais e culturais entre os países e as internas, em cada país, assim como as consequências e respostas diferenciadas a eventos globais. Por exemplo, as condições de pobreza se diferenciam internamente e entre os diversos países. Ou seja, a Saúde Global pode tratar de problemas que transcendem as fronteiras nacionais, mesmo que os efeitos na saúde sejam sentidos somente dentro de alguns países ou de regiões de países.

A saúde, até bem pouco tempo, era tema a ser tratado no âmbito interno dos países. No entanto, com o alto desenvolvimento tecnológico e a crescente globalização, os horizontes se ampliaram, e a sociedade internacional passou a requerer soluções globais para seus problemas. "Nesse sentido, o Direito Internacional [...] se legitima como instrumento jurídico capaz de regular a sociedade que se desenha, assemelhando-se a um ordenamento jurídico interno [...]" (MENEZES, 2005, p. 114), tendente a elevar a garantia de saúde global a todos os povos.

Contudo, segundo Sarlet (1988, p. 21), "mesmo com os inegáveis avanços no sentido da busca da máxima efetivação de direitos fundamentais - saúde -, [...] a verdade é que estamos muito distantes - e isso no terceiro milênio - de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita". Portanto, a importância desse trabalho, uma vez que embora busque-se a saúde plena, conforme assegurada pelo OMS, esta ainda está longe de ser alcançada, devido aos riscos frequentemente apresentados e avaliados em uma sociedade. Daí também a necessidade de se cuidar da promoção da saúde em âmbito global, não mais internacional, quanto menos a nível nacional, pois os riscos são generalizados e transcendem as fronteiras nacionais.

4 Considerações Finais

Frente ao atual cenário global preestabelecido nas últimas décadas, evidencia-se a existência de um verdadeiro desafio pressuposto pela discussão em estudo, com o intuito de conjugar o controle dos riscos e a promoção da saúde pública. Desta forma, na contemporaneidade, devemos levar em conta, em um primeiro momento, as lacunas oriundas da civilização industrial que contribuem para a existência dos riscos e inseguranças globais. Em um segundo momento, torna-se necessário o aprimoramento dos recursos teórico-metodológicos, científicos, econômicos e políticos, de tal modo que seja eficaz a proteção do direito humano fundamental à saúde frente à atual sociedade de risco globalizada.

A preocupação e o senso de responsabilidade em relação a saúde, portanto, remonta dos primórdios da humanidade, juntamente com os riscos que se faziam presentes naquele momento, e continuam na atualidade, sendo que não há qualquer garantia de que algum dia eles possam deixar de existir, pois inclusive a tecnologia tem sido um evidente risco para a sociedade, por conta de seu desenvolvimento acelerado. Isso se dá pelo fato de a saúde ser motivo de frequente preocupação dos cidadãos, caracterizados pelo medo das doenças e, principalmente, pelo medo da morte.

Certo é que, a direção para onde caminhamos torna-se uma incerteza. Entretanto, enquanto detentora de direitos e obrigações a serem seguidos por todos, a saúde deve visar garantir um certo patamar de igualdade de todos os cidadãos do mundo, não devendo os conflitos de poder refletir nos direitos de igualdade dos povos. Além disso, deve-se evitar a desigualdade baseada na economia e na gestão dos poderes e recursos dos Estados, que devem unir esforços para a efetivação de uma igualdade plena, para garantia da liberdade e da segurança mundial.

A saúde, como já dito, é entendida como um Sistema baseado na teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Portanto, daí a importância e a conveniência de tratar o Direito à Saúde enquanto um Sistema Social Global e, assim sendo, deve ser pensada e atingida como meio de garantia da cidadania de todos do povo, devendo-se tentar reduzir ou evitar os riscos existentes e vindouros neste século XXI, momento de movimento constante, em virtude do fenômeno da globalização que gera profundas inseguranças, medos e ameaças.

Vislumbra-se, portanto, a necessidade de tratar a saúde em âmbito global, por ser um meio garantidor inclusive da segurança dos Estados, que devem assegurar a seus cidadãos, a qualidade de bem estar conforme previsto no Preâmbulo da Constituição da OMS. Assim, tendo em vista que os problemas que assolam continuamente a saúde pública, atualmente transcendem as fronteiras nacionais, sendo imprescindível o acordo e a cooperação de todos os países para a redução dos riscos – sejam estes oriundos de catástrofes ambientais, distribuição desigual de riquezas, desequilíbrios ecológicos, conflitos civilizatórios, crises migratórias, dentre outros – e a promoção efetiva da saúde.

Referências

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel:* Entre a incerteza e a esperança. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido.* Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial:* En busca de la seguridad perdida. Traducción de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. *Sociedade de risco:* Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

_____. *Sociedade de risco mundial:* em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI:* em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *A sociedade internacional clássica:* aspectos históricos e teóricos. Ijuí: Unijuí, 2011.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde*: Evolução, Normatização e Efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. *Saúde Global em tempos de globalização*. In: MORENO, Cláudia Roberto; FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. (organizadores). Saúde Global: tendências atuais. São Paulo: Saúde Soc. São Paulo, v.23, n.2, p.366-375, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n2/0104-1290-sausoc-23-2-0366.pdf>. Acesso em: 28 Mai. 2017.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. México: Universaidad Iberoamericana, 2006. Disponível em: <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/eureka/pudgvirtual/Niklas.pdf>. Acesso em: 29 Mai. 2017.

LUIZ, Olinda do Carmo; COHN, Amélia. *Sociedade de risco e risco epidemiológico.* In: Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, vol. 22, n.º 11, pp. 2339 - 2348, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2006001100008>. Acesso em: 25 mai. 2017.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e Transnormatividade.* Ijuí: UNIJUÍ, 2005.

RANGEL-S, Maria Ligia. *Comunicação no controle de risco à saúde e segurança na sociedade contemporânea: uma abordagem interdisciplinar.* In: Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, vol.12, n.º 5, pp. 1375 - 1385, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232007000500035>. Acesso em: 26 mai. 2017.

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço e tempo:* globalização e meio técnico-científico. São Paulo: HUCITEC, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais:* uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1988. 386 p.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde:* efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social*: A trajetória da saúde pública. Porto Alegre: L&PM, 1987.

SIPPERT, Evandro Luis; THOMÉ, Lívia. *Direito fundamental à saúde:* análise da (in)efetivação do direito à saúde pelo Estado e a judicialização das demandas sanitárias. p. 51-91. In: STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis; SANTOS, Juliana Oliveira. Estado, Políticas Públicas e Direito à Saúde: Diálogos ao encontro dos Direitos Humanos. Cabo Frio: Editora Visão, 2016. 312p.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. *Para além do contexto jurídico e social interno:* o direito à saúde na perspectiva internacional. p. 17-50. In: STURZA, Janaína Machado;

SIPPERT, Evandro Luis; SANTOS, Juliana Oliveira. Estado, Políticas Públicas e Direito à Saúde: Diálogos ao encontro dos Direitos Humanos. Cabo Frio: Editora Visão, 2016. 312p.

SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia*: A justiça social diante do mercado total. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TORRADO, Jesús Lima. *Globalización y Derechos Humanos.* In: Anuario de Filosofía del Derecho. n.º 17, pp. 43 - 74. Madrid: Nueva época, 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142424>. Acesso em: 27 mai. 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946.* Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 01 Jun. 2015.

O SUICÍDIO COMO IMPACTO DA NEGAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE ENTRE OS TRANSEXUAIS

Berta Schumann,
Mestre em Direito.
Professora, Advogada.
bertaschumannadv@gmail.com

Resumo:

Nunca se falou tanto em valorização da vida e prevenção do suicídio como nas últimas semanas, devido à alta indigência de tentativas ou mesmo a sua concretização, entre as mais diversas faixas etárias, classes sociais e identidades de gênero. Ao mesmo tempo, milhões de brasileiros souberam pela primeira vez que o suicídio é prevenível na maioria dos casos, quais os fatores de risco e outras informações relevantes na área da saúde pública. O presente artigo visa abordar a questão do suicídio numa fatia da sociedade que está incluída nas estatísticas gerais, porém, é detentora de uma particularidade inaplicável à população em geral, o que dificulta o levantamento de dados específicos. Trata-se da comunidade transexual, ou *trans*, como também é chamada. Sabemos que, quanto mais a sociedade evolui, mais surgem novos direitos. Paradoxalmente, na sociedade atual, observamos que a inclusão universal gera também uma significativa exclusão. Embora todos tenhamos direitos, todos sejamos iguais, as formas de discriminação continuam presentes e, junto com este processo observamos que a negação de um direito pode significar vários outros não direitos. Nosso estudo esta focado em um impacto da negação do direito à saúde da população transexual que gera várias conseqüências negativas entre elas o suicídio e a constante tentativa de suicídio. O acesso à saúde é marca fundamental não apenas para ascensão social, mas de dignificação de um indivíduo enquanto parte da sociedade. A partir da negação da referida garantia, cerceia-se um leque de outros direitos dessa população, ocasionando a tentativa de suicídio e o próprio suicídio. Estima-se que aproximadamente metade da população transexual tenta, em algum momento da vida, a morte voluntária. Problemas como invisibilidade, discriminação social, falta de apoio dos pais e familiares, estigma de doente mental e difícil acesso ao processo transexualizador são fatores de risco que contribuem para a ideação suicida ou mesmo para a sua concretização. O diagnóstico patologizante da transexualidade e, principalmente, a obrigatoriedade deste diagnóstico para o transexual ter acesso ao processo transexualizador também podem ser fatores decisivos para a ideação suicida e a sua tentativa. Assim, o artigo pretende demonstrar como uma maior atenção aos fatores de risco e o atendimento de políticas públicas no direito à saúde contribuem para a diminuição do suicídio entre os transexuais, tais como veiculado através de campanhas nacionais e internacionais de prevenção ao suicídio.

Palavras-chave: Transexuais. Suicídio, Direito à Saúde, Negação de Direitos.

1 Introdução

"Chama-se suicídio todo caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato positivo ou

negativo realizado pela própria vítima e que ela sabia que produziria esse resultado. A tentativa é o ato assim definido, mas interrompido antes de resultar em morte[12]*".*

A temática do suicídio está aberta a diferentes perspectivas e a várias ciências. Devido a sua natureza dilemática, complexa e mutidimensional, não há uma maneira única de olhar ou abordar o problema[13]. Partindo-se destes pressupostos, o foco deste artigo será refletir como um direito negado pode gerar e, gera conseqüências negativas na vida de quem tradicionalmente é excluído, mesmo tendo direitos assegurados. É o caso dos transexuais que experimentam todas as dificuldades impostas por um sistema político que não responde adequadamente as demandas destas pessoas. A paradoxalidade é evidente: para terem um direito à saúde precisam ser considerados *doentes*. Esta forma de operar da sociedade mostra que a realidade é a realidade de suas operações, as quais se constituem de modo autorreferente, portanto as formas de exclusão são geradas no interior de cada sistema parcial, é a sociedade da sociedade, na qual fazemos constantemente construções artificiais[14].

Nestas construções sociais artificiais vemos que o risco está sempre presente, a estabilidade que se pensava ter até pouco tempo ou as certezas, hoje são substituídas pela constante incerteza e risco. Porém, nesta sociedade não podem mais ser vistos como catástrofes, eles são de algum modo assimilados pelos sistemas sociais. O risco de um transexual cometer suicídio é alto, mas também e ao mesmo tempo as possibilidades de prevenir este risco é grande. O avanço científico permite ver que os riscos podem ser absorvidos, já que esta sociedade tem uma grade capacidade para controlar indeterminações[15].

Diante deste quadro de direitos/não direitos, certezas incertas, modernidade não moderna, observamos que o suicido e a tentativa de suicido na população transexual é elevado, embora tenhamos poucos dados governamentais sobre o tema. Por isso, neste artigo indicaremos uma importante pesquisa realizada no Canadá, também vamos trabalhar com dados da Organização Mundial da Saúde. Como referencial Teórico metodológico utilizaremos a Teoria Geral dos Sistemas Sociais. Inicialmente abordaremos alguns aspectos levantados por Emile Durkheim que esta consagrado com a sua teoria sobre o Suicídio, esta é a melhor análise sociológica disponível para o estudo do suicídio de forma genérica, pois o autor (E.D.) não se ocupou do tema dos transexuais.

---

[12] DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo sociológico. Tradução Andréa Stahel M. da Silva e Revisão Técnica: Fernanda Godoy Tarcinalli. São Paulo: Edipro, 2014. p. 16. [Publicado originalmente em 1897].

[13] BOTEGA. Neuri, José. Crise suicida: avaliação e manejo. Porto Alegre: Artmed Editora Ltda, 2015. Não paginado. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=WoqICgAAQBAJ&pg=PT42&lpg=PT42&dq=grupo+dignidade+e+suic%C3%ADdio&source=bl&ots=TaGV4obVJM&sig=4SDb85elzydbazs2IXzqHH5GYkY&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiw8Mb80LXTAhWCWpAKHfFBAGwQ6AEIVjAI#v=onepage&q=grupo%20dignidade%20e%20suic%C3%ADdio&f=false.>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[14] Para Raffaele De Giorgi, "Somente agora a modernidade da sociedade moderna começa a soltar suas potencialidades. Somente agora podem ser descritas as artificialidades das quais está constituída sua estrutura; somente agora é possível formular as questões da reflexão, que permitam descobrir os paradoxos que a estrutura da sociedade esconde em si mesma, para se fazer possível o seu operar". Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro. Tradução Sandra Regina Martini Vial. Sérgio António Fabris, Porto Alegre, 1998. pgs 139 -140.

[15] Ainda para De Giorgi pg 197: "O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da caracterísitica das decisões, uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. É uma modalidade de relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidades/improbabilidades".

2 Aspectos Teóricos do Suicídio

A mortalidade pelo suicídio tem aumentado progressivamente, tanto que para a Organização Mundial da Saúde (OMS), é um grave problema de saúde pública, pois, a cada 40 segundos, uma pessoa morre por suicídio em algum lugar do mundo e, a cada ano, mais de 800.000 pessoas morrem por suicídio, sendo que foi a segunda principal causa de morte entre os jovens de 15 a 29 anos de idade em todo o mundo no ano de 2015[16]. E, segundo a OMS, "[...] o suicídio é um problema complexo para o qual não existe uma única causa ou uma única razão. Ele resulta de uma complexa interação de fatores biológicos, genéticos, psicológicos, sociais, culturais e ambientais[17]".

Mesmo a OMS tem dificuldades em estabelecer uma clara política de prevenção do suicídio, em função das características mais diversas que podem desencadear a tentativa ou o próprio ato. Reflexão aprofundada por Emile Durkheim[18], em 1897, classificou duas causas às quais se pode, *a priori*, atribuir a influência sobre a taxa de suicídios: a disposição orgânico-psíquica e a natureza do meio físico, e questiona "[...] como saber o que motivou o agente e se, quando tomou a sua decisão, era mesmo a morte o que ele queria ou se tinha algum outro objetivo? A intenção é algo muito íntimo para poder ser percebida de fora".

Karl Marx, em 1846, precedendo Emile Durkheim publicou um ensaio sobre o suicídio, desvelando as relações existentes entre o ato suicida e os fatores sociais não diretamente econômicos, mas ligados à vida privada dos indivíduos e manifestou-se dizendo que "[...] antes de tudo, é um absurdo considerar antinatural um comportamento que se consuma com tanta frequência; o suicídio não é, de modo algum, antinatural, pois diariamente somos suas testemunhas[19]".

Entretanto, os dados divulgados pela OMS a respeito do suicídio, referem-se ao fato no geral e, apesar da elevada incidência entre os transexuais, a própria OMS não possui dados específicos quanto a estas pessoas e nem mesmo à comunidade denominada Lésbicas, Gays. Bissexuais, Trangêneros e Intersexo (LGBTI), ou seja, estes grupos não são individualizados pela OMS, dificultando a obtenção de dados.

Partindo-se dos fatores sociais, culturais e ambientais, o presente estudo pretende relacionar a tendência suicida que acompanha a população transexual e a relação com o diagnóstico patologizante e de como a inserção no programa transexualizador ajuda a diminuir consideravelmente a ideação suicida e o próprio suicídio.

Estima-se que aproximadamente metade da população transexual tenta, em algum momento da vida, a morte voluntária[20]. Problemas como invisibilidade, discriminação social, falta de apoio dos pais e familiares, estigma de doente mental e difícil acesso ao processo transexualizador são fatores de risco que contribuem para a ideação suicida ou mesmo para a sua concretização. O

---

[16] WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Preventing suicide: a global imperative. Geneve, 2014. Disponível em: <http://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[17] WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Media centre: suicide: fact sheet n° 398. Geneve, Aug. 2015d. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs398/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[18] DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo sociológico. Tradução Andréa Stahel M. da Silva e Revisão Técnica: Fernanda Godoy Tarcinalli. São Paulo: Edipro, 2014. p. 29. [Publicado originalmente em 1897].

[19] MARX, Karl. Sobre o suicídio. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 24. [Publicado originalmente em 1846].

[20] Conselho Federal de Psicologia. Psicologia e diversidade sexual: desafios para uma sociedade de direitos/Conselho.Federal de Psicologia. - Brasília: CFP, 2011. p 24.

diagnóstico[21] patologizante da transexualidade e, principalmente, a obrigatoriedade deste diagnóstico para o transexual ter acesso ao processo transexualizador podem ser fatores decisivos para a morte.

O direito à saúde, assegurado no artigo 6° da Constituição Federal do Brasil[22], regulamentado no tocante à execução de políticas públicas, sociais e econômicas conforme disposição dos artigos 196[23] e seguintes do texto constitucional teve o seu acesso concretizado dois anos após a promulgação da Constituição, com a edição da Lei n° 8.080/90[24]. Passados mais de vinte anos da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), ainda hoje se traz ao debate a sua efetividade, principalmente no que se refere aos transexuais e ao acesso ao processo transexualizador.

Embora a recepção do processo transexualizador no SUS[25] tenha sido um grande avanço no direito à saúde, paradoxalmente, há limites rígidos impostos aos transexuais para a fruição plena da saúde, demonstrando que a situação destas pessoas não é tão simples assim, terminando, muitas vezes, na abreviação da própria vida pelo suicídio. Esta ambivalência e esta complexidade fizeram surgir o tema escolhido para o desenvolvimento do presente estudo: para os transexuais gozarem de saúde plena – tal como conceituado pela OMS[26] –, necessitam ser diagnosticados *doentes, transtornados;* paradoxalmente, é este diagnóstico agressivo e estigmatizador, que lhes incluirá no processo transexualizador, o qual, por sua vez, contribui consideravelmente para a diminuição das tentativas e do próprio suicídio ao qual os transexuais estão expostos de forma expressiva. Resta[27] resume em uma única frase a patologização, independente da sua origem, quando afirma que "[...] *no mundo contemporâneo o diagnóstico se apresenta, sem forçar, impiedoso".* (grifo nosso).

---

[21] Transexualimo é a patologia elencada na OMS, no CID-10, capítulo V, intitulado *Transtornos Mentais e Comportamentais*, que vai da classificação de F00 a F99, incluindo *distúrbios do desenvolvimento psicológico*. Este capítulo contém os seguintes agrupamentos[21]: Transtornos orgânicos, inclusive os sintomáticos transtornos mentais (F00-F09); Transtornos mentais e comportamentais devido ao uso de substâncias psicoativas (F10-F19); Esquizofrenia, transtornos esquizotípicos e delirantes (F20-29); Distúrbios do humor (F30-F39); Transtornos relacionados ao estresse (F40-F48); Síndromes comportamentais associadas a disfunções fisiológicas e a fatores físicos (F50-59); Transtornos de personalidade e do comportamento do adulto (F60-F69); Retardo mental (F70-F79); Transtornos do desenvolvimento psicológico (F80-F89); Transtornos comportamentais e distúrbios emocionais com início habitualmente durante a infância e adolescência (F90-F98); Transtorno mental não especificado (F-99). Dentro do grupo F60-F69 (Transtornos de personalidade e do comportamento do adulto), encontra-se a subdivisão F64, denominada *Gender identity disorders* – Transtornos de Identidade de Gênero (TIG).

[22] "Art. 6°: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

[23] "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui %C3%A7ao.htm>. Acesso em 11 maio 2015.

[24] BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[25] BRASIL. Ministério da Saúde.. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/ saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[26] "A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades". "Health is a state of complete physical, mental and social well- being and not merely the absence of desease or infirmity". WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Trade, foreign policy, diplomacy and health. Geneve, 2015a. Disponível em: <http://www.who.int/trade/glossary/story046/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[27] RESTA, Eligio. Diritto vivente. Tradução de Larissa Ribeiro. Roma: Laterza, 2008. p. 53.

3 Os Fatores Sociais

Tanto Durkheim quanto Marx, estavam convencidos que as razões para o suicídio encontra-se na sociedade. Durkheim[28], afirma que

É a constituição moral da sociedade que fixa cada instante o contingente de mortes voluntárias. Existe, pois em cada povo, uma força coletiva, de energia determinada, que impele os homens a se matar. Os movimentos que o paciente realiza, e que, a primeira vista, parecem exprimir apenas seu temperamento pessoal, são, na realidade, a sequência e o prolongamento de uma situação social que eles manifestam exteriormente. Cada grupo social tem, para o suicídio, uma propensão coletiva que lhe é própria e da qual derivam as propensões individuais, não sendo ela o resultado destas últimas.

Ainda, segundo o autor, aos fatos privados que, em geral, são consideradas as causas do suicídio, na verdade nada mais são do que o eco do estado moral da sociedade, e refere que

Sem dúvida, a tristeza e melancolia lhe vem de fora, mas não desse ou daquele incidente de sua trajetória, e sim, do grupo de que faz parte. Eis que não há nada que possa servir de causa ocasional ao suicídio. Tudo depende da intensidade com a qual as causas suicidógenas agiram sobre o indivíduo.

A obrigatoriedade do diagnóstico para o transexual ter acesso ao processo transexualizador e as inevitáveis *máscaras* das quais necessita fazer uso para ser aprovado no *jogo de comprovar ser um transexual de verdade*, podem ser fatores decisivos para a morte. Esta afirmação faz sentido quando Resta[29] afirma que "[...] a melancolia da identidade está toda ela na separação que a determina: e especificamente a separação que constitui a identidade representa ser o verdadeiro motivo do luto".

A melancolia e o sofrimento também são expressos na seguinte frase, que foi escrita momentos antes do suicídio de conhecida transexual brasileira, a qual, mesmo engajada nos movimentos de apoio aos transexuais, não resistiu: "Como desistir de quem você é? Isso não significa a própria morte? E quantas vezes nós morremos esse mês?[30]".

A frase acima demonstra bem como a sociedade desqualifica o sofrimento e o pedido de socorro que o comportamento suicida encobre. Cruz[31] questiona: "[...] afinal, o que leva uma pessoa a pôr fim à própria vida? Será que no suicídio o indivíduo deseja mesmo morrer ou busca denunciar, por meio desse ato extremado, que não suporta mais sua vida da maneira como ela se apresenta?".

---

[28] DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo sociológico. Tradução Andréa Stahel M. da Silva e Revisão Técnica: Fernanda Godoy Tarcinalli. São Paulo: Edipro, 2014. p. 297.

[29] RESTA, Elígio. Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica. Tradução e apresentação: Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p. 36.

[30] ANDRADE, Daniela. Transfeminista Kayla França comete suicídio após transfobias; poderíamos ter evitado? Menlo Park: Facebook, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://www.facebook.com/daniela sobrevivente?fref=ts>. Acesso em: 13 jan. 2016.

[31] CRUZ, Weyne Claudia. As múltiplas mortes de si: suicídio de idosos no sul do Brasil. 2014. f. 18. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org. br/bitstream/handle/ UNISINOS/3936/CRUZClaudiaWeyne.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 jan. 2016.

Para Durkheim[32] "[...] não há um suicídio, mas suicídios. Sem dúvida, o suicídio sempre é próprio de um homem que prefere a morte à vida, mas as causas que o determinam não são da mesma natureza em todos os casos: às vezes até são opostas entre si. Ora, é impossível que a diferença de causas não se encontre também nos efeitos". Segundo o autor, há vários suicídios distintos, assim como várias causas, e o ideal seria poder observar cada causa para fins de classificá-las de formas distintas e poder acompanhar as várias correntes suicidógenas desde as suas origens sociais até as suas manifestações individuais e assim, traçar uma melhor forma de preveni-las.

Na visão de Marx, a diferente classificação das causas do suicídio, deveria ser a classificação dos *próprios defeitos de nossa sociedade*[33]. Ou, dito de outra forma, "os avanços anormais do suicídio e o mal-estar geral que atinge as sociedades contemporâneas derivam das mesmas causas[34]".

Cruz[35] afirma que, devido à complexidade do fenômeno, tudo indica que nenhum dos fatores sociais de determinado grupo deve ser considerado isoladamente; há um conjunto de fatores. Assim, mesmo que a realização de uma pesquisa implique a escolha de apenas um recorte teórico, é importante não perder de vista a interação e/ou sobreposição de diferentes fatores. Ferreira Junior[36] também considera que o fenômeno suicida é causado por mais de um fator:

[...] como uma evidência, não só de colapso pessoal, mas também de uma deterioração do contexto social em que um indivíduo vive. O suicídio pode ser o ponto final de um número de diferentes fatores contribuintes e é mais provável de ocorrer durante os períodos de crise associadas a perturbações de relações pessoais, por meio de abuso de álcool e drogas, desemprego, depressão clínica e outras formas de doença mental. Devido a isso, o suicídio é frequentemente utilizado como um indicador indireto do estado de saúde mental da população.

Ao direcionar o suicídio para a identidade transexual, os principais fatores de risco entre a população LGBTI são aqueles em nível individual, como a depressão e aqueles em nível coletivo, como o preconceito, a discriminação e a rejeição, que, associados, acabam por gerar a ideação suicida e, na pior das hipóteses, a sua realização.

---

[32] DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo sociológico. Tradução Andréa Stahel M. da Silva e Revisão Técnica: Fernanda Godoy Tarcinalli. São Paulo: Edipro, 2014. p. 275.

[33] MARX, Karl. Sobre o suicídio. São Paulo: Boitempo, 2006, p. 44. [Publicado originalmente em 1846].

[34] CRUZ, Weyne Claudia. As múltiplas mortes de si: suicídio de idosos no sul do Brasil. 2014. f. 21. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org. br/bitstream/handle/ UNISINOS/3936/CRUZClaudiaWeyne.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 jan. 2016.

[35] CRUZ, Weyne Claudia. As múltiplas mortes de si: suicídio de idosos no sul do Brasil. 2014. f. 21. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) -- Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org. br/bitstream/handle/ UNISINOS/3936/CRUZClaudiaWeyne.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 jan. 2016.

[36] FERREIRA JUNIOR, Avimar. O comportamento suicida no Brasil e no mundo. Revista Brasileira de Psicologia, Salvador, v. 2, n. 1, p. 15, jan./jul.2015. Disponível em: <http://revpsi.org/wp-content/uploads/2015/04/Ferreira-Junior-2015-O-comportamento-suicida-no-Brasil-e-no-mundo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

4 A Situação no Brasil

Paradoxalmente, a tentativa de minimizar a vulnerabilidade a qual os transexuais estão expostos, faz aumentar a discriminação quando são adotadas ações afirmativas. É o que afirma Martini[37]

[...] talvez seja este um ponto paradoxal do Sistema Social da Saúde: à medida que o Sistema do Direito e da Política garante novas possibilidades àqueles que antes estavam desprotegidos, o próprio Sistema Social acaba irritando a si mesmo por suas próprias decisões. Quer dizer: no momento que se garante novas possibilidades ao transexual (como, por exemplo, realizar uma cirurgia), e esta possibilidade é veiculada pelos canais de comunicação, registramos uma forte onda de violência social e moral sobre estes sujeitos. Nem precisamos aqui relembrar dos índices de violência contra transexuais e que muitos deles acabam se suicidando pela incapacidade de construir alternativas de fortalecimento da sua identidade.

Não há dúvida de que a redefinição e ampliação do processo transexualizador e a sua inclusão na lista de procedimentos do SUS foi um avanço no sistema da saúde e um reconhecimento, mesmo que com certas restrições, para os transexuais. Ou seja, ao mesmo tempo em que a Portaria nº 2.803/2013[38] do MS é o *remédio,* o protocolo a ser seguido pelos transexuais com várias etapas/técnicas que o processo transexualizador exige até chegar ao diagnóstico de transtornado é o *veneno*, uma vez que esta *representação* exigida pelo protocolo médico é uma demonstração ficta da própria essência do transexual, pois é a forma como o exterior deve fazer a leitura de sua presença[39]. Esta leitura de ser anormal e doente é a causa de exclusão social, do abandono familiar, da marginalização, do recolhimento e finalmente, do suicídio.

A preocupação com o suicídio e com a automutilação dos transexuais também foi abordada no acórdão que julgou a Ação Civil Pública n° 2001.71.00.026279-9[40], que deu origem à Portaria nº 2.803/13[41]. No acórdão, consta que "[...] devido a não aceitação da anatomia do próprio corpo com a identidade psicológica, o transexual está exposto a intenso sofrimento, chegando a gerar, muitas vezes, no caso dos homens, à automutilação genital e, no caso das mulheres, à automutilação dos

---

[37] MARTINI, Sandra Regina. O direito à saúde no Rio Grande do Sul de 1990 a 2010: casos emblemáticos que marcaram o processo de efetivação. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMAN, Wilson (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014. p. 280.

[38] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[39] RESTA, Elígio. Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica. Tradução e apresentação: Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p. 10.

[40] BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Ação civil pública n° 2001.71.00.026279-9/RS. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: União Federal. Relator: Juiz Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_ processual_resultado_ pesquisa&txtPalavraGerada=ozqv&hdnRefId=b0609b0477b6b445664d2b1ddf2ec47d&selForma=NU&txtValor=200171000262799&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 19 abr. 2015.

[41] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 27 jan. 2015.

seios; em ambos, ao suicídio". Sturza e Schorr[42] também fazem referência ao fenômeno suicida entre a população transexual, mencionando que

> Há vários relatos de pessoas que não se iniciam na vida sexual, ou mesmo isolam-se da sociedade, desistindo de estudar e de levar uma vida normal, em virtude de não serem aceitos exatamente como são e de terem reprovadas as suas condutas. Isto, muitas vezes, acaba causando distúrbios de ordem psíquica ainda mais sérios, com casos conhecidos de suicídio.

No Brasil, o Grupo Dignidade[43] – Organização Não Governamental (ONG) de promoção da cidadania LGBTI– divulgou um levantamento que alerta para a realidade dos jovens LGBTI e chama a atenção para os casos de suicídio envolvendo esse público. Segundo o Grupo Dignidade,

[...] em 2006 o Ministério da Saúde publicou as Diretrizes Nacionais para Prevenção de Suicídios, baseado numa pesquisa do núcleo de epidemiologia psiquiátrica da Universidade de São Paulo (USP) que concluiu que 9,5% da população urbana brasileira já tiveram pensamentos suicidas e 3,1% tentou tirar a própria vida. Em termos absolutos, o Brasil é o oitavo país do mundo com o maior número de casos de suicídio, mais de 11,8 mil em 2012. Em dez anos, houve um aumento de 10% no número de casos. O suicídio é apontado como a terceira causa de morte de adolescentes e jovens, atrás apenas dos acidentes de trânsito e da violência. Coincidentemente, 61,1% dos jovens foram vítimas de episódios homofóbicos denunciados à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República em 2012.

A ONG afirma que o público LGBTI tem de duas a seis vezes mais chances de cometer suicídios do que seus pares heterossexuais, sendo que a população transexual é a mais atingida por este fenômeno devido à vulnerabilidade, à marginalização e ao estigma de transtorno mental[44]. Entretanto, apesar da elevada taxa de suicídios entre os transexuais, a própria OMS não possui dados específicos quanto a estas pessoas e nem mesmo à comunidade LGBTI, ou seja, estes grupos não são individualizados pela OMS. Ferreira Junior[45] acredita que a inexistência de anotação específica nos atestados de óbito auxilia para a ausência específica de dados, pois,

[...] a subnotificação dos casos de suicídio, ao mesmo tempo que dissimula a dimensão numérica do fenômeno suicida, por outro mascara aspectos específicos, como o dos LGBT, ao dissolvê-los em categorias gerais, como idade e sexo. Por outro lado, ainda, confirmam o suicídio enquanto tabu social. O suicídio mais que criar mal-estar, denuncia-o.

Ao consultar o sitio da *Word Health Orzanization* (WHO)[46] no link *Health Topics* (Tópicos de Saúde) e, em seguida, selecionar *Suicide* (Suicídio), está disposto que os fatores de risco para o suicídio incluem transtorno mental (como depressão, transtorno de personalidade, dependência de

---

[42] STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá, v. 15, n. 1, p. 269, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/ 4101/2591>. Acesso em: 05 mar. 2016.

[43] GRUPO DIGNIDADE. Dia mundial de prevenção do suicídio: 5 dados preocupantes sobre o suicídio no Brasil e a população LGBTT. Curitiba, 2010b. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/blog/ 2014/ dia-mundial-de-prevencao-do-suicidio/>. Acesso em: 26 dez. 2015.

[44] GRUPO DIGNIDADE. Dia mundial de prevenção do suicídio: 5 dados preocupantes sobre o suicídio no Brasil e a população LGBTT. Curitiba, 2010b. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/blog/ 2014/ dia-mundial-de-prevencao-do-suicidio/>. Acesso em: 26 dez. 2015.

[45] FERREIRA JUNIOR, Avimar. O comportamento suicida no Brasil e no mundo. Revista Brasileira de Psicologia, Salvador, v. 2, n. 1, p. 25, jan./jul.2015. Disponível em: <http://revpsi.org/wp-content/uploads/2015/04/Ferreira-Junior-2015-O-comportamento-suicida-no-Brasil-e-no-mundo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

[46] WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Health topics: suicide. Geneve, 2016b. Disponível em: <http://www.who.int/topics/suicide/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

álcool, esquizofrenia) e algumas doenças físicas, tais como doenças neurológicas, câncer e infecção pelo HIV.

Quanto ao público LGBTI, a WHO[47] limita-se a apontar que "[...] as taxas de suicídio são também elevadas nos grupos vulneráveis que sofrem discriminação, como os refugiados e migrantes, indígenas, lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais e prisioneiros". Este apontamento corrobora a conclusão de Durkheim de que o suicídio é próprio de uma minoria[48].

Consequentemente, a ausência de anotações específicas dificulta um levantamento pormenorizado para a adoção de políticas públicas, pois o pouco que se sabe é de levantamentos realizados por instituições e organizações independentes, na maioria das vezes, ligadas aos movimentos pela igualdade e pela defesa dos interesses desses grupos.

5 O Estudo Realizado no Canadá

Um recente estudo publicado pela revista *Bio Medical Center Public Health*[49] (Centro de Biomedicina e Saúde Pública) tratou especificamente sobre o fenômeno suicida entre a população *trans.* O estudo foi intitulado *A interveniência da associação de fatores ao risco de suicídio de pessoas transgênero: um estudo de amostragem colhido em Ontário, Canadá* e afirma que há uma conexão entre o risco de suicídio no público transgênero ligado a fatores como ausência de apoio dos pais e da família, transfobia e falta de documentos de identificação concordantes com o gênero vivido e a dificuldade para o acesso ao processo transexualizador (tanto para o procedimento de transgenitalização, quanto para a terapia hormonal).

As perguntas que direcionaram a pesquisa foram em relação à ideação suicida: *Você já considerou seriamente cometer suicídio ou pôr fim à sua própria vida? Se sim, isso aconteceu nos últimos 12 meses?* Para identificar a tentativa de suicídio: *Alguma vez você já tentou cometer suicídio ou tentou tirar sua própria vida? Se sim, isso aconteceu nos últimos 12 meses?*[50] Segundo Bauer et al.[51], este estudo é a primeira evidência de que os transgêneros podem ter um risco de suicídio maior por conta dos fatores aos quais estão expostos e também pelo desconforto inato em ser um transgênero. Os dados[52] revelaram que

---

[47] WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Media centre: suicide: fact sheet n° 398. Geneve, Aug. 2015d. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs398/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[48] DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo sociológico. Tradução Andréa Stahel M. da Silva e Revisão Técnica: Fernanda Godoy Tarcinalli. São Paulo: Edipro, 2014. p. 300. [Publicado originalmente em 1897].

[49] "Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada". Interferência de fatores associados ao risco de suicídio de pessoas transgênero: um estudo de amostragem colhido em Ontário, Canadá. (tradução nossa). BAUER, Greta R et al. Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. Bio Medical Center Public Health, Londres, v. 15, n. 525, June 2015. Disponível em: <http://link. springer.com/article/10.1186/s12889-015-1867-2>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[50] BAUER, Greta R et al. Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. Bio Medical Center Public Health, Londres, v. 15, n. 525, June 2015. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1186/s12889-015-1867-2>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[51] BAUER, Greta R et al. Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. Bio Medical Center Public Health, Londres, v. 15, n. 525, June 2015. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1186/s12889-015-1867-2>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[52] BAUER, Greta R et al. Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. Bio Medical Center Public Health, Londres, v. 15, n. 525, June 2015. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1186/s12889-015-1867-2>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[...] cerca de 35% dos transgêneros em Ontário, no Canadá, tiveram ideação suicida no ano de 2014, e aproximadamente 11% colocaram-na em prática. Foram entrevistados 380 transgêneros que vivem em Ontário, com idade superior a 16 anos. Os pesquisadores analisaram 13 fatores de modificação na vida dos transgêneros e concluíram que o apoio dos pais e da família corresponde a um potencial de prevenção de 170 *trans* por 1000, de considerar o suicídio; aqueles que não sofreram algum tipo de experiência como a transfobia, contabilizam 66% a menos em considerar o suicídio uma solução. Aqueles que queriam fazer a transição sexual e faziam a terapia hormonal, estavam entre a metade que considerava o suicídio como solução. E cerca de 1/4 dos transgêneros não pretendem nenhuma modificação sexual. (grifo do autor).

O estudo também encontrou uma significativa diminuição no risco[53] de suicídio para aqueles que tinham documentos de identificação como carteira de motorista, cartão de saúde e passaporte, o que demonstrou que ter seu documento com o nome eleito para sua identidade tem um potencial de prevenção de 90 em cada 1.000 *trans*[54].

Os pesquisadores analisaram 13 itens, os quais denominaram *fatores antecedentes*. Estes, relacionados com os *fatores intervenientes*, produziram dois resultados: ideação suicida (os que idealizaram seriamente o suicídio nos últimos 12 meses, os que não idealizaram seriamente o suicídio nos últimos 12 meses); tentativa de suicídio (os que tentaram o suicídio nos últimos 12 meses e os que não tentaram o suicido nos últimos 12 meses).

Os *fatores antecedentes* utilizados no estudo foram idade, expectativa de gênero, gênero assumido, grupo racial, pessoas com histórico de imigração, orientação sexual, região, estabilidade social, estabilidade familiar e religião. Estes fatores foram associados com mais três *fatores antecedentes*: histórico infantil dos entrevistados (eventual violência sexual ou psicológica na infância) e históricos da saúde mental na idade adulta (outros que não a depressão e ansiedade) e histórico de doenças e dor crônicas[55].

Estes 13 *fatores antecedentes*, por sua vez, foram combinados com os seguintes três *fatores intervenientes*: inclusão social (aumento da inclusão social, suporte estruturado para as questões de gênero, incluindo os pais, a família, colegas de trabalho, amigos, prática religiosa/espiritual e o uso de documentos de identificação em concordância com o gênero); transfobia (redução das experiências e da violência transfóbica) e transição (terapia hormonal, cirurgia de transgenitalização, transição social/ser visto como cisgênero)[56].

Os entrevistados que tiveram os *fatores intervenientes* presentes na sua vida não idealizaram seriamente o suicídio nos últimos 12 meses. Os entrevistados que tiveram os *fatores intervenientes* presentes na sua vida, mas que apresentavam quadro depressivo e faziam uso constante de substâncias, idealizaram seriamente o suicídio nos últimos 12 meses e, destes, metade tentou o suicídio.

---

[53] A ideia de risco que trabalhamos nos aponta sempre para um futuro, é uma aquisição evolutiva das contingências de uma sociedade diferenciada funcionalmente, baseado na possibliidade ou não de suportar as certezas das expectativas sociais.

[54] VICENTT, Jonathan. Risco de suicídio entre os transexuais pode ser reduzido, diz pesquisa. Blasting News, Chiasso, 17 jun. 2015. Disponível em: <http://br.blastingnews.com/sociedade-opiniao/2015/06/risco-de-suicidio -entre-os-transexuais-pode-ser-reduzido-diz-pesquisa-00441227.html>. Acesso em: 12 out. 2015.

[55] BAUER, Greta R et al. Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. Bio Medical Center Public Health, Londres, v. 15, n. 525, June 2015. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1186/s12889-015-1867-2>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[56] BAUER, Greta R et al. Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. Bio Medical Center Public Health, Londres, v. 15, n. 525, June 2015. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1186/s12889-015-1867-2>. Acesso em: 21 abr. 2017.

Assim, o estudo fornece evidências de que o estigma e a exclusão social são as causas fundamentais para o suicídio e concluiu que o aumento de políticas públicas para a inclusão social (apoio social, apoio específico dos pais, os documentos de identidade), combate à transfobia e acesso ao processo transexualizador (somente terapia hormonal ou a transgenitalização) contribuem para a redução das altas taxas da ideação, tentativa e suicídio nas populações *trans*. Entretanto, tais intervenções exigem mudanças políticas e maior diálogo entre os sistemas da política, da saúde e do direito, a fim de considerar essa questão de saúde pública digna de avaliação. Martini[57] também faz referência à importância das políticas públicas de inclusão:

Nesse sentido, quando se tratam de bens comuns da humanidade, devem-se observar as políticas sociais tendo-se presente a forma como estas atuam em uma sociedade, não mais definida geograficamente, mas em uma sociedade de mundo. Nela, é preciso pesquisar o impacto das políticas sociais; no presente caso, o impacto das políticas que pretendem uma inclusão social e a tutela dos direitos fundamentais, analisando-se de que modo elas são efetivas e eficazes. Além disso, é preciso estudar com que escopos estas políticas foram elaboradas, já que freqüentemente as políticas sociais destinam-se muito mais a fins eleitorais, deixando de ser um processo capaz de alterar uma dada situação. Note-se que muitos destes programas, ditos inclusivos, acabam, muitas vezes, mascarando o mapa da exclusão social ou, ainda, mascarando os problemas de fundo. Em outros termos, as políticas públicas devem ter como objetivo a justiça social de fato, entendendo-a não em um sentido utilitarista, pois, se assim fosse, incorrer-se-ia em um sério problema. Assim, partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os ditos incluídos.

Durkheim[58] retrata bem a questão da necessidade da aprovação social para o sentido da vida: "Se, nesse caso, o vínculo que liga o homem à vida se solta, é porque o próprio vínculo que o liga à sociedade se afrouxou".

Assim, o reconhecimento dos fatores de risco e dos fatores protetores[59] (estes são menos estudados e geralmente são dados não muito consistentes, incluindo: autoestima elevada; bom suporte familiar; laços sociais bem estabelecidos com família e amigos; religiosidade independente da afiliação religiosa e razão para viver; senso de responsabilidade com a família; gravidez desejada e planejada; capacidade de adaptação positiva; capacidade de resolução de problemas e relação terapêutica positiva, além de acesso a serviços e cuidados de saúde mental), é fundamental para determinar o risco e, a partir desta determinação, estabelecer estratégias para reduzi-lo.

---

[57] VIAL. Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. Contribuciones desde Coatepec, Toluca, n. 12, p. 135, enero/jun. 2007. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/281/28101207.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

[58] DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo sociológico. Tradução Nathanael C. Caixeiro e Revisão Técnica: Antônio Monteiro Guimarães Filho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982. p. 186.

[59] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS E PREVENÇÃO DO SUICÍDIO (ABEPS). [S.l.], 2015. Disponível em: http://www.abeps.org.br/. Acesso em: 24 abr. 2017.

6 As Campanhas de Prevenção

Visando atender o direito à saúde previsto na CF/88 e nas Leis Orgânicas da Saúde nº 8.080/90[60], e nº 8.142/90[61], o Ministério da Saúde (MS) editou a Portaria n° 1.876/2006[62], a qual instituiu diretrizes nacionais para prevenção do suicídio, a ser implantadas em todas as unidades federadas, organizadas de forma articulada entre o Ministério da Saúde, as Secretarias de Estado de Saúde, as Secretarias Municipais de Saúde, as instituições acadêmicas, as organizações da sociedade civil, os organismos governamentais e os não governamentais, nacionais e internacionais, a fim de desenvolver estratégias de informação, de comunicação e de sensibilização da sociedade de que o suicídio é um problema de saúde pública que pode ser prevenido.

Porém, muito antes da CF/88 e da universalização do direito à saúde, foi fundado em São Paulo, em 1962, o Centro de Valorização da Vida (CVV), associação civil sem fins lucrativos, reconhecida como de Utilidade Pública Federal em 1973 e atuante em várias cidades brasileiras, com a finalidade da prestação de serviço voluntário e gratuito de apoio emocional e prevenção ao suicídio de forma totalmente sigilosa. Com mais de mais de um milhão de atendimentos anuais por aproximadamente 2.000 voluntários em 18 Estados mais o Distrito Federal, o CCV também desenvolve outras atividades relacionadas a apoio emocional além do atendimento, com ações abertas à comunidade que estimulam o autoconhecimento e melhor convivência em grupo e consigo mesmo em todo o Brasil [63].

Por sua vez, a Associação Brasileira de Estudos e Prevenção do Suicídio (ABEPS), associação civil, de âmbito nacional e sem fins lucrativos, tem como objetivo geral fomentar o estudo, a discussão e a pesquisa em torno da prevenção do suicídio, através de políticas, ações e diretrizes, tais como a criação do Plano Nacional de Prevenção do Suicídio, a criação do protocolo de atenção e assistência às pessoas que tentam o suicídio e a criação do protocolo de atenção e assistência aos enlutados[64]. A ABEPS defende a necessidade de uma entidade, de âmbito nacional e que congregue, de forma transdisciplinar, todas as pessoas interessadas no tema.

Importante contribuição brasileira para a prevenção do suicídio, em nível mundial, foi a criação da campanha Setembro Amarelo[65], cujo objetivo direto é alertar a população a respeito da realidade do suicídio no Brasil e no mundo e suas formas de prevenção. A campanha ocorre no mês de setembro, desde 2014 e é divulgada mundialmente através da Associação Internacional de Prevenção ao Suicídio (IASP)[66].

---

[60] BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[61] BRASIL. Lei n° 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[62] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.876, de 14 de agosto de 2006. Institui diretrizes nacionais para prevenção do suicídio, a ser implantadas em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1876_14_08_2006.html>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[63] CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA (CVV). [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.cvv.org.br/cvv.php.. Acesso em: 24 abr. 2017.

[64] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS E PREVENÇÃO DO SUICÍDIO (ABEPS). [S.l.], 2015. Disponível em: http://www.abeps.org.br/. Acesso em: 24 abr. 2017.

[65] SETEMBRO AMARELO. Falar é a melhor solução. [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.setembroamarelo.org.br/> . Acesso em: 24 abr. 2017.

[66] INTERNACIONAL ASSOCIATION FOR SUICIDE PREVENTION (IASP), [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.iasp.info/wspd/index.php >. Acesso em: 24 abr. 2017.

A IASP foi fundada em 1960 e dedica-se a prevenção dos comportamentos suicidas e seus efeitos, fornecendo um fórum para acadêmicos, profissionais de saúde mental, voluntários e sobreviventes de suicídio e atua em mais de 50 países.

Por fim, não podemos deixar de mencionar, os movimentos sociais de defesa da igualdade, cidadania e despatologização da identidade transexual, bem como a busca pela autonomia e titularidade dos seus direitos, como formas de campanhas de prevenção do suicídio, as quais vem ganhando cada vez mais adeptos e, aos poucos, o estigma de *doente* vem tomando outros rumos, pois há inúmeras mobilizações de ativistas que reivindicam a retirada da transexualidade do rol das doenças identificáveis como transtornos mentais. Dentre os principais movimentos, podemos citar a Campanha *Stop Trans Pathologization* (STP) (Pare a Patologização Trans)[67], a *Global Action for Trans Equality* (GATE) (Ação Global pela Igualdade Trans)[68] e a *Transgender Europe* (TGEU) (Transgêneros Europa)[69].

Assim, além de discriminação, rejeição e violência, o diagnóstico patologizante pode contribui para um final suicida. Para Butler[70], a força patologizante do diagnóstico não deve ser subestimada, especialmente quando se trata de jovens que ainda não possuem recursos críticos suficientes para resistir a essa força.

7 Conclusão

No momento em que os laços familiares e sociais já não são suficientemente fortes para o indivíduo continuar vivendo, nem o engajamento político o conectam mais com a vida, qualquer motivo pode ser um pretexto para dar um fim à existência. Segundo Cruz[71], esta necessidade de inclusão ou integração social permitiu a Durkheim[72] edificar sua teoria acerca do suicídio e a importância da integração entre os grupos sociais dos quais o indivíduo faz parte.

---

[67] STOP TRANS PATHOLOGIZATION (STP). [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.stp 2012.info/old/pt>. Acesso em: 24 abr. 2017.

[68] GLOBAL ACTION FOR TRANS EQUALITY (GATE). London, 2015. Disponível em: <http://transactivists. org/>. Acesso em: 12 out. 2015.

[69] TRANSGENDER EUROPE (TGEU). Berlin, 2015a. Disponível em: <http://tgeu.org/>. Acesso em: 13 out. 2015.

[70] "Nesses casos, o diagnóstico pode ser debilitante, senão assassino. Algumas vezes, o diagnóstico assassina a alma e, algumas vezes torna-se um fator para o suicídio. Assim, o que está em jogo neste debate é altamente importante, pois parece ser, afinal, uma questão de vida ou morte; para alguns, o diagnóstico parece significar a própria vida e, para outros, o diagnóstico parece significar a morte. BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. Physis - Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 98, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>. Acesso em: 19 set. 2015.

[71] CRUZ, Weyne Claudia. As múltiplas mortes de si: suicídio de idosos no sul do Brasil. 2014. f. 28. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3936/CRUZClaudiaWeyne.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 jan. 2016.

[72] "O suicídio varia em razão inversa ao grau de integração dos grupos sociais de que o indivíduo faz parte. Isso porque quanto mais estreitos forem os laços entre os membros de uma comunidade, maior a influência do coletivo sobre o individual. Logo, menores serão as chances do indivíduo ficar à mercê de seus próprios desejos. A maior coesão do grupo deixa, de certa forma, pouco espaço para o exercício das liberdades individuais e para a autorreflexão, diminuindo, assim, a propensão dos indivíduos a atos autodestrutivos. DURKHEIM, Émile. O suicídio: estudo sociológico. Tradução Nathanael C. Caixeiro e Revisão Técnica: Antônio Monteiro Guimarães Filho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1982. p. 26.

As análises trazidas corroboram a afirmação de Cruz[73], que refere que o suicídio nunca é motivado por um único fator; reflete a importância de o sujeito ser aceito na sociedade e como a rejeição pode ter consequências nefastas. A mensagem endereçada à sociedade através da tentativa ou do suicídio mostra a (ir)relevância e o valor da vida e também denuncia um sofrimento inaudito, o desespero de pessoas que acreditaram que suas vidas perderam o significado social e, no caso dos transexuais, o estigma de *doente* e a obrigatoriedade de parecer um *doente* para receber o diagnóstico patologizante agrava este sofrimento. A morte por suicídio rompe com o silêncio e nos convoca a refletir sobre a hierarquia de valores da nossa sociedade. Na saúde, a concepção heteronormativa com a qual a maioria das equipes da saúde opera dificulta a criação de novas soluções para as questões que se apresentam. Assim, é fundamental que se viabilize maior interlocução entre formuladores e executores de ações. Sem isso, corre-se o risco de uma enorme distância entre o que se propõe executar e o que de fato é executado. O significado de saúde para as identidades *trans* não é somente o processo transexualizador acompanhado ou não da cirurgia de redesignação sexual. Saúde, para esta população, é respeito incondicional à sua construção identitária, é o uso do nome social em qualquer circunstância, é ter acesso ao SUS sem o diagnóstico de transtornado, é viver sem medo de agressões dos mais variados tipos e assumir a sua autonomia, com a certeza de que suas reivindicações estão sendo ouvidas, entendidas e respeitadas.

Referências

ANDRADE, Daniela. *Transfeminista Kayla França comete suicídio após transfobias; poderíamos ter evitado?* Menlo Park: Facebook, 4 fev. 2016. Disponível em: <https://www.facebook.com/daniela sobrevivente?fref=ts>. Acesso em: 13 jan. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ESTUDOS E PREVENÇÃO DO SUICÍDIO (ABEPS). [S.l.], 2015. Disponível em: http://www.abeps.org.br/. Acesso em: 24 abr. 2017.

BAUER, Greta R et al. Intervenable factors associated with suicide risk in transgender persons: a respondent driven sampling study in Ontario, Canada. *Bio Medical Center Public Health*, Londres, v. 15, n. 525, June 2015. Disponível em: <http://link. springer.com/article/10.1186/s12889-015-1867-2>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BOTEGA. Neuri, José. *Crise suicida: avaliação e manejo*. Porto Alegre: Artmed Editora Ltda, 2015. Não paginado. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=WoqICgAAQBAJ&pg=PT42&lpg=PT42&dq=grupo+dignidade+e+suic%C3%ADdio&source=bl&ots=TaGV4obVJM&sig=4SDb85elzydbazs2IXzqHH5GYkY&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiw8Mb80LXTAhWCWpAKHfFBAGwQ6AEIVjAI#v=onepage&q=grupo%20dignidade%20e%20suic%C3%ADdio&f=false.>. Acesso em: 21 abr. 2017.

[73] CRUZ, Weyne Claudia. As múltiplas mortes de si: suicídio de idosos no sul do Brasil. 2014. f. 28. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3936/CRUZClaudiaWeyne.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 jan. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 11 maio 2015.

BRASIL. *Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 19 abr. 2015.

BRASIL. *Lei n° 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013*. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/ saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.876, de 14 de agosto de 2006*. Institui diretrizes nacionais para prevenção do suicídio, a ser implantadas em todas as unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão.). Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt1876_14_08_2006.html>. Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). *Ação civil pública n° 2001.71.00.026279-9/RS*. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: União Federal. Relator: Juiz Roger Raupp Rios. Porto Alegre, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_ processual_resultado_ pesquisa&txtPalavraGerada=ozqv&hdnRefId=b0609b0477b6b445664d2b1ddf2ec47d&selForma=NU&txtValor=200171000262799&chkMostrarBaixados=1&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmeteuPesquisa=letras>. Acesso em: 19 abr. 2015.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 98, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>. Acesso em: 19 set. 2015.

CENTRO DE VALORIZAÇÃO DA VIDA (CVV). [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.cvv.org.br/cvv.php.. Acesso em: 24 abr. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Psicologia e diversidade sexual: *desafios para uma sociedade de direitos*/Conselho.Federal de Psicologia. - Brasília: CFP, 2011.

CRUZ, Weyne Claudia. *As múltiplas mortes de si*: suicídio de idosos no sul do Brasil. 2014. f. 18. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais,

Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org. br/bitstream/handle/ UNISINOS/3936/CRUZClaudiaWeyne.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 13 jan. 2016.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*: estudo sociológico. Tradução Andréa Stahel M. da Silva e Revisão Técnica: Fernanda Godoy Tarcinalli. São Paulo: Edipro, 2014. [Publicado originalmente em 1897].

FERREIRA JUNIOR, Avimar. O comportamento suicida no Brasil e no mundo. *Revista Brasileira de Psicologia*, Salvador, v. 2, n. 1, p. 15, jan./jul.2015. Disponível em: <http://revpsi.org/wp-content/uploads/2015/04/Ferreira-Junior-2015-O-comportamento-suicida-no-Brasil-e-no-mundo.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

GIORGI. RAFFAELE DE. *Direito, democracia e risco*. Vínculos com o futuro. Tradução Sandra Regina Martini Vial. Sérgio António Fabris, Porto Alegre, 1998.

GRUPO DIGNIDADE. *Dia mundial de prevenção do suicídio*: 5 dados preocupantes sobre o suicídio no Brasil e a população LGBTT. Curitiba, 2010b. Disponível em: <http://www.grupodignidade.org.br/blog/ 2014/ dia-mundial-de-prevencao-do-suicidio/>. Acesso em: 26 dez. 2015.

INTERNACIONAL ASSOCIATION FOR SUICIDE PREVENTION (IASP), [S.l.], 2017. Disponível em: <https://www.iasp.info/wspd/index.php >. Acesso em: 24 abr. 2017.

MARTINI, Sandra Regina. O direito à saúde no Rio Grande do Sul de 1990 a 2010: casos emblemáticos que marcaram o processo de efetivação. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMAN, Wilson (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2014.

MARX, Karl. *Sobre o suicídio*. São Paulo: Boitempo, 2006. [Publicado originalmente em 1846].

RESTA, Eligio. *Diritto vivente*. Tradução de Larissa Ribeiro. Roma: Laterza, 2008.

RESTA, Elígio. *Percursos da identidade*: uma abordagem jusfilosófica. Tradução e apresentação: Doglas Cesar Lucas. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

SETEMBRO AMARELO. *Falar é a melhor solução*. [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.setembroamarelo.org.br/> . Acesso em: 24 abr. 2017.

STOP TRANS PATHOLOGIZATION (STP). [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.stp 2012.info/old/pt>. Acesso em: 24 abr. 2017.

STURZA, Janaína Machado; SCHORR, Janaína Soares. Transexualidade e os direitos humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 15, n. 1, p. 269, jan./jun. 2015. Disponível em:

<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/ 4101/2591>. Acesso em: 05 mar. 2016.

VIAL. Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *Contribuciones desde Coatepec*, Toluca, n. 12, p. 135, enero/jun. 2007. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/281/28101207.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2016.

VICENTT, Jonathan. Risco de suicídio entre os transexuais pode ser reduzido, diz pesquisa. *Blasting News*, Chiasso, 17 jun. 2015. Disponível em: <http://br.blastingnews.com/sociedade-opiniao/2015/06/risco-de-suicidio -entre-os-transexuais-pode-ser-reduzido-diz-pesquisa-00441227.html>. Acesso em: 12 out. 2015.

WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Health topics*: suicide. Geneve, 2016b. Disponível em: <http://www.who.int/topics/suicide/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.
.
WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Media centre*: suicide: fact sheet n° 398. Geneve, Aug. 2015d. Disponível em: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs398/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Preventing suicide*: a global imperative. Geneve, 2014. Disponível em: <http://www.who.int/mental_health/suicide-prevention/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Trade, foreign policy, diplomacy and health*. Geneve, 2015a. Disponível em: <http://www.who.int/trade/glossary/story046/en/>. Acesso em: 21 abr. 2017.

A HIPERVULNERABILIDADE DA MULHER/MÃE NA SOCIEDADE DE CONSUMO

Patrícia Strauss Riemenschneider[74]

Resumo:

A sociedade de consumo se aproveita da hipervulnerabilidade da "recém-nascida" mãe para lhe oferecer produtos e serviços que seriam facilitadores de práticas relativas à maternidade. Com *marketing* invasivo torna primeiramente a mulher/mãe como um sujeito incapaz de amamentar seu filho. A seguir lhe oferece substitutos que seriam as soluções perfeitas para a propagada desqualificação e inaptidão da mulher. Ao substituir o aleitamento materno por leite artificial a genitora estará tomando uma escolha que repercutirá não só em sua própria saúde, mas também na saúde de sua prole. A medicina baseada em evidências, através de dados científicos, demonstra que, em termos de prevenção de doenças, nada substitui o aleitamento materno. O Direito pode tutelar a "recém-nascida" mãe caracterizando-a como hipervulnerável. Um sujeito que não possui todas as informações necessárias para a tomada de uma decisão e que se encontra, devido a sua particular condição, em uma situação de fragilidade. Proteger a mãe hipervulnerável é tutelar também a saúde das presentes e futuras gerações.

Palavras-chave: Hipervulnerabilidade. Sociedade de consumo. Maternidade. Saúde Pública.

1 Introdução

A sociedade de consumo tenta objetificar e mercantilizar a maior quantidade de objetos possíveis. Ao mesmo tempo em que produz, precisa de consumidores que possam adquirir as mercadorias produzidas. Através de estratégias de *marketing* agressivas, fabricantes de leites artificiais encontraram na mulher/mãe a oportunidade de uma consumidora contínua que irá, muitas vezes por longos períodos, adquirir a alimentação para o lactente.

O Direito na pós-modernidade deve possuir um olhar para a diferença, para os desiguais, para os fragilizados. A mulher, seja ela mãe ou não, em uma relação de consumo, já seria vulnerável, já que assim prevê a lei consumerista pátria. No entanto, pela sua condição particular, em que um senso de incapacidade frente à nova situação não é incomum, em um contexto de oportunismo das forças do consumo, a "recém-nascida" mãe deve ser considerada não só vulnerável, mas sim *hipervulnerável*. Uma rede de apoio que envolva diversos atores como a sociedade, a comunidade, a família e o poder público precisa ser criada e mantida a fim de assistir a mulher/mãe para que ela possa tomar decisões informadas relativas a práticas maternas. Sobretudo, a ciência jurídica precisa tutelá-la, protegê-la e informá-la, utilizando de mecanismos legais, judicias e administrativos, para que se garanta para a genitora uma escolha materna baseada em informação e não em imposição.

Dessa maneira, o objetivo da presente pesquisa é demonstrar que as escolhas maternas, como a substituição do aleitamento materno pela fórmula sintética, possuem impactos em termos de

[74] Mestre em Direito. Email: patriciastraussr@gmail.com.

saúde, não só da mãe e de sua prole, mas também em termos de saúde pública. Isso porque os percentuais de aleitamento materno, apesar de terem aumentado nos últimos anos no Brasil, ainda estão muito aquém dos estabelecidos como parâmetros pela Organização Mundial da Saúde (seis meses de aleitamento materno exclusivo e após, com a introdução alimentar, por no mínimo dois anos).

Também se pretende demonstrar que as escolhas da genitora não são, frequentemente, tomadas tendo por base informações sobre as suas consequências. Pelo contrário, a sociedade de consumo se aproveita da fragilidade materna e propõe substitutos que seriam, "melhores" e mais "práticos" que o próprio leite materno.

O tema, portanto, é extremamente relevante e a pesquisa é justificada pelas consequências individuais e coletivas, no âmbito de saúde, que essa substituição possa vir a trazer.

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica. Através do estudo de livros, revistas e periódicos que trazem estudos sobre vulnerabilidade e hipervulnerabilidade, cadernos de saúde pública que tratam sobre aleitamento materno, materiais que discutam sobre pós-modernidade e sociedade de consumo, foi possível chegar ao resultado deste trabalho.

Na primeira parte é trazida exatamente a construção da chamada hipervulnerabilidade e sua necessidade de ser também aplicada na mulher/mãe. Ressalta-se que esta caracterização é inovadora e faz-se aqui uma tentativa de colocar a mãe em um caráter protetivo maior que os consumidores ditos "gerais". No segundo momento deste estudo é tratado sobre como a sociedade de consumo tenta tornar a fórmula infantil um bem necessário para o consumo (ainda que a mãe possa produzir o seu próprio leite) e de como tais práticas frequentemente ocorrem. Já na última parte do trabalho, é demonstrado as consequências da substituição do aleitamento materno pelo leite artificial, como uma questão de saúde pública, através da análise de diversos estudos sobre o tema.

2 A Hipervulnerabilidade da Mulher/Mãe

Para Bauman (2008, p. 35) vivemos em tempos pós-modernos[75][76]. Tempo de uma uma "sociedade fluída, líquida e fugaz. "Época de indagações, questionamentos e transições. Período em que as sociedades não pensam a longam prazo, não possuem objetivos, com a busca do prazer individual sendo a finalidade maior da *sociedade líquida.*

---

[75] A pós-modernidade é tratada por inúmeros escritores como Lyotard, George Balandier, Ulrich Beck, Boaventura de Souza Santos, e o próprio Zygmundt Bauman.

[76] A definição aqui tratada de pós modernidade é de Eduardo Bittar: "A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alagar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional, etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho, etc.). (BITTAR, 2005. p. 107-108).

Ciclo em que o ato de consumir possui extrema importância. O *Homo consumericus,* na expressão de Lipovetsky (2007, p. 14), está em busca de experiências emocionais, de maior bem-estar e de imediatismo. O hiperconsumidor é hedonista e hiperindividualista.

A prática de criar necessidades consumistas (que muitas vezes são desnecessárias) é atribuída, principalmente, aos conceitos e premissas do *marketing.* Mulheres/Mães consomem aparatos para a maternidade que, em inúmeras ocasiões são prescindíveis. No entanto, através de um processo de descoberta, pesquisa e análise de eventuais utilidades, se oferece para as consumidoras mães produtos e serviços que corresponderiam aos seus desejos e aspirações. (ISHIMOTO, 2001). Na verdade, não seriam efetivamente relevantes ou determinantes para o exercício da maternidade.

A sociedade de consumo e suas "forças tentaculares", Lipovestsky (2006, p. 15) tem plena e absoluta ciência que a mulher está passando por um momento singular em sua existência como ser humano. Sabe que uma das maiores transformações em sua vida acabou de ocorrer. Sabe que a mudança é brusca, avassaladora e definitiva. Que não há ensaios. Que não há treinos. Que há agora uma vida que depende integralmente daquela que é agora não só mulher, mas também mãe.

As forças do mercado, que impulsionam o consumo, também têm conhecimento que a progenitora se sente, frequentemente, incompetente para o ato de criação do fillho. Há, muitas vezes, um sentimento de despreparo, inaptidão e incapacidade. Não é incomum que em muitos casos não possua suporte emocional ou físico. Pelo contrário: o que ela recebe, frequentemente, são opiniões que a desacreditam como mulher e como mãe. (LOPES; DONELLI; LIMA, 2005, p. 248).

Nesse contexto de insegurança, de transição e de questionamentos, as mulheres são convencidas por falsas necessidades e acabam por se render à práticas consumistas, encontrando, na sociedade de consumo, subterfúgios e aparatos para o desempenho da maternidade.

Assim, devido a situação de debilitação e fragilidade em que se encontra, a mulher/mãe precisa de amparo e proteção. A assistência deve partir de vários sujeitos, mas em particular ela deve ter especial acolhimento/reconhecimento/tratamento da ciência jurídica. Desta forma, é essencial que se analise a mulher/mãe consumidora e as respectivas proteções jurídicas que ela deveria ter dentro de um paradigma de uma sociedade de consumo pós-moderna.

A Era da pós-modernidade no Direito é marcada pelo pluralismo legislativo, o retorno dos sentimentos e, em especial, pela volta da valorização dos direitos humanos (MARQUES, 1998, p.35). Um novo olhar, poder-se-ia dizer *solidário*[77], é voltado para as diferenças, para o frágil, para o tênue, para o fraco: "A igualdade é uma das grandes metanarrativas da modernidade, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de diferente e privilegiador nestes novos direitos humanos, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material" (MARQUES; MIRAGEM, 2014, p. 26). O Direito pode e deve tutelar a "recém-nascida" mãe que se encontra em uma posição de desproteção para que, não caia, em particular, em armadilhas do consumo sem que tenha pleno acesso à informações que suas escolhas possam vir a desencadear (MARQUES; MIRAGEM, 2014).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, na ramificação que trata sobre consumidores, a mulher, quando consumidora, seja ela mãe ou não, já se enquadraria na categoria dos chamados

---

[77] Para Carlos Alberto Ghersi: "Queremos denunciar y alertar sobre lo nefasto de estas circunstancias, no por puritanos o moralistas antiguos, sino porque pertencemos a uma raza hoy em extinción, la e la humanidad solidaria. Esa que es demodé, pero que seguramente fue la que profesaron Jesus, Moisés, Mahoma, Confuncio e tantos outros patriarcas, porque además detestamos el hedonismo dual, hijo de la sociedad de dos velocidades, que desresponsabiliza a las minorías silenciosas, acólitas de la opulencia de pocos y la corrupción como herramienta en las pseudodemocracias actuales en los paises del tercer mundo". (GHERSI, 1995, p. 18).

vulneráveis.[78] Isso porque pelas normas do Código de Defesa do Consumidor todo consumidor é vulnerável.[79][80] Marques e Miragem (2014, p. 15) destacam quatro divisões da vulnerabilidade do consumidor: técnica, jurídica, fática e informacional.

Na vulnerabilidade técnica o consumidor não possui conhecimento detalhado sobre o que está adquirindo. Pode assim, ser facilmente ludibriado. Na vulnerabilidade jurídica, o sujeito que consome pode ter acesso aos contratos entabulados com seus respectivos fornecedores, mas devido a sua fragilidade jurídica, não os compreende. Já na vulnerabilidade fática "o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço impõe sua superioridade a todos que com ele contratam" MARQUES (2016, p. 332). Há ainda a chamada vulnerabilidade informacional, que para a presente pesquisa possui fundamental importância.

Em uma sociedade veloz, fugaz e de risco[81] ter informações sobre a origem, destino e consequências futuras sobre o que se consome é requisito essencial para que se possa realizar escolhas. Se a presença de *informações* faz-se imprescindível para boas práticas de consumo, o contrário, ou seja, a ausência ou a mitigação dela, "representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro." (MARQUES, 2016, p. 338).

Na ausência de informações sobre as consequências de substituir leite materno por leite sintético, por exemplo, a recém nascida mãe se encontra, assim, em uma posição peculiar. Precisa dessa maneira, ser enquadrada em uma perspectiva que vá além da vulnerabilidade conferida aos consumidores gerais. Por estar em uma situação fática extremamente delicada, embebida em um contexto agressivo de *marketing* que a ataca em suas incertezas e inseguranças, a mulher/mãe acaba por corresponder a um sujeito não mais somente vulnerável, mas sim *hipervulnerável.*[82]

Marques (2016, p. 364) entende que a hipervulnerabilidade seria a "situação social, fática e objetiva do agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida ou sua idade alentada ou em uma situação de doente." Acrescenta a autora que a hipervulnerabilidade seria intrínseca à situação individual de cada sujeito, seja essa situação permanente ou temporária.

Sendo hipevulnerável o sujeito consumidor deveria passar a receber extra tutela estatal. Seja através de políticas públicas destinadas a sua proteção, seja através do Estado-Juiz decidindo de forma a chancelar o tratamento desigual aos desiguais, seja pela edição de leis e microsistemas jurídicos que possam garantir o acolhimento, tutela e tratamento da "recém-nascida" mãe.

---

78 Cláudia Lima Marques afirma que a "vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. (MARQUES, 2016, p. 325-326).

79 Segundo o Código de Defesa do Consumidor: "Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo."

80 Para Cláudia Lima Marques: "Concordamos com Bruno Miragem que do princípio da vulnerabilidade, previsto no artigo 4 º, I, se retira uma presunção (legal) absoluta de vulnerabilidade (reconhecida ex vi lege) do consumidor, seja rico ou pobre, analfabeto ou pós-doutor, qualquer consumidor ou sujeito de direito qualificado como consumidor é vulnerável". (MARQUES, 2016, p. 361).

81 "Sociedade de Risco" na expressão de Beck (2010).

82 O uso da expressão "hipervulnerável" como forma de vulnerabilidade mais grave do que a dos consumidores gerais foi utilizada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antônio Herman Benjamin em seus julgados e posteriormente adotado pelo doutrina e jurisprudência brasileira.

O amparo ao hipervulnerável trará benefício não só para o consumidor que assim se enquadra, mas em especial para toda a sociedade[83]. No caso específico da "recém-nascida" mãe é necessário um olhar da ciência jurídica para a sua situação de hipervulnerabilidade para que se possa alcançar meios de protegê-la, em especial contra os avanços das estratégias de *marketing* que tendem a desacreditá-la como mulher e como mãe, levando-a a práticas de consumo que muitas vezes não são benéficas para ela, para seus filhos e para a sociedade.

3 A Influência da Sociedade de Consumo nas Práticas Relacionadas à Maternidade: Aleitamento Materno X Leite Artificial

A evolução da sociedade de consumo[84] ocorre, para LIPOVETSKY (2007, p. 26) em três fases diversas: a primeira fase teria começado por volta dos anos de 1880 e terminado em 1945 com o fim da Segunda Guerra Mundial. Nas três décadas do período pós-guerra outra fase teria se desenvolvido: o chamado ciclo fordista. Já o último ciclo, denominado hiperconsumo, teria se iniciado após o término da era Ford.

No primeiro ciclo de consumo, com início por volta de 1880 e término em 1945, é possível destacar o declínio dos pequenos comércios locais que são trocados por grandes mercados que, capitaniados por novos meios de transporte e de comunicação, alcançavam um maior número de localidades e de pessoas. Começaria a expansão da produção em grande escala, a rapidez na produção de bens e a diminuição nos custos de sua elaboração.

Já o segundo ciclo de consumo, a denominada economia fordista, é marcada pela elevação do nível de produtividade e pela celeridade de sua produção. Se o primeiro ciclo permitiu acesso à bens duráveis, a segunda fase o aprimorou, garantindo a aquisição de bens para um grande número de pessoas. A sociedade de consumo de massa é assim edificada e solidificada.[85]

No entanto, as possíveis aquisições da Era Ford começaram a não ser o bastante para homens e mulheres consumidores, que não estavam mais satisfeitos com os bens que todos poderiam possuir. Agora, não se queria mais ter um produto que todos possuíam e sim um produto que fosse único e exclusivo. Com o fim da da fase Fordista, no final dos anos 1970 e início dos anos 1980 uma época individualista recai sobre as sociedades ocidentais contemporâneas. É chegada a época do "hiperconsumo" (LIPOVETSKY, 2007, p. 37).

Na Era do "hiperconsumo" a liberdade individual é grandemente valorizada e as atitudes comportamentais de consumo são realizadas tendo em vista mais o bem estar e lazer do indivíduo

---

[83] No REsp 931.513/RS - Ministro Herman Benjamin, em seu voto: "Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade". STJ - REsp: 931513 RS 2007/0045162-7, Relator: Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF, Data de Julgamento: 25/11/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 27/09/2010).

[84] Adota-se aqui as bases da sociedade de consumo trazidas por Baumam "A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pode alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito; mais importante ainda, quando o cliente não está "plenamente satisfeito" – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados" (BAUMAN, 2008, p. 63).

[85] Para Ghersi: "El fordismo es un modelo de acumulacion intensivo de capital, qu se funda en dos premisas básicas: la reorganización del proceso de trabajo sobre la base tayloriana y la formación de estructuras de consumo masivo de bienes producidos industrialmente de forma seriada." (GHERSI, 2001. p. 84).

do que as suas próprias necessidades de sobrevivência. O consumo é determinado, muitas vezes, pelos próprios produtores que, através de estratégias de marketing, manipulam e convencem homens e mulheres a acreditarem que certos produtos são realmente essenciais para o seu bem viver.

A atual geração de mães ocidentais cresceu embebida em publicidade e marketing que incentivam o consumo de bens e serviços. As mensagens que receberam a vida inteira terão, sem dúvida, forte influência, em suas práticas de maternidade, em seu comportamento e em seus atos de consumo.

Em uma sociedade em que praticamente tudo pode ser comprado e vendido, a maternidade e suas necessidades também viraram "comodities" (TAYLOR, 2004, p. 12). Mães vulneráveis são sujeitos extremamente valiosos para a sociedade de consumo.

Para as mulheres são assim são oferecidas uma vasta gama de soluções para a recém chegada e turbulenta maternidade, que vão desde utensílios para alimentação, parto, sono, recreação e cuidados com a criança.

Propagandas mostram as mães, no uso destes produtos, com semblantes felizes e serenos, em uma alusão de que tais bens seriam extremamente eficazes para a criação de seus filhos (THOMAS, 2007, p. 15).

Todas essas práticas e "soluções" são propagadas pela atual sociedade de consumo ocidental como sendo hábitos normais e frequentes, que a grande maioria das mulheres/mães praticam ou deveriam praticar. Um exemplo de referidas práticas e que aqui será tratado, é a substituição do leite materno pelo leite artificial. Prática frequente e que, em questão de saúde pública traz diversas preocupações.

A partir do momento em que nasce uma criança, nasce também a sua necessidade, quase que imediata, de leite materno. Amamentação é, assim, tão antiga quanto o próprio ato de nascer: "Por 35 milhões de anos os primatas permaneceram salvos por estarem perto de suas mães dia e noite. Perdê-las de vista ocasionaria sua morte" (HRDY, 1999, p. 97)[86].

A Organização Mundial da Saúde recomenda aleitamento exclusivo, sem nenhum tipo de líquido ou alimento até os 6 meses da crianças e amamentação prolongada até, no mínimo 2 anos de idade.(WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2015). No entanto, a média, em especial no Brasil, de amamentação exclusiva é de apenas 54 dias (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009b). O leite materno é assim, em muitos casos, substituído pela fórmula infantil, o que leva o lactente a diminuir o número de vezes que ingere leite materno, levando, eventuamente a um desmame precoce.

A fórmula infantil, em "substituição" ou "alternativa" ao aleitamento materno é um fenômeno relativamente recente nas sociedades ocidentais atuais. Em um corpo social em que tudo, ou quase tudo, pode ser vendido ou comprado, o próprio alimento de recém nascidos, bebês e crianças, também passou a ser mercantilizado. Para Rea (2015, p. 42):

> Nos séculos e séculos de história da humanidade, não existira até então o problema de escolher um alimento industrializado disponível para bebês. A amamentação fora a regra, e quando não feita pela própria mãe o era pelas amas-de-leite ou em raras ocasiões diretamente de outros animais:a vaca, a cabra e a ovelha eram os animaismais usados, por sua docilidade.

[86] Relata-se que no Brasil, entre os séculos XVI e XVII, os filhos de indígenas eram amamentados, ao menos durante um ano e meio. Enquanto durava a amamentação, eram transportados sempre com suas mães, em pedaços de pano. Assim como acontece com os demais mamíferos não humanos, as mulheres de povos indígenas alimentavam e protegiam seus filhos de todos os possíveis perigos. (BOSI; MACHADO, 2015).

A amamentação, portanto, antes uma regra, passou agora a ser uma "opção". A indústria alimentícia e farmacêutica aproveitando-se da fragilidade materna passou a promover agressivamente a fórmula infantil. De qualquer forma, para que um produto seja adquirido e consumido, é indispensável que ele seja NECESSÁRIO.

Falácias começaram então a ser dissiminadas pelas sociedades ocidentais, atingindo diretamente a hipervulnerável mulher/mãe, tais como "leite fraco" e "pouco leite", fazendo com que se começasse a questionar a real nutrição da prole através do leite materno.

O marketing agressivo de diversas empresas alimentícias e farmacêuticas passaram a denominar os vários tipos de leite artificial de "supreme", "premium", "confort" e "fortificado". Diversos "adjetivos" são assim conferidos e adicionados ao nome do leite sintético de forma não só a denominá-lo, mas também a qualificá-lo como "reconfortante" e "supremo". Tudo isso enquanto o leite materno é "somente" leite materno.

Prática também recorrente ocorre quando as indústrias de leite sintético se promovem, em especial, através do patrocínio de congressos de pediatria, financiamento de reuniões científicas, pesquisas, viagens, bolsas de aperfeiçoamentos, estadias e inscrições em seminários para profissionais da saúde infantil em luxuosos resorts.[87]

A forma feroz de publicidade e tentativa de ganho de mercado da indústria do leite sintético atinge, assim, as mães de forma indireta. Primeiro utilizando como alvo os profissionais de saúde, a quem a grande maioria das mães confia e acredita sem qualquer tipo de questionamento.

A classe médica, uma vez influenciada pelo marketing de tais indústrias mostra as consequências desta ingerência na prescrição de fórmula infantil. E quanto mais fórmula, menos produção de leite materno.

Ainda que muitos profissionais aceitem as "regalias" fornecidas pelas indústrias de fórmula infantil e demais produtos destinados à infância, e aleguem que, mesmo assim, não se sujeitam à interferência da indústria farmacêutica e alimentar, é certo que somos todos, de uma forma ou de outra, influenciados pela publicidade. Para Sampaio (2003, p. 26):

> A propaganda seduz nossos sentidos, mexe com nossos desejos, resolve nossas aspirações, fala com nosso inconsciente, nos propõe novas experiências, novas atitudes, novas ações. Por mais defesas que possamos construir, por mais barreiras que levantemos, sempre há o anúncio que fura o certo, o comercial que ultrapassa os muros, a idéia que interfere na nossa vontade. Apesar de buscarmos a racionalidade do ceticismo, de incentivarmos a defesa da indiferença, sempre há uma mensagem publicitária que nos atrai, interessa e convence.

Partindo-se da assunção de que ninguém está imune à publicidade e, como consequência, ao consumo, já que ninguém é inatingível às práticas que ditam "o que todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser" (BAUMAN, 2008, p. 73) a publicidade atinge a todos e o profissional da saúde também é, assim, alcançado. No entanto, ao receitar a fórmula infantil, influenciados, muitas vezes, pelo ostensivo marketing das indústrias alimentícias e farmacêuticas faz por iniciar um ciclo vicioso que leva ao desmame precoce: o bebê ao ingerir o leite artificial deixa de estimular o peito da mãe

---

[87] No ano de 2009 o Ministério da Saúde através da Secretaria de Atenção à Saúde, publicou um "manual" direcionado para profissionais da saúde encarregados da atenção da mãe e do lactente. O guia é entitulado: "A legislação e o *marketing* de produtos que interferem na amamentação: um guia para o profissional de saúde". No compêndio são trazidas inúmeras informações e "alertas" sobre as práticas frequentes de promoção comercial de substitutos de leite materno. Os profissionais de saúde são informados sobre táticas abusivas de *marketing* e de como seria possível colaborar para que seja evitada a substituição do aleitamento materno por fórmulas artificiais. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009a).

na produção do leite materno, interrompendo, assim, o ciclo natural da livre demanda. Com o passar do dias ou semanas, o leite materno acaba por secar, por falta de estímulo, restando à mãe somente recorrer a sua única salvação: a fórmula infantil de maneira exclusiva.

O poder público, ciente das investidas ostensivas de substitutos de amamentação publicou em 2009, através do Ministério da Saúde, um "manual" com recomendações para os profissionais de saúde que prestam assistência para mães e lactentes. Com o título: "A legislação e o marketing de produtos que interferem na amamentação: um guia para o profissional de saúde" são trazidas diversas informações sobre práticas de *marketing* que possam vir a influenciar o profissional de saúde em recomendar a subsituição do leite materno pelo artificial (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009a). Solicita-se que se os agentes que atuam próximos à lactante possuam uma postura crítica frente às atitudes ostensivas de grupos alimentícios e farmacêuticos[88].

Em um grande avanço legislativo, no ano de 2015 foi regulamentada no Brasil a Lei 11.265 de 2006[89], que dispõe sobre a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância e de produtos de puericultura correlatos. Em seu artigo 4° é disposto que fica vedada a promoção comercial de produtos como fórmulas infantis, mamadeiras, bicos e chupetas, que são os maiores causadores do chamado "desmame precoce".

A legislação regulamentada recentemente foi, sem dúvida, um marco extremamente importante na proteção do aleitamento materno no Brasil. No entanto, a publicidade (pode-se dizer agora velada) das grandes indústrias alimentícias e farmacêuticas, no intuito de promover seus produtos passa por outras modalidades de influência. Como aqui mencionado, o uso de denominações que reforçam as eventuais qualidades da fórmula infantil, aliado ao fato de o *marketin*g ser feito diretamente ao profissional de saúde, acaba por alcançar assim, a mãe hipervulnerável[90]. Dessa maneira, os fornecedores de fórmula infantil conseguem muitas vezes ultrapassar as barreiras que a legislação, através da Lei 11.265/2006 e sua posterior regulamentação, lhes impõe.

A substituição do aleitamento materno por fórmula infantil é, no entanto, uma questão extremamente relevante. Especialmente no que diz respeito à saúde pública. Ainda que a criança possa estar alimentada com leite sintético, pesquisas demonstram que inúmeras doenças são mais propensas a acometerem pessoas que não foram amamentadas. A permuta de um pelo outro traz, na verdade, consequências importantes em termos de saúde pública.

---

88 "A herança do passado somado à cultura da sociedade moderna, habituada a tratar a alimentação como algo a resolver de forma rápida (os *fast foods* se impuseram como hábito alimentar) torna cada vez mais importante o trabalho de conscientização dos profissionais de saúde nesse tema. Espera-se destes uma postura crítica diante da ação do *marketing* das indústrias de alimentos infantis e também das que comercializam bicos, chupetas e mamadeiras, os quais colaboram para uma cultura de substituição da amamentação". (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009a).

89 A lei 11.265 de 03 de janeiro de 2006 foi regulamentada pelo Decreto 8.552 de 2015. Dispõe em seu art. 4º que: "É vedada a promoção comercial dos produtos referidos nos incisos II, IV e VII do caput do art. 2º em quaisquer meios de comunicação, incluídas a publicidade indireta ou oculta e a divulgação por meios eletrônicos, escritos, auditivos e visuais. Parágrafo único. A vedação à promoção comercial referida no caput aplica-se a estratégias promocionais, como exposições especiais e de descontos de preço, cupons de descontos, prêmios, brindes, vendas vinculadas a produtos não sujeitos ao disposto neste Decreto, apresentações especiais ou outras estratégias estabelecidas em regulamentação da Anvisa".

90 "As estratégias de hoje são mais sutis e, portanto, mais refinadas e elaboradas com mensagens que adentram o inconsciente do consumidor com a veiculação de idéias, supostamente, de saúde e bem estar, imprimindo um falso conceito de segurança e vantagem para a vida moderna" A legislação e o *marketing* de produtos que intereferem na amamentação: um guia para o profissional de saúde. (BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009a).

4 As Consequências da Influência da Sociedade de Consumo no Aleitamento Materno: Uma Questão de Saúde Pública

Frequentemente cientistas e pesquisadores descobrem novos benefícios do aleitamento materno, tanto para a mãe quanto para sua prole.

Em recente pesquisa publicada na revista "The Lancet Global Health"[91] com o título: "Association between breastfeeding and intelligence, educational attainment, and income at 30 years of age: a prospective birth cohort study from Brazil"[92] (VICTORA; HORTA; QUEVEDO, 2015) foram analisados dados de quase 3500 pessoas que foram amamentadas (ou não) na sua infância e, por quanto tempo. Estas mesmas pessoas foram acompanhadas ao longo de seu crescimento, até a idade de 30 anos.

Foi verificado então que o aleitamento prolongado, bem como o predomínio da amamentação (leite materno como principal fonte de nutrição até o primeiro ano de vida) é positivamente associado com alto índices de quociente de inteligência - "QI"- e aquisição de altos graus de educação escolar. Pela pesquisa, foram encontradas evidências que os participantes que foram amamentados por 12 meses ou mais tiveram pontuações de "QI" mais altos, mais anos de educação e maiores salários em suas profissões do que aqueles que foram amamentados por menos de um mês.

As recentes descobertas sobre a ligação de inteligência e amamentação prolongada chegam para corroborar inúmeros outros estudos que comprovam os benefícios insubstituíveis do leite materno em comparação com outras espécies de leite.

Também é cientificamente comprovado, por exemplo, as vantagens do aleitamento materno em diminuir consideravelmente a mortalidade infantil decorrente de doenças infecciosas.[93] Ou ainda os benefícios que a amamentação traz para uma vida inteira, como redução de índices de colesterol, pressão arterial, diminuição de taxas de diabetes e obesidade em adultos (HORTA; VICTORA, 2013).

A medicina baseada em evidências também demonstra, através de pesquisas, que o leite materno possui papel fundamental na prevenção de doenças gastrointestinais e respiratórias de bebês e crianças, sendo o melhor e mais eficiente meio de atender os aspectos nutricionais, emocionais e imunológicos do lactente.

> Além da composição adeq uada de nutrientes, o leite materno possui outros componentes que atuam na defesa do organismo do lactente, como imunoglobulinas, fatores antiinflamatórios e imunoestimuladores. Seus mecanismos incluem atividade específica contra agentes infecciosos, crescimento celular da mucosa intestinal aumentando a resistência às infecções, entre outros. Há relatos de aproximadamente 250 elementos de proteção no leite humano, além de fatores de crescimento do trato gastrintestinal. A lactação diminui a incidência e/ou a gravidade de diarreia, botulismo, enterocolite necrotizante, alergias, doenças infecciosas e respiratórias, entre outras doenças incluindo as auto-imunes, como também

---

91 A revista "The Lancet" é considerada um dos mais importantes periódicos sobre medicina no mundo. Atualmente está em segundo em um "ranking" de 152 jornais médicos no mundo.

92 Associação entre amamentação e inteligência, obtenção de educação e renda aos 30 anos de idade: um prospectivo estudo de nascimento no Brasil. Tradução nossa).

93 Estudo realizado pela Organização Mundial da Saúde e publicado no periódico "The Lancet" com o nome "Effect of breastfeeding on infant and child mortality due to infectious diseases in less developed countries: a pooled analysis". (Efeitos da amamentação sobre a infância e na mortalidade infantil devido à doenças infecciosas em países menos desenvolvidos: uma análise conjunta. Tradução nossa).

> estimula o desenvolvimento adequado do sistema imunológico do bebê. (PASSANHA; CERVATO-MANCUSO; SILVA, 2010, p. 354).

Qualquer outra espécie de leite, que não o materno, ao invés de trazer proteção ao bebê ou criança, vem por aumentar os riscos de desenvolvimento de doenças e alergias, além de não fornecer ao lactente os organismos vivos presentes no aleitamento como hormônios, vitaminas e anticorpos.

Reforçando o já mencionado, estudos também demonstram e ratificam outras pesquisas que atestam que a introdução de leite artificial aumenta o risco para a criança de: "mortalidade, gastroenterite aguda, otite, infecção respiratória baixa, asma, doença celíaca, diabetes mellitus tipo 1, doenças inflamatórias do intestino, leucemias agudas e linfomas, obesidade, diabetes mellitus tipo 2, hipertensão arterial e colesterol, morte súbita do lactente e má-oclusão dentária". Pesquisas atestam que não amamentar também prejudica a mãe: "aumento de risco de cancro de mama, cancro de ovário, obesidade, enfarte agudo do miocárdio, depressão pós-parto, doença de vesícula biliar e osteoporose" (PINA; VOLPATO, 2009, p. 376). Tais conclusões são também corroborados por diversos outros[94] [95].

Pode-se mencionar também que a amamentação é um dos mais importantes métodos de espaçamento de gravidez. Se as recomendações forem seguidas (6 meses de aleitamento exclusivo e ao menos 2 anos de aleitamento prolongado, juntamente com outros alimentos) as mulheres teriam uma maiior distância de idade entre seus filhos. Como consequência, teríamos a diminuição dos índices de crescimento da população no mundo, não somente pela distância entre os nascimentos, mas também pelo aumento dos índices de sobrevivência entre os bebês (GINNEKEN, 1974, p. 204).

A cada dia cientistas e pesquisadores descobrem novos e incontáveis benefícios do aleitamento materno tanto para a mãe quanto para sua prole. Apesar de indiscutível a supremacia do aleitamento materno sobre qualquer outro tipo de alimento, tanto nos meses iniciais de vida da criança, como também nos posteriores, a frequência e a duração do aleitamento materno vêm diminuindo gradativamente.

Uma das razões para tal fenômeno é exatamente a introdução de substitutos da amamentação, em especial a fórmula sintética. Quando se tenta caracterizar, portanto, a "recém-nascida" mãe como um sujeito que não é somente vulnerável, mas sim que possui uma vulnerabilidade agravada, uma "hipervulnerabilidade" devido a sua condição particular, se está tentando tutelar não somente a sua condição individual, mas sim toda uma coletividade de novas e atuais gerações que irão sofrer as consequências, em termos de saúde pública, de uma sociedade de consumo pós-moderna.

5 Considerações Finais

A hipervulnerabilidade é uma expressão adotada por juristas contemporâneos que demonstra que dentro da própria categoria dos vulneráveis há, ainda, pessoas que se enquadram como sujeitos

---

[94] Estudo de 2004 publicado no Jornal de Pediatria da Sociedade Brasileira de Pediatria sobre os benefícios da amamentação para a saúde da mulher. (REA, 2004, p. 142-146).

[95] Pesquisa de 2004 denominada "Aleitamento materno: uma contribuição científica para a prática do profissional de saúde". (GIUGLIANI; LAMOUNIER, 2004, p. 117-118).

ainda mais frágeis que os próprios vulneráveis. Desta forma, se o consumidor dito "comum" é, pela lei consumerista brasileira, vulnerável por disposição legal, há alguns sujeitos que se enquadram como ainda mais fragilizados. A pessoa analfabeta, o idoso, a criança e o adolescente, são exemplos clássicos de incontestáveis hipervulnerabilidades. No entanto, com o olhar voltado para a pós-modernidade, em que os Direitos Humanos e a valorização e a compreensão das diferenças estão novamente sendo discutidos, é possível perceber que há outras espécies de agentes "hipervulneráveis". É o caso da "recém-nascida" mãe.

Diante de uma das maiores transformações da vida de uma mulher, que ocorre ao se tornar mãe, também acabam por emergir questionamentos e inseguranças. A sociedade de consumo, em especial através de um *marketing* agressivo e invasivo, tenta desqualificar a mulher como mãe, gerando dúvidas com relação a maneira de exercer a maternidade. São sugeridos substitutos para o aleitamento materno sem que se traga a informação sobre as consequências que tal opção terá sobre a prole e sobre a própria mãe.

Apesar de as consequências em termos de saúde pública, não serem amplamente divulgadas, a ciência, através de numerosas pesquisas, demonstra que a permuta de aleitamento materno por fórmula artificial aumento o risco de diversas doenças tanto para a mãe quanto para a criança.

Dessa forma, caracterizar a "recém-nascida" mãe como hipevulnerável, juntamente com outras categorias de sujeitos que se enquadram como mais fragilizados que outros, trará a proteção "extra" que se faz necessária para a tutela não só da mãe, não só de seus filhos, mas sim de todo o futuro de uma sociedade,

Referências

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *Vida para consumo*: a transformação de pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECH, Ulrich. *Sociedade de Risco: Ruma a uma outra modernidade*. Traduzido por Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, EDUARDO C. B. O *Direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOSI, Maria Lúcia Magalhães e MACHADO, Márcia Tavares. *Amamentação: um resgate histórico.* Cadernos ESP. Vol. 1, n. 1, 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/home/Downloads/4-9-1-PB.pdf>. Acesso em: 05 maio. 2017.

BRASIL. Decreto n° 8.522, de 3 de novembro de 2015. Dispõe sobre a execução, no território nacional, da Resolução 2160 (2014), de 17 de junho de 2014, do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que renova o regime de sanções aplicável ao Talibã e dá outras disposições. Brasília, *Diário Oficial da União,* 29 set. 2015.

_____. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, *Diário Oficial da União,* 10 jan. 2007.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *A legislação e o marketing de produtos que interferem na amamentação:* um guia para o profissional de saúde. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009a.

_____. _____. *Tempo médio de aleitamento materno aumentade 296 para 342 dias em nove anos.* Agosto, 2009b. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/pacsaude/not_03082009.php>. Acesso em: 03 maio 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29 maio 2017.

GHERSI, Carlos Alberto. *La Postmodernidad Jurídica* (Una discusión abierta). Buenos Aires: Ediciones Gowa Professionales, 1995.

_____. *Manual de Postmodernidad Jurídica y Terceira Vía*. Buenos Aires: Ediciones Gowa Profissionales, 2001.

GINNEKEN, Jeroen. *Prolonged Breastfeeding as a Birth Spacing Method in Studies in Family Planning,* v. 5, n. 6, 1974. p. 201-2016. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1965371?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 maio 2017.

GIUGLIANI, E. R. J.; LAMOUNIER, J. A. Aleitamento materno: uma contribuição científica para a prática do profissional de saúde. *J Pediatr*, Rio de Janeiro, v. 80 (5 Supl), p. 117-118, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/jped/v80n5s0/v80n5s0a01.pdf>. Acesso em 20 maio 2017.

HRDY, S. B. *Mother Nature*: Natural Selection and the Female of the Species. Londres: Chatto & Windus, 1999.

ISHIMOTO, E.; NACIF, M. A. L. Propaganda e marketing na informação nutricional. *Revista Brasil Alimentos*, n. 11, 2001. Disponível em: <http://www.signuseditora.com.br/ba/pdf/11/11%20-%20propaganda.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LOPES, Rita de Cássia; DONELLI, Tagma; LIMA, Carolin; PICCININI, Cesar. O antes e o depois: expectativas e experiências de mães sobre o parto. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v18n2/27476.pdf>. Acesso em: 30 maio 2017.

MACHADO, F. M. S. *O consumerismo na indústria alimentícia:* uma análise da dimensão nutricional. Comunicação & Inovação, v. 7, n. 12, 2006. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_comunicacao_inovacao/article/viewFile/635/483>. Acesso em: 30 maio 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos – primeiras reflexões. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v 15, 1998.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. O novo regime das relações de consumo. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MIRAGEM, Bruno. *O Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PASSANHA, Adriana; CERVATO-MANCUSO, Ana; SILVA, Maria. Elementos protetores do leite materno na prevenção de doenças gastrintestinais e respiratórias. *Rev. Bras. Cresc. e Desenv. Hum*., n. 2, 2010, p. 351-360. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/jhgd/article/viewFile/19972/22057//>. Acesso em: 09 maio 2017.

PINA, Mônica e VOLPATO, Carlo. Riscos da alimentação com leite artificial. *Revista Portuguesa de Clínica Geral*. v. 25, 2009. Disponível em: <http://www.rpmgf.pt/ojs/index.php/rpmgf/article/viewFile/10635/10371>. Acesso em: 30 maio 2017.

REA, M. F. Os benefícios da amamentação para a saúde da mulher. *J Pediatr*, Rio de Janeiro, v. 80 (5 Supl), 2004, p. 142-146. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jped/v80n5s0/v80n5s0a05>. Acesso em: 29 maio 2017.

REA, Marina Ferreira. Substitutos do Leite Materno: Passado e Presente. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 24, n 3, p. 242, 1990. Disponível em: <file:///C:/Users/home/Downloads/23740-27431-1-PB.pdf>. Acesso em: 04 maio 2017.

SAMPAIO, Rafael. *Propaganda de A a Z*. Como usar a propaganda para construir marcas e empresas de sucesso. 3 ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

TAYLOR, Janelle; LAYNE, Linda; WOZNIAK Danielle. *Consuming Motherhood*. Londres: Rutgers University Press, 2004.

THOMAS, S. G. Buy, Buy Baby: *How consumer culture manipulates parents and harms young minds*. Orlando, Flórida: Houghton Mifflin Harcourt, 2007.

VICTORA, Cesar; HORTA, Bernardo; QUEVEDO, Luciana. Association between breastfeeding and intelligence, educational attainment, and income at 30 years of age: a prospective birth cohort study from Brazil. *Revista "The Lancet Global Health"*, v. 3, n. 4, abr. 2015. Disponível em: <http://www.thelancet.com/journals/langlo/article/PIIS2214-109X(15)70002-1/fulltext>. Acesso em: 09 maio 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Nutrition. *Exclusive breastfeeding*. Disponível em: <http://www.who.int/nutrition/topics/exclusive_breastfeeding/en/>. Acesso em: 10 maio. 2017.

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS: EM COMUM, A BUSCA PELO BEM-ESTAR DO SER HUMANO

Noedi Rodrigues da Silva
Mestrando em Direitos Humanos (UniRitter)
noedi.rodrigues.silva@gmail.com

Resumo:

O objetivo do artigo é, por um lado, apontar interações entre saúde e direitos humanos, no sentido de que tanto as violações aos direitos humanos causam impactos negativos sobre a saúde, quanto as políticas, programas e práticas de saúde podem causar – e não raramente causam – impactos negativos, ou violações aos direitos humanos; mas que ambos os campos também se influenciam positivamente. Por outro lado, busca-se indicar que tanto a saúde quanto os direitos humanos podem e devem ser colocados em uma perspectiva mais ampla, com o objetivo comum de promover o bem-estar do ser humano, caso em que seriam – saúde e direitos humanos – campos complementares, e não antagônicos. Por fim, destaca-se a necessidade, ou pelo menos a conveniência de que sejam adotadas abordagens de direitos humanos, no campo de promoção e proteção da saúde, e de saúde, no campo de promoção e proteção dos direitos humanos, com ganhos para ambos os lados.

Palavras-chave: saúde. direito à saúde. direitos humanos. promoção. Proteção. bem-estar humano. direito internacional.

1 Introdução

Harrington e Stuttaford relatam que, nas últimas décadas, o direito humano à saúde foi movido para o centro do debate político e de políticas sociais através do globo. Segundo eles, organizações sociais colocaram esse direito no coração de campanhas por justiça social a nível nacional e global (p. 1). Sobre isso, *Tobin* obtempera que, não obstante os progressos alcançados, evidências empíricas sugerem que o *status* e relevância do direito à saúde são muito menos seguros e muito mais marginalizadso do que indicaria a afirmação de Harrington e Stuttaford (p. 57).

Saúde e direitos humanos não costumam aparecer muito relacionados, ao menos não de modo explícito. Dito de outro modo, como regra, discussões sobre saúde raramente incluem considerações sobre direitos humanos e, do mesmo modo, o discurso sobre os direitos humanos quase nunca se desenvolve de uma perspectiva de saúde (Mann et all, p. 16). O que de certo modo é surpreendente, na medida em que o direito à saúde é, pelo menos nos dias atuais, amplamente reconhecido como um direito humano inalienável, intimamente ligado ao direito à vida, e até mesmo utilizado como exemplo da interconectividade dos direitos humanos. Isto porque satisfazer o direito à saúde exige a satisfação, também, de outras necessidades humanas, sejam elas físicas (ar puro, água potável, alimento, etc), sejam elas sociais ou psicológicas (pertencimento a família, grupo, comunidade, etc); e de outra sorte, sem proteção à saúde todos os demais direitos, inclusive o direito à vida, ficam comprometidos, ou têm dificultado o seu exercício.

Vista a questão por outro ângulo, são comuns as constatações de que violações aos direitos humanos, pelo menos nas suas formas mais óbvias, como é o caso da tortura, repercutem negativamente sobre a saúde e, do mesmo modo, práticas, programas e políticas de saúde, isto é, medidas adotadas com vistas a promover e proteger a saúde, em muitos casos acarretam algum tipo de restrição aos direitos humanos. Não é menos evidenciado que a realização dos direitos humanos repercute positivamente na saúde e, inversamente, um elevado nível de saúde repercute positivamente na realização e gozo dos direitos humanos.

Não se trata, aqui, de um conflito aparente entre dois direitos humanos, ou entre um direito humano e os demais, pois o foco principal do estudo não é o direito à saúde, mas sim as políticas, programas e práticas em saúde, de um lado, e o conjunto dos direitos humanos, de outro. Talvez se pudesse afirmar que as medidas adotadas com vistas a promover e proteger um direito humano, o direito à saúde, podem e de fato acarretam, violações a outros direitos humanos. Indo além, talvez até se pudesse, estudando mais, concluir que as medidas adotadas com vistas a promover e proteger um direito social, tende a impor restrições a direitos de liberdade, mas isso não será aprofundado aqui.

O que se pretende é, à vista dessa tensão existente entre os dois campos, o da saúde e o dos direitos humanos, desenvolver a ideia de que, para além de ambos, haveria um objetivo comum, que é o bem-estar, ou quem sabe a qualidade de vida do ser humano. A partir disso, se apontará, na doutrina especializada, razões para que abordagens mais amistosas e informadas sejam adotadas, tanto no campo da saúde, quanto no dos direitos humanos.

Para tanto, será necessário sumariar alguns conceitos, ou ideias, com vistas a bem situar o debate ora proposto, e que seriam os conceitos ou ideias de saúde, saúde pública, direitos humanos e direito à saúde. A perspectiva, neste artigo, será o direito internacional, e não será possível abordar todas as dificuldades que cercam a concretização do direito à saúde e dos demais direitos humanos, tendo em vista os limites deste artigo.

2 Conceito de saúde no direito internacional

Conforme *Talavera Fernandes*, antes de junho de 1946 a saúde era definida em termos negativos, ou seja, correspondia à constatação de ausência de doenças e, por conseguinte, o correto funcionamento do organismo. O autor transcreve definição constante em dicionário, segundo a qual saúde era "o estado no qual um ser orgânico exerce normalmente suas funções", definição de índole fundamentalmente biológica, objetivista, que serviu de base ao conceito de enfermidade, largamente utilizado em medicina clássica e que se concretizava em "um estado de anormalidade no exercício das funções por parte de um ser orgânico" (p. 38).

Então a OMS, em junho de 1946, em sua assembleia fundacional, definiu a saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades". Segundo *Talavera Fernandes*, "com esta definição, que abarca praticamente todos os aspectos da vida humana, a saúde se converteu em uma 'categoria subjetiva': é dizer, já não se trata de um parâmetro biológico senão de uma 'aspiração' definida pelo próprio indivíduo".

Tobin, para o qual a definição de saúde é necessária, com vistas a impor limites ao alcance desse mesmo termo, concorda que, por um lado, a inclusão do conceito de bem-estar social na definição de saúde, pela OMS, "é muito abrangente", mas por outro lado, a tradicional definição biomédica de saúde, como a ausência de doença, "é muito estreita" (p. 276). Argumenta que o atual

significado de saúde deveria estender-se a um modelo biopsicossocial, que reconhecesse o potencial para fatores sociais, e não apenas a condição patológica, para limitar o funcionamento de um indivíduo dentro da sociedade.

Mann et al consideram que o moderno conceito de saúde – aquela formulação da OMS – deriva de duas disciplinas que, embora distintas, estão relacionadas: medicina e saúde pública. Para eles, "enquanto a medicina geralmente foca na saúde do indivíduo, a saúde pública enfatiza a saúde das populações". Destacam, na dimensão individual de saúde, trecho da *Ottawa Charter for Health Promotion* (1986), no sentido de que "um indivíduo ou grupo deve ser capaz de identificar e realizar aspirações, para satisfazer necessidades, e para mudar ou lidar com o ambiente"; e na dimensão coletiva, trecho da Declaração de Alma-Ata (1978), no sentido de que "[...] objetivo social cuja realização requer a ação de muitos outros setores econômicos e sociais em adição ao setor da saúde" (p. 16-7).

Para os fins deste artigo, importa anotar brevemente o que se entende por *saúde pública*, na medida em que é no âmbito da saúde pública que vêm as políticas, programas e práticas de saúde com potencial de restrição aos direitos humanos. Como consignado por *Jonathan Mann* (p. 141-2), a saúde pública deriva do conceito de saúde da OMS e do Relatório do Instituto de Medicina, de 1988, este definindo que o papel da saúde pública é o de "garantir as condições em que as pessoas podem ser saudáveis". E conclui que a saúde pública, assim, procura assegurar as condições básicas essenciais nas quais as pessoas possam aumentar seu bem-estar físico, mental e social.

3 Uma ideia de direitos humanos

Os direitos humanos são, conforme definido por Gruskin, "o que os governos podem fazer a você, não podem fazer a você e devem fazer por você" (Tarantola e Gruskin, p. 44). Os mesmos autores descrevem os *direitos humanos* como sendo *inalienáveis* (os indivíduos não podem perder esses direitos, assim como não podem deixar de ser seres humanos); *indivisíveis* (aos indivíduos não pode ser negado um desses direitos, por ser considerado menos importante ou não essencial); *interdependentes* (todos os direitos humanos são parte de uma estrutura complementar, cada um deles impactando e sendo impactado por todos os outros); e que os direitos humanos focam na relação entre o Estado – primeiro garantidor e protetor dos direitos humanos – e indivíduos, que titularizam direitos humanos pelo simples fato de serem humanos (local citado).

A busca por reconhecimento dos direitos humanos retroagiria, segundo *Lynn Hunt* (p. 15), a 1776, com a frase de Thomas Jefferson, frase que, revisada pelo próprio autor, integra a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, é tida como uma das frases mais conhecidas no idioma inglês e conteria as palavras mais potentes e consequentes da história americana (wikipedia.org): *Consideramos estas verdades como auto-evidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão vida, liberdade e busca da felicidade.* Esta seria a origem dos direitos humanos, que para outros, seria a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa, de 1789, a qual declara que todos os homens nascem iguais e permanecem livres e iguais em direitos.

Importa registrar, para os fins desse tópico, que foi a Segunda Guerra que, com suas atrocidades, impulsionou decisivamente a adoção, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, contemplando um extenso rol de direitos. Contudo, a consagração dos direitos humanos na DUDH, não foi, nem seria suficiente para assegurar a efetiva promoção e proteção dos

direitos reconhecidos, dentre outras razões, porque à Declaração faltava normatividade, ou seja, não gerava, pelo menos não com força suficiente, obrigações aos estados que haviam chancelado aquela declaração, dita universal. Assim é que em 1966, em Nova Iorque, a Assembleia Geral da ONU aprovou, simultaneamente, dois instrumentos, dependentes de ratificação e, portanto, geradores de obrigações para os estados que os ratificassem: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – PIDESC. Como se sabe, essa bifurcação entre direitos civis e políticos, de um lado, e econômicos, sociais e culturais, de outro, justificada pelas distintas formas de monitoramento, acarretou um enorme atraso na concretização dos últimos, pois enquanto a criação de um Comitê e de um Protocolo Facultativo para os direitos civis e políticos seguiu-se à aprovação do PIDCP, o comitê DESC foi criado em 1985 e o Protocolo Facultativo ao PIDESC só veio em 2008 – exatamente no sexagésimo aniversário da DUDH –, com vigência internacional em 05/05/2013.

E finalmente, os direitos humanos passaram a ser assegurados em outros instrumentos, além dos dois Pactos antes mencionados, mais precisamente em convenções internacionais, como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulheres, de 1979; a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990; a Convenção sobre a Eliminação de toda as Formas de Discriminação, de 1995; e outras, que integram o chamado direito internacional dos Direitos Humanos. Com menor alcance, há os tratados regionais de direitos humanos, podendo-se destacar as convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos.

4 Direito à saúde como direito humano: conceito e alcance, no direito internacional

A Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, de 1948, em seu artigo 25 estabelece que "Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]". O direito à saúde, como outros direitos econômicos, sociais e culturais é, atualmente, reconhecido como um direito inalienável, juntamente com os tradicionais direitos civis e políticos.

Conhecer o caminho percorrido pelo direito à saúde, até ser incorporado no principal instrumento do direito internacional, como um direito humano, auxilia na compreensão do direito à saúde, como concebido atualmente. *John Tobin* (p. 87), afirma que o exame da história do direito à saúde revela que esse direito não é, como muitas vezes se afirma, produto da ideologia comunista, mas pelo contrário, a linhagem desse direito é entretecida com os genes de uma gama de diversos atores – o legado do Iluminismo, as falhas da Revolução Industrial, o desenvolvimento de uma distinta filosofia latino-americana firmemente embasada em valores católicos sobre justiça, o impacto da Grande Depressão, a emergência do moderno estado de bem-estar social e a personalidade de indivíduos como Franklin D. Roosevelt. Ademais, o direito à saúde é profundamente interconectado com a história da saúde pública, que revela uma antiga aceitação da necessidade de os Estados adotarem medidas para proteger a saúde de suas populações (p. 65-6).

A busca por reconhecimento do direito à saúde, no direito internacional, seguiu o mesmo caminho dos direitos humanos em geral, como acima mencionado. Mas como faz notar *Tobin* (p. 83), nem a Declaração americana, nem a francesa, nem as antecedentes English Magna Carta (1215), English Bill of Rights (1689), US Bill of Rights (1791) e Declaração francesa (1793), fizeram referência ao direito à saúde, embora a última tenha incluído o que atualmente se

consideram direitos econômicos e sociais (educação e assistência social). A própria DUDH não incluiu o direito à saúde como um direito específico, mas sim no bojo do artigo 25.1, juntamente com outros direitos econômicos e sociais (alimentos, roupas, moradia, cuidados médicos e serviços sociais).

O artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais – PIDESC, de 1966, dispôs que "Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir", além de estabelecer as medidas que os Estados devem adotar com vistas a assegurar o pleno exercício desse direito. Esta formulação, distinta daquela adotada na DUDH, reflete o conceito de saúde adotado no preâmbulo da Constituição da OMS, de 1946, que definiu saúde como "[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade".

Porém, os governos passaram a abordar de formas diferentes as suas obrigações, decorrentes do PIDESC, o que levou o organismo encarregado de monitorar a aplicação do Pacto – o Comitê DESC, criado em 1985 e cuja primeira reunião foi em 1987 – a procurar esclarecer as obrigações dos Estados. O fez por meio do seu Comentário Geral nº 14, um texto interpretativo adotado em maio de 2000. Este Comentário Geral "demonstra como a realização do direito à saúde depende da realização de outros direitos humanos, incluindo os direitos à vida, alimentação, habitação, usufruto dos benefícios do progresso científico e sua aplicação, liberdade de procurar, receber e transmitir informações de todos os tipos, não discriminação, proibição da tortura e liberdade de associação, reunião e circulação" (*Manual*, p. 6).

Além disso, o Comentário Geral nº 14 estabelece quatro critérios para avaliar o direito à saúde: a *disponibilidade* (inclui o funcionamento da saúde pública e dos bens e serviços de saúde, assim como de programas, que precisam estar disponíveis em quantidade suficiente); a *acessibilidade* (das instalações, bens e serviços de saúde; exige a não discriminação, a acessibilidade física, a acessibilidade econômica e a informação adequada); a *aceitabilidade* (exige que todos os serviços de saúde, bens e serviços respeitem a ética médica; ser culturalmente apropriados, sensíveis ao gênero e às condições do ciclo da vida; e projetados para respeitar a confidencialidade e melhorar a saúde e o estado da saúde daqueles a quem se dirige); e a *qualidade* (requer que os bens e serviços de saúde sejam apropriados e de boa qualidade, tanto do ponto de vista da ciência quanto do ponto de vista médico).

E finalmente, a formulação do direito à saúde, no direito internacional, se consolida com o aparecimento do mesmo estândar, que primeiro surgiu no preâmbulo da Constituição da OMS, agora em outros instrumentos, além do PIDESC, mais precisamente em convenções internacionais, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, que em seu artigo 24.1 assegura o "direito a gozar do melhor estado de saúde possível"; e a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, que em seu artigo 25 assegura às pessoas com deficiência "o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência".

A partir dessa formulação, iniciando-se pelo preâmbulo da Constituição da OMS, passando pelo PIDESC e chegando às convenções internacionais antes mencionadas, o direito à saúde se estabeleceu, no direito internacional, como o direito ao mais alto nível possível de saúde. Com menor alcance, há tratados regionais de direitos humanos, que igualmente definiram o direito à saúde, podendo-se destacar o artigo 11 da Carta Social Europeia, de 1961, revista em 1996; o artigo 10 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de DESC, de 1998; e o artigo 16 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.

Quanto ao significado do direito à saúde, no direito internacional, há muitos enfoques possíveis, mas aqui mencionaremos os aspectos que, segundo *Tobin*, delimitariam suficientemente o

significado e o alcance do "mais elevado nível de saúde atingível", que é o interesse no qual o direito à saúde está fundamentado. São eles: a) a obrigação geral imposta aos estados para reconhecer o direito à saúde no direito internacional; b) passos específicos a serem tomados pelos estados para conseguir realizar plenamente o direito à saúde no direito internacional; c) a obrigação para abolir tradicionais/culturais práticas que são prejudiciais à saúde do indivíduo; e d) a obrigação dos estados para cooperar com e assistir outros estados na completa realização do direito à saúde no direito internacional. Depois de examiná-los, o autor oferece quatro argumentos centrais, sobre o alcance e a natureza do direito à saúde. O *primeiro* é que o direito à saúde não é um direito a ser saudável, mas um direito a receber e desfrutar de serviços, instalações e condições que são necessárias para prevenir, remediar e mitigar problemas de saúde. O *segundo* é que, sendo impróprias as definições de saúdo como patologia ou com foco na ideia de normalidade, então um modelo biopsicossocial de saúde é defendido, com vistas a evitar o potencial de estigmatização que vem associado ao modelo patológico, e garantir que os estados alarguem a sua investigação para além da condição do indivíduo, para considerar fatores externos que devem ser enfrentados no desenvolvimento apropriado de serviços, instalações e condições para assegurar a saúde de um indivíduo. O *terceiro* é que, embora se deva ter cautela ao incluir no alcance do direito à saúde tudo o que tem um impacto sobre a saúde de um indivíduo, uma base prática e de princípios justifica a inclusão da autonomia sexual e contra o tratamento médico não consensual, dentro do alcance do direito à saúde. E o *quarto* argumento é que a adoção dos elementos essenciais estruturados pelos corpos de monitoramento dos tratados de direitos humanos, nomeadamente que os serviços de saúde devem ser disponíveis, acessíveis, aceitáveis e de qualidade apropriada, é uma ferramenta interpretativa apropriada, para identificar os elementos que constituem o direito à saúde (p. 274/371).

Este seria, portanto, o significado ou o alcance do direito à saúde, no direito internacional: não é um direito a ser saudável, mas um direito a receber e desfrutar de serviços, instalações e condições necessárias para prevenir, remediar e mitigar problemas de saúde; no desenvolvimento de serviços, instalações e condições para assegurar a saúde de um indivíduo, devem-se considerar fatores externos à condição do indivíduo, na base de um modelo biopsicossocial de saúde; a autonomia sexual e contra o tratamento médico não consensual, deve ser incluída no alcance do direito à saúde; e os elementos essenciais indicados no Comentário Geral 14 do Comitê DESC – disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade apropriada – constituem guia adequado para identificar os elementos que constituem o direito à saúde.

5 Impactos das políticas, programas e práticas de saúde, sobre os direitos humanos

Como relatam *Mann et al*, em todo o mundo, cuidados de saúde são providenciados através de diversos mecanismos, tanto públicos quanto privados. Contudo, as responsabilidades da saúde pública são realizadas por meio de políticas e programas elaborados e implementados pelo Estado, ou com suporte deste. Assim, com vistas a identificar os impactos das políticas, programas e práticas de saúde, sobre os direitos humanos, importa contextualizar as funções principais da saúde pública.

Conforme os autores, as três funções centrais da saúde pública são: 1) avaliar necessidades e problemas de saúde; 2) desenvolver políticas para enfrentar questões prioritárias; e 3) assegurar programas para implementar metas estratégicas de saúde. Potenciais benefícios, bem como

restrições aos direitos humanos, podem ocorrer na persecução de cada uma dessas três áreas de responsabilidade da saúde pública. Por exemplo, avaliações envolvem coleta de dados sobre importantes problemas de saúde em uma população, e uma falha do estado no reconhecimento de um problema de saúde que afete especialmente um grupo marginalizado ou estigmatizado, pode violar o direito à não discriminação, conduzindo à negligência de serviços necessários, o que por sua vez, pode afetar a realização de outros direitos, incluindo o direito à segurança em caso de doença ou incapacidade, ou ao cuidado especial e assistência dos quais mães e crianças são titulares, conforme o artigo 25 da DUDH (Mann et al, p. 20).

Uma vez decidido quais problemas serão avaliados, a metodologia de coleta de dados pode criar encargos ou restrições adicionais aos direitos humanos. Coletar informações de indivíduos, como: se eles estão infectados com o vírus da imunodeficiência (HIV); se têm câncer de mama; ou são geneticamente predispostos a doenças cardiovasculares, claramente pode afetar ou restringir o direito à segurança pessoal (associado com o conceito de consentimento informado), e de interferência arbitrária na privacidade dos indivíduos. Adicionalmente, o direito à não discriminação pode ser ameaçado mesmo por um exercício aparentemente simples de coleta de informações. Por exemplo, uma pesquisa sobre saúde realizada por telefone, excluindo famílias sem telefone (normalmente famílias com baixo *status* socioeconômico), pode resultar em uma avaliação tendenciosa, que por sua vez, pode resultar em políticas ou programas que falham no reconhecimento ou na satisfação de necessidades de uma população inteira. Também, estado de saúde pessoal ou informações sobre o comportamento sexual (como orientação sexual ou histórico de uso de drogas) têm a possibilidade de serem mal utilizadas pelo estado, diretamente ou disponibilizando tais informações a terceiros, resultando em graves danos aos indivíduos e violações a muitos direitos. O mau uso de informações sobre o estado de infecção com HIV acarreta restrições ao direito ao trabalho e à educação, violações ao direito ao casamento e a constituir família, ataques contra a honra e a reputação, limitações à liberdade de movimento; detenções arbitrárias ou exilio; e até mesmo tratamento cruel, degradante ou desumano (Mann et al, p. 20).

A segunda principal tarefa da saúde pública é desenvolver políticas para prevenir e controlar problemas de saúde prioritários. Importantes restrições aos direitos humanos podem surgir no processo de desenvolvimento de políticas. Exemplificam *Mann et al*, que se um governo se nega a divulgar as bases científicas da política em saúde, ou a permitir debates sobre o seu mérito, ou, de outro modo se recusa a informar e a envolver o público no desenvolvimento da política, os direitos a "procurar, receber e transmitir informações e ideias...independentemente das fronteiras" (DUDH, art. 19) e "tomar parte no governo...diretamente ou através de escolha livre de representantes" (DUDH, art. 21), podem ser violados. De modo que a priorização de questões de saúde pode resultar em discriminação contra indivíduos, como quando o principal problema de saúde de uma população definido em bases de sexo, raça, religião ou linguagem, recebem, sistematicamente, baixa prioridade (e. g., doença de célula falciforme nos EUA, a qual afeta primariamente a população africana e americana; ou mais globalmente, mortalidade materna, câncer de mama e outros problemas de saúde das mulheres) (p. 20-1).

A terceira função nuclear da saúde pública, de assegurar serviços capazes de realizar os objetivos das políticas, é também intimamente ligado com o direito à não discriminação. Quando serviços sociais e de saúde não levam em conta barreiras logísticas, financeiras e sócioculturais para o acesso a elas, facilmente pode ocorrer discriminação, intencionalmente ou não. Por exemplo, em clinicas para a saúde de mães e crianças, detalhes como horários do serviço, acessibilidade através do transporte público e disponibilidade de creches podem influenciar forte e negativamente a utilização do serviço.

Segundo *Mann et al*, é essencial reconhecer que em busca da realização de cada uma destas funções nucleares e responsabilidades, a saúde pública pode sobrecarregar direitos humanos. Segundo os autores, no passado, quando restrições a direitos humanos eram reconhecidas, elas eram normalmente justificadas como necessárias para a proteção da saúde pública. Na verdade, a saúde pública tem uma longa tradição, ancorada na história do controle das doenças infecciosas, de limitação de "direitos de poucos" para o "bem de muitos". Assim, medidas coercitivas como testes e tratamentos obrigatórios, quarentena e isolamento, são consideradas medidas básicas de controle tradicional das doenças transmissíveis (p. 21).

6 Impactos das violações de direitos humanos, na saúde

Tarantola e Gruskin desenvolvem consistente e abrangentemente este ponto de contato da saúde com os direitos humanos. Eles destacam, por exemplo, que agentes e profissionais de saúde, agindo em nome do Estado, estão acostumados a aplicar restrições à liberdade individual, nos casos em que o gozo desses direitos cria uma ameaça, real ou percebida, para a população em geral (p. 51).

Como registram *Mann et all*, os impactos na saúde são evidentes quando se trata de certas violações severas de direitos humanos, como é o caso da tortura, prisão sob condições desumanas, execuções sumárias e desaparecimento. Por esta razão, expertos em saúde preocupados com os direitos humanos têm cada vez mais disponibilizado a sua expertise para ajudar a documentar esses abusos. Exemplos desse tipo de colaboração médica para os direitos humanos incluem exumações de valas comuns para examinar alegações de execuções; exames de vítimas de tortura; e entrada de pessoal em prisões, para avaliar o estado de saúde dos prisioneiros (p. 22).

Contudo, os impactos das violações de direitos humanos na saúde vão além dessas questões, em pelo menos dois modos: *primeiro*, a duração e extensão dos impactos na saúde, resultantes de severos abusos de direitos e dignidade permanecem, geralmente, não apreciados. Tortura, aprisionamento sob condições desumanas ou trauma associado ao testemunho de execuções sumárias, sequestro ou maus tratos a terceiros, têm sido associados a severos efeitos, provavelmente para a vida toda, sobre o bem-estar físico, mental e social das vítimas. Adicionalmente, uma compreensão mais profunda dos efeitos negativos da tortura sobre a saúde deve também incluir a sua larga influência sobre bem-estar mental e social; tortura é normalmente usada como uma ferramenta política para desencorajar pessoas de participação significativa ou resistência ao governo (Mann et al, p. 22-3).

Em segundo lugar, e para além desses sérios problemas, são crescentes as evidências de que violações de muitos outros, senão de todos os direitos humanos, têm efeitos negativos sobre a saúde. Os autores exemplificam: o direito à informação pode ser violado quando cigarros são comercializados sem que o governo assegure que informações referentes aos efeitos danosos do tabaco na saúde estejam também disponíveis. O custo desta violação para a saúde pode ser quantificado através de medidas de doenças evitáveis relacionadas ao tabaco, incapacidade e morte prematura, incluindo excesso de canceres, doenças cardiovasculares e respiratórias. Outras violações do direito à informação, com impactos substanciais sobre a saúde, incluem a retenção governamental de informações científicas válidas sobre anticoncepção ou medidas (e. g. preservativos) para prevenir infecções com o HIV (p. 23).

Como outro exemplo, mencionam que o enorme problema mundial de doenças ocupacionais, incapacidade e morte reflete violações ao direito de trabalhar sob "condições justas e favoráveis" (DUDH, art. 23). Ponderam que nesse contexto a identificação, pelo Banco Mundial, do aumento da escolaridade das mulheres como uma intervenção crítica para melhorar o estado de saúde em nações em desenvolvimento, expressa poderosamente o impacto penetrante da realização dos direitos (no caso, dos direitos à educação e à não-discriminação com base no sexo), sobre o estado de saúde da população (p. 23).

Um problema relacionado, mas ainda mais complexo, envolve – ainda segundo *Mann et al* – o potencial impacto na saúde associado a violações da dignidade, individual e coletiva. A Declaração Universal dos Direitos Humanos considera dignidade, do mesmo modo que os direitos, inerente, inalienável e universal. Embora importantes impactos sobre a saúde relacionados à dignidade possam incluir problemas como o mau estado de saúde de muitos povos indígenas, falta um vocabulário e um enquadramento coerentes para caracterizar a dignidade e as diferentes formas de violação à dignidade. Uma taxonomia e uma epidemiologia das violações da dignidade podem revelar uma enorme quantidade de danos ao bem-estar físico, mental e social, antes suspeitos, embora não nomeados e, portanto, não documentados.

A avaliação dos impactos na saúde decorrentes de violações de direitos, está ainda nos seus primórdios. Progresso nesse sentido exigirá uma capacidade mais sofisticada para documentar e avaliar violações de direitos; a aplicação de metodologias médicas e das ciências sociais para identificar e avaliar efeitos no bem-estar físico, mental e social; e pesquisa para estabelecer válidas associações entre violações de direitos e impactos na saúde (Mann et al, p. 23).

7 Objetivo comum e complementaridade

Para *Tarantola e Gruskin*, saúde e direitos humanos, juntos e com independência um do outro, chegaram a um grau de proeminência no discurso político e público, nunca antes testemunhado. Os campos da saúde e dos direitos estão iluminados, atualmente, pelos seus pontos em comum, não mais pelas suas diferenças. Ainda segundo esses autores, "ambos são obrigações dos governos em relação ao seu povo; e cada um suporta e requer o cumprimento do outro" (p. 56).

A ideia de que promover e proteger direitos humanos está indissoluvelmente ligado ao desafio de promover e proteger a saúde – defendida por *Mann et al* –, deriva, em parte, do reconhecimento de que saúde e direitos humanos são abordagens complementares para o problema central, da definição e do avanço do bem-estar humano. Essa conexão fundamental conduz para além da simples, embora ampla menção de saúde na DUDH (art. 25) e das responsabilidades específicas dos estados relacionadas à saúde, listadas no artigo 12 do PIDESC, incluindo: redução da morte fetal e da mortalidade infantil, promovendo o desenvolvimento saudável da criança; melhoria da higiene ambiental e industrial; prevenção, tratamento e controle de epidemias, endemias, doenças ocupacionais e outras; e garantia de cuidados médicos (p. 23-4).

Modernos conceitos de saúde reconhecem que as condições subjacentes estabelecem a base para a realização do bem-estar físico, mental e social (ver, além dos autores citados neste ponto, *Istúriz, Acevedo e Jiménez*, especialmente p. 4 e seguintes). Dada a importância dessas condições, é notável como têm recebido pouca atenção nas pesquisas de saúde, para a precisa identificação e compreensão dos modos de ação dessas condições, importância relativa, e possíveis interações.

A análise mais amplamente aceita foca, segundo *Mann et al*, no *status* socioeconômico; a relação positiva entre elevado *status* socioeconômico e melhor estado de saúde é bem documentada. No entanto, esta análise possui, para os autores citados, pelo menos três importantes limitações. Primeiro, ela não responde adequadamente a um crescente número de observações discordantes, como: a crescente longevidade dos homens e mulheres casados canadenses, comparados com os seus conterrâneos não casados (viúvos, divorciados, nunca casados); estados de saúde diferentes entre populações minoritárias e majoritárias, que persistem mesmo quando medidas tradicionais de *status* socioeconômico são consideradas; ou relatórios sobre resultados diferenciais marital, econômico e educacional entre mulheres obesas, em comparação com não-obesas.

Um segundo problema reside nas definições de pobreza e suas relações com o estado de saúde. Claramente, pobreza pode ter diferentes significados em saúde. Por exemplo, distinções entre o significado em saúde, de pobreza absoluta e pobreza relativa, têm sido propostas.

Uma terceira dificuldade prática é que o paradigma socioeconômico cria um desafio esmagador, para cujo enfrentamento os profissionais de saúde não estão nem treinados, nem equipados. Além disso, a identificação de *status* socioeconômico como "condição essencial" para boa saúde, pode, paradoxalmente, encorajar complacência, apatia e até mesmo paralisia de políticas e programas (Mann et al, p.24).

Abordagens complementares ou alternativas, sobre a natureza das condições essenciais para a saúde, estão emergindo. Por exemplo, a *Ottawa Charter for Health Promotion* (1986) foi além da pobreza para propor que "as condições e recursos fundamentais para a saúde são paz, moradia, recursos sustentáveis, justiça social e equidade".

8 Conveniência de abordagens amistosas em ambos os campos

Ante o quadro delineado nos itens 4, 5 e 6, não há dúvidas de que abordagens mais informadas e colaborativas, tanto no campo da saúde quanto no dos direitos humanos, só pode beneficiar a ambos. Por exemplo, considerar violações de direitos como um ponto de partida para o reconhecimento de problemas de saúde, pode ajudar a descobrir encargos anteriormente não reconhecidos sobre o bem-estar físico, mental e social. E de uma perspectiva dos direitos humanos, a documentação de impactos na saúde resultantes da violação de direitos humanos pode contribuir para aumentar a consciência social sobre a importância de promover e proteger os direitos humanos (Mann et al, p. 23).

A experiência com a epidemia global de HIV/AIDS, apontada por estudiosos como a gênese do processo de integração dos direitos humanos à saúde (Tarantola e Gruskin, p. 48), sugere uma abordagem analítica mais profunda, utilizando uma análise de direitos, e não apenas dos fatores tradicionais de saúde. *Mann et al* mencionam, por exemplo, que mulheres casadas, monogâmicas, no leste da África, estão relacionadas como infectadas com HIV. Embora estas mulheres saibam sobre HIV e preservativos sejam acessíveis naquele mercado, o fator de risco delas é a sua inabilidade para controlar o comportamento dos seus maridos, ou para recusar uma relação sexual indesejada ou desprotegida. A recusa pode resultar em dano físico, ou em divórcio, o equivalente a uma morte social e econômica para essas mulheres. Além disso, a vulnerabilidade das mulheres para o HIV é, agora, reconhecida como integralmente conectada com discriminação e desigualdade de direitos, envolvendo propriedade, casamento, divórcio e herança. O sucesso da promoção de preservativos para HIV, nesta população, é limitado, na ausência de mudanças sociais e nas leis,

que, promovendo e protegendo os direitos das mulheres, fortalecesse as suas habilidades para negociar a prática sexual e se protegerem da infecção do HIV.

Mais amplamente, a evolução da pandemia HIV/AIDS mostrou um consistente padrão através do qual discriminação, marginalização, estigmatização e, mais genericamente, uma falta de respeito pelos direitos humanos e dignidade de indivíduos e de grupos, eleva a vulnerabilidade deles, expondo-os ao HIV. Neste sentido, HIV/AIDS pode ser ilustrativo de um fenômeno mais geral, no qual a vulnerabilidade de indivíduos e de grupos para doenças, incapacidade e morte prematura, está ligado ao *status* de respeito aos direitos humanos e à dignidade (Mann et al, p. 24-5).

Exploração adicional das dimensões conceitual e prática desta relação é necessária. Por exemplo, grupos de doenças evitáveis, epidemiologicamente identificadas; excessivas incapacidades e mortes prematuras, poderiam ser analisadas para descobrir as limitações ou violações específicas de direitos humanos e da dignidade que estão envolvidas. Do mesmo modo, uma ampla análise das dimensões dos direitos humanos dos principais problemas de saúde, como câncer, doenças cardiovasculares e lesões, deveria ser desenvolvida. A hipótese segundo a qual a promoção e proteção de direitos e saúde estão indissoluvelmente ligadas, exige exploração criativa e rigorosa avaliação (Mann et al, p. 25).

O conceito de uma relação indissolúvel entre saúde e direitos humanos também oferece, conforme *Mann et al*, um enorme potencial de consequências práticas. Por exemplo, profissionais de saúde poderiam considerar a utilização da DUDH como um guia coerente para a avaliação do estado de saúde de indivíduos ou populações; a extensão na qual os direitos humanos são realizados pode representar um índice de bem-estar melhor e mais compreensivo do que os tradicionais indicadores do estado de saúde. Trabalhadores em saúde também deveriam considerar as suas responsabilidades não apenas para respeitar os direitos humanos no desenvolvimento de políticas, programas e práticas, mas para contribuir ativamente da sua posição como profissionais de saúde, para melhorar a realização social dos direitos. Trabalhadores em saúde há muito tempo reconhecem as raízes sociais do estado de saúde; a ligação com os direitos humanos poderia ajudar os profissionais de saúde a se envolver de forma específica e concreta com toda a gama de pessoas que trabalham para promover e proteger os direitos humanos e a dignidade humana em cada sociedade (p. 25).

De uma perspectiva dos direitos humanos, expertos e expertise em saúde podem contribuir significativamente para que a sociedade reconheça os custos e benefícios associados com a realização, ou com o fracasso no respeito aos direitos humanos e à dignidade. Isto pode ser conseguido sem necessidade de justificar os direitos humanos e a dignidade em motivos de saúde (ou em qualquer outro fim pragmático). Ao revés, a colaboração com os expertos em saúde pode ajudar a dar voz aos sutis e sérios impactos na saúde, associados com a falta de respeito aos direitos humanos e à dignidade. Adicionalmente, o direito à saúde só pode se desenvolver e adquirir significado através do diálogo entre as disciplinas da saúde e dos direitos humanos. Finalmente, a saúde como pré-condição da capacidade para realizar e gozar dos direitos humanos e da dignidade, deve ser apreciada. Por exemplo, o estado de desnutrição, ou de nutrição pobre, de crianças, pode contribuir, de modo sutil, mas importante, para a limitação na realização e gozo do direito à educação; de modo geral, as pessoas saudáveis estão melhor preparadas para participar plenamente e se beneficiar otimamente da proteção e oportunidades inerentes à DUDH (Mann et al, p. 25).

9 Considerações finais

Como visto, saúde e direitos humanos são, sim, objeto de apropriação pelo discurso político, e a saúde é objeto de políticas, programas e práticas por todo o planeta. Já não se pode afirmar, contudo, que o nível de saúde das populações esteja alto em todas as nações, muito pelo contrário.

No que importa a este artigo, cabe remarcar que o reconhecimento de uma ligação importante entre saúde e direitos humanos vem sendo, ao longo dos tempos, bloqueado por diferentes razões, sejam de ordem filosófica, de linguagem, de abordagem, e outras, perdendo-se, assim, a possibilidade de enriquecimento de ambos os campos – saúde e direitos humanos – pela combinação de pesquisa, educação e experiências de campo. Como acentuam *Mann et al*, a exploração da intersecção de saúde e direitos humanos pode ajudar a revitalizar o campo da saúde, assim como contribuir para um alargamento da reflexão e da prática em direitos humanos. É na perspectiva sugerida por estes estudiosos, a "perspectiva de saúde e direitos humanos" (e poderíamos acrescentar a dignidade), que despontam novos horizontes para a compreensão e o avanço do bem-estar humano no mundo moderno (p. 25).

Não se pode perder de vista que da interação entre os campos da saúde e dos direitos humanos, resultam importantes efeitos, em duplo sentido: por um lado, efeitos negativos podem advir – e advêm – tanto das políticas, programas e práticas de saúde, sobre os direitos humanos, quanto das violações de direitos humanos, sobre a saúde. E por outro lado, efeitos positivos podem advir – e devem advir – tanto da maior realização possível da saúde, sobre os direitos humanos, quanto do maior respeito e realização possível dos direitos humanos, sobre a saúde.

Tudo a recomendar, fortemente, que tanto os profissionais da saúde quanto os dos direitos humanos busquem abordagens mais informadas e colaborativas, na perspectiva de que ambos devem contribuir para o objetivo maior, que é o bem-estar do ser humano. Dentre as evidentes vantagens de tal postura, pode-se destacar o maior envolvimento da sociedade como um todo, seja nas práticas relacionadas à saúde, seja na promoção e proteção dos direitos humanos, conferindo ao processo maior transparência e restringindo, por exemplo, a possibilidade de governantes utilizarem as políticas e programas de saúde com a finalidade de impor restrições a direitos humanos de opositores no campo político.

Referências

Compreender os Direitos Humanos: manual de educação para os direitos humanos, publicação de *Ius Gentium Conimbrigae* | Centro de Direitos Humanos, Módulo D – Direito à saúde, disponível em http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/capitulos.html, consultado em 02/04/2017.
Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH (em português – http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf).

HARRINGTON, John; STUTTAFORD, Maria (ed). *Global Health and Human Rights: legal and philosophical perspectives*. Routledge, 2010.

ISTÚRIZ, Oscar Feo; ACEVEDO, Carlos Feo; JIMÉNEZ, Patricia. Pensamiento contrahegemônico en salud. Revista Cubana de Salud Pública 2012; 38(4): 602-614 (http://scielo.sld.cu).

MANN, Jonathan. Saúde Pública e Direitos Humanos. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 6(1/2): 135-145, 1996.

MANN, Jonathan M. et al. Health and Human Rights. In GRODIN, Michael A. et al (ed). *Health and Human Rights in a Changing World*. Routledge, 2013, p. 16-27.

Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais – PIDESC (em português – http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm).

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. Las dificultades que el actual paradigma subjetivista de la salud comporta en su configuración como derecho humano universal. *Revista Boliviana de Derecho*, n 21, Enero 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 16-47.

TARANTOLA, Daniel; GRUSKIN, Sofia. Human Rights Approach to Public Health Policy. In GRODIN, Michael A. et al (ed). *Health and Human Rights in a Changing World*. Routledge, 2013, p. 43-57.

TOBIN, John. *The Right to Health in International Law*. Oxford University Press Inc. New York, 2012. (EBOOK, iTunes)

A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA ATENÇÃO PRIMÁRIA: DA DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA DE 1978 ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Nicole Rinaldi de Barcellos,
doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS);
nicoledebarcellos@gmail.com

Resumo:

O objetivo deste estudo é investigar se a atenção primária à saúde pode ser considerada um instrumento de tutela do direito humano à saúde, tomando-se como fundamento conceitos desenvolvidos nos documentos internacionais, especialmente na Declaração de Alma-Ata, e na doutrina especializada. Pretende-se abordar o impacto das recomendações internacionais nas políticas públicas de saúde no Brasil. As perguntas de pesquisa que se pretende responder são: o acesso dos indivíduos à atenção primária à saúde, conforme definido pelos instrumentos internacionais, cumpre a função de tutela do direito fundamental à saúde? Qual a sua influência nas políticas públicas de saúde no Brasil? O estudo será desenvolvido através de pesquisa bibliográfica. O trabalho divide-se em quatro partes. Na primeira seção são apresentadas diversas faces do conceito de saúde. Na segunda, é analisado o reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental, através das declarações internacionais de direitos. Na terceira, é investigada a possibilidade de abordagem do modelo de atenção primária como instrumento de tutela do direito humano à saúde. Na quarta, é analisada a adoção de políticas públicas de atenção primária à saúde no Brasil, com fundamento nos instrumentos internacionais. Como conclusão, demonstra-se que o alcance dos indivíduos à atenção primária à saúde é um instrumento de tutela ao direito humano à saúde, tendo o Brasil adaptado as suas políticas públicas a este modelo.

Palavras-chave: Direito à saúde. direitos humanos. direito internacional. atenção primária à saúde.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN PRIMARY CARE: FROM THE DECLARATION OF ALMA-ATA OF 1978 TO THE PUBLIC POLICIES IN BRAZIL

Abstract:

This study aims to investigate whether primary health care can be considered an instrument to protect the human right to health. The study is grounded on concepts developed in international documents, such as the Alma-Ata Declaration, and in the specialized doctrine. It is intended to address the impact of international recommendations on public health policies in Brazil. Thus, does the access of individuals to primary health care, as defined by international instruments, fulfills the function of protecting the fundamental right to health? What is the influence of these international instruments on public health policies in Brazil? The study will be developed through bibliographic research. This study is divided into four parts. In the first section several aspects of the concept of health are presented. The second examines the recognition of health as a fundamental human right, through international declarations of rights. In the third, the possibility of approaching the primary care model as an instrument to protect the human right to health is investigated. In the fourth, the

adoption of public primary health care policies in Brazil is analyzed with a basis on international instruments. As conclusion, it is shown that the reach of individuals to primary health care is an instrument to protect the human right to health, and Brazil has adapted its public policies to this model.

Keywords: Rights to health. human rights. international law. primary health care.

1 Introdução

O objetivo deste estudo é investigar se a atenção primária à saúde pode ser considerada um instrumento de tutela do direito humano à saúde, tomando-se como fundamento conceitos desenvolvidos nos documentos internacionais, especialmente na Declaração de Alma-Ata, e na doutrina especializada.

A tutela do direito fundamental à saúde encontra-se na conformação dos direitos humanos conforme previstos na Constituição Federal de 1988, que tem seu exemplo mais presente na dignidade da pessoa humana. Observa-se que a garantia de uma qualidade mínima de vida depende de políticas públicas, a serem promovidas pelo Estado, não somente no plano da saúde em si, mas também no âmbito da superação das desigualdades sociais.

Nesse âmbito, a declaração de Alma-Ata de 1978 é um importante instrumento, à medida que foi acordada em foro internacional de relevante importância, como é a Organização Mundial da Saúde (OMS), que previu o modelo de atenção primária à saúde, essencial ao desenvolvimento de patamares mínimos de tutela dos direitos à saúde. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, houve a positivação do direito à saúde, sob a menção de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo que o país passou, nos anos seguintes, a adotar um modelo de atenção primária próximo ao previsto no âmbito da OMS.

Pretende-se, com o presente estudo, responder às seguintes perguntas de pesquisa: o acesso dos indivíduos à atenção primária à saúde, conforme definido pelos instrumentos internacionais, cumpre a função de tutela do direito fundamental à saúde? Qual a influência dos instrumentos internacionais nas políticas públicas de saúde no Brasil?

Para realizar os objetivos propostos, o estudo foi dividido em quatro partes, que serão desenvolvidas através da pesquisa bibliográfica. Na primeira seção são apresentadas diversas faces do conceito de saúde. Na segunda é analisado o reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental, através das declarações internacionais de direitos. Na terceira é investigada a possibilidade de abordagem do modelo de atenção primária como instrumento de tutela do direito humano à saúde. Na quarta é analisada a adoção de políticas públicas de atenção primária à saúde no Brasil, com fundamento nos instrumentos internacionais.

2 As diversas faces do conceito de saúde

Apresentar um conceito de saúde é uma tarefa que comporta um grau elevado de dificuldade, à medida que o tema possui diferentes aspectos constitutivos. Isto porque inexiste uma acepção única de saúde, tornando-se necessária uma análise comparativa de diferentes olhares sobre

este fenômeno, que serão apresentados da seguinte forma: (i) saúde como ausência de doença; (ii) saúde como bem-estar na Organização Mundial da Saúde (OMS) e; (iii) conceito ampliado de saúde no Brasil. Observa-se que estas posições não são exaustivas, podendo-se falar, por exemplo, em abordagens integradas em saúde, em saúde como abertura ao risco, entre outras, de modo que a presente escolha se deu pela importância dos conceitos a este estudo (CAPONI, 1997, p. 287-307; ALMEIDA FILHO; ANDRADE, 2003, p. 101-119). Em tópico apartado, será abordada a saúde como um direito humano.

O entendimento de saúde como ausência de doença (item i, *supra*) é um conceito que foi largamente difundido pela medicina, e possui gênese na formação da medicina científica moderna conforme descrevida por Michel Foucault (FOUCAULT, 2011), que tinha como escopo principal a investigação e a análise da doença (BOORSE, 1977, p. 542-573). Tal abordagem conduzia o conceito de saúde a um segundo plano, à medida que esta era vista, implicitamente, como a não-doença (ALMEIDA FILHO; JUCÁ, 2002, p. 879-889).

Para Georges Canguilhem, esta concepção mecanicista de saúde é criticável, pois reducionista, à medida que fixada nas objetividades da patologia. Segundo o autor, a clínica coloca o profissional da saúde com indivíduos completos e concretos, não com órgãos e funções, de modo que a saúde não pode ser um conceito científico (uma simples oposição com a doença), mas uma questão filosófica, que recai sobre as subjetividades do indivíduo (2009, p. 53-55).

A compreensão da saúde como bem-estar (item ii, *supra*), por sua vez, foi reconhecida através do documento de constituição da OMS, de 1946, no qual a saúde foi enunciada como "(...) um completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade" (2014, p. 1). Esta definição afasta o caráter negativo do conceito de saúde, ao mesmo tempo em que delineia uma visão subjetiva e utópica da saúde, que nesse caso é impressa pela dificuldade de alcance de um "completo estado" de bem-estar pelos indivíduos.

Segundo Sandra Caponi, embora o conceito comporte críticas, estas jamais devem recair sobre o seu caráter subjetivo, pois este é um elemento inerente e inseparável da definição saúde-doença (1997, p. 207-307). Por outro lado, estabelece a autora que o conceito da OMS pode levar a práticas de controle e exclusão do que for considerado indesejado ou perigoso, à medida que o conceito de bem-estar se identifica com tudo que é considerado normal em determinada sociedade, em determinado meio, de modo que a saúde não pode ser pensada como carência de meios, mas sim como a capacidade de enfrentá-los.

Por fim, o conceito ampliado de saúde no Brasil (item iii, *supra*) é entendido através do prisma das dimensões econômica, social e política da produção da saúde e das coletividades, e foi formulado na VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS), realizada em Brasília, em 1986. Segundo o Relatório Final desta conferência (BRASIL, 1986, p. 4), que estabeleceu em seu Tema 1 a saúde como direito, em um conceito não abstrato e pautado no contexto histórico, que diz:

> 1 – Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

Segundo essa abordagem, a saúde passa a ser vista como uma necessidade humana, e promover a saúde, no âmbito nacional, é considerado um direito dos indivíduos, tornando necessária a adoção de políticas públicas para que promovam um acesso universal e integral ao sistema de saúde (BARLETTA, 2009, p. 163-164). Entretanto, tal conceito, de forma semelhante

àquele adotado pela OMS, dada a amplitude, tende a abranger na saúde qualquer âmbito da existência humana.

Apresentados os principais conceitos de saúde para fins do presente estudo, é importante firmar o direito à saúde como um direito humano, o que pode ser principalmente verificado através da celebração de documentos internacionais, nos quais os países comprometem-se a tutelar a saúde de forma universal.

3 A abordagem da saúde como direito: o reconhecimento da saúde como um direito humano e as declarações internacionais de direitos

Para Fabio Konder Comparato o sentido e a evolução dos direitos humanos é a parte mais bela e importante da história, à medida que representa a revelação de que todos os seres humanos, em que pesem as diferenças biológicas e culturais, merecem igual respeito, não podendo qualquer indivíduo se afirmar superior aos demais (2010, p. 13). Ainda que inerentes aos seres humanos, estes foram internacionalmente positivados através de tratados internacionais.

Segundo Norberto Bobbio, a maioria das definições de direitos humanos são tautológicas (2004, p. 17), tendo em vista que "direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado". Por sua vez, o elenco de direitos constitui uma classe variável, de acordo com as mudanças das condições históricas inerentes às sociedades aos quais estes se relacionam. Segundo o autor, não é possível atribuir um fundamento absoluto a estes direitos, de modo que a grande problemática dos direitos humanos é mais filosófica, que política, à medida que não ocorre na esfera de sua fundamentação, mas na sua proteção ou tutela (BOBBIO, 2004, p. 15-45).

No campo do direito à saúde isto é evidente. Saúde e direitos humanos são abordagens complementares na garantia do bem-estar da humanidade (MANN *et al*, 1993, p. 8). O diálogo acerca da combinação destes importantes temas de destaque em debates contemporâneos pode apresentar benefícios práticos no pensamento dos direitos à saúde, acerca de patamares mínimos de tutela e de garantia.

A relação entre direitos humanos e saúde ocorre em diversas frentes, elencadas pela OMS como as seguintes: (i) as violações aos direitos humanos podem ter sérias consequências na saúde; (ii) a forma como os programas de saúde são planejados e implementados pode promover ou violar os direitos humanos; (iii) a vulnerabilidade e os impactos na saúde podem ser diminuídos caso sejam adotadas medidas de proteção dos direitos humanos (OMS, 2015).

Mann *et al* afirmam as abordagens dos direitos humanos e da saúde possuem caráter complementar, com fins de tratamento do tema bem-estar humano, a saber, elas possuem uma relação *inextricável* (1993, p. 19-22). Segundo os autores, profissionais da saúde podem auxiliar no reconhecimento de benefícios e na identificação de custos associados com a promoção dos direitos humanos e da dignidade, sendo que o diálogo entre as disciplinas fornece um significado ao direito à saúde.

O direito à saúde foi pela primeira vez positivado enquanto direito humano fundamental no instrumento de Constituição da Organização Mundial da Saúde, em 1946, no qual foi previsto, como segundo princípio, que "gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social" (2014, p. 1).

A referida Constituição foi celebrada em 22 de julho de 1946, durante a Conferência Sanitária Internacional, firmada pelos representantes dos 61 Estados dela participantes, e entrou em vigor em 7 de abril de 1948. Veja-se que esta organização internacional foi criada no âmbito da Organização das Nações Unidas, na metade do século passado, como organismo especializado (MATTOS, 2008, p. 54-55), com fins de conduzir todos os povos a um nível de saúde mais elevado possível (OMS, 2014, p. 2).

Foi somente em 1948 que o direito à saúde passou a fazer parte de uma declaração de direitos do homem e de liberdades fundamentais no âmbito internacional. Em períodos históricos anteriores, outros documentos já haviam sido redigidos, como a Declaração de Direitos Inglesa, elaborada em 1689, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, redigida em 1789, com fins de declarar a igualdade entre os homens. Entretanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento verdadeiramente aplicável no âmbito internacional (DOUZINAS, 2009).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, foi o documento que representou a internacionalização da proteção aos direitos humanos, a saber, a sua conversão em tema transcendente aos interesses puramente nacionais (PIOVESAN, 2010, p. 141).

De início, destaca-se que as declarações internacionais de direitos positivos do século XX surgiram após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que os abusos e a violência praticados durante este período impulsionaram a criação de regras destinadas a garantir o respeito à dignidade humana (COMPARATO, 2010, p. 68). Este fenômeno é tão recente quanto debatido no âmbito doutrinário, à medida que o século XX é considerado a era dos direitos humanos, ao mesmo tempo em que é retratado como o século das violações de princípios, era de desigualdades e de violências (DOUZINAS, 2009, p. 20).

Com base neste contexto histórico, importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos foram estabelecidos no âmbito das Nações Unidas, que passaram a configurar um sistema normativo destinado à tutela destes direitos (COMPARATO, 2010, p. 225-230). No que tange ao tema deste estudo, observa-se que uma ideia de direito à saúde pode ser extraída do artigo 25.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que assim dispõe:

> Artigo 25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Observa-se que a declaração faz referência a determinado padrão de vida que possa assegurar a saúde aos indivíduos, não havendo uma expressa previsão quando a um direito específico e direcionado à saúde. Tal lacuna restou de certa forma preenchida pelas normas a ela subsequentes, adotadas no cenário internacional.

Com o advento de uma codificação complementar também celebrada no âmbito da ONU em 1966, "Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais", há uma nova referência ao direito à saúde, no artigo 12.1, que é mais clara e direta que a anterior, na qual é disposto que "os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental" (ONU, 1966).

Neste pacto, algumas obrigações de caráter prático foram estabelecidas aos Estados-partes, como medidas necessárias à garantia da supracitada regra geral, a saber: (i) a diminuição da

mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o são desenvolvimento da criança; (ii) o melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; (iii) a profilaxia, tratamento e controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; (iv) a criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.

Entretanto, foi somente após a declaração de Alma-Ata, de 1978, que o direito à saúde foi previsto no âmbito da Organização das Nações Unidas a partir de regras que possuem limites mais definidos e abordam definições conceituais importantes à difusão da tutela à saúde. Veja-se que segundo a declaração, existe o delineamento do direito à saúde como direito fundamental, em seu artigo I (ONU, 1978), nos seguintes termos:

> I) A Conferência enfatiza que a saúde - estado de completo bem- estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.

Tal declaração possuía o fim específico de expressar a urgente necessidade de uma ação conjunta de governos, bem como, dos envolvidos com as áreas da saúde e da comunidade mundial, na promoção da saúde a todos os povos do mundo. A declaração cunhou a necessidade de comprometimento com os cuidados primários em saúde, estabelecendo diretrizes básicas ao seu desenvolvimento pelos Estados.

Este instrumento internacional representa um marco na tutela dos direitos à saúde e no desenvolvimento de patamares mínimos ao estabelecimento de políticas públicas de saúde e à atuação dos agentes de saúde. Ainda assim, Helena Nygren-Krug salienta que embora a OMS tenha adotado a Declaração de Alma-Ata, a imaturidade e a controvérsia relativa ao escopo do conteúdo do direito à saúde demonstra que o tema merece uma atenta análise (2004, p. 9).

Observa-se que os direitos humanos internacionais e os movimentos de saúde pública demonstram uma tendência à aplicação sistemática dos conceitos previstos em tratados internacionais, em prol da preservação da vida e da dignidade humana. Com isso, passa-se ao estudo do modelo de atenção primária à saúde como um instrumento de tutela de direitos humanos, para, posteriormente, tratar-se do desenvolvimento das políticas públicas de saúde do Brasil com base nas declarações internacionais.

4 O modelo de atenção primária como instrumento de tutela dos direitos humanos à saúde: definições da Declaração de Alma-Ata de 1978 e da doutrina especializada

Em 1977, a Assembleia Mundial de Saúde realizou sua trigésima reunião anual, na qual decidiu que a principal meta social dos governos deveria ser a obtenção, por parte de todos os cidadãos do mundo, de um nível de saúde no ano 2000 que lhes permitiria levar uma vida social e economicamente produtiva (OMS, 1985). Este objetivo foi popularmente conhecido com saúde para todos, onde foi tratado do tópico da atenção primária à saúde (VUORI, 1986, p. 398).

Nos termos do definido na já mencionada Declaração de Alma-Ata, de 1978, a atenção primária à saúde consiste nos cuidados essenciais de saúde baseados em métodos práticos,

cientificamente bem fundamentados e socialmente aceitáveis, ao acesso universal à saúde do indivíduo e da família na comunidade, através de sua plena participação e a um custo com que a comunidade e o país possam arcar em todas as fases de seu desenvolvimento, no espírito da autoconfiança e autodeterminação (OMS, 1978). Adotada na primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários à Saúde, em setembro de 1978, a declaração reafirmou o significado de saúde como direito humano fundamental (MENDES, 2004, p. 447-448).

Veja-se que a atenção primária à saúde é considerada pela OMS parte integrante do sistema de saúde do país, através da promoção de um primeiro nível de contato do indivíduo, das famílias e da comunidade com o sistema de saúde, de modo a levar o cuidado em saúde o mais próximo possível dos locais onde os indivíduos vivem e trabalham (OMS, 1978). Portanto, a atenção primária é o primeiro elemento de um processo continuado em cuidados em saúde, com fins de promoção da saúde para todos os indivíduos.

A conferência foi um esforço internacional para expandir e redirecionar os programas de saúde em diferentes países, sendo o seu objetivo promover melhorias substanciais e rápidas na promoção de serviços preventivos e curativos em nível comunitário (BASCH, 1999, p. 211). Portanto, a declaração de Alma-Ata prevê uma atuação do Estado em diferentes frentes, na promoção do direito à saúde de seus cidadãos.

Com base nisso, na declaração foram previstos os componentes fundamentais de promoção da atenção primária à saúde, que foram os seguintes: educação em saúde, saneamento ambiental, programas de saúde materno-infantis, inclusive imunizações e planejamento familiar, prevenção de doenças endêmicas locais, tratamento adequado de doenças e lesões comuns, fornecimento de medicamentos essenciais, promoção de boa nutrição, e medicina tradicional (STARFIELD, 2002, p. 31). Isto significa dizer que a atenção primária à saúde deve ser vista como a promoção de serviços acessíveis a população, integrando-se todos os aspectos dos serviços de saúde.

Nesse sentido, Hannu Vuori destaca que a atenção primária à saúde é a pedra angular da promoção da saúde para todos, sendo que ela possui distintas facetas (1986, p. 399-401). Na primeira, relativa à atenção primária à saúde como um conjunto de atividades, consideram-se relevantes as atividades destacadas na declaração de Alma-Ata para a consecução dos objetivos de promoção da saúde. A segunda refere-se à atenção primária como um nível de cuidado, na qual é destacado o importante papel dos profissionais da saúde como enfermeiros, nutricionistas, educadores em saúde, dentistas, médicos e agentes comunitários de saúde, e a possibilidade destes atuarem de forma independente, mas coordenada. A terceira trata da atenção primária à saúde como uma estratégia, que prevê a integração entre os serviços primários, secundários e terciários, e a coordenação entre os profissionais de saúde. A quarta trata da atenção primária à saúde como uma filosofia, com fins de promover a justiça social e a equidade.

Barbata Starfield definiu de forma bastante concisa a atenção primária à saúde, quando destacou que ela é um cuidado de primeiro contato, contínuo, abrangente e coordenado, a populações que não são diferenciadas pelo gênero, doença, ou sistema, e que deve buscar quatro elementos principais, a saber, o acesso do usuário ao primeiro contato com o serviço, a coordenação, a longitudinalidade e a integralidade. Os sistemas de saúde que atingirem estes quatro elementos terão cumprido com o previsto em Alma-Ata. Segundo a autora, um planejamento consistente da atenção primária demanda uma conceptualização que possa ser fácil e uniformemente entendida, implementável e passível de medição (1994, p. 1129).

A atenção em primeiro contato, conforme dispõe a autora, envolvem a acessibilidade, que é relativa à localização do estabelecimento próximo da população, seu horário de atendimento, o grau de tolerância para consultas não agendadas e o quanto a população percebe a conveniência destes

aspectos da acessibilidade, bem como, a atenção em primeiro contato, que é relativa ao uso do serviço a cada novo problema ou novo episódio de um problema pelo qual as pessoas buscam atenção à saúde (STARFIELD, 2002, p. 207). A coordenação pressupõe uma continuidade pelos profissionais ou prontuários médicos, significando que ela se relaciona com a disponibilidade de informações já coletadas e necessárias ao atendimento (STARFIELD, 2002, p. 365).

A longitudinalidade prevê uma relação mútua e humanizada entre equipe de saúde, indivíduos e família, ao longo do tempo, na qual o vínculo entre a população e sua fonte de atenção deve se traduzir em uma relação interpessoal (STARFIELD, 2002, p. 247). Por fim, a integralidade revela que as unidades de atenção primária devem providenciar aos pacientes todos os tipos de serviços de atenção à saúde, ainda que alguns deles não possam ser oferecidos dentro delas (STARFIELD, 2002, p. 313).

Em 2008, a OMS retornou a Alma-Ata, agora Almaty, no Cazaquistão, para lançar o *World Health Report*, sob o título *Primary Health Care: Now More Than Ever*, ou, Atenção Primária à Saúde: Agora Mais do que Nunca. Segundo o relatório, as reformas necessárias para a implementação da atenção primária à saúde devem ser estruturadas de quatro formas, a saber, cobertura universal de saúde, para promover maior equidade no acesso; prestação de serviços, para que os sistemas de saúde sejam centrados nos indivíduos; lideranças, para fazer as autoridades de saúde mais responsáveis; políticas públicas, para promover a saúde nas comunidades (OMS, 2008).

Todos esses aspectos da atenção primária à saúde, conforme inicialmente previstos na Declaração de Alma-Ata, e posteriormente desenvolvidos pelos estudiosos na área de saúde, foram, desde o princípio, instrumentos destinados à promoção do direito à saúde como um direito humano de todos os indivíduos, a ser promovido pelo Estado. O direito humano à saúde deve garantido, à medida que previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e conformado pelos instrumentos internacionais que a sucederam, em seu patamar direito fundamental de todos os indivíduos.

Segundo dispõe Flavia Piovesan, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 se impõe como código de atuação e de conduta, exercendo forte impacto nas ordens jurídicas nacionais, tendo em vista que os direitos nela previstos passaram, muitas vezes, a serem adotados pelos sistemas de direitos nacionais (2010, p. 151-152). Passa-se, então à análise da adoção de políticas de atenção primária no sistema de saúde brasileiro, com fundamento nos já estudados instrumentos internacionais.

5 A adoção de políticas públicas de atenção primária à saúde no Brasil com fundamento nos instrumentos internacionais

Para Amartya Sen, muitas vezes, a ausência de liberdades substantivas possui direta relação com a pobreza econômica, que tolhe das pessoas as liberdades fundamentais como saciar a fome ou obter remédios para doenças tratáveis. Em outros casos, a privação de liberdade vincula-se à carência de serviços públicos e assistência social, que o autor descreve como programas epidemiológicos e um sistema bem planejado de assistência médica. Tais argumentos encontram-se formulados na introdução de sua obra *Desenvolvimento como Liberdade*, e podem ser relacionados ao direito fundamental à saúde (2000, p. 4).

Isto porque muitos indivíduos encontram-se privados de direitos básicos à saúde, fato muitas vezes associado com a pobreza econômica, e que, inevitavelmente, gera privações à sua liberdade

individual e à sua dignidade humana. A atenção primária à saúde é o instrumento disponível para ampliação do acesso à saúde, em nível primário, promovendo-se um contato mais próximo entre usuário e serviço, e levando a saúde às camadas mais pobres da população através da integração nas comunidades, ainda que o escopo do sistema independa do contexto econômico.

No Brasil, a primeira proposta de reorganização do sistema de saúde embasado em um caráter universal e descentralizado ocorreu em 1979 (PAIVA; TEIXEIRA, 2014), durante o I Simpósio Nacional de Política de Saúde, onde já se mencionavam extensão de cobertura e da atenção primária, resultado da Conferência Internacional de Saúde de Alma-Ata. Em 1986, na VIII Conferência Nacional de Saúde ocorrida em Brasília foram lançados os princípios da reforma sanitária, onde foi aprovada a criação de um Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, estabelecido em 1987, que tinha como princípios a universalização, a equidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação comunitária (LIMA *et al*, 2005).

Entretanto, o reconhecimento aos princípios declarados em Alma-Ata somente ocorreu a partir de 1988 através da Constituição Federal, através dos artigos 196 a 198, nos quais foi determinado que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e foram delimitadas as características do Sistema Único de Saúde, a saber, descentralização, atendimento integral e participação da comunidade (BRASIL, 1988). Veja-se que no Brasil, a positivação constitucional de um direito fundamental à saúde, junto a outros direitos sociais é apontada, por Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, como um dos principais avanços da Constituição Federal de 1988 em um constitucionalismo democrático-social (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 125-172).

O mencionado artigo 198 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde, a Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências (BRASIL, 1990a), e pela Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências (BRASIL, 1990b). Assim, é possível dizer que as diretrizes de saúde no Brasil são estabelecidas pelo conjunto dessas mencionadas leis (BRASIL, 2006, p. 111-112).

Entretanto, segundo dispõem Luiz Augusto Facchini e Leila Posenato Garcia, alguns problemas sistêmicos que assolaram a economia do Brasil no início da década de 1990, acabaram por contribuir a um subfinanciamento do SUS, verificando-se, naquele momento, uma crise do modelo assistencial. Segundo os autores, outros fatores que influenciaram essa crise foram a carência da rede básica de saúde, bem como a atenção primária ser à época focada na doença e métodos curativos, o que gera uma relação de custo-benefício desvantajosa e uma não desejável desvinculação dos profissionais de saúde com a comunidade (2009, p. 43).

A partir de 1994, verificou-se um esforço brasileiro na superação da crise do modelo assistencial, através uma retomada dos princípios do SUS e da atenção primária à saúde, conforme declarados em Alma-Ata, com a implementação progressiva do Programa de Saúde da Família (PSF). Tal fato foi fundamental à organização do sistema de saúde brasileiro, conforme ressaltado por Barjas Negri e Jorge Wethein, tendo em vista que foi relevante para agregar importantes atores políticos e técnicos (2002, p. 13).

O modelo de Programa de Saúde da Família foi precedido pelo Programa de Agentes de Saúde (PAS), que foi implementado no Ceará em 1987 e pelo Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS), implementado em 1991. Esse modelo de saúde da família constitui as bases conceituais e operacionais da atenção primária à saúde no Brasil (FACCHINI; POSENATO, 2009,

p. 44). Posteriormente, o Programa de Saúde da Família foi substituído pela Estratégia de Saúde da Família (ESF).

Observa-se que a proposta de atenção primária à saúde, conforme estruturada pela Estratégia de Saúde da Família, ancorou-se em princípios básicos declarados em Alma-Ata, como a integralidade e hierarquização da atenção, territorialização e cadastramento da população, equipe multiprofissional, na tentativa de promoção de uma saúde integral (FACCHINI; POSENATO, 2009, p. 44). O Brasil possui uma Política Nacional de Atenção Básica, termo equivalente à atenção primária, que tem na saúde da família a sua estratégia prioritária para consolidação e expansão (BRASIL, 2012, p. 19-23).

Observa-se que os princípios da integralidade e da hierarquização se remetem ao fato de que a Unidade de Saúde da Família, base operacional do sistema, encontra-se no primeiro nível de ações e de serviços do sistema de saúde, mas que possui vínculo com a rede de serviços para o atendimento integral de indivíduos e famílias. Já o princípio da territorialização denota que as unidades de saúde devem trabalhar com um território de abrangência definido, para o necessário cadastramento e acompanhamento da população. As equipes multiprofissionais, por sua vez, devem ser compostas por, no mínimo, um médico generalista ou médico de família, um enfermeiro, um auxiliar de enfermagem e de quatro a seis agentes comunitários de saúde (RONCALLI, 2003).

Os dados da Estratégia de Saúde da Família demonstram uma ampliação do acesso, tendo em vista que até 1998, a saúde da família se apresentava em fase de constituição, restrita a pequenos e médios municípios, período no qual a cobertura junto à população passou de 1% para 7%. Em momento subsequente houve um movimento de expansão, com a população coberta passando para 36% do país, em 2003. Nesse ínterim, houve um aumento da abrangência, especialmente em municípios com IDH mais baixo. A partir de 2004, houve uma consolidação da atenção primária à saúde, sendo que a marca simbólica de 50% da população coberta foi ultrapassada em 2009 (FACCHINI; POSENATO, 2009, p. 46-49; MALTA *et al*, 2016, p. 327-338; BRASIL, 2017).

O direito humano à saúde, como destacado, encontra-se constitucionalmente consagrado, com fins de conformação de uma nova ordem social, mediante a garantia de políticas sociais e econômicas que visem à promoção da saúde e à redução do risco de doenças, bem como do acesso universal (COMPARATO, 2010, p. 77-80; OMS, 2015).

A efetivação de um direito humano à saúde vincula-se ao modelo econômico e social vigente, bem como à construção de políticas nacionais que contem com a garantia de princípios de universalidade, integridade e equidade (SANTOS, 1997). Nesse cenário, a atenção primária à saúde foi uma forma encontrada de promoção mínima do direito humano à saúde, através das suas características de projetar o acesso à saúde nas comunidades.

6 Considerações finais

A atenção primária pode ser considerada a pedra angular do acesso à saúde de forma integral, como ponto de primeiro contato, com fins de promover os direitos humanos à saúde. Nesse sentido, os instrumentos internacionais de declarações de direitos são essenciais, à medida que estabelecem parâmetros aos quais países devem se adequar, com fins da tutela do direito humano à saúde. Nesse cenário, o Brasil está empenhado cumprir as diretrizes declaradas em Alma-Ata em 1978.

É evidente que completa implementação do modelo de atenção primária é um processo lento, que no Brasil iniciou-se há pouco menos de três décadas e ainda não alcançou cobertura a toda a população. No país, a estruturação do acesso primário à saúde ocorre através da Estratégia de Saúde da Família, que mediante uma equipe multiprofissional, aproxima-se da comunidade para promover a saúde, através do acesso em primeiro contato, da coordenação, da longitudinalidade e da integralidade.

Retoma-se, portanto, as perguntas de pesquisa realizadas no início desse estudo: o acesso dos indivíduos à atenção primária à saúde, conforme definido pelos instrumentos internacionais, cumpre a função de tutela do direito fundamental à saúde? Qual a influência dos instrumentos internacionais nas políticas públicas de saúde no Brasil?

Com o desenvolvimento da pesquisa, ficou demonstrado que a atenção primária à saúde é essencial ao direito fundamental à saúde, à medida que é um modelo que prevê um processo continuado em cuidados em saúde, para a promoção da saúde para todos os indivíduos. No Brasil, adotou-se o modelo de atenção primária à saúde, nos termos do declarado em Alma-Ata, tendo esta declaração influenciado as políticas públicas de saúde no Brasil.

Um modelo de atenção primária à saúde, quando completa e corretamente implementado, conforma os direitos humanos à saúde, à medida que promove um acesso universal e integral contínuo, de modo a albergar diversos aspectos da saúde dos indivíduos, na preservação de sua dignidade.

Referências

ALMEIDA FILHO, N.; ANDRADE, R. F. S. Holopatogênese: esboço de uma teoria geral de saúde-doença como base para a promoção da saúde. In: CZERESNIA, D.; FREITAS, C. M. (Orgs.). *Promoção da Saúde*: conceitos, reflexões e tendências . Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003. p. 101-119.

ALMEIDA FILHO, Naomar de; JUCÁ, Nádia. Saúde como ausência de doença: crítica à teoria funcionalista de Christopher Boorse. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 7, n. 4. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2002. p. 879-889. Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232002000400019>. Acesso em: 26 abr. 2017.

BASCH, Paul F. Textbook of International Health. Second Edition. New York; Oxford: Oxford University Press, 1999. 554 p.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163-164.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 212 p.

BOORSE, C. Health as a theoretical concept. *Philosopy of Science*, v. 44. Chicago: The Philosophy of Science Association, 1977. p. 542-573.

BRASIL. *Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986. p. 4. Disponível em: < http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf >. Acesso em: 26 abr. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm >. Acesso em 1 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm >. Acesso em: 1 jun. 2017. 1990b.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BRASIL. *A construção do SUS*: histórias da reforma sanitária e do processo participativo. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. 300 p.

BRASIL. Política Nacional de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. 108 p.

CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. 277 p.

CAPONI, Sandra. Georges Canguilhem y el estatuto epistemológico del concepto de salud. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, v. IV (2). Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 1997, p. 287-307. Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59701997000200006 >. Acesso em 26 abr. 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 589 p.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009. 418 p.
FACCHINI, Luiz Augusto; GARCIA, Leila Posenato. Evolução e avanços da Saúde da Família e os 20 anos do Sistema Único de Saúde no Brasil. In: BRASIL. *Saúde Brasil 2008*: 20 anos do sistema único de saúde no Brasil. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. 39-62.
FOUCAULT, Michel. O nascimento da clínica. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. 231 p.

LIMA, Nísia Trindade; FONSECA, Cristina M.O.; HOCHMAN, Gilberto Trindade. A Saúde na Construção do Estado-Nacional no Brasil. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho; SUÁREZ, Julio Manuel. Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005 (livro digital).

MALTA, Deborah Carvalho; SANTOS, Maria Aline Siqueira; STOPA, Sheila Rizzato; VIEIRA, José Eudes Barros; MELO, Eduardo Alves; REIS, Ademar Arthur Chioro dos. A cobertura da estratégia de Saúde da Família (eSF) no Brasil, segundo a Pesquisa Nacional de Saúde, 2013. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 21. Rio de Janeiro: ABRASCO, 2016, p. 327-338.

MANN, Jonathan; GOSTIN, Lawrence; GRUSKIN, Sofia; BRENNAN, Troyen; LAZZARINI, Zita; FINEBERG, Harvey. Health and Human Rights. *Health and Human Rights Journal*, v. 1, n.1. Boston: Harvard University Press, 1993. p. 7-23.

MATTOS, Adherbal Meira. *Direito das Organizações Internacionais & Direito da Integração*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 187 p.

MENDES, Isabel Amélia Costa. Desenvolvimento e saúde: a declaração de Alma-Ata e movimentos posteriores. *Rev. Latino-Am. Enfermagem* [online], vol.12, n.3, 2004, p.447-448. Disponível em: < http://dx.doi.org/10.1590/S0104-11692004000300001>. Acesso em: 26 abr. 2017.

NEGRI, Barjas; WERTHEIN, Jorge. Apresentação. In: *Atenção primária*: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002. p. 13-14.

NYGREN-KRUG, Helena. Health and Human Rights at the World Health Organization. *Saúde e Direitos Humanos*, a. 1, n. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 dez. 1948 Brasília: UNESCO, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais*. Adotado e aberto à assinatura, ratificação e adesão pela resolução 2200A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Entrada em vigor na ordem internacional: 3 de Janeiro de 1976. Disponível em: < http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Declaração de Alma Ata. Conferência Internacional Sobre Cuidados Primários de Saúde. Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978. Disponível em: < http://www.who.int/publications/almaata_declaration_en.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Handbook of Resolutions and Decisions*: volume II. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 1985.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *World Health Report 2008 - Primary Health Care: Now More Than Ever*. Disponível em: < http://www.who.int/whr/2008/whr08_en.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Documentos Básicos*. 48 ed. Genebra: OMS, 2014, p. 1. Disponível em: < http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>. Acesso em: 25 abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Health and Human Rights. Fact Sheet nº 223. December, 2015. Disponível em: < http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/en/> . Acesso em: 31 mai. 2017.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção; TEIXEIRA, Luiz Antonio. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. *História, ciências, saúde-Manguinhos*, v. 21, n. 1. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2014, p. 15-36. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702014000100002>. Acesso em: 1 jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 608 p.

RONCALLI, Angelo Giuseppe. O desenvolvimento das políticas públicas de saúde no Brasil e a construção do sistema único de saúde. In: PEREIRA, Antonio Carlos. *Odontologia em saúde coletiva*: Planejando ações e promovendo saúde. Porto Alegre: Artmed, 2003. p. 28-49.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 48. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1997. p. 11-32. Disponível em: < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 31 mai. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 125-172.

SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 2000. 365 p.

STARFIELD, Barbara. *Atenção primária*: equilíbrio entre necessidades de saúde, serviços e tecnologia. Brasília: UNESCO, Ministério da Saúde, 2002.

_____. Is primary care essential? Primary care tomorrow. *The Lancet*, v. 344. New York: Elsevier, 1994, p. 1129-1133.

VUORI, Hannu. Health for all, primary health care and general practitioners. *Journal of the Royal College of General Pratictioners*, v. 36. London: Royal College of General Pratictioners, 1986, p. 398-402.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA: A BUSCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À SAÚDE POR MEIO DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Landial Moreira Júnior[96]

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a conjuntura crítica e urgente da judicialização excessiva da saúde pública, avaliando se a edificação e consolidação de comitês interinstitucionais, núcleos de assistência técnica e/ou outros sistemas institucionais correspondentes, podem ajudar de forma efetiva na diminuição de litígios judiciais. Ao evidenciar que a judicialização é uma prática legítima e imprescindível quando sopesada com outros princípios e diretrizes que corroboram o Sistema Único de Saúde (SUS), o problema dessa pesquisa gira acerca da análise de tais comitês/núcleos interinstitucionais ou correlatos, na qualidade de um ambiente adequado para o incremento do diálogo institucional entre os diversos atores da saúde pública como meio de reduzir de modo eficaz a litígios correlatos à saúde. A partir dos exames realizados foi averiguado a ocorrência de dois fenômenos distintos: a juridicização e desjudicialização, bem como a incidência de experiências bem-sucedidas de concretização das políticas públicas de saúde, do qual foi estudado o caso de Lages/SC, onde ocorreu a redução dos litígios judiciais e maior resolução de conflitos através do diálogo institucional. Por fim, mostra-se o Comitê Interinstitucional de Resolução em Demandas de Saúde de Uberlândia/MG como uma sugestão em construção para o acesso à saúde.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Efetivação. Diálogo.

1 Introdução

O fenômeno da judicialização no Brasil, não diferente de outros países, que se apresenta como um fenômeno mundial e constatado nas mais diversas tradições jurídicas distintas (Civil Law e Common Law), encontra-se hodiernamente em uma situação jurídica e política, que pode ser resgatada desde 2009, mais precisamente entre abril e maio, oportunidade em que então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, convocou uma audiência pública para tratar da judicialização da saúde, visando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde, admitindo que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Considerando que atualmente o judiciário brasileiro enfrenta uma excessiva demanda no âmbito da saúde, que por sua vez resulta na dispensa extremamente alta de recursos públicos

[96] Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Bacharel em Direito pela Faculdade Novos Horizontes (FNH). Pesquisador do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito e Fraternidade: direitos humanos e direitos fundamentais da UFRGS.
Contato: landial.junior@live.com / (31)98350-3888

chegando a comprometer a assistência global e ferindo o princípio da equidade social, o problema desse trabalho consiste em verificar se poderiam os comitês/núcleos interinstitucionais ou equivalentes, na condição de espaço público de diálogo entre os diversos atores da saúde pública, diminuir de maneira eficaz a judicialização excessiva da saúde. A hipótese básica que sustentou a pesquisa parte do pressuposto de que o diálogo institucional instaurado em espaços públicos de debates, como é o caso dos comitês/núcleos interinstitucionais, podem ampliar a eficiência e a eficácia das políticas públicas de saúde ao realizar a otimização dos recursos, ao mesmo tempo que garantem o atendimento das demandas por bens e serviços de saúde, respeitando a lógica do SUS.

O tipo de pesquisa utilizado para o desenvolvimento desse trabalho consistiu basicamente na documental, na medida em que teve como ponto de partida análises doutrinárias, assim como a legislação vigente acerca da judicialização da saúde pública e o diálogo institucional, através da verificação da atuação dos comitês/núcleos interinstitucionais como garantia fundamental de acesso à saúde, previstos no ordenamento jurídico hodierno, bem como análise estatística referente aos impactos dela decorrentes.

O tema proposto tem como objetivo demonstrar a situação crítica e urgente na qual se a judicialização excessiva da saúde, e apresentá-la como um problema a ser superado, analisando se a construção e consolidação de comitês interinstitucionais, núcleos de assistência técnica e outros arranjos institucionais correlatos podem auxiliar efetivamente na redução de demandas judiciais relativas a saúde, aumentando a previsibilidade de gastos e a programação financeira por parte dos gestores públicos e respeitando os princípios e diretrizes próprios do SUS.

Em um primeiro momento são apresentadas as devidas limitações à intervenção do judiciário no controle de políticas públicas, assim como, os aspectos teóricos acerca dos diálogos institucionais como ferramenta de acesso à justiça. Posteriormente é analisado o processo de judicialização da saúde pública no Brasil, destacando-se o Sistema Único de Saúde e a atuação do judiciário.

Por fim, são analisados e interpretados os espaços de diálogo institucional como resposta à judicialização excessiva da saúde. Nesse momento são realizadas as distinções entre juridicização e desjudicialização, que se mostram como fenômenos distintos de acesso à saúde, com consequências práticas nas lutas e no desenho institucional que o SUS vem assumindo nas últimas décadas. Na sequência são elencadas e interpretadas as experiências bem sucedidas de efetivação das políticas públicas de saúde através do diálogo institucional, a saber, o caso de Lages/SC e o comitê interinstitucional de resolução em demandas de Uberlândia/MG como uma proposta em construção de arranjo institucional para o acesso adequado à saúde.

2 Direito à saúde e o sistema único de saúde

Após 27 anos de funcionamento desde a promulgação das Leis Orgânicas da Saúde, Lei n. 8.080 e Lei n. 8.142, ambas de 1990, o Sistema Único de Saúde (SUS) se mostra como uma das maiores políticas públicas brasileiras de inclusão social: protegeu aos indigentes e famílias inseridas no mercado informal de trabalho, que antes não tinham acesso aos serviços públicos de saúde da Previdência Social, devido à adoção da universalização do acesso à saúde; mudou a forma de organização dos serviços de saúde, com a adoção do princípio da integralidade no atendimento à saúde, aumentando a oferta de atenção primária e iniciando um processo regulado de acesso aos serviços de maior complexidade e proporcionou uma rápida melhoria nos indicadores básicos de

saúde da população brasileira, como aqueles associados aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (MÉDICI, 2014, p. 01).

Todavia, diante de seu rápido crescimento, da visibilidade pública e das promessas associadas ao sistema, o SUS criou muitas expectativas que em certa medida se frustraram. Para ilustrar esse cenário em 2002, 59% dos brasileiros, de acordo com a pesquisa IBOPE-CNI, aprovavam as políticas de saúde do Governo Federal. Este percentual, de acordo com as mesmas fontes e metodologias de pesquisa, passou para 19% em junho de 2014 (MÉDICI, 2014, p.1).

O Centro Brasileiro de Pesquisa em Saúde (CEBES) demonstrou que foram considerações como a demora no atendimento na rede pública, a falta de equipamentos e investimentos de saúde e a falta de médicos e profissionais de saúde que ocasionaram a queda da aprovação das políticas de saúde. De acordo com as pesquisas, a insatisfação é maior entre os habitantes das Regiões Metropolitanas, onde tem sido menor a oferta de Programas como o de Saúde da Família (PSF) (MÉDICI, 2014, p.1).

Aliado a isto, em estudo organizado por Santos e Terrazas (2014), aparentemente existem dois principais fatores responsáveis pelo descumprimento da garantia do acesso universal e atendimento integral à saúde: a gestão deficiente em razão da falta de coordenação entre os vários serviços, somada ao subfinanciamento do sistema.

Segundo a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), a cobertura da Política Nacional da Atenção Básica (PNAB) do SUS avança e hoje cobre 72% da população brasileira. A PNAB é resultado da experiência acumulada de vários atores envolvidos historicamente com o desenvolvimento e a consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), como movimentos sociais, usuários, trabalhadores e gestores das três esferas de governo. Abarcando esse percentual de cobertura, a Estratégia de Saúde da Família (ESF), atende 62% da população. Com 39.000 equipes de Saúde da Família e 40.000 Unidades Básicas de Saúde, o programa tem avançado em cobertura (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA, 2015, p. 04).

No que tange os gastos totais de saúde no Brasil, os números têm crescido muito nos últimos anos. Entre 2000 e 2010 passaram de 7,2% para 9% do Produto Interno Bruto (PIB). O gasto público também, de 40% para 47% do gasto total em saúde. O financiamento federal para o Piso de Atenção Básica (PAB) aponta o aumento total entre 2010 e 2014 de 105%, passando de R$ 9,79 bilhões em 2010 para 20,08 bilhões em 2014 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA, 2015, p. 13).

Todavia, esse crescimento não foi suficiente para cumprir o que está garantido na Constituição Federal, vez que o Sistema Único de Saúde possui princípios que tem sua raiz diretamente no texto constitucional: a universalidade (artigo 196); a integralidade (artigo 198, inciso II); a equidade (acesso universal e igualitário) (artigo 196); a descentralização (artigo 198, inciso I); e a participação social (artigo 198, inciso III).

Segundo a Agencia Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em março de 2017 havia um total de 47.606.341 milhões de brasileiros usuários de planos privados de saúde. Número este que apresenta uma queda de 5,7% se analisarmos o acumulado desde dezembro de 2015, mas que revela que 24,5% da população brasileira possui plano privado (AGENCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2017, p. 01).

Como uma política pública de saúde ainda em construção, o SUS ainda está longe de se configurar nos moldes do pretendido no texto constitucional, a saber, atendendo aos princípios da universalidade e integralidade. Com mais de 75% da população brasileira dependente do SUS, a judicialização se apresenta como uma das possíveis vias de acesso à justiça a aqueles que querem

ver suas garantias constitucionais atendidas. Porém tal acesso se dá a um custo literalmente muito alto.

3 Os efeitos da judicialização da saúde pública no Brasil

Em estudo realizado pela Advocacia Geral da União (AGU) em 2013, foi identificado que o maior problema das ações judiciais em saúde é o gasto desordenado que estas promovem nos serviços assistenciais, e em especial nos medicamentos.

Não foi previsto na Constituição a competência para o fornecimento de medicamentos, insumos e demais serviços de assistência à saúde, mas sim na Lei nº 8.080/90 que tal competência foi atribuída em seus art. 16 e 17, ficando estabelecido que os serviços de alta complexidade são de competência dos Estados e da União. Somado a este cenário, tem-se as Portarias n. 2.577/GM de 27 de outubro de 2006 e n. 1.321 de 05 de junho de 2007, que dispõem sobre a parceria entre os Estados e o Distrito Federal, que por sua vez se ocupa da aquisição de distribuição dos medicamentos de caráter excepcional.

Em que pese as disposições dos normativos supracitados quanto à aquisição e distribuição de medicamentos e procedimentos de alta complexidade, e principalmente a desobrigação dos municípios em fornecê-los, o entendimento do Judiciário vem sendo outro: a responsabilidade é solidária entre os entes da federação, vez que a competência constitucional é comum na formulação e execução de políticas de saúde. O que ocorre na prática é a responsabilização solidária, na qual os três entes figuram como polo passivo das decisões judiciais, com a cobrança recaindo sobre o gestor municipal, dada a proximidade do cidadão que pleiteia o atendimento.

É o caso, por exemplo, do município de Campinas (SP) que em 2009 destinou 16% do orçamento total para medicamentos judicializados, ou seja, reverteu a atenção de 900 mil habitantes em prol do cumprimento de apenas 86 demandas judiciais. Outro exemplo é o caso de Buritama (SP), uma cidade de 15 mil habitantes, que em 2011, utilizou mais da metade de seu orçamento total de medicamentos (R$ 650mil /ano) para o cumprimento de medidas judiciais. Um paciente demandou judicialmente uma cirurgia de implante de eletrodos para amenizar o mal de Parkison, utilizando quase 20% do orçamento anual do município (FLEURY; FARIA, 2014, p. 112).

O Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 39) disponibilizou os números dos processos relativos à demandas de saúde em estoque no ano de 2012, e ao analisá-los é possível ver que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) é o que possui mais ações do gênero. Apenas na Primeira Instância da Justiça Comum havia um passivo de 17.204.140 milhões de processos. Se somarmos o estoque da Primeira e Segunda Instância da Justiça Comum, bem como os em tramitação nos Juizados Especiais e Turmas Recursais, chega-se ao total de 19.330.397 milhões de processos, número este muito relevante quando comparado ao censo – IBGE de 2012, apontando um total de 41.901.219 milhões de habitantes no Estado.

Após a análise dos dados é possível concluir que o gasto com medicamentos não está ligado à densidade populacional, mais sim aos próprios medicamentos judicializados e deferidos.

Conforme o relatório, há um custo muito mais significativo e imensurável do ponto de vista econômico, que é o fato de que as aquisições voltadas ao abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde concorrerem com as aquisições determinadas por decisões judiciais, tendo essas últimas sido priorizadas com relação as demandas próprias e regulares da política específica do SUS, afetando diretamente o princípio da descentralização:

> Por óbvio que o atendimento da rede deveria ser prioridade para o SUS, porém, ante as constantes ameaças de astreintes à União e ainda de prisão aos gestores, as compras voltadas ao atendimento de ações judiciais vêm ocupando cada vez mais espaço na alocação de recursos e de servidores, que são retirados das áreas fins do Ministério, para comporem o quadro de pessoal da Coordenação de compras do Ministério da Saúde, com claro prejuízo às políticas previamente definidas (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2013, p.11)

A AGU ainda aponta que princípios da universalidade e da integralidade também são prejudicados, vez que o tratamento oferecido ao usuário em sede de ação judicial não poderia ser assegurado a todos os usuários do sistema com o orçamento que se dispõe, bem como destaca o fato de que o fornecimento de medicamento pela União se dá sem seu devido acompanhamento clínico, resumindo-se ao simples ato da entrega do fármaco pleiteado, não levando em conta os aspectos técnicos envolvidos no âmbito das políticas públicas de saúde (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, 2013).

De fato, o SUS foi estruturado sobre princípios e diretrizes que norteiam o direito à saúde no Brasil, de forma que as políticas públicas de saúde, após a promulgação da Constituição de 1988 passam a ser orientadas pelos princípios de universalidade e equidade no acesso às ações e serviços, pelas diretrizes de descentralização da gestão, de integralidade do atendimento e de participação da comunidade na organização de um sistema nacional.

Nesse sentido, Fleury e Faria (2014, p.114), afirma que as decisões judiciais tendem a ter uma interpretação limitada dos princípios da universalidade e integralidade. No que tange o princípio da universalidade, as sentenças têm entendido que "acesso universal" como sinônimo de "acesso de tudo para todos" (CHIEFFI; BARATA, 2009, p.435).

Com relação ao princípio da integralidade (art. 198, II), a Constituição dispõe que as ações e serviços púbicos de saúde integram uma rede que deve contar com atendimento integral, inclusive, com prioridade às ações preventivas. Todavia, as decisões judiciais vêm firmando um entendimento equivocado de que a integralidade se coadunaria à prestação infinita de serviços o "tudo para todos". Tal assimilação não corresponde às definições técnicas do SUS, na qual identifica cuidado integral como "conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema" (art. 7º, II, Lei n. 8.080/90), que são a atenção básica, a atenção primária e a média e alta complexidade previstos e oferecidos pelo SUS.

Desta forma, se por um lado há uma interpretação judicial de integralidade enquanto não exclusão de qualquer tipo de tratamento preventivo ou curativo, desde 2010 o Estado brasileiro optou pela saúde baseada em evidência. Deste modo, sob o fundamento da integralidade não se pode exigir do poder público o financiamento de ações e serviços de saúde que não estejam baseados em evidência cientifica, devendo ser adotado o procedimento de acordo com o estágio atual da ciência médica, não sendo razoável o patrocínio das opções experimentais (DRESCH, 2014, p.40).

O SUS é complexo e de fato não se espera que o juiz possua todo o conhecimento técnico necessário para questionar a receita médica que compõe o processo. Todavia, o Estado, do qual tanto o SUS quanto o Poder Judiciário são partes, devem buscar encontrar formas para exigir a efetivação das políticas do Sistema Único de Saúde, enquanto uma conquista de todos os cidadãos brasileiros, porém respeitando sua lógica, princípios e diretrizes.

Neste cenário, uma judicialização que garanta a tutela coletiva do direito à saúde, e não apenas a tutela individualizada é bem vinda e pode de fato salvar o SUS das ameaças de retrocesso. Todavia, a judicialização não pode significar a ausência de interlocução entre os poderes e decisões sobre as políticas de saúde: a resposta judicial deve ser entendida como uma forma de retroalimentação do sistema (FLEURY; FARIA, 2014, p.121), criando condições para que a gestão e a prestação de serviços no setor público sejam fortalecidas e os direitos do cidadão possam ser exigidos. Nesse sentido:

> Esse movimento dialético, envolvendo tanto a execução de políticas como a judicialização onde houve falhas no planejamento estatal, introduz, a cada dia, novas formas de diálogo e novos instrumentos para a solução do problema que é comum a todos: o verdadeiro exercício do direito à saúde. (FLEURY; FARIA, 2014, p.121) (grifo nosso)

É neste viés do diálogo institucional que a judicialização encontra sua grande efetividade e ao mesmo tempo a sua legitimidade, sua razão de ser. Esta judicialização de uma tutela coletiva, primando pelos princípios e diretrizes do sistema único de saúde nos termos em que foi constitucionalizado é que contribuirá de algum modo com o SUS.

4 Limites à intervenção do judiciário no controle de políticas públicas

No Brasil, é possível identificar como verdadeiro marco da inauguração do período de judicialização o artigo 5º, inciso LXXIII, em termos de ação popular, ao introduzir que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa".

No mesmo sentido, Dinamarco *apud* Grinover e Watanabe (2013) também entende que foi a ação popular que abriu o caminho do Judiciário em relação ao controle do mérito do ato discricionário, devendo-se à ela "a desmistificação do dogma da substancial incensurabilidade do ato administrativo", provocando "sugestiva abertura para alguma aproximação ao exame do mérito do ato administrativo" (DINAMARCO *apud* GRINOVER e WATANABE , 2013, p.434).

Segundo Grinover *in* Grinover; Watanabe (2013), ao analisar a posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro, em decisão monocrática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45 de 2004, de relatoria do Ministro Celso de Mello, verifica ser necessário observar alguns requisitos para que o Judiciário intervenha no controle de políticas públicas, inclusive colocando esses limites como "imperativo ético jurídico". Para ela, esses três requisitos traçam o pressuposto e os limites para a intervenção, quais sejam:

> (1) O limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) A razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e; (3) A existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. (GRINOVER in GRINOVER; WATANABE, 2013, p.132)

O pressuposto e os limites indicados por Grinover *in* Grinover; Watanabe (2013) são, segundo ela, necessários e suficientes para coibir os excessos na intervenção judicial em políticas públicas. Inclusive, ao utilizar como exemplo a Saúde, afirma ela que uma política pública razoável

deve propiciar o atendimento do maior número de pessoal com o mesmo volume de recursos, sendo então merecedoras de críticas, por não atender ao requisito da razoabilidade, "alguns julgados em demandas individuais, que concedem ao autor tratamentos caríssimos no exterior, ou a aquisição de remédios experimentais que sequer foram liberados no Brasil". (GRINOVER, *in* GRINOVER; WATANABE, 2013, p.140)

Estas decisões, ou seja, casos nesse sentido, não se tratam de correção de uma política pública de saúde que esteja equivocada, não podendo se onerar o erário público, sem observância da reserva do possível. Nesse sentido, a aplicação do diálogo institucional se apresenta como uma ferramenta valiosa para os juízes, e consequentemente, para a questão do acesso à saúde pública de forma ampliada.

5 Diálogo institucional: uma ferramenta reduzir a judicialização

O tema do diálogo institucional se tornou uma ferramenta valiosa para o tratamento da excessiva judicialização da política pública de saúde. Não raramente é possível localizar a ideia do diálogo institucional nas discussões, por exemplo, do Fórum Nacional de Saúde Pública que ocorre no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como um dos remédios para a crise não apenas de acesso, mas de efetivação do direito fundamental social à saúde.

O CNJ produziu em 2015 um relatório intitulado "Justiça pesquisa: judicialização da saúde no Brasil – dados e experiências", onde se busca analisar o cenário da judicialização da saúde e a política judiciária de saúde no Brasil, através de um enfoque fortemente interdisciplinar[97].

Já na introdução do relatório e bem como no seu texto como um todo, encontra-se a presença da reiterada importância atribuída pelo CNJ à interface entre o judiciário e as demais instituições políticas e participativas. Exemplificando a necessidade de atuação conjunta, o próprio relatório cita a sua Recomendação nº 31, onde recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados (TJE's) e aos Tribunais Regionais Federais (TRF's) que até dezembro de 2010 fossem celebrados convênios para disponibilização de apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, reforçando o posicionamento na importância da criação deste diálogo institucional.

No último tópico do relatório, no qual constam as considerações finais e os desafios para o CNJ, foi apresentado um rol de desafios que apresentam a seguinte estrutura: Desafios de concepção do direito à saúde, num segundo momento os Desafios Institucionais e por fim, os Desafios do cotidiano decisório. Neste sentido, dentro dos tópicos previstos em "Desafios Institucionais" destaca-se o seguinte ponto: "Intensificar o espaço de diálogo institucional":

> Intensificar o espaço de diálogo institucional: no cotidiano de suas ações, as instituições jurídicas têm a atribuição de atuar na efetivação do direito à saúde, responsabilizando e dialogando com os diversos atores sociais envolvidos em sua concretização. Em algumas experiências brasileiras,

[97] O relatório versa sobre as atividades de pesquisa do Projeto "Estudo multicêntrico sobre as relações entre Sociedade, Gestão e Judiciário na efetivação do direito à saúde" e atende aos requisitos previstos na Convocação n. 01/2012 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especialmente no que concerne ao campo temático n.02 (Judicialização do Direito à Saúde no Brasil) em parceria como Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ).

> observa- se que tais instituições têm a capacidade institucional de criar um espaço de diálogo, pois possibilitam a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde em um foro comum. Isso permite pensar a ideia de juridicização das relações sociais (conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico) sem ocorrer necessariamente uma judicialização (ao máximo, se evita levar os conflitos ao Judiciário). Em virtude dessa atuação, observa-se uma valorização do diálogo, de modo a gerar ações efetivas no encaminhamento e resolução dos conflitos. Além disso, contribui decisivamente para a constituição de uma política judiciária de saúde. Por meio do diálogo, procura-se resolver alguma deficiência no sistema de saúde por intermédio de meios não formais e que, por vezes, se apresentam como o caminho mais adequado, de modo a estabelecer mecanismo de responsabilização dos membros da gestão e de incorporação de conteúdos participativo-societários nos consensos estabelecidos. O recurso à oralidade permite que os diferentes atores sociais a letra da lei para que, no interior de suas práticas cotidianas, estabeleçam consensos e negociações. Esse espaço de diálogo preconiza que formas de resolução de conflitos devam envolver uma atuação conjunta e integrada, de modo a estabelecer mecanismo permanentes e transparentes de diálogo institucional. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p.133 – grifos nosso).

Verifica-se que há, no seio da judicialização da saúde a sólida necessidade de se intensificar o espaço de diálogo institucional, ou seja, de efetivar a adoção de arranjos institucionais que prevejam o compartilhamento da tarefa de atribuir significado ao texto constitucional entre o judiciário e outros atores, bem como uma atividade de cooperação entre os poderes políticos e o judiciário a fim de conferir uma maior e melhor proteção aos direitos fundamentais reconhecidos aos cidadãos.

O diálogo institucional e os vieses dialógicos adotados como teoria para auxiliar numa onda de judicialização mais legítima se demonstram efetivamente como uma excelente maneira de encarar o complexo problema no âmbito da Saúde Pública e na efetivação das Políticas Públicas, e seu uso está se tornando cada vez mais recorrente dentre os representantes do Conselho Nacional de Justiça, das instituições que este orienta através de suas recomendações e da academia.

6 Os espaços de diálogo institucional: a juridicização e desjudicialização

De um ponto de vista externo ao problema da judicialização, a sociologia jurídica e, em especial aquela conduzida pela Teoria dos Sistemas, oferece preciosos indícios de análise do surgimento do direito a partir da modernidade.

Luhmann (1985, p. 34) expõe que o fenômeno da racionalização do direito positivo e sua expansão por uma sociedade complexa e cada vez mais diferenciada, inclusive dentro do próprio sistema jurídico, estaria a inspirar uma análise mais acurada da diferenciação do processo decisório e de produção do direito. Nesse sentido:

> A diferenciação e a separação institucionais entre os processos legislativos e as decisões judiciais sobre disputas fazem parte dos dispositivos auto-evidentes das sociedades modernas com direito positivo. [...] A interpretação convencional restringe-se inicialmente à diferenciação entre a lei genérica e a regulamentação concreta do caso particular [...] Em ambos os tipos de processo trata-se do mesmo direito. O legislador o constrói, e o juiz o aplica.

Ainda segundo Luhmann (1985, p. 37), os limites do processo decisório não seriam suficientes para enfrentar as frustrações daqueles que recorrem ao judiciário na busca de soluções para seus problemas. Dessa forma, para o processamento adequado dessas frustações se exigiria um outro processo para tanto, a saber:

> O direito só pode ser institucionalizado enquanto variável, quando sua variação está submetida a processos de assimilação em termos de aprendizado. Nesse contexto, o móvel principal dessa apreensão é o fato de que o direito vigente produz frustrações (...) As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então reabsorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito (LUHMANN, 1985, p. 37).

Para o autor, em nova formulação que já se tornou clássica, a legitimação do direito, e nesse caso, da decisão judicial pelo procedimento, assim se apresenta de forma a incluir sistemicamente as razões do ambiente circundante, agora transmutados em razões jurídicas:

> Eles se iniciam com a aceitação, expressamente cuidadosa, da incerteza da decisão, e assim encaminham a colaboração, especificam papéis, contribuições, delimitam pontos de conflito, até que a decisão apareça como resultado "lógico" do procedimento jurídico. Com o estreitamento da comunicação mediante a cooperação dos participantes, também os protestos podem ao mesmo tempo ser absorvidos, com a consequência de que a decisão só seja possível impugnar à medida que o permitam os mesmos meios jurídicos. Afora isso, só mesmo pela via da política é que se pode sugerir ao sistema do direito uma mudança do direito vigente. (LUHMANN, 2016, p. 444).

Dessa forma, entende o autor que a diferenciação funcional e a autonomia dos sistemas da política e do direito, de um ponto de vista da teoria dos sistemas autopoietico, deve ser respeitada e compreendida como uma possibilidade de comunicação e aprendizagem entre os mesmos, através do conceito conector de Estado de direito, que funciona como um esquema a tornar possível definir duas perspectivas "de sentido contrário" como uma "unidade" e celebrá-las como uma conquista da civilização: suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito (LUHMANN, 2016, p. 565).

Segundo Luhmann (2016, p. 588), "a separação de sistemas pode ser vista como precondição para o aumento da interdependência, e a própria sociedade, como sistema, pode ser vista como precondição para a possibilidade dessa conexão". Essa comunicação entre o sistema e o ambiente se daria pelo denominado "acoplamento estrutural". No conceito dado pelo autor, "fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente [...] as formas de acoplamento estrutural são, portanto, restritivas e assim facilitam a influência do ambiente sobre o sistema" (LUHMANN, 2016, p. 590-591).

Assim sendo, deve-se compreender que o sistema jurídico em contato com o sistema político, apesar de serem fechados operacionalmente, são abertos cognitivamente, isto é, trocam informações que implicam em um aprendizado recíproco, cabendo ao Estado de direito e suas instituições responsáveis pelas funções legislativa, administrativa e judiciária a filtragem e processamento das comunicações motivadas pela necessidade de resolução das demandas que se apresentam.

Tratando do mesmo aspecto de juridificação que em termos gerais pode ser descrito como a generalização pelos atores sociais do vocabulário e das razões utilizadas pelo direito, Habermas (2012, p.641 e ss.) esclarece que "de modo geral a expressão juridificação tem a ver com a tendência à multiplicação do direito escrito, difundido nas sociedades modernas". Ainda segundo Habermas, deve-se distinguir entre a extensão do direito, tendência em normatizar juridicamente os novos fatos sociais que eram tratados de maneira informal até então pela sociedade, da chamada condensação do direito: a especialização de matérias jurídicas em áreas ou ramos particulares.

Em estudo anterior à apresentação do relatório Justiça Pesquisa: Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências (2015), Asensi (2010, p. 36) destaca a importância da participação popular na construção, execução e fiscalização das políticas públicas do SUS, que propiciaram, segundo ele "uma horizontalização da relação Estado-sociedade" e caracterização de uma "litigância de interesse público, que comporta a ideia de que os direitos não se restringem às meras partes individuais, na medida que são de titularidade de grupos e coletividades".

Neste sentido, em pese o aparecimento do fenômeno da judicialização da política que incluiu o controle judicial de políticas publicas, em especial, da saúde, como decorrência do cumprimento do mandamento constitucional de oferecer acesso à justiça nos casos de lesão ou ameaça de lesão à direitos (art. 5º, XXXV), os movimentos e organizações sociais, empoderados das razões jurídicas, passaram a elaborar estratégias de provocação de instituições reformuladas ou criadas pela Constituição Federal de 1988, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, para a garantia e a efetivação do direito fundamental à saúde.

Essa estratégia social, somada à ampliação dos espaços de participação popular dos conselhos municipais, estaduais e nacional de saúde, bem como na organização e realização das conferências respectivas de saúde conquistaram por meio da mobilização social e política formas de acesso à saúde pública distintas da própria judicialização, influenciando na produção de normas jurídicas de acesso à saúde pública, bem como na formulação das próprias políticas de saúde.

Como decorrência do exposto, Asensi (2010, p. 37) constata que muito mais do que uma judicialização, quando os conflitos são levados e delegados ao judiciário para decisão, as soluções encontradas pelos movimentos e organizações sociais, ao acessarem as instituições auxiliares de justiça como o Ministério Público e a Defensoria Pública na busca de celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC's), previamente ou alternativamente à judicialização, constituem muito mais um fenômeno de juridicização, isto é, os conflitos são resolvidos do ponto de vista jurídico, porém não necessariamente resultam em delegar exclusivamente ao judiciário a resolução da demanda.

De uma perspectiva da teoria dos sistemas inspirada por Luhmann (2016), é possível compreender que a relação entre juridicização (como fenômeno presente dentro do sistema político) e judicialização (como fenômeno presente dentro do sistema jurídico) é de interdependência, visto que, como sistemas autônomos tem a sua operacionalidade, porém, estão abertos cognitivamente, portanto com disposição para adaptar-se (aprender) do ambiente institucional.

Para além da juridicização também se faz necessário esclarecer outro fenômeno: o da desjudicialização. Esse fenômeno se apresenta como uma estratégia judicial para a resolução da crise do judiciário, caracterizada pela explosão de litigiosidade.

Para o combate da litigância em massa foi formulada a Estratégia Nacional de Não Judicialização (ENAJUD), estabelecida pela Portaria Interinstitucional n. 1.186 de 2 de julho de 2014 e assinada pelo Ministério da Justiça, Advocacia Geral da União, Ministério da Previdência Social e o Conselho Nacional do Ministério Público. A portaria apresenta como seus principais objetivos:

> Art. 1º Fica instituída a estratégia Nacional de Não Judicialização – ENAJUD, com o objetivo de formalizar articulação interinstitucional e multidisciplinar para desenvolver, consolidar e difundir os métodos autocompositivos de solução de conflitos, promover a prevenção e a redução dos litígios judicializados, contribuir para a ampliação do acesso à justiça e para a celeridade e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. (grifo nosso)

Nesse sentido, deve ser destacado que a ENAJUD dentre vários princípios, é regido pela participação democrática, soluções dialogadas e consensuais; cooperação entre os atores e compartilhamento das responsabilidades.

Segundo a Portaria n. 16 de Fevereiro de 2015 do CNJ que estabeleceu as diretrizes de gestão da presidência deste órgão para o biênio 2015-2016, tem-se em seu art. 1º, VI, que foi estabelecida como uma de suas metas "Potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando na medida do possível, com a própria sociedade a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida".

Desta forma, entende-se o fenômeno da desjudicialização enquanto ferramenta de racionalização da prestação jurisdicional e ajuste ao cenário contemporâneo, levando necessariamente à releitura, atualização, ou ainda a um redimensionamento da garantia constitucional à luz dos princípios da efetividade e da adequação.

7 O Caso de Lages/SC

Lages, município de Santa Catarina com 158.846 habitantes (Censo IBGE/2014), passou a adotaro diálogo institucional desde 1997, antes da Audiência n. 04 da saúde ou mesmo das primeiras resoluções do CNJ terem sido pensadas. Neste ano foi criado um consorcio intermunicipal que englobou 25 municípios (e que existe até hoje) visando definir uma rotina de procedimento para os processos judiciais referentes às prestações de saúde, processo decisivo para oferecer as bases institucionais desta experiência. Isto porque o consórcio realizou a assinatura de um Termo de Cooperação Técnica com o Judiciário em 2008 com o objetivo de estabelecer estratégias conjuntas de efetivação da saúde, buscando-se definir uma rotina de procedimentos para os processos judiciais referentes às prestações de saúde. Dessa busca, nasce em 2012, resultado das atividades do termo de cooperação, o Núcleo de Conciliação de Medicamentos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 76).

O projeto é oriundo da constatação de que os atores políticos e jurídicos podem atuar de maneira integrada na efetivação do direito a saúde e independentemente da existência de processos judiciais (ASENSI, 2010, p.55). Mediante a instauração de um caos administrativo que se intensificou a partir da proliferação de mandados judiciais e da falta de padronização em seu cumprimento pela gestão, a experiência de Lages teve como uma de suas primeiras premissas a padronização de procedimentos e a racionalização da atuação dos atores políticos e jurídicos.

Em Lages, figura representativa do diálogo institucional no município foi o Núcleo de Conciliação de Medicamentos (NCM). Composto por uma equipe multidisciplinar que conta com psicólogo, terapeuta ocupacional, assistente social, farmacêutico, médico e os próprios agentes comunitários de saúde o projeto proporcionou uma alternativa a um modelo prejudicial da judicialização sendo que, desde a sua criação, verificou-se a redução da litigiosidade e a ampliação

de arranjos institucionais dialógicos, conforme se verificará adiante (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 76).

O Núcleo tem o propósito de atender com efetividade e eficácia as solicitações de medicamentos pelos usuários do SUS ainda não judicializadas por meio de uma central de conciliação pré-processual, servindo ainda como órgão consultivo e deliberativo sobre a adequação técnica da dispensação de medicamentos no município. Esta dinâmica fortalece a promoção do uso apropriado de medicamentos e se coloca como instrumento pedagógico ao instruir os cidadãos quanto aos seus direitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015, p. 76).

Se em um primeiro momento o projeto surge num viés de tratamento exclusivo de medicamentos, atualmente o NCM ampliou suas atividades para os casos de tratamentos e próteses, trabalhando não apenas com a produção de pareceres, mas com mediação de conflitos. Ressalta-se que em Lages essa experiência alcança apenas nível extrajudicial.

8 O Comitê interinstitucional de resolução em demandas de Uberlândia/MG: uma proposta em construção

Segundo dados partilhados em eventos de judicialização promovidos pelo Município em conjunto com o a administração estadual, Uberlândia é a cidade com maior número de demandas judicializadas do estado de Minas Gerais. Haviam 1645 casos ativos em novembro de 2016, tendo entre seus objetos o fornecimento de medicamentos, transferências e o pedido para a realização de procedimentos médicos (ESTADO DE MINAS GERAIS, 2017, p. 01).

Desta forma, a preocupação com a desorganização institucional compartilhada pelo gestor local do SUS, bem como dos demais gestores citados nas demais experiências acima mencionadas, impulsionou a necessidade de se instalar na comarca de Uberlândia um espaço de diálogo interinstitucional para auxiliar no combate à judicialização excessiva.

Assim, através dos assessores jurídicos da Secretaria Municipal de Saúde iniciaram-se as primeiras reuniões, para definir uma estratégia a ser adotada. A primeira reunião, realizada no prédio da Justiça Federal contou com a participação do Ministério Público Federal, Juízes Federais, Assessoria Jurídica e representante da Central de Abastecimento Farmacêutica (CAF) da Secretaria Municipal de Saúde, e membros da Comissão de Saúde e Bioética da OAB de Uberlândia.

Nessa reunião decidiu-se sobre a criação de um comitê que pudesse assumir esse papel de apoio profissional e especializado, que posteriormente resultou oficialmente no Comitê Interinstitucional de Resolução em Demandas de Saúde (CIRDS) em dezembro de 2014, que contou com a assinatura de três convenentes (Superintendente Regional de Saúde, Secretário Municipal de Saúde e representante do Ministério da Saúde) e inicialmente quatro "canais de comunicação" (Juiz Federal, Defensor Público Federal, Membro da Comissão de Direito de Saúde e Bioética da OAB, e Procurador da República).

A CIRDS teve à frente da criação de seu Regimento Interno e como seus grandes articuladores os assessores jurídicos da Secretaria Municipal de Saúde de Uberlândia, que em conjunto com os demais atores aprovaram o texto final do regimento. Assim, conforme consta no texto final do convênio, o Comitê tem como atribuição manifestar-se previamente, ou seja, antes da fase judicial, sobre os pedidos referentes ao fornecimento de medicamentos, tendo por objetivo a resolução extrajudicial nos termos das diretrizes do Sistema Único de Saúde. Ou seja, já em sua regulamentação há a previsão da resolução extrajudicial e limitadas a medicamentos, devendo a

mesma ser composta por representantes especialistas em Farmácia do Município, do Estado e da União, a serem nomeados pelos respectivos entes federados, com previsão de eventual auxílio técnico e logístico de médicos e enfermeiros qualificados, integrantes da rede municipal de saúde.

Importante observação se encontra no estabelecimento de deveres e responsabilidades dos membros: a vedação à composição do comitê por profissionais com relação de qualquer natureza (rendimentos pecuniários de qualquer natureza, prêmios, presentes e assemelhados) com a indústria farmacêutica, laboratórios ou com o profissional prescritor que possa vir a configurar conflito de interesse conforme normatiza o art. 5º do Regimento Interno.

O comitê receberia demandas encaminhadas exclusivamente por meio dos canais institucionais da OAB, DPU, MPF e Justiça Federal e ao emitir suas deliberações ou Notas Técnicas sobre os requerimentos que lhes forem encaminhados, devem o fazer com fundamento nos Protocolos Clínicos, nas diretrizes terapêuticas do SUS e na medicina baseada em evidências, além dos elementos organizadores da atenção farmacêutica, das competências do SUS definidas em lei, no funcionamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

O CIRDS de Uberlândia se apresenta como um autêntico espaço de diálogo institucional no âmbito municipal, reunindo todas as características previstas e propostas pelas resoluções do CNJ, mostrando-se similar ao experimentado por outros municípios analisados no Relatório do CNJ de 2015.

9 Considerações Finais

A efetivação e garantia do direito fundamental à saúde, tal como previsto na constituição de 1988, tem se configurado o produto de uma luta coletiva dos militantes populares e dos profissionais de saúde, principalmente a partir da organização do Sistema Único de Saúde (SUS) e da aprovação das Leis Orgânicas da Saúde n. 8.080/90 e 8.142/90, porém, marcada por dificuldades de todo tipo: econômico financeiras, organizacionais e de cultura institucional dentre outros.

A adoção dos princípios da universalidade (atendimento a todos) e da integralidade (acesso a todos os níveis de complexidade disponíveis no sistema), trouxe uma ampla demanda de serviços e ações de saúde pública, nem sempre passíveis de atendimento imediato pelo poder público. Em consequência, a frustração das expectativas trazidas após a aprovação da Constituição e das Leis Orgânicas da Saúde, gerou a inevitável procura do poder judiciário na busca de garantir o direito fundamental à saúde.

Ao mesmo tempo, a falta de conhecimento e compreensão dos princípios e diretrizes do SUS por parte dos agentes públicos encarregados de executá-los, bem como da população em geral, integrantes do judiciário e das instituições auxiliares da justiça (Ministério Público e Defensoria), bem como da própria advocacia em geral, resultaram em uma explosão de litigiosidade que ocasionou uma judicialização excessiva das questões vinculadas à saúde pública.

Consciente da judicialização excessiva, o Conselho Nacional de Justiça decidiu implementar as conclusões e recomendações da Audiência Pública n. 4, de 28 de abril de 2009, realizada pelo STF, onde diversos especialistas das áreas técnicas da saúde, da administração pública, das universidades, do Ministério Público, Defensoria e da Ordem dos Advogados do Brasil além de e principalmente dos próprios gestores de saúde, promoveu amplo diagnóstico da questão da judicialização da saúde, apresentando propostas de solução. De posse desse diagnóstico preliminar, decidiu o CNJ editar a Resolução n. 31 de março de 2010, que recomendou aos Tribunais a adoção

de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde, e posteriormente em abril de 2010, publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde, que passou a promover as Jornadas de Direito da Saúde, onde se aprovam enunciados de orientação aos juízes.

Na discussão sobre o acesso à saúde precisam ser destacados dois fenômenos distintos: a juridicização e a desjudicialização. Como juridicização deve-se compreender a generalização pela sociedade do ponto de vista jurídico como forma de elaborar estratégias, análises e apresentar demandas ligadas à saúde por parte dos distintos atores sociais envolvidos. Já a desjudicialização, deve-se compreender como o conjunto de distintas iniciativas de política judiciária motivadas pelo desejo de combater a explosão de litigiosidade e que tem como estratégias principais desde a informalização de procedimentos (como a transferência aos cartórios e registros de notas de procedimentos anteriormente realizados em sede judicial) e a aposta em medidas extrajudiciais como a mediação, conciliação ou arbitragem para a resolução dos litígios.

Dessa forma, para além da mera judicialização da questão da saúde, o melhor seria reconhecer que além desse fenômeno, a atuação dos movimentos e organizações sociais em provocar a atuação de instituições auxiliares da justiça como o Ministério Público e a Defensoria, demonstram o empoderamento dos usuários do sistema de saúde e dos movimentos e organizações sociais das razões jurídicas, característica do fenômeno da juridicização, apesar da evidenciada pouca participação dos conselhos de saúde nas atividades dos Núcleos/Comitês descritas.

Os resultados das pesquisas da judicialização da saúde identificaram a existência de distintos arranjos institucionais que, com características distintas, mas finalidades comuns, atuaram para de garantir o acesso à saúde. Da análise dessas experiências pode-se constatar as características de um verdadeiro diálogo institucional, assinalando uma forma de desjudicialização caracterizada geralmente por soluções extrajudiciais.

As experiências relatadas nas cidades de Lages/SC e Uberlândia/MG, apresentaram como características fundamentais a diminuição do número de demandas propostas ao judiciário e o aumento da resolutividade dos conflitos por meio da consulta e diálogo às equipes dos Núcleos/Comitês anteriormente à decisão judicial, garantindo dessa forma, não só o respeito aos princípios e diretrizes do SUS, bem como a qualidade e eficácia do provimento jurisdicional.

Para além da própria desjudicialização a prática do diálogo institucional, conforme observado, resultou na reorganização das próprias políticas de saúde, aperfeiçoando e racionalizando diversas estratégias públicas como a do fornecimento de medicamentos, criação de canais para manifestação individual dos usuários como a ouvidoria municipal e a auspiciosa mútua formação dos atores envolvidos no processo de diálogo.

Todavia, o diálogo institucional ainda não é uma realidade presente em grande parte do Brasil em que pese orientação formal de sua instalação por parte do CNJ. Verifica-se que há um desejo de realizar a prática, como é o caso, por exemplo, da comarca da Uberlândia/MG que já instalou seu núcleo, porém, ainda não alcançou seu pleno funcionamento.

Por fim, após todas as pesquisas, análises e interpretações desenvolvidas ao longo da presente dissertação constata-se que as hipóteses iniciais apontadas no projeto foram comprovadas: o diálogo institucional instaurado em espaços interinstitucionais de fato auxiliam da mitigação de demandas judiciais excessivas de saúde. Todavia, vez que diálogo se faz através pessoas, o sucesso do núcleo/comitê depende do permanente engajamento dos atores e instituições envolvidas.

Referências

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Intervenção Judicial na Saúde Pública:* panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos nas searas das Justiças Estaduais. Brasília: AGU, 2013.

AGENCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. *Dados gerais*. 2017. Disponível em: < http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em 20 de maio de 2017.

ALVES, Cândice Lisboa. *Direito à Saúde:* Efetividade e proibição de retrocesso social. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physys*: Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, V.20, n.1, p.33-55, 2010. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?pt > Acesso em 20 de maio de 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA. *Política Nacional de Atenção Básica*: situações e perspectivas. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2015/04/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-Eduardo-Melo_-PNAB_MS.pdf>. Acesso em 20 de maio de 2017.

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

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça Pesquisa:* Judicialização da saúde no Brasil – Dados e experiências. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf >. Acesso em 20 de maio de 2017.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo Solidário: A responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. in SANTOS, Lenir. TERRAZAS, Fernanda (ORG). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

ESTADO DE MINAS GERAIS. *Judicialização da saúde*. 2017. Disponível em: <http://www.saude.mg.gov.br/judicializacao>. Acesso em 20 de maio de 2017.

FLEURY, Sonia. FARIA, Mariana. A Judicialização como ameaça e salvaguarda do SUS! *in* SANTOS, Lenir. TERRAZAS, Fernanda (ORG). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. (coord.) in *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HABERMAS, Jurgen. *Teoria do agir comunicativo:* sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II.* Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade.* Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MÉDICI, André. 26 anos de SUS: Avanços e Desafios. *CEBES – Centro Brasileiro de Estudos em Saúde*. (Publicado em 29.07.2014). Disponível em: <http://cebes.org.br/2014/07/26-anos-de-sus-avancos-e-desafios-andre-medici/>. Acesso em 20 de maio de 2017.

PREFEITURA DE UBERLÂNDIA. Relatórios de gestão. 2016. Disponível em: < http://www.uberlandia.mg.gov.br/2014/secretaria-pagina/65/557/relatorios_de_gestao.html>. Acesso em 20 de maio de 2017.

SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda. Judicialização da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2014.

NANOALIMENTOS , RISCO, SAÚDE E DIREITO

Gabrielle Kölling,
Doutoranda em Direito Público (bolsista Capes – UNISINOS) e
Professora do Mestrado em Saúde Ambiental.
E-mail: koll.gabrielle@gmail.com

Thiago de Paula Leite,
Bacharel em Direito (UFRN),
Especialista em Direito Público pela
Universidade Cândido de Mendes e Procurador do Estado de São Paulo.

Resumo:

O processo evolutivo da sociedade contemporânea demanda que o sistema jurídico acompanhe a evolução social, e isso não é diferente no contexto do sistema da ciência. Vivemos a era nano: nanotecnologia aplicada aos mais diversos segmentos do sistema social. Em que pese essa perspectiva tecnocientífica possa parecer salutar, é oportuno olharmos o outro lado da nano: o desconhecido! Ainda não conhecemos os seus efeitos em relação à saúde humana e ao meio ambiente. O desconhecido nos remete, dentre outras variantes, ao paradigma do risco. A velha dogmática jurídica pautada em uma teoria "tradicional" das fontes não atende às demandas jurídicas modernas, tampouco àquilo que ainda desconhecemos. Nesse contexto, o artigo pretende analisar os nanoalimentos no viés da regulação, do risco e da releitura da "teoria clássica ou tradicional" das fontes jurídicas. No que concerne à metodologia, utilizar-se-á o método descritivo-analítico.

Palavras-chave: nanotecnologia. nanoalimentos. risco. regulação.

1 Introdução

Hoje somos aproximadamente 7,5 bilhões de habitantes no planeta Terra. A Organização das Nações Unidas - ONU estima que em 2030 passaremos à casa dos 8,5 bilhões, e em 2050 nada mais nada menos que 9,7 bilhões. Esse viés de crescimento demográfico acaba causando uma enorme pressão na demanda por recursos, quer sejam naturais ou artificiais. Até mesmo o espaço físico passa a ser disputado como objeto detentor de valor intrínseco.

O crescimento populacional implica, invariavelmente, no uso cada vez intenso dos recursos naturais (água, energia, minérios, solo) e na formação de um gigantesco banco de dados global que necessita ser preservado para as futuras gerações.

É nesse contexto que surge, como resposta aos desafios da pós-modernidade, a discussão acerca da nanotecnologia e como o direito pode desempenhar seu papel não só regulatório, mas também de fomento e organização.

A nanotecnologia lida, enfim, com o estudo dos materiais no nível atômico e molecular, a fim de extrair bens tecnológicos que proporcionam uma melhor qualidade de vida ao homem. Mas como tudo na vida a nanotecnologia também possui o "outro lado da moeda", que se materializa no

risco do desconhecido, o que requer, como condição *sine qua non*, um forte sistema regulatório, tanto preventivo como repressivo.

O direito, na sociedade complexa e contingente, é chamado a dar respostas para os mais variados fenômenos, dentre os quais o uso quase que exacerbado da tecnologia, inserido no contexto nas ciências duras. É nesse (des)compasso entre a evolução da ciência e a baixa velocidade da evolução jurídica que se encontra o tema da regulação do uso de nanotecnologia na sociedade. É relevante destacar que essa perspectiva regulatória está intimamente ligada à saúde pública, mas o sistema do direito tem dificuldades de operacionalizar esse diálogo interdisciplinar. Ainda não temos, no Brasil, a cultura de discutir a regulação das nanotecnologias a partir de um olhar inter ou transdisciplinar, que possibilite a interação de saber e o "manuseio" do fenômeno do risco, da saúde humana e do meio ambiente. Assim, é essencial que haja convivência entre as áreas duras e brandas (física, química, tecnologia etc. e direito, respectivamente), conforme Engelmann e Von Hohendorff (2014) nos advertem, pois assim será possível a transdisciplinaridade, por meio da linguagem, o que representará uma abertura epistemológica (necessária).

A (r)evolução tecnológica oferta à sociedade a possibilidade de inovação, e isso não é diferente na produção de medicamentos. Já existem medicamentos produzidos com tecnologia nano. O uso dessa tecnologia está vinculado ao futuro incerto. "Tudo é incerto e derradeiro. Tudo é disperso, nada é inteiro" (PESSOA, 2015); o conhecimento acerca das nanotecnologias e dos seus efeitos não é inteiro: é incerto e inseguro. O direito regulatório ainda não consegue dar respostas do tipo jurídicas na sua atual estrutura.

Assim, com esse artigo, pretende-se analisar o estado da arte da regulação do uso de tecnologia nano na produção de nanoalimentos, a partir de algumas categorias sistêmicas, bem como as contribuições oriundas de outras teorias que serão oportunas para discussões específicas acerca das fontes do direito.

O artigo está dividido em três partes. Inicialmente, contextualizaremos as nanotecnologias no cenário brasileiro e a sua relação com o risco sanitário. Posteriormente, a necessidade ou a emergência da pluralidade de fontes no direito e de atores não legislativos na regulação e, por fim, o estado da arte da (des)regulação dos nanoalimentos.

2 Aportes introdutórios acerca das nanotecnologias no cenário atual

Nesse item, apresentaremos um breve panorama no que tange às nanotecnologias no contexto brasileiro. Primeiramente, abordaremos a tecnologia nano em uma perspectiva mais conceitual; posteriormente, a relação do uso desse tipo de tecnologia na produção de nanoalimentos com o risco sanitário.

2.1 Contextualizando a tecnologia nano

O termo nanotecnologia está vinculado à manipulação de matéria em escala molecular. Pode-se dizer que as nanotecnologias estão calcadas no desenvolvimento de procedimentos que fazem uso de nanomateriais. Esses materiais possuem uma dimensão inferior a 100 nanômetros (10nm)[12] (VON HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014).

Há multidisciplinaridade nas nanotecnologias no que diz respeito às suas técnicas. Só assim é possível dominar partículas com dimensões muito pequenas que apresentam propriedades mecânicas, óticas, magnéticas e químicas constantemente inovadoras (VON HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014).

Nota-se, pois, que quando o assunto é nanotecnologia, as possibilidades conceituais são abrangentes. Pode-se compreender a tecnologia nano como controle da matéria e os processos em nanoescala, tipicamente, mas não exclusivamente, inferiores a 100 nanômetros em uma ou mais dimensões. Nesse contexto, o aparecimento de fenômenos dependentes do tamanho, geralmente permite novas aplicações. Existe, ainda, a utilização das propriedades dos materiais em nanoescala, que são diferentes das propriedades dos átomos e moléculas individuais e matérias a granel, para criar materiais, dispositivos e sistemas melhores que exploram essas novas propriedades (FRONZA et al, 2007).

A nanotecnologia pode ser aplicada em praticamente todas as áreas da sociedade, e isso demanda interdisciplinaridade para sua elaboração e integração de diversas disciplinas; é uma tecnologia que demanda epistemologia transdisciplinar e multidisciplinar. Considerando essas características, ela é considerada a via para a resolução de muitos dos problemas da atualidade (MEDEIROS et al., 2006).

A nanociência e a nanotecnologia (N&N), o estudo e a aplicação dessa tecnologia, respectivamente, ganham espaço no cenário brasileiro a partir dos anos 2000, quando ocorreram as primeiras iniciativas de reunir pesquisadores que já atuavam ou que tinham interesse na área (FERNANDES et al., 2008). No entanto, a discussão da regulação, na ótica jurídica, ainda é recente, incipiente e disciplinar.

É oportuno destacar que o Brasil, desde o ano de 2010, aparece em 13º lugar no ranking dos países que têm prioridade para depósito de patentes relacionadas à nanotecnologia. Desde o ano de 2008, ocupa essa mesma posição entre aqueles com preferência para depósito de patentes relacionadas à nanobiotecnologia (NUNES, 2009). Esse contexto revela o forte papel da sociedade brasileira no desenvolvimento de produtos ou processos relacionados à nanotecnologia e à nanobiotecnologia ou, ainda, o interesse das empresas estrangeiras no mercado nacional (ROSSI-BERGMAN, 2008). Isso reforça ainda mais a necessidade urgente de regulação.

2.2 O uso de nanotecnologia e o risco sanitário

A (r)evolução tecnológica, em especial aquela que concerne às nanotecnologias, desencadeia consequências éticas, jurídicas e sociais na sociedade contemporânea. Barreto (2013) adverte-nos que o uso da capacidade humana de criar e produzir em grande escala faz com que as ações da sociedade tecnocientífica provoquem, crescentemente, efeitos nocivos que são inseparáveis dos efeitos bons.

Uma das características das nanotecnologias é a incerteza em relação aos seus efeitos (bons e maus). Essa incerteza afeta também o direito, e esse, por sua vez, coloca em discussão os seus pilares da previsibilidade e da certeza. Os estudos existentes na atualidade ainda não permitem ou possibilitam sabermos quais são os reais efeitos dos nanocompostos em relação à saúde dos seres humanos (VON HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014). Assim, cabe um olhar atento do direito, no que se refere ao risco contido nessa relação do uso das nanotecnologias na produção de nanoalimentos com a regulação jurídica. Como regular ou gerenciar o risco?

São oportunas as considerações de Aith (2007) no que tange ao objetivo do direito sanitário: reduzir os riscos de doenças e de outros agravos à saúde da população. O autor vai além: é, também, tarefa do direito sanitário orientar os poderes públicos a adotarem medidas concretas que possibilitem visualizar os possíveis riscos à saúde e as consequentes medidas cabíveis. Nota-se, pois, que é tarefa do direito sanitário gerenciar o risco oriundo do uso de tecnologia nano.

Quando o assunto é nanotecnologia, ainda estamos em um terreno fértil e bastante desconhecido, especialmente no que concerne aos riscos oriundos do uso dessa tecnologia. Não sabemos quais são os riscos e tampouco temos um acompanhamento contínuo para avaliação dos riscos (tarefa que é da Vigilância Sanitária – monitoramento dos riscos).

A presença do risco coloca em xeque as certezas; insere-nos em um universo de incertezas. Vejamos as contribuições de Maturana e Varela (2011, p. 11) a esse respeito:

> [...] tendemos a viver num mundo de certezas, de uma perspectividade sólida e inquestionável, em que nossas convicções nos dizem que as coisas são da maneira como as vemos e que não pode haver alternativa ao que parece certo. Tal é nossa situação cotidiana, nossa condição cultural, nosso modo corrente de sermos humanos.

O paradigma da certeza já se tornou uma ficção; o que nos resta é aceitar e trabalhar com as probabilidades diante do risco. A nossa tendência é a busca de uma certeza. Entretanto, o risco balança as estruturas dessa sólida e inquestionável certeza. O direito tem como uma de suas tarefas gerenciar o risco. Essa função de "gerenciador de riscos" é notória no campo do uso de tecnologia nano na produção de medicamentos, já que o direito sanitário tem a pretensão de gerir os riscos dentro da saúde.

Conforme De Giorgi (1994), o controle das indeterminações sempre se mostrou como problema para a sociedade. As estruturas da sociedade moderna são paradoxais. Na contemporaneidade, reforçam-se, de modo simultâneo, a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação, dentre outros paradoxos. Nesse contexto, o risco é uma condição estrutural para os sistemas, notadamente em relação ao direito, tendo em vista que o risco sobrecarrega o direito que fixará pressupostos jurídicos que permitam a orientação das expectativas no futuro (incerto, impreciso). É justamente essa orientação em relação às expectativas no futuro que falta ao direito quando o assunto é o uso de nanotecnologia na produção de alimentos.

Assim, observa-se que, na sociedade atual, o sistema do direito tem de dar respostas que ultrapassem as tradicionais. Logo, percebe-se que novas demandas (tais como a regulação do uso de tecnologia nano na produção de alimentos) vão surgindo, e o direito fundamentado na perspectiva dogmática não responde às demandas da sociedade. Esses problemas novos só podem ser afrontados por meio de uma análise da complexidade típica da sociedade moderna, a qual permite observar e desvelar os seus paradoxos. As contingências da modernidade tornam-na cada vez mais complexa e ilimitadamente mutável, o que não é diferente no direito sanitário e nas nanotecnologias.

Conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza (MORIN, 2008, p. 59). Dialogar com a incerteza, no dizer de Morin, remete-nos à sociedade cuja característica (uma delas) é o risco, na qual já não há mais espaço para as certezas. É nesse contexto da sociedade moderna que estão o direito sanitário e as nanotecnologias. O direito precisa dar respostas jurídicas aos riscos, e essas surgem a partir da irritação que o sistema jurídico sofre.

Atualmente, quando o assunto é ciência, as dúvidas colocam-se à frente das certezas. A inovação da nanotecnologia faz emergir diferentes questões relacionadas a distintas áreas do conhecimento, especialmente à área jurídica, em função dos riscos oriundos do seu uso (VON HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014).

A ideia de risco fragiliza, para não dizer elide, um dos alicerces do direito: a segurança jurídica. A partir do momento em que admitimos o risco, não é mais possível conceber a existência da certeza ou da segurança jurídica. A regulação do uso de tecnologia nano precisa considerar a incerteza oriunda do risco.

Considerando que a regulação de uma nova tecnologia é sempre um risco, especialmente no caso das nanos, pode-se cogitar uma regulação baseada em evidência científica, interativa, colaborativa e flexível, pois esse é um modo de enfrentar o risco (DEVALAPALLY et al., 2007). Explicando: não se quer dizer, com isso, que o direito não decidirá com o seu código binário (direito/não direito), mas sim que o que pode irritar o sistema são essas informações oriundas das evidências científicas.

Deve-se observar que, na questão dos nanomateriais, não temos dados sobre os seus impactos na saúde. Desconhecemos a toxicidade dos materiais nanotecnológicos, bem como os métodos para realizar os testes de toxicidade e os impactos para a saúde oriundos da manipulação de nanopartículas (VON HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014).

As nanotecnologias são uma forma de ambivalência, pois oferecem oportunidades para a sociedade e, paralelamente, apresentam profundos riscos sociais e ambientais. Os riscos não existem tão somente em função de ser uma "tecnologia capacitadora de tecnologias" para a indústria biotécnica, mas, especialmente, porque estamos diante do envolvimento da manipulação atômica. Ou seja, pode-se, a partir disso, tornar possível a fusão do mundo biológico com o mecânico. Talvez a humanidade ainda não esteja preparada para enfrentar tamanha evolução. O direito tampouco.

O elixir da morte (DDT - dicloro-difenil-tricloretano), do livro "A primavera silenciosa", de Rachel Carson, em 1962, foi um dos primeiros escritos a chamar a atenção do mundo para os riscos da ciência e da tecnologia; ou seja, a relação ciência, inovação e risco não é invenção da modernidade. A presença do risco, há décadas, já é uma constante social com a qual o direito, a saúde e a política ainda não sabem lidar. Tampouco nós!

Mas esse cenário de incertezas sobre o desconhecido não pode servir como escusa para o progresso da humanidade, e o direito deverá encontrar elementos para que esse árduo caminho seja trilhado. Como exemplo podemos citar a aplicação do princípio ambiental da precaução, que visa evitar a ocorrência de danos ambientais frente às atividades cujos danos não são totalmente conhecidos pela ciência.

3 Emergência da pluralidade de fontes do direito e de atores não legislativos na regulação

O uso de nanotecnologias na produção de alimentos não encontra resposta do tipo jurídica nas fontes (tradicionais) do direito. Logo, surge a emergência por novas fontes de direito, dentre as quais podemos destacar atores não legislativos, para atuarem na regulação. Um desses atores não legislativos que abordaremos nesse item é a ANVISA.

A(s) resposta(s) para a regulação do tema demandam um (re)processar que considere a emergência da pluralidade de fontes do direito e de atores não legislativos, visto que essas respostas

podem vir, inclusive, do sistema da saúde ou da política. É nesse sentido que se deve observar a relevância do papel regulatório exercido pela ANVISA. As fontes tradicionais do direito (a lei) já não dão conta de regular, por exemplo, itens atrelados à qualidade do alimento e ao uso da tecnologia nano. As resoluções da agência podem ser vistas como fonte de regulação, tendo em vista que exercem papel vinculante quando o assunto é regulação de medicamentos.

Considerando o abismo epistemológico entre o direito vigente (CARVALHO, 2008) e as nanotecnologias, vislumbrar a agência como uma fonte oriunda de um ator não legislativo e emergente para subsidiar a regulação em uma perspectiva técnica, é uma possibilidade que deve ser considerada.

Para uma discussão mais clara sobre a questão das fontes oriundas de atores não legislativos, é preciso que apresentemos algumas observações teóricas no que diz respeito à compreensão dessas fontes. Dentro dessa discussão, é oportuno observarmos as contribuições do direito constitucional português, especialmente no que tange à lei em sentido material e à lei em sentido formal. Assinala Miranda que "a lei em sentido material corresponde à lei como acto da função legislativa [...]e é sempre, necessariamente, também lei em sentido formal. Já não a lei em sentido formal, que pode ou não ser revestida de conteúdo legislativo" (MIRANDA, 2002, p. 358). Conforme o autor, a distinção entre ambas tem histórico na doutrina alemã do século XIX. Destaca, ainda, que a abstração, enquanto característica da lei, está sendo deixada de lado ou abandonada devido à emergência das leis-medidas. Pode-se considerar que esse é um fenômeno de administrativização do legislativo, assunção de poderes normativos pelo executivo.

O executivo, com atribuições de natureza de competência legiferante e diante da complexidade incalculável, esgota a dicotomia lei-regra e lei-medida, e, cada vez mais, são tênues as fronteiras entre legislação e administração. A dilatação desses campos e a pulverização decisionista conduzem à descentralização dos poderes normativos, descodificação, deslegalização e desregulação (MIRANDA, 2010). Nota-se, pois, que é possível um (re)processar que possibilite a regulação oriunda, inclusive, do executivo; se considerarmos que a ANVISA está vinculada ao Ministério da Saúde, então a regulação foi, em certa medida, descentralizada para o executivo.

Há um descompasso entre o avanço da nanotecnologia e a regulação jurídica (quiçá sanitária). O legislativo e o direito ainda não dão conta de enfrentar a criatividade e a evolução humana quando o assunto é tecnologia em nano escala.

Em função desse descompasso, é crucial pensarmos no diálogo entre as diversas fontes do direito: o diálogo é imprescindível para as nanotecnologias. É preciso alargar a noção de regra jurídica, ou seja, ir além do texto da lei para enfrentar a realidade das nanotecnologias na produção de medicamentos. Em tempos de globalização, de nanotecnologias e de pluralismo de formas de ingresso no cenário jurídico, é indispensável que haja uma releitura da regra jurídica e das suas fontes.

Engelmann (2012) adverte, ainda, que o foco nos aspectos vinculados à regulação não deve preencher os pressupostos do suporte fático (na perspectiva pontiana), mas, sim, observar o presente e o futuro, ou seja, no caso das nanotecnologias, observar as regras da ISO (International Organization for Standardization), considerar e valorar as "boas práticas" que apresentam um caráter normatizador em âmbito nacional/internacional, bem como as normatizações (sem caráter eminentemente jurídico na acepção clássica das fontes) que fogem à concepção clássica de fontes de direito.

Saraiva (2014), notadamente no que tange à questão do universo ISO e a autorregulação, observa que a incipiente regulação desse setor é uma possibilidade bastante ajustada, mas é necessário (re)pensarmos, para o futuro, novos mecanismos a serem reequacionados, tais como a

mudança de um estilo *soft law* para o *hard law*, tendo em vista que a indústria pode acautelar essa autorregulação da ISO. É preciso, também, observar o timing da regulação, seguido do seu conteúdo, extensão, forma e intensidade.

São oportunas as contribuições de Góes e Engelmann (2015) no que se refere à regulação: os autores advertem-nos para a observação da existência do gênero regulação e para as espécies regulação tradicional ou legal e a regulação não tradicional. No Brasil, tendo em vista a ausência de dispositivo legal que contemple as nanotecnologias, estamos diante da não regulação. Nota-se, pois, que, a partir dessa classificação de regulação proposta pelos autores, pode-se pensar na regulação não tradicional oriunda de outros instrumentos que não sejam a lei, mas sim na regulação da ANVISA.

A lógica verticalizada kelseniana da pirâmide para as fontes do direito (modelo escalonado) não dará conta de enfrentar essas complexidades e riscos mencionados acima. Engelmann (2012) sugere a substituição do modelo verticalizado por um horizontalizado, no qual as fontes sejam postas lado a lado, e cujo filtro maior seria a constituição.

Essa releitura das fontes é adequada ao contexto do risco que traz como consequência a incerteza. Na modernidade, já não é mais possível termos certeza e previsibilidade no sistema do direito. Os modelos de gestão (dentre os quais se destaca a Agência Nacional de Vigilância Sanitária) dão respostas regulatórias que o déficit legislativo ainda não consegue dar. Trata-se, pois, de um modelo construtivista da autorresponsabilidade e autogestão do risco. Juridicizar o risco significa lidar com o futuro e com o improvável. Para incorporar o risco à juridicidade, é necessário valorar a "juridicização do risco", realizada pelos mecanismos de gestão e de autorresponsabilidade do risco (ENGELMANN, 2012). Juridicizar o risco é o desafio imposto ao direito, à saúde e à política.

Engelmann e Flores (2015, sp) advertem-nos de que

> O caminho a ser percorrido em razão do surgimento das nanotecnologias deverá afastar-se das principais características dogmáticas do positivismo jurídico a fim de viabilizar uma atividade criadora, transdisciplinar, dados os contornos inusitados da matéria trabalhada: criatividade [...]

O direito pautado na "velha" dogmática não consegue dar respostas à criatividade humana. A regulação da "criatividade" deve ser tão criativa quanto ela própria na sua essência. É preciso construir respostas para o problema da falta de regulação.

A partir de uma perspectiva crítica, pode-se questionar se é possível gerenciar o risco oriundo dessa "criatividade" com base no atual ordenamento jurídico, e mais: como inserir no direito os aspectos ou as contribuições das normatizações que ocorrem fora do universo eminentemente jurídico? Quais seriam os acoplamentos estruturais entre direito e saúde que permitiriam a regulação do uso de tecnologia nano na produção de alimentos? E mais (conforme Engelmann, 2012): como regular? O que regular? E por que regular?

Nesse contexto, a Constituição pode servir como sustentáculo para a ideia trazida por Von Hohendorff e Engelmann (2014), de diferentes fontes do direito, tanto nacionais quanto internacionais, de origem do Estado ou de outros atores. Somente assim é possível formar uma "árvore da decisão"; desse modo, o direito poderá dar respostas jurídicas adequadas ao contexto da (r)evolução científica, na qual está o uso de tecnologia nano. Essa possibilidade permite um marco regulatório que dê conta das complexidades inerentes às nanotecnologias. Um marco regulatório

tradicional, calcado na lei, com conceitos fixos, não se mostra adequado à velocidade das transformações das ciências duras.

Cabe observar, no contexto da pluralidade de fontes, que o paradigma regulatório é um instrumento fundamental da política de saúde nos países ocidentais e deve ser também perspectivada como uma nova área científica e académica (NUNES, 2014, p. 13). A teoria da regulação emerge de vários ramos do conhecimento, dentre os quais o do direito, o da economia, o da saúde, e demanda reequacionar os interesses sociais e jurídicos na atual conjuntura. Assim, a lei deve ser a base com conceito alargado que estará no plano da legislação em geral e que servirá de base para a regulação.

E é exatamente em decorrência desta constatação que podemos afirmar, com certa segurança, que o poder regulamentar da ANVISA, como o de qualquer outra agência reguladora, não afronta à Carta Magna, pois não se confunde com o poder legiferante. Enquanto este é primário (decorre da Constituição), aquele é secundário, ou seja, tem como fonte de fundamento um ato derivado do poder legiferante (lei, decreto, etc.), e visa apenas detalhar a aplicação daquela norma primária. E é natural que assim o seja, pois os detalhes técnicos da matéria regulada (em especial quando se trata de nanoalimentos) geralmente são dominados pelas equipes técnicas dos órgãos reguladores, dotadas de alta especialização, e não pelo legislador, que realmente não é obrigado a conhecer os meandros da matéria.

Esse uso cada vez mais corrente do poder regulamentar pelas agências reguladoras decorre de um processo de desestatização que teve início na década de 90, em que o Estado, via de regra, transfere para a iniciativa privada o exercício das atividades econômicas não estratégicas, concentrando seus recursos e expertise no controle e regulação do mercado, buscando, assim, uma maior eficiência e racionalidade.

Tem-se, no Brasil, um conceito alargado de direito à saúde, insculpido no art. 196, da Constituição Federal de 1988, e nas próprias leis que instituíram a Vigilância Sanitária e a ANVISA (leis 6.360/1976 e 9.782/1999, respectivamente), conforme já referido anteriormente. No entanto, é preciso reequacionar as ações para a regulação intersetorial, bem como rever o monopólio da lei como sendo a única fonte reguladora e possibilitar o ingresso de novos atores não legislativos no cenário da regulação, como, por exemplo, a ANVISA.

4 A produção de alimentos com partículas nano e o seu estado da arte

A expressão *nanoalimento, ou nanofood*, abarca os alimentos que foram cultivados, produzidos, processados ou embalados com técnicas ou instrumentos nanotecnológicos, ou para os quais nanomateriais manufaturados tenham sido adicionados. (JOSEPH E MORRISON, 2006). Há ainda uma espécie de vulgata para a terminologia dos alimentos com nanotecnologia: são os chamados alimentos ultrafinos; no entanto, é complexo saber qual produto pode, efetivamente, ser chamado de nano. Observa-se que a nanotecnologia pode ser utilizada em todas as fases da cadeia de produção dos alimentos. Vejamos, a seguir, de que modo essa tecnologia é utilizada na cadeia produtiva.

Na produção primária, há a possibilidade de serem utilizadas substâncias químicas nano formuladas para aumentar a sua eficácia em relação às convencionais e utilizados nanomateriais na purificação da água e limpeza do solo. Nota-se que os nanomateriais não são eliminados na colheita da produção; destarte, há o risco (com grande potencial) de exposição do consumidor final

aos desconhecidos efeitos dos nanoalimentos. Na fase de processamento, é possível aplicarem-se nanotecnologias em maquinários de produção, e, nesse contexto, os nanomateriais têm contato direto com os alimentos. Um exemplo claro dessa situação é o revestimento de máquinas que usam nanopeneiras para eliminar bactérias. (BOUWMEESTER et al, 2009).

Os nanomateriais ou dispositivos nanotecnológicos são incorporados aos materiais de embalagem ou recipientes dos alimentos para aumentar o tempo de conservação e manter os produtos frescos. Em materiais de embalagem podem ser aplicadas, também, nanomatérias reativas, os nanossensores, capazes de reagirem a mudanças ambientais, como temperatura e umidade, nos locais de armazenagem, à deterioração de produtos e à presença de micro-organismos. É o prolongamento do tempo de validade dos alimentos. (BOUWMEESTER et al, 2009).

Há riscos ainda mais latentes, tais como o dióxido de titânio, que é um branqueador, e a sílica. Eles são utilizados em alimentos na forma de partículas em microescala, e ainda não temos respostas concretas quanto aos seus efeitos nocivos. Entretanto, na nanoescala, eles têm as suas propriedades totalmente alteradas, podendo se tornar tóxicos e até mesmo causar danos ao DNA e câncer (YOUNG, 2011).

Para que haja regulação dos nanoalimentos, é condição de possibilidade que o direito considere aspectos tecnocientíficos, tais como o tamanho do material, o processo, as propriedades físico-químicas, a segurança dos alimentos e os riscos. A regulação estatal da nanotecnologia demandará um diálogo interdisciplinar em relação à multiplicidade de agências e órgãos que deverão regular o tema, visto que essa tecnologia permite diversas aplicações. Estamos diante de uma emergência jurídica: há a necessidade imperativa da definição dos níveis de risco e do estabelecimento de legislação específica sobre a produção e a comercialização de nanoalimentos.

O uso de tecnologia nano para a produção de alimentos seguros e de qualidade pode ser uma estratégia positiva para a saúde pública, tendo em vista a relação custo/benefício, a segurança e a qualidade nutricional. Todavia, temos dois obstáculos: a falta de informações acerca dos riscos e a ausência de regulação.

No que tange à falta de informação, essa já foi abordada nos apontamentos iniciais relacionados ao risco. Sobre a (des)regulação, é preciso considerar a ideia de reforma dos sistemas, em especial do direito e da saúde, para o enfrentamento da regulação do uso de tecnologia nano na produção de alimentos. A reforma é uma necessidade vital para a regulação. Vejamos as contribuições de Vial (2013, p. 231) acerca da discussão da reforma:

> [...] a "reforma" se torna de fato uma necessidade [...] A grande questão é que a reforma pressupõe crise; esta, por sua vez, muitas vezes é "reformada" através de uma nova legislação, criando, assim, um círculo vicioso crise-reforma-lei. Porém, o problema permanece, pois não efetivamos uma reforma dos próprios reformadores. Observamos no sistema da política brasileira uma constante irritação quanto à criação de novas legislações.

A reforma jurídica e sanitária, para enfrentar a produção de alimentos com nanotecnologia, tem ocorrido de modo praticamente inexistente e pouco satisfatório no Brasil; por isso, anteriormente, mencionamos o déficit legislativo. Na sociedade atual, o sistema do direito tem de dar respostas que ultrapassam as respostas tradicionais. Assim, percebemos que a demanda da regulação do uso de tecnologia nano na produção dos alimentos não encontra resposta no direito fundamentado na perspectiva dogmática; a reforma legislativa não tem dado conta de responder à complexidade do tema. Essas "novas legislações" não ultrapassam o campo de discussão, não se tornam "decisões coletivamente vinculantes" (leis). O processo de reforma, no âmbito do tema

proposto, é extremamente engessado. É preciso que tomemos a sério a demanda de efetivar o direito à saúde e de modo mais amplo, atentando, também, para a necessidade de (re)construir o direito regulatório.

A regulação jurídica do uso de nanotecnologias na produção de medicamentos demanda, também, um novo olhar dos sistemas do direito, da saúde e da política. É preciso (re)construirmos a análise dos riscos desconhecidos, bem como considerarmos a necessidade da cultura de Boas Práticas de Laboratório destinadas ao manuseio, à armazenagem, ao descarte e à segurança pessoal em ambientes nos quais se trabalha com nanoestruturas. Essa análise de Boas Práticas já existe, mas não (de modo sólido) no âmbito dos nanoalimentos. O direito e a política precisam ser irritados com essas informações, a fim de incorporá-las ao seu código binário próprio.

As dificuldades enfrentadas pela Vigilância Sanitária, no que concerne à regulação e ao monitoramento dos eventos adversos (riscos) das novas tecnologias, traz como incremento da complexidade a ausência, a insuficiência ou a incerteza de informações científicas. Nesse contexto, as decisões regulatórias devem levar em conta o princípio da precaução, que "propõe o uso-consumo controlado" dos nanoalimentos até que novos resultados sobre a avaliação do risco sejam obtidos, de forma a proteger o ambiente e o consumidor" (SCHULTE, 2007; VON HOHENDORFF, et al., 2013).

A regulação precisa diferenciar-se ainda mais, pois existe a necessidade de segregar e agrupar os produtos oriundos da escala de produção com tecnologia nano em diferentes categorias ou grupos, com ênfase na cadeia produtiva dos nanoalimentos. É crucial que se utilizem os parâmetros das outras ciências, que não só a jurídica, pois o direito, por si só, não abarca a variabilidade estrutural e características físico-químicas que conferem propriedades que podem representar maior ou menor risco sanitário.

No que concerne à legislação brasileira, destaca-se que não há previsão legal específica para os nanoalimentos: o suporte fático existe, mas a norma não. Temos como parâmetro geral a Lei 6.437/77, que estabelece sanções às infrações à legislação sanitária federal; a Lei 9.782/99, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); as resoluções dessa agência para remédios e segurança alimentar. Temos, ainda, a Instrução Normativa Interministerial 1, de 1º de abril de 2004, que definiu os procedimentos complementares para aplicação do Decreto 4.680, de 24 de abril de 2003, que dispõe sobre o direito à informação, assegurado pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares, destinados ao consumo humano ou animal, que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. Cabe frisar que se estabeleceu, ainda, um Regulamento Técnico que está anexado à Instrução Normativa.

Por fim, cabe salientar que, no tange à verificação da existência de nanotecnologia na alimentação e a sua utilização na cadeia produtiva, ainda não há possibilidade de regulação, tendo em vista a falta de estudos e de mecanismos de análise dos riscos. Há a necessidade urgente de adoção de políticas públicas, no Brasil, referentes à aplicação da tecnologia "nano" em alimentos e na agricultura, com vistas a conduzir o processo de produção e de consumo dos nanoalimentos, pois, ao cabo, a preocupação central deve ser a segurança alimentar.

5 Considerações finais

Os novos desafios trazidos pela era pós-moderna, em especial a resposta ao aumento da demanda por recursos decorrentes do vertiginoso crescimento populacional, requerem do sistema jurídico uma constante adaptação e evolução, neste sentido (apenas neste sentido) bem parecida com a teoria evolucionista criada pelo naturalista britânico Charles Robert Darwin.

Parte dessa evolução jurídica se reflete na reconfiguração dos conceitos tradicionais das normas jurídicas, onde se destaca o papel regulamentador das agências reguladoras, que, por excelência, possuem um corpo técnico mais preparado para enfrentar a questão em toda a sua inteireza, tornando-se o foro adequado para a discussão e regulamentação da matéria.

É neste sentido que pode-se perceber que o sistema do direito está sendo constantemente irritado pelo ambiente para promover as alterações das suas estruturas internas, no entanto, observa-se que as respostas jurídicas clássicas que o sistema do direito tem ofertado mostram-se insuficientes, portanto, há a necessidade de nova leitura das fontes do direito, talvez com outro olhar teórico para esse aspecto, especialmente no que concerne à pluralidade de atores não legislativos para fins de regulação da produção e comercialização dos nanoalimentos.

Podemos dizer, em suma, que a produção de nanoalimentos, dentro de um contexto macro da nanotecnologia, é uma alternativa viável do ponto de vista tecnológico, e o direito precisa encontrar mecanismos que garantam a segurança necessária para seu uso e desenvolvimento. Cabem aos atuais operadores do direito compreenderem essa nova realidade e estabelecerem novos conceitos que adequem o uso dessa tecnologia à normas de regulação e controle sanitário.

Essa nova forma de encarar o direito passa, enfim, pelo tratamento conjunto das diversas disciplinas envolvidas. A regulação jurídica do uso de nanotecnologias na produção de alimentos demanda, portanto, um novo olhar do sistema do direito, da saúde e da política. É preciso (re)construirmos uma cultura de Boas Práticas de Laboratório, destinadas ao manuseio, armazenagem, descarte e segurança pessoal, em ambientes nos quais se trabalha com nanoestruturas. Essa análise de Boas Práticas já existe, mas não no âmbito das nanotecnologias. O direito e a política precisam ser irritados com essas informações a fim de incorporá-las ao seu código binário próprio.

As dificuldades enfrentadas pela vigilância sanitária, no que concerne à regulação e monitoramento dos eventos adversos (riscos) das novas tecnologias na produção de alimentos, traz como incremento da complexidade a ausência, a insuficiência ou a incerteza de informações científicas, o que não pode ser usado como elemento inibidor do seu desenvolvimento.

A regulação precisa diferenciar-se ainda mais, pois existe a necessidade de segregar e agrupar os alimentos produzidos com tecnologia nano em diferentes categorias ou grupos. É crucial que se utilize os parâmetros das outras ciências, que não só a jurídica, pois o direito por si só não abarca a variabilidade estrutural e características físico-químicas, que conferem propriedades que podem representar maior ou menor risco sanitário, tais como as nanopartículas solúveis ou insolúveis, por exemplo.

Em suma, podemos dizer que essa tensão existente entre o aumento da demanda global por recursos e as incertezas científicas inerentes à nanotecnologia, em especial aos nanoalimentos, só pode ser resolvida a partir de uma visão multidisciplinar, que englobe o direito, a política, a economia, a saúde, e os mais variados enfoques correlatos. Enfim, *alea jacta est.*

Referências

AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. O Fetiche dos Direitos Humanos e outros temas. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BOUWMEESTER, H; DEKKERS, S.; NOORDAM, M. Y.; HAGENS, H. W. I.; BULDER, A. S.; HEER, C.; VOORDE, S. E. C. G.; WIJNHOVEN, S. W. P.; MARVIN, H. J. P.; SIPS, A. J. A. M. Review of health safety aspects of nanotechnologies in food production. 2008. Disponível em: www.elsevier.com/locate/yrtph. Acesso em 16/04/2017.

BRASIL, ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Gestão 2005-2010: principais realizações / Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília: ANVISA, 2010.

CARVALHO, Délton Winter. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CHAU, C. F.; WU, S. H.; YEN, G. C. The development of regulations for food nanotechnology. Trends in Food Science & Technology. 18(2007)269-280.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão. Revista CCJ – UFSC, n. 28, ano 15, junho de 1994, p. 45-54.

DEVALAPALLY, H et al. Role of nanotechnology in pharmaceutical product development. Journal of Pharmaceutical Sciences, n. 10, v. 96, n. 10, p. 2.547-2.565, 2007.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-gradução em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n.9, p. 319-344.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n.9, p. 319-344.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi. As nanotecnologias e os marcos regulatórios. Desafios éticos e possibilidades legais para a construção de um direito que normatize as pesquisas. Revista Jurídica, ed. 61, sem numeração. Disponível em: http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/44/artigo162268-1.asp . Acesso em 24/03/2017

ENGELMANN, Wilson; GÓES, Maurício de Carvalho. Direito das Nanotecnologias e o Meio Ambiente de Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FERNANDES, M.F.M., FILGUEIRAS CAL. Um panorama da nanotecnologia no Brasil (e seus macro-desafios). Quim. Nova, v. 8, n. 31, 2008, p.2205-2213.

FRONZA, T.; GUTERRES, S. S.; POHLMANN, A. R.; TEIXEIRA, H.F. Nanocosméticos: em direção ao estabelecimento de marcos regulatórios. Porto Alegre: Gráfica da UFRGS, 2007.

JOSEPH, T.; MORRISON, M. Nanotechnology in agriculture and Food. Nanoforum Report. 2006. Disponível em: http://www.nanoforum.org/datein/nanotechnology%20in%20agriculture%20and%20food.pdf?20032007152346. Acessado em 16/04/2017.

MATURANA, H. R.; VARELA, F. J. A árvore do conhecimento: as bases biológicas do comportamento humano. Tradução de Humberto Mariotti. São Paulo: Athenas, 2011.

MEDEIROS, E.S.; PATERNO L.G.; MATTOSO L.H.C. Nanotecnologia. In: Durán N, Mattoso LHC, Morais PC, organizadores. Nanotecnologia Introdução, preparação e caracterização de nanomateriais e exemplos de aplicação. São Paulo: Artliber, 2006.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MORIN, Edgar. Cabeça bem-feita. Tradução Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

NUNES, João Pimentel Rohem-Santos P. Pedidos de Patente sobre Nanotecnologia publicados no 2º semestre de 2009. INPI/DART/CEDIN/DIESPRO. Alerta Tecnológico nº20; 2010a. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/menuesquerdo/informacao/alerta_nano_20.pdf.

NUNES, Rui. Regulação da saúde. Porto: Vida Económica, 2014. Acesso em: 10/04/2017.

PESSOA, Fernando. Mensagem. Disponível em: http://www.cfh.ufsc.br/~magno/mensagem.htm . Acesso em 10/04/2017.

ROSSI-BERGMAN, B. A nanotecnologia: da saúde para além do determinismo tecnológico. Cienc Cult, v. 2, n. 60, 2008, p.54-57.

SARAIVA, Rute. "Memórias de um átomo": nanotecnologia, percepção do risco e regulação. In: GOMES, Carla Amado. (Org.) Direito(s) dos riscos tecnológicos. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. p. 485-534.

SCHULTE P.A., SALAMANCA-BUENTELLO F. Ethical and scientific issues of nanotechnology in the workplace. Cien Saúde Colet, 2007, n. 12, v.5, p.1319-1332 e VON HOHENDORFF R, ENGELMANN W, OSHIROV M. As nanotecnologias no meio ambiente do trabalho: a precaução

para equacionar os riscos do trabalhador. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2013, v. 2, n. 2, p.668-683.

VIAL, S. R. M. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 10 ed. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2013, p. 221-241.
VON HOHENDORFF, Raquel; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil. A gestão dos riscos a partir do diálogo entre as fontes do direito. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

YOUNG, S. B. Nanotechnology. It's What's For Dinner! 2011. Disponível em: http://nanotech-now.com/news.cgi?story_id=41580. Acesso em 13/03/2017.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

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

Coordenadoras: Laura Garbini Both (UniBrasil) e Adriane de Oliveira Ningeliski (Universidade do Contestado)

Canoas, 2017.

A BUSCA PELO ENTENDIMENTO DO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO ATRAVÉS DAS PERSPECTIVAS QUE NASCEM DA CRISE PROCESSUAL

Carina Deolinda da Silva Lopes,
URI Santo Ângelo;

Cristiane Feldmann Dutra,
Centro Universitário La Salle (UNILASALLE);

Claudine Rodembusch Rocha,
UNIVERSIDADE PÚBLICA DE BURGOS;

Suely Marisco Gayer, FEVALLE;
Diego Silveira, Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter).

Resumo:

Objetiva-se buscar observar se a atual legislação busca apresenta formas mais centradas no indivíduo, visando a prática de um cunho pedagógico para que a sociedade como um todo transforme o anseio por litigar e vencer em ações judicias, pelo entendimento mútuo, empoderamento das partes e acima de tudo praticidade na resolução dos conflitos. Diante da realidade pela qual passa o sistema social em relação ao alcance de efetividade de tutela jurisdicional, surgem novos paradigmas de busca pela solução dos conflitos em face dessa necessidade social, alternativas de acesso a garantias de resolução de conflitos, como a seguir se apresenta sendo uma destas a Mediação, a qual se dá ênfase nesse estudo. A utilização deste método alternativo de resolução de conflitos, mostra-se benéfico às partes envolvidas nos conflitos, uma vez que estes será resolvido de uma forma mais célere, informal, consensual, econômica, além é claro de forma mais confiável, pois são as próprias partes que escolhem o procedimento e o terceiro que irá lhes ajudar, e sobretudo a solução do litígio, reafirmando sua autonomia e responsabilidade. É necessário criar possibilidades para o conhecimento, informação e apresentação às partes em conflito de uma cultura de paz. Voltada para a resolução dos conflitos por estas e que demonstre maior efetividade dos seus anseios e resolução dos seus conflitos do que continuar apresentando suas armas e deixando que o terceiro imparcial diga a eles o que fazer, correndo-se o risco de nem sempre ser a solução mais correta a realidade das partes envolvidas.

Palavras-chave: Crise. Judiciário. Mediação.

1 Introdução

O meio social está desacreditado dos meios judiciais comuns para o alcance de seus direitos e tutelas requeridas. A falta de melhores meios de garantir um procedimento célere para concretizar o acesso à justiça, o esgotamento da função jurisdicional e o alcance de respostas efetivas e que acompanhem a velocidade e as reais ocorrências sociais são alguns dos pontos que demostram a ineficácia do modelo atual de resolver todos os litígios que buscam o campo do poder jurisdicional.

O ano de 2016, veio com mudanças significativas para o processo civil brasileiro, tendo em vista o inicio da vigência do novo Código de Processo Civil. O referido conjunto de normas processuais surge em um momento bastante delicado no cenário do modelo jurisdicional atual.

Não se pretende neste estudo evidenciar que a busca pelo acesso à justiça está falida, mas sim discutir uma das principais causas que travam e sobrecarregam todo o sistema jurisdicional, e algumas alternativas de melhoramento.

Diante da real situação de crise no sistema, o novo código de processuo civil trouxe para dentro dos seus procedimentos as noções sobre a importância da resolução dos conflitos pelas próprias partes.

Os litígios sociais não devem ser resolvidos pela autotutela, como em tempos antigos, mas o sistema judiciário também já não consegue mais de forma efetiva abarcar a resolução de todos as lides de quem o busca, além da evolução dos conflitos.

Assim a nova lei processual, ao ver deste estudo, busca humanizar as relações entre as partes conflitantes, buscando chegar a uma forma de amenizar os problemas e a lide que levou a originar o processo judicial, ou seja, tratanbdo o centro do conflito.

No meio social atual, as pessoas não conversam mais na busca pela resolução dos conflitos que se deparam, seja na esfera familiar, social, negocial e são exatamente estes os conflitos que desaguam junto do Poder Judiciário, sobrecarregando o mesmo.

Muitos problemas que poderiam e deveriam ser tratados e resolvidos pelas partes unicamente, para que o conflito rapidamente pudesse ser resolvido, acabam sendo levados à Justiça, o que pelo sistema Autor Réu e Juiz demora anos para chegar a um resultado, nem sempre satisfatório e efetivo, uma vez que pelo decurso de tempo ocorre o desinteresse pela causa ou até mesmo a perda do objeto da lide.

Diante da realidade pela qual passa o sistema social em relação ao alcance de efetividade de tutela jurisdicional surgem novos paradigmas de busca pela solução dos conflitos em face dessa necessidade social, alternativas de acesso a garantias de resolução de conflitos, como a seguir se apresenta sendo uma destas a Mediação.

2 A evolução do acesso à justiça

Antigamente, o acesso à justiça só podia ser obtido por aqueles que pudessem enfrentar os seus custos, aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. Dessa maneira, esse obstáculo era um entrave ao acesso à justiça, tendo em vista a falta de condição financeira por parte da população menos favorecida para fazer frente aos gastos oriundos de uma demanda judicial, devido ao custo alto do processo, dificultando assim o seu acesso.

Nesse aspecto, há uma busca pela eliminação da pobreza como obstáculo de acesso à justiça através da chamada assistência judiciária gratuita àqueles necessitados, que se caracteriza pela prestação gratuita de serviços advocatícios e isenção no pagamento de despesas judiciais.

O estudo do renomado autor Mauro Capelletti evidencia ainda uma segunda onda que tem como finalidade, nos dizeres de Cappelletti e Garth, combater o obstáculo organizacional, possibilitando a defesa de interesses de grupo, difusos ou coletivos, através das ações populares ou coletivas. Já a terceira onda objetiva combater o obstáculo processual de acesso à justiça, mediante a expansão e o reconhecimento dos direitos humanos, por todos os meios que reduzam o

congestionamento crônico dos sistemas judiciários internos à maioria dos Estados. (VASCONCELOS, 2010).

Ainda, no que diz respeito a segunda onda, esta refere-se à representação dos interesses difusos em juízo e visa contornar o obstáculo organizacional do acesso à justiça. A segunda onda diz respeito à facilitação da representação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em Juízo, já que estes não se subsumiam ao direito processual clássico. Essa onda surgiu em um cenário de mudanças, junto com as quais também surgiram novos sujeitos sociais, novas demandas e novos direitos a serem tutelados pela ordem jurídica. Teve um papel importante em nosso sistema processual, porque as regras processuais não estavam preparadas para facilitar as demandas coletivas e a influência desta onda fez surgir, no Brasil leis como o da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor que levam em conta as características do direito postulado, gerando de fato uma tutela jurisdicional efetiva.

A terceira onda, conhecida como "o enfoque do acesso à justiça", a qual detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar estudantes e aplicadores do direito. Essa terceira onda é a do acesso à justiça propriamente dita. Uma onda genérica que abarca diversas soluções na tentativa de atacar as barreiras ao acesso à justiça. Segundo lição de José Mário Wanderley Gomes Neto "o obstáculo do momento é o próprio processo, a estrutura do sistema processual encontrado em cada ordenamento em seus pontos de incompatibilidade com a efetivação dos novos direitos".(GOMES NETO, 2005, p. 93).

É dessa forma que o acesso à justiça pode ser considerado como um dos mais básicos dos direitos humanos inseridos no contexto de um sistema jurídico social, moderno e igualitário, pois permite que seja franqueado a todos que necessitam de um pronunciamento judicial decisório, não só e simplesmente o direito ao ingresso formal do reclamo junto ao poder estatal julgador, mas, principalmente, o direito de que o litígio seja pacificado por decisões efetivamente justas. (SLONGO, 2010).

O termo acesso à justiça também compreende os equivalentes jurisdicionais, os quais são: autocomposição, mediação e arbitragem, incluindo também um sentido axiológico e coerente com os direitos fundamentais. (BATISTA, 2010, p. 24).

Watanabe entende que o acesso à justiça na sociedade moderna, demonstra, hoje, que não mais se limita ao mero acesso aos tribunais: "não se trata somente de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa".O problema, atualmente, não é acessar o Judiciário, mas sair dele. (WATANABE, 1988, p. 128).

No intuito de agregar conhecimento ao estudo da evolução do acesso à justiça chama-se a atenção para a Mediação, atualmente introduzida junto ao Processo, que traz para a questão das partes envolvidas diretamente envolvidas no conflito, o empoderamento, como forma de fazer com que os envolvidos entendam que são sócios na resolução do litígio.

Dessa forma, a busca na resoluçaõ dos conflitos evolui tendo em vista que é necessário que ambas as partes sejam colaborativas e utilizem de sua criatividade na construção de uma solução que seja benéfica para eles, já na primeira audiencia, qual seja a audiencia de mediação ou conciliação, conforme dispõe o artido 334 do Código de Processo Civil atual.

Assim, o tema do empoderamento vem ganhando relevância social nas últimas décadas e atualmente determinada como procedimento processual, por se tratar de um processo pelo qual as pessoas tomam controle de seus próprios assuntos, de sua própria vida, tomando consciência da sua habilidade e competência para decidir seus caminhos.

Vasconcellos, 2003; Silva e Martínez, 2004; Oakley e Clayton, 2003; Wallerstein, 2002, definem empoderamento como um processo dinâmico que envolve aspectos cognitivos, afetivos e

condutas. Significa aumento do poder, da autonomia pessoal e coletiva de indivíduos e grupos sociais nas relações interpessoais e institucionais, principalmente daqueles submetidos a relações de opressão, discriminação e dominação social.

No empoderamento, processo e produto se imbricam, sofrendo assim interferência do contexto ecológico social, cujos lucros não podem ser somente mensurados em termos de metas concretas, mas em relação a sentimentos, conhecimentos, motivações etc.

São técnicas e procedimentos de evolução como se passaram dentro do estudo das ondas renovatórias de acesso à jsutiça, bem como de procedimentos facilitadores de evolução da garantia de acesso a resolução dos conflitos que demarca a importância de estudar e garantir a aplicação cada vez mais necessária da Mediação na busca do entendimento das partes na resoluçãp pacifica, celere e eficaz de seus próprios conflitos.

3 A importância da mediação calcada pelos contornos processuais e sociais atuais:

Com o passar do tempo, numa consequência do avanço e evolução natural da própria sociedade, as discussões em torno do acesso à justiça tomaram novos rumos, voltaram-se à criação e efetividade de instrumentos que implementados junto a relação processual realmente fossem capazes de promover a composição dos conflitos no menor lapso temporal possível numa tentativa de responder positivamente as garantias e direitos assegurados constitucionalmente, a criação de mecanismos que promovessem maior celeridade aos processos judiciais bem como maior efetividade as decisões proferidas pelos órgãos judicantes.

Surgem assim novos meios alternativos de efetividade do acesso à justiça, como forma de diminuir as pretensões ou o tempo de resolução destas junto ao Poder Judiciário, e de efetivar instrumentos judiciais céleres no sentido de promover a composição do conflito em lapso temporal viável evitando-se não apenas gastos de ordem econômica como emocionais, efetivando a humanização do conflito e resoluçãompelas partes através do diálogo e comunicação ativa.

É importante, ainda, mencionar a importância dos instrumentos consensuais e extrajudiciais para dirimir os conflitos sociais, suprindo e auxiliando as esferas tradicionais, surgindo assim, mecanismos como as ADRs. Nesse sentido, Spengler refere que as relação às práticas alternativas de resolução de conflitos (ADR) são:

> Tais práticas tiveram origem nos Estados Unidos sob o nome de Alternative Dispute Resolution (ADR), expressão reservada para designar todos os procedimentos de resolução de disputas sem a intervenção de uma autoridade judicial. (SPENGLER, 2010, p. 295)

As práticas ADR representam uma valiosa contribuição para o desenvolvimento saudável das relações humanas no âmbito dos conflitos abrangidos pela mediação, pois conduzem ao "descongestionamento" da esfera jurídica, diminuindo o tempo e os custos no tratamento das disputas. (SPENGLER, 2010, p.296).

Nesse contexto, as práticas alternativas de resolução de conflitos buscam atender as necessidades e os objetivos da realidade dos conflitos e a mediação, reflete uma oportunidade de recuperar os laços sociais pela atuação direta das partes nas questões referentes ao tratamento dos conflitos que ora estes se encontram.

Verifica-se que o instituto da mediação trata-se de um processo dotado de estrutura, informalidade e flexibilidade, caracterizando a essência da voluntariedade direta dos interessados, com participação em tempo real na identificação dos interesses comuns, definindo o tratamento consensual de forma a atingir a satisfação mútua, através da comunicação e entendimento.

Laços sociais destruidos e que pela comunicação desenvolvem entendimento, agindo na resolução dos problemas e conflitos das partes. A teoria da ação comunicativa orienta à busca do entendimento, compreendendo como entendimento um mecanismo de coordenação de ações, no qual o interlocutor procura um meio de argumentação racional, convencendo e afirmando a veracidade das declarações do raciocínio do sujeito em prova.

Endente Jürgen Habermas que os participantes de processo comunicativo possuem a possibilidade de aceitar ou não as afirmações de um interlocutor, mas quando ocorre a não aceitação das afirmações do outro sujeito, ou seja, quando um ou mais dos participantes questionam a fala do locutor, surge um impasse e a ação comunicativa é interrompida, conforme exposto anteriormente.

Essa teoria possui alguns pontos de fundamental importância, quais sejam: todo e qualquer sujeito capaz de agir e falar pode participar de discursos, então como participante de um discurso pode problematizar qualquer afirmação, introduzir novas afirmações no discurso, exprimir suas necessidades, desejos e convicções, nenhum interlocutor podendo ser impedido, por forças internas ou externas ao discurso, de fazer uso pleno de seus direitos assegurados nas duas regras anteriores .

Nesse sentido, o que se verifica é que a teoria da ação comunicativa de Habermas pretende revitalizar na sociedade contemporânea, ou seja, o mundo da vida, tendo como contexto os princípios aplicados à mediação como modalidade não adversarial de soluções de conflitos, uma vez que os processos argumentativos de busca do entendimento, da verdade e do consenso, na busca da aceitação de normas e valores, todos são primordiais para a procedência da mediação e consequentemente para a prática comunicativa.

Sobre a ética discursiva de Habermas assevera Bárbara Freitag que ele procura resgatar os espaços de liberdade do indivíduo, dos grupos sociais e das instituições especializadas na busca da verdade da fundamentação racional e da negociação da nova organização societária, redimensionando (politicamente) as perspectivas de evolução das sociedades contemporâneas para o futuro.

Nesse esforço, simultaneamente filosófico e sociopolítico, procuram recuperar o projeto iluminista da emancipação do homem e da humanidade, calcando o velho projeto, ainda não realizado, em novas bases: a razão comunicativa.

Frise-se que, o objetivo da mediação é garantir um relacionamento saudável e futuro, organizando e estimulando às partes para que restabeleçam o diálogo e busquem o acordo que seja satisfatório para ambos, implicando na reconstrução dos vínculos afetivos e conferindo às pessoas envolvidas a responsabilidade de suas próprias decisões, haja vista ser um processo não adversarial, mas de cunho cultural e colaborativo, ou seja, que contribui para o amadurecimento das partes e da sociedade. (TRENTIN, 2015).

As partes, na mediação, podem assumir de modo direto a responsabilidade de seus atos, evitando que o Poder Judicário decida através do Estado as formas como devem as partes devem atuar em razão de seus problemas, sendo deliberado apenas com o objetivo de finalizar a lide, independentemente da satisfação coletiva, efetividade e celeridade.

De acordo com Spengler (2010, p. 298), “o Poder Judiciário é um meio de solução, administração ou resolução de conflitos (dificilmente de tratamento), porém não o único e com certeza não o mais democrático”.

Assim vislumbra-se que com a aplicação do instituto da mediação como uma alternativa para o tratamento dos conflitos, ocorrerá à soma denominada como "ganha e ganha", ou seja, quando ocorre o entendimento, a autocomposição, o diálogo e a comunicação, mutuamente as satisfações serão alcançadas e a estrutura dos relacionamentos sociais será mantida com o mínimo de danos.

O diálogo elaborado e explanado pelos protagonistas do confronto são ferramentas de solução adequadas para abrandar a tensão do litígio, contornando as particularidades excessivas e nem sempre mais favorável do que os procedimentos da justiça tradicional, na qual um terceiro (juiz) irá decidir e julgar o desfecho da relação por meio de decisões baseadas nos fatos e provas expostos nos autos do processo, sem ter vivenciado a real amplitude e complexidade das relações e dos impasses que envolveram os sujeitos que evidenciam a situação conflituosa de fato.

Para cumprir a legislação e garantir qualidade aos direitos constitucionais de acesso à justiça e celeridade o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução número 125, de 29 de novembro de 2010, determinou aos Tribunais a criação de núcleos e métodos consensuais e autocompositivos de forma permanente, visto a necessidade de alternativas para a solução de conflitos, bem como a viabilidade de "descongestionamento" da malha judiciária, nos quais os núcleos tem um importante papel, proporcionando o treinamento, a atualização e a qualificação constante dos profissionais ligados diretamente à mediação, sejam eles mediadores, conciliadores, serventuários ou magistrados.

A mediação visa procurar ajudar as partes em conflito buscando garantir um relacionamento saudável e duradouro, organizando e estimulando às partes para que restabeleçam o diálogo e busquem o acordo que seja satisfatório para ambos, implicando na reconstrução dos vínculos afetivos e conferindo às pessoas envolvidas a responsabilidade de suas próprias decisões, haja vista ser um processo não adversarial, mas de cunho cultural e colaborativo, ou seja, que contribui para o amadurecimento das partes e da sociedade, estabelecendo a construção de confiança e cumprimento dos deveres assumidos por estas.

Assim tem-se que a mediação se constitui, precipuamente, como um padrão consensual de solução de um conflito privilegiando todas as partes sem incriminar nenhuma delas, tendo em vista os princípios da voluntariedade e a total autonomia das decisões.

A Mediação é um método espontâneo de resolução de conflitos por intervenção de duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, que buscam atingir uma solução consensual facilitando o relacionamento entre elas (GAGLIETI, 2014; SPENGLER, 2010; SPENGLER, 2012; TARTUCI, 2008; WARAT, 1998).

Nesse aspecto, entende-se que:

> Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos em amistad. Esta base superficial tomada de um dato etimológico nos permite ingresar em el modismo prometido por el instituto de la mediación. Em efecto, ya observamos de qué manera la figura se aproxima a la conciliación, y la causa por la cual se suelen confundir ambos sistemas de resolución de disputas (GOZAINI, 1995, p. 71).

A mediação é uma das melhores fórmulas de superar o engessamento e friesa do normativismo jurídico, pois suas práticas educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a tomar decisões sem a intervenção de terceiros, e sim, com a ajuda deste, o mediador (SPENGLER, MARION, 2013).

a mediação funciona como uma alternativa promissora na resolução de conflitos, pois o mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. O mediador tem que buscar retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território do qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). Warat (1998, p.9) referem que o mediador tem que tentar erotizar o conflito inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder.

Nesse contexto, a mediação restabelece a comunicação, e preserva o tratamento dos conflitos por intermédio da transformação, evolução social, e da inclusão social objetivando promover a paz social, percebe-se na mediação o embate do conflito sob um viés positivo, inerente a evolução da sociedade (SPENGLER, 2010; SPENGLER, 2012).

A participação no processo de mediação sempre deve ser realizada de forma voluntária e sigilosa, pois a resolução do conflito é transcorrida por diferentes crenças, sociais e culturais, familiares e psicológicas, o tempo de cada parte envolvida para preparação e modificação da situação conflituosa é única (WARAT, 1998; WARAT, 2004).

Talvez não exista, ao menos por enquanto, instituto melhor do que o da mediação, para evidenciar às partes entenderem a importância da busca da construção de algum vínculo de trato sucessivo, pelo qual de uma forma ou de outra elas ainda terão que conviver juntas. Neste caso, a construção de uma pacificação do conflito através da mediação, resolve não só o litígio instaurado entre as partes, mas alicerça o vínculo de união existente entre elas.

A mediação mostra-se como forma de se tratamento do conflito, uma vez que nela as próprias partes envolvidas refletem e, de uma maneira colaborativa chegam a solução do litígio.

O referido vínculo trabalho pela mediação talvez não fosse possível se a resolução do conflito se desse através do Poder Judiciário, uma vez que a sentença proferida faz nascer um perdedor, que poderá ter seu ódio ainda mais alimentado em desfavor de seu oponente, o que não ocorre no momento em que as partes efetuam um diálogo ativo e compreensivo sobre o conflito e suas formas de resolução.

Mencionada disparidade existente entre o processo e a mediação, é vista principalmente no fato de que o processo trabalha com a lógica de ganhador/perdedor e, além disso, seu rito tem por objetivo investigar a verdade real dos fatos, enquanto que a mediação pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com outra lógica, ou seja, a de ganhador/ganhador (SPENGLER, 2010, p. 344).

Por essa razão, Warat (1998, p.5) aduz que "a mediação pode ser considerada como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal".

A mediação compreende uma nova visão da cidadania dos direitos humanos e da democracia, não é um litígio, mas um modo normativo de interferência nos conflitos, um acordo de interesses estabelecendo promessas e uma resolução para os conflitos, sendo ela um procedimento voluntário, com aceitação de ambas as partes (WARAT, 1998; WARAT, 2004):

> Em uma sociedade que, cada vez mais, divide pequenos espaços, ou aprendemos a utilizar o diálogo, ou entraremos em colapso. A família contemporânea, enquanto um núcleo de afetividade, necessita de uma educação para a pacificação. (ROSA, 2012, p. 180)

Assim, faz-se necessário que a sociedade reconheça a mediação como um meio adequado e real que vislumbra a cultura aliada a paz para que todas as pessoas tenham a possibilidade de

idealizar seus direitos e cumprir com seus deveres perante o Estado Democrático de Direitos (WARAT, 1999).

4 Cenário atual: contrapontos entre mediação, acesso à justiça e crise atual do sistema judicial.

Os problemas e conflitos que desaguam por meio dos processos judiciais muitas vezes, pela vivencia e pratica da Mediação, apresentam-se como conflitos que mexem muito com sentimentos de ódio, rancor, bira, demonstração de força, superioridade, sendo que na maioria dos casos onde é permitido as partes conversarem emerge situações de entendimento, e mesmo que não cheguem a uma composição entre elas para a resolução de seus conflitos, ao menos, vislumbram que o diálogo ativo pode ser a chave para a celeridade de seus entendimentos e uma alternativa mais amena as situações conflituosas.

Nesse sentido Bacellar (2012) entende que:

> Os Métodos Alternativos de Solução dos Conflitos (Mascs) apresentam-se como uma nova cultura na solução dos conflitos fora do âmbito do poder judiciário, quando são deixados de lado o pensamento judicial de autor, réu e Poder Judiciário (juiz), buscando negociar, por meio do diálogo, uma forma harmônica de solução do conflito, objetivando-se a paz social.

A autora e professora Fabiana Spengler, trabalha com os conhecimentos de mediação e argumenta sobre as perdas atuais do Judiciário, tendo em vista a crise que apresenta o sistema:

> O estado, ao monopolizar a jurisdição busca tratar o conflito com base na aplicação do direito positivo. No conflito levado à apreciação do poder judiciário, o estado acaba substituindo as partes com base na própria lei e em seus princípios universalmente aceitos. O judiciário, no entanto, está perdendo o monopólio ante a explosão da litigiosidade e da burocracia estatal, um dos fatores que alimentam a crise do poder judiciário (spengler; spengler neto, 2012).

A falta de diálogo, de efetividade do Poder Judiciário é evidente como aspectos de crise e falência como bem coloca Lima (2012):

> A evidência dos fatos – e não só dos argumentos – mostra que a instituição judiciária brasileira está falida, porque não dá conta do volume de trabalho, não trata o jurisdicionado com o devido respeito, nem proporciona paz e segurança à população, mas, ao contrário, provoca ansiedade, frustração, incerteza, neurastenia, que geram intranquilidade individual e social, pela excessiva demora na solução das demandas judiciais, e pelo difícil e nervoso relacionamento com o público.

Todas essas características apresentadas sobre a atual realidade que se apresenta o sistema jurisdicional é o cenário em que a Mediação apresenta-se como uma alternativa, porém não como solução, mas sim como uma forma de abarcar tentativas de mudanças no ambiente dos conflitos tomando pra si a questão de apresentar as partes em conflitos formas de dialogar e resolver seus problemas a luz de um novo método, mais humano e direto onde são as partes envolvidas na lide

que buscam a melhor solução para si, ou optam com total liberdade para que seja o Juiz (terceiro imparcial) que deverá dizer o direito e resolver a questão que as envolve.

Os problemas e conflitos que desaguam por meio dos processos judiciais muitas vezes, pela vivencia e pratica da Mediação, apresentam-se como conflitos que mexem muito com sentimentos de ódio, rancor, bira, demonstração de força, superioridade, apoderamento entre outros, sendo que na maioria dos casos onde é permitido as partes conversarem emerge situações de entendimento, e mesmo que não cheguem a uma composição entre elas para a resolução de seus conflitos, ao menos vislumbram que o diálogo ativo e passivo pode ser a chave para a celeridade de seu entendimento e uma alternativa mais amena as situações conflituosas.

Nesse sentido Bacellar (2012) entende que:

> Os Métodos Alternativos de Solução dos Conflitos (Mascs) apresentam-se como uma nova cultura na solução dos conflitos fora do âmbito do poder judiciário, quando são deixados de lado o pensamento judicial de autor, réu e Poder Judiciário (juiz), buscando negociar, por meio do diálogo, uma forma harmônica de solução do conflito, objetivando-se a paz social.

Ainda acrescenta Bolzan de Morais e Spengler (2012, p. 131,) a mediação:

> Enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Trata-se de um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito.

Sobre a questão dos avanços e da evolução das relações sociais e as dificuldades de alcance efetivo do Poder Jurisdicional, a autora Fabiana Marion Spengler (2010, p. 25), leciona:

> As relações sociais contemporâneas sofreram profundas mudanças em sua configuração, colocando em xeque as tradicionais instituições modernas, o próprio Estado e sua(s) estratégia(s) organizativa(s) sob o modelo da especialização de funções [...]. Atualmente, a tarefa de "dizer o Direito" encontra limites na precariedade da jurisdição moderna, incapaz de responder às demandas contemporâneas produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, permitindo o aumento da exploração econômica, caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer-lhes respostas a partir dos parâmetros tradicionais.

Diante dessa busca excessiva de resolução de conflitos sociais pelo Poder Judiciário, todos acabam carregando o sistema com conflitos que poderiam ser resolvidos de forma mais humana, com diálogo e mudança na cultura de conflitos, como lembra o advogado Jonatas Luis Lançanova (2014, p. 156):

> Em relação ao grande volume de processos que sobrecarregam o Judiciário, isso se deve a uma cultura cidadã do conflito, que foi criada pela sociedade ante a Constituição Federal de 1988, que prevê a garantia de acesso à justiça, o que acabou nos tempos de hoje tornando o Poder Judiciário uma espécie de "balcão de reclamações". Nesse sentido, as pessoas se dirigem ao Judiciário

> para demandar qualquer espécie de problema e para exercer o seu direito de cidadão. Em muitos casos, os cidadãos, também, por falta de divulgação, não têm conhecimento que o conflito pode ser resolvido de outras maneiras alternativas, não sendo necessário acionar o Poder Judiciário. Essa busca incansável por levar qualquer espécie de conflito à apreciação do Poder Judiciário tem sido uma das causas da avalanche de processos que abarrotam o Judiciário, e o mesmo já não consegue dar vazão ao enorme número de ações judiciais.

Os meios alternativos ao Poder Judiciário jamais irão concorrer com esse, uma vez que é direito fundamental do cidadão a apreciação pelo poder judiciário de toda lesão ou ameaça a direito, diante do principio já visto do acesso à justiça, mas o que será visto na realidade é um fortalecimento da imagem do sistema judiciário frente à sociedade, pois agora ele poderá oferecer uma tutela jurisdicional realmente eficaz.

Nesse sentido, verifica-se que concomitantemente ao monopólio jurisdicional é necessário e recomendável o incentivo aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, sem a necessidade de afastamento do monopólio da atividade jurisdicional, desprestigiá-lo ou criticá-lo para valorizar as soluções alternativas .

A mediação é um ponto essencial na busca da concretização da ação comunicativa, na busca da solução alternativa dentro da aplicação da tutela jurisdicional, através da cooperação entre as partes, mas também de forma extrajudicial. Desse ângulo, os envolvidos procuram restabelecer a comunicação rompida através do diálogo e encaram o conflito pelo lado positivo, ou seja, como algo comum e necessário na vida do ser humano em sociedade.

5 Conclusão:

O novo código prestigiou mais de uma forma de solução do conflito trazido ao conhecimento do judiciário, colocando à disposição das partes múltiplas portas de soluções, para que possa escolher a que lhe for mais conveniente e a que trará a resposta mais justa ao caso concreto, sendo assim o estudo buscou evidenciar a analise da importância dos institutos que tratam do novo Código de Processo Civil, em especial a conciliação e a mediação como meios adequados de tratamento de conflitos, uma vez que estes se mostram mais eficazes na prestação jurisdicional.

Desse modo, é preciso fortalecer os métodos consensuais de resolução de conflitos, estimulando-se a cultura da paz dentro da sociedade, estimulando as diversas estratégias de solução de controvérsias, especialmente a mediação, agora presente no novo código de processo civil e na Lei 13.105 de 2015.

A mediação e a conciliação, quando inseridas na Lei 13105 de 2015, ganharam respaldo legal trazendo maiores garantias às partes que buscam os meios complementares de acesso à justiça para dirimir suas desavenças, proporcionando verdadeiras transformações, conscientizando os mediandos de que cada um deve fazer a sua parte, construindo uma solução satisfatória para ambas as partes.

Abordou-se uma das inovações da Lei do atual Código de processo civil, analisando a obrigatoriedade da audiência preliminar, frente ao instituto da mediação, a qual visa a autocomposição, através da sua voluntariedade, eficácia e celeridade. Onde prevaleceu o interesse do legislador em compor os litígios através desses mecanismos novos inseridos na legislação vigente.

Por fim, cabe ressaltar que a utilização destes métodos alternativos de resolução de conflitos mostra-se benéfico às partes envolvidas nos conflitos, uma vez que estes serão resolvidos de uma forma mais célere, informal, consensual, econômica, além é claro de forma mais confiável, pois são as próprias partes que escolhem o procedimento e o terceiro que irá lhes ajudar, e sobretudo a solução do litígio, reafirmando sua autonomia e responsabilidade.

Assim, a sociedade e o Poder Judiciário, através de suas leis, estão favorecendo o incentivo aos institutos da mediação e da conciliação, na preocupação para o alcance de uma resposta satisfatória para a sociedade contemporânea que objetiva de um Estado mais igualitário e humano, fomentando a cultura da paz, justa e harmônica.

Referências:

BRAGA NETO, Adolfo. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 5, n. 15, São Paulo, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northflett. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASAGRANDE, Aline; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. O Fio de Ariadne no Labirinto de Dédalo: a mediação como política pública no tratamento de conflitos. In: GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline. (orgs.). O Novo no Direito. Ijuí: Unijuí, 2014.

MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NALINI, José Renato. A rebelião da Toga. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2008.

NETO, Adolfo Braga. Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Ano IV, n. 15, p.85-101, out-dez 2007.

PINTO, Ana Célia Roland Guedes. O conflito familiar na justiça-mediação e o exercício dos papéis. Revista do advogado, São Paulo, n. 62, p. 65, mar. 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. A mediação comunitária enquanto política pública eficaz no tratamento dos conflitos. In: REIS, Jorge Renato dos. e LEAL, Rogério Gesta (orgs). Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. Da Jurisdição à Mediação: Por uma outra Cultura no tratamento de Conflitos. Ijuí: Editora Unijui, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; GIMENEZ, Charlise Colet. O Tratamento de conflitos a partir da mediação: a implementação de uma cultura de paz como resgate da cidadania.In: Direito, Cidadania e Políticas Públicas VIII. Curitiba: Multideia, 2013.

SPLENGER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo Splenger. Mediação enquanto política pública [recurso eletrônico]: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas - 1.ed. - Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELLOS, E. M. O poder que brota da dor e da opressão: empowerment, sua história, teoria e estratégias. São Paulo: Paulus, 2003.

WARAT, Gisela Betina. Mediação: uma possibilidade de transformação das relações e das pessoas. In: WARAT, Luis Alberto (org.). Em nome do acordo: a mediação no direito. Florianópolis: Almed, 1998.

WARAT, Luis Alberto (org.). Em nome do acordo: a mediação no direito. Florianópolis: Almed, 1998.

WARAT, Luis Alberto. Surfando na Pororoca: o ofício do mediador. vol. 3. Florianópolis: Boiteux, 2004.

WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. O acesso à justiça e a crise no sistema jurisdicional: a mediação como alternativa de tratamento/solução para os conflitos familiares. In: GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline. (orgs.). O Novo no Direito. Ijuí: Unijuí, 2014.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. Mediação de conflitos. Pacificando e prevenindo a violência. A experiência pacificadora da mediação. São Paulo: Editora Summus, 2003.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

LEAL FILHO, José Garcia. Gestão estratégica participativa. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MORALLES, Luciana Camponez Pereira. Acesso à justiça e princípio da igualdade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA INTERDISCIPLINAR PARA TRANSFORMAÇÃO DE CONFLITOS: UM OLHAR SOBRE MULTIPLOS ATORES.

Daniela Campos Cerullo,
aluna do mestrado em Sociedade,
Tecnologia e Políticas Públicas da UNIT/AL;
danicerullo@hotmail.com.

Gabriela Maia Rebouças,
Doutora em Direito,
professora do mestrado em Sociedade,
Tecnologias e Políticas Públicas da UNIT/AL, g
abrielamaiar@gmail.com

Resumo:

Este artigo apresenta uma reflexão sobre as potencialidades da mediação como ferramenta para a transformação de conflitos, no bojo da diversificação de mecanismos de resolução de conflitos que um sistema de justiça multiportas pode apresentar. Considerando as diferenças teóricas e práticas das escolas de mediação e compreendendo-a como uma política pública eficaz para uma cultura de direitos humanos e cidadania, os múltiplos atores e as diversas ferramentas da mediação apontam para um campo interdisciplinar de compreensão de seus contornos. Com suporte metodológico na pesquisa bibliográfica e documental, as reflexões partem de referências acerca da mediação e da interdisciplinaridade, incluem um levantamento não apenas legislativo, mas também empírico de experiências diversificadas de mediação no Brasil, com atenção para o estado de Alagoas. Os resultados apontam para o reconhecimento de um campo interdisciplinar para a mediação, que envolve conhecimentos e práticas não apenas de direito, mas também de administração, psicologia, psicanálise, educação, filosofia e, sobretudo, uma compreensão da realidade concreta que envolve o conflito que exige de seus atores uma formação múltipla e um olhar atento, comprometido com o empoderamento das partes, da própria comunidade que os cerca, e com a transformação dos conflitos, numa relação intersubjetiva de respeito e responsabilidade consigo e com os outros. Assim, a mediação se configura como uma ferramenta realmente interdisciplinar e, portanto, apta a dar conta da complexidade própria dos conflitos intersubjetivos, no âmbito de sociedades contemporâneas, significando não a perda de espaço para os sistemas judiciais, mas o reconhecimento de sua insuficiência como campo disciplinar.

Palavras-chave: Mediação. Interdisciplinaridade. Transformação do conflito. Práticas no Brasil.

1 Introdução

"Papa pede mediação para por fim à crise da Coreia do Norte e evitar guerra" (GAZETAWEB, 2017), dizia uma manchete disponível em portal de notícias "on line" recentemente. E sempre que pensamos em mediação, principalmente profissionais do Direito, é possível que nos venha à mente, exclusivamente, a idéia de conflito no âmbito judicial. No entanto,

a partir da leitura desse excerto, vemos que não há nada no texto que indique uma necessária interferência do Poder Judiciário na causa.

A mediação é, pois um meio para dirimir um conflito em que a intervenção de um terceiro alheio à disputa seria o caminho para solucioná-la. Mas quais são as características que a tornam diferente dos demais meios utilizados com essa mesma finalidade, por exemplo, a simples negociação, ou a conciliação?

Em busca de uma resposta para essa questão, constatamos que a mediação encontra fundamento, basicamente, em duas escolas doutrinárias, uma norte-americana, que possui foco na resolução do conflito como forma de aperfeiçoar o acesso à justiça, e uma francesa, que se expandiu por toda a Europa, focada na transformação do conflito a partir de um trabalho sobre sua causa (BARBOSA, 2002). Em qualquer uma de suas versões, todavia, apresenta-se como um método de resolução de conflitos de forma não adversarial, ou seja, em que os envolvidos não se colocam como oponentes ou antagonistas, mas sim, como partes que possuem interesses divergentes.

É a mediação, portanto, o objeto de estudo deste trabalho, que se justifica, uma vez que se trata de conceito que se ainda se encontra em plena construção. Procuramos, inicialmente, voltando nosso foco para o Brasil, situar a mediação, enquanto política pública, entre os mecanismos de resolução de conflitos disponíveis no país, dando destaque a seu caráter interdisciplinar e às características que a distinguem das demais formas de composição de litígios existentes.

Nesse caminho, observamos que, diante do problema que representava o represamento de ações judiciais, desencadeando uma disfunção estatal, surgiu a necessidade de proposição de alternativas que solucionassem a questão, aparecendo a mediação como possibilidade. Para finalizar o estudo, trouxemos os conceitos já estudados para a prática cotidiana, fazendo um levantamento parcial de espaços e atores que utilizam a mediação no Brasil, com os olhos voltados, especialmente, para o Estado de Alagoas.

A intenção foi de descortinar a mediação através do olhar da interdisciplinaridade, retirando dela o manto da Justiça como monopólio do Poder Judiciário para colocá-la como meio de obtenção de Justiça em seu conceito mais amplo. Mais do que isso, trazendo-a para o nosso dia a dia, para demonstrar como faz parte do nosso cotidiano.

2 Mediação: Uma ferramenta para resolução e transformação de conflitos

"A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada" (WARAT, 2004, p. 34). Com essa reflexão, iniciamos nosso debate sobre o instituto, antevendo, desde já, que não se trata de conteúdo de simples definição.

Inicialmente, tentamos, pois, diante das inúmeras possibilidades que a definição acima pode nos apresentar, delimitar os contornos conceituais da mediação, para que não nos perdêssemos na amplitude de sua abrangência. Como arte que é, nada mais justo que levasse nossos olhares por caminhos que não estamos acostumados a trilhar.

Influenciados pelo modo de pensar vinculado ao Estado de Direito, somos levados a enxergar a mediação exclusivamente no âmbito da resolução de litígios, aqui entendidos como aqueles conflitos que deságuam no Poder Judiciário. A mediação, entretanto, encontra espaço nas mais diversas áreas de conhecimento, a exemplo da educação, psicologia, administração, serviço social.

No dizer de Consani (2008, p. 80), "o termo mediação é muito popular nos dias de hoje". Seguindo sua linha de raciocínio, essa popularidade decorre, em parte, de sua versatilidade, o que, por outro lado, dificulta sua conceituação.

Para Rial (2001, p. 212), mediadores são aceleradores da comunicação, "intermediários entre mundos diferenciados". A mediação, a partir dessa ideia, é como uma ponte, capaz de interligar, conectar, pessoas, mundos, em lados opostos.

Como arte que considera ser, para Warat (2004, p. 67-68), a mediação é:

> A inscrição do amor no conflito/
> Uma forma de realização da autonomia/
> Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos/
> Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades/
> Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade/
> Um paradigma cultural e um paradigma específico do direito/
> Um Direito da outridade/
> Uma concepção ecológica do Direito/
> Um modo particular de terapia/
> Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia

Inúmeros, pois, são os conceitos que se misturam com o de mediação. O amor, a democracia, os conflitos e até Direito. Tudo encontra seu espaço na mediação.

No Direito, por sua vez, os doutrinadores são uníssonos em preconizar a dificuldade de definir-se, com exatidão, o que seja a atividade mediadora, sendo essa, comumente, confundida com a conciliação ou com negociações diversas (REBOUÇAS, 2012). Para conceituá-la, Fiorelli, Fiorelli e Malhadas Júnior ensinam: "A mediação constitui um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes" (2008, p. 59).

Esse intermediário, alheio ao conflito, utilizando-se de técnicas mecanismos e procedimentos diversos, tenta auxiliar as partes para que cheguem, por si sós, à solução para o desentendimento que se instalou entre elas, sem interferir, diretamente, na situação. Partindo dessa premissa, antes mesmo de sua incorporação pelo sistema jurídico-político brasileiro, a mediação já firmava escolas que a embasaram mundo afora, diferenciadas entre si em razão da forma de tratamento dos conflitos.

Em tempos de Guerra Fria, entre as décadas de 50 e 60, os norte-americanos buscaram pesquisar métodos e técnicas capazes de minimizar conflitos instaurados ou em vias de instauração. Capitaneada pelos estudos em negociação da Universidade de Harvard (BARBOSA, 2002), a escola americana defende um tratamento unidisciplinar do conflito, o que facilitaria uma condução em busca da solução consensual, acabando por desenvolver um enfoque na negociação com o objetivo de aliviar o Judiciário, sem preocupação com o caráter preventivo do litígio.

Por outro lado, a escola francesa de mediação, que teve influência por toda Europa, apresenta um viés voltado para a transformação do conflito, buscando estudar suas causas para tentar resolvê-lo. Para essa corrente, o acordo que finalizaria o litígio seria, apenas, uma possibilidade (ASSUMPÇÃO, 2012).

No contexto europeu, portanto, a resolução de conflitos demanda um enfoque interdisciplinar. Essa teoria costuma ocupar-se de conflitos de natureza familiar e tem expoentes na *École des Parents* e no *Conseil Conjugal et Familial* (BARBOSA, 2002).

Trazendo a discussão para o campo da lei, utilizando-a como parâmetro para definição das escolas, enquanto no *Uniform Mediation Act* norte-americano (EUA, 2003), o foco no conflito e na negociação como forma de aliviar os entraves do Poder Judiciário apresenta-se hialino no item um,

da segunda seção, do texto do ato[1]. Enquanto isso, as leis europeias que beberam da fonte francesa, trazem conceitos de natureza interdisciplinar, que reclamam um conhecimento da natureza do problema em discussão para a consecução de uma solução complexa, que atinja o cerne da causa.

Na América do Sul, o perfil argentino seguiu os ditames da escola fundada na parte setentrional do continente. A *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*) norte-americana, com sua visão voltada para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça trazendo uma alternativa mais rápida e econômica (BARBOSA, 2002), teria atendido com perfeição aos anseios dos argentinos.

Exceção a essa regra seria a escola proposta por Warat, que defende um conceito de mediação com viés transformativo do conflito, que seria mais próximo da escola europeia. "Warat pensa a mediação como um instrumento de liberação coletiva" (REBOUÇAS, 2012, 179), de modo que sua teorização ultrapassa os limites clássicos da vertente construída na Europa.

Com base nas escolas predominantes, pois, reconhecem-se duas maneiras de mediar, "uma mais técnica, mais focada no acordo e outra transformadora, focada na aprendizagem, na subjetividade dos envolvidos." (REBOUÇAS, 2012, p. 179). Não há, contudo, uma exclusividade de atuação. As escolas não se excluem, indicam, apenas, os parâmetros que serão, preponderantemente, adotados no procedimento.

3 A influência dominante da escola norte-americana na legislação brasileira

Apesar de a mediação ser, nas palavras de Warat, "a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico" (2004, p. 65), a lei, no Estado Democrático de Direito, modelo adotado pelo Brasil[2], é um importante indicativo na forma como é tratado o assunto no país. Ainda que saibamos que não é a lei a única fonte de direitos e deveres do cidadão, não podemos negar que sua função regulatória construída em razão da necessidade de prevenir arbitrariedades representa uma força predominante na nossa sociedade atual. Eis porque é importante que nos detenhamos sobre ela.

Conferimos ao Estado, desde a época em que firmamos o que podemos chamar de Contrato Social, tão debatido pelos teóricos da formação social e da Teoria Geral do Estado, o poder (ou dever) de adotar aos "interesses, necessidades e demandas da sociedade" (RODRIGUES, 2013, p. 18). Essas demandas podem, inclusive, decorrer de necessidades internas, da própria máquina administrativa, ao exemplo de medidas regulatórias ou de controle e aperfeiçoamento dos processos estatais (Idem).

Nesse caminho, o abarrotamento do Poder Judiciário no Brasil vem sendo, constantemente, responsável pela revisão da postura exclusivista e concentradora que detinha o viés judicial no Brasil (GRINOVER, 2012). O excesso de demanda represada no Poder Judiciário afeta a todos e impede a realização dos fins sociais do Estado.

As políticas públicas, por sua vez, correspondem a ações destinadas a solucionar essa espécie de problema, que obstacularia a consecução das finalidades do Estado como sendo o instrumento destinado à obtenção do bem-estar social (*Welfare State*). Correspondem a atos do

1 "(1) 'Mediation' means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute."

2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (…) (CF, BRASIL, 1988)

próprio governo e envolvem comportamentos que são "orientados por metas, num ambiente com grau variável de previsibilidade ou acaso" (RODRIGUES, 2013, p. 53).

A mediação como política pública surge, pois, como resposta estatal ao problema que representa o excesso de ações estancadas no Poder Judiciário. Tendo surgido fora do contexto do Direito moderno, sistematizado em leis, a mediação foi, então, incorporada a esse sistema, que se confunde com nosso próprio Estado, um Estado de Direito.

Abriu esse caminho, no Brasil, no âmbito do Poder Judiciário, a edição, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Resolução nº 125, de 2010. Antes disso, havia tramitado no Congresso Nacional um projeto de lei de autoria da ex-Deputada Zulaiê Cobra, o PL nº 4.287/1998, o qual acabou sendo arquivado. À edição da referida Resolução, seguiram-se a inclusão do tema na reforma do Código de Processo Civil brasileiro, que culminou com a sanção da Lei nº 13.105/2015, e a publicação da lei da mediação, que recebeu o número 13.140, também no ano 2015 (CABRAL, HALE e PINHO, 2016).

O legislador brasileiro optou por atribuir ao instituto uma condição mais técnica direcionada à solução de conflitos[3]. Não de trata, entretanto, de condição obrigatória. Uma vez que até a própria lei prevê a atuação do mediador dentro e fora do âmbito do Poder Judiciário (BRASIL, 2015), e sabendo-se que a prática da mediação não só antecede, como transcende a atuação judicial, não há qualquer óbice à realização prática do instituto sob enfoque diverso do previsto no conceito legal.

A legislação brasileira, apesar de ter, inicialmente, na proposição feita por Zulaiê Cobra (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2008), bebido na fonte europeia, com expoente na França, acabou por adotar uma postura baseada no referencial teórico norte-americano (ASSUMPÇÃO, 2012). Tendo o aperfeiçoamento do acesso à justiça como fundamento, a busca pela solução da controvérsia teve maior peso da escolha do legislador.

A matéria, agora, está posta na sociedade, reclamando monitoramento e avaliação, fases essas posteriores à analisada, que visam a examinar os efeitos da política implementada. Muszkat (2008, p. 96), entretanto, alerta para o risco de aprisionamento da mediação que a apropriação estatal, principalmente da forma como se apresenta, pode representar.

Segundo seu entendimento (*Idem*), o modelo paternalista de pensar os direitos humanos e a cidadania que domina o sistema vigente não comporta o enquadramento da proposta de resolução de conflitos trazida pelo conceito de mediação. Além disso, a Justiça carrega, em si, um "peso sisudo e sombrio" (REBOUÇAS, 2012, p. 118).

Como se pensar em empoderamento das partes em um ambiente que as oprime sobremaneira? Parece-nos um contrassenso. Estando inseridas em um círculo de poder que naturaliza as visões de mundo do dominante, dificilmente os indivíduos conseguem, por si só, perceber que se encurralaram em armadilhas às quais permanecem alheios. Trata-se de um poder invisível (BOURDIEU, 1989).

Dominados pelo positivismo que "faz da lei o dogma central do direito" e impera no ocidente desde o século passado, afastamo-nos da discussão sobre justiça, ética e moral (REBOUÇAS, 2012, p. 123). Fora da lei, não há reconhecimento, valorização.

A inserção da mediação em um contexto simbolicamente opressor, ainda que não seja essa a intenção do agente público, desfigura-a de suas condições ideais de aplicação. Ainda que se preze pela informalidade e flexibilidade, colocando-as como princípios basilares do instituto, o simples

3 Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015: Art. 1º (…) Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (BRASIL, 2015)

texto legal não possui o condão de atribuir-lhe características reais e efetivas, sendo o desafio do mediador libertar-se, para poder liberar as partes, de sua impressão inicial.

Ocorre, entretanto, que não é o Poder Judiciário o detentor do monopólio da mediação no Brasil. A mediação é, em verdade, mais do que uma alternativa à justiça. É independente dela! Por vezes é realizada ainda que não se saiba o que está a ocorrer.

Conflitos eclodem a todo momento. E todo conflito que eclode é uma oportunidade para a prática da mediação. Mas nem toda vez que um conflito é resolvido com o auxílio de um terceiro que se mantém neutro ocorre essa prática.

Vejamos o imaginário exemplo de um policial militar que, em sua ronda, depara-se com uma discussão entre vizinhas sobre acontecimentos cotidianos. Trata-se de situação, à primeira vista, apta a ser mediada. Todavia, ainda que ele, apenas com sua presença, sem fazer proposições, consiga encerrar o conflito, é possível que sua ação não represente uma prática de mediação.

Pelo mesmo motivo que a um Juiz togado também pode ser negada essa condição. A farda de um militar carrega, em si, uma simbologia de poder. Como garantir o empoderamento real das partes diante de alguém a quem dada a faculdade de prendê-las? E essa é mais uma face da impropriedade da intervenção estatal nessa seara.

Para que a prática da mediação seja feita com respeito a seus princípios, todas as amarras precisam ser desfeitas. Pensar que as partes devem chegar, por si próprias, à solução para seus problemas parte da compreensão de que elas estejam livres para fazê-lo, o que fica comprometido quando um órgão com poder de coerção interfere no processo. O desafio que se apresenta, pois, é tentarmos libertá-las ao máximo.

4 A interdisciplinaridade como atributo indispensável da mediação

A interdisciplinaridade garante à mediação o ambiente propício à solução do conflito em sua origem. O conhecimento do Direito ou da psicologia, por exemplo, não basta para que o mediador seja bem sucedido nessa empreitada. Importa mais ao sucesso da mediação que, conhecendo o Direito ou a Psicologia, os envolvidos façam com que esse conhecimento dialogue com outros saberes na intenção de encontrar uma resposta para a controvérsia que se apresenta para sua análise.

Interdisciplinaridade não se confunde com multidisciplinaridade. “A multidisciplinaridade não implica integração, mas superposição dos diversos conhecimentos disciplinares convocados para determinado estudo.” (LEIS, 2011, p. 109) O saber integrado é que diferencia a interdisciplinaridade da multidisciplinaridade, que se apresenta como uma coletânea compartimentada de conhecimentos.

Sem essa conexão, perde-se a utilidade da multiplicidade de saberes. O tratamento do conflito, cujo conceito carrega, em si, a complexidade como núcleo fundamental, demanda uma atitude que vai além da mera mistura indiscriminada de conhecimentos. Demanda, até mesmo, mais que integração. Até esta pode ser considerada insuficiente.

Para Rebouças (2012, p. 190), o “caráter transdisciplinar é marca essencial da mediação”. Entendida a transdisciplinaridade como um conceito ainda mais amplo do que a própria interdisciplinaridade, segundo o qual as disciplinas não só se comunicam, estando, na verdade, interligadas entre si (FOLARI, 1995), isso quer dizer que, em suas bases, a mediação mistura saberes como um todo unitário, como se seus alicerces fundamentassem-se em uma construção única de conhecimentos que não se dividem, ao contrário, complementam-se mutuamente.

Nesse contexto, a interdisciplinaridade, apresentando-se como o ponto de equilíbrio entre os extremos da multidisciplinaridade e da transdisciplinaridade (LEIS, 2011, p. 110), surge como a chave para tornar firme a ideia de que a mediação reclama a aplicação conjunta dos mais variados ramos do conhecimento. É tendo em mente essa forma de pensar que devemos enxergar seus elementos.

Além do abarratomento do Poder Judiciário identificado pelo poder estatal para a inclusão da mediação em sua agenda de discussões, inúmeros foram os fatores que despontaram como desencadeadores de uma busca por meios de resolução de conflitos alternativos ao modelo jurisdicional. Faria e Campilongo (1991, p. 21), em seus estudos sobre a sociologia jurídica entre as décadas de 80 (oitenta) e 90 (noventa), tratando como formas "para-legais" de solução de demandas, apresentava a negociação, a arbitragem e a mediação como caminhos trilhados na direção da neutralização dos dilemas econômicos, político-sociais e inerentes à crise de hegemonia e legitimação do regime vigente até o início da chamada Nova República.

Liberta das afrontas da ditadura, os anseios da sociedade continuaram a reclamar uma atuação estatal efetiva que parecia encontrar no Poder Judiciário um grande entrave. A morosidade e o custo elevado dificultam a busca pela solução de conflitos por meio do Estado. Além disso, as desigualdades insistem em se mostrar e a sociedade está cada vez mais consciente das injustiças a que se submete em razão de uma ampliação de acesso à informação.

Para Santos (2016), a resposta a essas inquietações está em uma revolução democrática da justiça. Os meios alternativos de resolução de conflitos, como formas paralelas à atuação do Poder Judiciário, apareceram, pois, como soluções ao caos anunciado no ordenamento social.

Atualmente, a nomenclatura adotada pelas entidades estatais traz para o contexto a ideia de resolução adequada de conflitos. A chamada Resolução Adequada de Disputas (RADs):

> inclui uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. Tais métodos oferecem, de acordo com suas respectivas peculiaridades, opções para se chegar a um consenso, a um entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido ou 'desenhado'. (AZEVEDO, 2016, p. 17)

A letra "A" da sigla RADs, já indicou alternativa, apropriada, e hoje está mais alinhada com os conceitos de adequada ou amigável (Idem). Entre os métodos que se encaixam nessa denominação, destacamos a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

De forma simples, a arbitragem compara-se com a resolução judicial clássica porque dele resulta uma sentença; a diferença é que o árbitro não é um Juiz investido pelo Estado em poder decisório, mas sim, uma pessoa designada pelas partes para emitir solução extrajudicial. Ou seja, corresponde a um processo de tomada de decisão extrajudicial por terceiro não investido de judicatura, chamado de árbitro.

A negociação, por sua vez, não envolve a participação de um terceiro. No caso da negociação, as partes mesmas encontram seu ponto de equilíbrio, por si sós, e a partir dele solucionam as questões em que divergem, correspondendo a uma "comunicação voltada para a persuasão" (AZEVEDO, 2016, p. 20).

A mediação é, pois, uma espécie de negociação que acrescenta às características desta participação do mediador. O mediador seria a terceira pessoa que, nas palavras do conceito positivado na legislação vigente, auxiliaria e estimularia as partes na busca por uma solução consensual adequada, funcionando como um catalisador, neutro e imparcial, que "facilita a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a

encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades." (AZEVEDO, 2016, p. 20)

O que a diferencia da conciliação é justamente a participação desse terceiro na ação. Enquanto ao mediador compete empoderar as partes, fornecendo subsídios para que elas mesmas encontrem a solução para seus conflitos, ao conciliador são conferidas condições para uma atitude mais dirigida para a consecução do acordo. A ele é possível propor as medidas que lhe parecem mais adequadas para encerrar a demanda.

Na esfera da legislação vigente, o Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), distingue os dois institutos nos parágrafos do art. 165:

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
> § 1o (omissis)
> § 2o O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
> § 3o O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Como podemos ver acima, para o legislador, a mediação é o ato indicado para solucionar conflitos oriundos de relações continuadas, em que exista vínculo entre as partes; enquanto a conciliação está direcionada a conflitos "originados em relações descartáveis" (CABRAL, HALE e PINHO, 2016, p. 39). Além disso, na mediação busca-se encontrar os interesses por trás das posições manifestadas pelas partes, enquanto, na conciliação, apenas o que for por elas externado é levado em consideração.

Essa distinção importa porque, a despeito de constituírem alternativas à judicialização de demandas, há algum tempo, principalemente esses dois últimos mecanismos – a conciliação e a mediação – vêm protagonizando as relações judiciais, o que teve início no momento em que se percebeu que a falência do sistema jurídico afetava a consecução dos fins estatais e tentou-se buscar alternativas a essa falha. O que chamamos, pois, de sistema multiportas, corresponde à diversificação do acesso à justiça de forma a permitir ao cidadão que encontre respostas a seus anseios quanto aos conflitos em que estejam inseridos, também, fora do âmbito judicial.

Foi, entretanto, a única distinção feita entre os dois institutos no Novo Código de Processo Civil, que, na sequência, passa a tratá-los como iguais (BRASIL, 2015). Diante de tamanha complexidade, pensar que o estudo da mediação resume-se a essa breve diferenciação, ou mesmo à dicotomia escola francesa/escola americana, corresponderia a um descuido científico. Apesar de essas duas correntes abraçarem as principais características do instituto caminhando, cada uma, em sua direção peculiar, as condições que apresentam não encerram os debates sobre o tema.

Já foi dito em linhas anteriores, por exemplo, que a forma de mediação proposta por Warat apresentava-se como tangente à construção europeia acerca do assunto. Sua ideia de mediação transformadora vai além da simples transformação do ser humano. Para ele, a mudança alcançada através do uso do instituto produz efeitos em toda a coletividade, transcendendo o individual, pois (WARAT, 2004, p. 66).

"Mais que técnica, a mediação é uma postura, é uma maneira de interagir com pessoas em conflito e com isso, a mediação exige (se já não for) uma reflexão ética." (REBOUÇAS, 2012, p. 181) O engessamento que amarra o conflito a uma única temática ou disciplina, seja ela o Direito ou qualquer outra, não faz parte da natureza da mediação.

Sequer existe uma mediação tão pura que não se utilize de técnicas de negociação ou conciliação para atingir a sua finalidade. "Cabe ao mediador examinar melhor cada situação para definir que estratégia se aplica melhor a ela." (MUSZKAT, 2008, p. 70-71) O teor de um conflito familiar não possui a mesma natureza de um litigio de ordem exclusivamente patrimonial, ainda que existam laços entre os envolvidos. Uma mediação entre colegas de trabalhos demanda técnicas diferentes em relação a uma mediação entre ex-cônjuges.

Transformação, empoderamento e valorização, nesse contexto, tornam-se palavras chaves. A elas vem juntar-se à ideia de desconstrução, de padrões pré-estabelecidos, de conceitos pré-formados. Esses ingredientes são indispensáveis na descoberta da uma forma ideal de mediar, de modo que um olhar interdisciplinar constitui atributo inafastável para a prática.

5 Campos e atores no Estado de Alagoas: um retrato parcial da realidade

Como instrumento interdisciplinar destinado a resolução de conflitos, a mediação pode apresentar-se das mais variadas formas. Por certo, é praticada diariamente, sem que se saiba, nos mais diversos campos de atuação e por meio dos mais diversos atores.

A despeito dessa condição, catalogar espaços de prática da mediação apresenta-se como tarefa árdua. Seja porque, por vezes, as pessoas sequer têm conhecimento de que estão realizando mediação, seja porque, seu caráter interdisciplinar e multifacetário dificultam sua classificação.

Desprendida do braço estatal, em Alagoas, temos à disposição da população uma Câmara de Mediação e Arbitragem, denominada CAMEAL, instituição fundada em 1998, que não possui fins lucrativos e realiza conciliações, mediações e arbitragem, cobrando pelos procedimentos efetivados (Fonte: https://www.cameal.com.br/). De forma institucionalizada, no âmbito privado, foi o único local encontrado, e, em existindo custos para a prática, não se faz acessível à grande parcela da população.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, por sua vez, a prática encontra um campo maior de atuação. O Tribunal de Justica do Estado, acompanhando a onda nacional, editou a Resolução nº 3/2016, que dispõe sobre a atualização e unificação da normatização concernente à instalação e funcionamento do Núcleo Permanente De Métodos Consensuais De Solução De Conflitos – NJUS-AL – e dos Centros Judiciais De Solução De Conflitos e Cidadania – CJUS-AL – e adota providências correlatas (TJAL, 2016). Através desse instrumento, instituiu-se o CJUS como órgão responsável por, dentro do Poder Judiciário local, realizar sessões de mediação em situações processuais e pré-processuais, ou seja, tanto endo como extraprocessuais, a fim de promover uma solução célere e eficiente para os conflitos que lhes são apresentados[4].

O CJUS realiza sessões regulares de mediação em processos existentes ou em situações prévias a depender de provacação de qualquer dos interessados. O procedimento pré-processual,

4 Art. 10. Compete aos Centros Judiciais de Solução de Conflitos – CJUS/AL: I - atender aos juízos vinculados, sem prejuízo de outras unidades jurisdicionais, quando assim requerido; II – realizar as sessões e audiências de conciliação e mediação, processuais e pré- processuais e; III – prestar o atendimento e orientação ao cidadão, no âmbito de sua competência.

inclusive, independe do pagamento de custas, o que facilita o tão almejado acesso à Justiça. Encontra-se em pleno funcionamento, sendo pertinentes e verificadas neste espaço todas as dificuldades debatidas neste artigo, a despeito da existência de um esforço, ainda que incipiente, na busca de uma mediação eficaz.

Entre os órgãos do Poder Executivo, na capital, verificamos que a Secretaria Municipal de Educação, pretendendo visualizar a aplicação da mediação escolar, não possui nenhum braço responsável por esse tipo de atuação. Há cerca de dez anos, porém, uma organização não governamental atua no município através de um projeto que visa a promover uma cultura de paz nas escolas, desenvolvendo a prática em mais de vinte escolas desde seu início em meados da primeira década deste século XXI.

No âmbito dos conflitos de ordem trabalhista, a sede do Ministério Público do Trabalho em Maceió, capital do Estado, disponibiliza a possibilidade de realização da mediação para os cidadãos que se encontrarem em situação de conflitos decorrentes de relações trabalhistas. Basta que o interessado procure o auxílio do órgão.

Por fim, enquanto a OAB Nacional dispensou um espaço para discussões acerca da matéria, a seccional de Alagoas não possui nenhuma comissão destinada ao instituto. Nenhum dos métodos de resolução alternativa de conflitos mereceu, ainda, a atenção do órgão de classe dos advogados para fins de estímulo ao estudo e aplicação. (Fonte: http://oab-al.org.br/)

Durante a realização do estudo, esses foram os únicos dados encontrados. Acreditamos, entretanto, que, fora das estatísticas oficializadas, diante de tudo que se disse até aqui, essa prática, bem mais antiga que sua institucionalização, pode ser visualizada a todo tempo, entre membros da comunidade e por membros da comunidade, pelo bem da sociedade.

6 Considerações finais

Instituto de conceituação complexa e pouco discutido até o momento de sua implementação como política pública efetiva, a mediação ainda se encontra em processo de construção e afirmação, a despeito de dela se ter conhecimento há incontáveis décadas. Longe de estar restrita à área jurídica, como ferramenta para resolução de conflitos, a mediação chega a ultrapassar o conceito de interdisciplinaridade para abraçar o ideal da transdisciplinaridade.

Isso porque, para que a prática produza o efeito idealizado, não basta que as disciplinas comuniquem-se entre si, importa que elas se confundam em uma unidade organizada, a fim de que o resultado também represente mais do que um simples acordo para encerrar o conflito que está aparente aos olhos nus. Esse tipo de solução pode não corresponder aos reais anseios das partes que, posteriormente, em subsistindo a causa que lhe deu origem, devem voltar a demandar por resolução do mesmo conflito.

Essa visão, contudo, é dominante na escola europeia de mediação, que visualiza o método como meio para alcançar a transformação das relações atingindo as causas do conflito. Caminhando na mesma direção, porém em sentido oposto, o Brasil, com nítidos problemas de disfunção estatal no que diz respeito ao acesso à Justiça, em razão de um agigantado número de processos em trâmite nos diversos âmbitos judiciais, adotou a perspectiva da escola norte-americana de mediação, com viés mais técnico direcionado à consecução do acordo como o fim do procedimento.

Foi, justamente, essa condição problemática que chamou a atenção dos governantes a ponto de trazer a mediação para a pauta de discussões dos responsáveis pela elaboração de políticas

públicas. Há cerca de dois anos, uma lei disciplinando o tema foi sancionada e adentrou no ordenamento jurídico do nosso país. Sem contar a previsão expressa no Novo Código de Processo Civil.

A mediação difere da conciliação na medida da atuação do terceiro interventor. O conciliador pode ser mais ativo no exercício de suas funções, propondo possibilidades de acordo com um poder de interferência mais efetivo. Em contrapartida, a atividade do mediador é de moderação, facilitação, de catalisador que direciona suas energias a permitir que as partes cheguem, por si só, à melhor solução possível para o problema que as coloca em situação de conflito.

Pode ser realizada de forma extrajudicial ou dentro do próprio processo, a depender da disponibilidade dos envolvidos. Trata-se de procedimento voluntário, que perde o sentido se for imposto, e sigiloso, que não exige uma estrutura específica.

A despeito, entretanto, de ter o poder público, quando se ocupou da mediação, tentado dar a ela uma característica técnica, pautada na unidisciplinaridade, com foco na construção de um acordo, seus fundamentos vão além de toda essa racionalidade. A mediação demanda uma atuação interdisciplinar, condição que lhe é indispensável, na busca pela transformação do conflito em sua essência, momento em que ocorrerá a transformação do próprio indivíduo e, como consequência, de toda coletividade.

Para isso, é preciso que desconstruamos as bases sólidas impostas pelo conhecimento fragmentado ao qual nos encontramos vinculados. Essa desconstrução ensejará o empoderamento da sociedade e a capacitará para providenciar a resolução dos conflitos que se apresentarem de maneira a garantir a manutenção das relações e, consequentemente, a harmonia entre os indivíduos.

Referências

ASSUMPÇÃO, Luiz Felipe Monsores. Primeiras linhas sobre a mediação pública de conflitos trabalhistas no Brasil: descortinando as “mesas redondas”. In: *Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades.* Niterói RJ: ANINTER-SH/ PPGSD-UFF, 03 a 06 de Setembro de 2012. Disponível em <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20%E0%20justi%E7a,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/PRIMEIRAS%20LINHAS%20SOBRE%20A%20MEDIA%C7%C3O%20P%DABLICA%20DE%20CONFLITOS%20TRABALHISTAS%20NO%20BRASIL%20-%20Trabalho%20completo.pdf> Acesso em NOV 16.

AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de mediação judicial.* Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em NOV 16.

BARBOSA, Águida Arruda. A Política Pública da Mediação e a Experiência Brasileira. In: *III Congresso de Direito de Família*. Família e Cidadania. O Novo CCB e a Vacatio Legis. 2002.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.*Código de Processo Civil. (DOU de 17/03/2015). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.Acesso em NOV 16.

_____.*Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2005.* Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração

pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm#art47> Acesso em OUT 2016.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval e PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *O marco legal da mediação no Brasil:* comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de lei nº 4.287/1998.* Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>. Acesso em ABR 2017.

CONSANI, Marciel Aparecido. *Mediação tecnológica na educação: conceito e aplicações*. 2008. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.* Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso NOV 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Uniform Mediation Act.*Last revised or amended in 2003. Disponível em http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf. Acesso 14 ABR 2017.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A Sociologia jurídica no Brasil.* Porto Alegre: SAFE, 1991.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS, Marcos Julio Jr Olivé. *Mediação e solução de conflitos:* Teoria e prática. São Paulo: Editora Atlas SA, 2008.

FOLLARI, R. A. Algumas considerações práticas sobre interdisciplinaridade. In: Bianchetti, L., Jantsch, A.*Interdisciplinaridade: para além da filosofia do sujeito.* Petrópolis: Vozes, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Mediação Judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: *Conciliação e Mediação:* estruturação da política judiciária nacional. Coord.: RICHA, Morgana de Almeida e PELUSO, Antonio Cezar. Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 171-179.

LEIS, Héctor Ricardo. Especificidades e desafios da interdisciplinaridade nas ciências humanas. *PHILIPPI Jr, A.; NETO, AJS (ed). Interdisciplinaridade em ciência, tecnologia e inovação. Barueri: Manole*, p. 106-122, 2011.

MUSZKAT, Malvina. *Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações*. 2ª ed. rev. São Paulo: Grupo Editorial Summus, 2008.

Papa pede mediação para por fim à crise da Coreia do Norte e evitar guerra. *Gazetaweb*. Maceió. 30 de abril de 2017. Disponível em <http://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2017/04/papa-pede-mediacao-para-por-fim-a-crise-da-coreia-do-norte-e-evitar-guerra_32448.php> Acesso em 01 mai 2017.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. *Tramas entre subjetividades e direito*: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

RIAL, Carmen. Mediação, Cultura e Política. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 211-214, Oct. 2001. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132001000200014&lng=en&nrm=iso>. access on 17 May 2017. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132001000200014.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Leya, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. *Resolução nº 03*, de 05 de janeiro de 2016. Dispõe sobre a atualização e unificação da normatização concernente à instalação e funcionamento do núcleo permanente de métodos consensuais de solução de conflitos – NJUS-AL e dos centros judiciais de solução de conflitos e cidadania – CJUS-AL e adota providências correlatas. Disponível em <http://www.tjal.jus.br/resolucoes/Resolu%E7%E3o%20N%BA%203%20-%202016%20-%20NJUS%20e%20CJUS%20unifica%20normatiza%E7%E3o%20(1).pdf> Acesso em maio 2017.

WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca*: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

AUTONOMIA DA VONTADE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CÍVIL – ENTRE O EMPODERAMENTO DAS PARTES E A LEGITIMAÇÃO DA VIOLÊNCIA SIMBÓLICA ESTATAL

Caroline Machado de Oliveira Azeredo,
Mestra em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle,
carolineazeredoadv@yahoo.com

Fernanda Sartor Meinero,
Mestra em Direito e Sociedade pela Universidade La Salle,
fernandasartor@hotmail.com

Resumo:

Por meio da resolução n.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça houve o incentivo a outras formas de tratamento de litígio, tornando-as parte da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Esta política pública refletiu no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) com a promoção das práticas adjudicatórias e outros institutos que se baseiam no empoderamento das partes. Contudo, observa-se que por mais que se promova a autonomia da vontade dos jurisdicionados, o NCPC ainda cultua a violência simbólica estatal. Assim, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o instituto da autonomia da vontade e suas bases filosóficas que foram incorporados pelo NCPC, especialmente na positivação das formas consensuais de tratamento de conflitos. Adotar-se-á como metodologia a técnica de pesquisa exploratória bibliográfica, tendo como referência as obras de Luis Alberto Warat e Pierre Bourdieu.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Mediação. Novo CPC. Violência estatal.

AUTONOMY OF THE WILL IN THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE - BETWEEN THE EMPOWERMENT OF THE PARTIES AND THE LEGITIMATION OF STATE SYMBOLIC VIOLENCE

Abstract:

Through Resolution n. 125/2010 of the National Council of Justice, other forms of litigation were encouraged, making them part of the National Judicial Policy for the adequate treatment of conflicts of interest within the scope of the Judiciary. This public policy caused impact on the New Code of Civil Procedure (Law 13.105/2015) with the promotion of adjudicatory practices and other institutes that are based on the empowerment of the parties. However, it is observed that, even if the autonomy of the will of the parties is promoted, the NCPC still promotes symbolic state violence. Thus, the present research has as objective to analyze the institute of the autonomy of the will and its philosophical foundations incorporated by the NCPC, especially in the positivation of the consensual forms of treatment of conflicts. In order of methodology, it uses an exploratory bibliographical research, having as reference the studies of Luis Alberto Warat and Pierre Bourdieu.

Keywords: Autonomy of the will. Mediation. New CPC. State Violence.

1 Introdução

O Brasil começou um processo de *desjudicialização*[5] com a aprovação da Lei de Arbitragem[6] (Lei no. 9.307/96) e posteriormente com a Lei no. 1.441/07, que regula a realização de inventário, partilha e divórcio consensual pela via administrativa[7].

Contudo, foi por meio da resolução n.125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que as práticas adjudicatórias se tornaram parte da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Assim, recentemente no país foram aprovadas a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que promovem outras formas de tratamento de conflito além da judicialização.

Como impacto da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, o NCPC traz que a judicialização é apenas uma das formas de resposta aos litígios, viabilizando e enfatizando outros métodos de tratamento de conflitos como a mediação e a conciliação, alterando significativamente os ritos processuais.

Além das práticas adjudicatórias, o NCPC incorporou as convenções processuais, conforme o artigo 190, que permite as partes adequar o procedimento mediante a autocomposição, alterando prazos processuais, ônus, faculdades, deveres e direitos processuais.

Porém, se por um lado o NCPC permitiu o alargamento da autonomia da vontade das partes, empoderando-as, por outro deturpa o próprio sentido instituto obrigando, por exemplo, que as partes se apresentem a primeira sessão de mediação ou conciliação quando ambas não expressem a sua vontade em não comparecer.

A presente pesquisa objetiva analisar o instituto da autonomia da vontade no NCPC, bem como as suas bases filosóficas, especialmente no que se refere a positivação das práticas adjudicatórias. Será adota como metodologia a técnica de pesquisa exploratória bibliográfica, tendo como principais referenciais teóricos as obras de Luis Alberto Warat e Pierre Bourdieu.

O estudo será apresentado em três partes. A primeira discorrerá acerca do instituto da autonomia da vontade. A segunda abordará a autonomia da vontade e o empoderamento das partes no NCPC. Por fim, serão analisadas as contradições a este empoderamento, bem como o reforço e a manutenção da violência estatal no Código Processual.

---

[5] Segundo, Oliveira (2014), ao analisar a semântica da palavra *desjudicialização* que se compõe do prefixo "des", que significa negação e do termo judicializar, verbo que vem da palavra judiciário, conclui-se que se trata da existência de um movimento de retirada do judiciário, está ligado a temas que são colocados em outros patamares de processualidade (OLIVEIRA, 2014, p. 162).

[6] Nas palavras de Carlos Alberto Carmona: "a arbitragem é o meio multiportas de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebam seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais áurea dos quais os litigantes possam dispor" (CARMONA, 2009, p. 51).

[7] Desde que não haja interesses indisponíveis de incapazes.

2 Autonomia da vontade

Muitos teóricos partem de Immanuel Kant para conceituar a autonomia da vontade. Para Kant, a vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis.

> O conceito segundo o qual todo o ser racional deve considerar-se como legislador universal por todas as máximas da sua vontade para, deste ponto de vista, se julgar a si mesmo e às suas acções, leva a um outro conceito muito fecundo que lhe anda aderente e que é o de um Reino dos Fins (KANT, 2002, p.75).

Portanto, aquilo que serve à vontade de princípio objetivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais (KANT, 2002, p. 67).

Porém, para Ferraz Jr. (2002, p. 87-88) a autonomia da vontade surge na idade média a partir do deslocamento das liberdades para o interior das subjetividades, seria a separação do querer e do poder. Esta noção de liberdade está relacionada com o livre-arbítrio. No século XVI surgem as primeiras noções de direitos subjetivos, bem como direitos individuais (ARAÚJO, 2009, p. 43). Aparecem concepções de liberdade contratual, livre-arbítrio e capacidade de escolha pelo indivíduo, que passar a ser qualificado como pessoa moral com capacidade de escolha, pois se trata de um indivíduo livre e com autonomia para fazer opções (ARAÚJO, 2009, p. 44).

A partir da criação dos Estado nacionais, bem como da vinculação do arbítrio individual com a teoria dos contratos, a autonomia da vontade restou clara na manifestação da vontade dos contratantes. A essência contratual reside justamente na manifestação do consentimento dos contratantes.

> O contrato não é mais do que um expediente, uma forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo sua vontade e condições do seu gosto, segundo suas necessidades e interesses; é o meio de estipular suas relações recíprocas; é em sua a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe prouver (MARQUÊS DE SÃO VICENTE apud RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 119).

Portanto, pode-se dizer que a autonomia da vontade como princípio que tem suas bases no liberalismo econômico e na filosofia kantiana, do século XIX que permitiram o surgimento de um contrato anterior e superior à lei (ARAÚJO, 2009, p. 45). A sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX era marcada pela ideologia individualista que considerava o homem era o centro do direito, sendo a sua vontade livre devendo ser respeitada pelo Estado.

Assim, pode-se dizer que a autonomia da vontade deu lugar à autonomia privada, abandonando a vontade suprema das partes, isoladamente considerada, para se transformar na vontade do indivíduo, dependente dos dispositivos legais vigentes. A vontade individual estaria sujeita a autorização do ordenamento jurídico, o que é deveras paradoxal.

> Para concluir que a autonomia da vontade poderia ser enquadrada em duas preposições essenciais: toda obrigação por ser sancionada pelo Direito, deve ser livremente consentida; mas, ao inverso, toda obrigação, desde o instante em que é livremente consentida, deve ser sancionada pelo Direito (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 120).

Para Savigny, o Direito subjetivo seria um poder de vontade, sendo que nas relações jurídicas entre as pessoas, este direito seria uma linha invisível, fixando limites e garantindo a liberdade entre os indivíduos, possibilitando uma ajuda mútua (ARAÚJO, 2009, p. 45-46). Portanto, Araújo (2009, p. 46) esclarece que para o Direito Internacional Privado, a decisão das partes é tomada independentemente do que dispõe os ordenamentos jurídicos aos quais a transação estaria conectada.

Assim, no direito interno, a autonomia da vontade significa que os contratantes podem fixar livremente a matéria de seus contratos, porém nos limites legais. Mas, na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade de escolha, pelas partes, de outro ordenamento jurídico para regular seu contrato.

Independentemente, da apreciação sob a ótica do direito interno ou sob a ótica do DIPr, a autonomia da vontade segue limitada ou autorizada pelo ordenamento jurídico. Apesar da concepção kantiana, os indivíduos são livres na medida em que o Estado lhes permite, exercendo sob todos os jurisdicionados a violência simbólica, mesmo que aparentemente promova a autonomia da vontade.

3 A autonomia da vontade e o empoderamento das partes no novo CPC

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125 de 29/11/2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, buscando estimular outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação [8].

Além da resolução, foi sancionada a Lei da Mediação n°13.140/15 que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, também estabelece outras formas de tratamento dos litígios, positivando o dever dos Tribunais de criar núcleos de solução de conflitos para oferecer mediação e conciliação, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil e do art. 27 da Lei de Mediação, antes de prolatar a sentença[9].

Observe-se que a inclusão dos mecanismos consensuais de solução de conflitos no ordenamento jurídico revela que o Estado busca outras formas de resolver os litígios, estimulando práticas como a conciliação e a mediação, que facilitam a comunicação entre as partes e a solução/prevenção de conflitos. Portanto, os métodos consensuais de tratamento de conflitos não serão realizados apenas de forma extrajudicial, mas também no judiciário.

As partes envolvidas assumem novamente a titularidade do seu conflito, tendo poder e responsabilidade para encontrar uma solução para o caso, com a ocupação de espaços de escuta e de fala. Como fundamentos principais para tal iniciativa, merecem destaque a maior adequação desses mecanismos para atender os indivíduos em seus interesses e o reconhecimento das

[8] Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

[9] Art. 1º Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

limitações do Poder Judiciário para distribuir a prestação jurisdicional em tempo e condições razoáveis. (TARTUCE, 2013, s/p).

Na mediação não se olha o conflito como algo negativo ou necessariamente uma controvérsia, pois, nesse sentido, acaba-se por reduzi-lo a uma disputa de questões de direito e patrimônio (WARAT, 2001, p. 81). No litígio os magistrados decidem "as formas do enunciado pelas partes, atendendo às formas do pretendido e não as intenções dos enunciantes" (WARAT, 2001, p. 81).

Portanto, alerta-se que a mediação deve ser vista não como prática alternativa de resolução de conflitos e sim como via de efetividade ao acesso à justiça. Warat aponta que "(...) é um trabalho sobre afetos em conflitos, não um acordo entre as partes, exclusivamente patrimonial, sem marcas afetivas" (WARAT, 1998, p. 8). Ainda, segundo o mesmo autor, a "mediação ultrapassa a dimensão de resolução não adversária de disputas jurídicas", pois mesmo que considerada como um recurso alternativo do judiciário, ela não deve ser reduzida a categoria de conciliação (WARAT, 2001, p. 88/89).

Além da regulamentação de novas formas de solução de conflitos, o NCPC incorporou as convenções processuais, conforme o artigo 190, permitindo, nos processos que admitam autocomposição, a mudança no procedimento[10]. As partes podem promover tais mudanças para adequar o procedimento às especificidades da ação, acordando sobre prazos processuais, ônus, faculdades, deveres e direitos processuais, antes mesmo do processo.

De igual forma, o art. 191 estabelece que o juiz e as partes poderão fixar calendário para a prática dos atos processuais. Tal calendário vincula o juiz e as partes. Portanto, sendo ele respeitado, reforça-se a vontade dos envolvidos e respeita-se e assegura-se a duração razoável do processo.

Os artigos 190 do CPC fixam os negócios jurídicos, ao permitirem que em se tratando de direitos que admitem autocomposição, é lícito as às partes, desde que plenamente capazes, alterarem mudanças no procedimento, antes ou durante o processo. Contudo, cabe ao juiz verificar a validade das disposições.

Apesar dos negócios jurídicos serem tratados como inovações do NCPC, no antigo código (CPC de 1973), já possibilitavam a eleição de foro (artigo 111), a suspensão voluntária do processo (artigo 262, II) e a convenção de arbitragem (artigo 267, VII). A inovação que se percebe no NCPC/2015, é a criação de cláusula geral de negócio jurídico processual, que possibilita a vontade das partes tenha impacto no procedimento e na relação jurídica processual estabelecida em lei (GAJARDONI et al, 2015, P. 614).

> A inovação é bastante significativa e, se utilizada com cautela, pode trazer maior efetividade ao processo. Para tanto, é imprescindível que a cooperação entre os jurisdicionados e a fiscalização por parte do magistrado, que pode anular a convenção em caso de abuso (DONIZETTI, 2016, P. 420).

Nesse sentido, enunciado n. 6, do Fórum de Processualistas Civis trata que "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação". (ENUNCIADOS, 2015). Também constituíram formas de entendimento acerca dos negócios

[10] Para THEODORO JÚNIOR (2015, p. 470), "a possibilidade de as partes convencionarem sobre ônus, deveres e faculdades deve limitar-se aos seus poderes processuais, sobre os quais têm disponibilidade, jamais podendo atingir aqueles conferidos ao juiz. Assim, não é dado às partes, por exemplo, vetar a iniciativa de prova do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, e nem qualquer outra atribuição que envolva matéria de ordem pública inerente à função judicante".

processuais os enunciados 19, 20 e 21, que dispuseram acerca da admissibilidade ou não de alguns negócios processuais que são admissíveis:

> 19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si.
> 20. (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância.
> 21. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito.

Pode-se dizer que esta mudança foi inspirada no processo arbitral, que tem por característica principal a liberdade dos envolvidos no conflito de pactuarem, inclusive por meio de prévia cláusula de arbitral, a respeito do procedimento ao qual estarão sujeitas em litígio (WAMBIER; BASILIO, 2015). A flexibilidade procedimental proporciona o empoderamento das partes, pois amplia a autonomia da vontade dos envolvidos no âmbito processual, permitindo a busca de uma solução efetiva para a causa por meio de convenções processuais, não previstas expressamente.

Porém, se por um lado o NCPC permitiu o alargamento da autonomia da vontade das partes, empoderando-as nas convenções processuais, por outro deturpa o próprio sentido do instituto obrigando as partes se apresentem a primeira sessão de mediação ou conciliação ou até mesmo em relação aos filtros em relação a homologação de eventuais acordos realizados na esfera das práticas adjudicatórias.

4 Da violência simbólica estatal

Desde a promulgação da Lei de Arbitragem (9.037/96), o Estado vem possibilitando que as partes decidam a melhor forma de tratarem seus conflitos. Com a resolução 125 do CNJ ampliou-se as formas de tratamento conflituais elevando as práticas adjudicatórias a política pública nacional. Contudo, ao se colocar a mediação para dentro do judiciário acabou-se por submetê-la as regras do campo jurídico que se define:

> [...] é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um corpus de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social (BOURDIEU, 2007, p. 212).

Dentro deste campo há uma constante concorrência e disputas internas. Porém, para cada campo específico há uma hierarquia e figuras de "autoridade", detentoras de maior volume de capital simbólico. Dentro desses espaços há a aplicação de violência simbólica, que acaba sendo uma dominação consentida (ORTIZ, 1983, p. 20)..

A crença da neutralidade do Direito impede que as pessoas o reconheçam como uma manutenção do poder. Enquanto um mesmo poder for mantido, o Direito se desenvolverá por meio de mudanças que, direta ou indiretamente, apoiam a ideologia de quem está no poder. A mudança no poder político é essencial para uma mudança no ordenamento jurídico, sendo o primeiro uma expressão das relações de força de uma sociedade, o direito só será alterado por meio de uma mudança na configuração da sociedade. (AGUIAR, 2014, p. 65).

A busca do "poder de dizer o que é o Direito" move os agentes no campo jurídico. Existe uma luta constante entre os que detêm competências sócias e técnicas distintas para reconhecer e interpretar textos legais (BOURDEU, 2000, p. 160). Entretanto, há que se alimentar a crença da neutralidade e não demonstrar a constante concorrência pelo poder dentro do campo jurídico:

> [...] o direito não constitui um sistema unívoco, encerrado numa única lógica; mas, na maior parte dos casos, um campo relativamente aberto de escolhas, onde se podem verificar decisões de ruptura, mesmo em termos sociais, contrárias a lógica global sobre que repousa o sistema. Porém, o peso das soluções estabelecidas e uma certa disposição mental – a que Pierre Bourdieu chamou de habitus – dos juristas para a continuidade, a "neutralidade, o "tecnicismo", a "a-policitidade" tronam tais decisões excepcionais (HESPANHA, 2009, p. 179).

Na teoria dos campos, cada qual se utiliza de uma linguagem própria, técnica, necessária para que se distinga de outros campos. Assim, os agentes que não pertencem àquele campo não identificam aquela linguagem, dificultando o entendimento entre juristas e os indivíduos fora do campo jurídico. Por isso que o conflito das partes deve ser traduzido em diálogo de expertos, fazendo-se crer que os atos jurídicos são aplicações livres e racionais de uma norma universal e cientificamente fundada (BOURDIEU, 2000).

A linguagem jurídica determina uma série de efeitos dissimuladores, que, segundo Warat (1998, p. 59) tem a capacidade de ocultar a genealogia e o funcionamento institucional do discurso jurídico. Assim, quando um conflito é judicializado, por meio do processo, a linguagem das partes sofre um filtro. O autor jurídico transforma o relatado em uma comunicação possível de ser compreendida no universo do Direito. Portanto, as intenções são situadas para se encaixarem em dispositivos normativos, para que um fim – que nem sempre é o que objetivamente é perseguido pelo indivíduo litigante – seja "alcançado".

Assim, para o funcionamento do campo é preciso alimentar crenças, como da autonomia e da neutralidade do direito, a necessidade de se utilizar códigos próprios e a aceitação da violência simbólica praticada pelo monopólio estatal de administração da justiça.

A judicialização dos conflitos está pautada nessa lógica, de que os agentes do campo jurídico não detêm o mesmo capital simbólico. Por mais que o Estado forneça mecanismos processuais que visem alcançar um equilíbrio das partes no processo, dificilmente ele será alcançado, pois se ignora a luta interna entre os atores jurídicos dentro do sistema judiciário.

A lógica adversarial está para retroalimentar a violência simbólica exercida no campo. Uma das funções do trabalho jurídico é a de contribuir para fundamentar a adesão dos profanos aos próprios fundamentos da ideologia profissional do corpo dos juristas, a crença na neutralidade, na

autonomia do direito e seus agentes (BOURDIEU, 2007, p. 244). Essa cultura se alimenta da ideia de que o discurso jurídico é um diálogo de sentido neutro, igualitário e libertador, e esquece que este tem raiz em uma cultura específica, pautado em um equilíbrio social desigual.

O conflito, ao ir para o espaço judicial, se torna um debate, uma luta entre os agentes do campo, onde os atores jurídicos tentam ganhar capital simbólico[11]:

> El campo judicial es el espacio organizado en el que y por el que se opera la transmutación de un conflicto directo entre las partes directamente interesadas en un debate jurídicamente reglado entre profesionales actuantes en representación de sus clientes. Estos profesionales tienen en común conocer y reconocer la regla de juego jurídico, es decir, las reglas escritas y no escritas del campo, aquellas reglas que es necesario para triunfar […] (BOURDIEU, 2000, p. 186).

O juiz, ao decidir, distribui diferentes volumes de espécies distintas de capital aos diferentes agentes ou instituições, colocando a termo ou limitando a luta naquele processo. Definindo sobre coisas, pessoas e situações, de certa forma renomeando-as. Assim, o Direito, através do trabalho jurídico, consiste no poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas, "é a forma atuante capaz, por sua própria força, de produzir efeitos" (BOURDIEU, 2007, p. 236).

A violência simbólica estatal exercida no campo jurídico faz crer que a representação própria do Direito está dentro do espaço judicial, separado e delimitado. Essa visão leva a pensar que o direito goza de uma autonomia absoluta em relação ao mundo social (BOURDIEU, 2000, p. 155). No caso do campo jurídico, os juristas ignoram tanto a existência de uma violência simbólica quanto às pressões externas que o campo sofre:

> [...] es necesario tener en cuenta lo que las visiones antagonistas, internalista y externalista, ignoran de manera común: la existencia de un universo social relativamente independiente de un universo social relativamente independiente de las demandas externas al interior del cual se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima, cuyo monopolio corresponde al Estado (BOURDIEU, 2000, p. 158-159).

Esta violência simbólica estatal, portanto, é exercida com a cumplicidade tácita dos agentes que sofrem com a mesma, bem como daqueles que a exercem, sendo que uns são conscientes e outros são inconsciente. O estado detém o monopólio da Justiça e por mais que se promovam os meios consensuais de solução de conflitos, especialmente conciliação e mediação se verifica que a coerção estatal ainda é mantida.

Pode-se afirmar que mesmo no caso da mediação e conciliação extrajudicial, estas só ocorrem porque o Estado permite estes métodos. Ou seja, por mais que estejam na modalidade extrajudicial, as práticas consensuais só são consideradas legítimas em razão da permissão estatal.

Constrói-se, contudo, a ideia de que tais práticas estariam revestidas de autonomia. Tanto que no novo CPC, por meio do artigo 166, normatizaram-se os princípios da independência, da

[11] "Esses poderes sociais fundamentais são, de acordo com minhas pesquisas empíricas, o capital econômico, em suas diferentes formas, e o capital cultural, além do capital simbólico, forma de que se revestem as diferentes espécies de capital quando percebidas e reconhecidas como legítimas. Assim, os agentes estão distribuídos no espaço social global, na primeira dimensão de acordo com o volume global de capital que eles possuem sob diferentes espécies, e, na segunda dimensão, de acordo com a estrutura de seu capital, isto é, de acordo com o peso relativo das diferentes espécies de capital, econômico e cultural, no volume total de seu capital" (BOURDIEU, 2004, p. 154).

imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, aplicados tanto a conciliação como à mediação.

Por sua vez, o art. 2º da Lei nº 13.140/2015, Lei da Mediação, robustece, ampliando os princípios relativos à mediação ao indicar os seguintes: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé[12].

O princípio da autonomia da vontade estabelece que as partes devem participar da conciliação e mediação de forma livre e voluntária, sem qualquer interferência na sua vontade. O reconhecimento da autonomia da vontade implica em que a deliberação expressa por uma pessoa plenamente capaz, com liberdade e observância dos cânones legais, seja tida como soberana. (TARTUCE, 2016, p. 190).

Porém, ao regrar a mediação, o novo CPC, nos termos do art. 334, determinou que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação. A petição inicial deverá indicar obrigatoriamente a opção do autor pela realização ou não de audiência de mediação[13]. O réu, que será citado para comparecer à audiência, deverá manifestar seu desinteresse na realização da solenidade até 10 dias antes da data sessão[14]. Apenas se ambas as partes manifestarem desinteresse expresso na composição consensual ou não se admitir autocomposição a audiência não será realizada[15].

Com efeito, havendo interesse de pelo menos uma das partes, preenchidos os requisitos essenciais, o juiz designará audiência de mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 dias de antecedência[16]. Não basta que apenas uma delas não queira a realização, pois "apenas uma delas manifestando-se contra, o legislador aposta na possiblidade de a conciliação ou de a mediação vencer a sua resistência ao acordo em audiência". (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p.217).

Nas ações de família, de acordo com o artigo 695, o juiz, após receber a petição inicial e tomar as medidas de tutela provisória, ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação ou conciliação. Todavia, Dias adverte sobre as peculiaridades destas questões diante das ações de família.

> Na tentativa de encontrar formas consensuais de solução dos conflitos, é prevista a realização de audiência preliminar de conciliação ou mediação em todos os processos de conhecimento (334). Esta determinação, no entanto, não se confunde com o mesmo ato a ser realizado nas ações de família. Nestas demandas o mediador ou conciliador deve estar acompanhado de profissional de outras áreas de conhecimento (694). Há outras peculiaridades. No processo de conhecimento o réu deve ser citado com 20 dias de antecedência (334), enquanto para a audiência de família, o prazo é de 15

[12] É inequívoca a necessidade (e a possibilidade) de interpretação e aplicação conjunta dos dispositivos, inclusive no que diz respeito à conciliação. (SCARPINELLA BUENO, 2015, p. 195).

[13] Art. 319. A petição inicial indicará: VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

[14] Art. 334 § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

[15] Art. 334 § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

[16] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

> dias (695 § 2º). Nestas demandas não é possível a qualquer das partes manifestar desinteresse em sua realização, como é facultado ao autor e ao réu nas demais ações (334 §§ 4º e 5º). (DIAS, 2015, s/p).

No mesmo sentido, segundo Fernandes (2016), o legislador, para ações de família, não previu possibilidade de não ocorrência da audiência de conciliação ou mediação, ou seja, ela é obrigatória[17]. Portanto, para a autora, ao contrário das demais ações de conhecimento, não há previsão das partes manifestarem seu desinteresse[18].

O não comparecimento injustificado das partes será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 334, § 8. Neste sentido, se verifica que a violência simbólica estatal impõe aos agentes o seu comparecimento sob pena de serem aplicadas sanções.

Isto difere completamente da forma que se compreende as diretrizes regentes dos meios consensuais - sobretudo ao princípio da autonomia da vontade. A voluntariedade é essencial: se as pessoas não se dispuserem a conversar, não haverá proveito na designação nem no comparecimento à sessão consensual. Afinal, a vontade é primordial para que atitudes proveitosas sejam adotadas na busca de ajustes conscientes e sustentáveis. (TARTUCE, 2016)

Nas ações de famílias, pode-se entender que o juiz, *se for o caso*, determinará, a realização de sessão consensual. Considerando a perspectiva de promover o respeito à autonomia da vontade, a expressão "se for o caso" remeterá diretamente às exceções à realização da sessão consensual presentes no art. 334, §4°, que são: (i) desinteresse manifestado por ambas as partes quanto à composição consensual; e (ii) inadmissão da autocomposição. (TARTUCE, 2016).

Importante destacar que a obrigatoriedade recai somente no dever de comparecer à primeira sessão de mediação, sendo que as demais sessões dependem da anuência das partes. A oposição de uma das partes ou de ambas as partes ao comparecimento à audiência de mediação e conciliação é um requisito essencial a ser considerado, pois deve-se evitar a realização de atos contra a vontade das partes, sob pena de lograr apenas soluções momentâneas ou até mesmo realizadas por medo das punições do estado, impossibilitando o atingimento do fim proposto pelas práticas consensuais.

Reputa-se importante destacar que não se desconhece os argumentos lançados acerca da cultura do litígio e da sentença existentes no País e do objetivo de o Estado estimular a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos e promover condições concretas para sua realização, bem como as divergências existentes acerca da obrigatoriedade da mediação[19].

À vista do exposto, entende-se que os dispositivos da lei processual, que obrigam o comparecimento à audiência de conciliação ou mediação, desvirtuam características essenciais dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, tornando-se ineficaz como meio adequado de resolução do conflito, bem como colocando em dúvida a autonomia de vontade da parte. Ademais, "não faz sentido, ao menos quando o objeto que se persegue é a autocomposição, que a vontade de

---

[17] No mesmo sentido é a posição de Dias (2015). A autora sustenta que na tentativa de encontrar formas consensuais de solução dos conflitos, é prevista a realização de audiência preliminar de conciliação ou mediação em todos os processos de conhecimento, nos termos do art. 334 do NCPC. Contudo, nas ações de família não é possível a qualquer das partes manifestar desinteresse em sua realização, como é facultado ao autor e ao réu nas demais ações (334 §§ 4º e 5º).

[18] Art. 334, § 4o A audiência não será realizada: **I** - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual**; § 5o** O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

[19] Segundo ROVALHO (2016, p. 396/397), "três correntes já se formaram: (i) a que entende que a mediação obrigatória é inconstitucional, pois viola a autonomia privada das partes, (ii) a que entende que não haveria incompatibilidade entre Lei de Mediação e NCPC e, por fim, (iii) a corrente que adotamos, no sentido que a incompatibilidade efetivamente existe, com a revogação dessa parte no NCPC pela Lei da Mediação, instituindo-se, pois, no Brasil, a Lei da Mediação obrigatória."

uma parte obrigue a outra a comparecer à audiência (ainda mais sob pena de multa)". (SCARPINELLA BUENO, 2015, p. 305).

Com efeito, obrigar o comparecimento das partes em audiência de conciliação ou mediação fere a própria essência e os princípios do instituto. Para mediação do conflito, deve haver interesse de ambas as partes. A não observância do caráter voluntário na mediação, na sua forma mais ampla, pode justamente torná-la mais próxima da conciliação, os indivíduos comparecem a fim de lograr um acordo e não tratar um conflito (MEINERO, 2015, p. 439).

Segundo Tartuce (2015), "os métodos autocompositivos devem ter, necessariamente, como pressuposto, a intenção dos envolvidos em participar, sob pena de comprometimento da livre manifestação de vontade". Assim, qualquer pessoa envolvida em um conflito deve ter o direito de optar por comparecer ou não a sessão de mediação/conciliação. O princípio da autonomia da vontade deve ser respeitado durante todo o processo, ou seja, a participação livre deve garantir que as partes decidam se têm interesse de comparecer e de participar da sessão, assim como se querem interromper ou desistir da mediação ou da conciliação. Não há possibilidade de querer impor qualquer ato contra a vontade da parte, mesmo que a outra parte manifeste interesse.

Além disso, o NCPC impõe que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. Entende-se que "ter uma penalidade por não comparecimento pode estimular atos por obrigação, fazendo com que o indivíduo se feche para o diálogo". (MEINERO, 2015, p. 439).

Assim, mantem-se a ideia de que "a autoridade estatal tem o direito de dizer quem ganha e quem perde o litígio", é a necessidade de administrar a violência e a desordem através do monopólio do Estado (SPENGLER; SPENGLER, 2009, 164). A violência simbólica, é uma imposição determinada, fundada em um discurso de legitimação sendo constantemente reproduzido. O trabalho jurídico está inscrito em uma lógica de conservação, manutenção da ordem simbólica através da sistematização e racionalização que impõem as decisões e as regras invocadas para justificar, outorgando o selo de universalidade (BOURDIEU, 2000, p. 212-213).

Na visão de Warat (1998) a mediação é tida como transformadora e revolucionária, não apenas como método de tratamento conflito, mas, uma visão de mundo: "[...] mediação deve ser encarada como uma atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido" (WARAT, 1998, p. 5). Contudo, ao se reproduzir a visão da judicialização na mediação corre-se o risco de que vença o "racionalismo jurídico" (WARAT, 2010, p. 52) que acaba por afastar o jurista, e todas as ciências sociais que se utilizam do mesmo sistema, da realidade das coisas, pois não as enxergam como verdades. Tira a sensibilidade dos homens, diz o autor.

Portanto, por mais que se pense que a conciliação e a mediação fundam-se no empoderamento das partes e na autonomia da vontade, ao normatizar tais práticas o Estado impõe a violência simbólica estatal sobre os envolvidos no conflito. Assim, retirando-lhes a possibilidade de não participarem da primeira sessão de conciliação ou mediação, bem como impondo-lhes a linguagem jurídica e o selo de validade por meio do binômio direito/não direito em caso de acordo.

5 Considerações finais

A autonomia da vontade desenvolveu-se como princípio no liberalismo econômico e na filosofia kantiana, do século XIX que admitiram a existência de um contrato anterior e superior à lei (ARAÚJO, 2009, p. 45). Esta ideologia individualista prevaleceu essencialmente nos séculos XVIII e XIX. Porém, ao se estudar a essência da autonomia da vontade se verifica a autorização ou limitação pelo ordenamento jurídico. Assim, somente são livres os indivíduos na medida em que o Estado lhes permite, exercendo sob todos a violência simbólica.

A violência simbólica estatal é exercida com a cumplicidade tácita dos jurisdicionados, bem como daqueles que a exercem, sendo que uns são conscientes e outros são inconscientes. O Estado detém o monopólio da Justiça e por mais que se promovam os meios consensuais de solução de conflitos, especialmente conciliação e mediação se verifica que a coerção estatal ainda é mantida. Mesmo com a promoção da mediação e conciliação extrajudicial, estas só ocorrem porque o Estado permite que estes métodos.

O novo CPC estabeleceu importantes inovações acerca do tratamento adequado dos conflitos, buscando estimular soluções consensuais, bem como incorporando convenções processuais, que permitem às partes adequar o procedimento mediante a autocomposição, alterando ônus, faculdades, deveres e direitos processuais. Entretanto, observa-se que embora haja um alargamento da autonomia da vontade das partes, empoderando-as na solução dos seus litígios, o instituto acaba sendo deturpando quando obriga as partes a se apresentem a primeira sessão de mediação ou conciliação quando ambas não expressem a sua vontade em não comparecer, ou mesmo, quando não permite a qualquer das partes manifestar desinteresse em sua realização.

Entende-se que deve ser respeitado o princípio da autonomia da vontade, pois os envolvidos devem estar dispostos a participar e a dialogar. A oposição de uma das partes ou de ambas as partes ao comparecimento à audiência de mediação e conciliação é um requisito essencial a ser considerado, pois deve-se evitar a realização de atos contra a vontade das partes, sob pena de não se alcançar o objetivo do instituto.

Referências

AGUIAR, Roberto. *Direito, poder e opressão.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ARAÚJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva. 2012.

BOURDIEU, Pierre. Campo intelectual e projeto criador. In: POUILLON, J. et al. *Problemas do estruturalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 105-145.

_____; TEUBNER, Gunter. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombres Editores, 2000.

_____; *Coisas ditas*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

_____. *O poder simbólico.* 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. *Códigos de Processo Civil comparados*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *As ações de família no novo Código de Processo Civil.* 2015.Disponível em: <http://justicaemfoco.com.br/desc-noticia.php?id=106971>. Acesso em: 07 de abr. 2016.

ENUNCIADOS. *Fórum permanente de processualistas civis 2015*. Disponível em: http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso em maio de 2017.

FERNANDES, Fernanda Sell de Souto Goulart. *Audiência de mediação nos litígios de família: e se eu não quiser?* Disponível em: < http://emporiododireito.com.br/audiencia-de-mediacao-nos-litigios-de-familia/>. Acesso em: 15 de maio.2016.

FERRAZ JR, TÉRCIO SAMPAIO. *Estudos de filosofia para o Direito.* São Paulo: Atlas, 2002.

HESPANHA, António M. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje.* 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a.

MEINERO, Fernanda Sartor. A mediação no judiciário: placebo ou cura para os males do aumento da judicialidade? *Formas consensuais de resolução de conflitos*. Disponível em:<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/878P26Jb87b7M6bY.pdf>. Acesso em: 15 mai 2017.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Autonomia da vontade, autonomia privada e autoderminação – notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade*. Disponível em:< http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982> Acesso em: 25 mai 2017.

ROVALHO, Thiago. A Viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil. In: *COLEÇÃO NOVO CPC. Parte Geral*. Coordenador Geral. Fredie Didier Jr. 2ª ed. Editora JusPODIVM, 2016.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: Editora Saraiva. 2ªed. 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil*. 2016. Disponível em:< http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2017/05/Media%C3%A7%C3%A3o autonomia-e-vontade-a%C3%A7oes-familiares-no-NCPC.pdf>. Acesso em 12 de maio 2017.

_____. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. 2015. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 15 de maio de 2017.

_____. *Mediação nos conflitos civis*. 2. Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos.* In: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 125-146. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora.>Acesso em 12 de maio de 2017.

SPENGLER, Fabiana M. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos.* Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana M.; SPENGLER NETO, Theobaldo. A mediação como alternativa no tratamento de conflitos: por uma cidadania autônoma e responsável. In: LEAL, Mônica C. H (org). *Trabalho, constituição e cidadania: reflexões acerca do papel do constitucionalismo na ordem democrática.* Porto Alegre: Verbo jurídico, 2009, p. 149-185.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. 1, 56.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WARAT. Luis Alberto. *Em nome do acordo. A mediação no Direito*. Florianópolis: Almed: 1998.

_____. Luis Alberto. *O ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

_____. Luis Alberto. *Surfando na Pororoca: O ofício do Mediador*. Volume III. Coordenação: MEZZAROBA, Orides; DAL RI JÚNIOR, ARNO; ROVER, Aires José; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Tradução e Organização: ASSIS, Vívian Alves de MARCELLINO JR., Júlio Cesar;

ROSA, Alexandre Morais da. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; BASILIO, e Ana Tereza. *O negócio processual: Inovação do Novo CPC*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228542,31047-O+negocio+processual+Inovacao+do+Novo+CPC>. Acesso em 17 de maio.2017.

ARBITRAGEM E SEUS REFLEXOS: UMA RELEITURA PROCESSUAL (NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Paulo Junior Trindade dos Santos
Gabriela Samrsla Moller
Cesar Marció

Resumo:

Aporta-se o ora artigo com o tema Arbitragem e seus Reflexos: Uma Releitura Processual (Novo Código de Processo Civil), e tem como Objetivo: Demonstrar a aderência dos meios alternativos (ou adequados) para a composição de conflitos adquire dentro da heterocomposição espaço para a sobreposição das angústias sociais voltadas ao Direito que encontram na contemporaneidade uma larga juridicização do cotidiano. Metodologia: A metodologia aplicada é a dialética dialogal, a qual segue a literatura de bibliografias jurídicas produzidas junto ao contexto mundial, para que se avalie a aderência do instituto autocompositivo ao sistema processual hodierno, passando a ser o mesmo um meio heterocompositivo de solução de conflitos. Resultados: Evidenciar a necessidade atual da sociedade de utilizar os meios alternativos (ou adequados) para com a composição de litígios, haja vista o Poder Judiciário, devido à grande juridicização da vida, acabar não conseguindo atender todos os conflitos de forma adequada, de modo que muitas vezes o direito não é tutelado adequadamente. Conclusões: Devido a grande litigiosidade encontrada junto ao sistema social, necessário foi assim que o Novo Código de Processo Civil construí-se em suas arquiteturas novos meios para a solução dos conflitos individuais e sociais, e resta evidente a tomada de vários meios alternativos para compô-los.

Palavras-Chave: Resolução de Conflitos. NCPC/15;

1 Introdução

Muito embora os avanços jurídicos contemporâneos a Arbitragem, no Brasil, ainda não conquistou seu merecido espaço acadêmico e jurisdicional, eis que não figura entre os principais meios de Resolução de Conflitos que permeiam o cotidiano forense, sendo um instituto que, nos moldes do disposto no Novo Código de Processo Civil, pelo menos na teoria, deveria restar reconhecido/ampliado. A evolução social, compreendida pela diversidade humana, tem apresentado novos desafios que, por sua vez, compreendem novos direitos que, para sua efetivação, dependem de novos atores sociais os quais, por sua vez, necessitam de ferramentas mais adequadas para a efetivação das diversas dimensões jurídicas fomentadas pela configuração de garantias fundamentais aportadas no âmbito constitucional. Nesse contexto, ampliadas as necessidades/angustias humanas (promessas da modernidade) um novo ser (não mais metafísico) passou a ser demandado para efetivação de verdadeiros milagres jurídicos, ou seja, a Tutela Jurisdicional do Estado restou dilatada a ponto de pretender (de forma centralizada) solucionar as angustias nascidas no berço da pós/hiper-modernidade (denominações que demonstram as incertezas vivenciadas pelo homem contemporâneo).

É nesse contexto de complexidades e desafios, fruto das angustias sociais (pós/hiper-modernas), que reina o império das massas (ORTEGA Y GASSET, 1987. P. 61.) que têm buscado, incessantemente, por meios capazes de efetivar/concretizar as promessas constitucionais apresentando, para tanto, soluções pacíficas para esses novos conflitos, momento em que a Arbitragem apresenta-se como um mecanismo de comprovada eficiência, fato este demonstrando no âmbito do Direito Internacional Público (*Tribunal de Reivindicação Irã-Estados Unidos de Haia*; *Comissão de Compensação das Nações Unidas (UNCC)* (BÖCKSTIEGEL. (BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz, 2014.). Os exemplos em questão, concebidos como positivos, servem como espelho que deveria refletir (em especial no que tange aos pontos positivos) seus resultados também no âmbito do Direito Interno.

A soma dos fatores positivos demonstrados, em âmbito internacional, por este importante instituto jurídico é reflexo do apelo democrático apresentado pela Arbitragem, momento em que as partes (sujeitos de direito), caso tenham interesse, libertam-se das amarras do Estado em busca de autonomia, razão pela qual a Arbitragem resta compreendida como uma importante ferramenta para o exercício do poder em público (ampliação dos espaços democráticos), publicizando o modo de resolução dos conflitos. A sociedade civil organizada, almejando a tão sonhada democracia participativa, assume papel político (preponderante) no momento da resolução dos conflitos sociais contemporâneos (MACHADO, 2009. P. 30.).

É nesse contexto que, dentre outros mecanismos/instrumentos que propiciam a participação democrática da sociedade civil, a Arbitragem ressurge como um novo horizonte para o descentralizar/desafogar do Estado/Judiciário, permitindo não apenas mais eficiência mas, em especial, mais efetividade na concretização das garantias constitucionais, tanto no que tange aos conflitos individuais[20] como também (e em especial) nos conflitos coletivos/massas (*estas gozam dos prazeres e usam os utensílios inventados pelos grupos seletos e que antes só estes usufruíam. Sentem apetites e necessidades que antes se qualificavam de refinamentos, porque eram patrimônio de poucos*)[21]. Do exposto, resta evidente/premente a necessidade de uma (re)leitura do instituto em comento uma vez que (de forma tímida) era pouco utilizado no Brasil, realidade que pretende restar modificada diante da ampliação pretendida (na atualidade) pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, conforme demonstram os dispositivos nele inseridos (em especial os artigos 3º, 27 e 42 do referido diploma legal) que, no decorrer do texto, restarão abordados[22].

---

[20]*Ni las estructuras sociales, ni la economía, ni el Derecho, viven en sí y por sí, ni se transforman autónomamente, sino sólo por la interferencia de nuevos actos individuales. Ni el Derecho, ni ninguna de las estructuras sociales viven por sí, sino que viven sólo en tanto en cuanto las reviven los hombres, los cuales pueden no sólo revivirlas repitiéndolas rigorosamente, sino también corrigiéndolas, transmutándolas, innovándolas. Pero el cambio, la evolución, la superación que se opere en el Derecho, o en la economía, o en la moneda, etc., etc., no es un proceso vivo, inmanente al Derecho o a esas otras formas sociales, sino que es el fruto de nuevos actos de vidas humanas.* (SICHES, 1940)

[21]A *multidão*, de repente, tornou-se visível, e instalou-se nos lugares preferentes da sociedade. Antes, se existia, passava inadvertida, ocupava o fundo do cenário social; agora adiantou-se até às gambiarras, ela é o personagem principal. Já não há protagonistas: só há coro. (...) Não se entenda, pois, por *massas* só nem principalmente 'as massas operárias'. Massa é 'o homem médio'. Deste modo se converte o que era meramente quantidade – a multidão – numa determinação qualitativa: é a qualidade comum, é o mostrengo social, é o homem enquanto não se diferencia de outros homens, mas que repete em si um tipo genérico. (...) *Massa* é todo aquele que não se valoriza a si mesmo – no bem ou no mal – por razões especiais, mas que se sente 'como todo o mundo', e, entretanto, não se angustia, sente-se à vontade ao sentir-se identico aos demais. (ORTEGA Y GASSET, 1987. P. 61-63 e 69.)

[22]Tomaio defende dois pontos relevantes, e que atuais são para as confluencias entre a heterocomposição (Processo) e a autocomposição (Arbitragem) dos litígios: "1) el arbitraje privado y el proceso jurisdiccional no son dos estadios de un mismo proceso de evolución. Ambos se desarrollaron como fenómenos paralelos, pero básicamente diferentes. 2) El proceso gradual de evolución hacia el proceso jurisdiccional refleja la tendencia en toda comunidad a establecer un monopolio del uso de la fuerza. Previo al estadio de la ejecución de las decisiones por autoridades centralizadas, alcanzado únicamente en los tiempos históricos, existe un estadio de control sobre la defensa privada mantenido por

2 A arbitragem como ferramenta democrática

> *La sociedad moderna incluye un sinnúmero de estructuras intermedias, en cuyo seno se generan conflictos. Así ocurre desde la empresa a los partidos políticos y desde la familia a los miles de instituciones que integran lo que hoy se denomina la sociedad civil*[23].

A maneira de resolução dos conflitos sociais, no âmbito de uma sociedade[24] densa demograficamente e culturamente diversificada[25], já não mais consegue resultados eficazes no formalismo fruto do controle que advém de uma metafísica[26] social criada pelos homens, cujos

---

ciertas autoridades que intervienen para conservar la paz de la comunidad. Estas autoridades mantenían la paz ordenando a los hombres desistir del uso privado de la fuerza *hasta que los méritos del caso fueran considerados.* Este estadio es típico de las ciudades homéricas antes de que las comunidades griegas se consolidaran como verdaderos Estados. Estudios de la historia del proceso generalmente sostienen que la administración de justicia se origino en el viejo habito de resolver disputas entre los individuos por el voluntario abandono del uso privado de la fuerza i el sometimiento al arbitraje. Se cree que los litigantes fueron forzados por la costumbre y por el creciente poder de los gobernantes a abstenerse de pelear y buscar una decisión de la autoridad establecida. Los gobernantes, en virtud de su preponderancia social y de su atractivo personal estaban predestinados, según esta opinión, a actuar como árbitros. En esta forma explica Mac-

Dowell el papel de los gobernantes; de los tiempos de Hornero y de Hesíodo. Una vez que el Estado se consolido, la función arbitral de los gobernantes evoluciono y se convirtió en una institución jurídica, Le., la jurisdicción, la cual habría de pasar a los magistrados de la mas tarde, a los tribunales populares. Esta concepción tradicional se basa, en primer lugar, en el hecho de que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones judiciales parece haberse alcanzado en un estadio comparativamente tardío; en segundo lugar, en el importante papel que desempeño el arbitraje en todas las épocas de la antigua Grecia. Por ultimo, esta concepción cree encontrar en la historia jurídica romana fundamento a sus afirmaciones. Moritz Wlassak, por ejemplo, veía el proceso romano esencialmente como una sumisión voluntaria de las partes al arbitraje. Esta

es la opinión de Buckland y MacNair. La misma idea ha sido propuesta para explicar las instituciones de otros sistemas jurídicos antiguos, e.g., el de Egipto, el de Babilonia, así como para explicar el derecho germánico." (TAMAYO Y SALMORAN, 1986. P. 168-169.)

[23] *Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se percibía un esfuerzo compartido por todas las disciplinas, incluso las menos cercanas a las ciencias sociales como las matemáticas, por entender los conflictos y buscarles soluciones no violentas. Pero parecía inútil buscar en esas ciencias los conocimientos aplicables a la solución de nuestros conflictos cotidianos entre miembros de una sociedad estatal.* (ENTELMANN, 2002. P. 27-33.)

[24] El animal humano puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: como una entidad fisica, como un sistema quimico, como un organismo, como un animal pensante y como uti componente de diversos sistemas sociales (familia, pandilla, empresa, escuela, etcetera). Cada uno de estos enfoques posee sus virtudes *y* sus defectos; y todos ellos ofrecen fragmentarias del hombre (BUNGE, 2002**.** P. 105)

[25] Creo que esta transformacion de la civilizacion se explica por la conjuncion simultanea de cinco fenomenos: el resultado de uma larga experiencia tecnica, el crecimiento demografico, la aptitud del medio economico, la plasticidad del medio social interior, la aparicion de una clara intencion tecnica (...)Es, pues, la conjuncion de los cinco hechos que acabamos de analizar sumariamente lo que explica el desarrollo tecnico excepcional, unico, de esta epoca. En ninguna otra ocasion se produjo una conjuncion semejante, a saber: - una larguisima maduracion o incubacion tecnica, sin sacudidas decisivas, antes de su completo desarrollo; - el aumento demografico; - la situacion del medio economico; - una plasticidad casi perfecta de la sociedad, maleable y abierta a la propagacion de la tecnica; - una intencion tecnica clara, que une todas las fuerzas para la consecucion del objetivo tecnico. (ELLUL, 2003. P. 35-36.)

[26] Ci si è resi conto, pertanto, che come per la democrazia moderna una decisione è «giusta» quando è presa dalla maggioranza, così per la scienza moderna il fatto può avere valore «scientifico» quando viene percepito dalla maggioranza degli osserva- tori. La scienza moderna è un sapere «democratico». E dalle democrazie è stato riconosciuto come il vero tipo di sapere. La metafisica è un sapere «aristocratico», Che non si cura del consenso delle masse. In questa arretratezza «politica» della metafisica è contenuta una delle ragioni fondamentali del suo fallimento. (SEVERINO,2002. P. 246.)

desgastes se perfazem pela descrença na resposta jurisdicional aos fenômenos conflitológicos de interesse. Uma vez que *"una de las características del presente período de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades cotidianas."* (GRANDA, 1993. P.31-32.)

Nos moldes do apresentado no introito, para compreensão do tema proposto pelo presente estudo, necessário se faz compreender que a Arbitragem, muito emborra abordada no Código de Processo Civil Búzaid (recepcionada pelo Código Civil – artigos 1037 a 1048 – e pela Lei 9307/96) apresentou baixa aplicabilidade junto ao contexto brasileiro. Assim, objetivando significativa alteração na forma de concebê-la pelos reais partícipes da democracia, na contemporaneidade restou (re)configurada procurando apresentar-se como elemento de extrema importância no Novo Código de Processo Civil.

> A resistência histórica à Arbitragem, por conta dos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, seguido pelo Código de Processo Civil de 1939 (que não avançava em termos de juízo arbitral), culminando com o Código de Processo de 1973 (monumento jurídico, sem dúvida, mas ficou devendo um tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral), era justificável, criando-se entre nós a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono. (CARMONA, 2009. P. 1.)

Nesse contexto, importante se faz (para o estudo em comento) compreender o artigo 3º do NCPC[27], dispositivo que pretende/propicia a necessária (re)leitura do instituto no plano da Jurisdição Cível, momento em que o/a estudo/compreensão da Jurisdição, como mecanismos de efetivação de direitos, não só resta ampliado(a) como é ponto de partida para a análise proposta. Dentre os objetivos do Projeto em análise, merece destaque o caminho a ser trilhado (ênfase a facticidade/historicidade) pelo instituto uma vez que, para que reste concretizado, necessária se faz uma investigação interdisciplinar quanto aos componentes que permeiam o nascedouro (Sociologia do Direito[28]; Ciência Política; Filosofia Jurídica) do que passou a ser concebido como Ciência do Direito. É nesse contexto que merece destaque a compreensão da natureza do homem e sua indisciplina, surgindo, como proposta de resolução para os impasses sociais, a necessidade de discutir/definir quais são/seriam os espaços democráticos franqueados (social, político e jurisdicional) pelo Direito para a necessária resolução de lides conflitivas[29].

Importante enaltecer que, conforme demonstra a realidade jurídica contemporânea, o sistema jurisdicional do Estado apresenta-se em crise profunda, eis que possui pouca e/ou inexpressiva eficiência/efetividade, fatores que se apresentam como elementos configuradores de

---

[27]Por fim, vive-se, na época contemporânea, o Direito Processual de quarta geração, onde a arbitragem se situa. É a utilização de um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário. É a própria sociedade, de modo organizado, aplicando o direito, utilizando-se das associações que a compõem. É uma nova era do Direito Processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhança. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da Justiça, por essa reivindicação se constituir em um direito constitucional de natureza subjetiva. (DELGADO, José Augusto. ***Arbitragem:*** Direito Processual da Cidadania. In: *Revista Jurídica*. São Paulo, ano 49, n. 282, 2001. P. 13).

[28]Todo o saber é saber do homem e tem como objetivo um saber sobre o homem, pelo que somente se legitima quando posto a serviço do homem. (...) Impossível pensar algo que diga respeito ao homem sem se pensar, antes, sobre o próprio homem. (CALMON DE PASSOS, 2012, P.86.)

[29]Quanto ao "<<conflicto en general>>, que es una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí". (ENTELMANN, 2002. P. 59.)

uma realidade de baixa credibilidade na função jurisdicional[30] do Estado Democrático de Direito como um mecanismo eficaz de resolução de conflitos. É nesse contexto, que o estudo em comento, objetivando compreender esse atual estado de crise, propõe-se a apresentar novos mecanismos de solução de conflitos que, perpassando os modelos (jurisdicionais) formais estatais, apresentam-se como instrumentos não só eficientes e efetivos, mas, em especial, eficazes para resolução de conflitos sociais (em especial os de massa), tendo como mote o instrumento da arbitragem.

A atual estrutura (formal/centralizada) de Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado não mais se mostra apta a responder, de forma eficaz, às demandas que lhe são propostas, o que torna necessário (re)pensar formas/mecanismos alternativa(o)s de distribuição da Função Jurisdicional, uma vez que a tradicional centralização da competência nos órgãos judiciais tornou-se impotente face às exigências apresentadas por um novo ator social que, cada vez mais, amplia as dimensões de direitos que restam assegurados como garantias constitucionais, procedimento fruto de um jogo democrático próprio do Estado de Direito Contemporâneo. Nesse contexto, o modelo tradicional/formal de Estrega da Tutela Jurisdicional do Estado, tendo sido criado (séculos XVII e XVIII) para solução de conflitos individualizados (direitos de primeira e segunda geração) tem enfrentado dificuldade, na modernidade, de responder a direitos coletivizados (direitos de terceira, quarta e quinta dimensões).

Do exposto é premente que, nos moldes dos (novos) direitos (coletivos) fruto das necessidades humanas contemporâneas, a solução dos conflitos não mais reste centralizada no Judiciário restando salutar a pluralidade de espaços democráticos necessários a real/substancial (e não apenas formal) resolução dos conflitos sociais que surgem em velocidade muito maior a apresentada nos séculos em que foram forjados os modelos de jurisdição até hoje adotados. Assim, não sendo possível a efetivação (pela Tutela Jursidicional do Estado – Poder Judiciário) de respostas salutares (tampouco eficazes) para a resolução dos (novos) problemas (coletivos) sociais que lhe são propostos, é premente a necessidade de apostar em mecanismos mais democráticos (equivalentes jurisdicionais) que apresentem "fórmulas de entendimento racional" (GOZAÍNI, 1995, P. 9.) que, por sua vez, contribuam para uma apreciação mais ampla e efetiva dos conflitos sociais primando, sempre que possível, pela solução autocompositiva[31] da contenda.

Considerando que a crise que afeta a Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado de forma centralizada (Poder Judiciário) dificulta a prestação de uma garantia constitucional (jurisdicional) efetiva, obstaculizando (em determinados momentos/casos) o acesso à justiça, pode a Arbitragem ser considerada uma alternativa válida à (re)solução dos conflitos sociais? É com fulcro no questionamento em questão que o presente estudo objetiva perseguir os rastros fáticos e históricos que permeiam essa modalidade democrática que pode ser considerada uma alternativa válida, efetiva e eficaz para resolução de litígios. Para tanto resta importante compreender o papel deste

[30]Importante destacar que com monopólio da jurisdição cria-se, para o Estado, o dever de assegurar aos cidadãos o direito de ingresso aos órgãos que compõem o Poder Judiciário, democratizando o acesso à justiça por meio da disponibilização de mecanismos hábeis a promover a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva a quem a pleiteie, sobretudo em relação à reivindicação de direitos sociais não cumpridos.

[31] *Uma das vantagens da autocomposição diz respeito à forma como as partes chegam à decisão para o conflito, pois o fazem de maneira espontânea, independentemente da presença de terceiros. Na realidade, tanto demandante como demandado podem agir unilateralmente: este reconhecendo o direito do autor, aquele renunciando ou desistindo do que pleiteia. Há, ainda, e esse talvez o mais importante detalhe para o qual ainda não atentaram os indivíduos, a possibilidade de se chegar a um meio-termo, um resultado em que não haja vencedor e nem vencido, onde os litigantes cedem reciprocamente para a construção de uma solução que seja satisfatória a ambos e, consequentemente, resolva o impasse. Esse procedimento de construção da decisão pelos próprios litigantes se torna bem mais eficiente do que o modelo jurisdicional, em que a decisão é imposta por um terceiro estranho à relação, de modo que a sentença judicial pode até concluir o processo, mas não necessariamente solucione o conflito*. (CASTILLO, 2000, p. 72).

instituto quando do seu reconhecimento no Novo Código de Processo Civil, apresentando uma releitura (reflexões) no que tange a Jurisdição, o que é feito (como já narrado) ao estudar o disposto nos artigos 3º, 27 e 42 do referido diploma legal.

> Art. 3º – Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.
>
> [...]
>
> Art. 27 – As causas cíveis serão processadas e decididas pelos órgãos jurisdicionais nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Pelo exposto, é possível afirmar que a Arbitragem (re)nasce como um procedimento (ou via) alternativo à solução dos conflitos sociais que, ante a debilidade da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (na modalidade centralizada – Poder Judiciário) em prestar (satisfatoriamente) a Jurisdição, os conflitos permanecem efervescentes no seio social (morosidade), realidade que demonstra a ineficácia do Processo Jurisdicional em alcançar seu objetivo primordial (efetivação, pelo Direito, da *paz social*). Essa pretensa evolução do instituo da Arbitragem, nos moldes do proposto pelo Novo Código de Processo Civil, apresenta inegável transição de paradigmas processuais, o que é feito diante da constatação de que os meios tradicionais de prestação da *Jurisdição* se tornaram incompatíveis com os novos conflitos (pós/hiper-modernos), fruto de um novo contexto social permeado por novos sujeitos históricos que, pela ampliação democrática, buscam concretizar conquistas de novos direitos (dimensões) que restam configurados como fundamentais (de aplicabilidade imediata) eis que assegurados pela Magna Carta.

O processo é tão amplo, quanto limitado. Tendo essa concepção em vista, importa que seja analisado para além das correntes dogmáticas e doutrinárias que se encerram no tema, admitindo-se assim a abertura da ciência jurídica para os outros ramos. O direito processual, nesse sentido, como se configura a instância que decanta o social, deve ser capaz de absorver essa realidade que se manifesta no mundo fora do jurídico. Esse ouvir, necessita sejam criadas algumas valas e outras pontes[32], uma por onde a realidade social crua invada o sistema jurídico, e outra que permita que as demais ciências permeiem o mundo jurídico e adiram ao seu sistema.

> La trama plural de la cultura contemporánea plantea uma necesidad cada vez mayor de encontrar métodos que detecten las ligazones. No sólo como una receta técnica para resolver conflictos sino como um principio orientador – un paradigma – que otorgue tanta fuera a la articulación de las diferencias como a la distinción o la oposición. Las metodologias para la rsolución de conflictos se vuelven un instrumento útil para repensar la cultura misma, y son también instrumentos para la transformación de los discursos institucionales y culturales. (SCHNITMAN, 2006. P. 24.)

Tendo em vista a reformulação substancial do espírito da Lei processual e a constitucionalização do processo, o NCPC, com especial atenção ao direito constitucional da Razoável Duração do Processo[33] (art.5º, LXXVIII), adere ao processo brasileiro uma nova filosofia,

---

[32] **Desde las ciencias al pensar, no hay ningún puente, sino, solamente, salto**. (HEIDEGGER, 1997. P. 258)

[33] De fato, o acesso à justição só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozodo direito pleireado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o ffrustava; daí cria-se mais essa garantia constitucional, com mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que num passe de mágica, tudo se realize com declarado.

voltada à *solução consensual dos conflitos* (Art.3º,§2º do NCPC), o que manifesta a adesão a uma maior participação dos sujeitos processuais para com a composição da lide.

Contudo, necessário esclarecer que apenas a edição de novos dispositivos legais, por si só, não garantirão o sucesso do modelo jurisdicional (descentralizado) proposto no Novo Código de Processo Civil. Como toda evolução histórica, social e política que permeia a humanidade, muito mais importante do que a alteração legislativa é a (mais difícil/complexa) mudança/evolução da mentalidade dos cidadãos e, em especial, dos juristas (que para tanto devem deixar o modelo de meros operadores do direito). A evolução do conceito de comunidade (vínculo afetivo) para o de sociedade (vínculo jurídico) acarretou, necessariamente, em uma maior complexidade nas relações sociais, tendo (nessa nova fase) como liame entre os indivíduos que permeiam essa nova realidade social, não mais (apenas) obrigações morais (limites/obrigações metafísicos), mas, sim, obrigações jurídicas (limites e obrigações físicas), momento em que o Estado assumiu papel preponderante (Leviatã – Thomas Hobbes) na garantia da paz social mediante o que restou concebido como poder de coerção Estatal (modelo centralizador – absoluto e ilimitado).

Necessário observar que, no período narrado (início da Entrega – Centralizada – da Tutela Jurisdicional do Estado Moderno), os conflitos (diante do apelo moral ainda presente) individualizados não eram tão comuns como na contemporaneidade, fato este modificado pelo elemento hoje conhecido como tecnologia da informação, momento em que a rapidez das informações e, consequente, proliferação das relações sociais, têm acarretado um significativo aumento das demandas destinadas ao Leviatã, o que é feito em busca da tão almejada paz social. É nesse contexto que surge a necessidade de uma (re)leitura jusfilosófica e sociológica do direito o que é feito com o intuito de melhor compreender do mundo jurídico em que restam inseridas essa novas demandas sociais, eis que fruto de novos sujeitos que, deixando a passividade de um Estado Absoluto e/ou de um Estado Democrático Representativo, buscam novos horizontes que, salvo melhor juízo, só serão possíveis com a implementação de uma novo modelo democrático que se apresente mais participativo, ou seja, com maior responsabilidade dos partícipes do jogo democrático (sociedade civil organizada), que passam a assumir as rédeas do destino social fruto dos conflitos em que restem inseridos.

Para Bobbio o direito só se efetiva se conquistado. Nesse sentido a Arbitragem surge como um importante mecanismo alternativo de solução dos conflitos sociais, o que contribui com a Desjudicialização e a Desconcentração dos órgãos Jurisdicionais, legitimando (competência) novos centros de decisão que passariam a atuar de forma suplementar a Tutela Jurisdicional do Estado na forma centralizada. Para tanto, esse instituto (Arbitragem) não deveria restar concebido como um imposição estatal (de cima para baixo) mas, ser compreendido como uma conquista social (de baixo para cima) eis que proveniente da vontade dos verdadeiros partícipes do jogo democrático (novos atores sociais), nesse contexto quiçá (sendo uma conquista social e não apenas um imposição Estatal) restaria efetivado a ponto de garantir o principal fruto oriundo da árvore do Direito (Resolução dos Conflitos/Paz Social).

> El arbitraje tiene algunas ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal, que son precisamente las que lo colocan hoy como alternativa válida: celeridade, confidencialidade, especialización en el tema a decidir, economía

---

Demais, a nroma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas. (...) **É nesse contexto que entram outros aspectos da norma em analise, qual seja: a organização dos meios que garantem a celeridade da tramitação dos processos.** A garantia de celeridade de tramitação dos processos constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade.(DA SILVA, 2005. P. 430.)

> de recursos materiales y humanos, menor grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación de las partes en el proceso, e inmediación entre éstas y el árbitro. (CAIVANO, 1992, p. 37.)

Note-se que a Arbitragem (re)surge com o intuito de auxiliar, de maneira mais democrática, na resolução dos conflitos sociais contemporâneos. Contudo, esse desiderato só será possível mediante uma (re)leitura balizada e acurada a partir dos novos paradigmas introduzidos pelo Novo Código de Processo Civil.

3 A Arbitragem: da Democracia Representativa à Democracia Participativa

O estudo em comento, tratando da evolução apresentada pela pretensa (re)leitura do instituto da Arbitragem, conforme disposto no Novo Código de Processo Civil, muito mais do que apenas uma nova ferramenta jurisdicional (diante da morosidade da tradicional – centralizada – Jurisdição Estatal), configura uma nova realidade democrática eis que, perpassando a democracia representativa, apresenta-se (caso reste efetivada) como um importante espaço de participação direta dos cidadãos (democracia participativa) eis que deixando o tradicional papel de sujeitos autômatos (indivíduos com baixa participação democrática – súditos modernos) lutam por uma nova realidade social, novos sujeitos sociais (autônomos – cidadãos contemporâneos), momento em que, reconquistando a responsabilidade pelos destinos de suas vidas (novos atores sociais), propõem-se a desempenhar importante papel social ao escolher o viés da arbitragem (novos espaços de exercício do poder em público).

Nesse contexto, como novo mecanismo de resolução de conflitos sociais, a Arbitragem deve ser compreendida não apenas como uma técnica processual formalista (nos moldes do que já ocorre com o modelo Estatal tradicional), mas, em especial, como um instrumento substancial que propugne, com eficiência e efetividade, a concretização das garantias constitucionais, procedimento (como já narrado) que está condicionado a mudança cultural dos juristas que, deixando de ser meros operadores, devem pensar/construir/alargar os horizontes e espaços de participação democrática na busca da real/substancial/efetiva resolução dos problemas sociais contemporâneos. Nesse sentido a Arbitragem, como fruto da democracia participativa, quiçá, possa vir a ser concebida como um (verdadeiro) instrumento efetivo de concretização dos direitos sendo, nessa modalidade, importantíssimo (para tanto) o papel da sociedade civil organizada.

> A função do processo democrático é exatamente permitir que se vão descobrindo os preceitos necessários à prosperidade e à paz entre os homens, que se preparem as inteligências e os sentimentos para a recepção rápida de tais conquistas e que se alcancem regras de fundo que liguem os indivíduos.
> O que caracteriza a era democrática é, precisamente, a obra de ligar entre si, livremente, os homens. Já não é o religar por dentro (religião), ou por vagas convicções comuns (direito natural, opiniões de doutores) – é o ligar por fora, sem prender os espíritos, rumando-os por movimentos interiores, espontâneo, deles. Isso exige permanente transição, porém transição que constitui amontoamento de ciência, de técnica, de economia de esforços, de multiplicação da produtividade, de tudo que a inteligência faz dominado as forças. (MIRANDA, 1979. P. 183.)

Essa nova estrutura histórica, social, política e econômica, como já narrado, é fruto da debilidade da Entrega da Tutela Jurisdicional Centralizada do Estado em responder adequadamente

as demandas que lhe são propostas, realidade que tem propiciado apostas em novos mecanismos de (re)solução de conflitos. Dentre eles, como narrado, merece relevância o instituto da arbitragem, um procedimento menos formal e, via de consequência, mais célere, momento em que as partes interessadas, tornando-se responsáveis por seus destinos, escolhem não só o modelo jurisdicional (estatal ou não estatal) que compreendam o mais adequado como, no caso de arbitragem, escolhem o terceiro responsável pela análise da contenda oportunizando, assim, mais confiabilidade e exequibilidade da decisão.

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil[34], em seus artigos 3º e 27, reconhecem o procedimento arbitral como equivalente a jurisdição. Contrapondo a tese Contratualista, apresenta uma estrutura que propugna uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva do que a apresentada pela Forma Centralizada Tutela Jurisdicional do Estado. O "Conflito"[35] como razão do Direito (a vida humana e a sociedade – relação do indivíduo e com a sociedade civil em que resta inserido), dimensionado na Filosofia da Vida e nos Direitos Fundamentais do Homem, nesse novo contexto apresentado pela arbitragem passam a ser concebidos de forma diferenciada, eis que deixam de ser apenas um número (autos processuais) para serem concebidos como sujeitos de direitos que, diante da autonomia compreendida pelo expediente narrado, garante uma melhor compreensão jusfilosófica, sociológica e psicológica do problema enfrentado, oportunizando uma melhor compreensão fática e social fruto da negociação oportunizada pelas partes.

Assim, a Arbitragem no contexto social contemporâneo (pós/hipermodernidade), resta reconfigurada como uma importante ferramenta/instrumento para a solução adequada das angustias humanas, muitas delas agravadas pela morosidade do litígio judicial que, preocupada com quantidade tem pecado no que tange a qualidade da Entrega da Tutela Jurisdicional Centralizada (indivíduos tratados como números e não como sujeitos de direitos). Nesse contexto, não conseguindo a Jurisdição (formal) enfrentar todos os problemas que lhes são apresentados, resta premente a criação/ampliação dos espaços democráticos que propiciem a necessária solução dos conflitos sociais surgindo, com esse desiderato, a Arbitragem. Para tanto, a efetivação desse novo mecanismo (arbitragem) em que a parte passa a ser concebida em seu real papel social (democracia participativa), depende do desvelar, do compreender das questões relevantes apresentadas pelo Novo Código de Processo Civil que, como uma alternativa processual, enaltece a Arbitragem e seus reflexos positivos na pretensão de solução dos problemas sociais apostando, nesse sentido, na composição do litígio.

Resta evidente que o Processo, ou mais especificamente o Novo Código de Processo Civil, ao ser introduzido no seio social, em especial por tratar-se de um novo conjunto normativo (pautado em novas concepções democráticas) estará sujeito ao período de adequação devendo, para tanto, conviver com os outros mecanismos apresentados pelo referido diploma legal, sem pretensão de modifica-los, inibi-los e/ou "excluí-los"[36]. Na contramão da proposta apresentada pelo Novo

---

[34]*Puede sostenerse que, concluido el conflicto, todo nuevo acto conflictual es ajeno a él y marca el comienzo de un nuevo conflicto. Es decir, que la intensidad cesa con la resolución porque si termina el conflicto, ya no hay actores ni conducta conflictual con lo que no puede hablarse de mayor, menor o ninguna intensidad, porque ésta es un adjetivo de conflicto o de conducta conflictual.* (ENTELMANN, 2002. P. 176.)

[35]*La Teoría de Conflictos radica su quehacer en la descripción del conflicto, en el análisis de sus elementos y modo de ser, en la generación de los métodos a que da lugar la aplicación de sus conocimientos y en los desarrollos tecnológicos que realiza con auxilio multidisciplinario. Ello no sólo abarca la problemática de la resolución del conflicto, sino también la de su conducción o manejo y prevención*. (ENTELMANN, 2002. P. 65.)

[36]O primeiro viés da análise das disposições do projeto do Novo Código de Processo Civil, portanto, será determinar uma linha relacional entre aos métodos de solução de controvérsias e se tais métodos são apresentados como sucedâneos, válvulas de escape para situações processuais ou questões de direito material específicas. Essa será a visão da matriz de soluções de controvérsias indicadas pelo projeto do Novo Código de Processo Civil. Em segundo

Código de Processo Civil, o tradicional expediente que vem sendo adotado, diante do significativo aumento da litigiosidade, faz com que o Processo (descaracterizado de sua real meta/importância) relacione-se diretamente com o Mito de Sísifo, eis que lento/travado cria percalços ao Acesso à Justiça, apresentando-se (cada vez mais) como um expediente burocrático, ou seja, um fim em si mesmo, momento em que as partes, como já narrado, não passam de estatísticas.

É nesse momento que a Arbitragem[37], apresentando-se como um mecanismo alternativo de resolução de conflitos, propicia acesso facilitado aos interessados que, desburocratizando sua participação democrática, têm a sua disposição a possibilidade de uma jurisdição mais célere e eficaz perpassando o modelo contratualista em busca de mais efetividade jurisdicional participativa, tendo relevância, nesse novo mecanismos, o expediente dialético da jurisdição. No panorama do Novo Código de Processo Civil, resta nítida a recepção da tese Jurisdicional do procedimento arbitral que, por conseguinte, visa à tentativa de ampliar o acesso à justiça não só no sentido quantitativo, como atualmente é vivenciado, mas no sentido qualitativo da prestação da tutela jurisdicional, sendo a arbitragem uma alternativa a Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (Poder Judiciário) no momento da resolução de conflitos.

4 Considerações Finais

No contexto atual do Estado, mais do que apresentar os elementos que constituem ou as características fundamentais do modelo contemporâneo e estudar as crises que o assolam, necessário se faz encontrar/ampliar os espaços democráticos necessários a efetiva/substancial solução dos conflitos sociais contemporâneos, sendo esta uma das principais contribuições apresentadas no Novo Código de Processo Civil, em especial no que tange a proposta relativa à Arbitragem. Trabalhar a ideia de existência de uma crise é, em outras palavras, apontar para uma disfunção do ente estatal que, via de regra, corresponde a uma dissonância entre o que se pensou em determinado momento (fático e histórico) e a realidade posterior, esta atestada pela impropriedade de certos conceitos se observados na prática.

Sob a perspectiva de organização de um modelo estatal que não mais atende à complexidade das demandas contemporâneas, é indubitável que as funções estatais precisam ser (re)pensadas, sobretudo a jurisdição que ainda se mostra adepta a concepções tradicionais (individualistas) incapazes de fornecer uma solução adequada aos problemas que lhe são apresentados. Diante disso o modelo apresentado pela modernidade para Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado de forma Centralizada (Poder Judiciário) vem enfrentando novos desafios, fruto de novos atores sociais que, diante das garantias fundamentais da Carta Constitucional, não vêm sendo assegurados de forma adequada, realidade que tem se apresentado em forma de uma crise institucional, não só pela

---

lugar, será feita uma análise específica de cada um dos métodos de solução de controvérsias mais conhecidos em nosso sistema, conciliação, mediação e arbitragem e de que modo cada um deles é alocado no processo civil ou de que maneira estipula-se sua autonomia em determinadas situações. Será verificada a autonomia desses institutos quando utilizados de modo específico e sua relação com o processo na medida em que suas técnicas podem ser utilizadas de modo endoprocessual. Por fim, e com um caráter propositivo, tentar-se-á apontar algumas medidas que podem ser adotadas para melhorar a utilização entre os métodos de solução de controvérsias de modo a torná-los um caminho seguro para aqueles que pretendam solucionar um conflito. (GUERRERO, 2014.)

[37]No entanto, a Arbitragem passa a ser elevada a auxiliar da heterocomposição que lhe é dotada pelo Sistema Processual que adere a autocomposição que é tida a Arbitragem aderida ao Processo como heterocomposição.

morosidade na efetivação de direitos mas, em especial, pela burocratização do procedimento que têm acarretado em restrições ao livre acesso à justiça.

Nesse contexto, não possuindo a estrutura necessária para absorver as demandas atuais, muito menos de respondê-las em tempo e modo oportuno (comprovando a ineficácia da prestação jurisdicional do Estado de forma centralizada – Poder Judiciário), a arbitragem, diante das condições apresentadas pelo Novo Código de Processo Civil, (re)surge como condição de possibilidade ao pleno acesso à justiça, apresentando-se como meio alternativo à jurisdição tradicional que, como descrito no decorrer do presente expediente, não se mostra mais apta (por si só) a responder com eficiência, efetividade e, em especial, eficácia as demandas sociais coletivas que lhe são apresentadas.

Dessa forma, o tema se apresenta atual e pertinente, no sentido de suscitar uma discussão de inegável relevância jurídica, através da análise dos fatores que deram ensejo à inoperância do Poder Judiciário em exercer a função jurisdicional nos dias atuais, fazendo com que meios alternativos sejam colocados à disposição do jurisdicionado, além do que se levanta a possibilidade de constatação de premissas que apontam para a própria crise do direito, que não mais consegue regular as relações sociais. Do ponto de vista social, esse novo expediente se mostra relevante em virtude da preocupação que surge pela pouca/baixa eficiência, efetividade e eficácia da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (Centralizada – Poder Judiciário) em responder às demandas que lhe são propostas, sobretudo no que tange à concretização de promessas sociais pelas vias judiciais, o que faz surgir a dúvida acerca da permanência do monopólio da jurisdição no Estado.

Referências

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. *The Role of Arbitration within Today's Challenges to the World Community and to International Law*. Disponível em <http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlineMaterials2012/internationalCommercialArbitration/Bockstiegel2006.pdf>. Acesso em 16-07-2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil : anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

BUNGE, Mario. *Crisis y Reconstrucción de la Filosofía:* perspectivas. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002**.**

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje:* su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos. Buenos Aires: AdHoc, 1992.

CALMON DE PASSOS, J. J. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: Juspodivm, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. Um Comentário à Lei n.o 9.307/96. 3ª Ed.. Editora Atlas: São Paulo, 2009.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora. *Proceso, autocomposición y autodefensa.* México: Universidad Autónoma de México, 2000.

DA SILVA, José Afonos. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 25º edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DELGADO, José Augusto. *Arbitragem:* Direito Processual da Cidadania. In: *Revista Jurídica*. São Paulo, ano 49, n. 282, 2001.

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

ENTELMANN, Remo F.. *Conflictos*. Hacia um Nuevo Paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

GOZAÍNI, Osvaldo A. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

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

GUERRERO, Luis Fernando. *Os Métodos de Solução de Controvérsias.* Disponível em: <http://www.dinamarco.com.br/wp-content/uploads/SolucaoDeControversias.pdf>. Acesso em 01-02-2014.

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

MACHADO, Rafael Bicca. *Arbitragem Empresarial no Brasil*. A Uma Análise pela Nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Martins Fontes: São Paulo, 1987.

SCHNITMAN, Dora Fried. *Nuevos Parafigmas em la Resolocuón de Conflictos*.

SEVERINO, Emanuele. *Techne*: le radici della violenza. Milão: Rizzoli, 2002.

SICHES, Luis Recaséns. *Estructura de la vida humana objetivada*. SICHES, Luis Recaséns. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. Fundamentación de la Filosofía del derecho. Fondo de Cultura Económica (FCE), 1ª ed., 1940.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. El *Derecho y la Ciencia Del Derecho* (Introducción a la ciencia jurídica). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT BIOPOLÍTICAS E GOVERNAMENTALIDADE EM TEMPOS SECURITÁRIOS.
Coordenadores: Augusto Jobim do Amaral (PUCRS) e André Sampaio (UNIT)

Canoas, 2017.

BIOPOLÍTICA E GENTRIFICAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE A EXECUÇÃO DE POLÍTICA DE REFORMA URBANA NO BAIRRO EUZÉBIO BELTRÃO DE QUEIROZ NO MUNICÍPIO DE CAXIAS DO SUL -RS

Henrique Mioranza Koppe Pereira[1]

1 Introdução

Neste trabalho pretende-se promover um debate inicial sobre Biopolítica e Gentrificação nas políticas urbanas em municípios brasileiros. A proposta do presente artigo é se utilizar de dados coletados por este pesquisador em tese de doutoramento sobre comunidades segregadas no município de Caxias do Sul, das quais sofreram processos de reformas urbanas com diferentes diretrizes para a promoção de garantias constitucionais, para se promover a discussão sobre gentrificação e biopolítica nas políticas urbanas municipais. Diante do insucesso da reforma urbana realizada no Bairro Euzébio Beltrão de Queiroz, motivado pela falta de participação popular e pela postura centralizadora e segregacionista da gestão municipal, é possível se verificar traços de controle biopolítico e estratégias gentrificadoras na execução da referida política urbana.

Este debate se dá em momento preliminar de projeto de pesquisa a ser realizada pelo programa de pós-graduação em ciências criminais de PUC/RS, em nível de pós doutoramento, sobre biopolíticas e gentrificação em políticas urbanas. Desta forma, se faz mister trazer à comunidade acadêmica experiências cientificamente catalogadas que podem dar subsídios aos estudos sobre biopolítica e gentrificação, principalmente quando se é possível comprovar as estruturas de controle e segregação espacial promovida diretamente pelas instituições Estatais.

Neste trabalho, pretende-se apenas iniciar o debate sobre essas questões e sem comprometer-se a realizar aprofundamentos teóricos conceituais. Mas dar-se-á ênfase à apresentação do *mundo vivido* pelo cidadão brasileiro, a partir de uma pesquisa de campo que se utilizou de métodos qualitativos e observação de narrativa das populações objeto de estudo para que se observe a aplicabilidade dos conceitos teóricos estudados.

No primeiro capítulo se fará uma exposição sobre a metodologia utilizada para a coleta dos dados e a importância dessa forma de abordagem para a observação das políticas urbanas quando se objetiva concretizar ideais de uma democracia participativa constitucional. No segundo capítulo serão apresentados os dados da pesquisa realizada no Bairro Euzébio Beltrão de Queiroz, de Caxias do Sul – RS, que possibilita a observação da experiência da política urbana e verificação da atuação da gestão municipal sobre as problemáticas urbanas e segregação espacial. Por fim, no terceiro capítulo, como fechamento do presente debate se deixam indagações sobre as estruturas de gentrificação e políticas urbanas que possam agravar o quadro de segregação espacial urbana ao controlar e oprimir cidadãos brasileiros com políticas urbanas distorcidas que não representam a

---

1 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com linha de pesquisa de enfoque em políticas públicas; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bacharel em direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Professor no curso de graduação em Direito na UCS e pesquisador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS); Pesquisador de projeto de pequisa sobre Biopolítica do PPGDCrim da PUC/RS.

adequada atuação Estatal em uma democracia constitucional.

2 Organização Espacial Urbana: Considerações sobre abordagem metodológica para observação das políticas urbanas

Para a presente pesquisa, esse estudo vem a ser o ponto-chave para entender a aplicação prática do princípio da subsidiariedade administrativa interna como um elemento viabilizador de políticas públicas urbana sobre populações de segregação espacial a partir dos bairros e comunidades locais. A abordagem, sob o ponto de vista pragmático, irá responder se os bairros e comunidades podem ser o veículo de aplicação do princípio a fim de incrementar a democracia brasileira e a eficiência das políticas urbanas nos espaços locais. Para se obter um resultado satisfatório e fiel à realidade brasileira, foram realizadas entrevistas com líderes comunitários e moradores de invasões desse município com o objetivo entender o impacto social das reformas urbanas realizadas pelo poder público para resolverem questões de segregação espacial.

> A ação comunicativa é apenas o meio de reprodução das estruturas simbólicas do *mundo vivido* ou de suas estruturas de integração social. Ela não preenche os conteúdos dessas estruturas. Apenas oportuniza as condições procedimentais para que os próprios participantes de uma interação possam preencher comunicativamente esses conteúdos mediante a força do melhor argumento (SIMIONI, 2006a, p. 68).

A abordagem das questões sociais presentes no município de Caxias do Sul dará vazão a observações da incidência do princípio da subsidiariedade administrativa interna nas comunidades analisadas. A partir disso, a pesquisa qualitativa apresentará momentos em que o princípio encontra limitações de ação subsidiária que obriga ao chamamento do agir de instâncias superiores como prevê o próprio princípio. A abordagem qualitativa apresenta-se, portanto, como uma excelente forma de observação do funcionamento do ordenamento jurídico-constitucional democrático que estrutura as diretrizes do gerenciamento das questões sociais urbanas tuteladas pelo Estado Brasileiro por meio de seus entes federados.

> A importância crescente da urbanização, como dado quantitativo e como consequência e fator de graves problemas sociais e econômicos, contrasta, nos países subdesenvolvidos, com a timidez e pobreza dos estudos empíricos e do esforço teórico. Esse é um campo de estudos em que, com a exceção de alguns pesquisadores isolados, a indigência é gritante (SANTOS, 2008, p. 55).

Com isso, a pesquisa pode adotar um ponto de partida diferente de uma teoria base ou de elementos teóricos identificadores do problema objetivado. A partir de uma pesquisa qualitativa aproximar dos discursos acadêmicos a aproximação com o cidadão para que se exponham as experiências das comunidades em dialogar com o poder público municipal para que sejam atendidas as necessidades urbanas que refletem diretamente na qualidade de vida e na saúde dos moradores dos bairros de segregação espacial. Ultrapassa-se a pesquisa quantitativa e de análise de dados estatísticos ao se seguir os ensinamentos de Milton Santos (2008), quando o autor fala que uma observação distanciada do território e dos cidadãos que ali residem podem mascarar a realidade encontrada na formação econômica social (FES). Esse afastamento possivelmente levaria a

equivocadas interpretações ou a conclusões sem a devida utilidade à população objeto do estudo. Reforça-se a preferência por essa abordagem por privilegiar uma compreensão interpretativa da ação social, ou seja, observar e estudar o comportamento dessas comunidades e abordar os possíveis significados subjetivos. Segundo Minayo (2005, p. 82): "a abordagem qualitativa atua levando em conta a compreensão, a inteligibilidade dos fenômenos sociais e o significado e a intencionalidade que lhe atribuem os atores", nesse caso os moradores das comunidades.

A partir das concepções de narrativa, nas entrevistas se utiliza a técnica de entrevista aberta ou em profundidade, que se caracteriza pela sua não estrutura, profundidade, ausência de predeterminação e com o mínimo de influência da presença do entrevistador (MINAYO, 2004). O estudo sobre as entrevistas foi realizado em quatro fases. A primeira dá-se pela exploração do campo a ser investigado, que se realiza a partir do estudo sobre o tema em questão a fim de formular questões imanentes referentes ao objeto de estudo da tese. De uma forma procedimental, na entrevista, o pesquisador lança um contexto prévio ao entrevistado para incentivar o começo da narrativa, na qual irá se construir uma sequência de acontecimentos ligados entre si tanto no tempo, quanto no sentido (JOVCHELOVITCHE, 2002).

A segunda fase aponta características a respeito do relato da narrativa. Durante a exposição, o entrevistado não deve ser interrompido, mas encorajado a continuar sua narrativa a partir de sinais não verbais, até o momento em que demonstre que finalizou sua explanação. Durante a entrevista, o pesquisador deve ficar atento aos discursos que se vinculam com o tema estudado e buscar na fala respostas e informações que o entrevistado pode trazer além das questões elaboradas anteriormente pelo entrevistador e que tragam subsídios à pesquisa. O entrevistador deve ficar atento à forma como o entrevistado se expressa e aborda os fatos e as informações que traz à tona, para que, posteriormente, possa fazer perguntas específicas sobre os elementos que acrescentar à pesquisa. Esses dados à parte compõem, exatamente, a terceira fase, momento quando se abre para as perguntas as quais serão elaboradas e feitas após a finalização da narrativa do entrevistado que tem por objetivo trabalhar sobre pontos que possam não ter sido explorados pelo narrador, mas que ainda interessam ao pesquisador. Terminada a entrevista, o gravador é desligado e comumente surgem comentários informais por parte do entrevistado, o que permite a busca de informações mais específicas que devem ser anotadas pelo entrevistador posteriormente (JOVCHELOVITCHE, 2002).

Com esse estudo das narrativas levantadas pelas entrevistas, será possível fazer uma interpretação qualitativa (GOMES, 2010) da situação atual da segregação espacial existente no município de Caxias do Sul. Após se entender a conexão entre políticas urbanas e segregação espacial, pode-se apontar como as políticas urbanísticas podem padecer de traços de gentrificação e opressão institucionalizada da população carente aliada a não concretização de garantias constitucionais que são obrigação do Estado prover a sua população. Assim, não se apresentam os relatos em sua íntegra, apenas fragmentos pertinentes para a discussão e um extrato dos sentidos formados pela fala dos moradores para que se possa discutir e analisar as experiências vividas e as ideologias subjetivas que se formaram no imaginário dos indivíduos estudados (FERREIRA, 2005).

Muitas falas dos entrevistados podem contribuir para a pesquisa quando apresentadas em sua literalidade, como se apresenta a seguir, mas isso não quer dizer que sejam somente essas que dão subsidio à pesquisa. O texto aqui apresentado é uma construção feita a partir das falas dos moradores dos bairros estudados, porém em alguns momentos é interessante trazer fragmentos literais das entrevistas para que se possa aproximar ainda mais a vivência do respondente da pesquisa realizada. Ao se trazer esses trechos, podem-se apresentar elementos que ficam ocultos pela construção do pesquisado. Mesmo que se esforce para demonstrá-los, como o sentimento dos

moradores quanto às questões levantadas, o entendimento da população, discursos carregados de esperança, rancor, inclusive falas que demonstram ampla compreensão da situação dos fatores questionados, no caso, a intervenção municipal com reformas urbanas e as demandas das populações segregadas (ALBERTI, 2004).

Utiliza-se, para interpretar essas entrevistas, o método hermenêutico-dialético que usa a técnica de análise de discurso por narrativa para que se observe de que maneira o princípio da subsidiariedade pode incidir na vida do cidadão e corroborar para o incremento da democracia brasileira. O método hermenêutico-dialético é uma corrente de pensamento que se distancia de uma observação investigativa do ser essencialista e volta-se para a compreensão de como os objetos de estudo apresentam-se e acontecem em decorrência dos modos subjetivos de viver (MINAYO, 2003). O acontecer do mundo da vida dá-se em uma perspectiva pessoal e, ao mesmo tempo, comunitária ao realizar-se na co-presença daqueles que compartilham das experiências intersubjetivas. Assim, para compreender as vivências que são proporcionadas pelas políticas urbanas caxienses, importa interpretar os relatos das populações que estão sob a égide das estruturas governamentais.

3 Comunidade Euzébio Beltrão de Queiroz e a reforma urbana executada em Caxias do Sul

O Bairro Euzébio Beltrão de Queiroz é um bairro antigo na cidade de Caxias do Sul, originou-se das primeiras populações segregadas do município que eram alocadas aos arredores do cemitério municipal. Inicialmente, o local não possuía nenhum tipo de planejamento e a infraestrutura urbana era completamente ausente, as ruas do bairro eram carreiros2, não possuía rede de esgoto, rede elétrica, nem distribuição de água. Ao longo da formação e do desenvolvimento do município, o poder público negligenciou as necessidades urbanas da comunidade moradora desse bairro, até então chamada de Zona do Cemitério.

Tendo em vista o crescimento da cidade, a Zona do Cemitério passou a se localizar na região central de Caxias do Sul, precisamente a 1,7 km oeste da praça central da cidade. Ao longo da história do município, essa comunidade manteve-se como reduto de segregados, longe da atuação estatal apesar de sua proximidade física aos serviços públicos e instituições governamentais. A comunidade hoje é constituída por 280 moradias3, que representam, aproximadamente um número de 1800 pessoas, todas com baixa renda e muito poucas com situação habitacional regular.

O crescimento do bairro se deu à sombra das remoções. De tempos em tempos, o poder público pressionava a população a sair da localidade pela reforma do estádio de futebol, que se posiciona na margem oeste do bairro, ou reforma do cemitério municipal, que se situa na margem leste do bairro. Ainda, simplesmente, a prefeitura ordenava a saída dos moradores tendo em vista a sua situação irregular. Existem diversos relatos sobre as remoções, em sua grande maioria, pacíficas, alguns moradores eram retirados para outra localidade.

Estrada de terra sem pavimentação.

3 Apresenta-se esse número contabilizado em moradias, pois a liderança do bairro consegue dar certeza da existência das moradias, tendo em vista que há mudança relativamente rápida dos moradores da localidade, além disso, em cada moradia moram até três famílias que se aglomeram na mesma residência. Sendo assim, é mais seguro apontar o número de casas do que de famílias ou moradores. Em seguida, se apresenta um dado apontado pela liderança da comunidade, de que haveria em torno de 1800 moradores na comunidade, esse é um número estimado pelos líderes que representam o bairro nas últimas décadas perante o poder público.

O valor imobiliário desse território é inquestionável, fisicamente se encontra na região central desse município que possui um alto índice de desenvolvimento. Para os moradores, essa posição é estratégica, pois, ao morarem nesse local, encontram-se próximos aos seus locais de trabalho, às escolas, aos postos de saúde, enfim, estão perto da cidade e do que ela oferece; porém, o morador dessa área paga um preço por essa moradia irregular e a busca pela infraestrutura urbana é a primeira necessidade imediata. É preciso que o próprio cidadão construa o seu próprio sistema de esgoto, faça sua ligação elétrica, a conexão de água, depende de sua própria mão de obra ou da ação da comunidade para a solução desses problemas. Além disso, a proximidade da cidade não representa, necessariamente, o acesso ao que está disponível nos centros urbanos. O preconceito e a discriminação dos moradores da Zona do Cemitério chegam aos patamares de institucionalização, a população do município e o próprio poder público têm posturas segregadoras a esses cidadãos até os dias atuais.

Essa constante postura discriminatória isola a comunidade dentro do seu próprio perímetro e acostumou-se com a ausência do poder público e dos serviços públicos e privados que podem ser encontrados em um município do porte de Caxias do Sul. Assim, apesar da proximidade física, a comunidade permanece afastada da cidade, cria-se uma cultura comunitária paralela e os problemas da comunidade tendem a serem resolvidos ali mesmo dentro das possibilidades. Apesar desse senso de comunidade ser benéfico para a localidade, a sua proveniência é problemática, pois não é obrigação do cidadão resolver suas questões, é a negligência do Estado e a segregação que obrigam esses cidadãos a isolarem-se com suas próprias questões. Esse isolamento obriga uma auto-organização paralela à ação do Estado, uma ordem comunitária movida por lideranças comunitárias e privadas dentro do território.

Além disso, a negligência do Estado sobre territórios urbanos dentro de cidades metropolitanas dão espaço a outras estruturas de poder muito além de organizações comunitárias, como o tráfico (BOAVENTURA, 1973). Nas últimas décadas, o tráfico se instalou nessa comunidade devido às vantagens de sua localização e a ausência das entidades estatais sobre o território e sobre a população, o que configura um perfil excelente de local para atuação dos traficantes. A presença do tráfico é marcante na comunidade, apesar de não existir um contingente massivo desses criminosos, mesmo porque a comunidade é bastante pequena, e sua ação é evidente. Todos os entrevistados fizeram referência ao tráfico como uma ação criminosa que se sustenta por negligência do Estado. Aparentemente, não se caracteriza um temor ao tráfico como uma organização paraestatal que influencia diretamente a organização comunitária, mas uma atividade criminosa que acontece naquele local para se aproveitar das características do bairro. É evidente que essa atividade criminosa acaba por se utilizar dos moradores da comunidade para suas ações, no entanto, não representa um grande número de criminosos.

No final da década de 1990, início dos anos 2000, a prefeitura apresentou para a comunidade um projeto de reforma urbana, semelhante ao que vinha sendo executado com sucesso em outros bairros de Caxias do Sul, também objetos de estudos anteriores que dão origem à presente discussão. O projeto que calculava uma atuação da prefeitura durante dez anos para concretizar todas as reformas adequadamente previa, além da regularização dos terrenos, a construção da rede de esgoto cloacal, pavimentação das ruas, facilitação de financiamentos para reformas das unidades habitacionais e regularização das escrituras; principalmente, não exigia a remoção dos moradores, tão somente uma realocação temporária a fim de realizar as obras, que, depois de concretizadas, permitiriam o retorno dos moradores a suas novas casas.

O poder público começou a fazer reuniões diretamente com a população e seus representantes eram bem recebidos pela população. Houve muita dificuldade para estabelecer os

acordos, principalmente no que se referia à retirada dos moradores de suas casas, para que se realizassem as reformas. Mesmo com a promessa de que os moradores retornariam a uma nova habitação, as famílias não confiavam no poder público, a qual passa a ser uma das dificuldades enfrentadas pela prefeitura.

Com o tempo e com a atuação municipal, a população foi adquirindo confiança no Estado, e cada vez mais moradores compareciam às reuniões que a prefeitura realizava com a comunidade. A fala a seguir, de uma líder comunitária (LB1)4, demonstra como a aproximação do município reforçou o capital social da comunidade, fomentou a organização e as lideranças, estimulou o cidadão a participar de democracia brasileira. Ao final da fala, já adianta o fracasso da intervenção pelo recuo da administração pública, que será tratado mais adiante.

> Nessa época aí a gente abraçou esse projeto aí. A gente era uma turminha de uns 16 representantes, cada um de um canto da comunidade, que conseguiu mobilizar assim, cada um em um canto da comunidade pra trabalhar em prol dos outros. Então a gente estava ali, e depois a gente conversava com o poder publico e depois a gente fazia reunião com eles, passava pra eles a nossa opinião, a gente discutia debatia, tinha cada discussão que Deus o livre. E depois reunia todo mundo junto, né. Daí era a comunidade toda com o poder público e com os representantes. Não era nada feito, assim, sem votação. Se o pessoal não queria não fazia, era bem legal. Pena que terminou (LB1).

Foi com o início desse projeto de reforma urbana que o bairro ganhou o nome Euzébio Beltrão de Queiroz e deixou para o passado a sua antiga denominação Zona do Cemitério. Nesse período, o município implementou o orçamento participativo para diversas comunidades que possuíam características semelhantes a essa comunidade. Essa atuação ampla, e em diversos bairros ao mesmo tempo, repercutiu de maneira positiva na credibilidade do poder público, pois, com a rápida comunicação entre os cidadãos, os moradores informavam-se sobre a proatividade do Estado em buscar a melhoria da qualidade de vida dessas populações, até então segregadas.

Para a regularização dos terrenos do bairro Euzébio Beltrão de Queiroz, o município criou uma lei específica para regular aquela área, a Lei complementar 99/99 do município de Caxias do Sul, que adequava a possibilidade de regulação dos terrenos com metragens específicas condizentes com a realidade do perímetro. Dessa forma, o município agia de diversas formas para resolver os problemas dessa comunidade, era uma política de reforma urbana, não mais ações paliativa ou assistencialistas.

Sobre esse período, os relatos apresentam diversos momentos que fomentaram a emancipação da população estimulada pela presença e atuação do poder público:

> Eu fazia ata de tudo, ne. Quando o povo contestava, "ah mas eu não vi", "não vim nessa reunião",– ah não mas está aqui ó! está aqui a tua assinatura a gente falou! – Teve uma vez que a gente (mulheres) queria a criação da escolinha e os homens quiseram a [...] não lembro o que que era lá [...] e acabou vencendo, só tinha homem na reunião e acabou vencendo e eu fiquei braba com as mulheres porque elas não se manifestaram. Daí fiz elas assinarem, daí quando chegou pra faze a obra lá, elas enlouqueceram e vieram tudo pra cima de mim. Eu disse: – não vocês estavam na reunião, vocês deixaram os homens tomarem conta e eu ainda disse vamos votar

4 Em pesquisas qualitativas em que indivíduos objetos de estudos apresentam, por intermédio de narrativa, parte de sua vida para contribuir com o estudo científico é realizada a proteção da identidade dos participantes, utilizando-se assim, siglas para identificação. No presente trabalho se apresentarão a fala de dois indivíduos em específico, duas mulheres: a LB1, líder comunitária 1 do Beltrão; e a MB1, moradora 1 do Beltrão. Ambas viveram no bairro Euzébio Beltão de Queiroz por mais de 20 anos e vivenciaram diretamente a atuação da política de reforma urbana.

> mulheres. Eu digo quem quer escolinha é mulher, não é os homens (risos). Aí no outro ano saiu a construção da escolinha, porque daí elas se mobilizaram elas foram em peso na reunião e conseguiram fazer. Porque se não ia só os homens, as mulheres não iam ou quando iam ficavam lá, assim ó, ninguém falava. Até vergonha de levantar o dedo tinham. Eu disse, mas que que é isso se vocês querem escolinha se vocês querem coisas para os filhos de vocês, vocês tem que se manifestar, aí mudou a posição no fim a mulherada estava tomando conta.(risos) (LB1).

Com essa fala, demonstra-se como as mobilizações oportunizadas pelo município repercutem em um senso de democracia e de participação, o cidadão aprende a se emancipar, a participar e buscar os seus interesses e suas demandas nas instâncias democráticas. Esse exemplo mostra que as mulheres, antes em uma postura passiva e omissa, foram estimuladas ao rompimento de seu estado de dormência política para uma proatividade em favor de suas demandas a partir dessa oportunidade proporcionada pelo Estado. Com isso, redesenha-se o quadro sociopolítico da comunidade, reforça-se o capital social e a democracia. Nesse sentido, também é importante ressaltar que durante esse período as atividades do tráfico cessaram nessa região, a constante presença do poder público atrapalhava as atividades do crime.

Atitudes como essas reforçam o capital social da localidade, consequentemente qualificam a democracia e viabilizam uma atuação subsidiária adequada realizada nas comunidades. Eventos, como o narrado pela moradora, apesar de não se tratar especificamente sobre urbanismo, são importantes para a construção da identidade e da participação cidadã, não pelo objetivo que era demandado em si, mas pela forma como os cidadãos organizavam a exigência da demanda. Uma forma democrática, solidária e que remetia para a comunidade e aos indivíduos a responsabilidade de pressionar o poder público em seu favor, pois assim acontece a democracia participativa, esse é o momento em que cidadão subsidia a deliberação estatal em favor das garantias constitucionais e para ressarcir as necessidades sociais.

A população também passou a investir nas moradias e buscar os financiamentos oferecidos pela prefeitura para realizar as melhorias das casas, da mesma forma que estavam dispostos a pagar, dentro de suas condições, os valores correspondentes às construções que beneficiariam às individualidades: “porque nada sai de graça, o pessoal tinha toda essa certeza de que ia ter que pagar o sobradinho, pagar aquilo por mês, mas eles iam morar mais digno” (LB1). Com essa postura, estruturada pelo poder público e aprendida pela população, afastaram-se, desse projeto, as ações clientelistas.

Nesse período, a ação do Estado trouxe à comunidade benefícios colaterais que repercutiram na saúde da população, incrementou o acesso da população à informação aos serviços de saúde pública e o recolhimento do lixo passou a ter organização e periodicidade. A comunicação direta entre as secretarias municipais e o cidadão viabiliza um canal direto de detecção de demandas sociais e estimula ações políticas ágeis e eficientes.

Todavia, em 2005, ocorreu a troca de gestão municipal, que não terminou a reforma proposta. E aqui se dá um marco importante para as discussões sobre Biopolítica e gentrificação nesse caso, as regulamentações não foram completadas, nem as obras de reforma urbana foram concluídas e, mais uma vez, a comunidade Euzébio Beltrão de Queiroz estava segregada. A nova gestão interrompeu as reformas, mas continuou com a regularização das escrituras, ocasionando em um retrocesso imediato na confiança dos moradores no poder público, pois estava se concretizando o medo inicial apontado pela população sobre uma regularização a fim de cobrar impostos. Grande parte da obra planejada deixou de ser executada, não foram construídas as novas unidades habitacionais, a reestruturação urbana não foi implementada, apenas foram concluídas as obras mais

emergentes, como canalização de esgoto, fornecimento de energia e o mapeamento da região para a regularização dos terrenos.

Desse período até a atualidade, o bairro recaiu na antiga inércia e com a negligência estatal retornaram as antigas características do bairro, anteriores à reforma. O tráfico retomou suas atividades na região e a população voltou a cuidar de si, distante das instâncias democráticas e mais próxima das ações privadas e assistencialistas, deixou-se de investir nas moradias e de fazer reuniões para discutir as demandas da comunidade. Foi recorrente na fala dos entrevistados sobre uma das últimas ações do município após o abandono da reforma, que teve como objetivo concluir as regularizações dos terrenos do bairro:

> De repente chamaram numa reunião e resolveram dar os papeis tudo do jeito que tá. Só pra poderem cobrar IPTU, acho que foi só pra isso que eles fizeram. Imagina, eu disse na reunião mesmo, eu fui só uma, porque era meu interesse, eu deixei de ir nas reunião porque eles vinha aqui trovavam, trovavam, e não faziam nada. E como agente mora aqui tinha que saber como é que ia ficar eu disse, "então pra vocês receber IPTU serve!" porque é só pra isso, né, que eles deram a escritura pra nós. E agora nós pagamos IPTU, já faz uns anos (MB1)5.

Retomou-se o descrédito e o repúdio pelos órgãos estatais. Mesmo que as escrituras venham a ser um benefício para a população, os moradores passam a pagar impostos sem serem incluídos na sociedade, assim se sentem excluídos e explorados. Não somente isso, entendem que essa ação da prefeitura tem influência do mercado imobiliário, pois o bairro é de excelente localização e possuí ótimo valor imobiliário, o único fator de desvalorização é a existência da comunidade sobre esse território. Afirmam, portanto, com deveras lucidez, que o poder público tem o interesse de regularizar esses terrenos a fim de torná-los comerciáveis, ou seja, poderão ser explorados pelo mercado imobiliário. A forma pela qual a prefeitura apresentou a documentação de "regularização" reforça esse sentimento de desconfiança da população. Somente foi feita a escrituração do terreno, ou seja, o documento não consta o imóvel construído sobre ele, deixando a entender que o interesse está voltado apenas ao espaço e não à comunidade e àquilo que se constitui nesse território. Por esses motivos, muitos moradores recusaram-se a buscar a escritura e recusam-se a pagar o IPTU.

Com o tempo, outras antigas irregularidades voltaram à cena, como gatos de energia e de água, e os problemas de saúde pública que tinham reduzido significativamente. As faltas de cuidados com a saúde pública, a dificuldade de acesso a essa benesse retornaram a aparecer enquanto a postura do poder público torna-se ainda mais omissa: "eles (as pessoas que precisam de auxílio) não tem mais acesso nenhum agora, porque eles vão na prefeitura e pedem uma ajuda para um esgoto uma casa, uma coisa assim, eles dizem "não, agora vocês estão regularizados, agora é por conta de vocês" (MB1). A alegação do poder municipal aos moradores é que o Estado já cumpriu o seu dever e que não tem mais obrigação de agir em favor dessa população. Em contrapartida, o município realiza políticas assistencialistas, como a "Campanha do Agasalho", doações de alimentos e brinquedos, o que denuncia a impossibilidade de afirmar que o Estado já cumpriu com suas obrigações nessa comunidade, pois ele mesmo promove políticas características de populações segregadas.

A partir dos estudos dos relatos coletados por esta pesquisa, percebe-se a constância de elementos essenciais do princípio da subsidiariedade, em especial o principal deles: a ação dos poderes periféricos. Pode-se constatar que o cidadão, morador de áreas de segregação, apesar de

---

5 MB1: sigla para morador do Beltrão de Queiroz, entrevistado 1.

estar mais próximo da demanda social, não possui economicidade nem potencial de eficiência para resolver os problemas enfrentados pela comunidade.

Pode-se afirmar a importância imprescindível da ação do município a partir do princípio da subsidiariedade. Ao perceber a escassez de recursos da comunidade e a dificuldade de autossuficiência, o poder público tem a obrigação de ser extremamente atuante e não pode deixar a comunidade à sua própria mercê. A partir do princípio da subsidiariedade, aplica-se a limitação pressuposta pelo próprio princípio, pois, diante da falta de eficiência, o Estado precisa fazer um trabalho de emancipação das comunidades para que elas possam agir subsidiariamente por si só. Caso o Estado não cumpra com essas funções, outras instâncias de poder paralelo poderão se formar na comunidade (BOAVENTURA, 1973), uma auto-organização desordenada e distante do Estado Constitucional Democrático.

4 Biopolítica e Gentrificação na reforma urbana realizada no bairro Euzébio Beltrão de Queiroz em Caxias do Sul – RS.

A partir do Estudo apresentado no capítulo anterior verificou-se dois momentos distintos: o primeiro, em que o poder publico municipal inicia a reforma urbana a partir de um diálogo com a população a fim de uma atuação política participativa, descentralizada e democrática; e, o segundo, que se dá após a mudança de gestão municipal, a qual redefine as características da atuação da referida política urbana. Este segundo momento é o que diferencia de outras reformas urbanas que foram executadas com sucesso sob as diretrizes de atuação anteriores e pode-se apontar essa mudança de atuação como o motivo principal do insucesso da reforma do bairro Euzébio Beltrão de Queiroz.

Não é apenas o fato da reforma urbana não ter surtido efeito na vida dos cidadãos o motivo de se trazer esse caso para a discussão de biopolítica e gentrificação, mas também é de fundamental importância compreender como a política urbana continuou a partir de sua guinada ideológica. Percebe-se que após a mudança de gestão o diálogo entre o cidadão e o poder público se distanciou, mas mantiveram-se até o fim as melhorias na canalização de esgoto, fornecimento de água e energia e o mapeamento da região para a regularização fundiária. Pois não seriam exatamente essas formas de controlar as populações segregadas essa atuação é típica de estruturas de gentrificação para beneficiar camadas sociais com maior concentração de capital em detrimento das primeiras? A reforma, ao garantir regulação fundiária e canais de infraestrutura de saneamento e energia, tornou a terra, sobre a qual o bairro se sustenta, absorvível pelo mercado. O que não poderia ser feito anteriormente sem um custo dispendioso dos compradores e interessados pelas terras, mas agora, após a regulação qualquer morador do bairro poderá vender seu lote por valores bastante inferiores aos de mercado e uma vez vendido o terreno ao mercado especulativo as populações carentes não terão mais o seu acesso. Com isso, pouco a pouco os moradores se retiram do bairro, motivados pela insistência do poder público para que vendam suas terras e se mudem, pela constante presença do crime organizado, pela atuação frequente da polícia contra os moradores em nome do combate às drogas e à criminalidade, pela falta de condições de acesso à cidade que o bairro deixa de proporcionar aos seus moradores.

A atuação do poder público fragmenta a lógica comunitária e não viabiliza o estabelecimento de lideranças e de interlocução a partir do distanciamento entre as instituições estatais e o cidadão. Um dos conceitos tratados pela biopolítica que apresenta grande potencial para

discussão das políticas de gerenciamento urbano e gentrificação é o termo imunização. Pois a reflexão sobre o paradigma imunitário possibilita a revitalização do munus a partir dos bairros e comunidades o que reverbera diretamente na consolidação de estruturas de democracia participativa. O termo é cunhado por Foucault, todavia Roberto Espósito aprofunda o termo dentro da teoria de biopolítica.

O termo é uma correlação sobre o termo immunitas do latin, para se trabalhar a lógica de supressão das estruturas comunitárias. Nas línguas latinas o sufixo "i" serve para indicar a supressão ou negação de algo. Nesse caso, a analogia que se faz é que o "i" estaria suprimindo a partilha comunitária da palavra cummunitas tornando assim, esses indivíduos, separados, distantes, opostos ou até imunes à partilha em comunidade. Como aponta Esposito (2010) o corpo imune "não é simplesmente diverso, ou outro, em relação à comunidade, mas é o oposto". Com isso trabalha-se uma lógica de rejeição comunitária por parte dos indivíduos o que viabiliza a fragmentação completa de conceitos como capital social e cidadania.

A partir do processo de imunização os cidadãos imunes passam a relacionar-se entre si por intermédio do soberano e assumem a responsabilidade dos atos do soberano, com isso afastam-se as relações comunitárias. Ou seja, o indivíduo não precisa se preocupar com o sofrimento de seu vizinho, pois o Estado deverá auxiliá-lo e se não o fizer é porque o vizinho não possuía direitos para receber o auxílio do soberano, nem mesmo de seu próprio auxílio. Da mesma forma o indivíduo relaciona-se com os demais a partir de perspectivas contratuais, com os devidos respaldos legais, para que, ao encontrar problemas possa então remeter ao soberano que aponte a solução deste conflito sem que necessite viver o conflito com seu par.

Ao se observar os processos de ruptura do senso comunitário e, consequentemente, a fragmentação da figura do *outro*. Com isso, os mecanismos de gentrificação passam a atuar com menos resistência social, assim como o sofrimento das populações oprimidas se torna banal.

> […] Gentrificação é o processo […] pelo qual os bairros pobres e proletários, localizados no centro da cidade, são reformados a partir da entrada de capital privado e de compradores de casas e inquilinos de classe média – bairros que previamente haviam sofrido uma falta de investimento e um êxodo da própria classe média. Os bairros mais pobres de classe trabalhadora estão em processo de reconstrução; o capital e a alta burguesia estão voltando para casa, e para alguns que estão em seu caminho, não é exatamente algo agradável. (SMITH, 2012, p.74)

É possível se fazer abordagem à gentrificação a partir da Biopolítica moderna, pois essa possui como característica uma dinâmica imunitária de proteção negativa da vida, onde a autopreservação individual é o pressuposto de todas as categorias políticas, da soberania à liberdade (ESPOSITO 2010, p.24). Isso quer dizer que o alicerce das lógicas políticas, as quais diretamente influenciam as estruturas do ordenamento jurídico, se estabelece em paradigmas de promoção da vida individual.

Por isso a importância do estudo sobre Biopolítica, pois os conceitos e trazidos por essa reflexão possibilita a compreensão dos obstáculos à cidadania e à democracia participativa. Dialogar sobre estes obstáculos pode oportunizar diálogos que visem fortalecer o cânone democrático, tendo em vista a promoção da cidadania, da democracia participativa e o fortalecimento do espaço local a partir dos bairros e comunidades.

O espaço local pode apresentar características e fatores para auxiliar a formação e a aplicação de políticas públicas de saúde urbana e promover a democracia participativa. Ao se remeter a um território determinado, é possível salientar quais são as demandas populacionais

emergentes e adequar a política para agir com mais eficiência, celeridade e economicidade. Ao agir sobre o espaço local, permite-se que o Estado dê abertura para a participação deliberativa do cidadão que vive no território sobre as ações, assim se fortalece a instância local como um lócus político democrático voltado ao desenvolvimento social.

Sendo assim, ao invés de se utilizar de posturas radicais em favor de uma intervenção estatal genérica para atuar sobre o conflito em diversas regiões do país, busca-se uma postura proativa do cidadão e da comunidade para a solução dos problemas presentes no território. A proposta de falar sobre empoderamento local, capital social e cidadania, portanto trata de elementos imprescindíveis para a unificação do espaço local (HERMANY, 2007). Trata-se sobre esses elementos, portanto, para entender como poderão auxiliar as políticas públicas a atenderem as necessidades sociais de acordo com os preceitos democráticos participativos. Em virtude disso, possibilita-se um diálogo entre o Estado e a sociedade a fim de afastar a dicotomia entre Direitos Sociais versus Economia que devem manter-se de forma harmônica para que conjugue o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social.

Cada território possui características próprias e o território local se distingue entre si a partir das comunidades que ali residem, dos seus modos de produção, acesso ou não a recursos de qualquer espécie – naturais, humanos, técnicos, financeiro, etc. Na dialética do território, não há uma definição específica e delimitadora de onde começa e termina um território para iniciar outro, mas é certo que o território é real, físico, existe no universo espacial, pode ser visto, medido, utilizado pela humanidade (TANCREDO, 2005). Portanto, a utilização do termo território tem como intenção afirmar a concretude do espaço, que não se encontra mais em instâncias abstratas como os espaços banais globalizados, que se encontram em todo o lugar, mas em lugar nenhum (SANTOS, M. 2008).

5 Conclusão

A partir dessas considerações apresentadas dá-se o início de uma observação das políticas urbanas de gerenciamento de populações espacialmente segregadas a partir de estruturas de biopolítica e de gentrificação. Como apontado anteriormente é um dialogo inicial a ser tratado com mais profundidade quanto aos fundamentos conceituais e desdobramentos teóricos em pesquisa de pós-doutoramento, ainda a ser realizada. Portanto, neste momento apresenta-se uma discussão proveniente da pragmática vivida pelos cidadãos brasileiros que vivem em segregação espacial sobre a realidade concretizada por políticas urbanas desenvolvidas sem a adequada atuação democrática e sem o interesse de promover a democracia constitucional e tão pouco a democracia participativa.

Neste momento não se apresentam conclusões finalísticas, mas aponta-se um dado de extrema relevância para o início da pesquisa que é a presença real de diretrizes que conduzem a efeitos de gentrificação dos espaços urbanos alvos de políticas de urbanização das favelas brasileiras. Em outros escritos já foi trabalhado a importância da utilização de estratégias de participação ativa da população para o sucesso factível das políticas de urbanização e erradicação da miséria, mas interesses alheios às garantias constitucionais e obrigações estatais podem intervir e redirecionar a política para atender outros fins em detrimento da população e da democracia brasileira.

Pode-se falar em controle biopolítico da população espacialmente segregada em favor de

interesses de uma oligarquia não identificada que pretende tomar o espaço territorial da favela para a exploração capitalista? A partir da discussão por ora apresentada pode-se dizer que têm-se fortes indícios para que se possa afirmar positivamente esse questionamento. Com isso, dar-se-ão início a estudos sobre biopolítica e gentrificação para que se possa compreender como detectar essas estruturas de controle que fragilizam a democracia brasileira a fim de afastá-las das instâncias públicas, as quais deveriam proteger o cidadão, promover inclusão social e a cidadania daqueles que anseiam ver concretizadas as garantias constitucionais que alicerçam a democracia brasileira.

Referências

ALBERTI, Verena. *Manual de história oral.* 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

AMMANN, Safira Bezerra. *Movimento popular de bairro:* de frente para o Estado em busca do parlamento. São Paulo: Cortez, 1991.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *A política das políticas públicas*: progresso econômico e social da América Latina. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Reengenharia do estado*: aula inaugural proferida pelo prof. José Alfredo de Oliveira Baracho. São Paulo, 1995.

_____. *O princípio de subsidiariedade*: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Direito processual constitucional:* aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. Teoria geral da cidadania. A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra*: Coimbra Editora, v. XXXVIII, n. 1, 1997. p. 29-78.

BERTASO, João Martins. As políticas neoliberalizantes e a cidadania social: marginalização. *Revista de Direito*, n.16 (jul./dez.2001), Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2001.

BITOUN, Jan. O intra-urbano: a geografia e o urbanismo. In: SILVA, José Borzacchiello da et all. (org.). A cidade e o urbano: temas para debates. Fortaleza: EUFC, 1997, p. 53-60.

_____. *Tipologia das cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2009.

_____. A política de saúde e as inovações na gestão local. Cidadania é notícia. Recife, Etapas Equipe Técnica de Assessoria, *Pesquisa e Ação Social*, 2000.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana.* São Paulo: Paz e Terra, 2011.

CHIGNOLA, Sandro. Foucault outre Foucault. Roma: Labirinti, 2014.

ELSTER, Jon. *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2001.

ENDLICH, Angela Maria. *Maringá e a rede urbana regional:* conteúdo urbano e concentração demográfica. *Acta Scientiarum*. 21(4):897-907, 1999. p.899.

ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora em Inglaterra.* Lisboa: Presença, 1975.

ESPÓSITO, Roberto. Bios: Biopolítica e Filosofia. Lisboa:70. 2010.

FERREIRA, Marieta de Moraes; AMADO, Janaína. *Usos & abusos da história oral*. 7.ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Estatuto da cidade comentado*: Lei 10.257/2001 – Lei do meio ambiente artificial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002.

FOLQUE, André. *A tutela administrativa nas relações entre o Estado e os Municípios.* Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 25. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir : nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. *Estatuto da cidade comentado*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

GOMES, Romeu. Análise e interpretação de dados de pesquisa qualitativa. In. MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Pesquisa Social*. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

GORCZEVSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. *A necessária revisão do conceito de cidadania:* movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GOYTISOLO, Juan Berchmans Vallet de. El principio de subsidiariedad. In: TORRES, Miguel Ayuso (Org.). Dalla Geometria Legale-Statualistica Allá Riscoperta del Diritto e della Política. *Studi in onore di Francesco Gentile*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2006.

GRAHAM, Stephen. O Boomerang de Foucault: o novo urbanismo militar.

GRAHAM, Stephen. Cidades Sitiadas: o novo urbanismo militar. São Paulo: Boitempo,2016.

GURVITCH, Georges. *L'Idée du Doit Social*: notion et système du Droit Social. Histoire doctrinale depuis le xvii siècle jusqu'à la fin du xix siècle. Paris: Libraire Du Recueil Rirey, 1932.

_____. *Las formas de la sociabilidad*. Buenos Aires: Losada, 1941.

_____. *Sociology of law*. New York: Philosophical Library, 1942.

_____. *As classes sociais*. Lisboa: Iniciativa, 1966.

_____. *Determinismos sociais e liberdade humana*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. *La idea del derecho social.* Granada: Editorial Comares, 2005.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local:* uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc/IPR, 2007.

_____. O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano local na busca de implementação de políticas públicas sociais. In. HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

_____. *Município na Constituição*: poder local no constitucionalismo luso-brasileiro. Curitiba: Juruá, 2012.

HEVIA, Felipe J. Participación ciudadana institucionalizada y organizaciones civiles en Brasil: articulaciones horizontales y verticales en la política de asistencia social, n.39. *Revista de Estudos Sociales*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

JOVCHELOVITCH, Sandra; BAUER, Martin W. Entrevista Narrativa. In: BAUER, Martin W.; GASKELL, George (Ed). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som*: um manual prático. Petrópolis: Editora Vozes, 2002. (pp. 90-113).

LEFÈBVRE, Henry. *La presencia y la ausencia.* Contribucion a la Teoria de las Representaciones. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1983.

_____. *O direito à cidade*. São Paulo: Editora Moraes, 1991.

MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Trad. Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTÍNEZ, Juan Manuel Goig. La supletoriedad como instrumento de garantia em el cumprimento de funciones constitucionales. In: *Teoria Y Realidad Constitucional*. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces S.A. n 5, 1º semestre 2000.

MASCARELLO, Renata Piroli. Cidades à venda: a produção capitalista do espaço e do direito no contexto da copa do mundo de 2014. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos de; CONSTANTINO, Patrícia; SANTOS, Nilton César dos. Métodos, técnicas e relações em triangulação. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza; ASSIS, Simone Gonçalves de; SOUZA, Edinilsa Ramos de.(Org.). *Avaliação por triangulação de métodos*: abordagem de programas sociais. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Hermenêutica-Dialética como caminho do pensamento social. In. MINAYO, Maria Cecília de Souza; DESLANDES, Suely Ferreira (Org.). *Caminhos do pensamentos:* Epistemologia e método. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

_____. *O desafio do conhecimento*: pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: Hucitec, 2004.

SANTOS, Milton. Desenvolvimento econômico e urbanização em países subdesenvolvidos: os dois sistemas de fluxo da economia urbana e suas implicações espaciais. *Boletim Paulista de Geografia*, n. 53. São Paulo: AGB, 1977.

_____. *Pobreza urbana*. São Paulo: Hucitec, 1979.

_____. *Ensaios sobre a urbanização latino-americana*. São Paulo: Hucitec, 1982.

_____. *Espaço e sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1982.

_____. *Manual de Geografia urbana*. São Paulo: Hucitec, 1989.

_____. *A urbanização brasileira*. 3.ed. São Paulo: Hucitec, 1996(c).

_____. *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 2000.

_____. *O espaço dividido*. São Paulo: Edusp, 2004.

_____. *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008.

_____. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SMITH, Neil. La nueva frontera urbana: Ciudad revanchista y gentrificación. Madrid: traficantes de Sueños, 2012.

SMITH, Neil. A gentrificação generalizada: de uma anomalia local à "regeneração" urbana como estratégia urbana global. In: BIDOU-ZACHARIASEN, Catherine (org.). *de volta à cidade:* dos processos de gentrificação às políticas de "revitalização" dos centros urbanos. São Paulo: Annablume, 2006.

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

TANCREDO, Fabrizio Grandi Monteiro. O princípio da subsidiariedade e as origens e algumas manifestações. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 46, n.1, 2005, p.169-214.

A CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS ESTUDANTIS ("PRIMAVERA SECUNDARISTA") NO BRASIL EM 2016

Ana Clara Santos Elesbão[6]

Resumo

Este artigo tem como objetivo demonstrar as descobertas feitas até o presente momento na pesquisa que se propõe a descortinar os mecanismos de poder implicados nos processos de neoliberalização dos Estados, com recorte no cenário brasileiro, mais especificamente, em sua atuação frente às demandas por educação pública de qualidade, bem como quanto à sua atuação repressiva diante dos movimentos estudantis que enseja, através de um olhar pontual, com foco no fenômeno denominado "primavera secundarista".

Palavras-chaves: Neoliberalismo. Criminalização. Movimento Estudantil. Primavera Secundarista.

1 Introdução

Este artigo tem como objetivo descrever o trabalho em desenvolvimento na pesquisa vinculada ao Grupo de Pesquisa em Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, dentro de uma de suas linhas, qual seja, "Direitos humanos, Democracia e Punição".

Diante desse universo especulativo, o trabalho propõe-se a descortinar, através da investigação científica, os mecanismos de poder utilizados pelo Estado neoliberal na contemporaneidade para deslegitimar a atuação dos movimentos estudantis perante as grandes massas. Dentre táticas dos mais diversos matizes, é o modo como o Estado lança mão do poder punitivo aquela que será tomada como objeto. Para tanto, debruça-se sobre o fenômeno de enorme importância em tempos de instabilidade democrática no Brasil, conhecido como "primavera secundarista".

Para desenvolver a análise do fenômeno proposto, faz-se imprescindível a busca por percebê-lo numa perspectiva global, situando-o no contexto amplo em que se insere. Pensar sobre movimentos sociais implica compreender, necessariamente, as suas demandas. O que leva pessoas a se unirem em prol de uma causa comum é o verdadeiro objeto de neutralização do Estado.

Dentre uma série de motivos que podem ensejar a mobilização de pessoas com objetivos comuns, a reivindicação pela prestação de serviços públicos de qualidade é a que interessa para este estudo. Essa prestação de serviços implica uma atuação do Estado através da formulação e da implementação de políticas púbicas (*policy*). O que é fundamental que se perceba, é que a opção do Estado por atuar em uma ou outra direção na elaboração das *policys*, perpassa, naturalmente, uma questão política (*politics).*

A abstenção do Estado frente às demandas por serviços públicos de qualidade ou a formulação de políticas direcionadas à sua precarização ensejam, naturalmente, inconformidades. É

[6] Graduanda do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, anaelesbaos@gmail.com;

nesse ponto que surgem as mobilizações sociais. Com o objetivo de cobrar do Estado respostas para suas demandas, colocam-se numa posição de oposição às políticas de austeridade que enfraquecem a atuação do próprio Estado. Isso ocorre porque os interesses envolvidos nesse jogo de forças transcendem a esfera política em que deveriam resolver-se.

Com base num sistema normativo que controla populações e orienta condutas, são a centralização de poder e a acumulação de capitais que orientam a funcionalidade do Estado. Esse sistema normativo, centrado na economia e fundado na concorrência de todos contra todos, opera através de *biopolíticas*[7], forjando subjetividades, delineando modelos de sociedade e colonizando aparelhos estatais. Trata-se, portanto, dos desígnios do *neoliberalismo*, uma razão de mundo que visa governar populações, vidas e vivos[8], conformando condutas através de sua própria atuação.

A concorrência como norma de conduta e a empresa como modelo de subjetivação fazem parte de um projeto social e político que tem como objetivo a cooptação de subjetividades em prol do individualismo e em detrimento da cidadania. Desse modo, acabam por dificultar a articulação entre sujeitos, acirrando suas diferenças e colocando-os em posição de competitividade. Nesse sentido, existência dos movimentos sociais já carrega em si mesma um significado de subversão. Pensar em movimento social é, em melhor análise, pensar num desejo de subversão da ordem. A ação do movimento social é a reivindicação coletiva de uma ruptura com uma lógica dominante.

Para além dos fatores sociológicos e políticos que conduzem a esse desígnio, a própria atuação do Estado, também colonizado por essa racionalidade, acaba contribuindo para a manutenção dessa lógica normativa. O alinhamento das agendas com políticas de austeridade agrava esse cenário. Empregando a lógica empresarial aos órgãos públicos, favorecem a acumulação de capitais e a centralização financeira, que, privilegiando uns em detrimento de outros, aprofunda desigualdades. Além disso, a necessidade de neutralizar e oprimir as mobilizações sociais parece obvia. O Estado utiliza-se do poder punitivo como um mecanismo de repressão e de estigmatização dos movimentos. Isso diminui a sua adesão e, consequentemente, as suas possibilidades de êxito, silenciando suas reivindicações e contribuindo para a manutenção do funcionamento das engrenagens do sistema.

Nesse sentido, é possível perceber que as *biopolíticas* implicadas no *neoliberalismo* complexificam o problema, de modo que, somente ao abordá-las torna-se possível alcançar a sua magnitude. Por isso, no primeiro momento da pesquisa, buscou-se dialogar com um referencial teórico adequado à leitura atenta do fenômeno estudado. Antes de se pretender conclusivo quanto ao verdadeiro tema dessa pesquisa, este artigo visa demonstrar os conhecimentos construídos até o presente momento, contextualizando a problemática num panorama global determinante e fundamental.

2 De uma contextualização global ao fenômeno propriamente dito

O neoliberalismo, como explicam virtuosamente Pierre Dardot e Christian Laval, é uma *racionalidade* que, fundada na generalização da concorrência como norma de conduta, e da empresa como modelo de subjetivação, designa "o conjunto de discursos, práticas e dispositivos

[7] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
[8] Idem.

que determinam um novo modo de governo dos homens"[9]. De acordo com essa concepção, para além da ideologia que inspira uma política econômica de livre mercado, é uma forma do que Foucault chamou de *governamentalidade*[10].

Entendida como a multiplicidade de técnicas e procedimentos, utilizados para conduzir a conduta dos homens (isto é, governá-los), a *governamentalidade* implica um agir ativo no espaço de liberdade conferido aos indivíduos, visando a obter deles o que se chama de *autogoverno*[11], uma "tendência" ao agir conforme. Simplificadamente, o neoliberalismo é um sistema normativo que compreende um conjunto de dispositivos de controle da população, atuando com instrumentos de Estado para orientar condutas[12].

A atuação desse sistema normativo não se restringe à dimensão econômica da vida humana, pois se quer expandir, abarcando, além dessa, todas as outras dimensões. Sendo assim, torna-se possível perceber que o sistema normativo em que consiste o neoliberalismo tem caráter sistêmico: para além de atualizar e aprofundar o capitalismo criando um novo regime de acumulação de capitais e comandando as relações econômicas mundiais, cria, também, um novo modelo de sociedade, forjando subjetividades e regendo as agendas de políticas públicas do Estado.

Essa compreensão permite concluir que, dentre a multiplicidade de técnicas e procedimentos concebidos por essa *governamentalidade*, a *financeirização do capitalismo* em escala global figura apenas como um desses aspectos, mas não o único, nem o principal, como poderia sugerir uma leitura mais estrita ao marxismo clássico. De acordo com Dardot e Laval,

> a autonomia e o inchaço da esfera financeira não são as causas primeiras e espontâneas de um novo modo de acumulação capitalista (...) A hipertrofia financeira é antes o efeito historicamente identificável de políticas que estimularam a concorrência entre os atores nacionais e mundiais das finanças (...) Foram os Estados e as organizações econômicas mundiais, em estreita conivência com os atores privados, que criaram as regras favoráveis a esse rápido crescimento das finanças de mercado" (grifou-se)13.

Ainda nesse sentido, para os marxistas clássicos, "o capitalismo é, antes de tudo, um 'modo de produção' econômico que, como tal, é independente do direito, e gera a ordem jurídico-política de que necessita a cada estágio de autodesenvolvimento"[14]. Por outro lado, uma concepção política do neoliberalismo permite perceber que "a figura atual do capitalismo, longe de poder se deduzir diretamente da lógica do capital, não passa de 'uma figura econômico-institucional' historicamente singular"[15]. Dessarte, as instituições e as regras jurídicas cumpririam um papel fundamental na manutenção do sistema, para além das leis de acumulação capitalista ou dos processos de financeirização, estritamente considerados.

Segundo essa compreensão, o neoliberalismo reivindica para si a intervenção jurídica do Estado, para tornar possíveis tantas formas de capitalismo quantas forem necessárias à superação das crises. Não há falar, portanto, numa oposição entre mercado e Estado, em que este regula a

---

[9] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. P.19.
[10] Idem, P. 19
[11] Idem. P. 17
[12] Idem. P. 16
[13] DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A Nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. DEAN, Mitchell. Governmentality: Power and Rule in Modern Society. London: SAGE, 1999.
[14] Idem. p. 24
[15] Idem. p. 26

atuação daquele. A atividade do Estado está, na verdade, alinhada com as pretensões do mercado, na medida em que atua como a face política da preparação de sua prórpia retirada, minando os alicerces de sua existência.

O direcionamento das agendas para a adoção de políticas de austeridade evidencia esse paradoxo. A redução da qualidade e da oferta de serviços públicos é a consequência imediata desse processo de alinhamento com os interesses dos complexos econômico-financeiros que centralizam o poder e o dinheiro. Sob a justificativa de insuficiência de verbas e corte de gastos, a falta de investimento nos serviços públicos não só precariza – ainda mais - a vida da parcela massiva da população - favorecendo a transferência e a concentração de capitais -, mas agrava o panorama de incoesão social.

É precisamente a falta de coesão entre os sujeitos que permite a perpetuação dessa lógica que se quer somente expadir. A contrução de vínculos sociais passa longe do projeto político-social por ela operacionalizado. Por essas razões, quanto mais dificultada a articulação entre sujeitos e a ação coletiva, mais êxito tem o neoliberalismo. Quanto mais incoesas as sociedades, mais distantes estarão de qualquer perspectiva de ouma outra razão de mundo.

Para restringir a análise ao contexto brasileiro, faz-se necessária uma visita breve a alguns momentos emblemáticos. Após os onze anos em que representantes do Partido dos Trabalhadores estiveram ocupando o cargo mais alto do legislativo, eclodiram por todo o Brasil diversas manifestações populares denominadas "Jornadas de Junho". Com origem nas reivindicações do Movimento Passe Livre em São Paulo, tomaram corpo em diversos Estados da Federação em 2013, fazendo emergir uma infinidade de agendas mal resolvidas[16], bem como a expectativa de obter respostas para múltiplas reivindicações.

Os avanços graduais que vinham sendo promovidos ao longo daqueles onze anos, na contramão dos processos globais de neoliberalização dos Estados, desafiavam os interesses da razão neoliberal. Os anos que se seguiram àquela grande insurreição massificada foram de turbulência política e de profunda instabilidade nas instituições democráticas do país. Algumas leituras mais atentas do fenômeno, como a de Jessé Souza, permitem compreender que essas manifestações vieram a representar, anos mais tarde, o início da construção de uma base social para o golpe jurídico-político que destituiu a então presidenta Dilma Rousseff (PT), em maio de 2016[17].

O golpe, explica Jessé, é o desencadeamento de uma luta de classes. Os doze anos em que o Partido dos Trabalhadores teve seus representantes ocupando o cargo mais alto do executivo significaram o início de um processo gradual de redistribuição de renda e de poder àqueles que, alijados de capital, têm para viver somente a remuneração insuficiente por sua força de trabalho. Os investimentos em educação e a abertura de portas de acesso à universidade para jovens provenientes de classes desprivilegiadas significaram a incorporação de capital cultural a essas classes.

Esse movimento lento de ascensão, impulsionado pelas políticas sociais implementadas nesse período, despertou o ódio da parcela protofascista da classe média, que não suportou dividir espaços de privilégio com pessoas provenientes das classes populares. Percebendo isso, com o comando das grandes mídias e do Congresso Nacional - fortemente comprometido por esquemas de corrupção institucionalizados -, a elite econômica do país, detentora do controle da produção de excedentes e, consequentemente, da acumulação de capitais[18], vislumbrou, em 2013, uma

[16] ROLNIK, Raquel. As vozes das ruas: as revoltas de junho e suas interpretações. Apresentação. Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram conta do país.
[17] SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: como e porque você foi enganado.
[18] HARVEY, David (et. al.). Cidades Rebeldes: passe livre as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

oportunidade de pôr fim às políticas sociais incipientes de "afronta" à sua hegemonia de poder.

A serviço dessa elite, as grandes mídias conduziram oportunamente os acontecimentos políticos em 2013. Naquele momento, a federalização das pautas locais e municipais dos manifestantes serviu para situar no governo federal, à época ocupado por Dilma Rousseff, todo o descontentamento das massas. Na sequência, a associação seletiva de políticos do Partido dos Trabalhadores a escândalos de corrupção, forjou a narrativa meticulosa que desencadeou o golpe: sob a capa da moralidade, estava engendrado o álibi que justificaria a derrocada da preambular construção de uma sociedade menos desigual.

É claro que não se pretende exaurir aqui tema de tamanha complexidade. No entanto, é importante demonstrar que esse cenário político, preparado desde 2013 para destituir a presidenta Dilma Rousseff, preparou, também, as condições para que, efetivado o golpe, uma série de políticas alinhadas com o desígnio de neoliberalização do Estado - isto é, com os interesses das elites econômicas -tomassem conta das agendas do governo federal e dos governos estaduais e municipais.

É precisamente nesses moldes que, em 23 de setembro de 2015, foi anunciado pelo governador Geraldo Alckmin, o projeto de "reorganização" da rede de ensino do Estado de São Paulo. Sob o pretexto de "oferecer uma escola mais preparada para as necessidades de cada etapa de ensino", e sob a justificativa de que alunos que estudam em escolas organizadas nos chamados *ciclos únicos de aprendizagem por unidade* apresentam maior desempenho quando comparados com alunos que estudam em escolas normais, o projeto previa a "reorganização" do ensino no Estado naqueles moldes. A mudança substancial consistiria em dividir os alunos por idades. Dessa forma, algumas escolas teriam apenas alunos de 6 a 10 anos; outras, adolescentes de 11 a 14 anos; e outras, jovens de 15 a 17 anos.

Ademais, o projeto prometia o fechamento de pelo menos 94 escolas, sob a alegação de que, em razão da baixa demanda pelo ensino público no Estado, muitos prédios destinados à educação estavam funcionando com grande quantidade de salas vazias, além de outros, que não estavam sequer sendo utilizados. Essa medida seria possivelmente motivadora de uma intensificação ainda maior do cenário de evasão escolar apontado pelo próprio governo daquele Estado: com o fechamento de escolas, muitos alunos teriam de mudar compulsoriamente de unidade. Essa mudança faria com que outras escolas (com turmas já superlotadas pela ausência de professores) ficassem (ainda mais) superlotadas, o que estimularia o desinteresse pelas aulas.

O projeto, baseado no estudo precário de dados economicistas, é incompatível com a realidade de seus destinatários. Na nova configuração, proposta pelo projeto, os alunos teriam os vínculos sociais estabelecidos com as comunidades escolares drasticamente rompidos cada vez que completassem um ciclo de aprendizagem. Essa quebra dos vínculos em torno da comunidade escolar seria prejudicial não só para a sua formação individual, na mediada em que dificultaria a construção do sentimento de pertencimento que os aproxima da cidadania; mas para a formação coesa das próprias comunidades que têm a escola em seu seio.

O prognóstico desastroso dos resultados da política levou a comunidade escolar a rejeitá-la antes mesmo do início de sua execução. Descontentes, estudantes secundaristas buscaram o diálogo com as autoridades políticas, mas não obtiveram respostas. A Secretaria de Educação mostrou-se irredutível em sua decisão: implementariam a medida apesar da rejeição popular. Diante disso, irresignados, os estudantes secundaristas saíram em marcha em diversas cidades do Estado de São Paulo, determinados a barrar o avanço da execução do projeto. Desse modo, o que parece

fundamental que se perceba é o cariz claramente neoliberalizante dessas políticas, o que ilustra claramente o movimento global a que se está fazendo referência.

Após uma série de manifestações em que demonstraram sua inconformidade com a reorganização, assustados com a repressão policial que encontraram nas ruas (à qual resistiram bravamente) e motivados com o apoio popular unânime que receberam, os estudantes passaram a cogitar a possibilidade de tomar providências mais drásticas para a defesa de seus direitos.

Inspirados pelo documentário *A Rebelião dos Pinguins*, disponível no site *YouTube*, e munidos do guia *Cómo tomar um colégio*, publicado pela *Frente de Estudiantes Libertários da Argentina* em 2012 - traduzido, adaptado e veiculado pelo coletivo *O Mal Educado* em sua página na internet -, os estudantes secundaristas, vislumbraram um caminho de luta.

No dia 09 de novembro de 2015, às 19h 30min, a primeira escola brasileira foi ocupada naquele ano. Os alunos da Escola Estadual de Diadema deram início ao que seria o maior movimento estudantil dos últimos tempos. Em duas semanas, mais de duzentas escolas haviam sido ocupadas por todo o Estado. Num exercício de cidadania e de cooperação, os estudantes organizaram-se horizontalmente em comissões especializadas. Sem lideranças definidas, realizavam reuniões semanais entre representantes de várias ocupações - compondo o que chamavam de Comando das Escolas -, bem como assembleias diárias no interior das ocupações.

O modo como foi organizado o movimento serviu para confundir o governo do Estado na hora de elaborar uma estratégia política para isolá-lo. Aproximando a sociedade de sua causa, os estudantes conferiram visibilidade a ela. Instrumentalizados por dispositivos tecnológicos, burlaram o poder das grandes mídias, veiculando em páginas na internet as suas pautas e relatos de suas atividades, bem como convidando todos a conhecerem as ocupações.

Os movimentos de representação estudantil, embora estivessem apoiando a causa dos estudantes secundaristas, não ocuparam um espaço de protagonismo em sua luta. A autonomia, a horizontalidade e a gestão democrática das ocupações conferiram legitimidade ao movimento. Esse foi, possivelmente, o fator determinante para garantir que, ao final de vinte e seis dias de ocupação, o governo estadual de São Paulo recuasse em sua decisão, adiando a implementação do projeto de reorganização do ensino.

Os estudantes, no entanto, não se fizeram satisfeitos, manifestando sua inconformidade quanto à fala do governador, não atendeu de fato à sua reivindicação. Consoante à sua indignação, pronunciaram-se no sentido de exigir um cronograma de audiências para debater a reforma do ensino de forma democrática. Além disso, exigiram revogação da reorganização bem como a anistia dos estudantes que, porventura, pudessem ser processados pela participação em atos políticos.

Alguns meses depois, precisamente em maio de 2016, medidas semelhantes de precarização do ensino público passaram a ser anunciadas em diversos Estados da federação. Inspirados pelos estudantes paulistas, secundaristas Brasil afora decidiram não se calar. A relevância das pautas locais de resistência contra as medidas autoritárias dos governos dos estados não restringiu, no entanto, o debate amplo sobre a educação pública no país. As ocupações fomentaram e deram corpo, assim, a um movimento de defesa da educação pública frente aos desígnios Estatais correntes.

O emprego da tática da ocupação levou, ainda, o movimento além. A primavera secundarista foi, em si mesma, um convite ao debate sobre a experiência da vida pública amplamente considerada. Alijados do debate público democrático, os estudantes secundaristas apropriaram-se de sua mais genuína condição por meio da ação direta, utilizando o espaço escolar como meio para sua própria retomada.

De acordo com a leitura de David Harvey, para quem o espaço urbano deve ser o cenário

principal em que se devem dar as lutas por transformação social, as ocupações

> consistem em ocupar um espaço público central (...) perto dos quais se concentrem muitas alavancas de poder e, ao colocar corpos humanos nesse lugar, transformar o espaço público em comuns políticos – um lugar para debates e discussões abertas sobre o que esse poder está fazendo e qual seria a melhor maneira de se opor a ele

Mais que um convite ao debate, a tática da ocupação apresentou ao Estado uma situação fática urgente a assumir, diante do horizonte pouco alvissareiro que se avizinha pela direção política que os órgãos governamentais, em vários níveis, escolheram tomar. Em traços gerais, os secundaristas acabam por corporificar, a resistência contra os avanços das políticas de austeridade. Diante deste impasse frente aos estudantes mobilizados, para enfraquecer e dissociar o apoio às pautas legítimas, o Estado vem lançar mão de seus dispositivos de repressão. O desiderato indica a tentativa de deslegitimar o movimento perante a sociedade, construindo, junto a ela, um inimigo politicamente determinado à suposta necessidade de reestruturação das finanças públicas.

A imagem do inimigo, nada nova nas dinâmicas de persecução punitivas, sempre justificou a ação violenta do Estado. O Estado, através do exercício do poder punitivo, forja a imagem do alvo a ser neutralizado através da criminalização de condutas, pois ao fazê-lo, seleciona os destinatários de sua atuação violenta, estigmatizando-os. A seletividade operativa é, portanto, da essência da atuação do sistema penal, e, longe de ser uma distorção de seu funcionamento, confere a ele o *status* de agenciador de conflitividade social - seu fim oculto por excelência -. Deste modo, a atuação do sistema penal deve ser compreendida a partir de duas dimensões: uma repressiva, punitiva e outra positiva, configuradora.

Diante desse quadro, o problema que se apresenta é, em maior análise, compreender, a partir de uma perspectiva político-criminológica, os mecanismos através dos quais o Estado se utiliza da repressão e da estigmatização via poder punitivo para agenciar sua governamentalidade econômica frente aos movimentos estudantis. Estes serão, afinal, os próximos passos dessa pesquisa, nunca esquecendo o contexto global em que se insere: a racionalidade neoliberal.

3 Conclusão

Apesar de não concluída ainda a pesquisa, algumas conclusões podem ser extraídas do estudo realizado até o presente momento. Os conhecimentos adquiridos nessa fase inicial em que se buscou chaves de leitura adequadas à compreensão do fenômeno, mais que fundamentais à sua contextualização no cenário amplo em que se inserem, fornecem subsídios adequados à tomada de ações coletivas comprometidas com o fortalecimento de instituições verdadeiramente democráticas, comprometidas com a construção de uma sociedade coesa fundada na autonomia dos sujeitos a partir da redução das desigualdades sociais, e da valorização da cooperação solidária.

A razão neoliberal de mundo está demonstrando claros sintomas de saturação, o que faz urgir no meio social a necessidade de transformações. Perceber que essas transformações ultrapassam a dimensão econômica da vida humana, situada, *a priori*, na lógica de mercado, é fulcral para a criação de mecanismos pontuais de subversão da ordem, capazes de promover a revolução.

Referências

ADORNO, Theodor W. *Dialética Negativa*. Tradução Marco Antonio Casanova; revisão técnica Eduardo Soares Neves Silva. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

ADORNO, Theodor W.. "Educação após Auschwitz". In: *Educação e Emancipação*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp. 119-138.

ADORNO, Theodor. "O ensaio como forma". In: *Notas de Literatura I.* Tradução Jorge M. B. de Almeida. São Paulo: Duas cidades/Ed. 34, 2003.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. *Il Regno e la Gloria*: Per una genealogia teologica dell´economia e del governo. Homo sacer, II, 2. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

AGAMBEN, Giorgio. *L´Uso dei corpi* (Homo sacer, IV, 2). Vicenza: Neri Pozza Editore, 2014

AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi senza fine*: note sulla politica. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.

AMARAL, Augusto Jobim do. "A velocidade do controle – ou sobre o caso do monitoramento eletrônico de presos no Brasil". In: *Monitoramento Eletrônico em Debate.* ROSA, Alexandre Morais da; PRUDENTE, Neemias Moretti. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

AMARAL, Augusto Jobim do. "A Vertigem da Ostensão Penal". In: *Revista de Estudos Criminais* (Publicação do !TEC – Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais) – Ano X – 2012 (outubro/dezembro) – No 47, pp. 111-142.

AMARAL, Augusto Jobim do. "O Zahir de Borges e a Fantasia Ideológica do Mercado: um estudo de antropologia dogmática". In: *Direitos Fundamentais, Economia e Estado*: reflexões em tempos de crise. MARCELLINO JR., Julio et. al. (orgs.). Florianópolis: Conceito, 2010.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Política da Prova e Cultura Punitiva*: a gevernabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e Processo Penal*: Crítica Transdisciplinar sobre a Limitação do Poder Punitivo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARENDT, Hannah. *Eichmman em Jerusalém*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos\Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* 8a ed.. Rio de Janeiro: Revan,

2002. BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos
no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti; NOBRE, Ana Luiza; RAMOS, Beatriz Vargas; SERRA, Carlos Aguiar; YUKA, Marcelo; BATISTA, Nilo; ZACCONE, Orlando. Paz armada, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e Holocausto.*Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAUMAN, Zigmunt. *Vidas Desperdiciadas*: la modernidad y sus parias. Buenos Aires: Paidós, 2006.

BECKER, Howard S.. *Outsiders*: Studies in the Sociology of Deviance. New York/London: The Free Press/Collier-Macmillan Limited, 1963.

BENJAMIN, Walter. "Crítica da Violência – Crítica do Poder". In: *Documentos de Cultura, Documentos de Barbárie: escritos escolhidos.* Seleção e apresentação Willi Bolle. São Paulo: Cultrix, 1986, pp. 160-175.

BENJAMIN, Walter. "Teses sobre a Filosofia da História" In: *Sobre arte, técnica, linguagem e política.* Traduções de Maria Luz Moita, Maria Amélia Cruz e Manuel Alberto. Introdução de T.W. Adorno. Lisboa: Relógio D´Água, 1992.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A Nova razão do mundo*: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. DEAN, Mitchell. *Governmentality*: Power and Rule in Modern Society. London: SAGE, 1999.

DELEUZE, Gilles. *Conversações* (1972-1990). Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.

DELEUZE, Gilles. *Foucault.* Tradução Cláudia Sant´Anna Martins (et. al.). São Paulo: Brasiliense, 2006.

DERRIDA, Jacques. "Como se fosse possível, "within such limits"...". In: *Papel-máquina*. Trad. Evandro Nascimento. São Paulo: Estação Liberdade, 2004, pp. 257-290.

DERRIDA, Jacques. "Force de Loi: "Fondement Mystique de l´Autorité". In: *Cardozo Law Review*. Translated by Mary Quaintance. New York. Vol. 11 (July/Aug. 1990), Numbers 5-6 , pp. 919- 1045.

DERRIDA, Jacques. "Pensar em não ver". In: *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível.*

MASÓ, Joana; MICHAUD, Ginette; BASSAS, Javier (Orgs.). Trad. Marcelo Jacques de Moraes. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012, pp. 63-90.

DERRIDA, Jacques. "Rastro e arquivo, imagem e arte. Diálogo". In: *Pensar em não ver: escritos sobre as artes do visível.* MASÓ, Joana; MICHAUD, Ginette; BASSAS, Javier (Orgs.). Trad. Marcelo Jacques de Moraes. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2012, pp. 91-144.

DERRIDA, Jacques. "Uma certa possibilidade impossível de dizer o acontecimento" (tradução de Piero Eyben). In: *Revista Cerrados* (Revista do Programa de Pós-Graduação em Literatura da UnB). Brasília: Vol. 21, no 33 (2012), p. 228-251.

DERRIDA, Jacques. *Espectros de Marx*: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

DERRIDA, Jacques. *Força de Lei*: o fundamento místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DERRIDA, Jacques. *Políticas da Amizade.* Seguido de O Ouvido de Heidegger. Tradução de Fernanda Bernardo. Porto: Campos das Letras, 2003.

DERRIDA, Jacques. *Séminaire La peine de mort.* Volume I (1999-2000). Édition établie par Geoffrey Bennington, Marc Crépon et Thomas Dutoit. Paris: Galilée, 2012.

DERRIDA, Jacques. *Seminario La bestia y el soberano.* Volumen I (2001-2002). Edición establecida por Michel Lisse, Marie-Louise Mallet y Ginette Michaud. Buenos Aires: Manantial, 2010.

DERRIDA, Jacques. *Vadios*: Dois Ensaios Sobre a Razão. Coordenação, Tradução e Notas de Fernanda Bernardo. Coimbra: Palimage, 2003.

DERRIDA, Jacques; ROUDINESCO, Elisabeth. *De que amanhã... Diálogo.* Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso* – Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 02 de dezembro de 1970. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. *É Preciso Defender a Sociedade.* Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Livros do Brasil, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Estratégias, poder-saber*. Coleção Ditos e Escritos IV. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de Vera Lúcia Avellar Ribeiro. 2a ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1* – a vontade de saber. 10a ed.. São Paulo: Graal, s/d..

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder.* Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de

Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *O Nascimento da Biopolítica.* Curso dado no Collège de France (1978-1979). Edição estabelecida por Michel Senellart sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Omnes et Singulatim* [para uma crítica da razão política]. Tradução de Selvino J. Assmann. Desterro: Nephelibata, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Os Anormais.* Curso no Collège de France (1974-1975). Edição estabelecida sob a direção de François Ewald e Alessandro Fontana, por Valério Marchetti e Antonella Salomoni. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Repensar e Política*. Coleção Ditos e Escritos VI. Organização e seleção de textos Manuel Barros da Motta. Tradução de AnaLúcia Paranhos Pessoa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Seguridad, Territorio, Población.* Curso en el Collège de France (1977-1978). Edicción establecida por Michel Senellart, bajo la dirección de François Ewald y Alessandro Fontana. Traducido por Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 19a ed.. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópoles: Vozes, 1987.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos.* Tradução: Dante Moreira Leite; Revisão: Antenor Celestino de Souza; Produção: Ricardo W. Neves e Adriana Garcia. São Paulo: Perspectiva, 1999.

HARVEY, David (et. al.). Cidades Rebeldes: passe livre as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

LACLAU, Ernesto. *La razón populista.* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonía y estrategia socialista*: Hacia una radicalización de la democracia. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1987

LARRAURI, Elena. *La Herencia de La Criminologia Crítica.* Madrid: Siglo Veintiuno, 1991. LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL. Primavera Secundarista. Edição 112, novembro de 2016.

LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática*: Os limites da dominação totalitária. Coleção Invenções Democráticas (Volume III). 3a edição revista, atualizada; inclui textos inéditos. Tradução Isabel Loureiro e Maria Leonor Loureiro. Apresentação Marilena Chauí. Belo Horizonte: Autêntica, 2011.

LÖWY, Michael. *Walter Benjamin: aviso de incêndio*: Uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". Tradução Wanda Nogueira Caldeira Brant. Tradução das teses Jeanne Marie Gagnebin e

Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia Dialética.* Borsoi: Rio de Janeiro, 1972. MADARASZ, Norma; SOUZA, Ricardo Timm de. *Lógicas de Transformação*: críticas da democracia. Porto Alegre: Editora Fi, 2013.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Justiça em seus Termos* – Dignidade humana, dignidade do mundo. Florianópolis: Empório do Direito, 2016 (prelo).

SOUZA, Ricardo Timm de. *Razões Plurais*: Itinerários da Racionalidade ética no Século XX – Adorno, Bergson, Derrida, Levinas, Rosenzweig. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Totalidade & Desagregação*: sobre as fronteiras do pensamento e suas alternativas. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

WARAT, Luis Alberto. *A Rua Grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Tradução e organização Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em Busca das Penas Perdidas. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
ZAFFARONI, Eugenio Raul. *La palabra de los muertos*: Conferencias de criminologia cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal.* Tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2007.

O DISPOSITIVO POLICIAL: ELEMENTOS PARA UMA CRÍTICA À VIOLÊNCIA DA(S) POLÍCIA(S) NO BRASIL[19]

Lucas e Silva Batista Pilau[20]

Resumo:

O presente trabalho tenta adentrar em um debate ainda incipiente nos campos da criminologia e da filosofia política que é a compreensão da instituição policial como dispositivo, o qual implica e ao mesmo tempo é implicado por afetos políticos dentro da sociedade, mormente o medo como elemento central da lógica de securitização da qual o poder punitivo, nas democracias contemporâneas, tem se alimentado. Assim, esse ensaio busca na história da instituição policial – a nível global e brasileira – a volatilidade que a polícia se encontra frente aos afetos políticos remanescentes de mentalidades de governos, propondo-se a pensar a polícia, ou o dispositivo policial, não como estratégia vinculada ao Estado e ao seu ordenamento, mas antes às artes de governar.

Palavras-chave: Polícia. Dispositivo. Criminologia. Filosofia Política. Afetos Políticos.

1 Introdução

O presente trabalho tem como objetivo fundamental agregar elementos para uma crítica à violência da(s) polícia(s) no Brasil, desde a aliança, ainda incipiente no campo de estudos das ciências humanas, das perspectivas político-filosóficas e criminológicas como forma de compreensão da polícia. Substancialmente, busca-se na história da instituição policial, calcada sempre em uma forma específica de "arte de governo", a sua essência violenta que percorre caminhos para além do ordenamento jurídico, assim como tenta-se captar o andamento de tal instituição num plano mais específico, recortado temporal e geograficamente: as diversas expressões da violência policial no Brasil.

Duas premissas iniciais são colocadas para esse fim: uma primeira, que considera a instituição policial moderna decorrente de um dispositivo policial, o qual operacionaliza-se na subjetivação dos indivíduos a partir de elementos morais, raciais, de gênero e classe e se expressa na estética, na linguagem, no desejo, etc. Além disso, tal dispositivo torna possível o deslocamento de tecnologias de poder entre os próprios indivíduos, reduzindo e ao mesmo tempo apoiando o poder de polícia dos Estados modernos. Em um primeiro momento, pois, tenta-se definir o que se compreende por um dispositivo policial e o que essa compreensão pode ajudar numa crítica à violência da instituição policial. Extrapolando alguns limites até então conhecidos dentro dos estudos sobre polícia, busca-se também nos afetos políticos uma forma de retirar o manto de racionalização que envolve as instituições estatais desde a concepção moderna de Estado.

---

[19] O presente trabalho é fruto de avanço na pesquisa realizada sob forma de dissertação junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), sendo intitulada "O Dispositivo Policial: crítica à violência – crítica ao poder".

[20] Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Membro do Grupo de Pesquisa Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica (PUCRS). Pesquisador e advogado. E-mail: lucas.pilau@hotmail.com.

A segunda premissa está calcada na ideia de que no Brasil não existe somente uma polícia, mas inúmeras. Não só as regiões de um país continental – onde o descompasso da industrialização e da urbanização impõe diferentes estratégias – coloca em xeque a remota possibilidade de se ter uma polícia compreendida como única, mas também os elementos que se agregam às decisões que, em determinada situação, os agentes policiais – tratando-se aqui somente do ramo ostensivo-repressivo: polícia militar e polícia federal – devem tomar. *Decidibilidade*, pois, que expõe as fraturas que impedem discursos universalizantes, a nível nacional ao menos, da atuação dessas polícias.

Em momento oportuno, então, se tentará localizar as formas de atuação a que estão submetidas tais polícias e as devidas diferenças. Não se quer dizer, por óbvio, que o papel da polícia federal é diferente da polícia militar no Brasil – o que está, inclusive, consagrado no texto do artigo 144 da Constituição Federal. Ao contrário, tenta-se demonstrar que dentro, por exemplo, da própria polícia militar – polícia repressiva por excelência – há diversas formas de repressão, que irão ser geradas e se deslocarão no mesmo passo que as estruturas de poder existentes em determinado momento. Quanto à polícia federal, devido a escassez de material acerca de tal instituição no Brasil, produz-se perguntas iniciais que, possivelmente, poderão ser aprofundadas em determinado momento.

Por fim, esclarece-se o percurso do presente trabalho é marcado por referencial bibliográfico proveniente da filosofia política e criminológica que giram em torno da crítica a governabilidades penais e culturas punitivas autoritárias.

2 Dispositivo Policial e Corpos Políticos: Elementos Estruturais e o Medo Como Afeto Central.

Não é novidade um trabalho que se propõe a pensar filosoficamente questões no campo da governabilidade penal e, muito menos, a ideia de um "dispositivo policial". Quanto à primeira proposição, outros trabalhos[21] já se dispuseram, desde uma perspectiva filosófica, observar o processo penal e os dispositivos que nele atuam. Já em referência ao "dispositivo policial", Giuseppe Campesi, filósofo italiano, utiliza-se de tal termo ao realizar uma genealogia da instituição policial moderna, desde suas bases na Europa no início do século XVII[22]. Claramente, Campesi segue as trilhas deixadas por Michel Foucault em seu seminário oferecido no Collège de France *Segurança, Território e População*[23].

É bastante difícil pensar polícia em termos históricos gerais sem se aproximar das formas administrativas que os Estados modernos vão, paulatinamente, assumindo a partir do século XVII. Mas, principalmente, para se conseguir visualizar as tensões existentes nas polícias que hoje vigoram nos regimes de democracias liberais (ao menos no Ocidente), observar dois momentos históricos, representados por lapsos temporais seculares, onde as relações de poderes são completamente diferentes, fazendo com que as funções das polícias na velha Europa também se tornassem diferentes: as monarquias e a ascensão da classe burguesa.

---

[21] AMARAL, Augusto Jobim do. A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

[22] CAMPESI, Giuseppi. Genealogia della publica sicurezza: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Ombre corte: Verona, 2009.

[23] FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

Recorrentemente se houve falar de polícia como uma instituição de Estado, ou seja, que não pode ou não deveria sofrer influência das formas (ou artes[24]) de governar. No entanto, os dois exemplos localizados em tempos históricos (e com formas de governar) diferentes demonstram que a instituição policial, portadora da violência estatal, se modifica a partir dos interesses daqueles que governam (ou, melhor, daqueles que assumem o poder e ditam as novas relações entre Estado e população). Dúvida que será abordada mais adiante, mas que não deixa que causar um desconforto pulsante: haveria diferença, dentro das atuais democracias de consenso, na atuação da polícia quando da modificação das mentalidades de governo (ou seja, de diferentes *governamentalidades*[25])?

Retornando a breve abordagem histórica, a qual será relevante para o argumento da existência de um dispositivo policial como um corpo político que decorre da centralidade do medo como afeto político nos tempos securitários contemporâneos e que assume inerente importância para uma governabilidade penal sobre os indivíduos, é necessário pontuar que a instituição policial emerge por volta do século XVII, com o intuito de fazer as forças estatais crescerem e tendo sua operacionalidade garantida através de decretos, regulamentos, proibições e ordens emanadas por reis legitimados pelas formas monárquicas de governar. Suas funções, ainda, eram amplas e abarcavam o controle dos jovens, do comércio, da saúde pública, da caridade, entre outras, assumindo, ao lado da justiça, do exército e das finanças importância central na lógica estatal[26].

Em outras palavras, essa polícia (soberana) agia como se soberano fosse, se constituindo e podendo ser diluída na famosa formulação de Foucault: *um golpe de Estado permanente*, agindo em nome e em função de princípios com racionalidade própria, sem se moldar ou modelar pelas regras estabelecidas pela justiça[27]. Afinal, se não havia limites para o soberano, não seria para a polícia, seu corpo, olhos e ouvidos que se locomovia e circulava entre a *população*[28], que haveria de ter. Nessa época, razões de Estado, precedidas pelas lógicas do poder pastoral, estavam sendo calcadas para que cada Estado emergisse em sua própria soberania, de modo que elementos eram fundados ou potencializados para um melhor governo das populações. Entre eles, a polícia.

Com suas funções amplas acima delineadas (jovens, caridade, saúde pública, etc.), a polícia tem como objetivo o comprometimento com o *esplendor* do Estado, quer dizer, com o melhor funcionamento e a máxima produção. O objetivo da polícia, em suma, será o controle e a

---

[24] Para não perder a precisão quanto a termos já utilizados por outros autores, pontua-se ser a arte de governar, em Michel Senellart, aquela "ligada ao cálculo, à maquinação, a práticas complicadas e ocultas: arcana imperii, mistérios ou segredos de Estado, para empregar o vocabulário do século XVII" (SENELLART, Michel. As artes de governar: do regime medieval ao conceito de governo. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2006, p. 12).

[25] Foucault entende a palavra governamentalidade como "o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por "governamentalidade" entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de "governo" sobre todos os outros – soberania, disciplina – e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de toda uma séria de aparelhos específicos de governo [e, por outro lado], o desenvolvimento de toda uma série de saberes. Enfim, por "governamentalidade", creio que se deveria entender o processo, ou antes, o resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da Idade Média, que nos séculos XV e XVI se tornou o Estado administrativo, viu-se pouco a pouco "governamentalizado" (FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população, pp. 143-144).

[26] FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população, p. 431.

[27] FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população, p. 457.

[28] Judith Revel, reconhecida estudiosa de Michel Foucalt, apontará que o termo população, em seu significado foucaultiano, não se trata da "soma dos sujeitos de um território", como comumente é conceituado, mas antes "o conjunto de sujeitos de direito ou a categoria geral da "espécie humana"", de modo a se tornar "o objeto construído pela gestão política global da vida dos indivíduos (biopolítica)" (REVEL, Judith. Michel Foucault: conceitos essenciais. Tradução Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005, p. 55).

responsabilidade pelas atividades dos homens, já que essas atividades poderiam constituir um diferencial no desenvolvimento das forças do Estado. Ocorre que esse esforço para fazer as engrenagens estatais (e junto delas, a população) funcionarem a todo vapor, uma certa inclinação pelo controle e regulação de todos passa a ser criticada. O binômio saber-poder - e a força com que determinados saberes modificam as relações de poderes – entra em jogo.

A *economia política*, saber que se introduz a partir das teses dos economistas do século XVIII, produz modificações na lógica do Estado – interessando aqui somente aquelas que tocam a instituição policial. A função da polícia, antes regulamentar, passa a ser a de eliminar as possibilidades de que se produzam certas desordens. O antigo projeto de polícia, vinculado à regulamentação da vida, se desarticula e a repressão das desordens passa ser sua nova e moderna função[29]. O que era objeto da polícia no século XVII – fazer as forças do Estado crescer respeitando a ordem geral – acaba por ser orientado pelos mecanismos da economia política e da gestão da população. Ao contrário das funções de incentivo-regulação, a instituição policial passa, no século XVIII, a ter uma função negativa, tentando fazer com que se diminua o máximo possível de desordens.

O que mudou para que tudo isso ocorresse? Junto da inserção da *economia política* como saber que pautava a atuação do Estado – racionalidade liberal que clamava limitação dos tentáculos estatais sobre os indivíduos, para que esses pudessem se tornar "sujeitos de direito" e "sujeitos de interesse"[30] e, assim, comercializar e ajustar-se à lógica capitalista – houve a ascensão e tomada de poder pela burguesia e, principalmente, de sua moral, a qual, junto do enraizamento da reclusão como forma preponderante de punição, modificava a atuação da polícia. Segundo Foucault, não há prisão sem polícia[31]. E a moralidade que impõe a prisão, calcada na busca pelo aprimoramento da força de trabalho, é decisiva para a atuação da polícia.

Ilegalidades, que antes serviam como forma de resistência da burguesia frente a monarquias, já não eram mais permitidas. O trabalhador agora estava diretamente em contato com a mercadoria e era considerado fundamental para o projeto de consolidação da lógica capitalista. Por isso, duas ilegalidades são postas em jogo. Uma escrita, insculpida diretamente nos códigos e outra subterrânea, invisível, que estava ligada a moral. A primeira trata do processo de criminalização do furto – visando impedir que os funcionários respeitassem a mercadoria (do patrão) que diariamente mantinham contato. A segunda, está vinculada a ideia de tornar o criminoso um inimigo social através da moralização/normatividade da relação entre indivíduo e trabalho. Aqueles que não trabalhavam, pois, passam a ser alvo da polícia. Com isso, e na esteira dos discursos que permeavam essa época, tentava-se fazer com que as pessoas não deixassem de trabalhar. Não virassem errantes.

Esses dois momentos históricos, brevemente e superficialmente citados, são bastante importantes para a análise aqui realizada na medida em que demonstram, ao menos em um primeiro contato, que a polícia está diretamente vinculada às relações de poder, as quais variam de acordo com contextos históricos, políticos, econômicos e sociais. No caso da polícia brasileira, não é diferente. Basta ver as diferenças entre os regimes da Era Vargas (1930-1945), os anos da ditadura civil-militar (1964-1985) e o contexto democrático instalado posteriormente (pós-1988). Em cada momento específico, a polícia foi utilizada de uma forma diferente para satisfazer as demandas dos governantes. Utilizou-se os exemplos advindos da Europa – emergência da polícia em sua raiz – vez

[29] FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população, p. 474.
[30] SOZZO, Máximo. Inseguridad, prevención y policía. FLACSO: Equador, 2008, p. 247.
[31] FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 125.

que permite, em alguma medida, analisar a polícia a partir das tecnologias de poder que a constituem desde sempre.

O fato é que, parece que para se poder chegar a uma nova concepção da instituição policial, tem-se que partir de uma nova concepção de fundação do político, não relegando parte da história – como trazida acima – mas incluindo nela, e na própria gestação do que se conhece como "Estado moderno", os afetos que circulam dentro da sociedade, deixando de ver a arena política como espaço neutro voltado ao debate racional, vez que é impossível "purificar o espaço político de todo o afeto"[32]. Assim, torna-se necessário abrir-se a ideia de que dentro da sociedade circulam afetos políticos e que, quando "sociedades se transformam, abrindo-se à produção de formas singulares de vida, os afetos começam a circular de outra forma, a agenciar-se de maneira a produzir outros objetos e efeitos"[33].

Desses afetos políticos se constroem *corpos políticos*, os quais se constituem de "regimes extensivos de implicação", quer dizer, de afetos que circulam entre diversas figuras e vem a formar uma cadeia – a instituição policial é não só os agentes, mas os servidores, as delegacias, suas viaturas, seus discursos, suas ideias, os preconceitos, os desejos, a linguagem, etc. De modo que, e esse seria o segundo aspecto a se destacar, o corpos políticos terminam por produzir modelos de individualização que afetam a sociedade inteira. E para mudá-lo, seria começando a se perguntar como a sociedade pode passar a se afetar de outra forma, ou seja, seria necessário forçar a produção de outros circuitos[34].

Restringindo somente aos tempos securitários que se vive, devido as possibilidades de extensão do escrito, a hipótese de Safatle de que o medo atualmente seria o afeto político central na criação de corpos políticos parece extremamente adequar-se a situação da instituição policial, mais especificamente, como será abordado no próximo tópico, a brasileira. Assim, para fazer uma história do presente, retorna-se a origem – demarcada por historiadores – da polícia especificamente no Brasil como forma de tentar apreender os afetos que hoje se encontram presentes na sua atuação. Esse dispositivo policial brasileiro que não operou de forma linear e sempre igual, mas flutuou sobre os afetos que determinadas mentalidades de governo passaram a produzir, assim como colocou de lado outras que já não eram mais tão importantes.

3 Polícia(S) no Brasil: do Império A Democracia Recente

O ponto de fundação da polícia está na chegada da Coroa portuguesa ao Brasil. Dom João VI, ao aportar no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, em 1808 junto de sua família, encontra uma polícia composta por grupos improvisados e rústicos, os quais não traziam qualquer confiança[35]. Para suprir essa lacuna, cria tanto a Intendência Geral de Polícia (1808) como a Guarda Real de Polícia (1809). Nesse momento, como aponta Bretas e Rosemberg, a Intendência será a tradução brasileira do modelo de Lisboa, o qual, por sua vez, buscou em Paris suas bases, sendo que a ideia de polícia se relacionava à gestão da ordem[36] – ou, do controle de diversas áreas da vida que na

[32] SAFATLE, Vladimir. O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. 1 ed. São Paulo: Cosac Naify, 2015, p. 25.
[33] Idem, p. 17.
[34] Idem, p. 16.
35 TORRES, Epitácio. Polícia. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 31.
36 BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. A história da polícia no Brasil: balanço e perspectivas. Topoi.

sequência seriam redistribuídas entre outras instituições.

Segundo Holloway, a Intendência Geral era responsável pelo abastecimento da cidade e por garantir a segurança pessoal e coletiva, assim como a ordem pública. O intendente ocupava o cargo de desembargador e era considerado ministro de Estado. Possuía o poder de estabelecer quais crimes seriam punidos, estabelecer a punição e então prender, condenar e supervisionar a sentença antes dada. O primeiro intendente foi Paulo Fernandes Viana, que ficou no cargo por quase 13 anos, demonstrando-se um decidido administrador das questões urbanas. Suas primeiras obras públicas foram de suma importância para tornar a cidade colonial do Rio de Janeiro em uma cidade habitável e de acordo com as exigências da Corte[37].

Por seu turno, à Guarda Real de Polícia, uma primeira versão da atual Polícia Militar, cabia guardar a ordem e a repressão de delitos. Subordinada à Intendência, foi criada para manter-se incessantemente atuando no espaço público, a fim de manter a "tranquilidade". Ficava distribuída por diversas localidades da cidade e estava sempre pronta a dissolver as desordens que aparecessem. Os homens que nela atuavam provinham das fileiras do Exército regular e recebiam apenas um valor simbólico para atuação, além de alojamento e comida nos quartéis. O mais conhecido entre seus membros era Miguel Nunes Vidigal, o qual reprimia de forma contundente a vadiagem e os quilombos formados por escravos fugidos[38].

Não se podendo fincar por muito nessa parte da história, e já demarcado o início da polícia no Brasil, avança-se para a República Velha, em que a proclamação da República – nesse momento, passagem do século XIX ao XX, sob forte influência do cientificismo – representou um passo à colocação do Brasil no projeto da modernidade. O governo da época, a fim de fazer avançar seu aparato estatal-policial, envia ao exterior pessoal encarregado de estudar o sistema policial[39]. O período entre 1889 e 1907 será, para Bretas, um período de transição entre a polícia do Império e as reformas que viriam a se consolidar[40].

No entanto, uma das fases decisivas para a polícia brasileira se iniciará com o fim da República Velha. Foi em 1930 que Getúlio Vargas chegou ao poder, como presidente do Brasil, através de um golpe de Estado. Se desde 1889 havia uma alternância no poder entre candidatos de São Paulo e Minas Gerais, essa linhagem é rompida com a ascensão do ex-Ministro da Fazenda do governo Washington Luís, proveniente do Rio Grande do Sul, Getúlio. Ao lado de figuras como Oswaldo Aranha e Lindolfo Collor, Getúlio lidera a conspiração contra Washington Luís e seu candidato à presidência da República Júlio Prestes. Nessa época, era prática comum fraudar as eleições para que determinado candidato fosse eleito, como aconteceu nas eleições de 1910 e 1922. A oposição derrotada, sempre indignada, criticava através da imprensa o candidato eleito e seu modo de chegar ao poder[41].

Em 1929, diversas forças da elite, cansadas não só das fraudes e alternâncias perpétuas nas eleições, mas também do atraso do modelo econômico em relação ao resto do mundo (em 1920, mais de 70% dos trabalhadores encontravam-se na agricultura), passam a pensar numa revolta armada para tomar o poder. E foi a morte de João Pessoa, na Paraíba, assassinado por desafetos

37 HOLLOWAY, Thomas H. Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Tradução de Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 47.

38 Idem, pp. 47-49.

39 BRETAS, Marcos Luiz. A guerra das ruas: povo e polícia na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1997, p. 37.

40 Idem, p. 97.

41 SKIDMORE, Thomas E. Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1945). Apresentação de Fransisco de Assis Barbosa. Tradução coordenada por Ismênia Tunes Dantas. 7ª edição – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 21.

políticos, que catalisou a união de partidos políticos e energias revolucionárias vindas das Forças Armadas. Em 03 de novembro, após dez dias na condução do país, os militares – interventores também em 1889, mas que com o tempo devolveram o poder à líderes civis – entregam a presidência da República a Getúlio[42].

Com o colapso da República Velha (1889-1930), Getúlio Vargas assume o poder com o objetivo de modernizar o forjar uma nova forma de *homem* na sociedade brasileira. Para tanto, um projeto totalitário é implementado, de modo que os pensamentos e as ações dos cidadãos deviam estar atrelados e dimensionados a partir das diretrizes do governo (nessa época totalmente indistinguível do Estado). Na figura do *nacionalismo*, que captava os indivíduos e obrigava-os a se identificar com o projeto traçado, o valor supremo da sociedade não se constituía no homem, mas na nação, para qual deveria o *homem*, de corpo e alma, realizar sacrifícios[43]. Nessa época, a polícia (ainda em caráter civil) se consolida como uma das forças mais potentes, agindo com estratégias de terror ao arrepio de formulações normativas. Guiada pelas concepções de um positivismo biológico e agindo na pessoa do criminoso, essa polícia – que agora é transferida das funções judiciárias ao governo – vai operar tanto sobre o crime comum quanto os delitos políticos[44]. O principal inimigo da época, o comunista, era vigiado, investigado, reprimido e punido (quando não morto) tanto quanto aqueles criminalizados por delitos constantes no Código Penal.

Um traço importante dessa época é o completo reaparelhamento do aparato policial por Vargas, centralizando as funções na figura do chefe da polícia e dispondo mais informações, verbas e pessoal à instituição, para que essa atuasse tanto a nível nacional quanto internacionalmente. Com o decreto 24.531, de 2 de julho de 1934, detalhou-se em minúcias as atribuições de cada localidade e distritos policiais. A Polícia do Distrito Federal passa a ter os meios legais que permitiam estender suas normas de ação e repressão para o resto do país[45]. Aliado a isso, o Código Penal de 1890 representava um sério entrave aos impulsos do regime de força estabelecido, em que a lei já não possuía mais tanta importância. Sua reforma era necessária para que os ideais de uma polícia científica se instalassem, adequando ao cenário às novas matrizes ideológicas[46], em que o fascismo avançava como forma de ver o mundo. A polícia de Vargas, a partir da promessa desse novo plano de governo – desenhar o *novo* cidadão brasileiro – agia sobre todos aqueles que se desvirtuavam do projeto nacional, vigiando os tidos como *vagabundos*, reprimindo ideologicamente os supostamente envolvidos com o *comunismo* e investigando aqueles *delatados* pela sociedade.

> Ordenar a sociedade para 'um só pensamento brasileiro', o alvo do Estado Novo, significava modificar o lugar do indivíduo e das classes no espaço público, negando as diferenças, a pluralidade e quaisquer formas de organização e manifestação que pusessem em xeque a concepção orgânica de sociedade47.

Com isso, desenha-se uma polícia que se desenvolve com instintos totalitários no Brasil, respondendo à um ditador e buscando, inclusive, nos modelos internacionais a partir da colaboração do Ministério das Relações Exteriores (como a Gestapo na Alemanha e também na polícia de Nova Iorque) formações específicas de estratégias de combate ao comunismo. Esse havia se consolidado

42 Idem, p. 25.
43 CANCELLI, Elizabeth. O mundo da violência: a polícia da era Vargas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993, p. 19.
44 Idem, p. 29.
45 Idem, p. 60.
46 Idem, p. 60.
47 Idem, p. 80.

como inimigo objetivo daquela época principalmente pelo fato de possuir a potência de criar sublevações entre as classes trabalhadoras, fazendo essas escaparam da lógica organicista social imposta. Negava-se soluções políticas por parte do Estado e avançava a implementação de soluções físicas (segregação ou extermínio)[48].

Contudo, o fim da Segunda Guerra Mundial não se traduz no fim da luta contra o comunismo, já que essa toma espaço no mundo durante a guerra fria, onde existente uma polarização entre Ocidente, representado pelos Estados Unidos, e Oriente, representado pela já extinta União Soviética. Entre 1945 e 1964, o Brasil vive um raríssimo lapso democrático. No entanto, essa lacuna é interrompida por um golpe no dia 1º de abril de 1964, praticado pelas Forças Armadas que tomava o apressadamente empossado João Goulart como uma ameaça comunista. Consolidado o golpe, os presidentes militares que assumiram passaram a exercer seus governos a partir dos chamados Atos Institucionais. Decretos que visavam, aos poucos, suspender direitos e garantias expostos na Constituição de 1937. O ápice dessa intervenção do Poder Executivo se deu com o Ato Institucional n.º 05 (popularmente conhecido como AI-5), quando o *habeas corpus* foi suspenso e, paralelamente, instituiu-se o Decreto n.º 898/69, que impunha a denominada Lei de Segurança Nacional, logo após substituído pela Lei n.º 6.620/78[49] e, por último, ainda em vigor, a Lei n.º 7.170/83.

Todas essas legislações se pautaram na Doutrina de Segurança Nacional, advinda dos Estados Unidos da América e ensinada nas conhecidas Escolas Superiores de Guerra. De forma geral, essas leis buscavam (e buscam) conservar o Estado, criminalizando condutas que, além de serem consideradas crime, contam com o elemento subjetivo de querer o agente lesionar as instituições, a soberania estatal ou o regime vigente. No entanto, não é novidade que no Brasil tenha servido basicamente para criminalizar movimentos sociais.

Como expressão de poder que é, a Doutrina de Segurança Nacional se pauta em um saber: a geopolítica. Com a ajuda dessa, consegue analisar geograficamente as possibilidades estatais de expansão, proteção e poderio sobre outros países. Quanto maior o país, teoricamente maior será seu poder. Na América Latina, durante os regimes militares, Brasil serviu como satélite para os outros países, tendo consolidado uma geopolítica nacional com três objetivos principais: ocupação de um território interno imenso e praticamente vazio, expansão na América do Sul em direção ao Oceano Pacífico e ao Atlântico e a formação de uma potência mundial[50]. Na verdade, são inúmeras as frentes que essa Doutrina pode fazer, sobretudo no campo interno do Brasil ela vai tentar, a partir de termos vagos como *objetivos nacionais*, *segurança nacional*, *poder nacional*, *nação*[51], entre outros, neutralizar as possíveis forças que se opuserem ao regime, não tomando como justificativa somente a repressão sobre grupos organizados, mas opiniões individuais que também poderiam tentar deslegitimar o aparato estabelecido. Para tanto, tornava-se essencial que um rótulo fosse acoplado à pessoa, flutuando à época, regularmente, entre *comunista* ou *subversivo*.

A polícia político-repressiva da ditadura civil-militar brasileira institucionalizou-se sobre o paradigma da Doutrina da Segurança Nacional e impregnou seu aparato nas mais diversas localidades. No Rio de Janeiro, ficou famoso pela brutalidade em torturas, execuções e desaparecimentos o Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa

48 Idem, p. 83.

49 Para uma visão crítica, ver: FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabres Editor: 1980.

50 COMBLIN, Joseph. A Ideologia da Segurança Nacional: o Poder Militar na América Latina. Tradução de A. Veiga Fialho. 3ª edição. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1980, p. 27.

51 Idem, pp. 50-68.

Interna (DOI-CODI). Recorrendo constantemente à barbárie, havia diversos outros lugares onde a polícia aplicava suas práticas letais e de terror. Em Porto Alegre, no Departamento de Ordem Política e Social (DOPS). Em São Paulo, a Operação Bandeirante (OBAN) se destinava ao sequestro, prisão, tortura e execução dos opositores do regime civil-militar. Por último, na Bahia, o Quartel do Forte do Barbalho era reconhecidamente pelos presos políticos um dos principais centros de tortura[52]. Segundo dados da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, as ditaduras do Cone-Sul, sob o manto da Doutrina da Segurança Nacional, realizaram uma política de extermínio de seus dissidentes. No Chile (1973-1990), há uma estimativa de 3.000 a 10.000 mortos e desaparecidos, na Argentina (1976-1983) cerca de 30.000 e no Uruguai (1973-1985) em torno de 400[53]. No Brasil (1964-1985), foram 353 vítimas letais do regime, sem contar, por óbvio, pessoas presas, torturadas, despidas de seus direitos políticos, etc[54].

A partir da memória de 23 ex-policiais (militares e civis) brasileiros, Martha Huggins, brasilianista em assuntos sobre polícia, reconstruiu as atrocidades em termos de tortura e assassinato que foram presenciadas e documentadas durante o regime ditatorial civil-militar do Brasil (1964-1985). Um dos relatos que chama à atenção, ocorrido nas dependências da OBAN em São Paulo, é do Frei Tito Alencar, frade de 27 anos e ativista da Juventude Estudantil Cristã (JEC) da igreja católica, detido em 04 de novembro de 1969. Segundo uma carta que deixou após uma tentativa de suicídio, Frei Tito relata ter sido surrado e espancado com chutes, pontapés, palmatórias e inclusive obrigado a ter de passar por um *corredor polonês*. Quando ameaçado de ir ao pau-de-arara – em que seria pendurado de cabeça para baixo com punhos e tornozelos amarrados a um pau enquanto receberia choques elétricos – decidiu, mesmo contra os princípios de sua religião, pelo suicídio[55].

Junto à tortura, bastante comum na ditadura civil-militar brasileira era a utilização de informantes para a elaboração das táticas a serem utilizadas pelo regime contra o *inimigo* – comunista, subversivo, etc. – interno. Dentre esses, destacavam-se os informantes recrutados do funcionalismo público, aqueles que tinham alguma admiração pelo regime e numa escala mais abaixo, os informantes tidos como voluntários. Cada qual possuía seus interesses particulares para a realização da delação de vizinhos, colegas de trabalho, ex-esposas, amigos, etc., havendo uma diferenciação, também, a partir da vida pregressa de cada um, do valor atribuído aos relatos trazidos ao poder central[56].

Pouco sabido é que depois de algum tempo a máquina de informações do governo autoritário possuía certa predileção pela delação em favor da tortura, utilizando essa somente em último caso. Isso se devia ao fato de ter o regime chegado à conclusão de que a tortura denegria a imagem do governo, assim como que os tidos como *subversivos* já possuíam certas resistências às formas com que os órgãos repressivos buscavam extrair-lhes informações[57]. Um exemplo disso é fato de os abordados e retidos não falarem durante horas para que após decorrido um certo tempo passassem a falar sobre qualquer coisa: aquele era o tempo necessário para que seus companheiros,

52 BRASIL. 2014. Relatório final da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em: 16 jun. 2016.

53 BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à memória e à verdade. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

54 Idem.

55 HUGGINS, Martha; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip G. Operários da violência: policiais torturadores e assassinos reconstroem as atrocidades brasileiras. Tradutor Lólio Lourenço de Oliveira – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006, p. 152-153.

56 MAGALHÃES, Marionilde Dias Brepohl de. A lógica da suspeição: sobre os aparelhos repressivos à época da ditadura militar no Brasil. Revista Brasileira de História, vol. 17, n. 34, São Paulo: 1997.

57 Idem.

sabendo de sua prisão, deixassem os lugares que estavam[58].

Nos dias de hoje, com a continuidade da Doutrina da Segurança Nacional mantida no contexto democrático através da Lei n.º 7.170/83, a letalidade da polícia e a política de desaparecimento de corpos se perpetuou na marcha das interconexões entre as ações policiais e órgãos de perícia e serviços funerários[59]. Continua indistinguível o *inimigo* interno, podendo ser desde o tido como *subversivo*, atrelado à movimentos que buscam tornar visíveis demandas sociais, até o morador de rua que porta um pinho sol ao caminho do trabalho[60].

A consolidação da chamada *Constituição Cidadã* em 1988 contribuiu para a cristalização de inúmeros direitos, embora manteve intocados – e até mesmo potencializou – os poderes referentes às Forças Armadas, às Polícias Militares dos Estados e da segurança pública em geral. É no mínimo sintomático visualizar que no momento de elaboração da Carta Magna quem estivesse presidindo a Comissão de Organização Eleitoral Partidária e Garantia das Instituições, encarregada dos capítulos ligados às Forças Armadas e à segurança pública, era o senador Jarbas Passarinho, coronel da reserva, ex-ministro dos governos dos generais Costa e Silva, Médice e Figueiredo e signatário, em 1968, do Ato Institucional n.º 5, o qual, como já descrito, inaugurou um dos períodos mais sombrios da ditadura civil-militar brasileira[61].

Não se pode dizer que o *lobby* dos militares não deu certo. O artigo 142 da Constituição Federal, ao impor às Forças Armadas o dever de defesa da pátria, garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, imediatamente a colocou fora de qualquer controle democrático (ou seja, da lei), dando-lhe o poder soberano (e ao mesmo tempo constitucional) de decidir sobre a suspensão da validade do ordenamento jurídico[62]. Ao contrário do que se poderia pensar de um modelo democrático, são as Forças Armadas – instituição, como a história demonstra, mais tentada a violar a democracia – que deve zelar pelo Executivo, Legislativo e Judiciário e não o contrário[63].

Um elemento de suma importância das continuidades autoritárias que nossa Constituição chancelou é o fato de se manter a estrutura militarizada que pauta a atuação das Polícias Militares dos Estados. Na via contrária do que as legislações de outros países adotam, o Brasil mantém essa instituição como força auxiliar e reserva do Exército (artigo 144, IV, § 6º). Em uma democracia, somente em períodos de guerra que as polícias se tornam reservas do Exército, enquanto em tempos de paz o Exército é quem se torna reserva das polícias: resta demarcada, de forma nítida, as funções da polícia e das Forças Armadas[64]. Atualmente, no Brasil, a Constituição Federal estabelece cinco instituições policiais para a execução da lei: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Militar e Polícia Civil do Estado. As duas primeiras são vinculadas à União, enquanto as duas últimas subordinadas aos Estados. À polícia civil cabe a investigação e elucidação de crimes, enquanto à polícia militar sua repressão e a atividade ostensiva de rua.

---

58 Idem.

59 NEGREIROS, Dario; FRANCO, Fábio Luís; SCHINCARIOL, Rafael. A doutrina da segurança nacional e a invisibilidade do massacre da população preta, pobre e periférica. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.; et al.). O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1.ed. – Brasília, DF: UnB, 2015, p. 427.

60 Em referência ao caso de Rafael Braga, preso quando saia de casa portando garrafas de produtos de limpeza. Até 23 de maio de 2014, somente Rafael havia sido julgado e condenado por um crime relacionado aos protestos de 2013 no Rio de Janeiro e no resto do Brasil. Mesmo o laudo pericial do caso tendo concluído que os produtos químicos que ele portava não poderiam ser usados como explosivos, tal informação foi desconsiderada.

61 ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). O que resta da ditadura? – a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 46.

62 Idem, p. 48.

63 Idem, p. 49.

64 Idem, p. 52.

No entanto, embora realizado esse breve percurso, o que se sustenta é que visualizar a história da polícia no Brasil desde datas e marcos definidos parece não atentar para a complexidade que o dispositivo policial opera e, ainda, renegar os afetos políticos que estão vinculados a operacionalidade dessa polícia sobre a população. Parece que tal situação somente poderia ser remediada "escovando a contrapelo"[65] a história da polícia, com o intuito de nela encontrar e compreender os afetos políticos que movimentam suas operações. Mas não só. Pensar os afetos políticos em seus contextos é tentar realizar uma cartografia do porquê a polícia age em determinado momento e em outros não – e quais os afetos que a fazem mover suas engrenagens e quais outros que foram excluídos.

Ainda, com a perspectiva dos afetos políticos no campo do dispositivo policial, não se poderia pensar em uma polícia, mas antes em polícias. Quer dizer, a operacionalidade de um segmento da polícia representaria não uma ação una e sempre voltada aos mesmos objetivos, porém sujeita (e sujeitando) às oscilações dos circuitos de afetos políticos que circulam dentro da população. Assim, uma história do presente da atuação do dispositivo policial parece não poder fugir de uma genealogia dos afetos políticos que a fizeram emergir e flutuar na mesma medida em que atreladas às mentalidades de governo em contextos históricos específicos. Provocação que busca uma nova e radical visão da polícia, tentando compreendê-la a partir das violências institucionalizadas pelo afeto político do medo, entre outros afetos que o avanço da pesquisa não deixará de tornar visíveis.

4 Considerações Finais

Pretendeu-se, entre contextos históricos e referenciais que circulavam entre político-filosóficos e criminológicos, tentar compreender-se um chamado dispositivo policial desde sua constituição como corpo político que afeta e se deixa afetar. Para tanto, em um primeiro momento, buscou-se traçar dois contextos históricos da polícia com o intuito de demonstrar sua ligação com as relações de poder. Após, no segundo e derradeiro capítulo, realizou-se uma história da polícia brasileira do modo como comumente é feita, não considerando os afetos políticos que em determinados contextos estiveram em ebulição e outros que, por motivos a serem descobertos, não vieram a superfície. Por isso, embora o debate encontre-se ainda incipiente dentro dos próprios saberes aqui trazidos, tentou-se relacionar alguns aportes teóricos com o fim de suscitar o debate sobre os possíveis contornos – e, principalmente, as novas ideias – que o dispositivo policial, no avanço da pesquisa, tem trazido.

Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2014.

BRASIL. 2014. Relatório final da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em:

[65] BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito de história. In: Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução Sérgio Paulo Rouanet; prefácio Jeanne Marie Gagnebin – 8ª Ed. Revista – São Paulo: Brasiliense, 2012 – (Obras Escolhidas v.1), p. 245.

<http://www.cnv.gov.br/>. Acesso em: 16 jun. 2016

BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Direito à memória e à verdade. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007

BRETAS, Marcos Luiz. A guerra das ruas: povo e polícia na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1997

BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. A história da polícia no Brasil: balanço e perspectivas. *Topoi*. Revista de História, Rio de Janeiro, v. 14, n. 26, jan/jul. 2013.

CAMPESI, Giuseppi. Genealogia della publica sicurezza: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco. Ombre corte: Verona, 2009.

CANCELLI, Elizabeth. O mundo da violência: a polícia da era Vargas. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993

COMBLIN, Joseph. A Ideologia da Segurança Nacional: o Poder Militar na América Latina. Tradução de A. Veiga Fialho. 3ª edição. Editora Civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1980

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973). Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

_____, Michel. Segurança, território e população: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabres Editor: 1980

HOLLOWAY, Thomas H. Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Tradução de Francisco de Castro Azevedo. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997

HUGGINS, Martha; HARITOS-FATOUROS, Mika; ZIMBARDO, Philip G. Operários da violência: policiais torturadores e assassinos reconstroem as atrocidades brasileiras. Tradutor Lólio Lourenço de Oliveira – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006

MAGALHÃES, Marionilde Dias Brepohl de. A lógica da suspeição: sobre os aparelhos repressivos à época da ditadura militar no Brasil. Revista Brasileira de História, vol. 17, n. 34, São Paulo: 1997.

NEGREIROS, Dario; FRANCO, Fábio Luís; SCHINCARIOL, Rafael. A doutrina da segurança nacional e a invisibilidade do massacre da população preta, pobre e periférica. *In*: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.; et al.). O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina. 1.ed. – Brasília, DF: UnB, 2015

REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. Tradução Maria do Rosário Gregolin,

Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005.

SAFATLE, Vladimir. O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. 1 ed. São Paulo: Cosac Naify, 2015.

SENELLART, Michel. As artes de governar: do regime medieval ao conceito de governo. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 2006.

SKIDMORE, Thomas E. Brasil: de Getúlio Vargas a Castelo Branco (1930-1945). Apresentação de Fransisco de Assis Barbosa. Tradução coordenada por Ismênia Tunes Dantas. 7ª edição – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982

SOZZO, Máximo. Inseguridad, prevención y policía. FLACSO: Equador, 2008.

TORRES, Epitácio. Polícia. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição Brasileira de 1988. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). O que resta da ditadura? – a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010

MORTOS NOS CÁRCERES DE ALAGOAS ENTRE 2012 E 2015: A DINÂMICA PRISIONAL E A FUNÇÃO DE MORTE NO BIOPODER

Amanda Assis Ferreira,
Graduanda em Direito; amandaassisfz@hotmail.com.

Roberto Barbosa de Moura,
Graduando em Direito; rbarbosademoura@gmail.com.

Resumo:

A pesquisa em tela tem o cariz de adentrar os presídios e apresentar os seres humanos que morreram nos cárceres alagoanos no período entre 2012 e 2015. Desta forma, o debate gira em torno de uma criminologia crítica, ao qual apresenta o panorama quantitativo, restringindo-se aos dados reais da violência do local em questão – América Latina, Brasil, Nordeste; etnográfico, ao qual busca responder às velhas questões criminalísticas, bem como qualitativo, em que se ousou dar uma profundidade à pesquisa colocando lado a lado o que o processo judicial aduz acerca da morte, e o que a administração pública relata sobre aquele óbito. Por outro lado, e não olvidando uma conexão da teoria crítica acerca desses dados, traz-se para o debate a tecnologia do Racismo, suscitada por Michel Foucault, como instrumento sobre a morte circunscrito ao Biopoder, bem como as mediações para um debate crítico sobre o objeto. Por fim, desnudam-se os instrumentos jurídicos para solução dos problemas no cárcere, como meros instrumentos legitimadores de uma política institucional mortífera atrelado ao Biopoder e a Pós-Democracia.

Palavras-chave: Criminologia Crítica. Biopoder. Foucault. Morte. Cárcere.

1 Introdução

> Quando a lei prescrevia somente a mutilação,
> entretanto, um desfecho fatal era registrado como causa "natural"
> (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, P. 38).

Em um dos seus cursos feitos no Collège de France no ano de 1976, Michel Foucault faz o seguinte questionamento – "Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no Biopoder?" (2010, p. 214). É neste ínterim que qualquer desavisado acreditaria que a relação de poder soberano e biopoder estivessem sobrepostas nesta realidade.

Ocorre que o filosofo francês desmente tal hipótese e suscita a tecnologia do Racismo atrelado ao Biopoder e tendo como característica principal: o poder sobre a morte da raça tida como inferior, ao qual não percebe raça em apenas cor de pele, mas aqueles tidos como os outros.

A pesquisa apresentada decorre justamente na interlocução do poder de morte com uma investigação acerca dos seres humanos que morreram dentro do sistema prisional alagoano entre 2012 e 2015.

O ponto de partida desta pesquisa foi um ofício requerendo a quantidade e informações gerais em relação aos mortos no sistema penitenciário alagoano à Superintendência Geral de

Administração Penitenciária - SGAP, órgão ligado à Secretaria de Estado de Ressocialização e Inclusão Social – SERIS, requerido no primeiro semestre de 2016.

Percebeu-se desde este momento, como bem apontado por Braga[1] que o cárcere é uma instituição fechada e adentrar ao sistema para colher informações ainda que a título de pesquisa, torna-se uma atividade homérica, como bem aponta a pesquisadora: "O fechamento da instituição em relação ao seu entorno é uma estratégia de defesa do monopólio de um saber-fazer institucional determinante na constituição da dinâmica prisional". (BRAGA, 2014. p.53).

Dentre outras formas de óbices sentidas no ínterim da pesquisa, a mora dos servidores, como também o desencontro de informações no tocante ao local para coleta dos dados, ocorreram não raras vezes. Todavia, cabe mencionar que o ponto estarrecedor, nessa primeira fase de coleta de informações, é a banalidade e o desleixo estatal para com os registros dos óbitos. Sintomático apresentar, neste sentido, que todos *os registros de mortos no sistema prisional anteriores ao ano de 2012 foram perdidos*, desta forma o argumento suscitado pelo setor de estatística da SERIS foi pautado no fato desses dados terem desaparecido durante a mudança das gestões governamentais do estado de Alagoas.

Apesar de não ser objeto desta pesquisa é possível traçar como hipótese uma funcionalidade na perda desses dados, uma vez que, partindo das entrevistas semi-dirigidas feitas com os custodiados, os mesmos aduzem o ano de 2010, como um ano em que a forma de gerenciamento do sistema prisional inicia uma mudança, já que antes desse marco, supostamente, havia um modelo de gestão da barbárie, e da banalização do mal.

Extrai-se em uma das entrevistas feitas para esta pesquisa com o detento J.F.L. - que o futebol era jogado com a cabeça dos cadáveres e ceifar a vida de um detento dentro do sistema era algo hodierno, bem como muitas vezes no castigo, obrigava-se o custodiado a ingerir água sanitária.

Posteriormente, a relação de óbitos nos cárceres de alagoas no período entre 2012 e 2015, perfazendo os anos completos que a SERIS poderia dispor, incluindo todas as unidades alagoanas desde a Casa de Custódia da Capital – CCC e Núcleo Ressocializador da Capital - NRC, perpassando o Centro Psiquiátrico Jurídico – CPJ até o Presídio de Segurança Máxima – PSM, totalizando 9 (nove) unidades que foram listadas e entregues aos pesquisadores.

Essa relação de óbitos (Anexo I) contém a quantidade dos mortos, o número do Alcatraz (sistema informatizado de controle interno dos presos da SERIS/SGAP), o nome completo, filiação, data de nascimento, unidade em que o mesmo veio a óbito, o crime pelo qual está cumprindo pena, a data do falecimento e o motivo da morte – se natural ou violenta.

Neste sentido, já de posse de um material robusto, partiu-se para uma pesquisa minuciosa, o qual a Defensoria Pública do Estado de Alagoas – DPE/AL cedeu acesso ao sistema Alcatraz, já que os números dos prontuários constavam na relação de óbitos cedida pela SERIS/SGAP, bem como a plataforma E-SAJ (Sistema de Automação da Justiça) do Tribunal de Justiça de Alagoas – TJ/AL, tornando possível a análise dos processos judiciais dos óbitos, seja colhendo o número judicial através do Alcatraz, seja buscando o processo através do nome completo na própria plataforma E-SAJ.

Portanto, a matéria prima desta pesquisa se tornou os prontuários dos mortos no sistema Alcatraz da SERIS/SGAP, bem como os processos judiciais de conhecimento e/ou execução através da plataforma E-SAJ/TJ/AL.

Essa segunda parte tornou possível confrontar variantes que não poderiam ser descobertas, tanto sob um ponto de vista etnográfico, como sob uma metodologia qualitativa, já que se pode a partir do acesso ao sistema Alcatraz e do sistema E-SAJ confrontar a causa aduzida pelo

SGAP/SERIS com a causa constante no laudo cadavérico juntado ao processo judicial, bem como as implicações jurídicas que puderam ser determinações para o óbito.

A pesquisa se tornou sob estes aspectos, uma pesquisa também etnográfica, pois os prontuários dos presos no sistema Alcatraz constam informações, tais como: faixa etária, cor da pele, domicílio, escolaridade, naturalidade e sexo.

No tocante a metodologia quantitativa, apesar de traçar números fechados extraídos do SGAP/SERIS na relação de óbitos, sabe-se desde já que é inimaginável aduzir que essas quantidades documentadas e publicitadas condigam com a letal realidade carcerária. Pois estas variáveis estão permeadas pelo que o prof. Sérgio Salomão Shecaira e Anitua chamam de cifras negras (ocultas) da criminalidade.

Nessa senda vale gizar os dizeres do prof. Gabriel Ignácio Anitua no livro Depois do Grande Encarceramento, o mesmo aduz que:

> [...] os dados, já por si mesmos críticos revelados no quadro deveriam considerar também uma importante quantidade de "cifra negra" da superlotação, pois a densidade carcerária real é sempre maior do que a que emerge das estatísticas oficiais, já que nestas se modifica o dado da capacidade, eliminando espaços comuns, agregando leitos ou simplesmente modificando o dado. (2010, p. 81).

Sob o mesmo prisma, o prof. Shecaira ressalta: "A criminalidade efetiva, ou conhecida, é um evento raro e excepcional diante da cifra negra altíssima, que, em alguns casos, chega a 90%. Todas as demais situações problemas são resolvidas fora da justiça criminal" (2011, p. 369).

Desta forma essa pesquisa tem sérios limites quanto ao alcance real dos dados no que tange à quantidade dos mortos nos cárceres, todavia diante dos dados obtidos, busca-se dar uma profundidade etnográfica e qualitativa, conforme apontado importância pela prof.ª Ana Gabriela Mendes Braga (2014), em que apesar de também haver limitações sob o ponto de vista metodológico, traz dados importantes para os saberes penais.

Perpassando esta problemática metodológica e tendo o devido cuidado com o objeto de pesquisa foi suscitado processos icônicos aos problemas apontados, bem como elaborado uma série de gráficos, visando figurar "[...] às velhas perguntas criminalísticas – o quê, quem, quando, onde, como, com que, por que". (ZAFFARONI, 2012, p. 23).

Cumpre gizar o aspecto administrativo dos corpos tanto sob um gerenciamento da vida, como da falácia estatal na tutela dos encarcerados. Assim, debate-se o aspecto natural das mortes, a contradição do Estado ao aduzir a causa da morte com o laudo cadavérico que desmente a causa apontada por aquele, bem como as palavras mortíferas que produzem a morte e a tecnologia do Racismo suscitada por Michel Foucault (2010).

Abrange-se para a problemática acerca da morte no tocante ao biopoder na senda de Foucault, o qual aduz a tecnologia governamental do racismo "[...] que assegura a função de morte na economia do biopoder [...]" (FOUCAULT, 2010, p.217).

Por fim, ressalta-se uma perspectiva de cunho cautelar, tendo como norte Eugênio Raul Zaffaroni, alertando que "Os cadáveres gritam e – como na marcha de Garibaldi – as tumbas se abrem e os mortos despertam e exigem que os criminólogos os escutem". (2012, p. 350).

Ademais, o mesmo autor evoca um método próprio que denota um não se perder nos labirintos da teoria do conhecimento que consiste de partir do cadáver, real em sua inegável concretude para as abstrações do conhecimento. Neste âmbito, Zaffaroni nos informa que: "As

guerras não existiram, porém os cadáveres existiram". E continua: "[...] na criminologia, a única verdade é a realidade e a única realidade são os cadáveres". (2012, p. 348)

No mais o objetivo consiste em denunciar a produção de mortes em conta-gotas, de tal forma Zaffaroni sobreavisa:

> [...] os Estados mataram, mais ou menos, quase três pessoas para cada uma das mortes provocadas pelas guerras – ou ao menos o dobro destas -, equivale a dizer que mais de um em cada cinquenta habitantes do planeta foi morto pelos Estados no curso do século passado, sem contar os vitimados por guerras. (2012, p. 349)

E, ainda, aduz:

> Se o saber jurídico penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero factum, assumiria diante dele a nobre função de projetar a normatividade sua contenção para preservar o estado de direito e prevenir os massacres, e recuperaria a dignidade, que em boa medida, perdeu ao longo da história, ao justificar os mais horrorosos crimes de Estado. (2012, p. 404)

Portanto este trabalho parte de uma contribuição para criminologia no intuito de debate acerca da tecnologia do Racismo e da prevenção dos massacres, onde consiste em "[...] analisar as conflitividades violentas em todas as suas particularidades locais, para apontar o caminho mais adequado para desmotivar os comportamentos violentos e motivar os menos violentos" (ZAFFARONI, 2012, p. 413).

2 Os Mortos nos Cárceres de Alagoas de 2012 – 2015.

Os dados a seguir foram produzidos em suas minúcias a partir da necessidade de uma organização consistente e individual, com o intuito de ajudar na compreensão dos padrões e fatores determinantes que levaram a óbito 55 (cinquenta e cinco) detentos de diferentes idades, sexos, naturalidades, cores e demais particularidades.

Debate-se desta forma se esses fatores são determinações que talvez tenham sido os motivos corolários que os levaram a ser constituídos como sujeitos, a praticar os crimes que praticaram e a morrerem como morreram. É aqui onde, de maneira figurativa, algumas das perguntas inerentes à criminologia (o quê, quem, quando, onde, como, com que, por que) têm espaço para serem respondidas e ponderadas.

Sob a ótica do prof. Zaffaroni, em seu livro "A Palavra dos Mortos", é confirmado que os gráficos a seguir, extraídos da pesquisa concreta, traduzem o que os mortos têm a dizer.

> (Os cadáveres também falam) Quando olhamos o crime a partir da perspectiva das vítimas da violência mais grave e escutamos a palavra dos mortos, vemos que é inquestionável que se trata de uma realidade e que a partir dessa realidade os cadáveres nos dizem algo, falam-nos a partir de seu mutismo e às vezes são demasiadamente eloquentes. (2012, p.28)

Cabe salientar que a criminologia é entendida como "ciência que busca identificar as determinações do crime" (DIETER, 2013, p.18). Por outro lado, nas lições do Prof. Dieter, a criminologia deve ser percebida não mais como relação causalista, ao qual sem esta o crime não iria

ser concretizado, mas sim como "pesquisa transdisciplinar (complexa) das determinações não determinantes dos processos de criminalização primária e secundária" (2016, online), gerando não uma relação causa-efeito do crime-criminoso, mas uma compreensão de que sobre o objeto o mesmo é refratário de condições e determinações próprias, e também sofre determinações exercidas pelo espaço que está inserido seja de forma política, social, cultural e econômica no tocante ao processo de criminalização do crime e do criminoso, bem como suas consequências.

Esta forma de pensar o saber criminológico reconhece a complexidade e a totalidade no qual o fenômeno crime está envolvido. Para tanto esta abordagem é a que mais se adequa e interessa a esta pesquisa, pois afasta o simplismo e reducionismo de análises por vezes erradas, outrossim, perpassa o entendimento do crime, como processo de criminalização, jungido do debate de cifras ocultas, transdisciplinar e dialético.

Neste sentido, busca-se apresentar as diversas determinações não determinantes aos quais os mortos nos cárceres de Alagoas emergiram e foram apresentados a estes pesquisadores. No entanto, destacam-se as limitações de uma pesquisa em andamento e que ainda não fez as interlocuções necessárias no formato transdisciplinar.

Para tanto o primeiro dado desenvolvido (Anexo II – Gráfico 1) é a resposta para a pergunta da criminalística: "quem?". No que tange ao sexo das pessoas mortas no cárcere, há a desproporção de 52 (cinquenta e duas) pessoas do sexo masculino para 3 (três) do sexo feminino.

Este dado a princípio é alarmante, porém deve ser relativizado. A partir do Mapa da População Carcerária desenvolvido pela SERIS (2016, online), percebe-se que, sob o prisma da proporcionalidade dos sexos, a capacidade letal do cárcere para homens e mulheres, é, em números relativos, praticamente a mesma, quando se compilam presos provisórios, condenados e sob medida de segurança.

O cálculo é realizado a partir da divisão em porcentagem do número de mortos no cárcere (52 homens e 3 mulheres) pela quantidade total de presos no Estado atualmente (4.005 homens e 226 mulheres). Por consequência a letalidade resulta em 1,32% para as mulheres contra 1,29% para os homens, o contrário do que se imagina.

No tocante à idade (Anexo II – Gráfico 2), apresentam-se 41,8% de pessoas entre 20 (vinte) e 30 (trinta) anos, a faixa etária de pessoas mais novas a cometerem delitos.

Por sua vez, 20% se enquadram entre pessoas de 31 (trinta e um) a 40 (quarenta) anos e 12,7% de 41 (quarenta e um) a 50 (cinquenta) anos. As pessoas com mais de 51 (cinquenta e um) anos representam uma parcela de 21,8%, ultrapassando os 20% anteriores, de pessoas de 31 (trinta e um) a 40 (quarenta) anos, ocupando a segunda posição.

Esse gráfico se correlaciona com a "Causa do óbito: morte natural x violenta dos mortos nos cárceres de Alagoas 2012-2015", que será analisado ulteriormente, porque a parcela que ocupa o segundo lugar de mais óbitos, é a mais idosa e poderia configurar uma relação de morte natural com a idade, porém, analisando os meandros, é percebido que não necessariamente essa relação deve ser automática.

O gráfico que se refere à cor de pele (Anexo II – Gráfico 3) traz 20 (vinte) pessoas como pardas, representando 47,3% das 55 (cinquenta e cinco) pessoas estudadas. Traz mais 10 (dez) que se autodeclararam brancas, sendo elas 29,1% da parcela, 7 (sete) negras com 12,7% e 6 (seis) pessoas com dados desconhecidos, ou seja, 10,9%. Incide aqui uma questão sobre autoidentificação dos detentos. Existem exemplos anexos na presente pesquisa, como o do senhor Santelmo Luiz dos Santos (SERIS, 2016-A, online), em que ele se autodeclara branco, quando a cor de sua cútis, segundo a imagem apresentada pela imagem do seu alcatraz é claramente negra.

Esse problema da autoidentificação, porém, não é matéria para esta pesquisa. Contudo, como bem alerta Evandro Duarte, Marcos Queiroz e Pedro Costa (2016, p. 2) certamente, esta não identificação do sujeito com sua cor negra, perpassa a micro relação de poder que a branquitude afeta os sujeitos. Assim, segundo este marco teórico, os negros não se identificam com sua raça, pois a micro relação de poder da branquitude faz o indivíduo romper de forma volitiva ou não com sua própria natureza, no intuito de se buscar os benefícios do poder que essa branquitude exerce nos sujeitos.

Os municípios (Vide Anexo II – Gráfico 4) do interior que compõem o estado de Alagoas, exceto a grande Maceió (Rio Largo, Marechal Deodoro, Satuba e Maceió) e outros Estados da federação, saem na frente com 26 (vinte e seis) das pessoas que morreram nos cárceres, correspondendo a quase metade do gráfico inteiro.

A falta de desenvolvimento sociocultural, econômico e político tanto dos interiores do estado de Alagoas quanto das periferias de Maceió - pois não houve um detento sequer que morreu e fosse proveniente de bairros nobres – transformando assim esses locais em ambientes excessivamente propícios ao processo de criminalização secundária. A grande Maceió vem em segundo com 32,7%, seguido pela fatia do gráfico que demonstra que os imigrantes de outras unidades da federação representam 10,9%.

No que concerne à escolaridade traz apenas 1 (uma) pessoa – mulher – com Ensino Superior, 3 (três) com Ensino Médio Completo e 2 (duas) com Ensino Médio Incompleto. O analfabetismo ocupa o topo do ranking no que concerne à escolaridade: existiram 13 (treze) considerados funcionais e 17 (dezessete) analfabetos comuns, ou seja, não saber ler nem escrever, sem vínculo com a capacidade de interpretação de textos, que pormenoriza os analfabetos funcionais. Infelizmente, num evidente descaso com a organização e apuração dos fatos, não se sabe o nível educacional de 10 (dez) das 55 (cinquenta e cinco) pessoas mortas nos cárceres.

Portanto, o Anexo II – Gráfico 5 demonstra que o analfabetismo ou educação incompleta e deficiente são determinações fortes do aprisionamento e morte de seres humanos no sistema carcerário.

Como uma resposta à pergunta da criminalística “onde” (Vide Anexo II – Gráfico 6), demonstra-se que 19 (dezenove) detentos morreram no Presídio Baldomero Cavalcanti de Oliveira, responsável pelos presos com sentença condenatória, seguidos pelos Presídios Cyridião Durval e Silva, incumbido dos presos provisórios, e pelo Centro Psiquiátrico Judiciário Pedro Marinho Suruagy, responsável pelo cumprimento das medidas de segurança, empatados com 8 (oito) mortes cada um.

Por seguinte, o Presídio do Agreste (parceria-público-privada) localizado em Girau do Ponciano, com 6 (seis) detentos mortos.

O Presídio Desembargador Luiz de Oliveira Souza (desativado), por conseguinte, fica à frente da Casa de Custódia, responsável pelos presos provisórios, com a diferença de apenas uma morte, pois este apresenta 4 (quatro) mortos e aquele 5 (cinco).

Logo após vêm empatados o Núcleo Ressocializador da Capital e o Presídio Feminino de Santa Luzia com 4 (quatro) encarcerados mortos em cada um e em último lugar, com apenas 1 (uma) morte, o Presídio de Segurança Máxima.

Outro dado ao qual vale mencionar é que em maio de 2017 Alagoas possuía 49,7% (SERIS, 2017, online) dos seus presos sob o regime provisório.

Este dado de presos provisórios, se confrontado com outro dado, ao qual ratifica a problemática das cifras ocultas, contata-se pelo próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ (BRASIL, 2017 online), pois em janeiro de 2017 fez um levantamento através dos Tribunais de

Justiça em que Alagoas é o segundo estado da federação com maior quantidade de presos provisórios, tendo um número desastroso de 80,92% de presos provisórios (Anexo III).

Assim, a letalidade carcerária também afeta quem se encontra nesse regime, o qual atingiu 27,3% dos presos que faleceram no período ora pesquisado.

"Como morreram os detentos dos cárceres em Alagoas?" Essa é, talvez, a pergunta de ouro que a criminalística faz à pesquisa atual. Os prontuários constantes no sistema Alcatraz mostram que mais da metade, ou seja, 35 (trinta e cinco) de 55 (cinquenta e cinco) pessoas morreram de causas naturais e o restante de morte violenta.

Porém, a partir da minuciosa pesquisa pelas entranhas dos processos: prontuário do Alcatraz, laudos cadavéricos e até jornais e notícias obtidas por meio da internet, entendeu-se ser um dado duvidoso, por haver adulterações e uma influência do Estado per si nas mortes. Na maioria das mortes naturais analisadas, foi perceptível que as doenças podem ter sido, ou foram de fato causadas pela insalubridade do ambiente carcerário, alimentação incorreta ou falta dessa, incidindo aí a grande questão do assassínio indireto suscitada por Foucault (2010, p.216), pois, até que ponto uma morte é natural se o Estado contribuiu direta e indiretamente para ela?

Essa declaração de morte natural, além de naturalizar a morte dos sujeitos no sistema carcerário, implica em uma linguagem mortífera, pois esta naturalização é uma linguagem que contribui "[...] para condicionar (ou para não evitar) as condutas que os converteram em cadáveres, posto que é assim é que as palavras matam, é assim que a linguagem mortífera opera, ou seja, legitimando, mostrando ou ocultando, descobrindo ou encobrindo". (ZAFFARONI, 2012, p. 29).

Ademais,

> [...] quando as palavras são instrumentos letais o são por algum motivo e também para algo, que é o poder de uns humanos sobre outros, embora no meio haja ocultamentos que geram ignorância e inconsciência e embora seja discutível o quanto há de funcionalidades e o quanto há de conspirações e de uma infinidade de coisas as quais Foucault chamava de micropoderes, em combinações incríveis e complicadíssimas. (ZAFFARONI, 2012, p. 29).

Por último, no tocante a esta declaração de mortes naturais, parte-se de uma premissa de que morrer no cárcere jamais poderá ser natural, uma vez que o sistema prisional está envolto da sua própria história e dos processos de criminalização. Assim, essa linguagem naturaliza e banaliza a morte de jovens de 20 – 30 anos (41,8% dos mortos no período pesquisado) em um estado cuja perspectiva de vida é de 71,2 anos (IBGE, 2016, online). Portanto, a pesquisa propõe, no esteio de uma criminologia de cunho cautelar, a retirada do binarismo morte violenta e morte natural e que seja trabalhado os reais motivos fisiológicos da morte, devendo estar respaldado integralmente no laudo de exame cadavérico.

3 A dinâmica carcerária alagoana

Quando a dinâmica prisional é analisada de modo supérfluo, percebe-se a ingenuidade de quem assim a analisa. É, pois, ao contrário, um sistema labiríntico, que pode aos poucos ser bem elucidado a partir de respostas obtidas, através das pesquisas de campo realizadas para configurar a presente investigação e sua proposta a partir de um estudo visualizado mais claramente sob as lentes de um viés criminológico crítico.

Preliminarmente, é necessário frisar que o modus operandi de diferentes cadeias, são separadas apenas por nuances. Em todas elas, e a partir dos laudos cadavéricos e da análise individual de cada Alcatraz, foi possível notar padrões de quem sofre mais violência culminante em morte dentro dos cárceres.

Maria Lucia Karam e Hildebrando Ribeiro Saraiva Jr. (2017, p.48) ao realizarem uma entrevista com agentes carcerários, aduziram que os prisioneiros têm uma moral e que se alguém a desrespeita paga com a vida. Estas normais morais do sistema prisional têm respaldo diretamente no crime organizado e diferentemente do que se pensa, o crime organizado serviu para diminuir as taxas de morte através de um disciplinamento interno rigoroso.

O pesquisador Graham Willis destaca que quando:

> [...] o PCC chegou, [os criminosos] estabeleceram uma ordem forte do que pode ser feito e do que não pode ser feito dentro da comunidade. E que se acontecesse alguma coisa tinham que falar com eles. Um sistema de lei e ordem bem diferente. São as regras que estão no estatuto. Já tem dois estatutos, um bem recente. Aí na comunidade não era só quem estava batizado, mas quem morava na comunidade que também não podia desobedecer as regras do PCC. E eles falam que antes era muito pior, [havia] briga entre polícia e bandido, morria muita gente. Não podiam sair na rua à noite. Depois que chegou o PCC, estabeleceu essa ordem. Todo mundo sabe que se desobedecer vai ser julgado, sabe o que vai acontecer. Violar mulher, por exemplo, todo mundo sabe que é um crime muito grave e que o cara vai desaparecer ou vai morrer. Então, a taxa de homicídio nesses bairros caíram muito por causa disso. Na visão da periferia, nas comunidades onde o PCC controla, o PCC tem muito a ver com a queda dos homicídios, desde 20013, 2004 (2012, online).

O exercício das organizações criminosas como redução da letalidade carcerária implica na redução da quantidade total de mortes, mas também se utiliza da morte como critério de disciplinamento às normas morais. Resta evidente essa assertiva ao tempo que no Estatuto do Primeiro Comando da Capital (FOLHA, 2001, *online)* consta que:

> 13. Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões.

Mas também em seus art.7 de forma expressa e o art. 9 de forma tácita admitem a pena de morte.

> 7. Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado" mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão.
> 9. O partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, solidariedade e o interesse como ao Bem de todos, porque somos um por todos e todos por um.

Esta pesquisa apesar de não comprovar uma redução das mortes no tocante a influência das organizações criminosas, pode-se demonstrar o disciplinamento no cárcere e que os alvos mais comuns são aqueles que: 1) roubam objetos dos próprios colegas de cela – "ladrão". 2) aqueles cujo

comportamento sexual é tido como desequilibrado e inadequado seja dentro ou fora do cárcere – "tarado". 3) E por fim, o que delata aos agentes carcerários ou a outras autoridades do presídio, atos ilícitos cometidos pelos demais detentos – "cagueta".

O detento Rogério José Ferreira, (SERIS, 2016-B, online), cometeu alguns desses erros de forma sucessiva, e resultou em sua morte, que será tratada – como não podia deixar de ser – como o exemplo de uma das mortes violentas analisadas na presente pesquisa.

Em uma parte de seu processo (ALAGOAS, 2015, p. 80) como vítima na confissão de seu executor W.L.S.S, é deixado claro que R.J.F foi assassinado por ter "[...] dedurado o conduzido por ter quebrado uma pia da cela em que moravam no dia anterior [...]", porque baforou fumaça de maconha no rosto da enfermeira e por constantemente se masturbar na cela. Em consequência desses seus atos, teve orelhas, língua e dedos arrancados e foi morto com uma escova de dente.

Sobre o assunto, Maria Lucia Karam, em sua obra "De Crimes, Penas e Fantasias" enuncia:

> Grande parte destes homicídios brutais, entre os próprios presos, nasce da convivência forçada, que faz com que qualquer incidente, qualquer divergência, qualquer desentendimento, qualquer antipatia, qualquer dificuldade de relacionamento, assumam proporções insuportáveis. O desgaste da convivência entre pessoas, que, eventualmente, não se entendam, aqui é inevitável. As pessoas que não se ajustam, os inimigos são obrigados a se ver todos os dias, a ocupar o mesmo espaço, o que, evidentemente, acirra os ânimos, eleva a tensão, exacerba os sentimentos de ódio, levando, muitas vezes, a que um preso mate outro, por motivos aparentemente sem importância (1993, p.182).

O segundo caso que se almeja fomentar, concerne ao detento E.N.M. morto no ano de 2015 (SERIS, 2016-C, online) cuja intrigante morte "natural" foi narrada em seu Alcatraz como uma parada cardíaca respiratória, proveniente de tuberculose pulmonar, desidratação e desnutrição. O ponto cabal desse caso é a exposição da morte como natural e o paradoxo automático que se faz com as circunstâncias de "desnutrição e desidratação", claramente inerentes a um ambiente insalubre, no caso, as celas, caracterizando assim o chamado assassínio indireto.

Seja morte natural ou violenta, um fator que muito coadjuva para que haja um espaço para mortes, além do aspecto subjetivo que é a linguagem mortífera praticada pelo Estado, é a quantidade de agentes penitenciários responsáveis pela ordem e estabilidade do cárcere. Maria Lucia Karam e Hildebrando Ribeiro Saraiva Jr. (2017, p.49) interrogam aos agentes penitenciários no tocante a quantidade de agentes, os mesmos aduziram a desproporção de 7 (sete) agentes penitenciários para 500 (quinhentos) detentos, ou seja, cabe a apenas um guarda, a impossibilidade de vigiar cerca de 71 (setenta e uma) pessoas.

Outro ponto que merece importância diante dessa ínfima quantidade de agentes penitenciários é o concernente à escolta policial, pois a mesma é responsável pelas demandas ordinárias, remoção dos presos, apresentação dos presos em audiência de júri, e custódia dos presos em hospital. Alagoas por exemplo conta com 12 (doze) agentes penitenciários, divididos em 4 (quatro) integrantes, para atender a todas as demandas judiciais e de saúde do Complexo Prisional. (ALAGOAS, 2017, p. 192).

Este dado implica diretamente na mora processual, ao tempo que os presos não são levados para as audiências e estas remarcadas; na educação dos presidiários, pois é a escolta que os leva para a escola do sistema; bem como na saúde dos detentos, uma vez que a escolta é quem encaminha os presidiários quando necessário ao hospital.

Aliás, os mesmos guardas que deveriam, supostamente, serem autoridades locais, são submetidos a um sistema interno cuja ordem e hierarquia foi criada por e para os detentos, ou seja,

normas de comportamento como as que foram anteriormente citadas, que garantem ou não o bem estar do ambiente prisional (KARAM; SARAIVA JR., 2017, p. 50).

Ademais, também é de extrema importância frisar outros casos que não passaram despercebidos, seja por serem contraditórios ou intrigantes.

A presidiária Silvania da Silva (ALAGOAS, 2013) faleceu em prisão preventiva no dia 30/08/2013. No entanto, essa prisão já havia sido transformada em domiciliar no dia 29/08 do mesmo ano. Portanto, a mesma faleceu um dia depois de sua prisão ter se transformado em domiciliar, sequer era para a mesma estar presa. Dito tudo isto, seu processo foi extinto pelo art. 18 do Código de Processo Penal, o qual o Ministério Público sequer possuía justa causa para propor uma denúncia contra a mesma, apesar disto ainda assim a mesma foi morta.

Por conseguinte, Elizeu Faustino de Lima (SERIS, 2016-D), faleceu de hepatite B e cirrose hepática, doenças que se tratadas poderiam significar o impedimento de mais um óbito. Porém, as péssimas condições do cárcere tornam impossível tratamento e cuidado com os detentos, sendo, aliás, o contrário: o ambiente é propício para disseminação e contágio de doenças amiúde medievais.

Ademais, emergem-se os processos em que o Estado aduz ser uma morte natural, por outro lado se visualiza no processo judicial uma morte violenta.

O detento Luiz de França dos Santos, por exemplo, traz em seu Alcatraz o motivo da morte como natural (vide Anexo I). Porém, ao observarem-se os detalhes do processo (ALAGOAS, 2016, p.96), foi descoberto que houve um "choque neurogênico por objeto contundente", significando que ele sofreu, dentro do presídio, uma grave violência proveniente de um ou mais de seus colegas. Assim, o objeto contundente desencadeou o choque neurogênico, em que o seu sistema circulatório foi incapaz de continuar a fornecer oxigênio para o resto do corpo, e assim, ele faleceu. É importante frisar que o crime cometido por L.F.S. foi o de ameaça.

Outro caso marcante, ainda no contexto de contradições, é o de José Cícero Toledo de Albuquerque – (SERIS, 2016-E). Seu Alcatraz informa suscintamente que o mesmo veio a falecer por motivos de doença. Não obstante, em seu laudo cadavérico (ALAGOAS, 2015, p.93) constam fotos do detento com lesões na cabeça, diversas partes do corpo com lesões (olhos, cabeça, joelhos, costas, cintura ombros, costelas, pés), com a boca espumada demonstrando assim a fraudulência e/ou descaso do sistema penal com a veracidade dos fatos.

Aproveitando o ensejo e encerrando o tema de fraudes e inverdades, é oportuno mencionar os 6 (seis) casos de desobediência ao poder judiciário, ao qual requisita os laudos cadavéricos ao Instituto Médico Legal – IML e este não enviou e nem justificou o motivo do descumprimento da ordem, desta forma caracterizando óbices a averiguação de responsabilidade através de um exame pericial e técnico, bem como o *modus operandi* mortífero.

4 A América Latina como uma instituição de sequestro

A América Latina entendida como instituição de sequestro nos dizeres do Prof. Anitua, na senda de Foucault, perpassa o entendimento de que a garantia da inclusão ocorre através da segregação e normalização, de tal forma que essa instituição se desdobra: "(...) a transformação do tempo vital; a transformação do corpo dos sujeitos; e a criação de um novo tipo de poder, polimorfo e polivalente". (2010, p. 67).

Portanto, a América Latina seria uma instituição de sequestro tanto por estar inserida e sofrer os efeitos de um diagrama do poder, como pelo fato que "(...) a América Latina 'entra' na história ocidental, como um papel destacado de 'colônia penal', dentro do momento global do mercantilismo" (ANITUA, 2010, p. 68).

Uma característica definidora dessa instituição é o fato de que:

> [...] a principal agência de seleção do sistema, a polícia, é a que aplica, de forma igualmente seletiva, a violência em geral e, como traço característico da região, a pena de morte extralegal. Este problema, que não existe nos países centrais, é representativo dessa violência social do nosso subcontinente enquanto "instituição". (ANITUA, 2010, p. 71).

Anitua sustenta a tese dessa grande instituição de sequestro também sendo caracterizada por uma violência estrutural advinda das periferias, problema central destes guetos, favelas, as villas misérias, em que seriam o principal fato característico da América Latina como instituição de sequestro.

Circunscrevendo a realidade brasileira se pode aventar nas lições de Salo de Carvalho que a questão carcerária no Brasil é advento do tripé ideológico: defesa social, segurança nacional e Lei e Ordem (2013, p. 87). Esses elementos, apropriados pela criminologia midiática/mídia de massa (que gera lucro com a exposição da miséria humana) e da política de tolerância zero, deram frutos: 575% de aumento de encarcerados de 1992 – 2014, tornando-se a 4ª maior população encarcerada do mundo (INFOPEN, 2014).

Esse fenômeno inserido numa rede de controle reverbera com a era do grande encarceramento no Brasil, ao qual possui fundamentos em um Estado dito neoliberal, na modernidade tardia, e por consequência uma grande massa segregada que agora é considerada perigosa (CARVALHO, 2012).

Destaca-se também que os países periféricos têm no grande encarceramento um superlativo, visto que o estado de bem-estar social foi um simulacro incipiente, ao mesmo tempo em que o correcionalismo – ressocialização e retribuição - foi aplicado apenas formalmente (CARVALHO, 2012).

Outro fato determinante para essa era do grande encarceramento da atualidade é o que o prof. Rubens Casara chama de "pós-democracia", sendo o momento que o Estado Democrático de Direito foi superado por um Estado sem limites ao exercício do poder, entendido como:

> (...) um momento em que o poder econômico e o poder político se aproximam, e quase voltam a se identificar, sem pudor (e, nesse particular, pode-se falar em uma espécie de regressão pré-moderna). Na pós-democracia o significante "democracia" não desaparece, mas perde seu conteúdo, ou seja, não há mais um modelo de Estado no qual existe participação popular para a tomada das decisões políticas somada ao esforço dos agentes estatais para a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Ao contrário, na "pós-democracia" o que resta da "democracia" é um significante que serve de álibi às ações necessárias à repressão das pessoas indesejadas, ao aumento dos lucros e à acumulação. (2016, online).

5 O Racismo Segundo Foucault

Michel Foucault ressalta "(...) que um dos fenômenos fundamentais do séc. XIX foi o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico" (2010, p. 201).

Ressalta-se que na perspectiva teórica deste trabalho se busca nos ensinos da prof. Vera Malaguti Batista fazer uma relação de "(...) Marx com Foucault: mais-valia e bio-poder". (2005, p.31).

Portanto não se poderia olvidar no tocante a essa assunção da vida pelo poder no séc. XIX suscitada por Foucault, uma visão Marxiana que entende que isto só foi possível "(...) à medida que o ser social pode aparecer aos homens como algo específico, isto é, como uma realidade que, necessariamente ligada à natureza (ao ser natural, orgânico e inorgânico), tem estrutura dinâmica e regularidades próprias". (NETTO, 2006, p. 16).

José Paulo Netto no esteio de Marx ensina ainda que "(...) é na sociedade burguesa que os homens podem compreender-se como atores e autores da sua própria história" (2006, p. 17).

Portanto, "o rei está nu", consoante conto de Andersen (1995), assim, perde toda aquela malha de controle soberano, instituído pelo sangue azul e emanado por uma vontade divina. Dessa forma, ultrapassa-se uma relação de poder instituída por uma soberania, naturalizada por relações causais e de cunho divino.

É nesse salto em que os sujeitos fazem sua própria história que nasce o biopoder em que: "Pode-se dizer que o velho direito de causar a morte ou deixar viver foi substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte" (FOUCAULT, 1999, p. 130). Seria tal qual: "A velha potência de morte em que se simbolizava o poder soberano é agora cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida". (FOUCAULT, 1999, p. 131).

Assim, Foucault considera o biopoder "(...) a partir da nova capacidade do poder estatal de agir a fim de incentivar a vida e aniquilar as partes consideradas perigosas da população por meio de políticas públicas dirigidas (...)" (DUARTE, 2015, p. 25).

É acerca desse aniquilamento das partes consideradas perigosas que se trata este presente trabalho.

Michel Foucault denomina essa tecnologia de aniquilamento dos indesejados de racismo, e aduz que esta tecnologia emerge do biopoder. O filósofo francês chega a esta conclusão ao analisar o período nazista e ao se questionar: "Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder?". (2010, p.214)

Foucault explica que "O efeito de poder soberano sobre a vida só se exerce a partir do momento em que o soberano pode matar" (2010, p.202). Mutatis mutandis, pode-se depreender desta forma que – O efeito do biopoder sobre a morte só se exerce a partir do momento em que esta relação de poder faz viver.

Zaffaroni, bem nos lembra de que essa forma de poder legitima o poder de vigilância, de tal forma que: "O Estado atual e as corporações necessitam dos ladrões bobos e de alguns psicopatas assassinos, porque, caso contrário, não poderiam legitimar sua vigilância sobre nós; se eles não existissem, teriam de ser inventados e sem dúvida o seriam, pois sua máquina burocrática não se deixaria morrer de inanição" (2012, p. 422).

O racismo nas lições de Foucault exerce primeiramente um:

> [...] corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. (2010, p. 214).

Após fazer esse recorte de quem deve morrer e quem deve viver o racismo institucional se baseia numa relação guerreira em que:

> [...] 'para viver, é preciso que você massacre seus inimigos' [já que] [...] 'quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar'.[A morte do outro é] o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura". (FOUCAULT, 2010, p. 215)

Essa relação de cunho guerreiro se centra numa lógica de mais valia punitiva: quanto mais mato o outro, mais encarcero, igualmente garanto um patrimônio incólume, a minha vida e a minha segurança, pois aqueles que não têm nada a perder e não foram docilizados ao irromper o controle biopolítico, sofrem as determinações fortes e por consequência abarcam uma alta probabilidade de serem vítimas deste racismo institucional, controlador, estigmatizador e mortífero.

Demonstra-se assim que os cárceres advêm do binômio castigo/penitenciária. O primeiro vem do latim castus e do verbo castificare (ORIGEM DA PALAVRA, 2008, online), ou seja, tornar-se casto, puro. O segundo até por própria intuição etimológica se demonstra que vem de penitência. Ou seja, a penitenciária é o local historicamente feito para o indivíduo cumprir o castigo, expiar os pecados e buscar a pureza. Assim, separam-se os puros dos impuros, os desejados dos indesejados; tornando o local dos últimos os presídios brasileiros.

Essa cesura do tipo biológico no aspecto da economia política poderia ser justificada pela malha de desempregados que são frutos da lei geral da acumulação capitalista e os processos de pauperização absoluta e relativa, que engendra uma malha de desempregados: "Numa palavra, o desemprego em massa não resulta do desenvolvimento das forças produtivas, mas sim do desenvolvimento das forças produtivas sob as relações sociais de produção capitalistas". (NETTO; BRAZ, 2009, p.134).

Já que estes desempregados "[...] permite ao capitalista pressionar os salários para um nível inferior" (NETTO; BRAZ, 2009, p. 134), uma vez que os salários são fruto dessa expansão e contração destes desempregados. Igualmente, esta malha de desempregados permite que sempre exista um contingente de mão de obra capaz de ser mobilizada a qualquer tempo. Cumpre mencionar que essa relação de desemprego é imanente a essa forma de sociabilidade e um componente ineliminável deste sistema.

Assim, a reprodução sistêmica capitalista engendra as formas de desemprego - flutuante (desemprego temporário), latente (a indústria avança sobre o campo e gera o êxodo rural), estagnada (não consegue um emprego fixo) e na base dessas formas de desemprego se encontra o lumpemproletariado caracterizado pela "a parcela degradada do proletariado: vagabundos, criminosos, prostitutas e rufiões" (NETTO; BRAZ, 2009, p. 134).

Este lumpemproletariado, ao qual Nietzsche denomina de suspeito que são as pessoas que não se suporta, neste ínterim Amilton Bueno de Carvalho destaca que essa relação do outro,

suspeito, lumpemproletariado que será vítima de um racismo institucional é nada mais que o "O terrível: eu me puno, porque não me suporto, mas quem cumpre a pena em meu lugar é o outro, o bem outro, quanto mais outro melhor – não um dos 'meus'!" (2013, p.114).

Consequentemente, as mortes nos cárceres não são meros acasos ou desvios institucionais, mas fenômenos de um projeto político e econômico concreto. Não é exagero ressaltar que estes mortos são parte de um genocídio denominado por Zaffaroni de "massacre em conta-gotas" (2013, p.513), ou o que a professora Lola Aniyar de Castro denomina de "os mortos da democracia" (2010, p. 97).

O prof. argentino chega a suscitar que "(...) no século passado os Estados produziram uns cem milhões de cadáveres fora das guerras, as quais provocaram uns 35 milhões". (ZAFFARONI, 2012, p. 348). Portanto, o desnude dessa tecnologia mortífera - racismo - no Estado de capital dependente, colonial, torna esta pesquisa da maior importância como prática de confronto ao poder de morte estatal.

Logo, não se pode falar de mortes naturais dentro do cárcere, repita-se - o rei está nu – as mortes no cárcere sob essa lógica desumana são sempre violentas seja por assassínios diretos ou indiretos no esteio Foucaultiano (2010, p. 2016), faz-se morrer e se deixa morrer, quem mata não é o natural/divino, mas as determinações de uma relação social complexa, desumana que junge todas as os aspectos da vida humana seja social, cultural, político, econômico e histórico.

Pode-se até chegar a aduzir ser um programa de genocídio estatal, em que o último INFOPEN (2014, p.115) trouxe dados alarmantes quanto à mortalidade nos cárceres, registrando no primeiro semestre de 2014 sem os dados de Rio de Janeiro e São Paulo, o número de 565 MORTOS nas unidades prisionais.

Inserido numa tecnologia racista, em um país de capital dependente e colonial em que reverbera essas vidas matáveis sob uma lógica de mais valia punitiva em que apesar deste trabalho estudar os 55 (cinquenta e cinco mortos), não se olvide os 565 (quinhentos e sessenta e cinco) mortos (INFOPEN, 2014), e não se percam os mortos em massacres nos cárceres e a linguagem suscitada pelo Estado:

> São Paulo/SP – Casa de Detenção de São Paulo (Carandiru) – 2 de outubro de 1992 – 111 mortos – Legítima Defesa (BBC, 2016, online). Manaus/AM – Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa – 8 de janeiro de 2017 - 64 mortos – Acidente (O DIA, 2017, online). Rio de Janeiro/RJ – Casa de Custódia de Benfica – 1 de junho de 2004 – 34 mortos – Briga entre facções (Amigo dos amigos, Terceiro Comando contra o Comando Vermelho) (FOLHA, 2004, online). Boa Vista/RR – Penitenciária Agrícola de Monte Cristo – 6 de janeiro de 2016 – 33 mortos – Acidente (FOLHA, 2017, online). Natal/RN – Penitenciária Estadual de Alcaçuz – 14 de janeiro de 2017 – Ao menos 10 mortos - Briga entre facções (PCC contra o Sindicato do Crime RN, FDN e CV) (ESTADÃO, 2017, online).

6 Considerações finais

O presente artigo trouxe para o debate os mortos nos cárceres alagoanos, fazendo relações com as tecnologias de poder sobre a vida no esteio do biopoder, as dinâmicas e normas culturais do cárcere, bem como o espaço no qual estes cárceres estão inseridos, os quais se pode denominar da América Latina como uma grande instituição de sequestro.

Este artigo desnuda a relação naturalizada e naturalizadora da lógica carcerária, ao qual atribui a morte dos seres humanos de naturais, atravessa-se para a contramão desse nexo desumanizante. Colocando-se em um processo de devir que almeja socializar e dessacralizar as relações mortíferas no sistema prisional, objetivando superar a lógica higienista imanente a essa forma de sociabilidade e suas respectivas tecnologias de poder.

Por fim, combater esse processo de recolonização e suas tecnologias políticas, bem como uma relação econômica perversa, buscando descolonizar o Brasil e nos autocolonizar (BATISTA, 2012, p. 10) será justamente destruir todo um velho mundo.

Nas palavras do saudoso Belchior – "o passado é uma roupa que não nos serve mais" e "precisamos todos rejuvenescer" (1976, *online*).

Referências

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. *Ação Penal nº 0000335-53.2015.8.02.0069,* da Vara do Único Ofício de Girau do Ponciano do Tribunal de Justiça de Alagoas. 24 de agosto de 2015.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. *Ação Penal nº 0728411-22.2016.8.02.0001*, da 7ª Vara Criminal da Capital do Tribunal de Justiça de Alagoas, 25 de maio de 2017.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. *Ação Penal nº 0001397-77.2013.8.02.0044***,** da 1ª Vara Cível e Criminal/Infância e Juventude de Marechal Deodoro do Tribunal de Justiça de Alagoas, 28 de agosto de 2013.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. *Ação Penal nº 0046763-11.2012.8.02.0001*, da 16ª Vara Criminal da Capital de Execuções Penais do Foro de Maceió do Tribunal de Justiça de Alagoas, 08 de setembro de 2016.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça de Alagoas. *Ação Penal nº 07221404-13.2015.8.02.0001*, da 16ª Vara Criminal da Capital de Execuções Penais do Foro de Maceió do Tribunal de Justiça de Alagoas, 04 de setembro de 20015.

ANITUA, Gabriel Ignácio. América Latina como instituição de sequestro**.** In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento:* seminário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANDERSEN, Hans Christian. *Histórias maravilhosas de Andersen.* Compilado; Russel Ash e Bernard Higton. Tradutora: Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

BATISTA, Vera Malaguti. *Marx com Foucault.* Veredas do Direito, Belo Horizonte: [s.e], v.2, n.4, 2005.

BATISTA, Vera Malaguti. PREFÁCIO À BRASILEIRA. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar.* Tradutores: Cecília Perlingeiro, Gustavo de Souza Preussler, Lucimara Rabel, Maria Gabriela Viana Peixoto. São Paulo: Saraiva, 2012.

BBC Brasil**.** *Relator que anulou julgamento do Carandiru ataca críticos: 'Você é uma infeliz'.* São Paulo, 29 set. 2016. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/salasocial-37478938. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

BELCHIOR, Antônio Carlos. Velha Roupa Colorida**.** In: *Alucinação*. 1976. Disponível em: https://www.letras.mus.br/belchior/44464/. Acesso em: 18 de abril de 2017.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Criminologia e Prisão**:** caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional*. Revista de Estudos Empíricos Em Direito*. Vol. 1, n. 1, jan. 2014, p. 46-62.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais.* Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais. Acesso em: 15.05. 2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito Penal a marteladas:* algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil:* estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento:* seminário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CASARA, Rubens. *Na pós democracia, os direitos e garantias fundamentais também são vistos como mercadoria***.** Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2016/07/09/na-pos-democracia-os-direitos-e-garantias-fundamentais-tambem-sao-vistos-como-mercadorias/. Acesso em: 15 jan. 2017.

CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos "concordes, seguros e capazes". In: ABRAMOVAY, Pedro (Org.); BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento:* seminário. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

DEPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN,* junho de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em: 17.08.2016.

DEPEN. *Relatório do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça de Jan. 2006 até agosto de 2007.* Disponível em: http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR80117-5856,00.html. Acesso em: 10.08.2016

DIETER, Maurício Stegemann**.** *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DIETER, Maurício Stegemann. *Criminologia*: aula 2. São Paulo, 18 de ago. 2016. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=n088n0q55Og&t=3785s. Acesso em: 26 de maio 2017.

DUARTE, André. Foucault, Biopolítica e Governamentalidade. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; FRANÇA, Leandro Ayres; RIGON, Bruno Silveira (Org.). *Biopolíticas*. Curitiba: iEA Academia, 2015.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa; COSTA, Pedro Argolo. *A Hipótese Colonial, um diálogo com Michel Foucault:* a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal. Brasília: Universitas Jus, 2016.

ESTADÃO, O Estado de S. Paulo. *Guerra entre facções deixa mortos no maior presídio de Natal.* São Paulo, 14. jan. 2017. Disponível em: http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,rebeliao-em-maior-presidio-de-natal-tem-mortes,10000100181. Acesso em: 15 de janeiro de 2017.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade***.** 2ª ed.. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOLHA *ONLINE*. *Estatuto do PCC prevê rebeliões integradas.* Campinas, 19 de fev. 2001. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml. Acesso em: 10 de maio de 2017.

FOLHA *ONLINE*. *Rebelião em presídio do Rio deixa ao menos 34 mortos.* Rio de Janeiro, 1 de jun. 2004. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u95073.shtml. Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

FOLHA *ONLINE*. *Veja quem são os 31 dos 33 presos mortos no massacre de Roraima.* São Paulo, 7 de jan. 2017. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/01/1847899-veja-quem-sao-todos-os-31-presos-mortos-no-massacre-de-roraima.shtml Acesso em: 14 de janeiro de 2017.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÙBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, 2015. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2015.retificado_.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2015:* breve análise da evolução da mortalidade no Brasil, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Tabuas_Completas_de_Mortalidade/Tabuas_Completas_de_Mortalidade_2015/tabua_de_mortalidade_analise.pdf. Acesso em: 20 de fevereiro de 2017.

NETTO, José Paulo. *O que é Marxismo.* São Paulo: Brasiliense, 2006.

NETTO, José Paulo. BRAZ, Marcelo. *Economia Política: uma introdução crítica.* 5. ed.. São Paulo: Cortez, 2009.

ORIGEM DA PALAVRA – SITE DE ETIMOLOGIA. *Pedagogia Antiga*, 18 de maio de 2008.

Disponível em: http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/castigar/. Acesso em 15 de abril de 2017.

O DIA. *Presídio em Manaus registra mais quatro mortos***.** Brasil, 8 de jan. 2017. Disponível em: http://odia.ig.com.br/brasil/2017-01-08/presidio-de-manaus-registra-mais-quatro-mortos.html. Acesso em: 14 jan. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência, março de 2016.*

KARAM, Maria Lúcia. *Dos crimes, penas e fantasias.* Niterói: Luam, 1991.

KARAM, Maria Lúcia; SARAIVA JR., Hildebrando Ribeiro. *Hearing the voices of Brazilian correction officers.* Disponível em: https://www.crimeandjustice.org.uk/sites/crimeandjustice.org.uk/files/PSJ%20229%20January%202017.pdf. Acesso em 16 de abril 2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* 2ª ed. Traduzido por Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL – SERIS. *Mapa Carcerário.* Disponível em: http://www.seris.al.gov.br/populacao-carceraria. Acesso em 30 de agosto de 2016.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL – SERIS. *Mapa Carcerário.* Disponível em: http://www.seris.al.gov.br/populacao-carceraria/mapa-04-08.05.2017-a-09.05.2017.pdf. Acesso em 25 de maio de 2017.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL – SERIS. *Sistema Alcatraz.* Disponível em: < http://sistema.sgap.al.gov.br:8080/Alcatraz/>. Nº. 20111208894. Acesso em 30 de agosto de 2016-A.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL – SERIS. *Sistema Alcatraz.* Disponível em: < http://sistema.sgap.al.gov.br:8080/Alcatraz/>. Nº. 20091204132. Acesso em 30 de agosto de 2016-B.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL – SERIS -. *Sistema Alcatraz.* Disponível em: < *h*ttp://sistema.sgap.al.gov.br:8080/Alcatraz/>. Nº. 20101206806. Acesso em 30 de agosto de 2016-C.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL – SERIS. *Sistema Alcatraz.* Disponível em: < *h*ttp://sistema.sgap.al.gov.br:8080/Alcatraz/>. Nº. 20151218930. Acesso em 30 de agosto de 2016-D.

SECRETARIA DE ESTADO DE RESSOCIALIZAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL – SERIS. *Sistema Alcatraz.* Disponível em: <*h*ttp://sistema.sgap.al.gov.br:8080/Alcatraz/>. Nº. 20151218930. Acesso em 30 de agosto de 2016-E.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WILLIS, Graham Denyer. *Na visão da periferia, PCC reduziu crimes, diz canadense que estuda violência em São Paulo.* UOL: São Paulo, 2012. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/12/19/policial-nao-se-sente-parte-do-estado-afirma-pesquisador-canadense-que-estuda-a-criminalidade-em-sp.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar.* Tradutores: Cecília Perlingeiro, Gustavo de Souza Preussler, Lucimara Rabel, Maria Gabriela Viana Peixoto. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANEXO I – RELAÇÃO DE ÓBITOS ENTRE 2012 – 2015.

ESTADO DE ALAGOAS
SECRETARIA DE ESTADO DA DEFESA SOCIAL - SEDS
SUPERINTENDÊNCIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - SGAP
GERÊNCIA DE NÚCLEO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA

RELAÇÃO DE ÓBITOS - 2012

QT	ALCATRAZ	NOME	FILIAÇÃO	DATA DE NASCIMENTO	UNIDADE	CRIME	DATA DO ÓBITO	MOTIVO
1	20093800505	Deriven dos Santos da Silva	Sebastião Atanasio da silva e Maria dos Santos da Silva	10.05.1983	PMBCO	TRÁFICO DE ENTORPECENTES	22/01/2012	MORTE VIOLENTA
2	20071202207	Rosalia Vicente Ferreira	João Vicente e Benedita maria da Conceição	12.06.1965	CPJ(FALECEU NO HGE)	HOMICIDIO	10/03/2012	MORTE NATURAL
3	20101207181	Jailson Silva dos santos	Jose Barbosa dos santos e Maria Silva dos Santos	28.11.1978	FALECEU NO HGE (PSMPCDS)	ART.121 PARAG. 2, INCI.I E IV C/C ART.29 DO CPB	16/03/2012	MORTE NATURAL
4	20091204950	Wanderson Ribeiro dos Santos	Jose Cicero dos Santos e Adelange Maria Ribeiro	12.05.1990	PMBCO(FALECEU NO HGE)	157 E 288 DO CPB	11/04/2012	MORTE NATURAL
5	20121018476	Jose Danilo Damaso de Almeida	Liberlino Ribeiro de Almeida e Maria Gimaura Damaso de Almeida	04.01.1944	CCC(Faleceu na Sta Casa)	171, 288, 289 E 312 DO CP	30/04/2012	MORTE NATURAL
6	20121210869	Elizeu Faustino da Silva	Elpidio Faustino de Lima e Maria Jovina da Conceição	07.07.1966	CCC(Faleceu no HDT)	HOMICIDIO	10/05/2012	MORTE NATURAL
7	20121210506	Elvis Gonzaga Lima	Edinaldo Sousa de lima e Marinita da conceição Gonzaga	10.02.1990	PDLOS	DANO	14/05/2012	MORTE VIOLENTA
8	20101206480	Diogo de Santana da Silva	Pai Não Declarado e Maria Aparecida da Conceição	27.01.1988	PSMPCDS(Faleceu no HGE)	HOMICIDIO	05/06/2012	MORTE NATURAL
9	20111008894	SANTELMO LUIZ DOS SANTOS	NAO DECLARADO E MARIA AMELIA DA CONCEICAO	15.01.1950	CPJ	TENTATIVA DE HOMICÍDIO	11/09/2012	MORTE NATURAL
10	20071201611	LUIZ FERNANDO DA SILVA	NAO DECLARADO E MARIA JOSE DA SILVA	14.07.1982	PMBCO (FALECEU A CAMINHO DO HGE)	155 E 157 DO CPB	11/09/2012	MORTE NATURAL
11	20091205538	JOSE CLEBES DE OLIVEIRA	ENOQUE MARTINS DE OLIVEIRA E MARIA DO CARMO LINO DA SILVA	09/04/1964	NRC	ROUBO E EXTORÇÃO	07/10/2012	MORTE NATURAL
12	20111209659	JOSE SABINO DOS SANTOS	NAO DECLARADO e AURELINA MARIA DOS SANTOS	14/03/1957	PMBCO(FALECEU NO HGE)	217-A	30/10/2012	MORTE NATURAL

ESTADO DE ALAGOAS
SECRETARIA DE ESTADO DA DEFESA SOCIAL – SEDS
SUPERINTENDÊNCIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - SGAP
GERÊNCIA DE NÚCLEO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA

ALAGOAS

RELAÇÃO DE ÓBITOS - 2013							
QT	ALCATRAZ	NOME	FILIAÇÃO	DATA DE NASCIMENTO	UNIDADE	DATA DO ÓBITO	MOTIVO
1	20101207550	LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS	JOÃO FRANCISCO DOS SANTOS E MARIA DAS DORES DA CONCEIÇÃO	12/01/1947	PMBCO	04/01/2013	MORTE NATURAL
2	20111209594	JOÃO ROBERTO FILHO	JOSÉ ROBERTO FILHO E EDLEUZA MARIA DA SILVA	04/06/1990	CYRIDIÃO	27/01/2013	MORTE VIOLENTA
3	20121211969	JOSIVALDO FERREIRA DA SILVA	LUIZ FERREIRA DA SILVA E MARIA PAULINO DA SILVA	29/05/1984	PDLOS	11/03/2013	MORTE VIOLENTA
4	20101207454	ANTONIO CARLOS DOS SANTOS	ANTONIO OLIMPIO DOS SANTOS E EDMILDA ROSENDO DOS SANTOS	21/09/1985	PSMPCDS(HDT)	02/04/2013	MORTE NATURAL
5	20061200097	JAIME ALEXANDRE BARBOSA FILHO	JAIME ALEXANDRE BARBOSA E MARIA APARECIDA LOURENÇO DA SILVA	25/02/1982	PDLOS	08/04/2013	MORTE VIOLENTA(ELETROCUTADO)
6	20111209692	TONY CESAR DA SILVA	PAI NÃO DECLARADO E LUZINETE MARIA DA SILVA	07/08/1988	PMBCO/HDT	10/08/2013	MORTE NATURAL
7	20111208917	ISAIAS SILVA	PAI NÃO DECLARADO E MARIA JOSÉ DA SILVA	05/07/1982	PMBCO	11/08/2013	MORTE VIOLENTA
8	20111208916	CÍCERO GERLÂNDIO BEZERRA	GERSON RIBEIRO DA SILVA E MARIA DE FÁTIMA BEZERRA DA SILVA	25/07/1985	PMBCO	11/08/2013	MORTE VIOLENTA
9	20121210138	ALECIO CESAR ALVES VASCO	GILBERTO ALVES VASCO E MARIA ALVES DA CONCEIÇÃO	02/05/1971	PMBCO	12/08/2013	MORTE NATURAL
10	20131213458	JOÃO PEDRO DA SILVA	PEDRO FERNANDO DA SILVA E ANÉLIA MARIA DA CONCEIÇÃO	20/06/1960	NRC/HDT	13/08/2013	MORTE NATURAL

11	20131213637	Silvânia da Silva	JOSÉ AMARO DA SILVA E JOSEFA DA CONCEIÇÃO	07/10/1975	EPFSL/HOSPITAL VIDA	30/08/2013	MORTE NATURAL
12	20131213636	SEVERINO HONORIO DA SILVA	MANOEL HONÓRIO DA SILVA E MARIA DE LOURDES DA CONCEIÇÃO	04/08/1945	CPJ/HGE	08/10/2013	MORTE NATURAL
13	20071200188	CRISTIANO GONZAGA	PAI NÃO DECLARADO E MARIA GONZAGA	19/04/1979	CPJ/HGE	08/10/2013	MORTE NATURAL
14	SEM ALCATRAZ	SEBASTIÃO LIMA DA SILVA			PDLOS	18/10/2013	SUÍCIDIO
15	SEM ALCATRAZ	GILBERTO BISPO EDUARDO			PDLOS	11/11/2013	ENFORCAMENTO
16	20121210132	JERBERSON ADALBERTO BATISTA DA SILVA ALVES	EBSON ALVES DA SILVA E BEL BATISTA DA SILVA	05/10/1993	PSMPCDS	28/12/2013	MORTE VIOLENTA
17	20131214345	RENAILSON BARBOSA	RENILDO OLIVEIRA BARBOSA E MARIA CICERA BARBOSA		AGRESTE	29/12/2013	SUÍCIDIO

ESTADO DE ALAGOAS
SECRETARIA DE ESTADO DA DEFESA SOCIAL – SEDS
SUPERINTENDÊNCIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - SGAP
GERÊNCIA DE NÚCLEO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA

ALAGOAS

RELAÇÃO DE ÓBITOS - 2014					
ORD.	NOME	FILIAÇÃO	UNIDADE	DATA	MOTIVO
1	JOSE WELLINGTON DA SILVA	FRANCISCO ANTÔNIO DA SILVA E RITA MARIA DOS SANTOS	PSMPCDS(HGE)	02/01/2014	VIOLENTA
2	LUCAS MATHEUS ANDRADE VIANA	AGENOR RODRIGUES VIANA E ADRIANA ANDRADE VIANA	PRESÍDIO DO AGRESTE	12/05/2014	VIOLENTA
3	VICTOR SILVA DOS SANTOS	ROBERTO CARLOS DA SILVA E SANDRA CRISTINA SILVA DOS SANTOS	PMBCO	12/05/2014	NATURAL
4	ANTÔNIO FRANCISCO CLETO	MANOEL FRANCISCO CLETO E MARIA ANTÔNIA CONCEIÇÃO	PSMPCDS	06/08/2014	NATURAL
5	MACIEL FERNANDES DA SILVA	DANIEL SOARES DOS SANTOS E ANGELITA FERNANDES DA SILVA	CPJ	13/08/2014	NATURAL
6	ELTON MAIA BARROS DO NASCIMENTO	JOSÉ MAIA BARROS DO NASCIMENTO E RAIMUNDA BARROS DO NASCIMENTO	CCC	27/08/2014	NATURAL
7	JADSON FERREIRA DE LIMA	EDNILTON DE LIMA SANTOS E ANA CLARA FERREIRA DE LIMA	PRESÍDIO DO AGRESTE	31/08/2014	NATURAL
8	ALEXANDRO DA CONCEIÇÃO	PAI NÃO DECLARADO - MARIA ROSINETE DA CONCEIÇÃO ARAÚJO	PMBCO	04/09/2014	NATURAL
9	JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA LOPES	OSVALDO PEDRO LOPES E JOSEFA AMBRÓSIO DOS SANTOS	PMBCO	07/09/2014	NATURAL
10	MÁRCIO JOSÉ LUIZ DA SILVA PEREIRA NETO	CLAÚDIO PEREIRA NETO E MARIA LÚCIA DA SILVA	PMBCO	06/10/2014	NATURAL
11	ELISMAR DOS SANTOS	PAI NÃO DECLARADO - MARIA ZÉLIA DOS SANTOS	PRESÍDIO DO AGRESTE	08/12/2014	VIOLENTA

ESTADO DE ALAGOAS
SECRETARIA DE ESTADO DA DEFESA SOCIAL - SEDS
SUPERINTENDÊNCIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - SGAP
GERÊNCIA DE NÚCLEO DE PESQUISA E ESTATÍSTICA

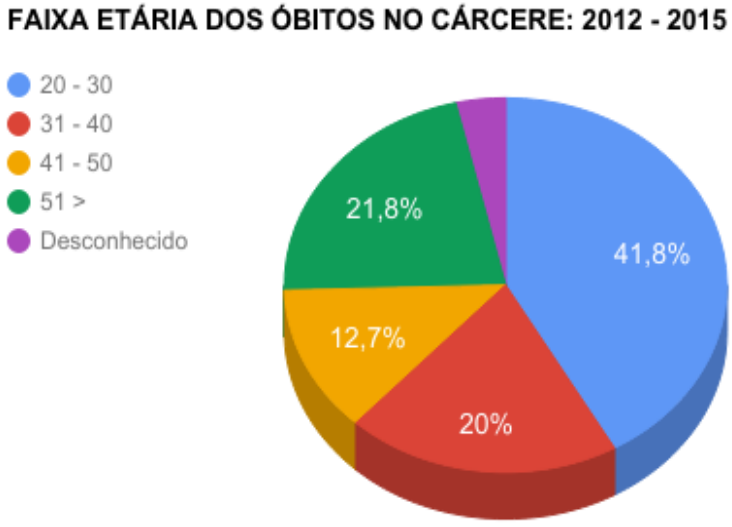
ALAGOAS

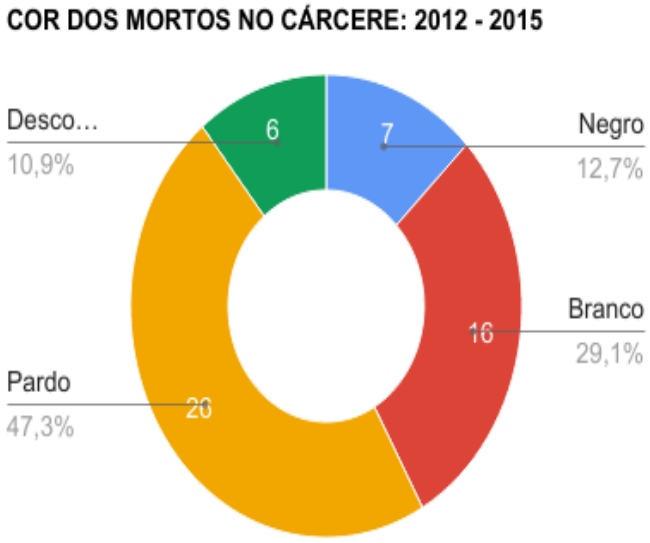
RELAÇÃO DE ÓBITOS - 2015						
ORD.		NOME	FILIAÇÃO	UNIDADE	DATA	MOTIVO
1	20131214111	MICAEL GLEYSON FERREIRA BARBOSA GUEDES	MACIEL JOSE BARBOSA GUEDES E MARIA LUIZA FERREIRA BARBOSA	PMBCO	13/01/2015	NATURAL
2	20131214047	DENIVALDO LUCIO DE MENDONCA	PAULO LUCIO DE MENDONCA E MARIA MADALENA	HGE/PMBCO	18/01/2015	NATURAL
3	20071200197	EMÍDIO MAGALHÃES ALVES COSTA	JOSE ALVES COSTA E NILCE MAGALHAES ALVES COSTA	HGE/CPJ	23/01/2015	NATURAL
4	20101206806	ERONILDO NASCIMENTO MATIAS	AUDALIO MATIAS E' MARIA CICERA DO NASCIMENTO	PMBCO/HDT	06/02/2015	NATURAL
5	20121210284	CARLOS HENRIQUE LOPES DA SILVA	ERIVALDO LOPES DA SILVA e MARIA DAS DORES TENORIO DA SILVA	PSM	29/03/2015	HOMICÍDIO
6	20081204048	ALTEMIRO DAMASCENO	CICERO DAMASCENO E MARIA OLIMPIA DAMASCENO	HDT/CPJ	28/04/2015	NATURAL
7	20151217912	CARLOS ROBERTO FERREIRA NEVES	NIVALDO FERREIRA NEVES E NIVALDO FERREIRA NEVES	HGE/PSMPCDS	11/05/2015	NATURAL
8	20081202698	JOSÉ SANTOS DE OLIVEIRA	OCERO PAULO DE OLIVEIRA E ADELVITA SANTOS DE OLIVEIRA	PDA	07/06/2015	HOMICÍDIO
9	20081203217	MARCOS MARCIANO DA SILVA	ANTÔNIO MARCIANO DA SILVA E MARIA HERCULANA DA SILVA	PMBCO	30/07/2015	NATURAL
10	20091204132	ROGERIO JOSE FERREIRA	JOSÉ FÉLIX FERREIRA E QUITÉRIA MARIA DA CONCEIÇÃO	PDA	31/07/2015	HOMICÍDIO
11	20151218930	José Cícero Toledo de Albuquerque	JOSÉ TOLEDO DE ALBUQUERQUE E MARIA NAZARÉ FIRMINO	CCC	03/09/2015	NATURAL

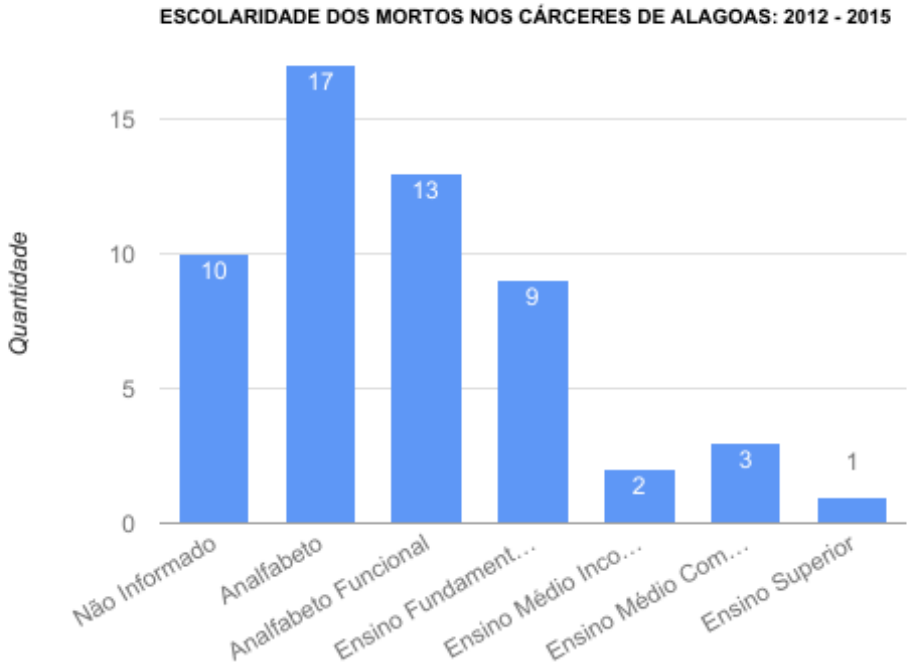
11	20151218930	José Cícero Toledo de Albuquerque	JOSÉ TOLEDO DE ALBUQUERQUE E MARIA NAZARÉ FIRMINO	CCC	03/09/2015
12	20071202205	PEDRO ANTONIO DA SILVA	ANTONIO JOSE DA SILVA e JOSEFA MARIA DA CONCEICÃO	CPJ	09/09/2015
13	20101207381	JOSE CICERO BELO DA SILVA	ANTONIO BELO DA SILVA E MARIA DA CONCEIÇÃO SILVA	PMBCO	13/09/2015
14	20141216481	JOSÉ CARLOS DOS SANTOS	MANOEL AMARO DOS SANTOS E MARINALVA MARCOLINO	PMBCO	13/10/2015
15	20101207777	HORNELLA GIURIZATTO LIBARDI	LUIZ CARLOS LIBARDI E ERIADINA GIURIZATTO LIBARDI	EPFSL	07/11/2015

ANEXO II – GRÁFICOS

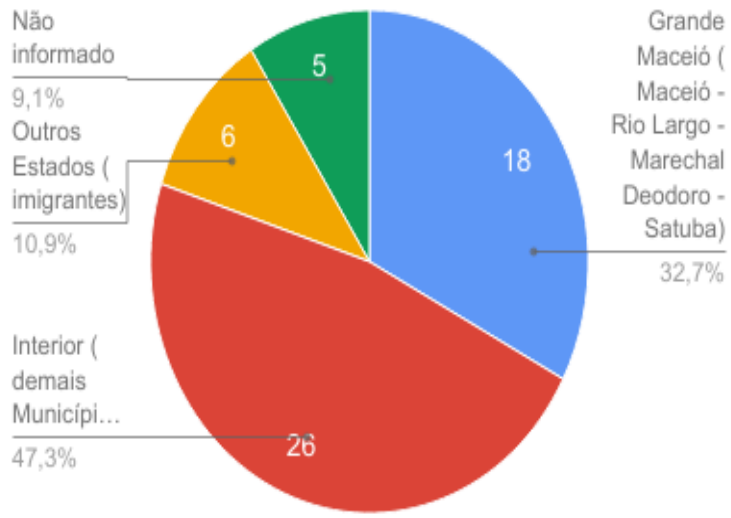




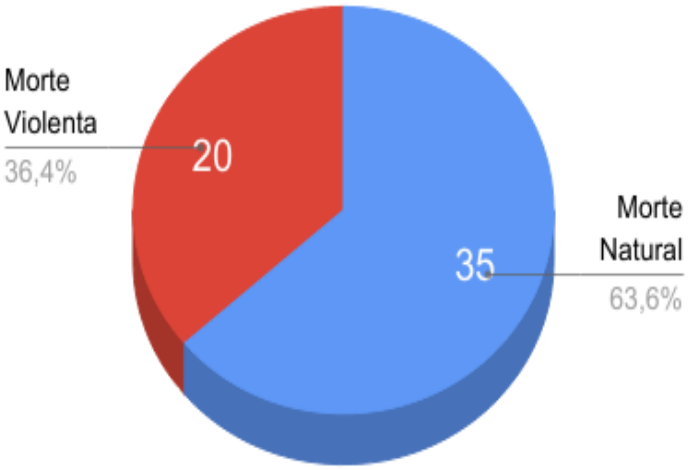

COR DOS MORTOS NO CÁRCERE: 2012 - 2015
Desco...
10,9%
6
7
Negro
12,7%
16
Branco
29,1%
Pardo
47,3%
26


ESCOLARIDADE DOS MORTOS NOS CÁRCERES DE ALAGOAS: 2012 - 2015
Quantidade
15
10
5
0
17
13
10
9
2
3
1
Não Informado
Analfabeto
Analfabeto Funcional
Ensino Fundament...
Ensino Médio Inco...
Ensino Médio Com...
Ensino Superior

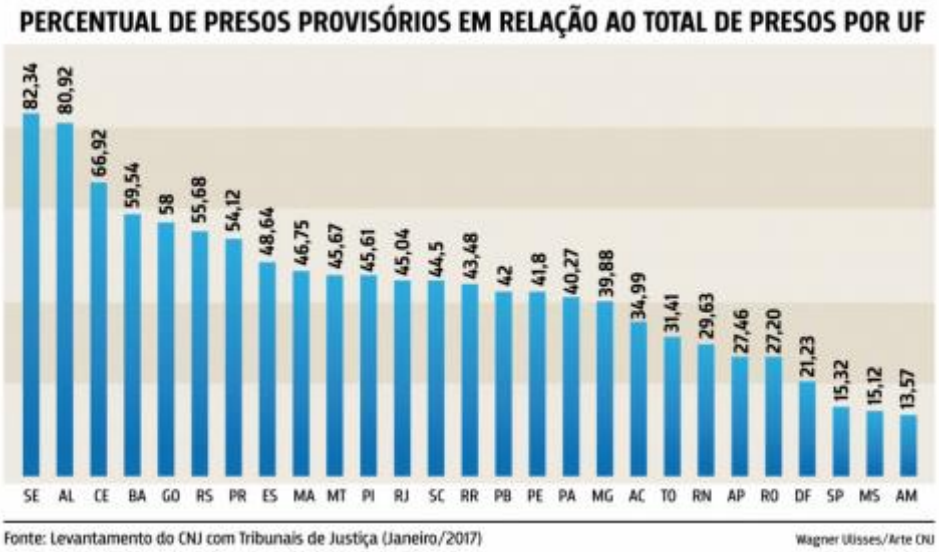
NATURALIDADE DOS MORTOS NO CÁRCERE DE ALAGOAS: 2012 - 2015



CAUSA DO ÓBITO - MORTE NATURAL X MORTE VIOLENTA DOS MORTOS NOS CÁRCERES DE ALAGOAS: 2012 - 2015



ANEXO III – Gráfico de Presos Provisórios - CNJ



UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS.
Coordenadores: Antônio Carlos Wolkmer (Unilasalle), Lucas Machado (UNESC) e Raquel Sparemberger (FURG)

Canoas, 2017.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO CANADENSE ATÉ KTUNAXA: ÀS VÉSPERAS DE UMA DECISÃO SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA E OS DIREITOS INDÍGENAS

Voltaire de Freitas Michel,
Doutor em Direito pela UFRGS,
voltairemichel@hotmail.com

Marc Antoni Deitos,
Doutor em Direito pela UFRGS,
marc_deitos@uniritter.edu.br

Resumo:

A Suprema Corte do Canadá está na iminência de decidir em última instância a demanda dos Ktunaxa, uns dos povos originários estabelecidos na Província de British Columbia, que se resume na tentativa de impedir o uso de uma região considerada sagrada, segundo as suas crenças, para a construção de um *resort*. Em síntese, está em debate, perante a SCC, se a liberdade religiosa assegurada na *Canadian Charter of Rights and Freedoms* representa apenas um limite à ação do Estado sobre os indivíduos ou, se além disso, tem o condão de restringir a esfera de ações juridicamente possíveis dos demais cidadãos que não compartilham as mesmas convicções. Para tanto, o artigo apresenta uma evolução da jurisprudência canadense a respeito da proteção aos direitos indígenas e, na segunda parte, os argumentos que estão em jogo no Caso nº 36664, *Ktunaxa Nation v. Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations, et al.*

Palavras-chave: Direito Indígena. Liberdade Religiosa. Direito Comparado.

1 Introdução

Nações multiculturais naturalmente enfrentarão, mais cedo ou mais tarde, o desafio de tomar decisões a respeito de colisões entre variados interesses, igualmente protegidos pela ordem jurídica. A perspectiva ideal de que todos compartilham os mesmos interesses e a mesma formação cultural ou, até mesmo um dos pilares do direito moderno, a igualdade de todos perante a lei, cede diante de uma realidade que é, certamente, muito mais complexa do que o discurso jurídico pode suportar. As alternativas que se descortinam são pelo menos duas: de um lado, se reconhece simplesmente o colapso da ordem jurídica moderna, "pasteurizada" e simplificada para ligar com a complexidade dos fatos, o que certamente aponta para um destino sombrio, ou, por outro lado, busca-se, dentro do próprio sistema jurídico moderno, um esforço para, com dignidade, compor interesses radicalmente contrapostos.

O direito canadense serve como exemplo, senão a ser imitado, pelo menos de ser conhecido, de como a jurisprudência dos tribunais superiores pode cumprir um papel determinante na resolução desses conflitos. No que diz respeito à presente pesquisa, cumpre destacar o papel essencial que a evolução da jurisprudência da Suprema Corde do Canadá teve no reconhecimento dos títulos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas, bem como no acolhimento, pela própria ordem jurídica ocidental, dos costumes e tradições dos habitantes originários.

Porém, retomando a advertência do primeiro parágrafo, à primeira vista, os problemas jurídicos decorrentes da colisão entre interesses conflitantes podem ser decompostos e tratados isoladamente. Essa visão fragmentária, no entanto, embora facilite os estudos e abordagens especializadas, pode incorrer no vício de perder a visão de conjunto.

O presente artigo apresenta a questão jurídica colocada à apreciação pela Suprema Corte do Canadá, em 2016, ainda pendente de julgamento, relacionada com os interesses da tribo Ktunaxa, que habita o sudeste da Província de British Columbia.

Faça-se um exercício de imaginação: suponha que uma tribo de habitantes originários, cujos costumes e crenças religiosas são expressamente acolhidos e protegidos pela ordem jurídica e pela jurisprudência das cortes superiores, se opusesse à autorização concedida pelo governo para a construção de um gigantesco resort de ski, sob o fundamento de que a montanha a ser ocupada pelo *resort* é a residência do *espírito do urso cinzento.* A tribo não ocupa tradicionalmente a montanha, não a utiliza para caça ou rituais religiosos. No entanto, a crença no urso cinzento faz parte integral de sua cultura e a ocupação da montanha por terceiros provavelmente expulsará o espírito do seu habitat, e a consequência para essa população será uma grande desolação espiritual. Acrescente-se a isso outro elemento complicador: outras tribos, também da mesma região, não têm nenhum compromisso com o espírito do urso cinzento e, do seu ponto de vista, o *resort* é mais do que bem-vindo, pelo impacto econômico positivo que gerará para as populações vizinhas. O delicado é que a questão proposta não é imaginária, mas concreta e real, e encontra-se pendente de julgamento na Suprema Corte do Canadá. Em dezembro de 2016, foram apresentadas, perante a Suprema Corte do Canadá, os argumentos de todas as partes. De um lado, perfilaram-se os próprios interessados, os Ktunaxas, tendo como *amici curiae* inúmeras comunidades e denominações religiosas no Canadá; de outro, os empreendedores do *resort* e o governo canadense.

Nesse artigo, propõe-se, inicialmente, uma abordagem da evolução do reconhecimento dos direitos indígenas à terra e à identidade cultural; na segunda parte, serão apresentados os argumentos que estão em causa na decisão a ser tomada pela Suprema Corte do Canadá.

2 A Evolução do Direito canadense no reconhecimento dos títulos indígenas[1]

A evolução do reconhecimento dos direitos aborígenes no Canadá passa pela análise dos seus principais precedentes. O mais significativo é *Delgamuukw v. British Columbia* (1996), que sedimentou um processo evolutivo que já havia sido iniciado no precedente *Calder*, de 1973.

Os precedentes mais importantes, que formaram o *corpus* do direito intersocial aborígene canadense[2], são as decisões *Calder v. Attorney General of British Columbia* (1974); *Guerin v. The Queen* (1984); *R. v. Sparrow* (1990); *R. v. Van der Peet* (1996) e, finalmente, *Delgamuukw v. British*

[1] A respeito da evolução do reconhecimento dos títulos aborígenes no Canadá, Austrália e Brasil, MICHEL, Voltaire. *Direitos Ancestrais. Direito à terra indígena no Canadá, Austrália e Brasil*. Porto Alegre: Uniritter, 2010.

[2] Na lição de Brian Slattery, o direito aborígene canadense surge do contato entre as duas culturas e de práticas seculares, cujos testemunhos estão nos tratados celebrados com os povos indígenas, as decisões da Suprema Corte do Canadá, a Proclamação Real de 1763 e a Ato Constitucional de 1982. Essa panóplia de fontes deu lugar a um direito intersocial (*intersocietal law*), que é a base do direito aborígene canadense. Slattery, Brian. "The Metamorphosis of Aboriginal Title". (2006) 85 Canadian Bar Review 255-86.

Columbia (1997). Outras decisões acentuaram aspectos colaterais, porém o núcleo da doutrina do título aborígene está exposto nesses precedentes[3].

Calder v. Attorney General of British Columbia (1974). A decisão *Calder* representa a superação do quase centenário precedente *St Catherines*[4], que afirmava que os direitos aborígenes eram meramente usufrutuários, reservando a titularidade das terras para a Coroa inglesa. Os autores sustentavam que o seu direito à terra decorria da ocupação anterior e que o reconhecimento desse título teria cabimento no direito inglês, independentemente de tratados, ordens executivas ou lei em sentido estrito. Essa decisão determinou o reinício das negociações entre os povos indígenas e os governos federal e provinciais, com o objetivo de celebração de acordos com relação à ocupação das terras. Finalmente, os Nisga'a celebraram um tratado com os governos federal e provincial, que confirmou o título e reconheceu um amplo direito de autodeterminação (Nisga'a Final Agreement 1998, implementado pelo Nisga'a Final Agreement Act, S.C. 2000).

Guerin v. The Queen (1984). O precedente *Guerin v. The Queen* trata de dois aspectos importantes no direto aborígene canadense: a) o direito a um tratamento leal dos povos indígenas por parte da Coroa; e b) a discussão sobre a natureza das obrigações que se estabelecem entre a Coroa e os povos indígenas: meramente políticas ou jurídicas. A Suprema Corte do Canadá, pelo voto do Juiz Dickson, julgou que havia um dever jurídico entre governo e nações indígenas. O título se baseia na pré-ocupação, como já havia sido decidido em *Calder*, tem uma base independente no direito canadense e os aborígenes possuem o título até que o entreguem voluntariamente para a Coroa, ou até que o título seja extinto por lei. A Coroa tem um dever especial de lealdade, pois somente a ela as terras podem ser alienadas, e reconheceu a Corte que o título aborígene, que possui natureza *sui generis*, somente pode ser extinto por lei.

R. *v.* Sparrow (1990). O precedente *Sparrow* determinou as circunstâncias em que a lei poderá restringir ou limitar o exercício de um direito aborígene protegido, a partir do Ato Constitucional (1982), cuja seção 35 (1), no qual dispôs que "os direitos aborígenes existentes e os direitos decorrentes de tratados dos povos aborígenes do Canadá são reconhecidos e afirmados". A questão constitucional levada à Suprema Corte do Canadá consistia nos limites das restrições legais de natureza ambiental em face de um direito aborígene. A decisão da Suprema Corte acentuou que a mera regulamentação legal não significa a extinção de um direito, sobretudo quando a lei não o extingue expressamente. Ao legislar, a União, que detém a competência na federação canadense para legislar sobre os povos aborígenes, deverá estar atenta a dois critérios:

a) A legislação deverá conter um objetivo legislativo válido para a limitação, que é substancial e inadiável.

b) O dever de lealdade da Coroa para com os aborígenes deverá ser respeitado.

---

[3] Outras decisões importantes, que afetam os direitos aborígenes, são os casos *Haida Nation v. British Columbia*; *R. v. Marshall, e R. v. Bernard* (2005); e *R. v. Sappier e R. v. Gray*. Em *Haida Nation*, a Corte reconheceu o dever da Coroa de consultar os povos aborígenes quando está na iminência de praticar ações que poderão afetar os seus direitos ou títulos. Em *R. v. Marshall, e R. v. Bernard*, ambas decisões tomadas em 2005, a questão enfrentada pela Corte analisou se "a atividade moderna de comércio em questão representa uma evolução lógica das atividades tradicionais de comércio na época em que os tratados foram celebrados". Em *R. v. Sappier e R. v. Gray*, a Suprema Corte do Canadá estabeleceu os limites evolutivos de um direito aborígene.

[4] *St Catherines Milling & Lumber v. R.* (1888): O caso *St Catherines*, de 1887, foi julgado pelo Privy Council, na Grã-Bretanha, que agia como última instância recursal no Canadá, enquanto o país ainda mantinha laços imperiais. A posição do Privy Council, refletida no voto de Lord Watson, foi no sentido de que os direitos dos aborígenes sobre as suas terras são apenas "direitos pessoais e usufrutuários", dependentes da boa vontade do soberano. Walters, Mark D. (2006) "The Morality of Aboriginal Law". In *Queen's Law Journal* 470-520.

Segundo a Suprema Corte, essa proteção especial aos direitos aborígenes surge do texto constitucional, que reconhece os direitos aborígenes existentes e os direitos decorrentes de tratados com os povos aborígenes.

R. *v*. Van der Peet (1996). Embora não relacionado diretamente com o reconhecimento dos títulos nativos, o caso *Van Der Peet* tem importância fundamental no contexto dos direitos aborígenes em geral. Em resumo, *Van Der Peet* estabelece um teste para a identificação dos direitos aborígenes que têm significação constitucional e merecem ser protegidos, de acordo com a seção 35 (1), do Ato Constitucional de 1982.

Conforme a decisão, o direito aborígene constitucionalmente protegido deve ser uma prática, costume ou tradição que seja integral à cultura de um grupo aborígene no período anterior ao contato com os europeus. Dois elementos se destacam no teste de *Van Der Peet*: a) a prática a ser protegida deve ser integral a uma cultura e, b) deve ter existido desde o momento do contato com os europeus, data que pode variar na extensão do território canadense. Como consequência, as práticas anteriores de pesca para a alimentação, por exemplo, jamais poderiam evoluir para a pesca comercial em grande escala[5].

Em *Van der Peet*, a apelante, Dorothy Marie Van der Peet, foi apanhada vendendo dez salmões pescados no Rio Fraser de acordo com a licença outorgada aos aborígenes para a pesca; a referida licença não autorizava a venda, mas apenas a pesca para a alimentação; a apelante sustentou, então, que a restrição, determinada pelo *British Columbia Fishery (General) Regulations*, infringia a seção 35 (1) do Ato Constitucional de 1982. A questão submetida à Suprema Corte Canadense era a constitucionalidade da restrição prevista na aludida lei infraconstitucional, e se o direito de pesca para a alimentação poderia evoluir para se tornar um direito à venda e comercialização do produto da pesca.

A posição da Suprema Corte foi a de reconhecer que os direitos aborígenes existiam, mesmo antes do Ato Constitucional de 1982, mas, a partir de então, não mais poderiam ser extintos pela legislação infraconstitucional, que poderia regulamentá-los, desde que estivessem presentes as condições elencadas no precedente *Sparrow*. A respeito da característica da integralidade, decidiu a corte que, para ser reconhecida como integral uma prática, costume ou tradição, deve ter uma significação central para a sociedade aborígene em questão, tornando-a distinta. Não se pode considerar como integrais as práticas de uma sociedade indígena que estão presentes em todas as sociedades humanas (por exemplo, comer para sobreviver).

Com relação à data crítica (em que momento histórico o direito aborígene era de alguma forma exercido) e à continuidade dos direitos aborígenes para o efeito de reconhecimento constitucional, julgou a Suprema Corte Canadense que as práticas, costumes e tradições que constituem direitos aborígenes são aquelas que tiveram continuidade a partir de práticas, costumes e tradições que existiam antes do contato com a sociedade europeia. Antecipando-se a críticas, o voto majoritário sustentou que o conceito de continuidade é o meio pelo qual a teoria dos 'diretos congelados' é evitada. Na verdade, não se exige uma cadeia de continuidade entre as práticas, costumes e tradições existentes no passado, eis que uma prática existente no passado pode ser reiniciada após uma interrupção.

Ao final, a apelação da ré foi desprovida, sob o fundamento de que ela não conseguira comprovar que a troca de peixes por dinheiro, ou outros bens, era parte integral da cultura de sua nação antes do contato com os europeus. Concluiu a corte, por maioria, que não fora provado que tal troca era um direito reconhecido pelo Ato Constitucional de 1982. Por isso, como já destacado no

[5] Slattery, Brian. (2006) Op. cit.

item anterior, a sua extinção ou modificação nem sequer se submete ao teste do caso *Sparrow* (condições pelas quais a lei pode limitar ou restringir um direito aborígene ou decorrente de tratado, protegido constitucionalmente).

Segundo Slattery[6], a decisão *Van der Peet*, proferida meses antes do caso *Delgamuukw*, trouxe o inconveniente de eventualmente assegurar apenas o exercício de direitos históricos que, no presente, não teriam nenhuma utilidade para as comunidades aborígenes.

Delgamuukw *v*. British Columbia (1997). O caso *Delgamuukw* é o mais importante precedente da Suprema Corte do Canadá nessa matéria, na medida em que esclareceu as grandes linhas do direito aborígene à terra. Delgamuukw foi o coroamento de um processo que se iniciou com *Calder* (a ocupação gera direito aborígene à terra), passando por *Sparrow* (circunstâncias em que um direito aborígene pode ser limitado pela lei), *Guerin* (as obrigações assumidas pela Coroa são jurídicas, e não apenas atos políticos) e *Van Der Peet* (condições para o reconhecimento de um direito aborígene).

Submeteu-se à Suprema Corte Canadense a definição do conteúdo do direito aborígene à terra, e como prová-lo. Ao final, a decisão da Suprema Corte do Canadá não enfrentou propriamente o mérito, reconhecendo ou não o título, mas determinou o retorno da ação ao juízo de instrução, sob o fundamento de que a prova oral não havia sido adequadamente avaliada[7]. No entanto, enfrentou pontos importantes para a delimitação do conteúdo do título nativo no direito canadense.

A discussão consistiu nos limites do direito aborígene à terra decorrente da pré-ocupação dos territórios. De parte dos autores, a pretensão era de reconhecimento de um direito de propriedade amplo e pleno, sem restrições, e equiparável à *fee simple*[8], modalidade de direito real mais ampla na *common law*. O governo local, por seu turno, sustentou que o título aborígene nada mais é do que um conjunto de direitos de praticar atividades tradicionais, que são elas mesmas reconhecidas e afirmadas pela seção 35 (1) do Ato Constitucional de 1982. Sustentou, também, que o título aborígene, no máximo, abrangeria o direito de usar e ocupar a terra para a prática dessas atividades tradicionais, que são direitos aborígenes em si.

A decisão da Suprema Corte do Canadá, cujo voto predominante foi proferido pelo então Presidente da Corte, Lamer, foi no sentido de que o título aborígene não representava nem uma *fee simple*, nem apenas um conjunto de práticas isoladas. Em primeiro lugar, o título nativo não é uma *fee simple*, que corresponderia, no nosso direito, à propriedade alodial. Ao mesmo tempo, rejeitando as teses dos governos local e federal, o título aborígene não se limitaria a um feixe de direitos ou práticas relacionadas com a terra, de modo que poderia ser descrito ou decomposto como o direito de pescar em tal local, ou de enterrar seus mortos numa certa área.

Assim decidindo, a Corte fixou dois vetores interpretativos para a definição dos limites do título aborígene: em primeiro lugar, o título aborígene permite uma utilização ampla e livre. Em segundo lugar, a Corte criou a noção de limite inerente, destacando que, embora sejam possíveis vários usos para o título aborígene, tais não podem ser irreconciliáveis com a vinculação do grupo com a terra. Assim, ao contrário do determinado em Van Der Peet, o modo de utilização da terra não está vinculado ao uso histórico, da época anterior ao contato ou qualquer época posterior, mas à sua compatibilidade com a manutenção de vínculos. O título aborígene, no direito aborígene canadense, não está cristalizado, mas detém potencial de evolução e modificação.

---

[6] Slattery, Brian. "The generative structure of aboriginal rights". (2007) In *Supreme Court Law Review*, Ottawa, v. X, nº 38, pp. 255/286.

[7] Walters, Mark D., "British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on *Delgamuukw v. British Columbia"*. (1992), In 17 *Queen's L.J.*350.

[8] Barrons, Law Dictionary. Fee simple: nos direitos reais, uma espécie de propriedade que pode ser vendida ou deixada para os herdeiros.

Segundo a decisão, o título aborígene é *sui generis*, porque não se encaixa nem no direito europeu, nem no direito aborígene propriamente dito, assim entendido como as regras, costumes, práticas dos próprios aborígenes. Com relação à fonte, embora os direitos territoriais tenham sido reconhecidos na Proclamação Real de 1763, na verdade, a sua origem é a pré-ocupação, tendo a proclamação uma natureza meramente declaratória. Definiu-se como data crítica o momento da afirmação da soberania britânica como determinante para esse direito (diferente do determinado em *Van Der Peet*, no sentido de que deveria ser o primeiro contato). As razões pela data da afirmação da soberania, como momento crítico, são as seguintes: a) o título aborígene é uma limitação em paralelo ao título adjacente da Coroa, por isso, só teria sentido a partir do momento em que a Coroa afirma a sua soberania; b) o título aborígene não exige que se verifique se a ocupação é integral à cultura do grupo aborígene de modo a distingui-la das culturas europeias, uma vez que, dentro da própria *common law*, o ato de ocupação ou posse é suficiente para fundamentar o título; c) por fim, do ponto de vista prático, a data da afirmação da soberania é mais fácil de ser identificada do que a data do primeiro contato de cada um dos grupos aborígenes.

A decisão *Delgamuukw* deixa claro que a fonte do título nativo é um bloco jurídico que não se identifica com o *common law* em si mesmo, nem com o direito aborígene, assim entendido como os seus costumes, práticas e tradições. O direito aborígene canadense surge do contato entre as duas culturas e de práticas seculares, cujos testemunhos estão nos tratados celebrados com os povos indígenas, as decisões da Suprema Corte do Canadá, a Proclamação Real de 1763 e a Ato Constitucional de 1982. Na lição de Brian Slattery, essa panóplia de fontes deu lugar a um direito intersocial, que é a base do direito aborígene canadense[9].

Em síntese, as características principais da doutrina do título aborígene refletida em *Delgamuukw* são as seguintes[10]:

1. é de natureza *sui generis*, pois não se baseia no direito aborígene, assim entendido como as práticas, tradições e costumes dos povos aborígenes, nem no direito europeu estritamente considerado; surge de um corpo de direito, que emerge a partir do contato entre os europeus e os aborígenes, que Brian Slattery denominou direito intersocial;

2. não representa um título de propriedade nos moldes europeus, tal como a *fee simple*, nem tampouco está limitado ao uso da terra para as práticas tradicionais; o uso poderá ser variado e não precisa guardar uma relação imediata com as práticas, costumes ou tradições;

3. há um limite inerente ao uso possível do título aborígene: o uso não poderá descaracterizar a sua vinculação com a terra (vedação dos usos irreconciliáveis);

4. o título aborígene só pode ser alienado ou cedido à Coroa;

5. a fonte é a ocupação anterior à chegada dos europeus, e não uma concessão da própria Coroa (inaplicabilidade da ficção existente no direito inglês no sentido de que a validade de todos os títulos fundiários deve ser avaliada a partir de sua recondução a uma concessão pela Coroa);

6. o título aborígene pertence à toda a comunidade, e as decisões devem ser coletivas; a decisão de cedê-lo à Coroa deve ser coletiva e o uso da terra depende dos costumes aborígenes. Deverá existir, então, algum processo para legitimar as decisões comuns a respeito do uso da terra.

[9] Slattery, Brian. (2007), op. cit.
[10] Olthuis, Kleer, Towshend. Co-author: Shin Imai. *Aboriginal Law Handbook*. Toronto: Ed. Carswell, 2008

3 O caso Ktunaxa e a liberdade religiosa

Os Ktunaxa estão estabelecidos no sudeste da Província de British Columbia. Um dos componentes de sua identidade religiosa é a crença no espírito do urso cinzento, que residiria nas montanhas Purcell, que eles denominam Qat'muk. Segundo seus próprios registros, os Ktunaxa resistem há 25 anos à construção de um *resort* em Qat'muk, sobretudo sob o fundamento de que o lugar é sagrado para as suas crenças e que a sua intensiva exploração expulsaria o espírito do urso cinzento do local.[11]

Como destacado anteriormente, o direito canadense não tem resistência ao reconhecimento do direito à terra indígena com base no uso ancestral, desde que atendidos os requisitos fixados na jurisprudência. É a primeira vez que a Suprema Corte Canadense apreciará a viabilidade dessa pretensão com base exclusivamente em razões de crença. Estará sob a jurisdição canadense a decisão sobre se a proteção à liberdade religiosa alcança a vedação ao uso lícito de áreas que, para as demais pessoas, não têm nenhum significado especial. No primeiro grau de jurisdição, ainda na Província de British Columbia, os Ktunaxa tiveram rejeitado o seu pedido. Nessa fase, os representantes da Glacier Resorts, beneficiária da licença para a construção do empreendimento, aduziram que as crenças dos Ktunaxa somente vieram à tona durante a negociação em 2009, o que sinalizaria para a sua pouca importância. De outra parte, destacaram que os Suswhap, outra nação indígena, estabelecida nas proximidades das montanhas desde, pelo menos, 1850, não têm nenhuma objeção ao projeto. A corte local, embora tenha rejeitado a argumentação no sentido de que a crença não era significativa, entendeu que a crença religiosa dos Ktunaxa não tinha o condão de impedir o uso lícito das áreas por terceiros, que não compartilham as mesmas crenças.[12]

Em 1º de dezembro de 2016, segundo o rito de Suprema Corte Canadense, foram ouvidos os argumentos de todas as partes, as diretamente interessadas e os *amici curiae* de ambos os lados. Ao lado dos Ktunaxa, militam inúmeras organizações religiosas, em favor de uma interpretação ampliada dos efeitos da proteção à liberdade de crença. Do lado oposto, sobretudo os que pretendem ver essa mesma liberdade interpretada restritivamente.

A respeito da especial ligação dos povos aborígenes com as suas terras, é de se destacar a lição de ROSS[13]:

> Essentially, the Court recognized that to be indigenous is, collectively speaking, to be in a special relationship with the land. By so doing, the Court committed itself to the proposition that anything that undermines indigenous peoples' special relationship with their lands threatens "their cultures, their spiritual life, their integrity, and their economic survival" or, in other words, threatens their existence qua indigenous. The Court also, it should not be overlooked, identified what it is that makes indigenous peoples' relationship with their lands special. What makes it special or distinctive is that it includes, in addition to the ordinary possessory and productive aspects, "a material and spiritual element." The Court was saying, then, that the existence, survival, and, not least, wellbeing of indigenous peoples depend not only on their ownership and occupation of their lands but also, more crucially, on their material and spiritual connections to the same. The Court did not elaborate on the material and spiritual aspects of the special relationship. Nonetheless, a few general characterizations are ready to hand. For instance, the material aspect of the relationship certainly includes not only a physical presence but also a

[11] KTUNAXA NATION. Qat'muk. Disponível em: <http://www.ktunaxa.org/qatmuk/>. Acesso em: 29 mai. 2017.
[12] KTUNAXA NATION. *Qat'muk*. Disponível em: <http://www.ktunaxa.org/qatmuk/>. Acesso em: 29 mai. 2017.
[13] ROSS, Michael Lee. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts.* UBC Press, 2006, p. 17.

> physical dependence on the land – the land (including its plants and animals), then, is understood as physically sustaining. The spiritual aspect of the relationship is exemplified by indigenous peoples' widespread belief that the land is a gift given into their care. Because indigenous peoples commonly refer to the spiritual realm to explain the (believed) facts that the land has been given to them and that they have been charged with caring for the land, their relationship with the land as a gift is a spiritual relationship. Clearly, the Court was correct in stating that indigenous peoples' relationship with their lands has both material and spiritual aspects.

A pretensão dos Ktunaxas pode ser sumarizada em quatro aspectos a serem apreciados pela Suprema Corte do Canadá[14]:

a) se é juridicamente admissível para um administrador, ao tomar uma decisão, levar em consideração apenas a apreciação do art. 35 do Ato Constitucional de 1982 (que trata dos direitos indígenas), e não levar em consideração o art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms* (que trata da liberdade religiosa), quando os fundamentos são arguidos pelo administrado?

b) é juridicamente correto caracterizar a postulação dos Ktunaxas, baseada no art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms*, como uma ação que pretende impor as suas crenças religiosas aos demais, ao invés de caracterizá-la como a busca de proteção de suas práticas e crenças e religiosas contra a interferência do Estado?

c) a perda de conteúdo religioso, ou redução de seu significado, constitui uma ação violadora do sentido do art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms*?

d) está correta a fundamentação da Corte recorrida ao interpretar o art. 35 do Ato Constitucional de 1982, ao levar em consideração os efeitos da decisão administrativa, da ação do Estado, ao invés de entender o direito aborígene como bastante em si mesmo? Em outras palavras, no caso concreto, poderia o Poder Judiciário desconsiderar o direito aborígene em razão do seu confronto com a variável do desenvolvimento?

A respeito do item A, os recorrentes destacam que a decisão da administração, ao rejeitar a oposição dos Ktunaxas, sem apreciar o texto do ar. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms*, que estabelece a liberdade religiosa, constituiu uma ofensa à jurisprudência da Corte superior. Destacam que o direito mencionado é reconhecido em favor de todos os cidadãos canadenses, independente de suas convicções religiosas ou etnia, de modo que lhes assistia um direito à vê-lo considerado e apreciado nas decisões recorridas.

O art. 2º da *Canadian Charter of Right and Freedoms* estabelece as liberdades fundamentais, nos seguintes termos:

> Everyone has the following fundamental freedoms:
> (a) freedom of conscience and religion;
> (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
> (c) freedom of peaceful assembly; and
> (d) freedom of association.

Já o art. 35 do Ato Constitucional de 1982, que protege os direitos aborígenes, tem a seguinte redação:

> Recognition of existing aboriginal and treaty rights

[14] Todos os documentos, de todas as partes, assim como o vídeo com as alegações apresentadas na sessão de dezembro de 2016, estão disponíveis no site da Suprema Corte do Canadá. Disponível em: <http://www.scc-csc.ca/case-dossier/info/dock-regi-eng.aspx?cas=36664>. Acesso em: 20 mai. 2017.

> 35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed. Definition of "aboriginal peoples of Canada"
> (2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. Land claims agreements
> (3) For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired. Aboriginal and treaty rights are guaranteed equally to both sexes
> (4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons. (96)

Naturalmente, é concebível uma sobreposição entre a proteção à liberdade religiosa e o reconhecimento dos direitos aborígenes. Isso, porque, faz parte da identidade cultural de cada uma das etnias a sua própria identidade religiosa, que nada mais é do que um dos seus aspectos centrais. No entanto, conforme destacam os recorrentes, por força da evolução da jurisprudência constitucional canadense, e do próprio texto que os fundamenta, os direitos alegados submetem-se a testes de apreciação diferentes: os direitos aborígenes devem atender, sobretudo, ao teste "Van der Peet", assim como os demais requisitos destacados anteriormente[15]; a liberdade religiosa, por seu turno, é garantida a todos os canadenses, independente de sua origem étnica, e estabelece, prioritariamente, limites à ação do Estado. Trata-se, portanto, da liberdade religiosa, de uma posição jurídica protegida mais ampla.

Sobre a alegação destacada no item B, como consequência do avaliado no item A, sustentam os apelantes, os Ktunaxas, que as decisões judiciais recorridas e a avaliação da administração caracterizaram incorretamente o direito à liberdade religiosa previsto na *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Segundo os recorrentes, o direito alegado foi caracterizado como uma tentativa de impor aos demais cidadãos as crenças religiosas de uma minoria; em outras palavras, ao tentar impedir a construção do *resort*, de alguma forma os Ktunaxas estariam impedindo o exercício de outros direitos pelos demais cidadãos (os construtores ou eventuais turistas do *resort*). Segundo os recorrentes, no entanto, a caracterização do direito foi equivocada, pois em verdade a proteção a que alude o art. 2º da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* evita uma ação do Estado cerceadora de uma liberdade religiosa, que estaria representada no caso concreto pela autorização de construção em Qau'Muk.

Com relação ao item C, sustentam os recorrentes que a corte apelada avaliou mal a profundidade do impacto que a implantação do *resort* terá sobre as crenças religiosas dos Ktunaxas. O que certamente influenciou as decisões recorridas foi a circunstância de que os Ktunaxas não ocupam permanentemente o local onde será construído o empreendimento, e onde estaria presente o espírito do urso cinzento; as danças e rituais religiosos são realizados nas suas próprias comunidades, relativamente distantes do local habitado pelo espírito. Por essa circunstância, o governo e as cortes avaliaram que a infringência era trivial ou não substancial, não tendo intensidade suficiente para limitar a ação administrativa. Segundo os Ktunaxas, ao prevalecer tal posicionamento, cria-se um limite intrínseco à liberdade religiosa, com impacto não só sobre os próprios Ktunaxas, mas sobre todas as demais denominações religiosas e etnias componentes do Canadá.

Finalmente, no que diz respeito ao item D, contestam os Ktunaxas a avaliação equivocada levada a efeito pela administração e pelas cortes quanto à caracterização do culto ao espírito do urso

[15]Sobretudo são importantes o teste determinado em *Sparrow* (circunstâncias em que um direito aborígene pode ser limitado pela lei) e *Van Der Peet* (condições para o reconhecimento de um direito aborígene). Quer dizer, preliminarmente avalia-se de um direito é reconhecido (Van der Peet); em seguida, se e como pode ser restringido (Sparrow).

cinzento como integral a sua cultura. Segundo os apelantes, a caracterização do direito deve atender aos critérios estabelecidos em Van der Peet, independente dos efeitos que porventura terá o reconhecimento do direito em face da esfera jurídica dos demais interessados (Estado e empreendedores). Por fim, também sustentaram os apelantes que o dever de consultar as comunidades interessadas, estabelecido no precedente *Haida Nation*, não significa, por si, uma autorização para a supressão do alegado direito.

Analisando as razões dos recorridos – o governo canadense e o empreendedor do *resort* – observa-se uma ênfase num aspecto de fato controvertido, qual seja, o caráter realmente integral da crença no urso cinzento para a cosmovisão religiosa dos Ktunaxas. Segundo os recorridos, a alusão à crença no urso cinzento teria surgido por uma epifania de um dos anciões da comunidade, apenas em 2004; essa epifania teria sido comunicada às demais partes interessadas em 2009 e, a partir daí, não mais foi possível estabelecer um meio-termo entre as pretensões dos Ktunaxas, governo e empreendedor: do ponto de vista dos Ktunaxas, a partir de então, nenhuma ocupação humana do vale seria possível, sob pena de sacrifício de suas crenças religiosas. A questão foi expressamente abordada no tribunal de British Columbia, que inicialmente reconheceu um aspecto de discrição nas crenças dos Ktunaxas, vale dizer, algumas de suas crenças são efetivamente mantidas de modo discreto. A mesma Corte reconheceu, no entanto, que em se tratando de crença, que simplesmente inviabiliza qualquer ocupação humana do vale, deveria ter sido apresentada pelos interessados no início das negociações, nos anos 80, e não apenas ao final do processo de consultação e acomodação.

Em contraponto às razões recursais dos Ktunaxa, o governo canadense e o empreendedor aduziram, com relação ao item A, preliminarmente, que embora o administrador não tenha apreciado expressamente a garantia da liberdade religiosa na motivação de sua decisão, o certo é que, o determinante é se a decisão violou ou não o mencionado direito. Em outras palavras, independentemente da menção expressa ao dispositivo da Charter, o relevante é o conteúdo da decisão, se violador ou não do direito. Com relação à esse aspecto, no mérito, as instâncias inferiores entenderam que não houve violação da liberdade fundamental pela autorização da construção do *resort*.

Quanto ao item B da argumentação dos recorrentes, no sentido de que as instâncias inferiores teriam caracterizado de modo equivocada a pretensão, sustentaram os recorridos – o governo e o empreendedor – que o tribunal recorrido simplesmente interpretou que o conteúdo da garantia da liberdade religiosa não se estende a crenças e práticas que exigem que outras pessoas devam se comportar, ou deixar de fazer algo, em razão dessas mesmas crenças não compartilhadas. Além disso, segundo o governo canadense, a pretensão dos Ktunaxas não busca limitar a ação do Estado, mas a de um terceiro, que acidentalmente precisa da autorização do Estado para ocupar uma área pertencente à Coroa. Nesse diapasão, "it is the ability of that person to pursue a lawful activity on Crown land that the applicant is seeking to restrain".[16]

No que diz respeito ao argumento C, o governo canadense arguiu que a decisão recorrida não estabeleceu um limite automático e geral, porém reconheceu que a violação de uma liberdade religiosa não pode se amparar apenas numa perda subjetiva de sentido, sem que haja uma coerção ou constrição associada, que faticamente restrinja a prática. No caso concreto, tendo em vista que a construção se daria em lugar diverso das práticas, avaliou a corte recorrida que a violação não ultrapassaria os limites aceitáveis segundo a jurisprudência da Suprema Corte Canadense.

---

[16] Alegações do Ministry of Forests, Lands and Natural Resource Operations. Case 36664, Canadian Supreme Court. Disponível em: <http://www.scc-csc.ca/WebDocuments-DocumentsWeb/36664/MM020_Respondent_Minister-of-Forests-Lands-Natural-Resource-Operations.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2017.

Por fim, com relação à caracterização da crença dos Ktunaxas como um direito aborígene protegido pelo art. 35 do Ato Constitucional, defenderam os recorridos que, embora a corte recorrida tenha reconhecido que o aludido direito era "fraco", todas as medidas prévias de consultação e acomodação foram levadas a cabo pela administração. Ao final, os recorridos sumarizam a sua posição, referindo a conclusão do julgamento de primeira instância: "the rights protected by s. 35 do not grant right-holder a veto over what can be done with land"[17].

O interesse despertado por esse caso ultrapassou os limites da comunidade indigenista, uma vez que busca a proteção de um aspecto da identidade cultural que é compartilhado pelas demais denominações religiosas. Embora o assunto tenha ingressado na arena pública a partir de uma demanda de comunidade indígena, o certo é que essa decisão impactará, positiva ou negativamente, na expressão da religiosidade de todos os demais cidadãos, integrantes de maiorias ou minorias religiosas.

4 Considerações finais

É particularmente difícil prever o resultado de um julgamento sem incorrer na visão de direito restrita do realismo americano, segundo a qual a tarefa da teoria do Direito consistiria na previsão dos julgados. No entanto, se reconhecermos na ordem jurídica uma certa coerência e integridade, sobretudo a partir da análise de julgamentos anteriores, pode-se antecipar que a decisão da Suprema Corte do Canadá proverá algum tipo de proteção à alegada liberdade religiosa. O que cumpre aguardar é se a proteção será outorgada com base numa interpretação mais extensiva da liberdade religiosa prevista no art. 2º da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ou se a proteção será conferida a partir de uma interpretação mais consistente do art. 35 do Ato Constitucional de 1982, que protegeu os direitos aborígenes originários ou resultantes de tratados.

O objeto desse trabalho não era interpretar a mesma *quaestio juris* para o direito brasileiro; não se tem conhecimento de precedentes do Supremo Tribunal Federal cujas principais características se enquadrariam em tal situação de fato submetida à Suprema Corte Canadense. Não se descarta, no entanto, um caminho de pesquisa que faça essa transposição e análise cruzada de um mesmo problema jurídico sob o ponto de vista de dois ordenamentos e tradições jurídicas diferentes.

Referências

KTUNAXA NATION. *Qat'muk*. Disponível em: <http://www.ktunaxa.org/qatmuk/>. Acesso em: 29 mai. 2017.

MICHEL, Voltaire. *Direitos Ancestrais. Direito à terra indígena no Canadá, Austrália e Brasil*. Porto Alegre: Uniritter, 2010.

OLTHUIS, Kleer, Towshend. Co-author: Shin Imai. *Aboriginal Law Handbook*. Toronto: Ed. Carswell, 2008

ROSS, Michael Lee. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts.* UBC Press, 2006.

[17] Parágrafo 66 das contrarrazões recursais do Ministry of Forests.

SLATTERY, Brian. *The Metamorphosis of Aboriginal Title*. (2006) 85 Canadian Bar Review, pp. 255-86.

SLATTERY, Brian. The generative structure of aboriginal rights. (2007) In: *Supreme Court Law Review*, Ottawa, v. X, nº 38, pp. 255-286.

WALTERS, Mark D. British Imperial Constitutional Law and Aboriginal Rights: A Comment on Delgamuukw v. British Columbia. (1992) In: 17 *Queen's Law Journal* 350.

WALTERS, Mark D. The Morality of Aboriginal Law. In: *Queen's Law Journal*, 2006, pp. 470-520.

A CONTRIBUIÇÃO DESCOLONIAL DA DOUTRINA DO BEM-VIVER (SUMAK KAWSAY) PARA O DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUTURA VERDE URBANA E A PROMOÇÃO DA DIMENSÃO ECOLÓGICA DE DIREITOS HUMANOS E DA QUALIDADE DE VIDA SOCIOAMBIENTAL NAS CIDADES

Renan Eschiletti Machado Guimarães,
Mestrando em Direitos Humanos (Uniritter), E
specialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional (UFRGS),
Graduado em Direito (UFRGS); e-mail: renanguima@gmail.com.

Resumo:

O presente trabalho estuda a dimensão ecológica de direitos humanos, verificando a importância de se adotar uma visão menos "antropocêntrica" e mais "ecocêntrica" no ponto, ou seja, que não busque submeter o ambiente à humanidade, mas integrar esta àquele. Também apresenta a relação entre qualidade de vida urbano-ambiental e os direitos humanos, demonstrando a sua indissociabilidade. Em seguida, a fim de promover de forma mais adequada a qualidade de vida ambiental nas cidades, cuida da necessidade de se alterar a concepção urbana usual por outra dotada de uma infraestrutura condizente com a ideia de dimensão ecológica de direitos humanos, ou seja, uma infraestrutura verde, conferindo seu conceito, práticas, técnicas e tecnologias que a compõem, bem como seus benefícios. Por fim, constata que a cosmovisão ofertada pela doutrina do bem-viver (*sumak kawsay*), resgatada da Escola de Pensamento Descolonial, revela-se adequada para fundamentar e consolidar o desenvolvimento de políticas públicas de infraestrutura verde urbana e a promoção da dimensão ecológica de direitos humanos e a qualidade de vida socioambiental nas cidades. O método para a elaboração deste trabalho foi o de abordagem-dedutivo, partindo de princípios universais com o objetivo de chegar às premissas menores, mais específicas, e o método de pesquisa usado foi o monográfico, com estudo da doutrina nacional e estrangeira para possibilitar uma análise crítica do tema.

Palavras-chave: dimensão ecológica de direitos humanos. qualidade de vida. infraestrutura verde urbana; bem-viver. sumak kawsay.

1 Introdução

Os grandes centros urbanos contemporâneos agonizam. Eles se encontram acorrentados pelo tráfego intenso de veículos, e asfixiados e enuviados pela considerável emissão de gases poluentes. Contemplados com água de parca potabilidade e por saneamento básico precário, seus habitantes se veem esmagados por enormes edificações e ensurdecidos pelos ruídos mecanizados que os cercam, além de sufocados pelas ilhas de calor que acabam se formando. Desprovidos de áreas verdes suficientes e adequadas para a saudável convivência entre seus pares e junto à natureza, os homens e as mulheres que vivem nas cidades são, cada vez mais, apartados dos ciclos ecossistêmicos, enclausurando-se em meio às sombras geradas pelo cinza de sua infraestrutura e do individualismo

que ela promove. Tal contexto ambientalmente adverso acaba se revelando um campo fértil para as mais diversas violações de direitos humanos.

A fim de mudar esse cenário, impõe-se a adoção de uma nova concepção urbana dotada de uma infraestrutura que priorize a manutenção dos ciclos ecossistêmicos, o bem-estar humano, a qualidade de vida socioambiental e a harmônica relação entre os habitantes das cidades e a natureza, capaz de promover a dimensão ecológica de direitos humanos e, consequentemente, os mais variados direitos humanos comumente conhecidos: uma infraestrutura verde. Todavia, a fim de haver a perspectiva de que tal mudança reste futuramente consolidada, é necessária uma efetiva transformação e reflexão acerca da relação entre a humanidade e a natureza que não apenas a rodeia, mas da qual faz parte. Nessa senda, apresenta-se a doutrina descolonial do bem-viver (ou *sumak kawsay*).

Portanto, o presente trabalho apresentará, primeiramente, aspectos gerais acerca da dimensão ecológica de direitos humanos. Em seguida, abordará nuances quanto à qualidade de vida ambiental nas cidades. No momento seguinte, serão feitas considerações quanto a políticas públicas ambientais, bem como o que é infraestrutura verde, o que a envolve e quais são seus benefícios, relacionando tal seção com as anteriores. Por fim, estudar-se-á de forma objetiva o que é a escola de pensamento descolonial e, mais especificamente, a doutrina do bem-viver, também chamada de *sumak kawsay*, para, então, verificar a pertinência de tal visão para o desenvolvimento e a consolidação de políticas públicas de infraestrutura verde e a promoção da dimensão ecológica de direitos humanos e da qualidade vida urbana.

2 A dimensão ecológica de direitos humanos

O reconhecimento do direito a um ambiente sadio pode ser visto como extensão do direito à vida, seja pelo enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, seja no que concerne ao espaço da dignidade dessa existência, no caso, a qualidade de vida. (TRINDADE, 1993, p. 76)

Até a Declaração de Estocolmo de 1972 e, em especial, o seu Princípio n.º 1[18], elaborada no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, dissociava-se a questão ambiental dos direitos humanos. Ainda que não se revestisse da qualidade de tratado internacional, tal declaração conseguiu modificar o foco do pensamento ambiental do planeta, o que se fez sentir principalmente no que tange à impressionante avalanche de tratados internacionais concluídos nos últimos tempos (tanto multilaterais, como bilaterais e regionais) relativos à proteção internacional do meio ambiente *lato sensu*, sendo praticamente impossível determinar com exatidão o número preciso desses instrumentos internacionais atualmente. (MAZZUOLI, 2007, pp. 178-179)

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a relação direta entre proteção ambiental e o efetivo gozo dos direitos humanos foi reconhecida por meio do Relatório decorrente da AG/Res. 1819 (XXXI-O/01), intitulado "Direitos Humanos e Meio Ambiente" (OEA/Ser.G, CP/CAJP-1898/02), de 4 abril de 2002. (OEA, 2002)

[18]Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas (cf. ONU, 1972).

O fato é que, desde Estocolmo, a dimensão ecológica dos direitos humanos é reconhecida no direito internacional e em muitas jurisdições nacionais. Embora não haja um reconhecimento consistente, com padrões uniformes, é comumente aceito que um dano ambiental pode causar uma violação aos direitos humanos. (BOSSELMANN, 2010, p. 83). Ademais, o direito fundamental a um ambiente saudável, capaz de permitir o pleno gozo dos demais direitos humanos, é reconhecido de diversas formas pelas Constituições de mais 118 países mundo afora. (CAMERON, 2010, p. 698)

É o caso do Brasil, por exemplo. Por aqui, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é destacado pelo art. 225, *caput*, da Constituição de 1988[19], que também consagra o princípio segundo o qual o meio ambiente é um direito humano fundamental, porquanto visa a proteger o direito à vida com todos os seus desdobramentos, englobando a sadia qualidade de seu gozo. Apresenta-se como um direito fundamental uma vez que, sem ele, a pessoa humana não se realiza plenamente, o que significa que ela não consegue desfrutá-lo *sadiamente*. (MAZZUOLI, 2007, p. 182)

No sentido empregado pelo art. 225, *caput*, do texto constitucional brasileiro, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é intrínseco ao direito à vida, sem o qual esta não se desenvolve sadiamente em nenhum dos seus desdobramentos. Isso significa que o bem jurídico *vida* depende, para a sua integralidade, entre outros fatores, da proteção do meio ambiente com todos os seus consectários, sendo dever do Poder Público e da coletividade defendê-lo e preservá-lo para presentes e futuras gerações. Dentro desta perspectiva, portanto, o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado revela-se como uma extensão ou consequência lógica do direito à vida, sem o qual nenhum ser humano pode reclamar a defesa dos seus direitos fundamentais violados. (MAZZUOLI, 2007, p. 182)

Contudo, ainda que se possa entender como "lógica" ou "óbvia" a ideia de que o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado efetivamente se apresenta como um direito humano, cabe verificar se tal constatação atende a quatro critérios básicos. Primeiro, é preciso demonstrar que os titulares de direitos clamam fortemente por liberdade, proteção ou algum benefício em questão, mostrando que essa liberdade, proteção ou benefício é dotado de grande valor para a sociedade e aos indivíduos, bem como que são constantemente ameaçados por abusos políticos e sociais. Em seguida, deve-se mostrar que o clamor por tais direitos não poderia ser satisfeito adequadamente se não for por meio da sua efetiva concessão. Em terceiro lugar, os proponentes por tais direitos devem demonstrar que estes podem ser efetivamente impostos. Por fim, cabe analisar se a efetivação de tais direitos clamados é viável. O direito a um ambiente sadio e equilibrado cumpre com todos esses quatro requisitos. (NICKEL, 1993, 288)

De todo modo, independentemente da abordagem, é inegável que os direitos humanos e o meio ambiente estão inseparavelmente interligados. Sem os direitos humanos, a proteção ambiental não poderia ter um cumprimento eficaz. Da mesma forma, sem a inclusão do meio ambiente, os direitos humanos correriam o perigo de perder sua função central, qual seja, a proteção da vida humana, de seu bem-estar e de sua integridade. (BOSSELMANN, 2008, p. 126)

É importante destacar que a dimensão efetivamente ecológica de direitos humanos foge da visão antropocêntrica e ordinária de "direitos humanos ambientais". No caso, ela busca reconciliar os fundamentos filosóficos dos direitos humanos com princípios ecológicos, visando à conexão entre os valores intrínsecos dos humanos com aqueles intrínsecos de outras espécies e do meio ambiente.

[19]Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (cf. BRASIL, 1988)

Desse modo, os direitos humanos devem corresponder ao fato de que o indivíduo opera num ambiente natural e não apenas social. Da mesma maneira como o indivíduo tem de respeitar o valor intrínseco de seus pares humanos, o mesmo vale no que concerne àqueles de seus outros pares, os demais seres da natureza. (BOSSELMANN, 2008, p. 132)

Cabe dizer que, considerando os significados das palavras "ambiente" e "ecologia"[20] a expressão "dimensão ecológica" é mais adequada do que "dimensão ambiental". A palavra "ambiente" tende a ser mais antropocêntrica, enquanto "ecologia" é, em que pese a redundância, mais "ecocêntrica", uma vez que a primeira, por meio de seu próprio significado, transmite a ideia de separação entre a humanidade e a natureza, enquanto a segunda apresenta os seres humanos como integrantes dos ciclos naturais, bem como moradores e corresponsáveis pela "casa" comum, qual seja, a biosfera. A importância de tal diferenciação, importa destacar, vai além de aspectos meramente terminológicos, mas toca em verdadeiros fundamentos éticos para se abordar essa temática (BOSSELMANN, 2008, pp. 93-94)

É oportuno acrescentar que a referida dimensão ecológica não visa apenas à defesa de direitos humanos imediatamente violados, mas também daqueles que têm a real perspectiva de o serem, como, no caso, os direitos ameaçados pelos efeitos das mudanças climáticas. Foi o que destacou o relatório elaborado pelo escritório do Alto-Comissariado de Direitos Humanos, da ONU, em 2009, segundo o qual o aquecimento global irá potencialmente afetar o pleno gozo de direitos humanos básicos, especialmente o direito à vida, à alimentação e habitação adequadas, à saúde, ao acesso à água potável e à autoderminação dos povos. (ONU, 2009)

Vencidos os pontos acima, cabe relacionar, agora, a dimensão ecológica de direitos humanos com a ideia de qualidade de vida urbana e ambiental, o que será desenvolvido na próxima seção deste trabalho.

3 Direitos humanos e qualidade de vida urbano-ambiental

O termo "qualidade de vida" vem sendo utilizado em muitas áreas, desde as ciências de saúde, passando pela área ambiental, até as ciências sociais. Isso se deve à natureza complexa de tal tema, o qual se encontra relacionado a diversos aspectos da vida humana. No escopo ambiental, questões atinentes à poluição, gestão de resíduos e mudanças climáticas estão entre os principais assuntos que vêm sendo apresentados como diretamente relacionados à qualidade de vida. (MENSAH et al, 2016, p. 142)

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), qualidade de vida pode ser entendida como a percepção dos indivíduos acerca de sua posição na vida, considerando o contexto cultural e de valores em que vivem, bem como no que se relaciona às suas metas, expectativas, padrões e preocupações. Trata-se de um conceito abrangente e complexo que envolve aspectos de saúde física

[20] O termo "ecologia" foi cunhado em 1866 pelo biólogo e médico alemão Ernst Heinrich Haeckel (1834-1917), em sua obra "Morfologia geral dos seres vivos", como proposta de uma nova disciplina científica, a partir dos radicais gregos "oikos" (casa) e "logos" (estudo). Portanto, "ecologia" seria o "estudo da casa", ou seja, a ciência que estuda as relações dos *seres vivos* (o que inclui a humanidade) entre si e com o seu meio físico, o qual deve ser entendido como o cenário natural em que esses seres se desenvolvem. Por meio físico, entendem-se em especial os seus elementos abióticos, como solo, relevo, recursos hídricos, ar, clima etc. Já a expressão "ambiente", do qual decorre o adjetivo "ambiental", é particípio presente derivado do verbo latino "*ambire*", que significa "ir à volta, arrodear". Logo, meio ambiente seria o meio que nos cerca, que nos rodeia. (cf. MILARÉ, 2009, pp. 110 e 113)

das pessoas, estado psicológico, nível de independência, relações sociais, crenças pessoais e características ambientais. (OMS, 1997, p. 1)

Além da definição "formal" da OMS, há outras tantas formuladas por acadêmicos. Geralmente, a expressão "qualidade de vida" se refere a um conjunto de diversos fatores atinentes às condições ambientais, sociais, físicas e pessoais. (CELLA; NOWINSKY, 2002, p. S10)

De forma mais específica, o conceito de qualidade de vida reflete, em primeiro lugar, questões pessoais dos indivíduos e sua própria percepção de bem-estar. Depois, abrangem aspectos multidimensionais, como condições de habitação, educação, emprego, acesso a serviços públicos e instituições. Além disso, a qualidade ambiental também se apresenta como um dos mais importantes componentes do que se considera qualidade de vida. (KELES, 2012, p. 24)

A ideia de qualidade de vida também poderia ser apontada como um dos principais objetivos do desenvolvimento sustentável (no seu sentido fraco, cabe ressalvar[21]), considerando que abrange as suas três dimensões (ambiental, econômica e social). Vale dizer que "qualidade de vida" não pode ser confundida com "padrão de vida". Enquanto a percepção e constatação atinente a esta geralmente se encontra atrelada primariamente à renda, aquela está relacionada não apenas à prosperidade das pessoas, mas também ao ambiente natural e artificial (construído) em que elas se encontram inseridas, bem como à sua saúde física e mental, aspectos educacionais, recreacionais e de lazer, às taxas de criminalidade e à noção de pertencimento social. (GREGORY, 2009, p. 606) Qualidade de vida também está intimamente ligada à ideia de liberdade, felicidade e, claro, efetivação de direitos humanos. (STREIMIKIENE, 2015, p. 140)

No ponto, cabe sublinhar que a qualidade de vida pode ser melhorada ou deteriorada por diversos fatores ambientais. Um dos seus mais latentes e que traz consequências diretas à saúde e ao bem-estar das pessoas é o atinente ao acesso à infraestrutura ambiental e seus serviços, como acesso à água potável, saneamento básico, gestão de resíduos sólidos, drenagem urbana adequada e mobilidade urbana satisfatória. Ademais, a poluição do ar, do solo e da água afetam severamente a vida cotidiana das pessoas. Por fim, a degradação dos recursos naturais é outro fator que afeta negativamente a qualidade de vida. Como exemplo, pode-se mencionar os danos aos ecossistemas locais causados pela expansão desenfreada das cidades, assim como os decorrentes da disposição inadequada de resíduos urbanos e industriais. (KELES, 2012, p. 25)

Aliás, a importância da relação entre qualidade de vida e meio ambiente é refletida na própria noção de direito humano à qualidade de vida, positivada no já referido Princípio 1 da Declaração de Estocolmo de 1972.

No que concerne à relação entre áreas verdes e qualidade de vida, por exemplo, estas proveem um espaço para atividades de lazer e recreação, melhorando, também, o desenvolvimento físico e emocional das pessoas, principalmente crianças, que se conectam à natureza e com ela aprendem (LOWMAN, 2006, p. 451). O acesso a ambientes naturais ou naturalizados também ajuda no bem-estar psicológico e físico dos idosos, que tendem a se sentir mais renovados, restaurados e espiritualmente conectados. (FINLAY et al, 2015, p. 104)

A ideia de qualidade de vida urbano-ambiental também está atrelada às condições das habitações humanas e sua relação com direitos humanos, indo ao encontro do disposto no art. 11,

[21] Bosselmann classifica como desenvolvimento sustentável no sentido fraco o que visa ao equilíbrio entre as dimensões econômica, social e ambiental, inexistindo uma hierarquia entre as dimensões, devendo os conflitos serem solucionados casuisticamente. Já a ideia de desenvolvimento sustentável no sentido forte é aquela pela qual a dimensão ecológica prefere à social e esta à econômica. (cf. BOSSELMANN, 2002, pp. 91-92)

item "1" da Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[22]. Em pesquisa realizada na Lituânia, por exemplo, na qual se buscava verificar o que seria mais relevante para medir a qualidade de vida sob esse aspecto, questões ambientais, como o conforto térmico das edificações e poluição de todo tipo (do ar, da água, do solo e sonora) respondiam por 62% das preocupações. (STREIMIKIENE, 2015, p. 143)

Outro fator relevante para a qualidade de vida sob o aspecto ambiental nas cidades é a existência de boas condições para a mobilidade urbana. Regiões com vias seguras e dotadas de acessibilidade e de qualidade para uso de pedestres estimulam a saúde física e mental, sendo convidativas para caminhadas e uso de bicicletas. O tipo de política de acessibilidade, mobilidade e transporte urbano influencia diretamente a qualidade de vida das pessoas, tendo impactos relevantes no combate ao sedentarismo, em conjunto com a expansão das já destacadas áreas verdes públicas. (ECTP, 2012, p. 52)

Nesse mesmo sentido, o planejamento urbano, considerado de modo geral, também pode promover mais qualidade de vida, sempre aliado a aspectos ambientais, assim como mais segurança nas suas mais variadas formas, o que é aplicável tanto para novas áreas quanto para aquelas já consolidadas, incluindo um *design* urbano que permita e estimule a realização de atividades físicas pela cidade, assim como espaços para cultivar alimentos saudáveis e locais, e serviços de saúde mais seguros e acessíveis a todos os cidadãos. (ECTP, 2012, p. 53)

Enfim, em um contexto de grande urbanização, a ideia de qualidade de vida contemporânea se encontra intimamente ligada à noção de qualidade socioambiental das cidades, a qual se materializará a partir do desenvolvimento de políticas públicas capazes de promoverem a infraestrutura ecologicamente adequada para tal: uma infraestrutura verde.

4 Políticas públicas de infraestrutura verde urbana

A partir do fim do século XX e início do atual, ante a escassez de recursos naturais, dos graves desastres ambientais e da constante e permanente degradação social, que resultou na situação de alerta que assola o nosso tempo, as políticas ambientais tornam-se relevantes. (PRESTES, 2008, p. 155)

Fruto do Estado de Bem-Estar Social, a ideia de política pública revela uma forma de intervenção estatal sobre o âmbito privado. Todavia, não se limita a isso, porquanto também ganha um sentido de diretriz geral, tanto para a ação de indivíduos e organizações como para o próprio Estado. (BORBOREMA NETO, 2007, p. 151)

Representando ações governamentais, as políticas públicas visam a objetivos gerais e específicos, sistematizando ações estatais com objetivos setoriais e gerais, articulando sociedade, Estado e mercado. Elas partem de um cenário de condições favoráveis e desfavoráveis e estruturam um plano de ação que consente a ação do Estado na sua solução. (DIAS, 2003, p. 121)

Quanto às políticas públicas ambientais, estas podem ser entendidas como o conjunto de atividades por meio das quais o Estado pode atingir determinados fins atinentes ao meio ambiente, efetivando as normas ambientais. (BORBOREMA NETO, 2007, p. 152)

[22] "Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria continua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento." (cf. ONU, 1966)

O estímulo às práticas ambientais adequadas revela-se de uma forma muito eficaz para o cumprimento das metas de melhoria da qualidade ambiental buscadas por tais políticas (PRESTES, 2008, p. 176), bem como a promoção do desenvolvimento sustentável, porquanto proporciona ao Estado recursos para agir, bem como estimula condutas não poluidoras e ambientalmente corretas. (TRENNEPOHL, 2011, p. 103)

Assim, partindo da premissa de que o desenvolvimento da infraestrutura verde nas cidades promoveria a dimensão ecológica de direitos humanos, a criação de políticas públicas com esse fim revela-se fundamental. A fim de relacionar tais pontos, cumpre tecer algumas considerações gerais a respeito do que é e quais os principais benefícios da infraestrutura verde urbana.

Embora as cidades da atualidade sejam a fonte de muitos dos nossos problemas socioambientais, elas apresentam um enorme potencial para amenizar e mitigar as consequências de nossas ações, oportunizando a criação de soluções inovadoras para o bem-estar das pessoas em harmonia com a natureza. (HERZOG, 2013, p. 25) Para isso, impõe-se uma mudança de concepção urbana, cuja infraestrutura precisa se coadunar à dimensão ecológica de direitos humanos: uma infraestrutura verde.

A infraestrutura verde propõe a transformação de áreas impermeabilizadas que têm funções específicas, geralmente monofuncionais, em áreas multifuncionais, que mantêm o equilíbrio dinâmico, sustentável e resiliente do ecossistema urbano, com a chamada "renaturalização" das superfícies ditas mineralizadas (concreto, asfalto, cerâmicas, pedras, telhas, etc). O objetivo é reintroduzir ou incrementar a biodiversidade urbana, a fim de que seja possível ter seus serviços ecossistêmicos onde as pessoas vivem, circulam, trabalham e se divertem: nas cidades. (HERZOG, 2013, pp. 110-111)

O conceito de infraestrutura verde (também chamada de infraestrutura ecológica) tem evoluído rapidamente e se tornado mais abrangente nos últimos anos. É fundamentada nos conhecimentos da ecologia da paisagem e da ecologia urbana. Compreende a cidade como um sistema socioecológico, por meio de uma visão holística, sistêmica. Consiste em planejar, projetar e manejar construções e infraestruturas novas e existentes, de modo a transformá-las em espaços multifuncionais que fazem parte de uma rede interligada de fragmentos vegetados ou permeáveis, conectados por corredores verdes (vegetados) e azuis (aquáticos, como rios, córregos, riachos), os quais mantêm ou restabelecem os fluxos da biodiversidade vegetal ou animal e das águas. O desenvolvimento desse tipo de infraestrutura busca tornar os ambientes urbanos mais sustentáveis e resilientes por meio da interação cotidiana das pessoas com a natureza e espaços onde ambas tenham total prioridade. (HERZOG, 2013, p. 111)

A infraestrutura verde, portanto, é uma rede ecológica urbana que reestrutura a paisagem e mimetiza os processos naturais de modo a manter ou restaurar as funções do ecossistema urbano, oferecendo serviços ecossistêmicos no local. (HERZOG, 2013, p. 111)

São exemplos de práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde: os telhados verdes (também conhecidos como tetos verdes, tetos vegetados, coberturas verdes ou coberturas vegetadas), as paredes verdes (também chamadas de fachadas verdes ou jardins verticais), o uso de fontes de energia renováveis, os jardins de chuva, os pavimentos permeáveis, os pisos drenantes e vegetados, o aproveitamento da água pluvial, o tratamento local e biofílico da água do esgoto e seu aproveitamento para fins não potáveis, as biovaletas, as *wetlands*, hortas urbanas, o desenvolvimento da malha cicloviária e da promoção do uso das bicicletas e outras fontes limpas e seguras de transporte, entre outras. (GUIMARÃES, 2015, pp. 257-258)

Alguns desses serviços (que também poderiam ser simplesmente chamados de "benefícios") são: aumento da permeabilidade do solo; retardamento do escoamento das águas pluviais; redução

das enchentes e dos deslizamentos de terra; diminuição da poluição pluvial e fluvial; redução das emissões dos gases de efeito estufa; aumento da vegetação e da capacidade urbana de sequestro de carbono; mitigação do efeito de ilha de calor urbano e diminuição da demanda energética; incremento da qualidade do ar; aumento da biodiversidade da fauna e da flora no ambiente urbano; valorização imobiliária; redução dos custos com manutenção urbana; maior autossuficiência hídrica, energética e alimentar; e, finalmente, aumento da qualidade de vida das pessoas, com melhoria de sua saúde física e mental. (PECK, 2014, pp. 23-24) Até mesmo a segurança pública é beneficiada com o desenvolvimento da infraestrutura verde local. (WOLF, 2010)

Especialmente no que concerne à qualidade de vida humana nas cidades, um ambiente urbano dotado de infraestrutura verde beneficia psicológica e fisicamente a saúde de seus habitantes, uma vez que, quanto maior o contato com a natureza, maior o incentivo às atividades físicas. Também reduz o estresse cotidiano, e melhora os cuidados e a atenção junto às crianças, além de facilitar maior interação e integração entre as pessoas. (ECTP, 2012, p. 33) Ainda no que toca às crianças, estas são beneficiadas pela infraestrutura verde urbana pela criação (ou adaptação) de um espaço mais adequado para a sua educação ambiental, sendo levadas a se aproximar, por meio da interação direta com a vida natural, dos ciclos ecossistêmicos dos quais tendem a ser mantidas afastadas, influenciando-as positivamente a valorizá-los. (MELL, 2010, p. 65)

Além disso, o desenvolvimento amplo de uma infraestrutura ecológica tem a capacidade de atenuar severos desafios socioeconômicos, ambientais, de saúde e segurança principalmente junto às populações mais pobres, mais expostas às mazelas urbanas, como enchentes, deslizamentos e problemas de saneamento básico (descarte de resíduos, de esgoto, acesso à água potável etc). (DUNN, 2010, p. 46)

O fato é que pensar em infraestrutura verde envolve uma nova maneira de entender o valor dos benefícios que a natureza oferece à sociedade humana e a mobilizar investimentos para valorizá-los e sustentá-los. Ajuda, também, a evitar recorrer a infraestruturas cuja construção é onerosa, quando a própria natureza é capaz de, não raramente, oferecer soluções mais baratas e duráveis, muitas das quais criam oportunidades de emprego local. A infraestrutura verde fundamenta-se no princípio de que a valorização e a proteção da natureza e dos processos naturais, bem como dos muitos benefícios (ou serviços) ambientais fornecidos pela natureza à humanidade, se integram conscientemente no ordenamento e no desenvolvimento da região. (UNIÃO EUROPEIA, 2013)

Enfim, é inegável a capacidade de promoção da dimensão ecológica de direitos humanos nas cidades a partir do desenvolvimento da infraestrutura verde urbana local, a qual se dará de forma eficiente por meio da elaboração e execução de políticas públicas específicas. Todavia, para que tal passo seja consolidado e represente mais do que uma mera tendência contemporânea, deve ser firmado em uma visão de mundo que o conduza nesse sentido. Eis a importância da chamada Escola de Pensamento Descolonial e sua valiosa contribuição para que esse objetivo seja alcançado: a doutrina do bem-viver (*sumak kawsay*).

5 Sumak kawsay: a doutrina do bem-viver

Fruto de um movimento de contraposição em relação ao pensamento hegemônico e eurocêntrico de direitos humanos, a escola de pensamento descolonial insere-se na trilha das formas de pensamento contra-hegemônicas da modernidade e inspira-se nos movimentos sociais de resistência gerados no contexto colonial. Tem íntima relação temática com a teoria pós-colonial,

nascida do engajamento com a experiência da colonização britânica ocorrida, sobretudo na Ásia, cujos maiores expoentes provêm do sul asiático. A escola propriamente "descolonial" relaciona-se com a linha de estudos desenvolvidos no âmbito latino-americano e que propõem uma ruptura mais radical, chamada de desobediência epistêmica, em relação ao saber canônico europeu. (BRAGATO, 2014, pp. 210-211)

A ideia da desobediência epistêmica é a proposta central do pensamento descolonial, e relaciona-se com a necessidade de descolonizar o pensamento, ou seja, de propor um paradigma diverso ou desobediência epistêmica, desprendendo-se da visão colonialista eurocêntrica e abrindo possibilidades encobertas e desprestigiadas pela racionalidade como sendo tradicionais, primitivas etc. Esse desprendimento também atinge a ideia de direitos humanos desenvolvida pelo Ocidente moderno de maneira localizada e parcial, tal qual um fenômeno ligado a sociedades metropolitanas e que ignora a trajetória constitutiva nos espaços invisíveis da humanidade. (BRAGATO, 2014, pp. 212-214)

Nessa linha, o pensamento descolonial implica considerar a ideia de direitos humanos como um desenvolvimento global, no qual há mais de um agente e uma sociedade que aceita e pratica esta ideia ou alguém que inaugurou ou acelerou este processo. Esta construção envolve uma pluralidade de agentes que, tanto cultural quanto socialmente, muda os rumos e os fins dos direitos humanos de uma forma imprevisível, de modo que todas as sociedades e as comunidades humanas podem se identificar com o seu conceito e contribuir para a especificação do seu conteúdo normativo. (BRAGATO, 2014, pp. 212-214)

Entre as contribuições da Escola de Pensamento Descolonial, diretamente relacionada com a ideia de direitos humanos ecológicos e de grande relevância para o recente movimento constitucionalista latino-americano, está o resgate da doutrina tradicional do bem-viver (*buen vivir*), representada pela sua terminologia indígena *sumak kawsay*.

O paradigma do *sumak kawsay* funda-se em uma cosmovisão buscada nos povos ancestrais andinos que se destaca pela busca do pleno viver, envolvendo a interação harmônica entre a comunidade, a natureza e as experiências e conhecimentos tradicionais. Voltando-se para o alcance da felicidade coletiva, trata-se de uma perspectiva que se distancia da ideia hegemônica de desenvolvimento. Seu escopo principal é a construção da sociedade do bem-viver e não a acumulação de riquezas, ou seja, entende-se que é no âmbito da comunidade que se pode alcançar a plenitude do ser. (HENZ, 2014, p. 170)

A ideia de bem-viver, assim, trouxe um referencial que contempla a relação do homem com a natureza, de modo não funcionalizado ao sistema econômico, fugindo do ideal eurocêntrico de desenvolvimento, que converte a biodiversidade em mercadoria a serviço do capital e desvaloriza o papel imprescindível da natureza na promoção de uma vida saudável. (HENZ, 2014, p. 170)

Apresenta-se o bem-viver como algo em constante construção e reprodução, aproximando cada vez mais o ser humano da natureza, e representando uma abordagem holística necessária para se compreender a relação entre conhecimento, códigos de ética e espiritualidade com o ambiente, valores humanos e uma visão de futuro. Permite a formulação de alternativas de vida harmônicas com a natureza (assumindo que dela faz parte), diversidade cultural, coexistência com e entre comunidades, indissociabilidade dos elementos que compõem a vida (material, social e espiritual), oposição ao conceito acumulação constante. A ideia de bem-viver, enfim, é uma ideia de transformação civilizatória. (KOTHARI et al, 2014, p. 367)

Dirigindo tais reflexões para os fins deste trabalho, o resgate da doutrina do bem-viver (*sumak kawsay*), a qual foi inclusive positivada em algumas Constituições latino-americanas, com especial

destaque para a do Equador[23], está intrinsecamente relacionado com muitos dos aspectos atinentes ao desenvolvimento de políticas públicas ambientais de infraestrutura verde.

Aliás, aproveitando o exemplo equatoriano, é oportuno referir o seu Plano Nacional para o Bem-Viver 2013-2017, documento que refere o bem-viver como "a forma de vida que permite a felicidade e a permanência da diversidade cultural e *ambiental*" e que é "*harmonia, igualdade, equidade e solidariedade*", contrapondo-se à busca por *"opulência e crescimento econômico infinito*". (EQUADOR, 2013, p. 14)

O referido plano apresenta, ainda, doze objetivos para o "bem-viver", três dos quais diretamente relacionados com a ideia de infraestrutura verde (os Objetivos n.º 3[24], 7[25] e 8[26]), e têm grande potencial para promovê-la no Equador. (SERRA-LOBET; HERMIDA, 2017, p. 03)

O fato é que, ao estudar a ideia do *sumak kawsay*, tem-se a impressão de que se trata da visão de mundo adequada para a transformação da relação entre as pessoas e a natureza e o desenvolvimento da infraestrutura verde urbana. Justifica-se isso da simples análise dos benefícios de tal infraestrutura para as cidades e às pessoas, os quais já foram analisados na seção anterior, principalmente no que concerne ao incremento do convívio entre as pessoas e a natureza e da manutenção, e não cisão, dos ciclos ecossistêmicos, além do fato de que prioriza uma relação multilateral entre humanidade e ambiente, e não unilateral, de modo que os recursos naturais não mais são vistos como meros instrumentos para satisfação individual do ser humano.

Enfim, é evidente a importância de uma concepção urbana fundamentada na visão do bem-viver para a expansão e consolidação de uma infraestrutura ecológica nas cidades, projetada para a convivência harmônica entre a humanidade e a natureza, e não para a sobreposição e domínio daquela sobre esta, provando que tal contribuição da escola de pensamento descolonial é de grande valia, sendo pertinente referir que, a exemplo do que já ocorre no Equador, sua menção em documentos que implementem políticas públicas de infraestrutura verde se revela adequado.

6 Considerações finais

O presente trabalho demonstrou que a dimensão ecológica de direitos humanos busca reconciliar os fundamentos filosóficos dos direitos humanos com princípios ecológicos, visando à conexão entre os valores intrínsecos da humanidade com aqueles intrínsecos de outras espécies e do meio ambiente. Sem que se reconheça a relevância de tal dimensão, não há perspectiva para a consolidação de uma efetiva qualidade de vida socioambiental nas cidades, cujos habitantes se encontram diante de constantes violações dos direitos humanos comumente aceitos, uma vez que todos dependem da qualidade ambiental para serem gozados e, inclusive, pleiteados.

Tal entendimento acerca da dimensão ecológica de direitos humanos se coaduna com a visão apresentada pela doutrina do bem-viver. No caso, a ideia de integração harmônica entre humanidade e natureza, a importância dada à valoração da vida em comunidade e à promoção da felicidade coletiva, assim como sua contraposição à visão tradicional de desenvolvimento, em que a natureza

[23] Art. 74.- As pessoas, comunidades, povos e nacionalidades terão direito a beneficiar-se do ambiente e das riquezas naturais que lhes permitam o bem-viver (cf. EQUADOR, 2008 – trad. livre)
[24] Objetivo 3. Melhorar a qualidade de vida da população (cf. EQUADOR, 2013 – trad. livre)
[25] Objetivo 7. Garantir os direitos da natureza e promover a sustentabilidade ambiental territorial e global (cf. EQUADOR, 2013 – trad. livre)
[26] Objetivo 8. Consolidar o sistema econômico social e solidário, de forma sustentável (cf. EQUADOR, 2013 - trad. livre)

não mais se apresenta como mera fonte de recursos para a satisfação humana, mas sim como objeto de cuidados e valorização, revela que a doutrina do *sumak kawsay* é adequada para a promoção da infraestrutura verde nas cidades.

No caso, uma sociedade em que tal infraestrutura é a predominante tenderá a ter mais áreas verdes públicas propícias para um convívio mais intenso entre as pessoas e entre estas e a natureza. O contato constante com o verde em estruturas naturalizadas, como os telhados verdes e os jardins verticais, por exemplo, aumentará a intimidade dos habitantes das cidades com a biodiversidade, fortalecendo uma relação de cuidado com todo o ambiente natural. Práticas de agricultura urbana promovem a reconexão com a origem dos alimentos, e se realizadas de forma coletiva, fortalecem ainda mais o espírito de comunidade e a percepção de que a qualidade ambiental nas cidades é fundamental para a sua sobrevivência. Enfim, são diversas as práticas, técnicas e tecnologias de infraestrutura verde urbana que se coadunam perfeitamente com a visão do *sumak kawsay*, e promovem, ao cabo, a dimensão ecológica de direitos humanos.

Portanto, não há dúvida quanto ao quão relevante poderá ser a contribuição do paradigma do bem-viver (*sumak kawsay*) como fundamento para o desenvolvimento e aplicação de políticas públicas ambientais de infraestrutura verde urbana e, consequentemente, para a promoção da dimensão ecológica de direitos humanos e da qualidade de vida socioambiental nas cidades.

Referências

BORBOREMA NETO, Ruy Teles de. *Políticas ambientais: uma reflexão teórico-conceitual para o seu regime jurídico no Brasil*. *In*: Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina: ADVOCEF, v. 1, n. 3, 2006/2007.

BOSSELMAN, Klaus. The concept of sustainable development. In: BOSSELMAN, Klaus. GRINLINTON, David. (eds). *Environmental law for a sustainable society*. New Zealand Centre for Environmental Law Monograph Series: Auckland (NZL): New Zealand Centre for Environmental Law, 2002.

_____. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *The principle of sustainability: transforming law and governance*. Ashgate: Surrey, Burlington, 2008.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. In *Revista novos estudos jurídicos – Eletrônica,* vol. 19, n.º 1 – jan-abr 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19/04/2017.

CAMERON, Edward. Human Rights and Climate Change: Moving from an Intrinsic to an Instrumental Approach. In: *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens (USA): University of Georgia School of Law, Volume 38, n.º 03, abr.-jun. 2010.

CELLA, David. NOWINSKY, Cindy J. Measuring Quality of Life in Chronic Illness - The Functional Assessment of Chronic Illness Therapy Measurement System. In: *Archives Physical Medicine Rehabilitation*, Amsterdã (HOL): Elsevier, Vol 83, Suppl. 2, dez. 2002. Disponível em: <http://www.archives-pmr.org/article/S0003-9993(02)00620-2/pdf >. Acesso em: 22/02/2017.

DIAS, Jean Carlos. *Políticas públicas e questão ambiental*. In: Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, jul./set. 2003.

DUNN, Alexandra Dapolito. Siting Green Infrastructure: Legal and Policy Solutions to Alleviate Urban Poverty and Promote Healthy Communities. In: *Boston college environmental affairs law review*. Boston (USA): Boston College, Vol. 37, n. 41, Issue 1/3, 2010.

EQUADOR. *Constitución de la república del Ecuador*. 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 18/04/2017.

_____. *Plan Nacional de Desarrollo / Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017*. 2013. Disponível em: <http://www.buenvivir.gob.ec/web/guest>. Acesso em: 18/04/2017.

EUROPEAN COUNCIL OF SPATIAL PLANNERS (ECTP). *Health & quality of life in urban areas.* 2012. Disponível em: <http://www.ectp-ceu.eu/images/stories/PDF-docs/Health%20and%20Quality%20of%20life%20Sythesis%20Report%20WP3.pdf>. Acesso em: 05/04/2017

FINLAY, Jessica et al. Therapeutic landscapes and wellbeing in later life: Impacts of blue and green spaces for older adults. In: *Health & Place*, Amsterdã (HOL): Elsevier, Vol. 34, mai. 2015.

GREGORY, Derek et al. *Dictionary of Human Geography*. 5ª ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

GUIMARÃES, Renan Eschiletti Machado. Políticas públicas de infraestrutura verde urbana: uma necessidade brasileira e latino-americana. In: *Revista da defensoria pública do rio grande do sul*, Porto Alegre: DPE-RS, ano 6, Vol. 12, pp. 251-275, mai.-ago. 2015.

HENZ, Bruno Gabriel. A contribuição do paradigma do Sumak Kawsay para repensar a relação do ser humano com a natureza. In *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Org.: BELO, Eduardo Manuel Val Enzo. Caxias do Sul: ed. EDUCS, 2014.

HERZOG, Cecília Polacow. *Cidades para todos: (re)aprendendo a conviver com a natureza*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2013.

KELLES, Ruşen. The quality of life and the environment. In: *Procedia – Social and behavioral sciences*, Amsterdã (HOL): Elsevier, Vol. 35, 2012.

KOTHARI, Ashish et al. Buen vivir, degrowth and ecological swaraj: alternatives to sustainable development and the green economy. In: *SID Development Journal*. Londres (ENG): Palgrave Macmillan, Vol 57, mar.-abr., 2014.

LOWMAN, Meg. No child left indoors. In: *Frontiers in ecology and the environment*, New Jersey (EUA): John Wiley & Sons, Vol. 04, issue 9, nov. 2006.

MELL, Ian C. *Green infrastructure: concepts, perceptions and its use in spatial planning*. Tese (Doutorado em Filosofia) - School of Architecture, Planning and Landscape Newcastle University. 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: *Revista amazônia legal de estudos sócio-jurídico-ambientais*. Cuiabá (MT): EdUFMT, ano 01, n.º 01, jan.-jun, 2007.

MENSAH et al. Enhancing quality of life through the lens of green spaces: a systematic review approach. In: *International journal of wellbeing*, Burnaby (CAN): PKP, Vol. 06, n.º 1, jan-mar 2016.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NICKEL, James W. The Human Right to a Safe Environment: Philosophical Perspectives on Its Scope and Justification. In: *Yale journal of international law*. New Haven (USA): Yale University, Vol. 18, issue 01, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração da conferência das nações unidas no ambiente humano*. Estocolmo, 1972. Disponível em: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503. Acesso em: 15/04/2017.

_____. *Annual report of the united nations high commissioner for human rights and reports of the office of the high commissioner and the secretary-general.* 2009. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/44/PDF/G0910344.pdf?OpenElement>. Acesso em: 12/04/2017.

_____ *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. 1966. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf>. Acesso em: 09/04/2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Relatório da secretaria-geral em cumprimento da resolução AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), "direitos humanos e meio ambiente"*. 2002. Disponível em:

<http://www.scm.oas.org/idms_public/PORTUGUESE/hist_02/cp09683p09.doc>. Acesso em: 08/04/2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Measuring quality of life: the world health organization quality of life instruments*. 1997. Disponível em: <http://www.who.int/mental_health/media/68.pdf>. Acesso em 20/03/2017.

PECK, Steven W. *Green cities in the world*. Madrid: Editorial Agrícola, 2014. Capítulo 1: Developing the green roof and wall industry in north America for greener, healthier cities: challenges, opportunities and lessons learned, pp. 21-38.

PRESTES, Vanêsca Buzelato. *Tributação e políticas públicas ambientais no sistema constitucional brasileiro*. *In*: Revista Jurídica Tributária. São Paulo: Notadez, ano 1, n. 2, jul/set. 2008.

SERRA-LOBET, Anna; HERMIDA, M. Augusta. Opportunities for green infrastructure under Ecuador's new legal framework. In: *Landscape and urban planning*. Amsterdã (HOL): Elsevier, Volume 159, mar. 2017.

STREIMIKIENE, Dalia. Quality of Life and Housing. In: *International Journal of Information and Education Technology*, Vol. 5, n. 2, fev. 2015. Disponível em: <http://www.ijiet.org/papers/491-S10009.pdf>. Acesso em: 05/03/2017.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. *Incentivos fiscais no direito ambiental para uma matriz energética limpa e o caso do etanol brasileiro*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

UNIÃO EUROPEIA. *Comunicação da comissão ao parlamento europeu, ao conselho, ao comité económico e social europeu e ao comité das regiões: Infraestrutura Verde — Valorizar o Capital Natural da Europa*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013DC0249>. 2013. Acesso em: 15/04/2017.

WOLF, Kathleen L. *Crime and Fear - A Literature Review crime & public safety.* Disponível em: <http://depts.washington.edu/hhwb/Thm_Crime.html>. Acesso em 30/03/2017.

DESCOLONIZAR PARA COOPERAR: RUMO À DISTRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DE JUSTIÇA

José Edmilson De Souza Lima,
Licenciado e Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná,
Mestre em Sociologia Política pela Universidade Federal de Santa Catarina,
Doutor e Pós-Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Paraná[27]. Email: zecaed@hotmail.com

Roberto José Covaia Kosop,
Mestrando (bolsista CAPES) em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA;
Pós-Graduando em Direito Contratual da Empresa pelo UNICURITIBA e em Filosofia e Teoria do Direito pela PUCMINAS;
Graduado em Direito pelo UNICURITIBA.
Advogado[28]. Email: roberto_kosop@hotmail.com

Resumo:

O presente artigo demonstra que para se efetivar o princípio da solidariedade, tido no ordenamento jurídico brasileiro como cooperação, os sujeitos de Direito precisam reavaliar as formas de auto-conhecimento e de externalização dos saberes legais para, efetivamente, atingir os objetivos sociais e econômicos previstos no texto constitucional. Partindo de uma perspectiva interdisciplinar, em especial, calcada em conhecimentos sociológicos, conclui-se que, em tempos hipermodernos de reavaliação estrutural dos princípios jurídicos, para se efetivar a cooperação prevista constitucional, e processualmente, a episteme jurídica brasileira pode encontrar na teoria da decolonialidade[29], boas inspirações para promover espaços de emancipação.

Palavras-Chave: Decolonialidade. Emancipação. Sociologia Jurídica.

[27] Entre 2014 e 2015 Coordenou o Núcleo de Pesquisa do Instituto Municipal de Administração Pública de Curitiba. Atualmente é pesquisador e docente do Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Publicou dezenas de artigos em periódicos internacionais e nacionais e livros em diversas editoras. Suas pesquisas estão concentradas nas Ciências Ambientais a partir de aportes sociológicos e seus interesses estão associados aos seguintes temas: sustentabilidade, políticas públicas e meio ambiente.

[28] Atualmente é Vice-Presidente da Regional Sul da FEPODI (2017-2019); Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL).

[29] É preciso esclarecer a tensão existente entre os conceitos de "descolonialidade" e de "decolonialidade". Não são sinônimos. O primeiro ainda mantém uma dívida muito forte com a crítica eurocêntrica, inspiradora de debates associados às teorias do "pós-colonialismo". Para o segundo grupo, a despeito da importância desta contribuição, é insuficiente, pois mantém-se atrelada à ideia de "colonização". Daí a necessidade de radicalizar a crítica permanente e a partir não apenas da América Latina, mas igualmente da Ásia e da África, buscar interpretações genuinamente não-eurocêntricas. Este segundo grupo (ESCOBAR,2014; QUIJANO, 2005; CORONIL, 2005; MIGNOLO, 2003; SANTOS, 2002) dentre outros não citados neste texto, é o grupo que faz uso do conceito de "decolonialidade", com vistas a marcar de forma muito clara a diferença em relação ao primeiro grupo. O presente artigo se alinha ao segundo grupo, o da "decolonialidade".

1 Introdução

O atual cenário econômico brasileiro demonstra pontos de revaloração conceitual, externalizando preocupações com o homem e sua dignidade, aforado em uma carga axiológica significativa para moldar todo o ordenamento jurídico. O núcleo dos direitos sociais se encontra ligado diretamente com tal princípio, sendo indispensável que para uma vida digna, haja a devida distribuição de justiça dentro da complexa rede social contemporânea. Logo, as transformações sociais implicam uma alteração das codificações que guiam o coletivo para, não somente promover uma revolução metafísica de conceitos, mas de adaptação aos novos pactos e necessidades porvindouras das relações humanas.

Para autores como Lipovetsky e Serroy (2011, p.8), "nos tempos hipermodernos, a cultura tornou-se um mundo cuja circunferência está em toda parte e o centro em parte alguma". Ao que parece, o mundo sem barreiras é visualizado pelo indivíduo que tenta adaptar a cultura jurídica para um território que não mais fornece as barreiras geográficas e territoriais para seu sadio exercício. Exemplos de tais manifestações podem ser vislumbrados na mercantilização da cultura por intermédio do mundo midiático e do "cibermundo", ao tornarem-se atividades novas que carecem de regulamentações. O ritmo de mudanças é esquizofrênico, determinando uma liquidez capaz de alterar as percepções tanto do sujeito moderno quanto do sujeito pós-moderno, enquanto o primeiro cultuava o excesso em uma cultura moderada e o segundo, o inverso. A despeito de suas supostas e festejadas vantagens, a era da globalização trouxe este malefício: o imediatismo e utilitarismo que vigoram e induzem o sujeito a tratar a modernidade como algo concreto e passado, trazendo a noção de velocidade em sua necessidade de criação em um período de crise.

> Os contramodelos de sociedade evaporaram, perderam o essencial de sua credibilidade. Assim, a supervalorização do futuro cedeu passagem ao superinvestimento no presente e a curto prazo (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 13).

Designa-se, no presente estudo, o ambiente pluralista e cultural como Hipermoderno, tal como o fez Lipovetsky (2004), crendo na desorientação do mundo, da cultura jurídica e da insegurança acerca da matéria estrutural. Com a cultura-mundo, aumentam a tomada de consciência da globalidade dos perigos, o sentimento de viver em um mundo único feito de interdependências crescentes. Na era hipermoderna, afirma-se a cosmopolitização dos medos e das imaginações, das emoções e dos modos de vida. (LIPOVETSKY; SERROY, 2011, p. 17).

O fato de a incerteza dominar o campo epistemológico demonstra um caráter positivo desta nova cultura jurídica, pois ela está se questionando e, como foi apresentado, este é um passo rumo à formação de novas visões e perspectivas.

Mesmo que se demonstre a velocidade das relações, o Brasil enfrenta obstáculos socioeconômicos que dificultam os citados processos de transformação. A fim de amenizar tais chagas, a mudança legislativa, por si só, não basta. Os paradigmas sociais necessitam ser revistos e as técnicas interpretativas, tanto subjetiva quanto objetivamente, precisam ser repaginadas para se adaptarem às proposições ideais inseridas no texto constitucional.

Constando no preâmbulo o compromisso de uma sociedade fraterna e pluralista, a Constituição Federal de 1988 resgatou o princípio da fraternidade calcado no liberalismo europeu e no constitucionalismo social. De outro lado, o Código de Processo Civil de 2015, trouxe o Princípio da Cooperação, ao lado da boa-fé, como uma diretriz do agir para todos àqueles envolvidos em um

processo judicial. Contudo, verifica-se que, mesmo emanando validade, as codificações encontram dificuldades para serem instrumentos de eficácia social, trazendo ao território insegurança para com os agentes jurídicos e desencanto voltado ao ordenamento como manifestação do Direito. Diante desta constatação, propõe-se, no presente artigo, uma reavaliação conceitual de como os sujeitos percebem o Direito e, a partir de tanto, trazer uma nova visão ao Princípio da Cooperação e consequente distribuição de justiça no território nacional brasileiro.

Por intermédio de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, são evidenciadas conclusões dentro de uma temática ainda não esgotada e, tendo como base, autores da Sociologia e do Direito, iniciar um debate interdisciplinar e crítico para rever os conceitos jurídicos que embasam o debate social.

2 Um ambiente jurídico e socioeconômico

Conforme o já exposto, a Constituição de 1988 introduziu novos parâmetros democráticos e normativos ao Direito. A compreensão dos fenômenos jurídicos não mais se restringe aos textos legais, devendo, portanto, ultrapassar os limites do entendimento corriqueiro e tradicional das teorias dos conhecimentos especificados em manuais.

Em que pese juristas contemporâneos brasileiros se auto caracterizem como "pós-positivistas" e diversas propostas hermenêuticas já tenham sido superadas e rejeitadas nos grandes centros da cultura jurídica, vícios ainda persistem, admitindo censuras prévias às demais ciências, em prol de suposto fortalecimento epistemológico.

Por estar se indagando constantemente, o Direito se faz da reflexividade30 como um processo mediante o qual a ação de perguntar se volta àquele que pergunta efetivamente. Mesmo que o isolamento positivista tenha imperado na jurisprudência moderna ocidental, pelo menos nos últimos 150 anos, as convenções tradicionais jurídicas merecem o questionamento que vem ocorrendo, seja por uma perspectiva sociológica ou deontológica.

A desmobilização da unidade que o positivismo criou, incomoda e desestabiliza as estruturas até então estáveis de pensamento. Entretanto, manter o campo jurídico em quarentena é o mesmo que negar a eminente evolução epistemológica. "O homem pós-moderno vive o paradoxo do adensamento da opressão e da fragilidade pessoal" (BITTAR, DE ALMEIDA, 2015, p. 11), portanto as ciências que dele provém, também sentem esta falha estrutural, que pode levar à perda das hegemonias. O jurista e o intérprete legal devem abraçar a mudança como uma velha amiga, na condição de conservar o que lhes cabe e ainda, atualizar o necessário a ensinar novas gerações, necessariamente, por intermédio de estudos interdisciplinares[31].

[30] O Direito reflexivo existe como entendimento compartimentado entre programas relacionais e complementares. "O conceito de direito reflexivo supõe atingir uma etapa de desenvolvimento do direito contemporâneo necessariamente acoplada com a evolução das sociedades complexas e a evolução das funções do Estado moderno dentro dessas sociedades. O conceito realça as relações mútuas entre o modo de funcionamento de uma sociedade e seu direito". (ARNAUD, 1999, p. 678).

[31] Por interdisciplinaridade, pertinente o seguinte recorte: "A interdisciplinaridade não é uma simples técnica, mas uma postura, um modo de pensar e agir, é um exercício diário de raciocínio que ultrapassa os bancos escolares para interagir com o mundo complexo. Significa dizer que embora as unidades curriculares (disciplinas) sejam ministradas separadamente, devem interagir umas com as outras e com outras áreas do conhecimento, buscando, desta forma, explorar caminhos adequados a uma formação crítica, integral e transformadora." (ALVES, 2006, p. 103).

> Quando agem no subsistema científico, as pessoas não devem abraçar a estratégia de estigmatizar seus "adversários", visto que atitudes desse tipo acarretam a desnaturação do código diferença racional-não racional, culminando no abandono eventual desse jogo de linguagem, e, em última instância, na desnaturação da própria ciência. Infelizmente, no entanto, essa é uma postura comum no Brasil. (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 123).

A concepção objetiva do Direito, de regular os comportamentos humanos, tem-se aliado à sociologia e à economia, criando um campo de conhecimento que objetiva "empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas" (JUNIOR, 2011, p. 18).

Assim, a investigação do Direito, a partir de uma análise econômica[32], permite que as consequências de uma norma ou de um ato jurídico, sejam verificadas em outros planos, alheios ao Direito por si só. Uma ampliação empírica que auxilia na identificação dos problemas sociais e das prováveis reações dos envolvidos. Tratando-se no presente do Princípio da Cooperação, a análise econômica do Direito se faz mister para que se avaliem as opções de atuação do sujeito racional e da possibilidade que este tem de agir com boa-fé e fraternidade, tanto para com o processo quanto para a sociedade na qual se encontra inserido.

A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, quando depare com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta Possível, o homem racional inevitavelmente levará em consideração a relação custo-benefício entre as opções possíveis, de modo a optar pela que melhor atende aos seus interesses. (BITTENCOURT, 2011, p. 28).

Ao que parece, diante da impossibilidade de expansão sem alianças e cooperações, posições rígidas e individualistas no contexto empresarial começam a ser questionadas e, em função disso, tomadas como um obstáculos, pois

> (...) los sistemas políticos y econômicos de êxito han desarrollado estructuras institucionales flexibles que pueden sobrevivir a las sacudidas y câmbios que son parte del desarrollo próspero. (NORTH, 1998, p. 137).

Tal como vem ocorrendo no mundo empresarial, o trecho coloca o cientista jurídico diante do mesmo desafio. Diante da pluralidade do mundo[33], recorrer a estratégias de análise e de intervenção mais flexíveis. Desta forma, ao passo que se reconheceu o pluralismo jurídico, fundante de uma nova cultura no Direito, tal como expõe Wolkmer (2015), perceber que a racionalidade humana é limitada, possibilitou-se o aditamento de fatores que, diretamente, influenciaram na retomada de escolhas e

---

[32] A fim de romper barreiras de isolamento positivista, a aproximação entre Direito e Economia é uma necessidade imposta por relevantes e complexas questões pertinentes ao âmbito social, como um ser global. Encontra-se dificuldade em resolver as problemáticas apresentadas, vez que as mesmas superam meros limites doutrinários e científicos de delimitações paradigmáticas. "Em especial, no Brasil, há um descolamento entre a pesquisa em Economia, baseada em grande medida nas contribuições de autores anglo-saxões, e o ambiente jurídico local, cujas práticas e modo de funcionamento tem referências mais fortes no direito romano. Economistas ainda ignoram quais são as implicações do ambiente jurídico brasileiro, de suas particularidades institucionais, sobre o estudo de contratos. É Possível que esta deficiência da perspectiva econômica dos contratos tenha algumas implicações sobre os resultados até agora alcançados. A agenda está aberta, e seus resultados parecem promissores" (SZTAJN, ZULBERSZTAJN; AZEVEDO, 2005, p. 133)

[33] A compreensão de modernidade é controversa em vários campos epistemológicos, porém, tem-se claro que nasceu um novo projeto de estudo das ciências, logo, um novo domínio e uma técnica. "Esta técnica não é uma mera consequência secundária do novo conhecimento da natureza – também não é apenas o seu pressuposto técnico – mas só translada o seu conhecimento para a prática, ao tornar calculável a intervenção nas condições iniciais mediante a computabilidade dos efeitos" (GADAMER, 2001, p. 74). A reivindicação de novos conhecimentos define a libertação de poderes diferenciados e forças interpretativas capazes de propiciar autonomia e emancipação.

negócios conjuntos a outros indivíduos. Cooperar torna-se essencial à criação de novas relações legitimadas para criar projetos capazes de materializar o proposto no texto constitucional.

Logo, o mito da racionalidade absoluta, ao ser sobrepujado por considerações que contemplam fatores irracionais, compromete a própria premissa das teorias clássicas, afetando a conclusão que via na afirmação das racionalidades absolutas o motor para a realização de negócios maximizadores da eficiência geral. (RIBEIRO, 2011, p. 68).

Naturalmente, a dogmática jurídica tem-se afastado para contemplar um ordenamento que vislumbre a realidade econômica e social inerentes, sendo necessária a cooperação entre indivíduos para a devida manutenção do texto constitucional e permissão de sua eficácia. O Estado, por sua vez, sempre desenvolveu atividade econômica, porém,

> (...) agora o faz sob e a partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas. (GRAU, 1997, p. 15).

No tocante à cooperação, ou seja, fraternidade, junto ao Estado, cabe ao Direito atuar na sociedade não somente por meio de leis e entendimentos jurisprudenciais. Sua essência social se verifica também em uma dimensão informal, com vivências práticas e concretas. A despeito da inegável força do mercado, a lógica das relações, centradas no mercado, vem se alterando a ponto de alguns autores celebrarem com indícios de exagero.

> A era do triunfantilismo de mercado chegou ao fim. A crise financeira não serviu apenas para pôr em dúvida a capacidade dos mercados de gerir os riscos com eficiência. Generalizou também a impressão de que os mercados desvincularam-se da moral e de que de alguma forma precisamos restabelecer este vínculo. (SANDEL, 2015, p. 12).

A rigor, a crise derivada da racionalidade econômica impõe ao Direito a necessidade imperativa de fazer valer o princípio da cooperação ou fraternidade. Esta escolha está associada à necessidade de restabelecimento de um vínculo moral às relações humanas, pois este vínculo foi aniquilado pela lógica de mercado ao coisificar todas as relações da vida associativa moderna. A este processo de escolha, ancorado não mais na competição, mas na cooperação, estamos chamando "descolonização" do pensamento jurídico. Descolonização em relação à jaula de ferro do mercado que tenta impor ao Direito sua lógica instrumental.

3 O princípio da cooperação

Sob a égide de uma racionalidade instrumental, com acento no econômico, a complexidade da condição humana tende a ser reduzida à busca pelo interesse material mais imediato. Esta linha de pensamento, que transforma o *Homo sapiens* em *Homo economicus*, remonta a uma simplificação do pensamento de Adam Smith[34] (1986 e 1999) e de outros autores clássicos da Filosofia Política como

[34] É muito importante alertar o leitor que boa parte das interpretações da obra de Adam Smith tende a reduzir sua complexidade. A contribuição de Smith, sobretudo na "Teoria dos sentimentos morais", acerca da condição humana é muito mais profunda do que a ideia simplificada do *Homo economicus*.

Thomas Hobbes[35] (1999). De ambos os autores são derivadas as interpretações aligeiradas de que "(...) todo ser humano busca individualmente a maximização da sua utilidade de forma infinita em um mundo cujos bens são finitos" (AGUSTINHO, 2011, p. 52). No bojo desta visão simplista do Homo sapiens, nas relações humanas, tende a predominar a máxima hobbesiana da "guerra de todos contra todos". Sob este reinado absoluto e inexorável do antagonismo, não há lugar para formas alternativas, associadas, por exemplo, à cooperação.

Neste contexto marcado pela busca de interesses fundamentalmente individuais ou de pequenos grupos, emerge o Princípio da Cooperação (Fraternidade, ou ainda, Solidariedade) visando ao desenvolvimento social e econômico. Seu propósito é não apenas auferir, mas igualmente distribuir, de forma harmônica, riquezas e garantir a subsistência justa de uma certa coletividade. A solidariedade "(...) apresenta-se como obrigação, no cenário interno, de toda a cidadania" (LEMBO, 2007, p. 17). Busca-se minimizar os desequilíbrios territoriais, com vistas a fornecer um avanço igualitário que extinga as desigualdades regionais.

> Em particular, o Princípio da Solidariedade está estreitamente ligado ao Direito Econômico, pois, ele pode e deve ser invocado quando da elaboração das estratégias governamentais, do planejamento e das políticas econômicas dos Estados e quando da promoção do desenvolvimento econômico-social de regiões de Estados ou da Comunidade de Estados. (ABRANTES, 2004, p. 136)

Por um lado, requer-se do Estado os meios e mecanismos necessários à concretização de diversos direitos e, por outro, dos indivíduos que reconheçam o "Outro" como parte de "si" para desenvolverem atividades que agreguem valores sociais e compactuem com o texto constitucional. O Princípio da Cooperação, tendo por seu núcleo a solidariedade, é de difícil compreensão, pois transcende barreiras, até então, tidas como antagônicas. Desta forma,

> (...) é compreensível a dificuldade para incluir a fraternidade como categoria jurídica constitucional, tendo-se em vista que ela é, via de regra, compreendida como um agir espontâneo, destituído de "coatividade", incompatível, portanto, com o direito (LAZZARIN, 2015, p. 96).

A abrangência deste princípio, será demonstrada à luz de duas óticas: i*) constitucional e ii)* internacional.

3.1 Ótica constitucional

Na Constituição brasileira, destacam-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade, do pacto republicano, da solidariedade, entre outros. O Princípio Constitucional da Cooperação está presente quando há um ente em que se impõe a partilha, a divisão, distribuição de encargos, sucessos e troca de experiências. Desta forma, o princípio visa ao desenvolvimento econômico com a inserção de todos os entes estatais no contexto de subsistência, ou seja, reciprocidade em prol da igualdade.

[35] De Hobbes, em geral, as interpretações tendem a repetir de forma descontextualizada uma de suas ideias fortes: *Homo, homini lupus* (O homem é o lobo do homem). Embora, em parte verdadeira, esta percepção de Hobbes não é suficiente para fazer generalizações absolutas acerca do egoísmo exacerbado do ser humano.

> Assim, o Princípio da Solidariedade oferece subsídios e fundamentos para a implementação de outros princípios, como o do equilíbrio institucional, da coesão, da interdependência, da multilateralidade, da não discriminação entre Estados ou regiões (ABRANTES, 2004, p. 131).

O trecho evidencia uma deliberada tendência de minimizar espaços de proliferação do individualismo, seja estatal ou pessoal, em nome do equilíbrio e colaboração para a redenção de todos no respeito aos direitos fundamentais e melhoria da vida dos cidadãos. Mesmo que de forma tímida, a cooperação (ainda denominada de fraternidade), pode ser aplicada mediante a efetivação ou ponderação dos outros princípios que se entrelacem mediante exigências sociais.

> A Constituição Federal de 1988 resgatou o princípio da fraternidade, na medida em que fez constar do Preâmbulo, o compromisso com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Pode-se dizer que o constitucionalismo moderno conheceu duas fases, a primeira, fundada no liberalismo europeu, com destaque para o valor liberdade; a segunda, caracterizada pela social democracia, pelo constitucionalismo social, com ênfase no valor igualdade. A fraternidade seria uma terceira fase na evolução do constitucionalismo, do liberal para o social e do social para o fraternal. (LAZZARIN, 2015, p. 96).

Logo, a cooperação enquadra-se na categoria jurídica constitucional, pois, além de não ser incompatível com o Direito, é norma fundante do Estado Democrático, inspirando o conjunto de normas infraconstitucionais e seus respectivos critérios interpretativos. Em sociedades multiculturais, tal como é a brasileira, os problemas de liberdade e igualdade estão em voga, dificultando o exercício de distribuição de riquezas e justiça.

A tolerância em tema de igualdade é mais que uma discussão envolvendo a normatividade constitucional. Desenvolve-se a proteção de minorias e a legitimação de inquietudes. O mandamento constitucional confere proteção igual das diferenças, impondo tratamentos desiguais e, para se efetivar a constitucionalidade das ações afirmativas, cada cidadão tem um papel mister ao desenvolvimento fraterno. Neste contexto plural,

> (...) ao reflectir sobre as condições de produção e apropriação do conhecimento científico, a dimensão hermenêutica visa compreender e desvelar a ininteligibilidade social que rodeia e se interpenetra nas ciências sociais, elas que são, na sociedade contemporânea, instrumentos privilegiados de inteligibilidade sobre o social. (SANTOS, 2002, p. 14).

Desta forma, entende-se que uma reflexão hermenêutica faz-se imperativa para transformar este objeto, até então, incomensurável. A cooperação, sob ótica constitucional deve ser um objeto familiar e próximo, se comunicando com as potencialidades e respectivos limites constitucionais. A tarefa de compreender a cooperação como prática social de conhecimento, transcende de uma prática meramente hermenêutica para se tornar uma questão epistemológica.

3.2 Ótica internacional

O Princípio da Cooperação, consubstanciado em Solidariedade, é estudado em diversos países europeus, ressaltando-se os conceitos da Alemanha, Espanha e Portugal[36] que trouxeram

[36] Conforme informações consubstanciadas por Ângela Abrantes (2004), na Alemanha o princípio denominou-se de *Finanzaus Gleich*, que em uma tradução livre significa "solidariedade e compensação". Por sua vez, na Espanha criou-

significativas evoluções à percepção objetiva de abolição das desigualdades e do caráter social que representa tal carga axiológica.

Na União Europeia, a Solidariedade é considerada essencial para materializar os objetivos dos Estados e a integração entre eles, vide que o comunitarismo, a igualdade e o desenvolvimento são parâmetros a serem seguidos por todos os envolvidos no pacto internacional europeu. "Dizem respeito, muito especialmente, à ordem internacional, em que todos os povos devem se apoiar, reciprocamente, mediante ações de solidariedade e fraternidade." (LEMBO, 2007, p. 17).

Requerem-se novos padrões éticos na nova era global, reconhecendo um dever de cuidado uns para com os outros, além das fronteiras geográficas e econômicas que fixam padrões já obsoletos e desnecessários para os projetos de democracias sociais e representativas. Entende-se que a cooperação

> (...) para continuar eficaz num mundo que se globaliza, ela tem que estar inserida num sistema reformulado e muito mais forte de gestão global, que procure combinar a segurança humana com a eficiência econômica (HELD; MCGREW, 2000, p. 73).

O Estado brasileiro vem promovendo diversas ajudas financeiras a nações, tanto as que integram o bloco econômico dos países sul-americanos (MERCOSUL) quanto as outras que não possuem qualquer laço de caráter integracionista. Assim, tem-se reforçado o princípio de colaboração e política internacional previsto no inciso IX do artigo 4º da Constituição[37].

A postura de política externa adotada pelo Brasil consiste em enviar ajuda humanitária, tecnológica e financeira a outras nações que se encontrem necessitadas de tanto, coadunando com as diretrizes constitucionais, em especial, de proteção dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana.

> A preocupação com os direitos humanos está hoje refletida nos mandatos de quase todas as organizações internacionais. O respeito a esses direitos é percebido como indispensável para a busca dos ideais de paz e para a promoção do desenvolvimento. Os Estados são, assim, responsáveis por manter progressos na realização dos direitos humanos mesmo em condições políticas e econômicas adversas, como a atual crise econômica, e não podem ser indiferentes a crises humanitárias que envolvam violações graves e sistemáticas às normas internacionais sobre o tema. (AMORIM, 2009, p. 67).

A cooperação, portanto, não é somente um fruto do comunitarismo, mas decorre da função globalizante dos padrões culturais de intensa transferência de capitais, tecnologias e informações financeiras que possibilitem o desenvolvimento conjunto entre nações que partilhem do mesmo ideal. A partir de tal ótica cooperativa, e não impositiva, houve vários mecanismos multilaterais que permitiram acelerar iniciativas de cooperação sem comprometer a autodeterminação de sociedades consideradas mais vulneráveis. Pode-se tomar como exemplo

> (...) a fracassada tentativa do Brasil em ser o sexto membro permanente do Conselho de Segurança da ONU evidenciou que o Terceiro Mundo não teria

se o *Fondo de Compensación Interritorial (FCI)* para dispor de recursos do governo central, com o objetivo de atender projetos intencionados a abolir as desigualdades regionais. Finalmente, em Portugal, mesmo que não haja uma previsão constitucional, ele se faz presente no *Fundo Especial de Financiamento (FCI)* para minimizar as diferenças econômicas existentes entre regiões, bem como evitar a exclusão social.

[37] Artigo 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. (BRASIL, 1988)

> voz nas questões estratégias internacionais. (PEREIRA; MEDEIROS, 2015, p. 3).

Mesmo que diversas correntes entendam porque tais movimentos estão ganhando força, o trecho recortado revela que ainda a hegemonia global é conduzida pelos países mais ricos, o que minimiza espaços de participação das nações menos desenvolvidas economicamente[38].

4 A Descolonização do Saber

As crises econômicas assolam os mais variados Estados e blocos econômicos. O desencanto social para com as instituições constitucionais demonstra que o atual estágio de desenvolvimento epistemológico do Direito permite revalorações conceituais e incursões interdisciplinares que fortaleçam o ambiente plural de interpretação principiológica.

Conforme se verificou nas linhas acima introduzidas, as relações dominantes de poder manifestadas na construção das sociedades não mais se demonstram expressas. Diversos novos instrumentos, tais como a cooperação entre nações, inclusive entre indivíduos em relações econômicas e processuais, permitem que haja a criação de visões singulares, representando, essencialmente, o núcleo de determinado centro civilizado. A racionalidade lógica europeia[39], hegemônica em diversos pólos, não mais se vislumbra universalizada de acordo com as múltiplas possibilidades de conhecer e perceber as relações sociais singulares à cada região dos hemisférios.

> El pensamiento decolonial se ha abierto a otras problemáticas no consideradas en la primera década: el gênero, la naturaleza, la interculturalidad y la colonialidad, más allá de América Latina (ESCOBAR, 2014, p. 42).

Estes indícios de contestação de um pensamento único derivado do eurocentrismo epistêmico, começa a ser acolhido pelo corpo conceitual sócio-jurídico que, por sua vez, tem se valido desta perspectiva crítica para promover avanços significativos das epistemes genuinamente constitutivas e constituintes das realidades não europeias.

As noções contemporâneas de modernização, inclusive a brasileira, são consideradas carentes de dinamismo e de representação empreendedora. Tem-se dificultado a administração da política e da evolução social, sendo, portanto, mister o desenvolvimento de uma ruptura epistemológica rumo

---

[38] Vários fundamentos internacionais foram colocados a partir da Guerra Fria, em especial, a luta pela escolha livre de sistemas políticos e de autodeterminação, "na Conferencia de Bandung, pela primeira vez se reúnem representantes dos povos asiáticos e africanos, inaugurando a solidariedade afrosiática e a emergência do Terceiro Mundo no cenário internacional [...] Ao final da conferencia, foram declarados em um comunicado contendo cinco sessões; a) Cooperação Econômica; b) cooperação cultural; c) direitos do homem e autodeterminação; d) problemas dos povos dependentes; e) promoção da paz e cooperação mundiais" (PEREIRA; MEDEIROS, 2015, p. 6-7). No que tange à cooperação econômica, foi reconhecida a necessidade de promoção em conjunto à independência das nações envolvidas, por intermédio de acordos multilaterais. De acordo com Guitard (1962), clamou-se pela criação de um agencia internacional de energia atômica, para fins pacíficos, na criação de um fundo especial das Nações Unidas para desenvolvimento econômico e fomento de feiras inter-regionais e intercambiais para exportação de manufaturas.

[39] O processo de colonização e dominação não é objeto do presente estudo, devido sua magnitude histórica e complexidade epistemológica. Entretanto, deve-se ter sabido que "[...] as relações desenvolveram-se entre sujeitos e os não sujeitos, entre colonizadores e colonizados. Do centro, poder e dominação, da periferia, exploração e subjugação. A Europa ocidental era o centro do controle do poder, do desenvolvimento do capital e da modernidade/racionalidade, bem como a própria sede do medo histórico avançado de civilização. Assim, as realidades diversas foram submetidas ao mesmo pensamento, à mesma história – na qual somente as experiências europeias importavam – às mesmas perspectivas de conhecimento" (QUIJANO, 2006, p. 74).

à independência cultural hábil à modificação do ambiente e da interpretação jurídica. A emancipação não é sinônimo de negação dos valores estrangeiros, porém há de se ter cuidado, pois

> (...) o discurso colonial subordina epistemológica, ética e juridicamente o existente a uma categoria inanimada de objeto e dominação como processo de objetivação (SUBIRATS, 2006, p.123).

A decolonização impõe ao Direito a necessidade de ampliar o seu campo de investigação, com vistas a dialogar com outros campos de conhecimento e principalmente com níveis concretos da realidade social. Este alargamento do campo de investigação jurídica, possibilita reivindicar mais autonomia, pois "autonomia é vida, isolamento é morte" (FADUL; SOUZA-LIMA, 2014, p. 71).

Desta forma, o conhecimento principiológico que se obteve a partir das ideias pré-definidas pela ótica colonialista, enseja a repetição, imitação, do conhecimento já produzido em outros centros. A consequência está na criação de normas válidas, porém ineficazes, pois descabidas ou mal interpretadas para com a realidade social que se pretende inferir. A condição humana, logo jurídica, necessita estar voltada à perspectiva emancipatória frente à colonização dominante. As representações não podem estar sujeitas a condicionamentos ou manipulações por parte de outros mundos epistêmicos e científicos. Os desafios são tamanhos, pois

> (...) o pensamento ocidental possui limites epistemológicos bem definidos e não observa ou releva qualquer potencial epistemológico que não o hegemônico (CUNHA, 2013, p. 21).

Tanto a autonomia física quanto racional assume uma posição de criação e sistematização do conhecimento pertinente à realidade. Os legados europeus ainda bloqueiam a percepção ampla das experiências sociais, produzindo, portanto, pensamentos cíclicos que reproduzem o mesmo. A perspectiva moderna, a qual tem como integrante o princípio da cooperação em todos os seus vieses, permite a potencialidade criativa de desvinculação de saberes silenciados e junção de conhecimentos sociais.

> Nessa perspectiva, os saberes subalternos, marginalizados não são somente culturas a serem estudadas, mas possuem potencial epistemológico a ser desenvolvido, capaz de produzir diálogo com os outros saberes, produzindo várias descrições, sob várias perspectivas, capazes de propiciar transformação epistemológica (CUNHA, 2013, p. 23).

A cultura jurídica precisa levar em conta a produção de vida digna em uma coletividade, buscando diferenciar-se dos demais conteúdos históricos obsoletos ou diferentes do objeto primal ao desenvolvimento epistemológico. O saber singular de determinado ambiente é uma possibilidade não de se submenter, mas de dialogar com as linguagens científicas e não-científicas que constituem as realidades múltiplas.

Para melhor compreender o que a Constituição Federal pretende em introduzir a cooperação como princípio, deve-se ter como primeiro passo a aceitação de concepções exógenas. A alteração dos campos sociais é fundamento para defender a necessidade de criação de entendimentos que refletem a realidade do coletivo, seja física ou racional. Os vetores sociais e os fenômenos jurídicos são singulares, entendidos, como o jargão do Direito expõe "caso a caso". Assim

> (...) há um objeto muito mais amplo e prolífico que a mera norma positivada ao alcance do cientista jurídico, cujo estudo se vê negligenciado por conta de

> pré-noções herdadas da tradição estruturalista (FADUL; SOUZA-LIMA, 2014, p. 73).

A decolonialidade, portanto, pretende forjar noções interpretativas que se mostrem eficientes para a produção de entendimentos jurisprudenciais adequados aos ambientes socioculturais específicos.

5 Efetivação social do princípio da cooperação e fraternidade

> A chegada do mercado e do pensamento centrado nele a aspectos da vida tradicionalmente governados por outras normas é um dos acontecimentos mais significativos da nossa época (SANDEL, 2015, p. 13).

Com isto, necessitou-se de uma gestão diferenciada do conhecimento capaz de desempenhar uma função cognitiva inédita acerca do entendimento da lei. Aliada a intenção descolonizadora, tais perspectivas permitem o florescer hermenêutico de uma convicção genuína e não meramente reprodutora de funções preestabelecidas. Os operadores, portanto, possuem uma capacidade de autointegração diferenciada.

Conforme Pereira e Medeiros (2015) expõem, o período econômico internacional presente, chamado de Cooperação Sul-Sul, permite que países periféricos, mesmo sintonizados, atuem autonomamente, de acordo com seus parâmetros morais e culturais inerentes para buscar novas soluções e formas de cooperação. No Brasil, há uma constante reafirmação da cidadania e do sistema judiciário em assumir o papel de assegurar os direitos fundamentais. O protagonismo assevera instrumentos diferenciados para estabelecer sistemas normativos e, desta forma, cumprir o papel de compreensão da realidade social inerente à aplicação das normas jurídicas. Nesta linha de pensamento, mas uma vez a perspectiva decolonial emerge como fonte inspiradora.

> O objetivo é apagar a distinção entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre o sujeito que conhece e o objeto que é conhecido, entre um objeto "híbrido" (o limite como aquilo que é conhecido) e um "puro" sujeito disciplinar ou interdisciplinar (o conhecedor) não contaminado pelas questões limiares que descreve. (MIGNOLO, 2003, p. 42).

Se levada em conta, esta perspectiva decolonial ajuda a fundar uma nova juridicidade, à medida que impulsiona o processo descentralizador das constituições. A dogmática jurídica, fortemente submissa às influências europeias, tem sido relativizada, em prol de novos processos hermenêuticos, alinhados aos paradigmas plurinacionais e sociais comunitários. Deve-se reconhecer o ambiente singular brasileiro e a posição do sujeito sul-americano para, então, promover a cooperação entre indivíduos não abstratos, mas de carne e osso, e entre nações, respeitando as realidades, singularidades e características distintas. Esta revolução conceitual fornece ao pesquisador do campo jurídico e social um marco adequado para a compreensão da transformação proposta e da formação de uma identidade que possibilite a comunicação com outrem.

> A destruição temporária da estabilidade social e o monopólio da força, a substituição de um segmento da elite por outro, a participação de amplas camadas da população em ações violentas nas cidades e no campo como forma de precipitar a mudança, a criação de novos instrumentos de governo e, acima de tudo, a oportunidade de manifestação de conflitos sociais e econômicos latentes através de debate público em assembleias constituintes e em

> panfletagem política – esses aspectos do processo revolucionário levam os analistas a enfatizar as inovações trazidas pela era pós-revolucionária. (STEIN; STEIN, 1977, p. 120).

Os processos globalizantes e inter-relacionados permitem que haja uma cooperação efetiva entre dois sujeitos, pois as diferenças culturais e as manifestações difusas são respeitadas dentro de ambientes descolonizados. Para que haja a fraternidade entre povos, a sociedade deve apresentar mobilidade em termos de juridicidade.

> A globalização neoliberal obriga a aprofundar e pôr em dia a tentativa dos críticos pós-coloniais de provincializar a Europa e de questionar sua universalidade. Ao mesmo tempo em que se une a essa tarefa, a crítica ao globocentrismo deverá igualmente reconhecer a rica diferenciação do mundo e mostrar a altamente desigual distribuição de poder que inibe sua imensa diversidade cultural. Uma crítica que desmitifique as afirmações universalistas do discurso de globalização, mas que reconheça seu potencial libertador, deveria tornar menos tolerável a destruição da natureza e a degradação das vidas humanas por parte do capitalismo. Esta crítica será desenvolvida em diálogo com ideias surgidas nos espaços nos quais se imaginam futuros alternativos para a humanidade, seja em focos de resistência ao capital, em lugares ainda livres de sua hegemonia, ou no seio de suas contradições internas. (CORONIL, 2005, p. 59).

A globalização permite a compreensão acentuada das peculiaridades e da essencialidade em se desvincular de discursos colonizadores para se efetivar os pressupostos constitucionais. A autonomia é ímpar para a construção do esperado pelo legislador brasileiro. A cooperação, desde que tomada à luz da perspectiva decolonial, projeta-se como um passo fundamental aos processos de libertação da racionalidade instrumental e colonialista. Para que haja sua promoção, não apenas os indivíduos, mas sobretudo os coletivos sociais, além de se encontrarem, devem ser capazes de se reconhecerem como iguais, resguardadas suas diferenças. A interação é recomendável para a cooperação mútua, pois os resultados em um futuro são preferíveis a um determinado benefício imediato e unilateral. Os contratos internacionais e os blocos econômicos estabelecem territórios férteis para o desenvolvimento frequente dos envolvidos. A construção de um bom relacionamento, seja econômico ou jurídico, depende da estabilidade dos sujeitos e da percepção destes consigo mesmos.

Entre os fundamentos do constitucionalismo latino-americano está o pensamento descolonial, que

> (...) objetiva superar o saber monocultural dominante, recuperando o ignorado por ele, através de uma hermenêutica diatópica e de uma tradução intercultural (PORTANOVA; CORTE, 2015, p. 136).

O desenvolvimento desta nova racionalidade avalia um cenário de multiplicidade que valoriza a ciência nacional e permite o reconhecimento do sujeito, "considerando a necessidade de uma reapropriação social da natureza" (PORTANOVA; CORTE, 2015, p. 143). A cultura e a economia pautadas na cidadania, tal como se tenta na realidade sociojurídica brasileira, amplia os horizontes do Estado, permitindo uma aproximação dos demais. A partir de tanto, a cooperação e, consequente distribuição de justiça, torna-se um caminho possível de ser seguido.

6 Considerações Finais

Partindo de pressupostos da linguagem do Direito e de como este é percebido, verifica-se a intenção de revalidação conceitual, tanto como uma forma de reconhecimento do "Outro" e do "si".

No Brasil, embora o Princípio da Solidariedade esteja previsto constitucionalmente, ele é utilizado de forma incipiente, pois, não somente é mal interpretado pelos órgãos julgadores e executivos, o sujeito não se vislumbra como um ente capaz de alterar o âmbito social, dentro de suas peculiaridades e diversidades. A gritante desigualdade regional, causadora de obstáculos econômicos e sociais, é reforçada por interpretações constitucionais limitadas e desvinculadas da realidade brasileira. O espírito de cooperação e valorização entre os povos deve prosperar para que haja um verdadeiro senso de interculturalidade hábil a desenvolver as mais diversas e interligadas economias nacionais.

O pensamento decolonial busca apresentar questionamentos que gerem desconforto na produção de conhecimento, buscando romper com os movimentos circulares. A base de sustentação da colonização, ou seja, a aceitação de subjugação da subjetividade, deve ser rompida para que os saberes sejam contextualizados dentro da realidade social e do terreno epistemológico que se pretende incidir uma carga epistemológica. A cooperação é fundamento do novo estado democrático de direito e, desta forma, a percepção do sujeito e de suas potencialidades emancipatórias, desvinculadas de discursos coloniais, é o primeiro passo para um avanço hermenêutico.

Neste contexto plural que se evidencia a necessidade de redefinir pressupostos hermenêuticos e visões jurídicas que determinem a urgente tarefa de efetivar os princípios constitucionais, em especial, da cooperação e consequente distribuição de justiça, respeitando, primeiramente, as peculiaridades sociais de cada sociedade.

Referências

ABRANTES, Ângela Maria Rocha Gonçalves de. O Princípio da Solidariedade e o Direito Econômico In: *Prima Facie.* ano 3. n. 4, jan-jun, 2004.

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As tragédias dos *comuns* e dos *anticomun.* In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) *O Que É Análise Econômica do Direito:* uma introdução. Belo Horizonte, Fórum: 2011.

AMORIM, Celso. O Brasil e os Direitos Humanos: em busca de uma agenda positiva. In: *Política Externa.* v. 18. n. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

ALVES, Elizete Lanzoni. A Docência e a Interdisciplinaridade: um desafio pedagógico. In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). *Aprendendo a Ensinar Direito o Direito.* Florianópolis: OAB/SC, 2006.

ARNAUD, André-Jean. *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BITTAR, E. C. B.; DE ALMEIDA, G. A. *Curso de Filosofia do Direito.* 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) *O Que É Análise Econômica do Direito:* uma introdução. Belo Horizonte, Fórum: 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16.abr.2017.

CORONIL, Fernando. Natureza do Pós-Colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org). *A Colonialidade do Saber:* eurocentrismo e ciênciais sociais. Buenos Aires: Clacso, 2005.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernando Augusto Ferreira. *Além do Positivismo Jurídico.* Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CUNHA, Mércia Miranda Vasconcellos. Saberes Marginais, Fronteiras Epistêmicas, (Des)colonização Intelectual: reflexões para além do sistema mundial colonial/moderno. In: *Argumenta*. n.19. Jacarezinho: UENP, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Sociedade e Direito:* quadros institucionais. Porto: Resjurídica, 1985.
ESCOBAR, Arturo. *Sentipensar con la Tierra: nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia.* Medellín: Unaula, 2014.

FADUL, David; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. O Campo do Conhecimento Jurídico e os Desafios da Interdisciplinaridade. In: *Revista Orbis Latina.* v. 4. n.1. jan-dez, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da Teoria.* Lisboa: Edições 70, 2001.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988.* 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUITARD, Odette. *Bandung y el Despertar de los Pueblos Coloniales.* Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1962.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização.* Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

HOBBES, Thomas. *Hobbes*: vida e obra. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).

JUNIOR, Ivo T. Gico. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) *O Que É Análise Econômica do Direito:* uma introdução. Belo Horizonte, Fórum: 2011.

LAZZARIN, Sonilde K. O Princípio da Fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Direito & Justiça.* v. 41, n.1, jan-jun, 2015.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os Tempos Hipermodernos.* Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

_____. SERROY, Jean. *A Cultura-mundo:* resposta a uma sociedade desorientada. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

LEMBO, Cláudio. *A Pessoa:* Seus Direitos. Barueri: Manole, 2007.

MIGNOLO, Walter. *Histórias Locais/Projetos Globais.* Tradução de Solange Ribeiro de Oliveira. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

NORTH, Douglass C. *Desempeño Econômico En El Transcurso de Los Años*. In: *Economia: teoria y práctica.* n. 9, 1998.

PEREIRA, Analúcia Danilevicz; MEDEIROS, Klei. O Prelúdio da Cooperação Sul-Sul: da conferencia de Bandung à Conferencia de Buenos Aires 1955-1978. *I Seminário Internacional de Ciência Política.* Porto Alegre: UFRGS, 2015.

PORTANOVA, Rogério; CORTE, Thaís Dalla. Descolonização e luta socioambiental: o paradigma dos saberes do sul. In: CUNHA, Belinda Pereira da. (org.) *Os Saberes Ambientais, Sustentabilidade e Olhar Jurídico:* visitando a obra de Enrique Leff. Caixias do Sul: Educs, 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgar (org.) *A Colonialidade do Saber:* eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Clacso, 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.) *O Que É Análise Econômica do Direito:* uma introdução. Belo Horizonte, Fórum: 2011.

SANDEL, Michael. *O Que o Dinheiro Não Compra:* os limites morais do mercado. Tradução de Clóvis Marques. 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna.* 6 ed. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SMITH, Adam. *Uma Investigação sobre a Natureza e Causas da Riqueza das Nações*. São Paulo: Editora tecnoprint, 1986.

SMITH, Adam. *Teoria dos Sentimentos Morais*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

STEIN, Stanley J; STEIN, Barbara H. *A Herança Colonial da América Latina:* ensaios de dependência econômica. 2 ed. Tradução de José Fernandes Dias. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. *Direito e Economia:* análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SUBIRATS, Eduardo. Viagem ao Fim do Paraíso. In: NOVAES, Adauto (org). *Oito Visões da América Latina.* São Paulo: SENAC, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico:* fundamentos de uma nova cultura no direito. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SER IMIGRANTE NÃO É CRIME: A CRIMINALIZAÇÃO DA MOBILIDADE HUMANA E A NECESSIDADE DA EFETIVA GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS AOS IMIGRANTES

Yduan de Oliveira May,
Doutor em Direito;
E-mail:yduan@unesc.net

Alfredo Engelmann Filho,
Especialista em Direito da Integração latino-americana;
E-mail: a.enlgemannfilho@gmail.com

Resumo

O presente artigo analisa a crescente criminalização da mobilidade humana, evidenciando a vulnerabilidade em que se encontram os imigrantes irregulares, os quais não têm garantidos os seus direitos mais básicos. Inicialmente, aborda-se acerca do fenômeno da imigração e o refúgio, elencando a evolução histórica da legislação da imigração e da proteção ao refugiado. Em seguida, ressalta-se a problemática do afastamento das migrações de questão meramente administrativa, para sua vinculação ao Direito Penal. Define-se o fenômeno da crimigração, consistente no tratamento dos imigrantes como criminosos pelo único fato de serem estrangeiros sem documentação regular. Trata-se de um sistema excludente que separa indivíduos "legais" e "ilegais", inocentes e culpados, admitidos e excluídos. Por meio do método dedutivo e técnica de pesquisa documental e bibliográfica, reconhece-se que aos imigrantes irregulares não são garantidos os direitos humanos básicos e a plenitude da cidadania.

Palavras-chave: Imigração. Crimigração. Exclusão. Vulnerabilidade. Direitos Humanos.

1 Introdução

Em todo o mundo há movimentos migratórios e de refugiados. O Brasil não escapa do fenômeno, em razão de uma série de fatores: de indivíduos originários da América Latina, devido ao Acordo sobre Residência para os Nacionais dos Estados do Mercosul e Associados e dos demais países, pelas diversas crises humanitárias, tornando o Brasil destino de várias nacionalidades como solicitantes de refúgio, instituto que protege indivíduos que sofrem perseguições por razões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou político e que se viram obrigados a deixar seu país face à grave violação de direitos humanos.

A Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, criou o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e é uma das primeiras legislações latino-americanas que traz um conceito amplo de refugiado ao estabelecer que também poderão ser reconhecidos como refugiados aqueles que deixam seus países "devido a grave e generalizada violação de direitos humanos" (BRASIL, 2017c)

No Brasil, a situação jurídica do estrangeiro é regida pela Lei nº 6.815/80, lei federal sancionada durante o período do regime militar, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, em que este era visto como ameaça à segurança nacional (BRASIL, 2017b). Vale ressaltar que a nova lei de

migração foi aprovada, recentemente, pelo Senado Federal, revogando o Estatuto do Estrangeiro, em vigor desde 1980, todavia, segue para sanção presidencial e a proposta não é unanimidade entre as instituições e organizações da sociedade civil envolvidas com os imigrantes e, como bem colocado por Ventura (2012, p. 35), "mantém em sua essência o paradigma da segurança nacional".

O Programa Nacional de Direitos Humanos 3 – PNDH 3, em seu Eixo I, Diretriz II, versa sobre "os Direitos Humanos como princípios orientadores das políticas públicas e relações internacionais" e procura estabelecer uma série de ações governamentais para a regularização dos estrangeiros e suas famílias e, dentre outras, impedir e punir a violência e discriminação contra estrangeiros (BRASIL, 2017d).

Todavia, estes grupos de imigrantes e refugiados se tornam extremamente vulneráveis, seja pela atual crise econômica ou pelos focos de racismo e xenofobia. Assim, uma vez excluído, ao ser-lhes negado o refúgio ou a cidadania ou, ainda, porque não há regularização migratória, a eles é imposto o *status* de ilegal ou criminoso, juízos de valor que associam, equivocadamente, o imigrante ao fenômeno da criminalidade.

Nesse norte, para efetiva aplicação e proteção dos direitos humanos, deve-se ampliar as possibilidades de regularização migratória e afastar a criminalização da imigração.

2 O fenômeno da migração e refúgio

Desde sempre o ser humano se desloca entre fronteiras, fenômeno que se intensificou no século XX após as duas grandes guerras, com o fim de se buscar segurança e sobrevivência das famílias. Especialmente a partir da Segunda Guerra Mundial o problema dos refugiados se intensificou e, conforme relata Barreto (2010, p. 14), "dezenas de milhões de pessoas se deslocam por diversas partes do mundo, a maioria sob fuga do delírio expansionista nazista".

Assim, no ano de 1943 os países aliados (dentre eles a União Soviética, os Estados Unidos, o Império Britânico e a China) criaram a Administração de Socorro e Reabilitação das Nações Unidas (UNRRA - United Nations Relief and Rehabilitation Administration) que tinha como objetivo auxiliar as vítimas da guerra, em qualquer área sob o controle das Nações Unidas, com provisões de comida, combustível, roupas, abrigo e outras necessidades básicas ou médicas. No mesmo ano, realizou-se a Conferência de Bermudas, que, segundo Barreto (2010, p. 14):

> [...] ampliou a proteção internacional, definindo como refugiados "todas as pessoas de qualquer procedência que, como resultado de acontecimentos na Europa, tiveram que abandonar seus países de residência por terem em perigo suas vidas ou liberdade, devido a sua raça, religião ou crenças políticas".

De acordo com este mesmo autor, esta significação acabou se tornando o cerne da futura definição de refúgio na Convenção de Genebra em 1951, a qual estipulou que "refugiado" seria:

> [...] toda pessoa que, como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo social e por suas opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, por causa dos ditos temores, não queira recorrer à proteção de tal país; ou que, carecendo de nacionalidade e estando, em consequência de tais acontecimentos, fora do país onde tivera sua residência habitual, não possa ou por temor fundado não queira regressar a ele (BARRETO, 2010, p. 15).

No âmbito brasileiro, em 1991 foi promulgada a Portaria Interministerial n° 394, publicada no dia 29 de julho, a qual "Define normas sobre a situação do refugiado admitido no Brasil sob a proteção do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR)" (MILESI, ANDRADE, 2010, p. 27).

Em relação ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), este também é conhecido como a "Agência da ONU para Refugiados", e tem o objetivo de "dirigir e coordenar a ação internacional para proteger e ajudar as pessoas deslocadas em todo o mundo e encontrar soluções duradouras para elas" (ACNUR, 2017).

Com o intuito de implementar o Estatuto dos Refugiados de 1951 no país, foi editada, em 1997, em parceria com a ACNUR, a Lei nº 9.474/97, a qual "Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências" (BRASIL, 2017c). De acordo com Barreto (2010, p. 19), esta lei é considerada pela ONU como "uma das leis mais modernas, mais abrangentes e mais generosas do mundo", uma vez que ela contempla todos os dispositivos de proteção internacional de refugiados. Além disso, cria um órgão específico para ditar a política pública do refúgio e determinar se os solicitantes reúnem as condições necessárias para serem reconhecidos como refugiados no Brasil, qual seja, o CONARE.

O processo de migração internacional pode ocorrer tanto em consequência de desastres naturais, guerras e perseguições politicas, quanto por questões étnicas ou culturais ou, ainda, pela busca de melhores condições de vida. Entretanto, carrega consigo diversos problemas socioeconômicos, tanto no plano interno quanto no internacional, uma vez que todos os bens, objetos e valores são negociáveis, incluindo as pessoas, seus órgãos, sua educação, sexualidade e, sem dúvida, os migrantes e refugiados.

Nesse sentido, percebe-se que esses movimentos acabam refletindo, também, as contradições existentes entre as relações internacionais e o impacto da globalização. A Comissão Econômica para América Latina (CEPAL, 2002, p. 77) afirma que, nessa etapa da globalização, os países ricos começam o "jogo econômico mundial" em condições de claras vantagens:

> [...] a economia mundial é um 'campo de jogo' essencialmente desnivelado, cujas características distintivas são a concentração do capital e a predominância no comércio de bens e serviços. Essas assimetrias características da ordem global constituem a base das profundas desigualdades internacionais em termos de distribuição de renda.

Atualmente, os movimentos migratórios e o número de imigrantes aumentaram consideravelmente, comumente motivados pelas discrepâncias econômicas e sociais que, por sua vez, produzem fenômenos negativos como a formação ou reforço de redes criminosas transnacionais e o desordenamento social provocado pela massa populacional em um intervalo de tempo muito curto (BAGANHA; GÓIS, 1999, p. 52).

A maioria desses imigrantes acaba se encontrando em situação irregular e, desse modo, vivem numa condição de extrema vulnerabilidade, tendo em vista que estão constante e facilmente sujeitos a todo tipo de exploração por parte dos empregadores e dos agentes de migração. Além disso, apesar de trabalharem e contribuírem para o enriquecimento do respectivo país de destino, eles evitam utilizar os serviços e assistências aos quais têm direito, por terem medo de serem descobertos e expulsos do país, "o que não deixa de ser uma nova forma de escravidão" (MARINUCCI; MILESI, 2005).

Mesmo que muitos dos imigrantes tenham o objetivo de associar-se a um trabalho digno e legalmente definido, muitas atividades criminosas estão relacionadas ao contexto migratório, como

tráfico de drogas e de pessoas e crimes de natureza econômica, o que auxilia na rotulação de determinada identidade social. Nesse sentido é que se percebe o conceito de Direito Penal do Inimigo, qual seja, em vez de fazer valer a norma, declara-se guerra a potenciais ameaças, tomando por base eventual perigo que as ações destes inimigos, aqui vistos como os imigrantes, possam praticar: é "a criminalização no estado prévio" (JAKOBS *apud* GUIA, 2012).

De acordo com Barreto (2010, p. 20):

> Os países têm o direito soberano de fixar regras de controle para o ingresso, permanência e saída de estrangeiros de seu território. No entanto, nenhum país está livre de responder diante da comunidade internacional por violações dos direitos dos migrantes. Existe hoje uma ideia consolidada da transnacionalidade dos direitos humanos.

Assim, não se pode admitir a vinculação das migrações ao Direito Penal e à criminalização, repudiando-se, portanto, o tratamento discriminatório e o tratamento dos imigrantes como pessoas que não são dotadas de direitos, de modo que os assuntos migratórios devem ser tratados absolutamente vinculados aos Direitos Humanos (BARRETO, 2010, p. 20). Isso porque o que se pretende é o respeito ao ser humano, como cidadão universal, sem levar em consideração o espaço geográfico em que se encontra, bem como sua nacionalidade, cor, etnia ou situação social.

3 A crimigração

Como não se pode impedir a entrada dos imigrantes através dos instrumentos legais, cabe ao Estado a adoção de políticas públicas capazes de integrar e permitir acesso a, pelo menos, alguns direitos garantidos aos cidadãos, vez que os imigrantes em situação irregular ficam desprovidos de qualquer estatuto jurídico e de cidadania, facilitando a subjugação de muitos deles às organizações criminosas, procurando melhores condições de vida e acesso aos cuidados mínimos de saúde, educação e trabalho.

É, pois, esta condição jurídica de "irregular" que faz com que os Estados escolham criminalizar e proibir estes comportamentos, optando pela política de crimigração. Esta política tem como objetivo punir e expulsar, especificamente, os imigrantes, que são classificadas como *outsiders*, estranhas, deslocadas (criminalização secundária), e que passam a ser os excluídos. É o discurso do risco à integridade territorial aplicado à imigração irregular que os considera ingovernáveis e que põe em perigo o resto da comunidade (GUIA; PEDROSO, 2015, p. 131).

O termo crimigração (do original *crimmigration)* foi cunhado pela jurista americana Julie Stumpf, em 2006. Historicamente, as legislações penal e migratória são áreas separadas, e o conceito de crimigração se traduz em como e porquê o limite entre estas duas zonas, tradicionalmente separadas da lei, se misturaram a ponto de não mais se distinguir onde começa uma e termina a outra, principalmente nos casos de tráfico de entorpecentes, pelo ingresso no país sem documentação ou por reingressar ilegalmente depois de deportado (STUMPF, 2006).

Assim, percebe-se que o Estado acaba transformando as infrações à lei de imigração, que têm natureza administrativa, em infrações de natureza criminal, criando a referida crimigração. Sobre o assunto, Stumpf (2006, p. 380) explica que ambas as legislações (criminal e de imigração) são sistema excludentes, pois ambos têm, em seu cerne, a característica de distinguir as pessoas "legais" e "ilegais", inocentes e culpados, admitidos e excluídos. Assim, é perceptível que "quando os políticos

buscam aumentar barreiras para que os não-cidadãos sejam membros da sociedade, é previsível que eles se voltassem para uma área da lei que também funciona para excluir" (tradução nossa).

Nas palavras de Stumpf (2006, p. 380):

> Both criminal and immigration law are, at their core, systems of inclusion and exclusion. They are similarly designed to determine whether and how to include individuals as members of society or exclude them from it. Both create insiders and outsiders. Both are designed to create distinct categories of people-innocent versus guilty, admitted versus excluded or, as some say, 'legal' versus 'illegal'. Viewed in that light, perhaps it is not surprising that these two areas of law have become entwined. When policymakers seek to raise the barriers for noncitizens to attain membership in this society, it is unremarkable that they would turn to an area of the law that similarly functions to exclude.

A consequência deste fenômeno é a convergência ou interseção entre as práticas do direito penal e migratório, criando o descabido sistema atual, fazendo com que, cada vez mais, a aplicação das leis de imigração assemelhe-se a aplicação da lei penal, inclusive na instrução do processo, incentivando o encarceramento de imigrantes e demonstrando que o sistema determina quando e como um indivíduo pode ser excluído da sociedade.

A ausência de políticas públicas atualizadas capazes de inserir o imigrante ao contexto nacional e a inércia do Estado tornam o imigrante invisível e vulnerável e, na grande parte dos países desenvolvidos, há uma ascensão de políticas que levam à criminalização de violações das leis migratórias e à imposição de consequências migratórias para atos criminosos (STUMPF, 2012, p. 43).

> Nesse contexto, aqueles que são detidos devido a questões administrativas ligadas à migração muitas vezes são submetidos a condições parecidas ou até piores do que aquelas impostas aos que são condenados por crimes. Agravando mais a situação, migrantes detidos nessas condições não se beneficiam das medidas de salvaguarda que existem no sistema judiciário (PÉREZ, 2013, p. 167-168).

Portanto, em relação à experiência migratória, Sharma (2003, p. 56-57) explica que, muitas vezes, ela é arriscada. Contrariamente do que comumente se acredita, o perigo não se encontra em maior grau nas ações dos criminosos durante a migração ou no processo em si, mas sim no fato de que os Estados receptores, ao negarem aos migrantes irregulares (sem documentação) o devido acesso aos serviços importantes e aos direitos básicos, criam deliberadamente a situação de vulnerabilidade do imigrante, principalmente no que tange à exploração no mercado de trabalho e à exclusão social.

O ponto central da crimigração se concentra na perda progressiva dos direitos pelos imigrantes e, ainda, na criminalização dos seus comportamentos. Nesse fenômeno, há "a aplicação simultânea da lei penal a migrantes (que não cometeram crimes) e a aplicação da lei de imigração a condenados por crimes (com afastamento permanente dos territórios onde estes condenados cometeram os crimes)". (GUIA; PEDROSO, 2015, p. 132).

Por meio dessa convergência da Lei Penal com a Lei de Imigração, percebe-se a desconsideração com os indivíduos não nacionais, o que resulta numa divisão do acesso aos direitos básicos, incluindo o direito à cidadania, resultando na perda da dignidade da pessoa humana como cidadão, ao sofrer as restrições sociais e políticas resultantes deste paradigma da crimigração (GUIA; PEDROSO, 2015, p. 132).

> Wacquant, da Berkeley University e do Centre de Sociologie Européenne (Paris), trata enfaticamente cor/etnia e classe social como categorias de análise essenciais para compreensão social e política da desigualdade social, pobreza e processos de marginalização. "Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social", assinado pelo homenageado, é a espinha dorsal da obra. Tomando como ponto de partida a reconfiguração social empreendida a partir das décadas de 80 e 90 do século passado, tornou-se patente a construção de um novo governo da insegurança social, voltado para as tensões inerentes às "populações problemáticas" e com objetivo unívoco: invisibilizá-las. Governar a nova insegurança social acabaria por imbricar duas variáveis, a desregulamentação das relações de trabalho e o desmantelamento dos serviços de assistência social, como forma de encurralamento rumo a dois inexoráveis caminhos: à incisiva desqualificação da força de trabalho do subproletariado ou ao crime. A nova gestão da insegurança social é a face travestida da nova gestão da miséria (BATISTA, 2012, p. 143).

Partindo da crimigração, a situação de irregular dos imigrantes, para acalmar as tensões sociais, resulta na regulamentação da punição, especialmente no tocante à invisibilização e no silenciamento das "populações problemáticas", ou seja, processo de subjetivação punitiva, como afirma Batista (2012, p. 144).

De acordo com Guia (2012), a globalização contribuiu para que a visibilidade dos imigrantes em trânsito aumentasse e, de certa forma, isto influencia em como a sociedade nacional enxerga o imigrante, fortalecendo o "medo do desconhecido" e gerando um sentimento de insegurança e desconfiança para com o estrangeiro, o qual acaba sendo rotulado como ameaça ou até mesmo potencial terrorista. Tal tendência é, ainda, reforçada pelos meios de comunicação social do mundo moderno.

Esta insegurança é potencializada pelo poder hegemônico com enfoque para o potencial perigo da delinquência, reforçando a categorização e rotulação de determinados grupos como perigosos, fomentando, assim, a sua exclusão abrangendo, ainda, o fenômeno da imigração: os imigrantes são vistos como ameaça à tranquilidade nacional e bem estar social, como criminosos e como adversários no mercado de trabalho. É aqui que entra o elemento ideológico específico nestes discursos como mecanismo de construção de uma determinada identidade social, qual seja o conceito do Direito Penal do Inimigo, que torna necessária a criação de regras diferentes para os "inimigos", com base no perigo que as ações destes potencialmente encerram e na necessidade de deter estes inimigos assim que eles começam a parecer perigosos, não quando o crime já foi cometido (GUIA, 2012).

No caso dos imigrantes, na esfera da securitização, estes surgem como ameaça a uma "identidade", impondo-se pela oposição ao outro, e é apresentado como "rival dos nativos do país e não como elemento que pode ser parte integrante dessa sociedade". Assim, "o indivíduo deixa de ser punido por cometer uma infração e passa a ser punido por 'fazer parte de' ou 'ser um deles'" (GUIA, 2012).

Este processo não identifica somente o fato, mas, especialmente, o tipo de autor que o outro é considerado e, uma vez rotulado de criminoso, alimenta a rejeição social e constitui uma segunda pena (PINHO; GOMES, 2010).

O Direito Penal é sistema que deve servir à justiça e a todos os cidadãos através da prevenção geral positivada e pela estabilização da norma. Todo o ser humano é cidadão, independente de fronteiras, de modo que, efetivamente, não existem "inimigos". O problema se encontra no momento em que há a mudança do foco sobre o comportamento desviante para o processo de criminalização (BARATTA, 2002, p. 161).

A criminalidade, no entender de Baratta (2002), é definida como um "bem negativo", que acaba sendo distribuído conforme a desigualdade social entre os indivíduos.

Neste sentido:

> Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas (BARATTA, 2002, p. 161).

Acerca do processo de criminalização, que é o controle social efetuado mediante a seleção de determinadas condutas e pessoas, expõe Bissoli Filho (1998, p. 171):

> [...] esta teoria contraria a visão tradicional de que o desvio é uma infração a uma regra, que o seu estudo compreende a investigação dos fatores da personalidade e situações vitais do desviado, bem como a concepção tradicional de que o desviado integra uma classe homogênea de pessoas, pelo simples fato de terem cometido infrações à lei.

Em uma análise mais específica, então, tem-se que no processo de criminalização se destacam dois momentos essenciais para a estrutura seletiva do sistema: a) a criminalização primária, que é entendida como o mecanismo da produção das normas, e b) a criminalização secundária, que é o mecanismo da aplicação das normas, que compreende todo o processo penal, desde a ação dos órgãos de investigação (polícia) até o juízo (BARATTA, 2002, p. 161).

Completa Bissoli Filho (1998, p. 172-173):

> O desvio é produto de uma interação que tem lugar entre o grupo social e a pessoa que lhe é visada como transgressora e compreende muito mais o processo pelo qual as pessoas chegam a ser consideradas como "estranhas" e as reações produzidas por este juízo, do que uma característica pessoa ou social do desviado. [...] Este processo de interação realiza-se em momentos distintos, ou seja, a "criminalização primária", que compreende a definição das condutas desviadas, e a "criminalização secundária", que compreendendo a imputação da etiqueta sobre os autores da conduta desviada, através de um processo de estigmatização, fazendo com que o desviado, assim considerado, passe a manipular a sua identidade, atendendo as expectativas da etiqueta que lhe foi imputada.

A criminalização primária, de acordo com Zaffaroni *et al* (2003, p. 43), "é o ato ou efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas" e, em geral, são as agências políticas que a exercem.

Já na criminalização secundária "a imposição é seletiva, e diferencialmente seletiva entre tipos de pessoa, em diferentes momentos e em diferentes situações" (BECKER, 2008, p. 140), e esta situação é identificável no processo de criminalização do imigrante. Isso porque quando o autor se torna alvo do processo, e não o ato em si, o grau de culpabilidade do suposto infrator se intensifica, associado à discriminação pessoal que irá sofrer, de modo que ele se torna o alvo principal, e todas as medidas assecuratórias se voltam no sentido de proteger a sociedade do perigo supostamente imposto pelo autor (GUIA, 2012).

Além disso, intensificando o problema, os países, de maneira geral, adotam medidas de segurança bastante severas na tomada de decisões referentes ao cometimento de infrações penais e à permanência do imigrante irregular em solo nacional. Exercem, assim, um poder de controle sobre a população imigrante, adotando medidas que fortalecem a exclusão do imigrante como cidadão dentro da sociedade: uma vez não sendo cidadão, não é merecedor de medidas efetivas para garantia dos Direitos Humanos (GUIA, 2012).

O deslocamento de pessoas de um lugar para o outro é fenômeno tão antigo quanto o homem, e a sociedade atual é efêmera, incerta e em constante transformação. As incertezas do mundo pós-moderno afetam a todos e a falta de segurança em vários níveis faz com que haja o receio de interagir socialmente com outros indivíduos, principalmente aqueles oriundos de contextos diferentes. Estes são vistos e rotulados como uma ameaça à sociedade, o que resulta na estigmatização gradual do imigrante, que procura países mais ricos e que passa a ser encarado como "estranho", "diferente", "estrangeiro", fonte de receio (CUGINI, 2014, p. 163).

Como já abordado, o fenômeno da imigração envolve seres humanos que, por alguma razão, precisaram sair de seus países de origem e se deslocarem a outros lugares. Estes imigrantes que chegam ao país de destino de forma "irregular" acabam se encontrando em situação de extrema vulnerabilidade, o que confere precariedade às suas identidades.

Santos (2009) estabelece dois eixos principais relacionados à imigração, quais sejam a autonomia e o risco. Assim, os imigrantes dividem-se em duas categorias: os "regulares", como os turistas e os homens de negócios, que possuem maior nível de autonomia e nível mais reduzido de risco, e os imigrantes "irregulares", refugiados e vítimas de crimes, que ocupam a posição inversa, assumindo o maior nível de risco e o menor de autonomia. Neste cenário, Guia (2012) propõe a inclusão de uma terceira categoria, com nível quase inexistente de autonomia e altíssimo nível de risco: os imigrantes que são vítimas de crimes (referindo-se às pessoas que se encontram em trânsito na qualidade de vítimas, como vítimas de tráfico de seres humanos, crianças que participam em roubos organizados dentro de redes criminosas, casamentos forçados, etc.).

Segundo Santos (2009), e partindo do eixo apresentado, a identidade dos imigrantes é avaliada com base no comportamento e na interação que podem adotar no mundo exterior e de acordo com as relações que estabelecem com essa sociedade. Os imigrantes e refugiados, inseridos no nível de risco mais elevado, estão substancialmente mais sujeitos a serem envolvidos em situações problemáticas e a serem menos aceitos pela sociedade em geral. Porém, conforme expõe Guia (2009) "esta categorização vai muito além destes dois eixos, o risco e a autonomia, no sentido em que aos imigrantes 'ilegais' são negados vários direitos".

> Os estrangeiros que não beneficiam de direitos sociais integrados nos sistemas sociais contributivos, beneficiam de prestações inerentes à garantia de um standard mínimo de existência, postulado pela dignidade da pessoa humana. Deve notar-se, porém, que alguns dos direitos podem ser reconhecidos apenas aos 'estrangeiros regulares' (CANOTILHO, MOREIRA, 2007, p. 357).

Refletindo sobre o funcionamento da sociedade moderna, Guia (2009) disserta que "a modernidade baseia-se na ideia de que o homem pode transformar e melhorar o mundo. Para isso, ele tem de eliminar ou colocar de lado tudo aquilo que não se enquadra nesse objetivo: o excedente tem de ser rejeitado". Os imigrantes, por sua vez, como resultado desta exclusão social e da crimigração, acabam fazendo parte deste grupo considerado como "excedente". É, aos olhos da sociedade, aquilo que "sobra depois da seleção levada a cabo pelo mundo capacitado (especialmente em termos econômicos) e que, por isso mesmo, é considerado uma fonte de insegurança" (GUIA, 2009).

Nesse sentido, expõe Zygmunt Bauman (2005, p. 8): “Os imigrantes, em particular, os recém-chegados, exalam o odor opressivo do depósito do lixo que, em seus muitos disfarces, assombra as noites das potenciais vítimas da vulnerabilidade crescente”.

> O imigrante é frequentemente incluído neste contexto do inimigo, observado através da lente negativa que o conceito encerra, sendo-lhe negada a oportunidade de se tornar um membro pleno da sociedade onde pretende construir a sua vida; ele é uma entidade exterior numa sociedade fortemente fechada sobre si mesma, dona de relações pré-estabelecidas e que se vê forçada a abrir um espaço para que ele possa criar laços de afetividade com os outros membros.

Quanto à relação entre o imigrante e o mundo do crime, surge a imagem de ligação entre o estrangeiro e o mundo da delinquência que nasce do desconhecimento do outro, da alteridade, da intolerância aos seus comportamentos e cultura, contribuindo para sentimentos de aversão e rejeição a todos aqueles que pertencem ao grupo excluído, e quando a sociedade se torna defensiva é difícil inverter a tendência para a animosidade (GUIA, 2012).

É fundamental encontrar meios de adotar políticas públicas que possibilitem a plena integração e acolhimento na sociedade, políticas de inclusão mais compreensivas por parte do Estado, através de estratégias que garantam os direitos que, normalmente, são reservados aos cidadãos nacionais, como a rendimento mínimo garantido, saúde, acesso à justiça.

Dal Ri Junior (2003, p. 79), em relação aos fundamentos da cidadania, aponta que “urge criar uma ordem ‘cosmopolita’ fundamentada na instituição de uma ‘cidadania cosmopolita’, fruto de uma globalização cultural e humana”.

4 Considerações finais

Pairam controvérsias sobre quais seriam as obrigações do Estado para com os sujeitos que estão em situação irregular dentro do seu território e quais seriam os direitos individuais a serem garantidos até mesmo àqueles que estão “fora de lei”. Talvez o Estado tema que a implementação de políticas públicas que conceda direitos aos excluídos sirva de estímulo para que mais pessoas migrem de forma ilegal, justamente porque as convenções internacionais têm recomendado a coibição do emprego ilegal e as redes internacionais de tráfico de pessoas e não os imigrantes ilegais em si.

Ainda assim, os imigrantes em situação irregular vêm sendo cada vez mais discriminados na legislação doméstica dos países receptores e a fragilidade da situação legal desses imigrantes os torna alvos fáceis do desrespeito no que tange, principalmente, aos direitos humanos.

Da forma como está evoluindo o regime internacional de direitos humanos, é crescente o reconhecimento do indivíduo como portador de direitos, não importando de onde é. Todavia, a implementação destes direitos depende, exclusivamente, do Estado receptor, pois é este que detém o controle sobre as regras, território, identidade do indivíduo e de sua nacionalidade, que lhe é atribuída, quase sempre, independentemente de sua vontade.

O imigrante como cidadão do mundo, pode deixar seu território e encontrar outro país disposto a recebê-lo, mas, dificilmente, pode renunciar à sua nacionalidade. “A imigração, uma vez que subverte a relação povo/Estado/território, obriga o Estado a formalizar, por meio de políticas de imigração e cidadania, as regras de acesso ao território e à nacionalidade” (REIS, 2004, p. 154).

É importante destacar que a Constituição Federal brasileira garante, em seu artigo 5º, que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]" (BRASIL, 2017a).

O Artigo II da Declaração Universal dos Direitos Humanos traz que toda e qualquer pessoa "tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição" (ONU, 2017).

O artigo 22 do Pacto de San Jose da Costa Rica, que trata do direito de circulação e residência, declara: "1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país" (CIDH, 2017).

Com o propósito de reflexão, quando se percebe que o conceito de nacionalidade pode se transformar em um conceito em extinção, somos forçados a considerar alguns fatores que podem ser decisivos para a inclusão, obrigando-se a refletir sobre o que é cidadania e a renovação das formas de aquisição da nacionalidade.

A nova legislação migratória aprovada pelo Senado reconhece o migrante de qualquer nacionalidade, sujeito de direitos, pois é fato social, mas são efetivas as iniciativas que estão sendo realizadas pelos Estados receptores em termos de atualização legislativa, implementação de políticas públicas inclusivas que facilitem a abordagem e a modificação desta problemática? O Direito de migrar é um Direito humano?

Cidadania é igualdade perante a lei e igualdade de acesso e respeito, de forma efetiva e, acima de tudo, dos direitos humanos.

Referências

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Agência da ONU para Refugiados. *O ACNUR.* Disponível em: <https://goo.gl/gyHZDM>. Acesso em: 18 abr. 2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. Crimigração: A criminalização do estrangeiro no Brasil e seus efeitos. *In*: *Revista de Informação Legislativa,* Ano 50, Número 197, jan./mar. 2013. Disponível em: < https://goo.gl/bYKEfQ>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BAGANHA, Maria I.; GÓIS, Pedro. Migrações internacionais de e para Portugal: o que sabemos e para onde vamos? *In: Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 52-53, p. 229-280, nov.1998-fev.1999. Disponível em: <https://goo.gl/Q9aW0m>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. A Lei Brasileira de Refúgio: Sua história. *In:* BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil:* A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. p. 12-21. Disponível em: <https://goo.gl/HGVRHC>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BATISTA, Vera Malaguti (org.) *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal.* Rio de Janeiro: Revan, 2012. 317p.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders:* estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização.* Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

BRASIL. *Constituição Federal (1988).* Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://goo.gl/hlfwZF> Acesso em: 18 abr. 2017a.

_____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. *Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.* Disponível em: <https://goo.gl/4mlzsC>. Acesso em: 18 abr. 2017b.

_____. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. *Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.* Disponível em: <https://goo.gl/Plz0Rd>. Acesso em: 18 abr. 2017c.

_____. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos. Secretaria dos Direitos Humanos. *Observatório do PNDH-3.* Disponível em: <https://goo.gl/PL54ls>. Acesso em: 18 abr. 2017d.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República anotada.* Coimbra: Coimbra, 2007.

CEPAL. Comisión Económica para América Latina. *Globalización y desarrollo.* Santiago de Chile: Cepal, Naciones Unidas, 2002. 396p. Disponível em: <https://goo.gl/Ee1ePy>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).* 1969. Disponível em: < https://goo.gl/98AZpd> Acesso em: 19 abr. 2017.

CUGINI, Paolo. Identidade, afetividade e as mudanças relacionais na modernidade líquida na Teoria de Zygmunt Bauman. *In: Diálogos possíveis,* v. 7, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.faculdadesocial.edu.br/revistas/index.php/dialogospossiveis/article/view/149/108>. Acesso em: 18 abr. 2017.

DAL RI JUNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos políticos-jurídicos da cidadania. *In*: DAL RI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Cidadania e nacionalidade:* efeitos e perspectivas nacionais, regionais e globais. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2003.

GUIA, Maria João. Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante. *In: Revista Liberdades.* Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. ISSN 2175-5280, nº 11, set./dez. 2012. Disponível em: <https://goo.gl/qDqU1u>. Acesso em: 18 abr. 2017.

GUIA, Maria João; PEDROSO, João. A insustentável resposta da "crimigração" face à irregularidade dos migrantes: uma perspectiva da União Europeia. In: *Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.* Brasília, Ano XXIII, n. 45, p. 129-144, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/J6KanO>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MAJCHER, Izabella. "Crimmigration" in the European Union through the Lens of Immigration Detention. *In: Global Detention Project Working Paper*, n. 6, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2340566>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MARINUCCI, Roberto; MILESI, Rosita. Migrações Internacionais Contemporâneas. 2005. *In: Instituto Migrações e Direitos Humanos.* CSEM/IMDH, Brasília. Disponível em: <https://goo.gl/XTlbZO>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MILESI, Irmã Rosita; ANDRADE, William Cesar de. Atores e Ações por uma Lei de Refugiados no Brasil.. *In*: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil:* A proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. p. 24-47. Disponível em: <https://goo.gl/HGVRHC>. Acesso em: 18 abr. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos.* 1948. Disponível em: <http://goo.gl/C8XSZV> Acesso em: 19 abr. 2017.

PÉREZ, Julie Lima de. Respostas ao tráfico no norte global: o caso de Portugal e Espanha. *In: Rev. Interdiscip. Mobil. Hum.*, Brasília, Ano XXIV, n. 48, p. 165-177, set./dez. 2016. Disponível em: < https://goo.gl/fAkn6I>. Acesso em: 18 abr. 2017.

PINHO, A.; GOMES, M. Aplicação da pena e direito penal de autor: julgando para além das aparências. *In*: PINHO, A.; GOMES, M. (Org.). *Direito penal & democracia.* Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *In: Revista Brasileira de Ciências Sociais,* vol. 19, nº. 55, junho 2004.

SANTOS, B. S. La Globalización, los Estados-Nación y el Campo Jurídico: de la Diáspora Jurídica a la Ecúmene Jurídica? *In*: *Sociología Jurídica Crítica.* Para Un Nuevo Sentido Común en el Derecho. (321-409). Madrid: Trotta, 2009.

SHARMA, Nandita. Travel Agency: A Critique of Anti-Trafficking Campaigns. *In: Refuge*, v. 21, n. 3, 2003, p. 53-65.

STUMPF, Juliet P. The justice of crimmigration law and the security of home. In: UGELVIK, Synnøve; HUDSON, Barbara (Eds.). *Justice and security in the 21st century:* risks, rights and the rule of Law. New York: Routledge, 2012. p. 43-63.

_____. The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *In: American University Law Review,* v. 56, nº 2, article 3. December, 2006. Disponível em: <https://goo.gl/LsFdYU>. Acesso em: 18 abr. 2017.

VENTURA, Deisy. Qual é a política migratória do Brasil? *In: Le Monde Diplomatique Brasil,* São Paulo, ano 5, n. 56, p. 34-35, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. *O Inimigo no Direito Penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2007.

PLURALISMO JURÍDICO NA BOLÍVIA: ROMPENDO COM A MATRIZ COLONIAL DE PODER E O CONCEITO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS

Maicon Mazzucco,
Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito e Sociedade da Universidade La Salle – PPGD-LASALLE;
maicon_mazzucco@live.com.

Resumo:

O sistema jurídico ocidental existente na Bolívia, até o ano de 2009, fruto do colonialismo na América-Latina e de uma ideologia capitalista liberal-individualista, mostrou-se insuficiente ao enfrentamento da problemática social existente. O que propiciou a quebra do paradigma jurídico estatizante, acarretando a implementação do pluralismo jurídico, como novo paradigma, rompendo com a matriz colonial de poder. É com o fim do sistema jurídico de assimilação, que o pluralismo jurídico surge, como novo paradigma de emancipação social, mediante os movimentos sociais, dotados de uma consciência coletiva. Daí a importância deste trabalho, que se limita ao estudo da irradiação dos efeitos da implementação do pluralismo jurídico na ordem constitucional boliviana. Cujo objetivo se restringe na tentativa de compreender os efeitos do pluralismo jurídico sobre a matriz colonial de poder, verificando se houve de fato, a partir da análise da nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia (2009) e das decisões do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, o rompimento com a matriz colonial de poder, abrindo espaços para a rediscussão sobre a linguagem hegemônica de direitos humanos, propagada pela cultura ocidental.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Pluralismo Jurídico. Teoria Crítica. Emancipação Social.

Abstract:

The existing Western legal system in Bolivia until 2009, a result of colonialism in Latin America and a liberal-individualist capitalist ideology, proved insufficient to face the existing social problems. What led to the collapse of statist legal paradigm, leading to the implementation of legal pluralism, as a new paradigm, breaking with the colonial matrix of power. It is with the end of the legal system of assimilation that legal pluralism emerges as a new paradigm of social emancipation through social movements, endowed with a collective consciousness. Due this, the importance of this work, which is limited by the study of irradiation of the effects of the implementation of legal pluralism in Bolivia's constitutional order. Whose objective is restricted in the attempt to understand the effects of legal pluralism on the colonial matrix of power, verifying whether there was in fact, from the analysis of the new Political Constitution of the Plurinational State of Bolivia (2009) and the decisions of the Plurinational Constitutional Court of Bolivia, the rupture with the colonial matrix of power, making room for the renewed discussion about the hegemonic language of human rights, propagated by Western culture.

Keywords: Human rights. Legal Pluralism. Critical Theory. Social Emancipation.

1 Introdução

O escopo do presente trabalho, está limitado ao estudo dos efeitos trazidos pela implementação do pluralismo jurídico na ordem constitucional boliviana. Cujo objetivo se restringe na tentativa de compreender a irradiação do seu modelo jurídico, político e cultural sobre a matriz colonial de poder e o conceito universal de direitos humanos, a partir da análise da nova Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia e das decisões do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia. O presente trabalho busca demonstrar que, a implementação do pluralismo jurídico na ordem constitucional boliviana, causou ou está causando o rompimento com a matriz colonial de poder, propiciando espaços para uma nova concepção de direitos humanos, a partir do reconhecimento da diversidade cultural existente no país.

Para cumprir com o objetivo exposto, este trabalho encontra-se dividido em três tópicos. No primeiro e segundo tópico, utilizou-se da pesquisa bibliográfica, ao qual foi empregado o método dedutivo, no intuito de obter os fundamentos teóricos, pois no primeiro capítulo será abordado o contexto histórico em que o discurso hegemônico dos direitos humanos se originou e se propagou. O segundo tópico trata sobre os elementos que fundamentam o pluralismo jurídico, como novo paradigma, que propicia o rompimento com a matriz colonial de poder, e como meio para a formulação de uma nova concepção de direitos humanos. Por fim, no terceiro tópico, utilizou-se da análise da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, para verificar se a implementação do pluralismo jurídico na ordem constitucional boliviana, realmente efetivou o modelo de pluralismo jurídico tratado no item 3, capaz de propiciar o rompimento com a matriz colonial de poder e propiciar a criação de espaços para uma nova formulação dos direitos humanos. Ainda, analisou-se a sentença constitucional plurinacional nº 1422/2012, do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, que trouxe de forma inédita, o reconhecimento de informações culturais e antropológicas, da população Poroma, para a resolução do conflito em sede constitucional, afim de verificar se os dispositivos constantes da Constituição boliviana foram empregados na resolução do conflito.

2 Para Além de um Discurso Neocolonial de Direitos Humanos

A coexistência de normas sociais divergentes em um sistema democrático, é base sólida de inclusão social, capaz de apaziguar os mais diversos anseios, das mais diversas comunidades, dentro de um sistema complexo de interesses.

Incialmente, se faz necessário contextualizar de forma breve, que a América Latina é concebida como a periferia da Europa, isso devido ao processo colonizador iniciado em 1492, em que consistia na exploração da mão de obra dos nativos, bem como na exploração dos recursos naturais. Sendo que, os reflexos dessa cultura, ainda, estão produzindo efeitos na produção cultural e legislativa latino-americana, por meio da forte influência europeia, que insiste em cultivar a cultura de um modelo hegemônico (GURGEL; SILVA; SOUZA, 2014).

A modernidade e seus mecanismos de autorreprodução, fundamentam-se no eurocentrismo, que em seu pensar, determina o homem europeu como o ser do mundo, justificando a colonização e aculturação dos povos originários da américa-latina, legitimando o uso da violência em seu processo colonizador (FAGUNDES, 2013).

A descolonização territorial da América Latina, e a criação de Estados-nações, não foram suficientes para afastar a influência colonizadora, pois quando da colonização territorial, após o uso da violência, iniciou-se um processo de colonização cultural, política, econômica e espiritual, criando uma massa de sujeitos oprimidos (FAGUNDES, 2013).

N' KRUMAH, (1967, p. 281):

> Para sustar a interferência estrangeira nos assuntos das nações em desenvolvimento é preciso estudar, compreender, revelar e combater ativamente o neocolonialismo sob qualquer disfarce que este possa usar. Pois os métodos dos neocolonialistas são sutis e variados. Operam não apenas no campo econômico, mas também nas esferas política, religiosa, ideológica e cultural.

Com a revolta dos povos colonizados, seja na América Latina, seja na África, os colonizadores para alcançarem os seus objetivos, mudaram de tática, abandonando o seu modo de dominação tradicional, de imposição direta, para um modo que concede aos povos colonizados a independência e a liberdade, e que ainda, se propõem a ajudar no seu desenvolvimento, sendo que nesse interim, são traçados os mais diversos modos de dominação, perpetuando os ideais colonialistas, e a essa forma de dominação é conhecida como neocolonialismo (N' KRUMAH, 1967).

N' KRUMAH (1967), afirma a existência de um governo invisível, que foi formado pela união entre Wall Street, o Pentágono e vários outros serviços de informações, que não cabe aqui mencionar, com o objetivo de obter o colonialismo de fato, por meio da propagação da falsa independência. De qualquer forma, se ao autor importa razão ou não, o que fica claro, é a persistência sobre a perpetuação do colonialismo.

Entre as técnicas do neocolonialismo, para obtenção de resultados, a manipulação da economia, por meio da implementação de altas taxas de juros sobre a dívida externa de países da América Latina, África e Ásia, propiciam uma série de facilidades na obtenção de informações sobre suas economias (N' KRUMAH, 1967).

Ainda, N' KRUMAH (1960), entende que para combater o neocolonialismo, é preciso primeiro a união entre os continentes em dominação, estabelecendo uma força pró-libertadora, a partir da disseminação do conhecimento a respeitos dos ideais neocolonialista, fortalecendo as nações como nações independentes, rejeitando a plataforma que o autor chama de "alinhamento político".

Ehrlich (1986) ao tratar sobre os métodos da sociologia do direito, afirma que para podermos compreender o presente, devemos analisar os fatos do presente, em vez de se restringir somente a análise histórica do passado. O autor não dispensa a importância da análise do passado, mas explica que para decifrarmos o passado é preciso primeiro compreendermos os movimentos do presente, através de uma análise minuciosa da vida social, na busca do que o autor denomina de direito vivo.

O estudo do direito a partir das prescrições, segundo o autor é um tanto quanto falha, uma vez que o jurista de sua época formula as prescrições jurídicas com base em seus interesses, visando as necessidades práticas do momento em que se debruça a criá-las, o que não reflete o contexto real de uma determinada sociedade em seu tempo (Ehrlich, 1986).

As tentativas de compreendermos o direito através da história ou pré-história é colocada como insuficiente, pois os fatos levados em consideração pelo legislador ou pelo judiciário de sua época, só servirão para explicar a evolução do direito e não para a compreensão do direito existente (Ehrlich, 1986).

Neste viés, a partir do conceito de direito vivo de Ehrlich (1986), devemos nos esforçar a entender a definição de direitos humanos, livres das amarras do neocolonialismo, percursor do capitalismo periférico latino-americano.

Como referência crítica ao conceito de direitos humanos universais, dialogaremos com Joaquín Herrera Flores (2009), Boaventura de Sousa Santos e Marilena Chauí (2014), nas obras intitulada como "A (re)invenção dos direitos humanos" e "Direitos humanos, democracia e desenvolvimento".

Flores (2009) coloca a temática dos direitos humanos como o novo desafio do século XXI, seja quanto a sua forma teórica ou prática, apontando o grande esforço que a comunidade internacional dispensa sobre a formulação de uma garantia mínima voltada aos direitos humanos, citando como exemplo a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi criada em meio a tensão das guerras recém acabadas, em um contexto diferente do que temos hoje. Os direitos adquiridos como garantia jurídica de acesso a determinados bens, como o trabalho, nas última duas décadas foram substituídos por "liberdades" como a liberdade de trabalhar. Com essas mudanças, o mercado passou a influenciar diretamente na criação do direito, "fazendo com que os direitos comecem a ser considerados como "custos sociais" das empresas, que devem suprimi-los em nome da competitividade (FLORES, 2009, p. 25)".

Ao tratar de direitos humanos, devemos deixar clara a distinção entre o plano da realidade do que são os direitos humanos e o plano das razões que justificam a sua existência e o que se espera conseguir por meio deles, pois não é difícil encontrar interpretações equivocadas sobre as suas distinções, como é o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu preâmbulo atribui aos direitos humanos o status de um ideal a ser alcançado, enquanto nos artigos 1º e 2º, já não se trata mais de um ideal, mas de uma realidade alcançada (FLORES, 2009).

Na teoria tradicional, os direitos humanos já foram concretizados, ao contrário da teoria crítica de Flores (2009), que coloca os direitos humanos como ponto de partida para a criação de novos direitos, considerando as características próprias de uma realidade social, que não se enquadra como homogênea, mas sim plural.

Na percepção de Flores (2009) os direitos humanos são mais do que direitos, deixando claro, que uma constituição ou um tratado internacional não criam direitos humanos, pois trata-se de processos de lutas em que os seres humanos buscam ter acesso a bens necessários para a sua vida, ou seja, o direitos humanos, como bem fala o autor, são direitos a *posteriori* e não a *priori*.

Nesse mesmo embalo, Sousa Santos e Chauí (2014), levantam algumas questões pertinentes ao conceito hegemônico de direitos humanos, que atualmente é tratado como sinônimo de dignidade humana. O que instiga os autores, é a posição da maioria da população mundial não se encaixar como sujeitos de direitos humanos, mas, como objeto do discurso de direitos humanos.

A resposta do por que a maioria da população mundial não se enquadra dentro dos quadros do que hoje é definido como teoria hegemônica dos direitos humanos, parte da sua concepção vinculada à matriz liberal e ocidental de poder, que exclui as "epistemologias do sul" (SOUSA SANTOS; CHAUÍ, 2014).

Sousa Santos e Chauí (2014), deixam claro o paradoxo existente dentro da teoria hegemônica de direitos humanos, explicando a partir da concepção de uma genealogia abissal:

> Ora enquanto discurso de emancipação, os direitos humanos foram historicamente concebidos para vigorar apenas do lado de cá d alinha abissal, nas sociedades metropolitanas. Tenho vindo a defender que esta linha abissal, que reproduz exclusões radicais, longe de ter sido eliminada com o fim do

> colonialismo histórico, continua sob outras formas (neocolonialismo, racismo, xenofobia, permanente estado de exceção na relação com terroristas, trabalhadores imigrantes indocumentados, candidatos a asilo ou mesmo cidadãos comuns vítimas de políticas de austeridade ditadas pelo capital financeiro). O direito internacional e as doutrinas convencionais dos direitos humanos têm sido usados como garantes dessa continuidade (Sousa Santos e Chauí, 2014, p. 44).

Partindo da teoria crítica de Flores (2009) e Sousa Santos e Chauí (2014), que anuncia que os direitos humanos antecedem o próprio direito, pois são formulados a partir de lutas sociais reivindicatórias por condições de vida, é que a teoria do Pluralismo Jurídico encontra guarida, pois através da implementação do pluralismo jurídico, é que os movimentos sociais se legitimam como atores que participam diretamente na modificação e criação de novos direitos.

As reivindicações de novos direitos pelos movimentos sociais, não significam necessariamente a criação de um direito inédito, mas sim, de um direito que pode ou não estar positivado, mas que não é efetivado de forma satisfatória (SILVA FILHO, 2009).

O que une os seres humanos em um pensamento coletivo, formando um movimento social, não são as necessidades em comum, mas, a ausência de direitos necessários a vida humana (SILVA FILHO, 2009).

A sociologia e a antropologia jurídica, já reconheciam a existência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos, coexistentes em uma mesma sociedade, uma vez que o direito não se restringe a formulação de normas legais, pois o direito é obra das relações sociais. Sendo que, o tema preexistente ao capitalismo, voltou a ser discutido pela sociologia jurídica a partir do fim do século XIX e início do século XX, como oposição ao modelo jurídico monista (FELISBINO, p. 481, 2010).

Vieira (p. 223, 2010) confirma que a existência do pluralismo jurídico não se remete a criação moderna ou pós-moderna, mas foi o sistema que predominou até o advento da modernidade burguesa, citando como referência histórica a pluralidade jurídica existente no Império Romano, onde as espécies normativas diversas, inclusive as dos povos dominados, coexistiam como norma oficial, elencando os espaços de participação política que as Civitas romanas possuíam.

O modo de superar a oposição entre o direito positivo e o direito natural, somente seria possível através de uma análise do processo histórico-social, com base na práxis jurídica desenvolvida em meio a vida social, assim se libertando dos ideais conservadores, "Aplicando-se ao Direito uma abordagem sociológica será então possível esquematizar os pontos de integração do fenômeno jurídico na vida social, bem como perceber a sua peculiaridade distintiva, a sua "essência" verdadeira. (Lyra Filho, 1990, p. 33).".

Neste viés, Wolkmer (2003, p; 171-172), esclarece que:

> Ao contrário da concepção unitária, homogênea e centralizadora denominada de "monismo", a formulação teórica e doutrinária do "pluralismo" designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. O pluralismo enquanto concepção "filosófica" se opões ao unitarismo determinista do materialismo e o idealismo modernos, pois advoga a independência e a interrelação entre realidades e princípios diversos. Parte-se do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a própria vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetivos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da

> diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

Muito embora, o pluralismo jurídico busque romper com o modelo de Estado totalitário, buscando o reconhecimento das mais variáveis formas de normas existentes em uma sociedade, em nada se confunde com o individualismo, pois "a dimensão pluralista não se limita a conclamar à realização estritamente particular de cada um, mas sim à particularidade de cada um com uma diferença" (WOLKMER, 2001, p. 173-174).

Boaventura de Sousa Santos (2002), a respeito do pluralismo jurídico na perspectiva participativa, levanta três teses, que corroboram com a implementação de uma democracia participativa:

1ª tese:

> Pelo fortalecimento da demodiversidade: Essa tese implica reconhecer que não existe nenhum motivo para a democracia assumir uma só forma. Pelo contrário, o multiculturalismo e as experiências recentes de participação apontam no sentido da deliberação pública ampliada e do adensamento da participação. O primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas. (SOUSA SANTOS, 2002, p. 77).

2ª tese:

> Fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global: novas experiências democráticas precisam do apoio de atores democráticos transnacionais nos casos nos quais a democracia é franca, [...]. Portanto, a passagem do contra-hegemônico do plano local para o global é fundamental para o fortalecimento da democracia participativa. (SOUSA SANTOS, 2002, p. 77).

3ª tese:

> Ampliação do experimentalismo democrático: [...] as novas experiências bem-sucedidas se originam de novas gramáticas sociais nas quais o formato da participação foi sendo adquirido experimentalmente. É necessário para a pluralização cultural, racial e distributiva da democracia que se multipliquem experimentos em todas essas direções. (SOUSA SANTOS, 2002, p.78).

Não havendo espaço, neste trabalho, para trabalhar de uma forma mais ampla com as três teses supracitadas, em síntese, o que se pode afirmar, é que no entendimento de Boaventura de Sousa Santos (2002), o fortalecimento do pluralismo jurídico se dá do local para o global.

Portanto, considerar o pluralismo como um modelo político e jurídico, como paradigma, emancipador, é preciso primeiro pensar nas necessidades humanas do povo, a partir de uma consciência coletiva (RIBAS, 2013).

3 Fundamentos do Pluralismo Jurídico em Wolkmer

A análise dos fundamentos de legitimação do pluralismo jurídico, como um novo paradigma, não tem a pretensão de esgotar o tema, mas, de direcionar o leitor ao entendimento do tipo de pluralismo jurídico novo e ampliado que sustenta Wolkmer, a partir da sua denúncia sobre a insuficiência e esgotamento do modelo ocidental legalista de poder, reivindicando uma teoria crítica do direito, que possa contribuir e servir na construção de um novo paradigma emancipador.

Wolkmer (2001) fundamenta o pluralismo jurídico como novo paradigma, afirmando que os paradigmas tradicionais, voltados para uma homogeneidade fundamentada no liberalismo individualista, fruto do capitalismo, já não conseguem mais sustentar as diversas formas de vida autônoma e de regulamentação social existentes fora do Estado.

As teorias que fundamentaram e ainda fundamentam o modelo atual de poder e estruturação social, já não correspondem à realidade fática da sociedade, sendo que, a ruptura com os modelos formais de estruturação social, abrem novos caminhos para se pensar projetos alternativos de fundamentação jurídica e política (Wolkmer, 2001).

Wolmer (2001, p. 232-233) vincula "a crescente complexidade dos conflitos, à heterogeneidade socioeconômica, à concentração e centralização do capital, à expansão do intervencionismo estatal, à hipertrofia do Executivo, etc." como consequência lógica ao rompimento do modelo tradicional de ciência jurídica.

O direito como é posto pelo Estado não consegue acompanhar os efeitos do capitalismo globalizado, uma vez que o interesse de expansão econômica, não anda alinhavado a criação e evolução jurídica formal, pois ao que parece, tem vida própria, o que força a sociedade a se estruturar, em modelos nem sempre compatíveis com os instituídos pelo Estado (WOLKMER, 2001).

Wolkmer (2001) apresenta como novo paradigma o pluralismo jurídico de teor comunitário-participativo, como novo referencial político e jurídico, o que deixa claro a imprescindibilidade da existência do Estado.

Afim de que haja uma efetividade na implementação do pluralismo jurídico comunitário-participativo, Wolkmer (2001) traz cinco pressupostos essenciais e legitimadores desse modelo jurídico, dividindo-os em fundamentos de efetividade material e fundamentos de efetividade formal.

Quanto a efetividade material, está dividida em dois elementos: os novos sujeitos coletivos de juridicidade e o sistema das necessidades humanas fundamentais. Quanto a efetividade formal, tem-se três elementos: a reordenação política do espaço público através de um processo político democrático de descentralização, participação e controle comunitário; a materialização da ética concreta da alteridade; e a construção de processos que busquem a racionalidade emancipatória.

Os novos sujeitos coletivos de juridicidade, primeiro dos fundamentos da efetividade material, Wolkmer (2001) os define como "estratos sociais participativos e geradores de produção jurídica" o que a doutrina convencionou em denominar de movimentos sociais.

Wolkmer justifica o uso dos termos novos e coletivos, atribuídos as aos atores históricos dos movimentos sociais:

> [...] a resposta está numa digressão evolutiva que permite diferenciar "sujeitos individuais" abstratos de "sujeitos coletivos" concretos. Antes de mais nada, convém lembrar que o status de "sujeito privado" remonta à tradição "cartesiana" da modernidade burguesa que introjeta no sujeito o "início" do indivíduo em si, bem como à filosofia do Iluminismo ou mesmo à herança do subjetivismo Kantiano que representará "uma visão de mundo dominada por

> uma racionalidade e autotransparência do "pensar em si mesmo" que objetiva "ser sujeito". Desde modo, o conceito de "sujeito individual" corporifica uma abstração formalista e ideológica de um "ente moral" livre e igual, no bojo de vontades autônomas, reguladas pelas leis do mercado e afastadas pelas condições de inserção no processo do capital e do trabalho. Com efeito, esta noção privada de "sujeito" mediatiza tanto o estado dos agentes que exercem a supremacia, o controle e a manipulação dos meios de produção e distribuição na sociedade, quanto a posição da pessoa humana alienada, oprimida e excluída das relações sociais dominantes. Enquanto o metafísico "sujeito em si" da tradição liberal-racionalista é o sujeito cognoscente a priori, que se ajusta às condições o objeto dado e à realidade global estabelecida, o "novo sujeito coletivo" é um sujeito vivo, atuante e livre, que se autodetermina, participa e modifica a mundialidade do processo histórico-social (WOLKMER, 2001, p. 236).

De fato, o pluralismo jurídico abre espaço para a descolonização da matriz liberal-burguesa de dominação, uma vez que, são os sujeitos coletivos de forma participativa, que produzem o conteúdo jurídico, de maneira mais democratizada e não eletiva.

Ao tratar de sujeitos, Wolkmer (2001) não está se referindo diretamente a identidade humana, quanto a sua cor, crença ou etnia, mas ao sujeitos que se mantiveram inertes e submissos à colonização e que, agora passam do *status* de dominados para o de emancipados e participantes da criação do conteúdo jurídico.

Quanto ao primeiro fundamento material, ora abordado, encontra-se perfeitamente justificado, uma vez que a legitimação dada aos povos indígenas da Bolívia, a partir da promulgação da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, no ano de 2009, acolheu as reivindicações de direitos, outrora sonegados, como se verificará a seguir, no item 4.

Os sistemas das necessidades humanas fundamentais, encontra-se como o segundo elemento dos fundamentos da efetividade material. O conceito de necessidade abordado por Wolkmer (2001) está amparado nos estudos da autora húngara Agnes Heller, colocando como tarefa difícil e quase que impossível taxar quais seriam as necessidades humanas fundamentais de forma absoluta, porque apesar de haverem necessidades essenciais mínimas a sobrevivência do indivíduo na sociedade, inúmeras são as falsas necessidades criadas pelo sistema capitalista.

As necessidades não se limitam às necessidades sociais ou materiais, abarcando também as necessidades existências e culturais. Sendo que, as necessidades apareceram no bojo dos movimentos sociais, ou seja:

> [...] é nas condições de nosso processo histórico-social periférico, marcado por formas de vida inseridas na eclosão de conflitos, contradições e insatisfação de necessidades materiais, que se interpõe a reivindicação de "vontades coletivas", em defesa dos direitos adquiridos e na afirmação ininterrupta de "novos" direitos a cada momento (WOLKMER, 2001, p. 248).

Passamos agora, ao primeiro elemento dos fundamentos de efetividade formal, do qual, a reordenação política do espaço público, objetivando uma democracia descentralizada e participativa, a partir das forças comunitárias.

Quanto a implementação de uma nova organização comunitária-participativa, Wolkmer (2001, p. 249) adverte:

> A transformação de tal organização físico-espacial e político-institucional não pode ser feita a curto prazo e não é tão simples assim, pois as estruturas sociais periféricas, como a brasileira, estão contaminadas até as raízes por uma tradição político-cultural centralizadora, dependente e autoritária. Há de se ter

> em conta que a organização do território se formou dependente de um amplo processo de imposição da produção do capital internacional e de interesses exclusivistas de uma elite burocrática-oligárquica, detentora da hegemonia política, econômica e cultural.

Diante da atual realidade política, estruturante de um sistema fechado e clientelista, é que se encontra a dificuldade de se pensar em um primeiro momento, formas de reorganizar a democracia a partir da participação comunitária, e daí a afirmação de que, a reorganização se dá através de um processo lento e consciente. O poder centralizador exercido pelo Estado, impede ou pelo menos retarda, a atuação dos atores sociais, que podem modificar e participar na criação do direito.

Se faz importante, asseverar a ideia de comunidade contemplada por Wolkmer (2001), que não se limita a tradicional e estática conceituação de comunidade como um aglomerado de indivíduos racionais, que pensam e agem em prol do bem comum, como se todos fossem um, em caráter homogêneo. Sendo que, a força da comunidade deve ser pensada como:

> [...] a alternativa comunitária como espaço público pulverizado pela legitimação de novas forças sociais que, em permanente exercício de alteridade, implementam suas necessidades fundamentais e habilitam-se como instâncias produtoras de práticas jurídicas autônomas (WOLKMER, 2001, p. 251).

Para a viabilidade de um pluralismo jurídico de cunho comunitário-participativo, é preciso implementar como coloca Wolkmer (2001), condições e instrumentos operacionalizadores.

As condições se definem na criação de estruturas individuais e coletivas, que objetivam a defesa dos mais diversos interesses sociais, que necessitem ser defendidos, devendo ainda, ter reconhecimento estatal, como requisito de validade objetiva. Esses novos sujeitos coletivos de participação social fazem com que o modelo político, ora dominante, ceda espaço para os movimentos sociais, que de forma descentralizada e participativa, constroem uma cidadania coletiva.

Ainda, é preciso assegurar mecanismos que possam operacionalizar a participação dos autores coletivos, ativamente dentro das três esferas do poder estatal. Quanto aos mecanismos de operacionalização na esfera legislativa, utilizando-se Wokmer (2001) dos ensinamentos de Dalmo de Abreu Dallari, que divide a democracia de base em seis medidas:

> 1 – o poder de "iniciativa legislativa" da comunidade com a consequente vinculação para os representantes (as propostas legislativas da população não devem ser mera sugestão, pois devem ser discutidas e aprovadas por assembleia ou parlamentos); 2 – a prática do "plesbicito" enquanto consulta de caráter geral sobre assuntos fundamentais; 3 – o exercício do referendum para a aceitação ou rejeição de medidas legislativas; 4 – o pronunciamento da comunidade através do "veto popular" sobre determinado projeto de lei; 5 – a convocação de "audiências públicas" com a inscrição prévia da população para deliberar sobre futuros projetos; 6 – o ato de revogação do mandato e a reconfirmação, tanto do representante político quando de servidor público comunitário. Além dessas formas d expressão popular, cabe igualmente desenvolver modalidades de voto distrital e criar instituições novas, como "conselhos populares" nos diversos níveis da sociedade, comissões de consultoria de cidadãos, representação das minorias etc. (WOLKMER, 2001, p. 255-256).

Ainda, quanto aos mecanismos de participação comunitária, Wolkmer, mais um vez se utiliza da distinção de Dallari, elencando como meios de participação na esfera administrativa as seguintes medidas:

> [...] 1 – participação do povo no planejamento; 2 – consulta à comunidade; 3 – representação da comunidade em órgãos consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada; 4 – participação da população no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação (WOLKMER, 2001, p. 256).

Na esfera do poder judiciário, a participação popular ocorrerá nos órgãos colegiados do Judiciário, tanto na primeira instância, quanto nos tribunais superiores. Desta forma a participação comunitária na administração da justiça, se concretiza mediante "a democratização do acesso à justiça, a criação de tribunais distritais de habitação e de consumidores, centros de justiça de bairro, comissões de apelação e arbitragem, comitês de conciliação e mediação, juízes eleitos e juízes assessores etc." (WOLKMER, 2001, p. 257).

Portanto, as condições e os instrumentos operacionalizadores, só tem sentido, quando capazes de desenvolver a denominada democracia de base, propiciando a participação dos sujeitos coletivos, o que não significa que esteja o pluralismo jurídico rompendo totalmente com o modelo de democracia representativa, mas sim, propiciando a participação popular, por meio de uma democracia participativa, onde os movimentos sociais encontram legitimidade, e participam na modificação e criação do direito. Sendo que, desta forma, é que ocorre a reordenação política do espaço público.

Quanto ao segundo fundamento de efetividade formal, de um pluralismo jurídico emancipatório, "a ética concreta da alteridade", encontra difícil tarefa em encontrar o que se poderia chamar de valores éticos de base, uma vez que:

> A constatação do esgotamento da cultura projetada pela modernidade industrial-capitalista testemunha um encadeamento de crises de legitimidade normativa que atravessa as esferas do cotidiano, das instituições econômicas e políticas, bem como das ideias e práticas valorativas. A crise do ethos valorativo vivenciada pelas formas de vida da sociedade contemporânea de massas tem sua razão de ser na profunda perda de identidade cultural, na desumanização das relações sócio-políticas, no individualismo irracionalista e egoísta, constante ameaça de destruição da humanidade e de seu meio ambiente. Tal situação gera uma das grandes dificuldades presentes, que é arquitetar as bases de um conjunto de valores éticos capazes de internalizar o "eu" individual e o "nós" enquanto comunidade real (WOLKMER, 2001, p. 261).

A ética da alteridade, não se amolda as teorias do funcionalismo estruturante e a nenhuma teoria teleológica, pois, se tratando de América Latina, ou melhor de capitalismo periférico, resta clara a existência de uma expressiva diversidade cultural, o que também, não afasta o reconhecimento de princípios universais comuns a humanidade, mas, que prioriza os movimentos culturais de uma determinada comunidade, por poderem compartilhar valores como emancipação, autonomia, solidariedade e justiça (WOLKMER, 2001).

Interessante dedicar alguns parágrafos para tratar da teoria do agir comunicativo desenvolvida por Habermas (2002), citada por Wolkmer (2001), o qual cita também Apel, como importantes contribuintes para a evolução do sistemismo de que tratam Luhmann e Parsons, inovando ao criar uma teoria em que engloba o sistemismo e o mundo da vida, como dois modelos necessários ao entendimento da sociedade.

Habermas (2002) afirma que, quanto mais complexa a sociedade fica, mais complexa fica a racionalização do mundo da vida. Desta forma, a história das sociedades modernas podem ser

entendidas como o resultado de um processo de racionalização do mundo da vida das sociedades tradicionais.

O mundo da vida, portanto, se caracteriza em um domínio social que interage com os sistemas funcionalizados, através de processos comunicativos, que tem como instrumento operacional, a linguagem permeada pela solidariedade entres os sujeitos da comunicação, que buscam por meio da ação comunicativa a inteligibilidade entre as partes, seja ela realizada de forma verbal ou simbólica (HABERMAS, 2002).

O que se busca demonstrar, é que apesar de a teoria do agir comunicativo de Habermas, ser uma excelente forma de compreender os anseios sociais, pouco se valida quando aplicada a realidade do capitalismo periférico latino-americano, pois os atores envolvidos na comunicação que trata Habermas, remetem-se a uma sociedade de economia estável e possivelmente prospera, diferente da realidade dos atores latino-americanos.

Não há, ninguém mais apto a esclarecer o que se deve entender por ética da alteridade, do que o próprio Wolkmer (2001, p. 269):

> Além de compartilhar com certos valores racionais universalizantes, como vida, liberdade, bem-comum e justiça, a "ética da alteridade", por ser parte de uma pluralidade de formas de vida, traduz a singularidade de certos valores específicos (simbolizadores de uma dialética do particular/universal, da unidade/pluralidade etc.), representados basicamente por emancipação, autonomia individual e coletiva, solidariedade, justiça e a satisfação das necessidades humanas. A "ética da alteridade", sem deixar de contemplar princípios racionais universalizantes comuns a toda a humanidade, prioriza as práticas culturais de uma dada historicidade particular, material e não-formal. A "ética da alteridade" é uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos.

Em breve síntese, buscar a construção de uma ética da alteridade, envolve uma tarefa complexa, que consiste em unir os valores universalmente aceitos, por quase a totalidade de culturas e instituições, como a vida e a liberdade, com os valores contidos no contexto social de cada comunidade, individualizada pelas suas características.

Quanto ao último fundamento de efetividade formal, do qual a racionalidade enquanto necessidade e emancipação, em nada se confunde com os processos de racionalização advindos do iluminismo, com objetivos meramente teológicos, mas ao contrário, a racionalização como um dos fundamentos da efetividade formal, deve buscar a racionalização emancipadora, livre do tipo operacional e pré-determinado (WOLKMER, 2001).

A racionalização emancipadora não está posta, trata-se de um processo, em que se faz necessário a criação de mecanismo instrumentais, capazes de romper com os velhos paradigmas:

> A função maior e privilegiada para operacionalizar tal projeto será dada por meio da estratégia de uma pedagogia libertadora. Uma educação libertadora, comprometida com o processo de desmitificação e conscientização (um novo "desencanto do mundo"), apta a levar e a permitir, por meio da dinâmica interativa "consciência, ação, reflexão-transformação", que as identidades individuais e coletivas assumam o papel de agentes históricos de juridicidade, fazendo e refazendo o mundo da vida, e ampliando os horizontes do poder societário (WOLKMER, 2001, p. 283).

Os elementos apontados como fundamentos de eficácia material e formal, para a implementação de um pluralismo jurídico emancipador, como se verá no próximo tópico, foram inseridos no texto da carta constitucional boliviana, o que fundamenta o escopo desde trabalho.

4 O Pluralismo Jurídico na Bolívia: análise da irradiação de seus efeitos sobre a matriz colonial de poder e a linguagem hegemônica de direitos humanos

Na América Latina, a nova constituição boliviana, de 2009, foi vanguardista ao criar a estrutura denominada plurinacional, reconhecendo a existência de 36 etnias como nações, que unidas compõem o Estado Plurinacional da Bolívia (Bolívia, 2017).

Em apertada síntese contextual, dirigida ao entendimento das razões que levaram a promulgação da nova constituição boliviana, dialogar-se-á com Proner, que bem explica a trajetória última, sobre os motivos que levaram a sua promulgação.

Com a revolução nacionalista e democrática do ano de 1952, o liberalismo chegou a Bolívia, sendo que, até este ano, os indígenas não tinham direito ao voto universal e não participavam da vida política do país (PRONER, 2013).

Os efeitos da democracia liberal propagada, propiciou aos indígenas serem reconhecidos como cidadãos, terem direitos ao voto, a propriedade e a participarem da vida política do país, na condição de povo, não havendo o reconhecimento da sua cultura e modo de viver, abdicadas diante da imposição neocolonial (PRONER, 2013).

Os problemas estruturais ocasionados pelo neoliberalismo e a abstração do multiculturalismo, diante de uma democracia representativa, ensejaram um ciclo de protestos que desestruturaram o sistema político, ocasionando discussões e reinvindicações mais profundas, o que levou ao processo constituinte da atual Carta Magna boliviana, com a participação histórica do povo indígena em sua elaboração, que durou um ano e quatro meses, até ser aprovado (PRONER, 2013).

Proner (2013, p. 145) atribui a ruptura do modelo institucional ao fato de que, houve um despertar da sociedade "de forma generalizada (suas memórias), que tem a história em suas mãos e que pode se reconstruir a partir de novos parâmetros", movimento que teve início muito antes do primeiro presidente indígena ser eleito, ou seja, o rompimento ocorreu porque o modelo jurídico de Estado centralizador, nunca tratou de forma efetiva sobre a diversidade indígena existente no país.

A legitimação dada a diversidade democrática comunitária, pela constituição boliviana, rompe com o modelo de democracia representativa, estabelecendo novos desafios, que serão enfrentados com o passar do tempo. Portanto, desnecessária a aplicação dos modelos institucionais conhecidos, como tentativa interpretativa ao modelo pluralista implementado pela Bolívia.

O reconhecimento do pluralismo jurídico, em um país pluriétnico e multicultural, expressa o reconhecimento dos valores da coletividade e imprime a inclusão social de comunidades menores (WOLKMER, 2006, p. 118).

Extrai-se do artigo 1º, da Carta Magna boliviana, que:

> Bolívia Estado é "unitário Social da Comunidade, livre, Direito Plurinacional independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e autônomo. Bolívia baseia-se na pluralidade e pluralismo político, econômico, jurídico, cultural e linguística, dentro do processo de integração do país (BOLÍVIA, 2017).

Ao afirmar que o país baseia-se no pluralismo político, econômico e jurídico, nasce a possibilidade de uma emancipação através do direito, o qual legitima o seu povo a participar do movimento de criação jurídica.

Da análise do texto constitucional, percebe-se a presença de vários dispositivos que corroboram com a teoria do pluralismo jurídico de Wolkmer (2001), como os artigos 2, 3 e 98, que reconhecem os povos indígenas originários como nações constituintes do Estado boliviano, dotados de autonomia, autogoverno, cultura, reconhecimento de suas instituições e consolidação de suas entidades territoriais, dentro dos termos da Constituição e da lei (BOLÍVIA, 2017).

Em contraponto, o artigo 5º, inciso I, estabelece o idioma castelhano e todas as línguas originárias dos povos indígenas como oficiais, já no seu inciso II, estabelece que o governo plurinacional e os governos departamentais devem utilizar-se de pelo menos duas línguas, sendo o castelhano o idioma obrigatório (BOLÍVIA, 2017).

Claramente a imposição do idioma, no curso da história, foi uma das mais comuns formas de dominação. No entanto, no presente caso, não é possível atribuir a essa imposição do idioma castelhano, como um elemento da perpetuação do colonialismo, vez que, os idiomas do povos indígenas originários foram reconhecidos, e serão utilizados conforme a conveniência do caso concreto. Além do mais, se a imposição constitucional, fosse a de legitimar todas as línguas indígenas sem colocar como primeira, o castelhano, haveria uma dificuldade na comunicação entre os nacionais e a comunidade internacional, ocasionado prejuízos ao país, principalmente quanto a sua economia.

A crise de paradigma do sistema jurídico ocidental, é causa da atual transição do modelo monista para um possível modelo pluralista. A criação do Tribunal Constitucional Plurinacional, surgindo como um marco no reconhecimento material do pluralismo jurídico, criado e instituído com base legal constitucional, mais especificamente no capítulo sexto, artigo 196 e seguintes, da atual Constituição Boliviana (Bolívia, 2017).

A decisão de número 1422/2012, prolatada pelo Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, trouxe de forma inédita, o reconhecimento de informações culturais e antropológicas, da população Poroma, para a resolução do conflito, estabelecendo a coexistência entre bases jurídicas distintas, determinando que não existe hierarquia entre elas, formando assim, um modelo de jurisdição multifacetado, que tem como base o respeito a formação histórica de cada povo, impondo limites, a partir dos tratados internacionais de direitos humanos, que servem como uma espécie de referência.

A implementação do pluralismo jurídico pela Constituição boliviana e o seu reconhecimento pelo Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, comprovam a possibilidade de coexistência de dois ou mais ordenamentos jurídicos distintos, que possibilitam a criação de novos espaços de rediscussão do direito e emancipação pelo direito.

Os espaços de participação popular possibilitam a rediscussão da linguagem hegemônica de direitos humanos, disseminada nos países da América Latina, a partir da implementação do pluralismo jurídico comunitário-participativo.

Portanto, a superação das linhas abissais (SOUSA SANTOS, 2006) e a rediscussão dos direitos humanos como fruto das reivindicações realizadas no seio dos movimentos sociais, dotados de uma consciência coletiva, superam a linguagem eurocêntrica e convencional de direitos humanos, em que insistem discutir o direito pelo direito (FLORES, 2009).

5 Considerações finais

A partir da análise da Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia, verificou-se a existência de dispositivos que propiciam a emancipação dos povos indígenas existentes no país, considerando-os como nações e atribuindo-lhes legitimidade e competência para a resolução de seus conflitos internos, conforme os seus princípios e cultura, desde que, não entrem em conflito direto com as convenções e tratados internacionais de direitos humanos, o que se reconhece como parâmetro mínimo aceito pelo Estado boliviano e não como imposição negativa a criação de novos direitos.

Nota-se que, o reconhecimento dos povos indígenas como nações pertencentes a um Estado, traz certa emancipação em relação a cultura ocidental, permitindo com que perpetuem a sua cultura, sem imposição estatal.

Da análise da sentença constitucional plurinacional nº 1422/2012, do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, foi possível extrair elementos culturais e antropológicas levadas em consideração na prolação de sua sentença, comprovando a possibilidade e efetividade de um ordenamento jurídico pautado na pluralidade, não se tratando de mero formalismo constitucional.

De outra forma, da análise da constituição boliviana e do julgado nº 1422/2012, do Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia, de forma inédita, demonstram elementos suficientes de reconhecimento de um sistema jurídico plural e emancipador.

Por fim, é possível concluir que, diante a implementação do pluralismo jurídico na ordem constitucional boliviana, e previsão legal sobre os meios de participação dos povos indígenas na modificação e criação do direito, de uma democracia participativa, atendem ao objetivo do pluralismo jurídico de Wolkmer, uma vez que, cumpre com os elementos formais e materiais que fundamentam o pluralismo jurídico, possibilitando a criação de novos espaços de rediscussão sobre a linguagem hegemônica de direitos humanos.

Referências

BOLÍVIA. Tribunal Plurinacional da Bolívia. *Sentença Constitucional Plurinacional nº 1422/2012.* Partes: Balvino Huanca Alavi, representação sem mandato Viviana Gonzalez Conde, seus filhos e netos, contra Juan Jose Cruz Perez e Apolinar Cayo, os líderes do bairro província Poroma departamento de Oropeza Chuquisaca. Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños. Sucre, 24 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaques/anexo/Resolucion_1422_2012__Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf>. Acesso em: 11/09/2016.

CHAUÍ, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.* 1 ed. São Paulo: Cortez, 2014.

EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília, Editora Universidade de Brasilia, 1986.

FAGUNDES, Lucas Machado. "*Reflexões Sobre o Processo Constituinte Boliviano e o Novo Constitucionalismo Sul-Americano*". In: MELO, Milena Petters; WOLKMER, Antônio Carlos. Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas.

FELISMINO, Lia Cordeiro. *PLURALLISMO JURIDICO:* Um diálogo entre os pensamentos emancipatórios de Boaventura de Souza Santos e Antônio Carlos Wolkmer. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 8480-8881. Disponível em: < file:///C:/Users/Adm/Documents/MESTRADO/FELISMINO.pdf>. Acesso em: 05/11/2016.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos.* Florianópolis: Boiteux, 2009.

GURGEL, Maria da Graça Marques; SILVA, Alanna Maria Lima; SOUZA, Joyce de Oliveira Bezzera. *Democracia Participativa, Pluralismo e Constitucionalismo Latino Americano:* o caso dos conselhos gestores das unidades de conservação ambiental do Brasil. Revista on-line. Maceió/Al, v. 5, n. 2 (2014), p. 51-72, jul./dez. 2014. Disponível em: < file:///C:/Users/Adm/Documents/MESTRADO/1540-5945-1-PB.pdf>. Acesso em: 06/05/2017.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

LYRA FILHO, Roberto. *O Que é Direito.* 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990. Disponível em: < file:///C:/Users/Adm/Documents/MESTRADO/ROBERTO%20LYRA%20FILHO.pdf>. Acesso em: 04/05/2017.

N'KRUMAH, Kwame. *Neocolonialismo – Último Estágio do imperialismo*. 1 ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro: 1967. p. 281-299.

PRONER, Carol. "*O Estado Plurinacional e a Nova Constituição Boliviana* – contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal". In: MELO, Milena Petters; WOLKMER, Antônio Carlos. Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência.* São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.ximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana. 1 ed. (ano 1998), 4ª tir./ Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia Jurídica da Alteridade:* Por uma apro

VIEIRA, Reginaldo de Souza. *A Cidadania na República Participativa:* pressupostos para a articulação de um novo paradigma jurídico e político para os Conselho de Saúde. 2013. 540 d. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Estado de Santa Catarina, Santa Catarina. 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade.* Revista Seqüência, nº 53, p. 113-128, dez. 2006. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095/13750>. Acesso em: 07/04/2017.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico:* fundamentos para uma nova cultura do direito. 3ª ed. São Paulo: Alga Ômega, 2001.

ESTRATÉGIAS DE RESISTÊNCIA DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS DE MATRIZ AFRICANA PELA MANUTENÇÃO DO DIREITO A ALIMENTAÇÃO SAGRADA

Winnie de Campos Bueno
Iyalorixá, Bacharel em Direito- UFPEL/RS,
Mestranda em Direito – UNISINOS/RS,
winniebueno@edu.unisinos.br

Resumo:

O presente artigo tem por escopo abordar o histórico jurídico das limitações à livre expressão religiosa experimentados pelos povos e comunidades de terreiro a partir das criminalizações diretas ou indiretas de suas práticas no contexto brasileiro. Visa-se compreender de que forma se estabelecem os discursos hegemônicos atuais que buscam restringir a livre expressão religiosa desses grupos a partir da proposição de normas que reduzem ou limitam o direito ao culto para essas coletividades.

Palavras-chave: liberdade religiosa. direito ao culto. tradições religiosas de matriz africana. racismo religioso.

1 Introdução

As expressões religiosas das tradições de matriz africana no Brasil experimentam um histórico de limitações e criminalizações que estão diretamente conectados com o processo de colonialismo e escravização que integram o processo de formação socioeconômica do Estado brasileiro. Os estudos destinados a compreender as cosmologias, liturgias e gênese das tradições de matriz africana encontram-se quase que na sua totalidade nas áreas das Ciências Humanas, principalmente na Antropologia, Sociologia e História. Contudo, analisar essas tradições a partir de uma perspectiva das Ciências Jurídicas visando apresentar as formas com que essas comunidades foram e ainda são criminalizadas e limitadas no exercício de direitos é fundamental para compreender um fenômeno que tem adquirido cada vez mais força no campo jurídico: a judicialização dos conflitos religiosos.

Portanto, buscando atingir esse fim, dividi esse artigo em três partes. Primeiramente procuro desconstruir uma ideia universalizada sobre as expressões religiosas das tradições de matriz africana, discorrendo brevemente sobre os candomblés, os batuques e as umbandas. Abordar as particularidades das expressões religiosas das tradições de matriz africana pode parecer um esforço teórico pouco relevante para o campo do Direito, porém ele é necessário. No decorrer dos meus estudos sobre os conflitos jurídicos experimentados pelas expressões religiosas de matriz africana percebi que não é incomum a existência de publicações em periódicos de grande prestígio em que há um reducionismo do que sejam essas religiosidades, destacadamente quando o tema abordado é a questão da alimentação sagrada que integra os pressupostos civilizatórios de alguns destes cultos. A

ideia estabelecida a partir dos observadores externos de que "tudo é macumba" precisa ser desarticulada, principalmente quando mobilizada numa perspectiva de "ataque[40]" a essas tradições

No segundo momento apresento aspectos das supressões e limitações do livre exercício da expressão religiosa que impactam essas coletividades no que diz respeito a legitimação de sua presença na esfera pública (GIUMBELLI,2008). Na terceira parte discorro sobre as estratégias de resistência organizadas por estas tradições religiosas, principalmente aquelas que se propõe a enfrentar a legalidade discriminatória[41] mobilizada pelos membros do legislativo visando a edição de leis que em última análise eliminam a possibilidade do exercício da alimentação de cunho sagrado que integra as cosmologias dessas expressões religiosas, especialmente no que tange os candomblés e os batuques.

2 A diáspora africana[42] e a conformação religiosa de pressupostos civilizatórios que vieram de além-mar.

As tradições religiosas de matriz africana no território brasileiro são reflexo de um processo de resistência sociocultural e identitária da população negra-africana escravizada e seus descendentes.

> [...] pelas condições históricas em que se acharam, as religiões trazidas da África tiveram que sofrer aclimatações e adaptações, muitas vezes com a perda de elementos essenciais. Mesmo assim, passados vários séculos desse processo, muitos elementos permanecem. Através deles podemos perceber que, da mesma forma que outros traços culturais determinantes da africanidade brasileira, as formas religiosas baseadas no sistema acima esboçado e transplantadas para o Brasil, provieram basicamente de duas regiões: as da bacia do rio Congo e da atual Angola; e a do golfo da Guiné. Da primeira região chegaram aqui os elementos e aspectos bantos da religiosidade afro-brasileira; e da segunda, os conhecidos como nagôs, jejes e minas, também referidos genericamente como "sudaneses" (LOPES,2010, p.199)

Nota-se, portanto, que os candomblés, os batuques, as umbandas[43], e outras tradições religiosas de matriz africana não se apresentam de forma homogênea, havendo diferenciações

---

[40] Os ataques pelos quais as expressões religiosas das tradições de matriz africana são afrontadas nas mais variadas esferas é tratado com detalhamento por Vagner Gonçalves da Silva (2007) no trabalho intitulado *Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132007000100008.

[41] O conceito de legalidade discriminatória que utilizo aqui é o organizado pelo Dr. José Rodrigo Rodriguez (2016) em seus estudos sobre as crises do regime democrático e as mobilizações populares. A legalidade discriminatória seria uma forma de "perversão do direito". Para uma análise mais profunda desses marcos teóricos recomenda-se a produção acadêmica do autor, principalmente os seguintes artigos: RODRIGUEZ, José Rodrigo. "As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica". Revista Prolegómenos Derechos y Valores, v. 19, n.37, pp.99-124,2016; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Perversão do direito (e da democracia): seis casos/Perversion of law (and democracy): six cases. Revista Direito e Práxis, v. 7, n. 4, p. 261-294, 2016.

[42] Segundo Nei Lopes (2011, p. 242): " A Diáspora Africana compreende dois momentos principais. O primeiro, gerado pelo comércio escravo, ocasionou a dispersão de povos africanos tanto pelo Atlântico quanto pelo oceano Índico e mar Vermelho, caracterizando um verdadeiro genocídio, a partir do século XV- quando talvez mais de 10 milhões de indivíduos foram levados, por traficantes europeus, principalmente para as Américas. O segundo momento ocorre a partir do século XX, com a emigração, sobretudo para a Europa, em direção às antigas metrópoles coloniais. O termo 'diáspora' serve também para designar, por extensão de sentido, os descendentes de africanos nas Américas e na Europa e o rico patrimônio cultural que construíram. "

[43] Uso as variadas expressões das tradições religiosas de matriz africana no plural em virtude da ocorrência de pluralidades nas formas de culto de cada uma delas. Todas essas expressões religiosas não se apresentam de maneira única. Conforme

litúrgicas no interior de cada uma dessas formas de culto. Mesmo no continente africano não há a ocorrência de uma uniformização do culto aos Orixás. Pierre Verger (1981), importante estudioso das tradições religiosas de matriz africana, já apontava para esse fator na metade do século XX.

> [...] ainda não há, em todos os pontos do território chamado Iorubá, um panteão dos orixás bem hierarquizado, único e idêntico. As variações locais demonstram que certos orixás, que ocupam uma posição dominante em alguns lugares, estão totalmente ausentes em outros. O culto de Xangô, que ocupa o primeiro lugar em Oyó, é oficialmente inexistente em Ifé, onde um deus local, Oramfé, está em seu lugar com o poder do trovão. Oxum, cujo o culto é muito marcante na região de Ijexá, é totalmente ausente na região de Egbá.Iemanjá que é soberana na região de Egbá, não é sequer conhecida na região de Ijexá. A posição de todos estes orixás é profundamente dependente da história da cidade onde figuram como protetores[...] (VERGER,1981, p.17)

Essas singularidades se darão de forma semelhante para as expressões religiosas das tradições de matriz africana no Brasil, estando constantemente relacionadas com as rotas do tráfico negreiro. As nações africanas foram reformuladas a partir do comércio de escravos, sendo utilizadas com fim de controle administrativo pelos senhores. Em muitos casos as nações referiam-se ao porto de embarque, mas não necessariamente havia uma correspondência com as designações feitas pelos africanos de suas próprias origens (PARÉS,2007).

O tráfico de negros e negras africanas não promoveu apenas um sequestro de corpos, mas também ocasionou a supressão das identidades dos escravizados. Logo, recompor parte de suas vivências, costumes, tradições e memórias constituiu-se como uma estratégia de resistência.

> A instituição candomblé: centenária e fortalecida, polariza não apenas a vida religiosa, mas também a vida social, a hierárquica, a ética, a moral, a tradição verbal e não-verbal, o lúdico, enfim, tudo que o espaço da defesa conseguiu manter e preservar da cultura do homem africano. (LODY, 1987, p.10)

O marco histórico da gênese das expressões religiosas de matriz africana no Brasil remonta a metade do século XVI, havendo um contingente vasto de formas de manifestação dessas religiosidades. Embora no imaginário popular pareçam uma unicidade, pesquisas recentes indicam um pluralismo religioso robusto no que tange as tradições de matriz africana no Brasil. Considerando apenas a cidade de Salvador, na Bahia, o levantamento etnográfico desenvolvido pelo Centro de Estudos Afro-Orientais da UFBA identificou 1.408 terreiros[44]. O projeto Mapeando o Axé, promovido pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome em 2010 mapeou as expressões religiosas das tradições de matriz africana nas regiões metropolitanas de 4 capitais, quais sejam: Belém, Porto Alegre, Belo Horizonte e Recife, computando um total de 4.045 comunidades de terreiro. O Mapeamento das Casas de Religião de Matriz Africana do Rio de Janeiro, desenvolvido pela Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro em parceria com o Conselho Griot[45] e apoio da Secretaria de Políticas Públicas para a Igualdade Racial entre 2008 e 2011 estimou a presença de aproximadamente 5 mil terreiros no estado do Rio de Janeiro.

---

explicitado no corpo deste texto as adequações resultaram na configuração de experiências religiosas distintas e frequentemente ligadas com os processos de miscigenação, sincretismo e branqueamento que ocorreram no Brasil.

[44] "Terreiro" é a mais comum designação dada pelos adeptos das tradições religiosas de matriz africana ao espaço em que se realizam os cultos. Outras denominações utilizadas são: "casa"; "ilê", " tenda", "terreira".

[45] Conselho político religioso desenvolvido com a finalidade de atuar como gestor dos processos de articulação política, definição de nomenclaturas e formas de representação da pesquisa. Maiores informações disponíveis em: http://www.nima.puc-rio.br/index.php/pt/mapeamentocrma-rj/mapeamento-crma-rj/4585-sobre-o-conselho-griot.html

Através da revisão bibliográfica dessas pesquisas identifiquei as seguintes expressões religiosas das tradições de matriz africana : batuques, candomblés, catimbó, encantado ou pajelança, jurema, linha cruzada, mina de caboclo, nagô, omolocô, pena e maracá, quimbanda, tambor de mina, toré, umbandas, umbandonblé, vodum e Xangô.Cada uma dessas tradições religiosas apresenta cosmologias próprias, sendo que ainda existem manifestações religiosas de matriz africana que não se identificam em nenhum destes grupamentos. Em alguns terreiros, não obstante, ocorre uma classificação múltipla. Existem ainda subdivisões, como é o caso dos candomblés, dos batuques e das umbandas.

Nesse artigo, contudo, desenvolverei uma pequena síntese acerca dos candomblés, umbandas e batuques. Essa opção se dá pelas seguintes razões: são as expressões religiosa de matriz africana que apresentam o maior número de referenciais bibliográficos considerados no cânone acadêmico e os conflitos jurídicos relevantes para a formulação deste artigo estão mais diretamente relacionados com as liturgias desenvolvidas nos candomblés e batuques. Obviamente que o descrito nas linhas que seguem, no que diz respeito a especificação de cada expressão religiosa, não dá conta do imenso complexo que cada uma delas representa. A ideia é apenas realizar uma síntese que dê conta de demonstrar a pluralidade dessas tradições, possibilitando uma abertura para o aprofundamento daqueles que procuram investigar essas questões no campo da pesquisa acadêmica em Direito.

2.1 Os candomblés no Brasil

As pesquisas acadêmicas desenvolvidas sobre as tradições de matriz africana no Brasil indicam que o primeiro terreiro de candomblé organizado no Brasil foi a Casa Branca, fundado por três mulheres africanas no bairro do Engenho Velho na cidade de Salvador (CARNEIRO, 1948; DA COSTA LIMA, 1974; LOPES, 2010; PRANDI,1996; THEODORO, 2009). A massiva concentração dos povos nagôs na capital da Bahia influenciou as práticas religiosas desenvolvidas na região, bem como colaborou para a fixação de um léxico comum a uma pluralidade de expressões religiosas das tradições de matriz africana desenvolvidas principalmente nas regiões sudeste e nordeste. Assim, tanto os cultos jejê- nagôs como outras expressões religiosas ficaram genericamente conhecidas como "candomblés". Conforme Nei Lopes (2010, p.200):

> [...] o vocábulo “candomblé” designa genericamente não só oculto aos orixás jeje-nagôs como outras formas dele derivadas. Assim temos, por exemplo, os candomblés ditos puramente jejes; os que se conhecem como “de Congo e Angola”; o candomblé “de caboclo”, variante do candomblé “de Angola”, marcado por elementos da religiosidade indígena e de práticas do espiritismo popular, etc.

De maneira sintética podemos dizer que os diversos candomblés que se organizam no território brasileiro se dividem em três grandes grupos, conectados a uma região específica do continente africano, conforme exposto acima. São os cultos iorubás, fons e bantos (BOTELHO e NASCIMENTO,2012, p.17).

É interessante observar que as dinâmicas internas dos candomblés se apresentam de forma bastante diferenciada das tradições religiosas de base cristã, as quais até hoje influenciam o conteúdo das normas e ordenamentos jurídicos brasileiros. Os binarismos de bem/mal; sagrado/profano; certo/errado, não se inscrevem nas cosmologias organizadas nos candomblés (NASCIMENTO, 2016). Compreender essa concepção de mundo é fundamental para entender a percepção das

comunidades de terreiro sobre os conflitos jurídicos e religiosos que dizem respeito a questão da alimentação sagrada exercida pela quase totalidade das expressões religiosas de matriz africana. Ademais, essas dinâmicas também irão se apresentar de forma diferenciada entre as diversas configurações dos cultos. Ou seja, os candomblés apresentam liturgias complexas, visões de mundo diferenciadas, linguagens próprias e específicas que irão manifestar compreensões diversas de pressupostos morais e filosóficos que não necessariamente estarão em conformidade com os ditames estabelecidos pelos complexos de normas que se inscrevem no mundo jurídico ocidental.

2.2 O axé no Sul do Brasil: as particularidades dos Batuques.

O Rio Grande do Sul é, segundo os dados do Censo de 2010, o estado em que há o maior índice de indivíduos que se declaram pertencentes a algum tipo de expressão religiosa das tradições de matriz africana, em números absolutos há 157.999 residentes do estado que se identificam enquanto pertencentes dos cultos afro-brasileiros. Esse número, que representa 1,47% da população total, supera os números dos estados da Bahia e do Rio de Janeiro (ORO, 2012, p. 558). Esses índices são bastante relevantes no que tange a óbvia resistência das expressões religiosas das tradições de matriz africana no contexto sulista. Considerando o histórico social de invisibilidade e apagamento da população negra no Rio Grande do Sul, um estado marcado pelo silenciamento acerca da participação da negritude na composição sociocultural do estado, é fundamental destacar que a mobilização e organização política das comunidades de terreiro[46] consubstanciou-se enquanto traço preponderante para a composição destes números.

O batuque é considerado enquanto a primeira expressão religiosa de matriz africana a aparecer no estado do Rio Grande do Sul, que atualmente também apresenta a chamada "linha cruzada"[47] e as umbandas. A historiografia da formação do batuque no Rio Grande do Sul indica a presença dessa expressão religiosa no estado desde o início do século XIX (MELLO,1995). Existe uma pluralidade de versões sobre qual teria sido o fato que inaugurou o batuque no Rio Grande do Sul, narrativas que vão sendo repassadas nos terreiros de forma oral durante gerações. As etnografias mais citadas (BRAGA,1998; CORREA,2006; ORO, 1994) apontam a preponderância de duas dessas narrativas. A primeira indica que a tradição religiosa teria chegado ao estado através de uma escravizada do Recife, a segunda relaciona os batuques as etnias africanas que teriam trazido cada uma de suas vertentes para o território gaúcho.

Os batuques dividem-se basicamente em cinco vertentes, as chamadas "nações", as quais designam-se em: oyó, ijexá, jeje, cabinda e nagô. É importante destacar que essas nações não têm equivalência com as divisões dos candomblés, sendo uma expressão religiosa que apresenta convergências com os mesmos, mas que se configura em cosmologias distintas e específicas (ORO, 2002).

---

[46] Em 20 de novembro de 2009 o Coletivo de Entidades Negras (CEN) lançou a campanha "Quem é de Axé, diz que é! " visando fortalecer a identidade religiosa dos vivenciadores das expressões religiosas das tradições de matriz africana. A campanha significou o incremento dos números entre o CENSO de 2000 e 2010, bem como foi propulsora de uma série de políticas públicas que visavam combater a intolerância religiosa.

[47] A linha cruzada é uma expressão religiosa afro-gaúcha cuja a gênese se dá por volta da década de 1960. A designação é mais acadêmica do que fática. Muito raramente os adeptos da tradição que é cunhada academicamente como linha cruzada se identificam dessa forma. O que os estudos sobre religiões afro-brasileiras indicam como "linha cruzada" na realidade diz respeito a manifestação da quimbanda no Rio Grande do Sul, o culto dos exus e pomba-giras.

2.3 A religião brasileira: considerações sobre as umbandas.

As expressões religiosas das tradições de matriz africana se conectam diretamente com uma origem relacionada com o contente africano. As narrativas e etnografias que versam sobre os candomblés e os batuques, conforme visto anteriormente, sempre indicam alguma forma de relação com o processo de diáspora africana como fator fundante das aclimatações necessárias para a manutenção dos pressupostos civilizatórios de matriz africana que se reconfiguram enquanto religiosidade no território brasileiro. As umbandas, entretanto, podem ser consideradas enquanto uma tradição religiosa iminentemente brasileira no que diz respeito a sua fundação. Conforme Giumbelli (2003, p.186): "O Brasil pode aparecer como o lugar da própria fundação da Umbanda. Lembremos que tão comum quanto a reivindicação da imemoriabilidade da Umbanda é sua designação como 'religião autenticamente brasileira. '"

Seja pelo fato das cosmologias das umbandas integrarem pressupostos religiosos de religiões europeias, indígenas e africanas, que no imaginário social da formação do Brasil enquanto nação seriam as três raças responsáveis pela "brasilidade", seja pela existência de registros históricos de congressos e encontros que fundaram a umbanda, essa expressão religiosa ficou reconhecida academicamente enquanto uma religião genuinamente brasileira. Nas palavras do antropólogo Ari Pedro Oro (2008, p. 12):

> A Umbanda representa o lado mais "brasileiro" do complexo afro-religioso, pois se trata de uma religião nascida neste país, fruto de um importante sincretismo entre catolicismo popular, espiritismo kardecista, concepções religiosas indígenas e africanas. Seus rituais são celebrados em língua portuguesa e as entidades veneradas são, sobretudo, os "caboclos" (índios), "pretos-velhos" e "beis" (crianças), além das "falanges" africana

Contudo, no que pese os aspectos sincréticos dessa tradição, ela segue inscrita enquanto uma religião afro-brasileira e, portanto, também sujeita a intolerância religiosa e aos efeitos da legalidade discriminatória que, no que tange os conflitos religiosos que estão implicados as expressões religiosas das tradições de matriz africana e os cultos afro-brasileiros, apresentam um conteúdo de ódio anti-negritude e preconceito de classe.

3 Limitações à liberdade religiosa e as criminalizações das expressões religiosas das tradições de matriz africana.

No capítulo anterior discorri brevemente sobre aspectos particularizados dos candomblés, dos batuques e das umbandas, expressões religiosas que possuem enquanto característica comum cosmologias que se relacionam com a presença negra em suas práticas, fundamentos e/ou pressupostos civilizatórios. Contudo, para além dessa similaridade, existe uma outra que irá aproximar essas religiosidades distintas: o histórico de limitações a expressão pública de seus ritos, cultos e práticas.

A história do direito brasileiro no que diz respeito ao trato jurídico destinado a questão religiosa inicia-se ainda no projeto de colonização do Brasil. Os objetivos da colonização incluíam a expansão da fé católica, um dos motivos pelos quais as expedições marítimas capitaneadas pelos

portugueses no século XVI obtiveram o apoio político e financeiro da Santa Sé (CASAMASSO, 2010, p.6167). Portanto, o poder político e ideológico exercido pela Igreja católica é marca fundante do Direito brasileiro, a qual permanece ainda que mitigada em face da necessidade de separação formal da Igreja e do Estado para a persecução dos objetivos da burguesia.

Considerando que nesta parte do artigo estou analisando as limitações à liberdade religiosa, abordarei o período republicano da história do Brasil. As criminalizações às expressões religiosas das tradições de matriz africana, contudo, se estabelecem desde o período colonial, porém nesse período não havia a inscrição da liberdade religiosa enquanto um pressuposto constitucional, pelo contrário, a Constituição Política do Império do Brazil estabelecia a nação enquanto um estado confessional católico.[48]

A instituição da república, em 1889, significou a separação formal da Igreja do Estado. Através do Decreto nº 119-A de janeiro de 1890[49] ficou proibida a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa. Em tese, consagrava-se a plena liberdade de cultos. Porém, na prática, as expressões religiosas das tradições de matriz africana não serão alcançadas por essa norma em razão do tratamento criminalizante que as mesmas recebem desde os primórdios do Direito brasileiro.

A criminalização expressa dessas tradições religiosas propiciou um cenário de esteriotipação e perseguição institucionais com fins de controle social. Os frequentes vilipêndios que os templos de candomblé, umbanda, batuque e outras expressões religiosas das tradições de matriz africana experienciam não estão deslocados desse trato jurídico. Considerando o direito enquanto um campo de legitimação da hegemonia e a lei enquanto um instrumento de disciplina, controle e legitimação (PINTO, 2011, p.2) conforme o ideário de justiça e moral vigente no Estado moderno brasileiro, a sociedade sente-se autorizada a manifestar repúdio e intolerância às experiências sociais que não estão em conformidade com aquelas legitimadas pelas ordens normativas preeminentes.

O Código Penal de 1890, editado a partir da necessidade de organizar um conjunto de normas penais que estivessem em consonância com a nova conformação do Estado que deixava de ser um império para se constituir enquanto uma república, não acompanhou a expressão da liberdade religiosa contida na nova carta magna. Podemos dizer que aqui se constituí a gênese de uma série de

---

[48] Conforme o art. 5 da Constituição do Império do Brasil: "Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo. " (BRASIL, 1824)

[49] *In verbis:* O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brasil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação,

DECRETA:

Art. 1º E' prohibido á autoridade federal, assim como á dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.

Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Art. 4º Fica extincto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.

Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.

Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrario.

perversões do direito (RODRIGUEZ, 2016) que irão acompanhar a trajetória das expressões religiosas de matriz africana.

Ocorre que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891) instituía o estado laico, conforme explicitado anteriormente o Estado ficava impedido de interferir nas questões de ordem religiosa. O art.11, 2° da carta vedava o estabelecimento, subvenção ou embaraço dos cultos religiosos, assim como o art.72, §3º estabelecia o livre exercício de culto (NETO, 2003, p. 114). Logo, numa primeira leitura, parece incompreensível que as expressões religiosas das tradições de matriz africana tenham experimentado violações tão profundas nesse período. Porém, como essas expressões religiosas não são consideradas enquanto religiões, justifica-se a utilização do aparato penal para coibi-las. E é nesse ínterim que irá se manifestar a perversão do direito.

A perversão do direito caracteriza-se enquanto "comportamentos institucionais que se utilizam da aparência jurídica para criar espaços de puro arbítrio nos quais é possível agir sem o controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos" (RODRIGUEZ,2016, p.620)

No caso descrito, a instituição da laicidade e da liberdade religiosa vai atender a uma demanda social coletiva, inscrita nos ideais de liberdade, fraternidade e igualdade esposados pelo Iluminismo. A necessidade de modernização do estado brasileiro e da instituição da democracia, sugere a adoção do modelo de estado secular, livre das interferências das religiões. Contudo, por outro lado, as expressões religiosas das tradições de matriz africana representam uma possibilidade de autonomia e organização política da população negra, a qual possuía um sem fim de reivindicações de cidadania. Os terreiros, portanto, tinham um potencial de associativismo negro organizativo que não era interessante aos propósitos da época que foi marcada por um projeto de embranquecimento e desafricanização do território brasileiro (FERREIRA FILHO, 1998). As formas de socialização dos negros, portanto, representavam um impeditivo para o alcance do positivismo expresso no lema "ordem e progresso", tão relevante para a elite política e intelectual da época (SAAD, 2013).

Frisa-se, ao mesmo tempo em que se instituí a laicidade e a liberdade religiosa no Brasil, se opera uma deslegitimação das expressões religiosas de matriz africana, as quais não são abrangidas pelas prerrogativas protetivas inscritas no instituto da liberdade religiosa. Não estando protegidas da intervenção estatal, portanto, são passíveis de criminalização. Essa criminalização, contudo, apresenta-se enquanto um mecanismo de proteção à saúde pública, ao criminalizar as práticas de curandeirismo[50], aparentemente está se tutelando a saúde e não interferindo em práticas religiosas, contudo o que teremos a partir dessa criminalização é o encarceramento de sacerdotes e sacerdotisas dos cultos de matriz africana e perseguição policialesca dos terreiros, casas de santo e dos territórios simbólicos para essas tradições religiosas.[51]

O historiador Josivaldo Pires de Oliveira (2012), a partir da análise de processos criminais nos quais figuravam sacerdotes e sacerdotisas de matriz africana, aponta para como a repressão do curandeirismo implicou na criminalização do candomblé. A narrativa de um processo criminal enfrentado por sacerdotes da época é ilustrativa do argumento que desenvolvo nesse texto:

> Ao aflorar o século XX, a imprensa feirense registrou a prisão de algumas pessoas envolvidas com prática de candomblé, acusadas também de "feitiçaria". Atente-se para a empolgada narrativa do articulista: Prisões em Penca. No Limoeiro, povoação da freguesia dos Humildes, deste termo, em noite de 16 para 17 do corrente Victorino Araújo da Silva, alli residente, Pedro

[50] O Código Penal de 1890 destina todo o Capítulo III do Título III ao tratamento dos crimes contra a saúde pública. Os art. 156 a 158 criminalizam práticas que reconhecidamente são utilizadas nas cosmologias de matriz africana.

> Alves de Almeida e mais vinte e tantas pessoas, que foram já soltas, ficando detidos os dois primeiros. O motivo da prisão constatamos, ter sido dança do "candomblé" e feitiçaria. A prisão ocorreu em maio de 1901, ainda no calor do novo Código Penal, sancionado em 1890. A notícia informou que das pessoas recolhidas pela polícia, naquela batida, apenas duas foram encarceradas. De fato, o crime foi lavrado pela justiça feirense como "curandeirismo", sendo indiciado os senhores Victorino Araújo da Silva e Pedro Alves de Almeida, como informou o articulista. A acusação: "dar remédios e tocar candomblé".

A deslegitimação das expressões religiosas das tradições de matriz africana e dos cultos mediúnicos, não se estabelece apenas no escopo jurídico. A medicina teve papel relevante na formulação de uma imagem deturpada do que seriam essas expressões religiosas. O médico sanitarista Nina Rodrigues (1935), por exemplo, atua de maneira decisiva em implicar à essas tradições religiosas a característica de histeria. A partir de uma sustentação que relaciona pertença racial, com hábitos culturais e ancestralidade cunha-se uma ideia institucionalizada de uma predisposição dos negros ao crime, sendo, portanto, recomendável a proibição das práticas mediúnicas porque as mesmas seriam um espaço que proporcionariam a alienação mental (GIUMBELLI,1997).

A criminalização das práticas de curandeirismo não tinha apenas um objetivo de deslegitimação das expressões religiosas das tradições de matriz africana. Havia também a intenção de garantir a exclusividade da classe médica no trato das doenças. Conforme explica Emerson Giumbelli (2003, p. 254):

> A criminalização do espiritismo, alegando-se a proteção à saúde pública, deve ser entendida no contexto da ação da categoria médica que visava resguardar em termos legais o monopólio do exercício da "arte de curar". Além da condenação ao espiritismo, à magia e outras práticas, o Código
> Penal previa punições para o simples exercício da medicina sem títulos acadêmicos (art. 156) e o crime de curandeirismo, ou seja, a aplicação ou prescrição de substâncias com fins terapêuticos (art. 158).

Ou seja, há toda uma lógica inserida dentro dos contornos no sistema capitalista que explica a maneira com que as expressões religiosas das tradições de matriz africanas serão tratadas pelos dispositivos jurídicos. A evidente anti-negritude, o corporativismo das elites, a persecução dos objetivos de modernização do estado brasileiro está intimamente relacionada com o histórico de intolerância religiosa e racismo estrutural experienciado por essas tradições religiosas.

Na segunda metade do século XX, os códigos de postura municipal vão desempenhar o papel de controle das expressões religiosas das tradições de matriz africana. Conjuntamente, as regulamentações sanitárias, os códigos posturas e as legislações penais serão os instrumentos normativos que irão fundamentar ações que criminalizarão as tradições religiosas de matriz africana a partir de uma linguagem estereotipada das mesmas, que serão associadas com barbárie e involução (GIUMBELLI, 2008. p.84). Essa caracterização permanece na atualidade nos discursos que visam criminalizar a alimentação sagrada exercido nas cosmologias dos batuques, candomblés e umbandas, no que pese essas últimas não destinarem uma morte sagrada aos animais cujo a carne é consumida em suas celebrações. A maneira com que essas tradições resistem a esses ataques é o que irei abordar na próxima seção.

4 As estratégias de resistência das expressões religiosas das tradições de matriz africana frente a legalidade discriminatória.

As expressões religiosas das tradições de matriz africana resistem a uma série de mecanismos históricos que visam sua eliminação desde a configuração das mesmas no território brasileiro. As formas de resistência não são estáticas, pois não é estática a maneira com que se organiza a intolerância religiosa e o racismo através da história. O que irei discutir aqui, contudo, são as formas contemporâneas de legalidade discriminatória que atingem essas expressões religiosas, analisando dois conflitos jurídicos recentes que ocorreram no estado do Rio Grande do Sul: a aprovação do Código Estadual de Proteção aos Animais (2003) e a proposição do Projeto de Lei 21/2015.

Conforme demonstrei nas seções anteriores, o Direito atuou historicamente numa perspectiva de deslegitimação e criminalização das expressões religiosas das tradições de matriz africana. Contudo, é também através da manipulação dos institutos jurídicos que essas coletividades vão exigir que suas demandas sejam atendidas pelo poder político. A judicialização dos conflitos religiosos na perspectiva de reconhecimento dessas expressões religiosas nas esferas públicas é um fenômeno recente, mas que se inscreve junto a um panorama de reivindicações de direitos por parte dos movimentos sociais que caracteriza as primeiras décadas do século XXI. A consolidação do Estado Democrático de Direito, portanto, proporciona zonas de atuação para que aqueles e aquelas que sempre estiveram subalternizados possam lutar pelo reconhecimento estatal de suas formas de vida e organização (RODRIGUEZ, 2016).

No que tange as expressões religiosas das tradições de matriz africana é perceptível que a presença das mesmas nas esferas públicas sempre esteve colocada como um problema. O reconhecimento dessas expressões religiosas esteve constantemente nas "zonas de autarquia", as quais se constituem enquanto "espaços de decisão autárquica, livres da influência do debate público e despidos de qualquer racionalidade que se possa identificar, ainda que sob a aparência de legalidade (RODRIGUEZ, 2016, p.265). " Esse cenário pouco se altera na contemporaneidade, o que temos é a inserção de novos atores que irão utilizar o direito nessa perspectiva pervertida para obstaculizar a presença pública das expressões religiosas das tradições de matriz africana.

A configuração do neopentecostalismo[52] e o aumento de sua atuação nos campos decisórios do Direito, significou uma politização do proselitismo religioso. A bancada evangélica, nas mais variadas esferas, irá se utilizar dos mecanismos políticos enquanto ferramentas relevantes para a conversão em massa de fiéis. O sucesso do proselitismo religioso neopentecostal, contudo, não se resumo apenas na conversão de fieis, mas em uma disputa de poder e legitimidade, cujo o principal algoz são as expressões religiosas das tradições de matriz africana.

Os dois cenários que analiso nesse artigo são úteis para compreender como que a hegemonia valorativa cunhada pelos pressupostos civilizatórios judaicos cristãos em conjunto com os discursos de modernidade serão uteis para uma atuação racista, a partir da perversão do direito operada pela legalidade discriminatória, que visa a eliminação das expressões religiosas das tradições de matriz africana. A edição do Código Estadual de Proteção Animal não significava expressamente nenhum impeditivo para a manutenção das práticas civilizatórias alimentares das expressões religiosas das

[52]O neopentecostalismo surge enquanto religiosidade no final da década de 70, fortalecendo-se a partir dos anos 80. A principal expressão religiosa neopentecostal é a Igreja Universal do Reino de Deus. Vale dizer que o pentecostalismo clássico, expresso pela Assembleia de Deus, Igreja do Evangelho Quadrangular e Deus é Amor atualiza-se a partir da experiência proselitista da Igreja Universal do Reino de Deus. As movimentações políticas dessas expressões religiosas, principalmente no que tange questões de ordem social moral e ideológica são semelhantes (MARIANO, 2004)

tradições de matriz africana, porém, a norma em contento apresentava uma forma que poderia vir a ser utilizada para obstaculizar essas práticas. O art.2º[53] do texto original da norma vedava as práticas de sacralização de animais, ainda que não de forma expressa. Logo, o que aparentemente é uma norma que visa a proteção dos animais poderia acabar por ser utilizada com fins de perseguir as expressões religiosas de matriz africana no que tange a questão dos rituais destinados a obtenção da carne que é consumida nos cultos. Frisa-se que o proponente do Código Estadual de Proteção aos Animais era um deputado ligado à Igreja do Evangelho Quadrangular, o qual exerce a função de pastor nessa congregação religiosa.

A articulação das lideranças das expressões religiosas das tradições de matriz africana proporcionou a redação de emenda à lei, proposta pelo deputado Edson Portilho, incluída pela lei a Lei nº 12.131/04. A emenda acrescentou o parágrafo único ao art.2º, explicitando que a vedação expressa na norma não teria aplicabilidade para o livre exercício dos cultos e liturgias de matriz africana. Nesse caso, portanto, o direito é utilizado diretamente por uma minoria social visando garantir o exercício de um direito fundamental constitucional, que historicamente é negado para os mesmos, conforme demonstrado nos capítulos anteriores.

O PL 21/2015 tinha por objetivo alterar a situação jurídica criada pela lei 12.123/04, alterando o Código Estadual de Proteção aos Animais. A proposta, que foi arquivada em junho de 2015 graças a grande mobilização das lideranças das expressões religiosas das tradições de matiz africana, revogava o parágrafo único da lei. A justificativa do projeto deixa bastante claro a existência da legalidade discriminatória, uma vez que a lei é manipulada para atingir um grupo específico com a aparência de universalidade (RODRIGUEZ,2016, p.104) A lei, nesse caso, estava expressamente sendo colocada em prol dos interesses do neopentecostalismo, uma vez que atingia apenas as expressões religiosas das tradições de matriz africana. A estratégia utilizada pelas expressões religiosas de matriz africana nesse caso foi a denúncia e mobilização. O arquivamento do projeto só foi possível porque a comunidade colocou-se de forma incisiva no campo público, organizando audiências, passeatas, protestos e articulações com juristas, acadêmicos e outros atores.

A questão da alimentação sagrada de matriz africana, entretanto, segue sendo alvo de questionamentos jurídicos, os quais geralmente se apresentam em função da valoração do direito à vida dos animais não humanos. Contudo, nesse caso, há uma indisposição em analisar essa questão a partir dos pressupostos civilizatórios enunciados por essas religiosidades. O Direito, nesse caso, olvida-se que "em um mundo onde tudo é vivo, a prática da alimentação é sempre uma questão delicada, pois implica em decidir pela suspensão da vida de uns para a continuidade da vida de outros" (NASCIMENTO, 2015, p. 62). Resta saber se seguirão sendo criminalizados apenas aqueles que fazem essa decisão levando em consideração pressupostos civilizatórios de matriz africana, ou se a defesa da vida dos animais não humanos levara a suspensão da alimentação carnívora por parte de toda a sociedade.

[53]*In verbis:* Art. 2º - É vedado: I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência; II - manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade; III - obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força; IV - não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo; V - exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável legal; VI - enclausurar animais com outros que os molestem ou aterrorizem; VII - sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde - OMS -, nos programas de profilaxia da raiva.

5 Considerações finais

Ainda que os institutos da liberdade religiosa e da laicidade do estado no Brasil não tenham sido constituídos a partir da experiência da pluralidade de expressões religiosas que conformam o país e que durante um período significativo de tempo tenham estado disponibilizados para as expressões religiosas de matriz africana devido a criminalização de seus cultos através de normas penais e da deslegitimação dos pressupostos civilizatórios de matriz africana enquanto religiões, atualmente as coletividades que representam os interesses dos sujeitos que integram as umbandas, batuques e candomblés tem se utilizado dessas normas para garantir a permanência dos seus cultos.

Por outro lado, fica evidente que a força política do neopentecostalismo tem se utilizado das figuras de perversão do direito para impedir a permanência da existência das expressões religiosas de matriz africana que se constituem enquanto aquelas religiosidades que devem ser combatidas segundo as ideologias incutidas nas liturgias das igrejas neopentecostais. Esse cenário, portanto, enseja um enfrentamento teórico mais comprometido do que sejam as expressões religiosas das tradições de matriz africana, objetivando compreender as formas com que as mesmas sempre estiveram alijadas de um tratamento jurídico isonômico.

O racismo religioso tem violentado simbólica e fisicamente os adeptos das expressões religiosas de matriz africana, os discursos hegemônicos higienistas, academicistas e elitistas acerca das formas com que estas coletividades manipulam seus pressupostos civilizatórios certamente fortalecem as ações proselitistas do "exército de Deus" frente aos candomblés, batuques, quimbandas e umbandas.

A arbitrariedade do poder político das bancadas neopentecostais é um cenário indesejável para a democracia brasileira e para o Estado de Direito. A devida atenção, portanto, às maneiras com que as ferramentas jurídicas têm sido manipuladas com fins discriminatórios e racistas se faz necessária, sendo recomendável analisar em uma perspectiva interdisciplinar os reflexos da anti-negritude no cotidiano do legislativo, executivo e judiciário, uma tarefa de comprometimento com o fim da intolerância religiosa e do ódio anti-negritude.

Referências

BOTELHO, Denise; DO NASCIMENTO, Wanderson Flor. Educação e religiosidades afro-brasileiras: a experiência dos candomblés. *ParticipAção*, n. 17, 2010.

CARNEIRO, Edson. Candomblés da Bahia, 5? ed. *Rio de Janeiro: Civilizaçäo Brasileira*, *Brasilia*, 1977.

CASAMASSO, Marco Aurélio Lagreca. Um breve panorama das relações entre política e religião no contexto do Estado Moderno. *Lex Humana*, v. 2, n. 1, p. 45, 2010.

CORRÊA, Norton Figueiredo. *O batuque do Rio Grande do Sul: antropologia de uma religião afro-rio-grandense.* CA, Cultura & Arte, 2006.

DA COSTA LIMA, Vivaldo. O conceito de" Nação? nos candomblés da Bahia. *Afro-Asia*, n. 12, 2017.

DA MOTTA LODY, Raul Giovanni. *Candomblé: religião e resistência cultural*. Editora Atica, 1987.

DE MELLO, Marco Antônio Lirio. *Reviras, batuques e carnavais: a cultura de resistência dos escravos em Pelotas*. UFPel, Editora Universitária, 1994.

DO NASCIMENTO, Wanderson Flor. Alimentação socializante: notas acerca da experiência do pensamento tradicional africano. *Das Questões*, v. 1, n. 2, 2015.

_____. Sobre os candomblés como modo de vida: Imagens filosóficas entre Áfricas e Brasis.

FERREIRA FILHO, Alberto Heráclito. Desafricanizar as ruas: elites letradas, mulheres pobres e cultura popular em Salvador 1890-1937. *Afro-Ásia*, n. 21-22, 2017.

GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião & sociedade*, v. 28, n. 2, p. 80-101, 2008.

_____ Heresia, doença, crime ou religião: o espiritismo no discurso de médicos e cientistas sociais. *Revista de Antropologia*, v. 40, n. 2, p. 31-82, 1997.

_____ Zélio de Moraes e as origens da umbanda no Rio de Janeiro. *São Paulo: Selo Negro*, 2003.

HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro. Òrìsá láarè. 2013.

LOPES, Nei. *Enciclopédia brasileira da diáspora africana*. Selo Negro Edições, 2014.

_____ Religiões afro-brasileiras: Um novo olhar. *Afro-Hispanic Review*, p. 197-210, 2010.

MAPEANDO O AXÉ. Disponível em: http://www.mapeandoaxe.org.br/oprojeto. Acesso em: 02 mai 2017.

MARIANO, Ricardo. Expansão pentecostal no Brasil: o caso da Igreja Universal. *Estudos avançados*, v. 18, n. 52, p. 121-138, 2004.

ORO, Ari Pedro et al. *As religiões afro-brasileiras do Rio Grande do Sul.* Editora da universitade-UFRGS, 1994.

_____ A laicidade no Brasil e no Oriente: algumas considerações. *Civitas: revista de ciências sociais.* Porto Alegre. Vol. 11, n. 2 (maio/ago. 2011), p. 221-237, 2011.

_____ O atual campo afro-religioso gaúcho. *Civitas: revista de ciências sociais. Porto Alegre. Vol. 12, n. 3 (set./dez. 2012), p. 556-565*, 2012.

PARÉS, Luis Nicolau. *A formação do candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia.* Editora Unicamp, 2006.

PRANDI, Reginaldo. As religiões negras do Brasil-Para uma sociologia dos cultos afro-brasileiros. *Revista USP*, n. 28, p. 64-83, 1996.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. *Prolegómenos*, v. 19, n. 37, p. 99-124, 2016.

_____. Luta por Direitos, Rebeliões e Democracia no Século XXI: Algumas tarefas para a pesquisa em Direito. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 609-635, 2016.

_____ Perversão do direito (e da democracia): seis casos/Perversion of law (and democracy): six cases. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, p. 261-294, 2016.

SAAD, Luísa Gonçalves. *" Fumo de negro": a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890-1932).* 2013.

SANTOS, Jocélio Teles dos. Os candomblés da Bahia no século XXI. *A Tarde*, v. 9, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge. A proteção constitucional à liberdade religiosa. *id/496892*, 2003.

SILVA, Fernanda Oliveira da. *Os negros, a constituição de espaços para os seus e o entrelaçamento desses espaços: associações e identidades negras em Pelotas (1820-1943).* 2011. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

SILVA, Vagner Gonçalves da. Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo. *Mana*, v. 13, n. 1, p. 207-236, 2007.

SYMANSKI, Luís Cláudio P. A arqueologia da diáspora africana nos Estados Unidos e no Brasil: problemáticas e modelos. *Afro-Ásia*, n. 49, p. 159-198, 2014.

THEODORO, Helena. Guerreiras do samba. *Textos escolhidos de cultura e arte populares*, v. 6, n. 1, p. 223-235, 2009.

VERGER, Pierre. *Orixás: deuses iorubás na África e no Novo Mundo.* Editora Corrupio Comércio, 1981.

http://www.palmares.gov.br/?p=4104

JUS COGENS: UM CONCEITO EUROPEIZADO? UMA PROPOSTA DE REVISÃO CONCEITUAL LIBERTADORA A PARTIR DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff,
Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS,
Mestre em Direito Público pela UNISINOS (2012),
com período sanduíche junto a Universidade de Toronto/Canadá,
Especialista em Relações Internacionais Contemporâneas pela UFRGS (2015) e em Direito Internacional pela UFRGS (2009).
É professora de Direito Internacional na Graduação em Direito e em Relações Internacionais da UniRitter e UNIFIN.
tatiana.cardoso@ufrgs.br

Marina de Almeida Rosa,
Mestranda em Direito Público pela UNISINOS,
bolsista CAPES/PROEX, Especialista em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional pela UFRGS (2016). É professora de Direito Internacional na Graduação em Direito e em Relações Internacionais do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter). Advogada.
marinaalrosa@gmail.com

Resumo:

O objetivo central do presente trabalho é averiguar no âmbito do direito internacional latino-americano a existência de um rol mais abrangente de regras de *jus cogens*, em detrimento daquele existente no direito internacional geral/europeizado. Para tanto, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de cunho descritivo e exploratório, averiguar-se-á o conceito de *jus cogens* no plano do direito internacional à luz do conhecimento forjado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para além daquelas localidades tidas como tradicionais, justamente por serem excludentes e dominadoras. A conclusão que se chega é que, a partir das teses libertárias, especialmente na seara dos direitos humanos, é possível notar o importante papel do plano interamericano ao oferecer uma voz contra-hegemônica no que tange o entendimento do conceito de *jus cogens* com base em suas decisões, demonstrando ser uma possibilidade de resistência do Sul na atualidade a partir da extensão da característica cogente à outras regras, trabalhando, consequentemente, em busca do seu espaço na construção do direito internacional, a partir do seu próprio conhecimento.

Palavras-chave: Jus cogens. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. colonialidade. Norte/Sul.

1 Introdução

O direito internacional é um campo do Direito que, muito embora envolva os diversos Estados que compõe a sociedade internacional, igualmente mostra-se extremamente excludente no que tange a (re)produção de suas normas, raramente permitindo que sujeitos fora do eixo

europeu/ocidental/norte determinem ou corroborem para a repaginação de suas regras, sempre buscando – mesmo que remotamente – nas suas "origens westfalianas" as respostas para os seus problemas. Quer isso dizer que o direito internacional é notoriamente regulado pelas forças oligárquicas que dominam o poder e, consequentemente, o conhecimento desse plano, consubstanciando-se em um âmbito dominador e excludente, que recorrentemente rejeita as contribuições feitas por aqueles que não estão configuram no eixo central do sistema internacional.

Ocorre que essa situação reflete diretamente na própria criação das fontes de direito internacional, as quais têm como condão forjar as bases para a manutenção da ordem social nas relações internacionais, ajustando as condutas das inúmeras partes que a compõe. Afinal, ao não haver uma participação harmoniosa e aberta entre os vários sujeitos, a determinação das ações aceitas ou não na vida em sociedade será unilateralmente concebida, podendo ocasionar na supressão de práticas regionalmente corriqueiras. Nesse escopo, a atribuição do caráter cogente a determinadas regras serve como exemplo, especialmente quando elas são aceitas e reconhecidas apenas por parte da comunidade internacional dos Estados, desconsiderando outros desdobramentos de outras localidades mundanas que igualmente mostram-se relevantes, as quais poderiam ser igualmente reconhecidas como normas cogentes.

Logo, por intermédio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de cunho descritivo-exploratório, averiguar-se-á o conceito de *jus cogens* no plano do direito internacional à luz do conhecimento forjado em diversas localidades, dando um maior enfoque às decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Isso, pois, o objetivo central do presente estudo é averiguar no âmbito do direito internacional latino-americano a existência de um rol mais abrangente de regras de *jus cogens*, em detrimento daquele existente no direito internacional geral/europeizado, a fim de demonstrar o papel que o Sul global apresenta para a consolidação das obrigações que contribuem para o avanço da garantia de direitos humanos, denotando a importância de uma revisão libertadora de tal conceito, a qual encontra eco nos discursos anti-hegemônicos que o pensamento descolonial apresenta.

2 *Jus Cogens*: um conceito europeizado.

As regras imperativas de direito internacional, normalmente referidas como normas *jus cogens* ou regras peremptórias, são preceitos jurídicos inalienáveis, e que, portanto, não podem ser suspensos em nenhum momento, nem mesmo em situações extremas, por serem entendidas como mandamentos decorrentes do Direito Natural[54] e que, por isso, formariam a base fundamental do sistema normativo do plano internacional (BROWNLIE, 2003, p. 488; JANIS, 2003, p. 65). Isso porque, as normas *jus cogens* tem como propósito a criação de uma contrapartida ao direito que o Estado possui em positivar/determinar as suas próprias normas e condutas (RAGAZZI, 1997, p. 57), sendo tipicamente

[54] As origens das regras de *jus cogens* podem ser encontradas em obras clássicas do Direito Internacional datadas do século XVIII, como em Christian Wolf e Emmerich de Vattel, sugerindo que elas seriam derivadas do Direito Natural (CZAPLINSKI, 2006, p. 83). Todavia, como salientam André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros (2009, p. 278), essas regras teriam sido citadas ainda por Hugo Grotius no seu livro 'Direito da Guerra e da Paz' de 1625, enquanto um '*jus strictum*' derivado de 'Deus' enquanto uma categoria específica de regras do 'direito dos povos'. Ainda, Paulo Borba Casella, Hidelbrando Accioly e Geraldo Eulalio N. Silva (2008, p. 109), a origem das regras peremptórias remontariam aos escritos de Francisco de Vitória, o qual, inspirado no direito romano, trouxe que as gentes estariam obrigadas às regras comuns ao globo.

de *ordre publique*[55]. Em outras linhas, as regras cogentes são normas que impõem uma restrição à soberania da nação na realização de suas atividades, imprimindo um limite ao voluntarismo estatal, seja em âmbito interno ou externo.

Logo, o *jus cogens* pode ser compreendido como sendo normas básicas de ordem natural e formadas por interesses comuns, as quais detém um caráter objetivo, sendo impostas pela ordem internacional aos seus participantes, independentemente da sua vontade (TOMUSCHAT, 1993, p. 210-211 e 227). E exatamente por deterem essa característica impositiva, é que alguns juízes da Corte Internacional de Justiça a caracterizam como sendo uma *higher law*, ou seja, uma regra que está além do alcance dos Estados, as quais sempre teriam prioridade no que tange a sua aplicação quando em confronto com quaisquer outras fontes normativas de Direito – internacional ou não (CIJ, 1960, p. 135; CIJ; 1971, p. 66) –, sejam elas *lex specialis* ou *lex generalis* (AKENHURST, 1974).

Até onde se tem conhecimento, essas regras foram utilizadas pela primeira vez no século XIX enquanto uma possível forma de invalidar acordos internacionais contrários a si, em que pese a impossibilidade de se identificarem tais preceitos já "padronizados" à época (CZAPLINSKI, 2006, p. 83). Todavia, já no século XX, uma vez que o ambiente da Guerra Fria tornava-se um pouco menos acirrado em razão do início do período que restou conhecido como Détente, bem como do avanço das tratativas para a negociação de uma nova convenção contemplando regras atinentes aos tratados internacionais, tentou-se chegar a um denominador comum acerca do que viriam a ser as regras de *jus cogens*.

Pautando-se em uma proposta dos países socialistas, nessa ocasião, "o *jus cogens* foi visto como uma oportunidade política de cristalizar de uma vez por todas as 'regras do jogo' concernentes a coexistência pacífica entre Leste e Oeste" (CASSESE, 2005, p. 200). Apesar de ter recebido certo apoio dos países latino-americanos e afro-asiáticos[56], muitos países do ocidente permaneceram reticentes a medida, haja vista que ela limitaria as suas ações – a sua 'voluntariedade'[57] – no plano internacional, de modo que apenas o seu conceito foi alcançado (CASSESE, 2005, p. 200), realçando-se, assim, o papel da Corte Internacional de Justiça para "avalizar" a atribuição de tal característica à determinada regra (VERHOEVEN, 1998, p. 197), o que, inegavelmente, "deix[ou] todos os Estados absolutamente livres para arguir a favor ou contra o caráter de *jus cogens* em quaisquer circunstâncias no plano internacional" (SCHWARZENBERGER, 1965, p. 213).

Por conseguinte, as normas *jus cogens* restaram assim definidas no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ONU, 1969):

> É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza (grifos nossos).

[55] Este conceito é justificado por meio do entendimento de que a soberania não é inalienável, com base no caso *The S.S. Wimblendom*, da Corte Permanente de Justiça Internacional, julgado em 1923 (BASINOUNI, 1999, p. 213); já no caso *Serbian and Brazilian Loans* de 1929, em que a Corte Permanente de Justiça Internacional utilizou o conceito de *jus cogens* como 'uma regra reconhecida na maioria dos sistemas jurídicos e identificada como de ordem pública' (CZAPLINSKI, 2006, p. 84).

[56] O apoio dos países do Sul global era limitado uma vez que os mesmos impunham uma condição para aceitar tal proposta, qual seja, "que algum mecanismo para a determinação judicial de uma regra peremptória fosse edificado" (CASSESE, 2005, p. 200).

[57] Para um debate acerca do voluntarismo, cf.: SQUEFF, 2016a, p. 136-151.

E a partir da leitura dessa definição positivada em 1969 (e em vigor na órbita internacional desde meados de 1980), percebe-se que se trata de uma norma que deveria ser *aceita pela totalidade dos participantes da ordem internacional*, antevendo a necessidade de esta ser uma regra que seja de *interesse universal*, a qual não permite nenhuma derrogação, nem mesmo em tempos de crise, e que somente pode ser modificada quando *outra norma geral de Direito Internacional superveniente* que aborde o mesmo assunto e que detenha, no mínimo, o mesmo valor protetivo, a substitua[58].

Apesar disso, considerando os debates havidos na conferência de plenipotenciários, já era cediço que, ao fim e ao cabo, não seria possível listar tais regras; muito pior, que seria improvável chegar a um consenso quanto ao que viria a ser um 'interesse universal' quando considerando não só o momento em que as relações interestatais se encontravam, mas também pelo próprio posicionamento de países do então Ocidente (hoje, do Norte global), especialmente pela sua "tradição" no que diz respeito à formação do ordenamento jurídico internacional, bem como na constante luta pelo poder no plano das relações internacionais (MORGENTHAU, 2003, p. 21, 51, 89-90, 98-99 e 120).[59]

Até mesmo porque, não é por outro motivo senão pelo posicionamento destes que as negociações não avançaram para apontar o rol de regras consideradas cogentes à época, já na própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. E disso decorre o fato de as regras imperativas atualmente "não serem uma nova categoria formal de fontes do direito internacional, mas [apenas] descreve[re]m uma qualidade particular que certas regras detêm" (PELLET, 2012, p. 846).[60] As regras já consideradas cogentes ganham "apenas" um adjetivo especial, o qual lhe atribui características peculiares como a inderrogabilidade, superioridade (*higher law*) e permanência (só são substituídas por regras iguais ou mais protetivas) – não sendo uma fonte normativa em si. Inclusive, é por isso que Ricardo Monaco afirma que as normas *jus cogens* não possuem eficácia normativa direta (MONACO, 1968, p. 209).

Consoante Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 268), já existiriam regras que apresentam essa característica. Para o autor, algumas delas têm origem costumeira, outras convencionais. Outrossim, não é possível dizer que seriam essas as duas fontes plausíveis da constituição de normas peremptórias. Além dos tribunais internacionais apontarem essa característica a certas normas[61], como bem pontua Salem Nasser (2005, p. 165), "nos trabalhos da Comissão de Direito Internacional e nos escritos dos doutrinadores é possível encontrar exemplos de normas apresentadas como de *jus cogens*". Entre as mais comumente citadas, na posição do referido autor, estariam:

> [...] o princípio pacta sunt servanda; a proibição do uso ou da ameaça do uso da força; a proibição de atos que infrinjam a soberania e a igualdade dos Estados; o princípio da autodeterminação dos povos; o princípio da soberania sobre os recursos naturais; a proibição do tráfico de seres humanos; a proibição

[58] Vale lembrar que nas regras que contenham normas cogentes e que foram substituídas por outras advindas *a posteriori*, só serão anuladas as disposições concernentes às normas peremptórias, e não o tratado em seu conjunto (DINH, 1999, p. 287-288; VIEGAS, 1999, p. 181-196).

[59] Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 269), por outra banda, é otimista quanto aos resultados oriundos de tal conferência ao tecer que o reconhecimento das regras de *jus cogens* "pela Convenção de Viena de 1969 representou mais um fator de crise do voluntarismo, além de um fortalecimento da fundamentação de Direito Internacional Público". Esse posicionamento é retomado por André de Carvalho Ramos (2011, p. 452) para quem a Convenção de Viena de 1969 "afastou-se do paradigma voluntarista".

[60] Refere-se o autor à posição da Corte Internacional de Justiça no caso *Nuclear Weapons*, julgado em 1996, quando tecem no paragrafo 83 que "a questão de uma regra ser ou não *jus cogens* está relacionado a uma característica da norma" (PELLET, 2012, p. 846).

[61] Relatando diversos julgados que atribuem a característica peremptória a regras de direito internacional, cf. FRIEDERICH, 2004, p. 121-146; já para comentários de casos que remontam à Corte Permanente de Justiça Internacional, cf. RAMOS, 2011., p. 449-450 e 463-465.

> da pirataria; a proibição do genocídio; a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade e os princípios do direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra, princípios fundamentais dos direitos humanos e do direito do meio ambiente (NASSER, 2005, p. 165).

De toda sorte, no que diz respeito à natureza costumeira de regras com características de *jus cogens*, mostra-se importante salientar primeiramente que enquanto as regras consuetudinárias devem obter um consenso mínimo dos Estados, sendo praticadas de forma repetida no plano internacional e apresentando *opino iuris* no que tange a sua obrigatoriedade, tem-se que aquelas deveriam ultrapassar tal consenso, atingindo uma concordância absoluta entre todas as nações (JANIS, 2003, p. 66). Isso, pois, as normas cogentes estariam nas raízes da consciência internacional, sendo consideradas um valor intrínseco, universalmente aceito, de uma determinada regra (RAGAZZI, 1997, p. 54).

Discorda desse posicionamento André de Carvalho Ramos (2011, p. 454), para quem não seria necessária a unanimidade entre os Estados para a existência de uma regra cogente, tecendo que "o novo consenso necessário, então, para a consagração de uma norma imperativa, pose[ria] ser aquele nascido entre os representantes essenciais da comunidade internacional". Entretanto, para o autor, esses representantes essenciais seriam "aqueles que abarcam os países representativos das grandes correntes econômicas, políticas e geográficas do planeta", expressando que, dessa forma, não seriam excluídas nenhuma cultura ou sistema-político vigente (RAMOS, 2011, p. 454).

Outrossim, como o próprio autor sinaliza, esse seria um ponto fraco desse conceito, posto que há uma tendência de que as vontades dos Estados fortes e médios se sobreponham à vontade dos Estados menores, terminando por "nega[r] o pluralismo inerente à sociedade de Estados" (RAMOS, 2011, p. 454-455). De nossa parte, pensa-se que, indiferentemente da aceitação ser total (Janis) ou majoritária (Ramos), de fato a necessidade de ter-se uma regra meramente aceita pela comunidade internacional como um todo remonta às próprias bases "oligárquicas" – para dialogar com Antônio Remiro-Brotons (1982, p. 66 *apud* RAMOS, 2011, p. 455) – do Direito Internacional, a qual excluirá os países que não estão nas bases tidas como tradicionais de sua estrutura, mesmo que no plano ideal almeje-se permitir e considerar a fala de todos aqueles que compõe as relações internacionais.

De toda sorte, para além do consenso, impende dizer que as normas imperativas, não poderiam ser alvo do *persistent objector*[62], tendo em vista que, quando determinadas como tal, as normas possuiriam um preceito geral internacional de origem natural, o qual vincularia indistintamente a todos da comunidade mundial, não podendo haver a dissociação de um Estado por meio da 'negação' (RAGAZZI, 1997, p. 68-69; DANILENKO, 1993, p. 221-222; RAMOS, 2011, p. 453). Afinal, as normas peremptórias seriam universais, aplicando-se a todos, e constituir-se-iam no alicerce da ordem pública internacional no qual a defesa do interesse geral sobrepor-se-ia a um interesse específico de um determinado país (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2008, p. 22-23).

As regras que, por conseguinte, já apresentariam a característica de *jus cogens* em razão de sua natureza originariamente costumeira seriam:

> [...] a proibição do uso da força fora do quadro da legítima defesa; as normas sobre a cooperação pacífica na proteção de interesses comuns, como a liberdade dos mares, as normas que proíbem a escravatura, a pirataria, o genocídio e a discriminação racial; as regras protetoras da liberdade religiosa; as normas de direito humanitário [...], bem como as normas proibitivas da

[62] *Persistent objector* é o termo utilizado para a atitude de um estado perante a uma norma costumeira de direito internacional. Se um Estado se abstém de protestar contra um acordo, é implicitamente entendido que ele concorda com tal norma. O oposto ocorre quanto um estado tem a consciência de abster-se ou de opor-se ao cumprimento de uma regra, procedendo desta forma repetidamente. Neste caso, a regra não valeria para este Estado (SHAW, 1997, p 70-72).

> agressão; as normas protetoras dos direitos dos Estados e dos povos (como as relativas à igualdade, integridade territorial, livre determinação dos povos) [MAZZUOLI, 2011, p. 268].

No entanto, alguns tratados igualmente atribuiriam o adjetivo cogente a algumas de suas regras.[63] O exemplo mais aceito para além dos princípios citados na Carta das Nações Unidas[64] é o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual aponta regras que não poderiam ser suspensas em nenhuma hipótese – característica basilar de uma regra peremptória.[65] O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – PIDCP (ONU, 1966), em seu artigo 4, inciso 2, aborda que, mesmo em situações extraordinárias, certos direitos não podem ser suspensos. São eles o direito à vida (artigo 6), a proibição de submeter alguém à tortura ou a penas e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 7), o impedimento à escravidão ou à servidão (artigo 8, incisos 1 e 2), a oposição à prisão por descumprimento contratual (artigo 11), a rejeição de condenar alguém por crime não previsto pela ordem nacional ou internacional (artigo 15), o direito de o indivíduo ter reconhecida a sua personalidade jurídica (artigo 16) e, finalmente, o direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião (artigo 18).[66]

Interessante notar que na doutrina pouco se discute acerca de regra semelhante existir nos planos regionais de proteção[67], notadamente no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, o qual, no artigo 27(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA, 1969) igualmente prevê direitos indisponíveis aos Estados[68], porém, em um rol muito mais amplo que aquele previsto pelo PIDCP, a saber: artigo 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), artigo 4 (direito à vida), artigo 5 (direito à integridade pessoal), artigo 6 (proibição da escravidão e da servidão), artigo 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), artigo 12 (liberdade de consciência e religião), artigo 17 (proteção da família), artigo 18 (direito ao nome), artigo 19 (direitos da criança), artigo 20 (direito à nacionalidade) e artigo 23 (direitos políticos). Nesse sentido, a grande questão que se suscita é se essas regras também teriam caráter peremptório, haja vista a direta menção à sua indisponibilidade, mesmo em tempos de exceção.

---

[63] Acerca disso, em que pese utilizar-se dos termos "atribuir" e "reconhecer", entende-se que as regras consideradas cogentes já possuem essa característica em si, dada a sua origem no Direito Natural. Logo, importante dizer que os tratados e a jurisprudência realizam "atos declaratórios" e não "atos constitutivos" ao conferirem o adjetivo imperativo a uma dada fonte de Direito Internacional.

[64] Na carta da ONU são apontados como cogentes "os princípios da solução pacífica dos conflitos, da preservação da paz, da segurança e da justiça internacionais" (MAZZUOLI, 2011, p. 268).

[65] Importante pontuar que mesmo sendo previstas em tratados, o reconhecimento dessas regras enquanto normas cogentes teoricamente não se limitariam às partes contratantes, afinal, *jus cogens* são regras formadas a partir do interesse coletivo e que advêm do Direito Natural, sendo, portanto, de ordem pública (MONACO, 1968, p. 209; ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2008, p. 22-23).

[66] Apesar dos direitos do devido processo legal (artigo 14) e da liberdade pessoal (artigo 9) serem derrogáveis em casos excepcionais, o extinto Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas já havia feito restrições ao direito de suspender essas normas mesmo que em situações de emergência, tendo em vista a existência de outras proteções envolvidas nesses artigos, que são consideradas irrevogáveis (JANIS, 2003, p. 109-111).

[67] Não abordar-se-á o plano europeu de proteção de direitos humanos, o qual, contudo, prevê no artigo 15(2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais um rol de direitos indisponíveis aos Estados. Apesar disso, registra-se que a Corte Europeia de Direitos Humanos é inconstante no que tange a proteção dos direitos ali prescritos enquanto regras realmente superiores e inderrogáveis, pautando-se em larga medida na análise do caso concreto e na tese da margem de apreciação dos Estados. Para um debate, cf.: SQUEFF, 2016b, p. 170-191).

[68] Considerando que os Estados encontram-se limitados às regras cogentes quando assumem obrigações escritas no plano internacional e tampouco podem distanciar-se de uma regra com característica peremptória por meio de *opino iuris* ou de sua prática, é possível afirmar que os Estados não podem unilateralmente criar leis no plano doméstico que afastem a aplicabilidade de direitos que contenham esse adjetivo (RAGAZZI, 1997, p. 58-59). Isso, pois, as normas imperativas possuem a mesma essência em direito doméstico, ou seja, elas também são invioláveis, superiores e permanentes (DANILENKO, 1993, p. 223).

Afinal, como colocado anteriormente, a definição de *jus cogens* contida na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 determina que as regras, para assim serem reconhecidas, devem ser normas aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo. Por conseguinte, seria possível ampliar o rol de regras cogentes a partir de um sistema regional? Ademais, seria admissível que essas regras sejam oriundas de países do Sul global?

Consoante o que é abordado na doutrina nacional e estrangeira, essa não é uma questão retilínea ou ultrapassada, mas infelizmente aberta e presente na sociedade internacional, a qual não apresenta nenhum estudo consiste para que possamos nos apoiar. Talvez isso decorra do fato de que a resistência aos padrões tradicionais do direito internacional que são impostos aos países do Sul seja ainda incipiente, ou quiçá pela própria falta de espaço que esses Estados têm no âmbito das relações internacionais hodiernas para exporem os seus posicionamentos em razão da existência de uma verdadeira oligarquia nesse campo, como já salientava Antônio Remiro-Brotons, outrora citado. Afinal, o discurso que circunda nas Nações Unidas e em outros ambientes desta seara, especialmente no campo de Direitos Humanos, é fundamentalmente eurocêntrico, atentando-se notoriamente para os problemas do Norte em detrimento das preocupações oriundas de Estados menos expressivos, os quais, em razão disso, são comumente taxados como "espaços invisíveis da humanidade" (BRAGATO, 2014, p. 218).

Contudo, se a discussão sobre a atribuição de caráter de *jus cogens* a uma regra é praticamente inexistente no que tange a sua natureza costumeira ou convencional, é imprescindível destacar o papel que tem desempenhado a Corte Interamericana de Direitos Humanos nesse sentido. Isso, pois, a sua jurisprudência tem se distanciado dos padrões considerados "retilíneos" do plano internacional (europeizado), trazendo novas interpretações de regras cogentes no campo dos direitos humanos, as quais podem ser consideradas uma bandeira do Sul – uma forma de colocar-se presente no ordenamento internacional, expondo outros feixes de valores que igualmente são relevantes para a comunidade internacional como um todo, e que, por força disso, têm sido igualmente considerados enquanto regras peremptórias, muito embora não tenham sido defendidas enquanto tal em outros rincões.

3 A expansão do conceito de *jus cogens* promovida pela corte interamericana de direitos humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o tribunal competente, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, para reconhecer eventual responsabilidade internacional dos Estados-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e para interpretar esse tratado (PASQUALUCCI, 2013, p. 07-09). Trata-se do órgão responsável pela proteção dos direitos humanos na América, cuja instituição e atuação leva em consideração não só as situações geográficas e sociais do Sul, como também as circunstâncias históricas que edificam os Estados dessa região (CANÇADO TRINDADE, 2003. p. 28). Nesse sentido, segundo Antônio Augusto Cançado Trindade (2013, p. 75), é o tribunal que mais tem contribuído à evolução do conceito de *jus cogens*.

Em um primeiro momento, a Corte Interamericana somente reafirma o conceito europeizado de *jus cogens*, ao considerar como norma imperativa aquela que proíbe a tortura física, psíquica e moral (CORTE IDH, 2000, para.102-103). Todavia, a primeira ampliação do conceito ocorre no julgamento do *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú* (CORTE IDH, 2004, para.111-112) ¸ quando o Tribunal reconhece, expressamente, que a violação ao *jus cogens* é vedada em *qualquer situação*, seja em tempos de paz, seja em tempos de guerra, seja durante o Estado de Sítio ou de Emergência ou de Suspensão de garantias constitucionais. Do mesmo modo, a compreensão do conteúdo de *jus cogens* é estendida, passando a abranger *todas* as condutas vedadas pelo artigo 5(2) da Convenção Americana, quais sejam, tratamento cruel, desumano e degradante (CORTE IDH, 2006, para. 271).

A partir dessa ampliação, dá-se início a um processo de adequação do conceito de *jus cogens* às particularidades do Sistema Interamericano, contrariando um possível rol fechado dessas normas e abrindo caminho para a fundamentação de novas bases para o direito internacional, que atenda às necessidades da humanidade (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 80) e das particularidades de cada região mundana. Parte-se, portanto, da premissa de que, mesmo sendo essas regras consideradas normas básicas, com características que remontam à ordem natural, elas são formadas por interesses comuns, os quais não são retilíneos em todas as localidades, de modo que, ao fim e ao cabo, são os tribunais que determinam se ao conteúdo de uma regra pode ser atribuída a característica de 'norma cogente'. Afinal, essas regras trazem consigo valores fundamentais da comunidade internacional e os tribunais internacionais interpretariam tais valores à luz do contexto dos Estados em dada região.

Desta forma, no exame da Opinião Consultiva[69] nº 18/03 (*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados)*, requerida pelos Estados Unidos Mexicanos, a Corte Interamericana, pela primeira vez, examina o conceito de *jus cogens*. Assim, esse Tribunal reconhece que, embora a origem do conceito esteja vinculada ao direito dos tratados – especificamente à ora citada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados –, a sua evolução não se limita ao direito dos tratados, tendo o

[69] Consoante o artigo 2 de seu Estatuto, a Corte detém função jurisdicional e consultiva. Sem prejuízo à competência contenciosa, exerce competência consultiva a qual permite aos Estados-membros da OEA – ou aos órgãos enumerados no Capítulo X da Carta da Organização –, mesmo que não reconheçam a competência contenciosa da Corte, consultá-la sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos termos do artigo 64.1 da Convenção Americana. As Opiniões Consultivas, resultantes do exercício dessa competência, constituem interpretação autorizada das normas da Convenção e fundamento de futuras interpretações, não implicando em necessária vinculação dos Estados a elas, pois não há obrigatoriedade da observância de seu conteúdo (MEDINA QUIROGA, 2003, p. 04). Essa característica não afasta, porém, a relevância das opiniões consultivas, que têm conferido uniformidade e consistências a interpretações da Convenção e sido mecanismo de influência doutrinária e principiológica por parte da Corte (PASQUALUCCI, 2013, p. 80).

seu domínio sido ampliado, abarcando agora todos os ramos do direito internacional (CORTE IDH. 2003, para. 98-99), tal como o direito internacional dos direitos humanos e a matéria relativa à responsabilidade internacional dos Estados.

Fixados esses parâmetros, a Corte examina a obrigação dos Estados de respeitar e garantir todos os direitos previstos na Convenção Americana *sem discriminação* (artigo 1[1]) e o *direito à igualdade perante a lei* (artigo 24). Esses direitos definem-se como verdadeiras obrigações do Estado para com a comunidade internacional como um todo, não apenas para com os indivíduos sob a sua jurisdição (MOECKLI, SHAH, SIVAKUMARAN, 2010, p. 194), sendo indissociáveis à dignidade humana, além de permearem não só o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como também todo o *corpus juris* de tutela da pessoa humana[70], de modo que devem reger *toda* a atuação estatal (CORTE IDH, 2003, para. 100).

Destarte, consolida-se que os princípios da igualdade perante à lei e da não discriminação pertencem ao conjunto de normas *jus cogens*¸ o que lhes reveste de caráter imperativo e acarreta obrigações *erga omnes* de proteção que vinculam todos os Estados e geram efeitos com relação a terceiros, inclusive entre particulares (CORTE IDH, 2003, para. 100). Ademais, trata-se de princípios que influenciam não apenas a ordem pública nacional e internacional, como igualmente permeiam todo o ordenamento jurídico, de modo que não se pode admitir discriminações em razão de gênero, raça, cor, idioma, religião ou convicção, opinião política e de outra qualquer índole, nacionalidade, origem étnica ou social, idade, situação econômica, estado civil, nascimento ou qualquer outra condição ou característica humana (CORTE IDH, 2003, para. 101).

Em cumprimento a essa obrigação *jus cogens*, os Estados devem (1) abster-se de realizar quaisquer ações que direta ou indiretamente criem situações de *discriminação de fato* (que ocorre quando o Estado favorece atuações e práticas que discriminam um determinado grupo de pessoas) ou *de direito* (que tem lugar quando da emissão de leis que discriminam certo grupo de pessoas), assim como (2) adotar medidas positivas que possam modificar as situações históricas e sociais de desigualdade entre certos grupos e indivíduos dentro de sua jurisdição (CORTE IDH, 2003, para. 103 a 105). Ou seja, o reconhecimento do direito à igualdade e à não discriminação como normas inderrogáveis implica em exigências para que os Estados erradiquem a discriminação, implementando medidas que de forma legítima promovam a equidade entre todos os cidadãos.

O conceito de *jus cogens* é novamente ampliado no julgamento do *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, relativo à Operação Condor. Ao examinar o delito de desaparecimento forçado[71], a Corte consolidou que ante a gravidade do delito e da natureza dos direitos que implica lesão, a *proibição do desaparecimento forçado* e o correlato *dever de investigar e sancionar os responsáveis* alcançam o caráter de *jus cogens*, já que o desparecimento forçado viola múltiplos direitos de caráter

[70] Os direito à igualdade e à não discriminação estão consagrado nas Carta das Nações Unidas (artigo 1.[3]); na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 1, 2.[1] e 7); no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigos 2, 3 e 26); no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 2.[2] e 3); na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 2); na Declaração e Programa de Ação de Viena (artigos 19-24); na Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigos 1.[1] e 4); na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que, inclusive, refere-se expressamente à proibição de discriminação por razões de orientação sexual (artigo 21); na Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (artigos 2 e 3); na Declaração Árabe sobre Direitos Humanos no Islã (artigo 1). Consta, ainda, na Carta da OEA (artigo 3.[1]); na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo 3); na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1.[1] e 24); e no seu Protocolo Adicional em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ("Protocolo de San Salvador") (artigo 3).

[71] Entende-se por desaparecimento forçado, segundo o artigo II da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas "[...] a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes."

inderrogável e constituiu uma transgressão à natureza dos direitos humanos e o abandono dos princípios essenciais que fundamentam o Sistema Interamericano (CORTE IDH, 2006, para. 84) (e o próprio sistema internacional após 1945 [CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 41]). Tal compreensão leva em consideração a gravidade e o caráter continuado[72] e/ou permanente do desaparecimento forçado (CORTE IDH, 2009, para. 59), o qual, é marca das ditaduras pelos quais passaram os Estados latino-americanos na década de setenta e oitenta.

A partir dessa decisão, pode-se afirmar que não só a proibição ao desaparecimento constitui regra de *jus cogens*, como também o correlato dever de investigar esse delito. Ocorre que, a obrigação de investigar, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos corresponde à obrigação de meio (e não de resultado), que abrange, inclusive, a instauração de processo e sanção aos responsáveis pela violação de direitos humanos, especialmente ante a gravidade do delito de desaparecimento forçado (CORTE IDH, 2011, para. 183). Entretanto, impende dizer que *apenas* em caso de desaparecimento forçado a obrigação de investigar (e o devido processo) converte-se em norma de *jus cogens*; nos demais casos de violação de direitos humanos o dever de investigar, para a Corte Interamericana, não constitui *jus cogens*, mas uma violação "comum" de direitos humanos.

Pelo exposto, é possível dizer que a ampliação do conteúdo material do *jus cogens* pela Corte Interamericana aponta no sentido *contrário* ao conceito estático e europeizado estabelecido pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 e dos demais tribunais internacionais que não se encontram no Sul global. Embora essa evolução seja, ainda, *embrionária*, é notório o intuito deste texto em demonstrar a consolidação das obrigações no plano internacional que contribuem para o avanço da garantia de direitos humanos, vez que considerados princípios e valores fundamentais da ordem internacional – e não meramente da ordem interamericana, como talvez possa parecer.

Nesse sentido, reconhecer o direito à igualdade e à não discriminação como norma de *jus cogens*, bem como outros avanços, tais como a citada proibição ao desaparecimento e o correlato dever de investigar esse delito, que emergem no plano interamericano mostra-se central na conjuntura contemporânea de direito internacional, evidentemente mais heterogênea (mostrando-se, aos poucos, mais preocupada com as particularidades de regiões periféricas para além do eixo central tradicional). Ao menos, é isso que se absorve com a atribuição de caráter de *jus cogens* a outras regras que não aquelas tradicionalmente reconhecidas pelo direito internacional "comum" a partir de um tribunal não eurocêntrico.

Numa palavra, a partir desses julgados, demonstra-se a alteração (mesmo que incipiente) de padrões do direito internacional, evidenciando que os direitos humanos, de fato, podem significar uma área do Direito de resistência contra dominação e opressão imposta pelo Norte, iniciada ainda em 1492 com o des/encobrimento da América (DOUZINAS, 2007, p. 08; DUSSEL, 1994, p. 13-22).

4 O discurso anti hegemônico: fundamentos para uma crítica ao conceito de ius cogens fechado.

O suposto "descobrimento" da América e a sua subsequente colonização marcam o início da modernidade, constituindo o momento a partir do qual, pela primeira vez, estabelece-se um

[72] Fala-se em caráter continuado, pois o desaparecimento forçado é um delito que se inicia com a privação de liberdade da vítima e com a subsequente falta de informações sobre o seu destino e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade.

mecanismo de intercomunicações, isto é, estabelece-se um denominador comum: o colonialismo e "a racionalidade europeia" (DUSSEL, 1994, p. 13-22). Deste processo, configurou-se um mecanismo de dominação no âmbito político-econômico, do qual derivou a colonialidade – um padrão hierárquico de poder e de saber que mantém, no plano ideológico-discursivo e no plano das relações intersubjetivas, a dominação dos povos do Sul (QUIJANO, 2005, p. 117-142).

Ocorre que além da "revolução econômica" estabelecida pela modernidade (através do domínio político-econômico sobre os povos do Sul global), esse processo foi acompanhado por uma "revolução epistemológica" que, embora introduzido na e pela Europa, influencia todo o mundo, já que se torna o subsídio para a legitimação da classificação e subjulgação do "não-europeu" (MIGNOLO, 2008, p. 07). A partir da colonialidade dá-se início ao "encobrimento do outro" (DUSSEL, 1994, p. 35), isto é, à supressão e a dominação das culturas e do conhecimento e dos povos não-europeus[73]. De um lado, a modernidade estabeleceu parâmetros para que se auferir quem é o indivíduo, quem é aquele sujeito de direitos; de outro, no plano epistemológico, consolidou o discurso sobrepujante europeu como universal (QUIJANO, 1992, p. 437-448).

Nesse contexto, é que se sobressai a expressão 'colonialidade do poder' para explicar a contínua dominação existente do Norte em relação ao Sul. Segundo essa visão, mesmo que tenha havido o fim da administração colonial propriamente dita (o colonialismo em si), mantém-se ainda na sociedade hodierna a matriz edificada em 1492, de modo que a exploração e a dominação do outro através do sistema capitalista e da própria divisão internacional do trabalho ainda subsistem (QUIJANO, 1992, p. 448; QUIJANO, 2005, p. 117-118). Todavia, para além de uma estrutura estritamente atrelada ao abuso do poder através da dominação econômica, essa colonialidade traduz-se, na verdade, em uma complexa estrutura, a qual abrange diversos níveis de opressão levados a cabo na atualidade pelos europeus e norte-americanos (MIGNOLO, 2010, p. 12), dentre os quais está a colonialidade do saber.

Esta forma de colonialidade refere-se ao legado epistemológico do europeu nos povos do Sul, de modo que estes não estariam "autorizados" a pensar e criar um conhecimento próprio, mas apenas a reproduzir a epistemologia eurocêntrica, configurando-se em um verdadeiro impeditivo para a compreensão "[d]o mundo a partir do próprio mundo" (PORTO-GONÇALVES, 2005, p. 3). Isso significa que a partir dessa dimensão da colonialidade, a diversidade epistemológica seria inexistente, tal como qualquer experiência que fugisse ao padrão europeu, posto que só haveria "um modo de produzir conhecimento", devendo este ser mundialmente repetido (QUIJANO, 1992, p. 446).

Nesse sentido, a colonialidade propicia a divisão, por um abismo, do mundo entre metafóricos Norte e Sul, em que o primeiro representa o paradigma epistemológico dominante, racional, cujos saberes são os únicos válidos, científicos e úteis; e o segundo seria aquele subdesenvolvido, primitivo, selvagem, cujos conhecimentos subalternos não são científicos e que, portanto, são relegados à marginalidade acadêmica e política (SANTOS, 2007, p. 03-46). É a partir dessa divisão abissal que as formas de conhecimento desenvolvidas a partir da Europa se transformaram nas únicas formas válidas, objetivas e universais de conhecimento; em categorias universais de análise aplicáveis a qualquer realidade; em "proposições normativas que definem o dever ser para todos os povos do planeta" (LANDER, 2005, p. 10).

Desta forma, esse reducionismo propicia que, em se tratando de direitos humanos, os mesmos possam, apesar de seu potencial emancipatório, ter a sua linguagem manipulada pelos poderes

[73] Com a colonialidade, inicia-se um processo civilizatório, a partir do qual a sociedade europeia, legitimada por discursos de evangelização, civilização, modernização, desenvolvimento, globalização, estabeleceu-se como centro simbólico do que veio a ser denominado sistema mundo moderno-colonial (LANDER, 2005, p. 11).

hegemônicos, sendo necessário tomar consciência do potencial opressivo de sua universalidade (GALINDO, 2013, p. 67-96). Isso porque, essa concepção torna impossível uma fundamentação de direitos que não aquela do paradigma eurocêntrico (ROSILLO MARTÍNEZ, 2013. p. 39-40). É precisamente este o caso da concepção tradicional de *jus cogens*, que, tal qual a teoria dominante dos direitos humanos, também possui uma fundamentação histórico-geográfica e antropológico-filosófica notoriamente eurocêntrica.

5 Considerações finais

O presente texto tinha como objetivo expor o *jus cogens* como um conceito oriundo do Norte, haja vista não só a sua definição ter sido amplamente forjada em razão dos anseios das nações que compõe tal eixo global, como também pela própria sistemática do plano internacional estar direcionada à manutenção do *status quo* no que diz respeito à produção das normas que compõe este ordenamento jurídico, excluindo a possibilidade de outras regiões, especialmente aquelas que não participam da oligarquia do sistema, concordarem e contribuírem para o reconhecimento do caráter peremptório a certa regra. Debateu-se, por conseguinte, que esse seria um exemplo claro de dominação exercida pelo Norte em relação ao Sul global, o qual se reproduz pelo fechamento epistêmico imposto pelos Europeus (e mais recentemente pelos norte-americanos), os quais acabam por promover um verdadeiro silenciamento do Sul, impedindo que este seja (re)produtor de qualquer conhecimento – o que inclui a determinação de regras com características cogentes.

Todavia, a partir das teses libertárias, especialmente na seara dos direitos humanos, é possível notar o importante papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, notadamente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao oferecer uma voz contra-hegemônica no que tange o entendimento do conceito de *jus cogens* a partir de suas decisões. Afinal, se "a busca de alternativas à conformação profundamente excludente e desigual do mundo moderno exige um esforço de desconstrução do caráter universal e natural da sociedade capitalista-liberal [eurocêntrica]", como assevera Edgardo Lander (2005, p. 23), esse esforço vem sendo realizado pela Corte Interamericana, a qual tem obtido certo sucesso no que tange a atribuição de caráter cogente a certas regras, tais como aquelas que proíbem qualquer forma de discriminação (de fato ou de direito – sem limitações) e o desaparecimento forçado (e o correlato dever de investigar e sancionar os responsáveis), as quais fogem do padrão até então vislumbrado no plano internacional, mas que a ele deveriam igualmente se estender.

Referências

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio N.; CASELLA, Paulo B. *Manual de Direito Internacional Público*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AKENHURST, Michael. Custom as a Source of International Law. *British Yearbook of International Law.* v. 41, n. 1, pp. 1-53, 1974.

BASINOUNI, M. Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. 2ª ed. Hague: Kluwer Law International, 1999.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para Além do Discurso eurocêntrico dos Direitos Humanos: contribuições da descolonialidade. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 19, n. 1, pp. 201-230, jan./abr. 2014.

BROWNLIE, Ian. *Public International Law.* 6ª ed. New York: Oxford University Press, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional:* memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos.* Volume III. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

CASSESE, Antônio. *International Law.* 2ª ed. New York: Oxford University Press, 2005.

CORTE IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 20.

CORTE IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

CORTE IDH. *Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

CORTE IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160.

CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

CORTE IDH. *Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

CORTE IDH. *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Case Concerning the Right of Passage over Indian Territory*. Merits – Dissenting Opinion Judge Fernandes. 1960.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Legal Consequences for States of the Continues Presence of South Africa in Namibia*. Advisory Opinion – Separate opinion Judge Ammoun. 1971.

CZAPLINSKI, Wladyslaw. Jus Cogens and the Law of Treaties. *In:* TOMUSCHAT, Christian; THOUVENIN, Jean-Marc (eds). *The Fundamental Rules of the International Legal Order*: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

DANILENKO, Gennady. *Law-making in the international community.* Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

DINH, Nguyen Quoc [*et all*]. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DOUZINAS, Costas. *Human Rights and Empire*. The Political philosophy of cosmopolitanism. Oxford: Routledge, 2007.

DUSSEL, Enrique. *1492.* El encubrimiento del Outro. Hacia el origen de "mito de la mordernidad". Colección Academia número uno. La Paz: Plural Editores, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – UMSA, 1994.

FRIEDERICH, Tatyana Sheila. *As Normas Imperativas de Direito Internacional Público*: jus cogens. Curitiba: Ed. Forum, 2004.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *A volta do terceiro mundo ao direito internacional.* Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. v 1 n 119 -124. ago./dez. 2013.

JANIS, Mark W. An Introduction to International Law. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo. (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais*. 1a. ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de O. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana*: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad de Chile. San José: Mundo Gráfico, 2003.

MIGNOLO, Walter D. La opción descolonial. *Revista Letral*. Editorial Universidad de Granada. No. 01, Granada, 2008.

MIGNOLO, Walter. *Desobediencia epistémica*: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Argentina: Ediciones del signo, 2010.

MOECKLI, Daniel (Org.), SHAH, Sangeeta (Org.), SIVAKUMARAN, Sandesh (Org.). *International human rights law.* New York: Oxford University Press Inc., 2010.

MONACO, Ricardo. Cours Général de Droit International Publique. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye.* v. 125, n.3, pp. 93-336, 1968.

MORGENTHAU, Hans. *Política entre as Nações*. Trad. Oswaldo Biato. São Paulo: Editora UnB/IPRI, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.* 1969.

NAÇÕES UNIDAS. *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos*. 1966.

NAÇÕES UNIDAS. *Treaty Collection*: Vienna Convention on the Law of Treaties Status. 2016.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens*: ainda esse desconhecido. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, pp. 161 – 178, jun./dez. 2005.

OEA. *Convenção Americana de Dirietos Humanos*. 1969.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights.* University of South Dakota, School of Law.2nd Ed. New York: Cambridge University Press, 2013.

PELLET, Alain. Article 38. *In*: ZIMMERMANN, Andreas; TOMUSCHAT, Christian; OELLERS-FRAHM, Karin; TAMS, Christian J. *The Statute of the International Court of Justice*: a commentary. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PEREIRA, André G.; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Apresentação. *In*: LANDER, Edgardo (org.). *Colonialidade do Saber*: eurocentrismo e ciências sociais - Perspectivas Latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y modernidad/racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). *Los conquistados*. 1492 y la población indígena de las Américas. Ecuador: Libri Mundi, Tercer Mundo Editores, 1992.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: LANDER, Edgardo. (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. 1a. ed. Buenos Aires,: Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales – CLACSO, 2005.

RAGAZZI, Maurizio. *The concept of international obligations erga omnes*. New York: Oxford Monographs in International Law, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. Art. 53. *In*: SALIBA, Aziz Tuffi (coord.). *Direito dos Tratados:* comentários à Convenção de Viena do Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.
REMIRO-BROTONS, Antônio. *Derecho Internacional Público*: princípios fundamentales. Madrid: Tecnos, 1982.

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. *Fundamentación de los derechos humanos desde América Latina.* México DF: Editorial Itaca, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 78, out. 2007.

SCHWARZENBERGER, Georg. The problem of international public policy. *Current Legal Problems*, London, v. 18, n. 1, pp. 191-214, 1965.

SHAW, Malcolm N. *International Law.* 4ª ed. United Kingdom: Cambridge University Press, 1997.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso . As relações entre o Direito Internacional e o Estado soberano na visão de Georg Jellinek. *Revista Campo Jurídico*, Barreiras-BA, v. 4, p. 136-151, 2016a.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. A violação de Jus Cogens pelo Estado em casos de Terrorismo: uma análise do caso Jean Charles de Menezes. *Revista de Direitos Humanos em Perspectiva*, Belo Horizonte, v. 2, pp. 170-191, 2016b.

TOMUSCHAT, Christian. Obligations Arising for States without or against their Will. *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye.* v. 241, pp.195-374, 1993.

VERHOEVEN, Joe. Jus Cogens and reservations or 'counter-reservations'. To the jurisdiction of the International Court of Justice. *In*: WELLENS, Karel (ed.) *International Law*: theory and practice. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

VIEGAS, Vera Lúcia. *Ius cogens* e o Tema da Nulidade dos Tratados. *Revista de Informação Legislativa.* Brasília, a. 36, n. 144, pp. 181-196out./dez.,1999.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: JUSTIÇA, EDUCAÇÃO, CIDADANIA E NEGOCIAÇÃO
Coordenadoras: Lidia Ribas e Maurinice Wenceslau (UFSM).

Canoas, 2017.

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

Paulo Junior Trindade dos Santos
Gabriela Samrsla Moller
César Marció

Resumo:

O Código de Processo Civil apresenta releitura epistêmico constitucional, com uma proposta mais democrática do processo, objetivando colmatar rupturas/valas aprofundadas de um Direito Processual inflexível em que o cidadão restava submisso ao Estado. Nesse contexto, pautada em tendências democratização do processo, o cidadão, como um novo partícipe do jogo processual/social, figura no centro do que vem sendo conhecido como "Fenômeno Conflitológico de Interesses". Para tanto, necessário se faz alterar horizontes na discussão jurídico processual, momento em que exsurge a análise humanista do direito contemporâneo, pautado em um Estado Constitucional fruto de um Estado Democrático de Direito (função instrumental do Processo), expediente que só será possível se pautada em uma reconfiguração democrática (democracia participativa). Nesses novos meios práticos fruto da constitucionalização do processo o ser e o outro se correlacionam por uma dialética prática que reformula o elemento processual (democracia participativa). A sociedade complexa, nesse sentido, tem por esse ambiente de discussão, local para discussão dos fenômenos conflitológicos de interesses.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Democracia. Processo. Fenômeno Conflitológico de Interesses. Filosofia. Constitucionalização do Direito.

1 Introdução

Os novos princípios do CPC/15 buscam incorporar em caráter definitivo a conjunção da Democracia e do espírito participativo do cidadão quando, em seu texto normativo, reconhecem no Processo Civil a epistemologia constitucional, deixando explícito esse novo caráter (dialógico) conforme disposto nos artigos 1º a 11º do referido diploma.

A principiologia adotada demonstra uma nova preocupação do Processo Civil quanto a proposição de um novo Processo, baseado no diálogo, no contraditório, na cooperação e na ampla defesa. Busca-se, como nunca, a maturação das perspectivas constitucionais do Direito Processual Civil, pois as regras processuais, aplicadas junto aos princípios, exasperam a normativa processual que se almeja para a decisão justa do Processo.

Com o art.489, §1º, o juiz ocupa nova posição processual, a ser a ele reconhecida a obrigação de fundamenta a sentença, apresentando a devida motivação. No mesmo sentido, o art.139, ao prever o dever de direção do juiz e suas respectivas prerrogativas junto ao processo, prevê ao lado do mencionado artigo, no art.143 a responsabilização do magistrado nos casos em que proceder com dolo ou fraude, no exercício de suas funções ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providencia que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

A jurisdição busca tornar-se espaço para resolução dos anseios sociais, como espaço Democrático de criação/concretização do Direito, que reconhece no cidadão um sujeito (ativo) para perseguir a pretensão à tutela jurídica. Desse modo, a (re) modelação das partes no processo tem potencial de ressignificar a jurisdição como espaço Democrático. Dessa maneira, inviável falar-se em Estado, Direito e Sociedade sem a referência ao pressuposto social que dá voz a esses poderes, qual seja, o conflito.

Nesse contexto, o Direito nasce da conduta humana da transcendência das manifestações de poder da subjetividade à intersubjetividade, apresentada pela dimensão existencial, que é fruto do *fenômeno social*, o qual incide na formação da experiência. Experiência com sentido de índole histórica, forma que se molda a compreensão do mundo (PALMER, 2002. p. 355). O Direito é *social* e, em um sentido mais profundo, apresenta-se pela *linguagem*.

A Hermenêutica-Fenomenológica (voltada à interpretação) visa a *compreender* união que possibilita que se desvele e se entenda significados, hábitos e práticas do ser humano pela linguagem. A ampla democratização do processo, deve estar fundamentado pelo círculo hermenêutico (interligando compreensão, interpretação e aplicação) para que reste efetivada a mudança apresentada pelo Novo Código de Processo Civil.

A matriz teórica que sustenta essa inseparável relação entre processo, Estado e Constituição é a hermenêutica filosófica , na medida em que esta faz da compreensão, interpretação e aplicação um processo unitário (GADAMER, 1997) e a metodologia jurídica jurisprudencialista (CASTANHEIRAS NEVES), o que permite uma revalorização do caso concreto e o desenvolvimento do processo a partir da teoria monista do ordenamento jurídico.

2 Filosofia e direito e sua conexão com o processo

A filosofia do Direito é a disciplina arquitetônica da Ciência do direito. Vale destacar que, antes de tudo a filosofia aproxima-se muito mais da poesia por tratar das metáforas vivas do fenômeno, que da própria ciência, objetificadora de *ismos* e de desejos. "*El ajuste porque la Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia y Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia, y no o la inversa, y sólo cuando la Filosofía reflexiona sobre la ciencia puede obrigarse la esperanza de que el conocimiento filosófico le resulte de algún provecho al científico."* (COSSIO, 1944. P. 16). A hermenêutica e o direito, juntas, representam que o fenómeno da compreensao e da correta interpretação do comprendido não é somente um problema específico da metodología e das ciencias do espírito. Existem desde antiguamente também uma hermenéutica teológica e uma hermenêutica jurídica, mesmo que seu caráter concerna a teoria da ciência que ao comportamente prático do juiz o do sacerdote formados em uma ciência que se põe ao seu serviço. Deste modo, desde a sua origen histórica, o problema da hermenéutica vai mais além das fronteiras impostas pelo conceito do método da ciencia moderna. Compreender e interpretar textos não é somente uma instancia científica, senão que pertence com toda a evidência à experiencia humano do mundo (GADAMER, 1999. P.23).

A filosofia do direito é parte da filosofia do homem, e ambas dependem da filosofia do mundo (MIRANDA, 1972.P.62). No que se refere especificamente à filosofia do Direito ela apresenta tarefas em duas vias: de um lado, deve fixar, globalmente, o lugar o qual ocupa a pergunta pela essência e fundamentos do direito no contexto das tendências filosóficas do nosso século; de

outro lado, deve pôr à prova e coordenar entre si essas tendências a partir do *locus (*diferido do *nomos)* filosófico que chamamos Direito (LINDAHL, 1990. P. 8). Por essas perspectivas, apresenta consequências de grande interesse: quer legislativa, quer interpretativa (FALCÃO, 1997. P.147). Nesse nível, a filosofia do direito deve arrastar consigo o direito existente, quando atrasado relativamente ao movimento da civilização (MIRANDA, 1972. P. 62)[1].

O conflito é o fenômeno que dota o humano – passivo – de humanidade; é um existenciário que movimenta o inerte. Sem o conflito, não seriamos ontologicamente humanos, seríamos ente ora objetificado e ora assujeitado. A tomada de consciência do ser faz com que a exposição dos sentidos por uma vida perceptiva da vida ordinária dote-o de vivencia a partir doexistir próprio de cada ocasião. Estamos aí no mundo e não nos é dado conhecer previamente o que virá. Estar-aí é a intersubjetividade circular que supera a dominação exercida pela relação subjetiva/objetiva. O homem é catarse, é conflito, é ser. As formas puras não acompanham a contingência humana e diferente não seria com o que ocorre com o direito.

Transcende assim, o proceso de seu proprio conceito, sendo ele, por sua natureza pública, políticamente um espaço de debate democrático e, procesualmente, um sistema jurídico no qual convergem situações diversas. Essas situações são os conflitos, que unem as partes em torno de um mesmo núcleo, o objeto procesual, que, por sua vez, carrega em si a pretensão processual. O processo, desde a teoria do direito é uma fonte de criação de norma jurídica, a sentença judicial.

O ponto que se cruza a função do legislador e a função do juiz está marcado pelo proceso, pelo qual realiza a criação não do direito, senão uma experiencia onde o direito estaba fora, por cima da experiencia, flutuando no vazio. (BERNAL, 143.P.17)

A identidade Estatal da democracia por meio dos cidadãos amplamente ativos, "... que só poderá ser aquela que privilegia e estimulada à participação, tão intensa e constante quanto seja possível," (SILVA, 1988. p. 113) tende a "... penetrar nos meandros processuais, onde as garantias constitucionalmente previstas dão ao individuo meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque um aprimoramento do debate democrático." (RIBEIRO, 2010. p. 96.). No qual o ser é figurante apenas como cidadão, onde o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re)qualificação do povo, para além de mero ícone. Conclui-se a participação do cidadão pela busca da tutela jurídica "... dei nuovi diritti sta próprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre societâ, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di siora degli altri pubblici poteri." (DENTI, 1988. p. 19)

Por essa abertura democrática que se deve buscar para transformar o evento, o processo constitucional aparece como dialética processual tendo na sua estrutura uma abertura existencial "*In questa concezione, la controvérsia* tra una pretesa e *un´opposta constazione concretiza la realtà dell´ordinamento quando si organiza giuridicamente nel proceso che, per sua intrínseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e racionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie,* offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la própria tesi, ma anche e soprattutto di *contraddire lávversario* in uma lite destinada per expressa richiesta dei disputante ad uma composizione giudiziale. (MORO, 2012. p. 16-17)

O processo é conflito, é discussão, é dialética, é o existir na medida em que posto como processo constitucional. Em uma democracia "La dialettica processuale resulta, pertanto, ***fonte di diritto***; ma la stessa dialettica processuale non permette soltano di addivenire ala definizione

[1]MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito. 2ª Ed.. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. P. 62.

giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funziolale anche, e soprattutto, *ala determinazione della norma dela norma giuridica pre-posta al caso in giudizio* (tanto da non rappresentare *il processo negli angusti spazi dallápplicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che próprio nel processo, caratterizato dall´incedere dialettico,* non solo si scorga e si individui la norma regilatrice, ma anche che nello stesso processo, *in grazie alláttività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, oveero creata.*" (MORO, 2012.p.92)

A Lei, quando posta numa correlação entre processo e teoria do fato jurídico, expressa-se como elemento anterior aos fatos, o que denota o caráter estático daquela, resposta-reflexo de um mundo *não-mítico* "A lei é autônoma e, não obstante, socialmente contingente. É identificada com a estabilidade e ordem e, não obstante, ela própria muda e reage à evolução histórica. A lei é um imperativo soberano e, não obstante, a expressão de um espírito popular. Sua transcendência quase religiosa se contrapõe à sua temporalidade mundana. Ela corporifica o ideal e, não obstante, constitui um modo da existência presente. Em uma época do mito desabrido, essas irresoluções persistentes, que compõem o verdadeiro repertório do debate jurisprudencial, poderiam ser prontamente resolvidas em realidades variadas e, não obstante, afins. No entanto, essa solução não esta explicitamente disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade é disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade pe indisponível. E não só isso: a lei típica uma forma moderna de autoridade racional que rejeita a repartição da vida entre diferentes reinos míticos. Em suma, as persistentes contradições a respeito da lei correspondem a suas dimensões míticas, ainda que estas não possam ser reconhecidas em um mundo não-mitico. (FITZPATRICK,1992. P. 10-11).

3 A inerente relação do processo com o existir

O Direito erigiu-se junto ao individualismo de maneira que o Processo Civil institucionalizou-se junto ao perfil rígido científico com estratificações que rompem com misticismos e estabelece um mecanicismo para a proteção dos Direitos de um frente ao outro, inclusive frente ao Estado. Nesta fase, o Direito era utilizado por somente 3% da população. Este jeito de dirigir o Direito estimulou uma reflexão jurídica desvinculada da realidade social. O Direito acaba por espelhar um sujeito egoísta e irracional na sua vontade de racionalidade assídua. A antinomia da autonomia individual e social e a expansão do racional marcou o *Conflito na Modernidade.* Dessa forma, a constituição do Direito Moderno é feita com base no conceito de subjetividade individualista. A perpetuação da visão do sujeito pela ótica da individualidade ocasionava atomização da vida social, que impossibilitava a criação de um Estado para com o exercício da política participativa.

A dialética processual "*apoyase en el contradictorio*" (CALAMANDREI, 1960. P. 157-158), ou seja, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes (PICARDI, 2000. p.143) que foi revalorizado a partir da metade do século XX através de *Carnelutti*, *Satta* e *Fazzalari*, ambos evidenciaram o caráter dialético, dialogal do processo em uma relação simbólia entre partes e juiz. Em complemento Fazzalari , alude que os "... arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório (FAZZALARI, 2006. p. 119).

Em outros termos, “há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido os interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar. (FAZZALARI, 2000. p.141)

Novas formas de intersubjetivação e subjetivação, manifesta essa multiplicidade em prol de um antagonismo que é politizado por sua capacidade de reflexão unido à potência. Aqui reside a maior crítica ao conceito racionalista do sujeito unitário, encontrado na Filosofia Hermenêutica, sendo ele (por essa análise) um sujeito sem identidade estabelecida.

As estruturas rígidas de um sistema jurídico voltado à produção individualista do Direito e com a sua formação voltada à Democracia Representativa, lhe é repensada frente à Constitucionalização do Direito, que surge como o amanhecer do Estado Constitucional de Direito. Os institutos jurídicos adquirem uma ampliação em sua Hermenêutica interpretativa, fazendo com que os mesmos sejam compreendidos junto ao sistema constitucional como um modelo que perpassa a democracia representativa em busca de um modelo participativo.

As novas posições intersubjetivas fruto do apelo Constitucional, expressadas pelo Direito Constitucional, permearam o Estado Social Democrático, acarretando uma ruptura do individualismo em busca dos elementos de resgate da existência humana, procedimento que propiciou transição da subjetividade individual à intersubjetividade social restando reconhecida, a título de exemplo, a função social da propriedade, expedientes que contribuíram para o tímido nascedouro de um sujeito que transcende a subjetividade individual.

O reconhecimento de uma relação de recíproca implicação entre o processo civil e as manifestações plurais da sociedade realça que o direito processual sofre os influxos das mudanças ocorridas na sociedade e na própria maneira de absorver o direito (teoria do fato jurídico), pois a crise normativa sentida mais se relaciona com a incansável produção de direito pelo homem.

O processo, dessa forma, não pode desconsiderar que os problemas formativos do direito como regulação implicam que a instância judicial não desconsidere que o Judiciário não pode ser visto apenas como um local de *instrumentalização* do direito. Nesse sentido, os princípios constitucionais atuam no resgate da existência do ser, ao normatizar pressupostos básicos para o reconhecimento da existência. Alicerça-se tal concepção, a partir das premissas de que o processo é um reflexo das concepções dominantes sobre o papel do Estado (DAMASKA, 2002) e que entre Estado e Constituição há uma co-pertença, uma necessária reflexão sobre o processo civil calcada na teoria do Estado Democrático de Direito e na teoria da Constituição que, nos moldes do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, impõem um papel ativo por parte do Estado e, especialmente, do Poder Judiciário, na 'criação' dos direitos fundamentais.

Os estudos contemporâneos de direito processual propõem-se a pensar o processo civil a partir da cultura, o que, efetivamente, tem servido para retirar o processo civil da metodologia própria da primeira metade do século XX, sustentada no fascínio pelas grandes construções conceituais e por uma aparente neutralidade, como refere Vittorio Denti (DENTI, 1971, p. 14). No entanto, o estado atual das reflexões processuais no Brasil, apesar de tomar como base a superação do cientificismo processual, ainda é limitado e insuficiente, pois não leva em conta o papel compromissório e dirigente da Constituição brasileira e o perfil de Estado Democrático, que se configura como um modelo de Estado ativo (DAMASKA, 2002), de modo que o processo e a jurisdição permanecem incapaz de dar conta de toda a gama de problemas que envolvem a democracia brasileira, principalmente, a carência na 'criação' de direito fundamentais.

E nasce assim o Direito, das necessidades que se insculpem na vida cotidiana do ser e da sociedade por uma gama enorme de desejos e angustias, as quais tem sua fluidez em um contexto

que se impõe pré-existentes em um texto, assim passado, futuro e presente misturam-se criando da estáticidade a dinamicidade do jurídico ao homem.

As necessidades humanas são "...um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, e dentro do indivíduo em ambientes e tempos diversos." (RIBEIRO, 2013. P.19) perpassam sua simples razão de existir dada a racionalidade imposta pela era das Luzes, pois esqueceu-se essa, mais precisamente no tocante a Ciência Positiva do Direito que a irracionalidade se impõe com maior relevância na vida cotidiana, assim gerando mutações caóticas no sistema.

As necessidades perpassam o "eu" e chegam colapsar muitas vezes ao "outro", assim chegando a sua externalidade formada pela intersubjetividade que é eliminável se tratando de sociedades, sendo que, estas são sociedades complexas policontexturais.

As necessidades se apresentam como pulsões e revelam-se pelo interesse, o qual pode ser revelado pelas angustias e desejos humanos.

Com a Filosofia do Direito Hermenêutico-Fenomenológica busca-se a compreensão do Direito, harmonizando o conhecimento com a consciência e com a experimentação da sabedoria, servindo o processo de conexão entre essas duas realidades exclusivas do ser humano. 1) capacidade racional; 2) e sua experimentação real de condutas. Haja vista, que a filosofia do direito perpassa o que se compreende por experiência jurídica, pois ela pode assim a filosofia perpassar o conhecimento do fenômeno jurídico por si.

O ambiente formado pela artificialidade impregnada no Direito em sua inorganicidade demonstra até mesmo na construção de teorias modernas sua preocupação para com sua objetividade que impregna-se em textos que procuram pre-existir aos fenômenos, pois assim cria um ambiente estático que não vem a acompanhar a dinâmica imposta pela sociedade contemporânea, contemporânea mas sempre sociedade policontextural.

As atuais tendências do direito procesual contemporâneo é que se compõe de estudos sobre a nova dinâmica do direito processual, retirando sua fase instrumental de acordó com as novas tendencias constitucionais e políticas, desde o Estado Social de Direito. A qualidade e a eficacia dos operadores jurídicos que fazem parte da administração de justiça e daqueles que são verdadeiramente partes processuais, pende altamente do entendimento e da correta aplicação do direito procesual como instrumento complexo que moldeia e aplica ao direito substancial.

4 Conflito e processo: a existência

A essência do homem não é fixa, porém a natureza do homem tende a uma ordem social.
A Dimensão <Fenômeno Conflitológico de Interesses> é a conduta humana em interferência intersubjetiva (COSSIO, 1954.p.233) e faz parte do domínio da esfera ontológica do sujeito que se manifesta através da linguagem dialogal, cujas dinâmicas dão vida aos Fenômenos sociais, afetando diretamente a composição e a decomposição do Direito.

Para a compreensão do fenômeno conflitológico de interesses, necessária ser faz a fenomenologia filosófica, prática que se opõe ao mundo da razão-cartesiana. Deste modo, a fenomenologia interpretativa tenta desenvolver um entendimento voltado à compreensão do ser humano no que tange aos seus compromissos, significados e práticas adquiridos no mundo de que faz parte, restando, nesse contexto, importante os conceitos performativos da Ciência do Direito Processual, junto a uma pré-compreensão (AMADO, 2003.P.18) estabelecida.

O direito, através do processo, possui o desafio de concretizar essa convivência em meio às confluências de uma pluralidade complexa, de modo que o fenômeno conflitológico de interesses deve ser visto a partir de uma base social que aceita e resolve o conflito com uma resposta de Direito.

Quando existe uma sociedade complexa, tem-se que os bens sociais são heterogêneos, e não resultam da ideia de um bem comum. A igualdade que é buscada em uma sociedade, assim, não pode ser vista como uma homogeneidade, senão como uma complexidade na qual reside a peculiaridade de cada esfera, e que tem na sua diferença a manutenção do espírito crítico democrático. Essas ondulações permitem que o bem social não fique nas mãos de nenhum poder de dominação.

Essa decantação do fenômeno conflitológico de interesses cria uma esfera democrática superior àquela mitologizada e perpetuadora de um controle exercido pelo poder. Estes fenômenos, quando invisíveis, merecem especial atenção, pois estão consagrados junto ao imaginário social e dificultam a apreensão e interpretação do evento. Em um campo social em que o poder está presente em todas as partes a partir dos olhos, importa saber descobri-lo naqueles locais onde se deixa ver menos, onde é ignorado.

A ordem de integração deve conscientizar o ser de sua atuação. Dado que o centro do pensamento discursivo é expresso por um submetimento da realidade a um mecanismo de defesa baseado na exclusão e no domínio expressada pela razão instrumental (WELLMER, 1993. P. 76-77) a ciência natural do homem que tem seu fim na objetivação e sistematização, encontra sua expressão nos processos de racionalização vazia de uma sociedade moderna e que são trazidos para a sociedade pós-moderna, por via da burocracia, do direito formalistíco, de instituições formalizadas na sociedade e nas economias modernas, que expressam as bases de uma sociedade de rendimento.

Assim, resta premente uma releitura democrática (perpassando a democracia representativa), nascedouro da democracia participativa como ferramenta capaz de, pelo Novo Modelo de Processo, dar um maior espaço ao ser, transformando-o em um novo ator social.

Como ferramenta de maturação do desvelar do fenômeno conflitológico de interesse, entender o cerne do conflito é necessário para que se possa conceder a esse fenômeno novos tratamentos na sociedade contemporânea (democracia participativa) – que tem como virtude maior o debate para a reformulação constante dos seus ideários, por meio da Constituição Federal e suas diretivas de Direitos Humanos/Fundamentais.

É nesse contexto que os Fenômenos Conflitológicos de Interesses estão intrinsecamente ligados à natureza do sujeito no tocante ao Ser e o que os diferencia no passar do tempo é a forma e a expressão que ele toma. Assim, a proporção e a expressões dos conflitos acompanharam essa nova realidade, tomando novas formas de expressão, sendo que na pós-modernidade os fenômenos conflitológicos de interesse ganham relevância em razão da <pluralidade social dinamizada e em constante mutação> vivenciada no *plexo* do existir do Ser.

Essa pluralidade de manifestação sócio-cultural é cabalmente observada de uma determinada cultura à outra, o que demonstra a diversidade comportamental do ser, denotando as intensas transformações contextuais sociais. (GUIDDENS, 2005. P. 39). A *hiperconexão*, produto de um complexo processo evolutivo, somente pode ser controlada por meio de modelos que contrasta empírico e pragmático com a realidade posta, ou seja, por uma visão contextual do fenômeno social.

A partir da complexidade, tem-se que não existe um Direito Ideal, mas tão somente um Direito que atenda às circunstancias sociais que vise a regular. Seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um Direito cujo caráter ideal

fosse o de estar formulado de uma vez para sempre, ou seja, que a essência do homem fosse imutável. O fato de que uma norma atenda às circunstancia imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos. (BRUTAU, 1977.P.20)

O Direito tem capacidade de fabricar a realidade, mas se torna extremamente idealizado ao tratar das relações entre fatos e direito. Para poder operar de maneira adequada, não bastam normas, o Direito necessita construir seus próprios fatos, algo já dado e não meramente recebido. "El derecho es un gran traductor, un experto en redefinir los problemas de la vida para llevarmos a su propio terreno." (GARCIA, 1992.P.12)

5 Novas partes no processo

O novo processo aspira *novos atores processuais*, que enaltecem a substância do Processo tendo como fundamento os conflitos sociais que junto ao cenário Jurídico formam uma experiência fenomênica dotada de *iter* jurídico. A função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, isto é, a coordenação dos interesses que se manifestam na dinâmica social, o que legitima a intervenção do Estado na sociedade por via da linguagem. Assim, a máxima do Direito é dar caráter de equilíbrio às relações intersubjetivas que ora se encontram e ora se chocam, a fim de evitar o eco social negativo destas no seio social.

Na atualidade, como bem aponta AROCA, o juiz tem se convertido em aquele que *dirige* o processo, como se essa direção se referisse a o que antes era chamando faculdades processual, conduzindo o processo à sentença. Pela considerada nesse caminho calcado nos pressupostos processuais, entende-se a atuação deste juiz como o necessário para o desenvolvimento das normas, de modo que as partes não se opõem, inclusive, que o juiz controle a realização dos atos conforme o principio da legalidade.

Esse conjunto de faculdades, lidas em um conjunto, reconhecem que o juiz deberá reconhecer o direito de as partes porem fim ao processo e suspendam a tramitação do processo quando entenderem oportuno, com os limites sublinhados pela lei.

Com a justiça negociada, a verdade ganha novos contornos. TARUFFO, em importante ensaio, aprofunda acerca da Verdade e o Acordo Processual relativo à verdade ou a falsidade dos fatos alegados. Para o autor a eficiência do procedimento e a economia das atividades processuais deveriam ser tidos como compatíveis com a atuação de outros valores inerentes ao processo e à administração da justiça que não são menos importantes e que, portanto, não podem ser sacrificados a priori, como a justiça das decisões judiciais.

Ocorre que esse quadro gerou uma distorção na significação do juiz no processo. O que fora exposto não busca significar que o juiz gestione o processo. AROCA ressalta que a atividade do juiz não consiste em uma administração de empresa, mas na propriedade de poder exercer faculdades de direção formal, sem que com isso influa no que possa ser o resultado do processo. Ora, uma das consequências fundamentais desta nova concepção, assente na necessidade de um procedimento célere, reflete-se na mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante a interveniente dinamicamente ativo na gestão do conflito.

O juiz desse tipo de processo, com cerne na gestão, traduz o aspecto do Juiz Responsivo calcado na política, que não age na busca da Verdade, mas cria um ambiente para que a Verdade seja desvelada, principalmente no que toca à possibilitação de um contraditório amplo e justo,

assegurando a defesa da Justiça e das partes "*La función del Juez en la búsqueda de la verdad se cumple cuando compara el resultado de la prueba con los elementos argumentativos de los justiciables. Si hay coincidencia entre el resultado probatorio y el argumento sometido a prueba, entonces habrá alcanzado la verdad; si no tenemos coincidencia, la prueba habrá sido inefi caz. En el primer caso el juez concluye que el argumento coincidente es el verdadero.*" (FLORES, 2004. P. 269-270) Por isso, o contraditório é o espaço mais digno para a decisão ser construída, pois "*la prueba es el medio que permite al juez conocer la verdad*" (FLORES, 2004. P. 269-270) a prova é valorada por um juízo crítico a partir das bases do social naquele tempo histórico "*Así concebido, debo remarcar que el proceso no es nieta a cumplir o lograr sino, en cambio, método para llegar a una nieta. De tal forma, se presenta lógicamente como un instrumento neutro para la consecución de su objeto: la sentencia. Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: el fin justifica los medios. En ci proceso no todo vale*." (VELLOSO, 2006. P.226).

Para tanto, apresenta-se como necessária uma reconfiguração das partes processuais, pois busca concretizar/solucionar as incongruências dos direitos que emergem das subjetividades. Nesse contexto a jurisdição resta ampliada pelas pluralidades (novos atores sociais), reflexo do Fenômeno Conflitológico de Interesses, onde o fenômeno assume uma relevância mais profunda enquanto o compreender é intenso como um modo ser (próprio do ser humano), superação que pretende mostrar o ser humano em sua existência plena e pela aspiração do Estado Contemporâneo.

O processo como procedimento em contraditório, proposto por Fazzalari, constituiu uma ideia simples e genial, que afasta do velho e inadequado cliché panteístico da relação jurídica processual, esquema estático que leva em conta a realidade, mas ao a explica. O contraditório, **como estrutura dialética do processo,** que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque ele (o contraditório) existe e se desenvolve, ainda que ao advenha de medida jurisdicional e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento jurisdicional devem no caso concreto, ser emitido ou recusado. (FAZZALARI, 2006.P.5).

O Conflito Intersubjetivo de Interesses, a partir de um conceito amplo, é toda a relação de oposição manifestada por atores sociais que se correlacionam por ações em contraposição mútua. O Direito manifestado por via do Processo, assim, pode servir tanto para resolver como para expandir os conflitos. A potência que modifica a resolução do conflito reside na forma como seu desenvolvimento ocorre e como a linguagem liquefaz-se no Processo. A fenomenologia do conflito está presente tanto no que toca à formação da relação intersubjetiva, como na forma como ela será construída quando da decisão judicial.

O resgate do ser no processo pela existência (conflito) como parte ativa, significa reafirmar valores democráticos e caminhar para um sistema mais humano, sendo o processo constitucionalizado o meio efetivo para a reformulação desse Estado democrático de direito.

Os atos reflexos do outro não são captados instantaneamente por via de uma interpretação intelectual, pois inexiste a compreensão intencional do ato do outro, de maneira que subsiste apenas a captação objetiva não contextualizada restando esse ato mal compreendido pelo ser, gerando uma incapacidade pelo diálogo em vista do ato mal compreendido. Nesse contexto, as violências e não violências transformam-se via processo em pretensões dos atores, de maneira que o processo busca elucidar junto ao jogo a verdade fenomênica que se manifesta nos atos causadores do fenômeno conflitológico de interesses individualizados. O campo social deve ser visto como campo de existência e, por sua vez, o método para essa reflexão ser realizada, segundo a hermenêutica

fenomenológica, é por via da dialética reflexiva¸ aqui denominada como dialética dialogal, responsável por elevar a existência na composição do ser, propiciando assim o nascedouro de uma nova realidade social em que o coletivo passa a ser evidenciado pelo modelo de participação processual democrática.

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil aderiu sentido ao *iter* da compreensão interpretativa na consonância da Hermenêutica Jurídica de caráter filosófico, expressando-se por um <fenômeno> cunhado como <conflitológico de interesses>, em vista de suas características singulares. Na medida em que o mundo Jurídico se torna o mundo do Ser ocorre essa união, em uma sincrônica coabitação. A fenomenologia ao observar o fenômeno pela linguagem e pelo momento que ele é deflagrado, utilizando-se da hermenêutica para uma leitura interpretativa que precede e antecede o momento, com potência de desconstrução, anulando as diversas formações performativas existenciais destoantes.

Quando os conflitos de interesses resolvem-se via Processo, são geradas as grandes revoluções do Direito, (re)formulando e atualizando constantemente a gênese formativa da decisão, pois aspectos sócio-políticos, de interesse público e privado, são postos frente ao Direito via ondulações da sociedade, necessitando para sua resolução de um debate e de reflexão.

Assim, apenas por meio da dialética (reflexão hermenêutica) ocorrerá a autêntica elucidação dos fatos que incidirá no desvelar da resposta processual que atenda de maneira sublimar o fato conflituoso. Para se chegar a essa dialética, o fenômeno conflitológico de interesses necessita de ferramentas adequadas para que o jogo seja estabelecido, ou seja, necessita ao Ser reconhecimento da sua capacidade de reflexão e ser a ele outorgada a voz necessária para que a interação com o outro supere as vicissitudes existenciais e encontre no diálogo a construção do ser-no-mundo.

O Novo CPC, assim, na medida em que viabiliza a aproximação humana entre os sujeitos que juntos trabalham para o desvelar do fenômeno conflitológico de interesses, faz nascer a possibilidade da dialética dialogal, a qual, ao final, exporá o resultado proveniente do exórdio ontológico fundamental. Assim, a desconstrução fenomênica posta a uma construção dialética ganha sentido pela reflexão, onde o sentido existencial contido no Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma ressignificação dialogal que torna viável a compreensão hermenêutica no contexto processual a qual é ampliada pela dialética que situa o cidadão como sujeito pró-ativo e colaborativo quando da construção da decisão judicial.

O conflito ocorre quando da relação intersubjetiva, pelo choque da intencionalidade, de maneira que uma sociedade nunca poderá ser harmoniosa, pois ela é composta de Seres e intenções que divergem, postos que esses Seres possuem suas percepções próprias e visões que se encontram e chocam-se com a do outro.

Frente a um novo cenário Processual, necessária uma nova forma de enxergar o outro sujeito da relação processual, assim como requalificar subjetivamente os sujeitos dadas as suas particularidades existenciais, por meio de uma ressignificação do papel atual da Jurisdição e do Processo, demonstrando a importância de um Processo que dê primazia aos sujeitos e ao *diálogo*, como forma de estabelecer uma relação jurídica capaz de transcender a jurisdição e reconhecer um maior grau de humanidade frente ao outro, para que o Processo desvele os dramas que permeiam as realidades fáticas dos novos atores sociais.

O Processo Judicial atual se alicerça principalmente no princípio contraditório. Nele, os advogados é quem determinam os pontos litigiosos do conflito, escolhem (ou negociam, nos termos do art.190) as provas que pretendem produzir e procuram fazer com que a prova se volte a seu favor. Não se busca uma investigação objetiva da verdade, mas sim o desvelamento do conflito a

partir da observância do juiz, que atua cuidando se os princípios processuais e constitucionais estão sendo perseguidos e na defesa da normativa processual.

A razão complexa melhor reflexiona um diálogo constante e prolixo que se faz imprescindível para que os saberes possam conviver e se complementar reformulando e dando novos rumos ao conhecimento científico, neste norte a transdisciplinaridade afirma que há algo além da racionalidade, e, que a intuição traz um saber revolucionário e poético introduzindo assim (FAGÚNDEZ, 2008.p.60-61) uma nova realidade.

As revoluções, ou seja, as grandes revoluções que reestruturam o Estado na (re)formulação do direito, passam, com a urbanização da vida e com as complexidades socias, a perder força. A pluralidade, que não é inserida na noção de igualdade e liberdade de forma natural, encontra nas dimanações metamorfósicas do direito o espaço revolucionário em casos fragmentados que coletivizam-se pelo juízo processual que adere um aspecto revolucionário e silencioso; do mesmo modo, encontram espaço no judiciário aqueles aos quais o Estado não efetiva a prestação das garantias constitucionalmente previstas. Essas revoluções consistem na aplicação de um direito constitucionalmente previsto e que asserta as garantias constitucionais a todos, por via de um diálogo. (SATTA, 1973.P.11-12) Esse espaço de debate democrático é formado; local que apresenta um sem número de diferenças e de possibilidade para a vida social-politica. Pelo exposto, observa-se que o conflito é a base de uma democracia e do processo. A verdade é desvelada constantemente a partir das construções democráticas a partir dos fluxos, traduzindo a historicidade. Os conflitos consistem na base das diferenças, necessárias para que a verdade não se objetifique.

6 Considerações Finais

O direito processual hodierno é o que melhor representa as estruturas sociais dinamadas, algo que era até então junto aos Códigos Processuais impensável, justamente pela redução do processo à certeza da verdade. As teorias ideológicas que lhes permeavam subtraíam as possibilidades de ampliação do direito substantivo, limitando o objeto litigioso ao pré tido como direito, limitando o grande mundo de possibilidades que o Processo é capaz de inserir e um sem números de representações conflituais que lhe eleva à instrumento que não se exaure em um instrumentalismo, mas lhe amplia pelo fenômeno conflitológico de interesses e uma fusão que supera os slogans.

Frente à atual concepção de ciência, distanciada do racionalismo e que adere sentidos incertos do mundo objetivado até então, a noção de Verdade é transmutada. Diz-se transmutada porque não é alterada; o seu sentido filosófico impera, mas a verdade na visão jurídica adere a um sentido calcado em um relativismo que posto ao processo, destoado da autoridade idealizadora da busca, assenta o processo em uma verdade formal desvelada pelas partes por meio de um contraditório desvelador da verdade postas pelas provas, que formam o objeto litigioso. A verdade como não é mais um absoluto, se desvela por uma construção. Conforme dito, as incertezas paradigmáticas e estruturais trazidas pela física quântica e pelo relativismo trouxeram pujantes similitudes aos plasmas sociais, pois a sociedade se faz de interações complexas as interações sociais e seus estudos passam a ter uma relevante importância ao Processo, pois acompanham os movimentos (Ovidio, Metamorfose) sociais mais de perto que causando assim o revés do Direito (Kafka, El Revés del Derecho).

Assim, resta o questionamento "...qual o mágico instrumento que permite aos juristas acreditar que uma norma geral abriga a solução do caso particular. Esse instrumento costuma designar-se por uma palavra que só até certo ponto corresponde, de fato, à realidade: interpretação". (BRUTAU, 1977.P.23)

Referências

AMADO, Juan Antonio García. Filosofía Hermenéutica y Derecho. *Revista de Filosofía*, nº 5, 2003.

BRUTAU, José Puig. A Jurisprudencia como Fonte do Dirieto. Porto Alegre: Coleçao AJURIS, 1977.

CALAMANDREI, Piero. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

COSSIO, Carlos. La Teoría Egológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

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

DENTI, Vittorio. *Giustizia e Partezipazione dei Nuovi Diritti*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade*: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. In: Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

FALCÃO, Raimundo Bezarra. *Hermenêutica*. 1° Ed.. 2° Tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti dellla dotrin, nesta revista, 1958, pp. 862 e segs.;* apud PICARDI, Nicola. Jurisdição e Processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

FITZPATRICK, Peter. *A Mitologia na Lei Moderna*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1992.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. 8ª ed. por Eliane Nassif. 1° ed. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

FLORES, Antonio Salcedo. *La Verdad Procesal.* Alegatos. N.º 58. México, 2004.

FLORES, Antonio Salcedo. *La Verdad Procesal*. Alegatos. N.º 58. México, 2004.

GADAMER, Hans-George. *Verdad y Metodo*. Tomo I. 8ª ed.. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999.

GARCIA, Jesús Ignacio Martínez. La Imaginación Jurídica. Madrid: Editorial Debate, 1992.
GUIDDENS, Anthony. *Sociologia.* Porto Alegre: Artmed, 2005.

LINDAHL, Hans. *Iuris Dictio*. Colección Profesores. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990.

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

MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo:* Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

MORO, Paolo (Org.). *Il Diritto come Processo:* Princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012. p. 92.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SATTA, Salvatore. *Derecho Procesal Civil III*. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Democracia Moderna e Processo Civil*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Orgs.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. *La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo.* In: AROCA, Juan Montero (org) Proceso Civil e Ideología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

IMPACTOS DO PIBID DA UERGS EM MONTENEGRO/RS

Dra. Cristina Rolim Wolffenbüttel
Universidade Estadual do Rio Grande do Sul
cristina-wolffenbuttel@uergs.edu.br

Resumo:

O texto apresenta e analisa a investigação em andamento sobre o impacto produzido pelos subprojetos "Artista e Arteiro" e "Música", da unidade da UERGS, em Montenegro/RS. Utiliza o método estudo de caso, a realização de entrevistas, observações e coleta de documentos como técnicas para a coleta dos dados, e a análise de conteúdo como técnica para a análise dos dados. Fundamenta-se, para a análise, em conceitos da Educação Musical e da Abordagem do Ciclo de Políticas. Como resultados preliminares observou-se que os estudantes bolsistas desenvolveram atividades de ensino, pesquisa e extensão, corroborando sua formação inicial, ocorrendo um efetivo e direto envolvimento com a docência, comprometendo-os com sua escolha profissional.

Palavras-chave: Educação Musical. Iniciação à Docência. PIBID.

1 Introdução

O Programa Institucional de Bolsa de Iniciação à Docência (PIBID), iniciativa voltada para o aperfeiçoamento e valorização da formação de professores para a Educação Básica, concede bolsas para alunos de licenciatura, participantes de projetos de iniciação à docência, desenvolvidos por Instituições de Ensino Superior (IES), em parceria com escolas de Educação Básica da rede pública de ensino. Os projetos promovem a inserção dos estudantes no âmbito escolar, desde o início da sua formação acadêmica, para que desenvolvam atividades didático-pedagógicas, sob a orientação de um docente da licenciatura e de um professor supervisor da escola.

De acordo com o Decreto nº 7.219, de 24 de junho de 2010 (BRASIL, 2010), que dispõe sobre o PIBID e dá outras providências, em seu Art.1º:

> O Programa Institucional de Bolsa de Iniciação à Docência – PIBID, executado no âmbito da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, tem por finalidade fomentar a iniciação à docência, contribuindo para o aperfeiçoamento da formação de docentes em nível superior e para a melhoria de qualidade da educação básica pública brasileira. (BRASIL, 2010).

No Decreto estão previstos quatro tipos de bolsistas: estudante de licenciatura, coordenador institucional, coordenador de área e professor supervisor.

Ao longo dos anos, desde sua criação, em 2007, o PIBID tem contribuído para a formação inicial de licenciandos de várias áreas do conhecimento, em diversos municípios e estados do país. Posteriormente, em 2009, a partir da implementação de políticas para a valorização do Magistério, houve uma expansão, passando o PIBID a atender toda a Educação Básica.

O programa tem gerado inúmeros benefícios, quer seja junto às licenciaturas, quer seja nas escolas em que os pibidianos atuam. Conforme Gatti (2013), o PIBID tem atingido "parcelas significativas de estudantes de licenciatura por meio de bolsas vinculadas a projetos com as escolas, contemplando com bolsa também os coordenadores, na universidade, e os supervisores (professores da escola) responsáveis pelas ações" (p.63).

Os impactos do PIBID têm sido ressaltados em diversas investigações (DARROZ; WANNMACHER, 2015; PRANKE; FRISON, 2015; SANT'ANNA; MARQUES, 2015; ALBUQUERQUE; FRISON; PORTO, 2014; GATTI; ANDRÉ; GIMENES, 2014; MATEUS, 2014; BERGAMASCHI; ALMEIDA, 2013; GATTI, 2013; GATTI; BARRETO; ANDRÉ, 2011). Gatti (2013) constata que:

> o PIBID vem possibilitando, na visão de todos os envolvidos com sua realização, um aperfeiçoamento da formação inicial dos docentes para a educação básica. Em particular destacamos a apreciação dos licenciandos que participam deste programa os quais declaram reiteradamente em seus depoimentos como o Pibid está contribuindo para a sua formação profissional em função de propiciar contato direto com a realidade escolar nos inícios de seu curso, contato com a sala e os alunos, possibilitando-lhes conhecer de perto a escola pública e os desafios da profissão docente. (GATTI, 2013, p.12).

2 O PIBID/Música no Brasil

A literatura em educação musical no país, desde 2010, tem compartilhado resultados, benefícios e aprendizados oriundos do PIBID. Os textos produzidos, desde então, versam sobre diversas temáticas, auxiliando na ampliação da compreensão cerca deste programa.

Os relatos de experiência têm sido bastante frequentes na produção textual do PIBID, tanto em se tratando do trabalho desenvolvido pelos pibidianos nas escolas (CORUSSE; JOLY, 2014; DAROSCI; POFFO, 2014; SANTOS; MONTEIRO, 2014; PEREIRA; REIS; BONA, 2012; ZIMATH; VOLKMANN; HOL; BONA, 2012), quanto de outros bolsistas, como as supervisoras, por exemplo (TORRES; LEAL, 2014).

As pesquisas realizadas pelos pibidianos, incluindo a realização de diagnósticos sobre a música na escola de atuação dos bolsistas (MAUS; MANZKE; CIOCCA; HIRSCH; AZAMBUJA, 2012; NEVES, 2012) e as investigações sobre concepções de estudantes da escola parceira sobre aulas de música (WOLFFENBÜTTEL; SALVADOR; GARIBOTTI; ANDRADE, 2012), também demonstram a produção resultante deste programa nacional.

Pesquisas que analisam o PIBID, de diversos modos, também têm crescido ao longo dos anos. Constata-se a existência de pesquisas em nível de pós-graduação, que tratam do histórico do programa (AMENT; JOLY, 2014), bem como investigações sobre os objetivos e a relação do PIBID com a licenciatura em Música (MONTANDON, 2012). Deve-se destacar, também, a contribuição oriunda das investigações sobre a produção existente sobre o PIBID Música no Brasil (SANTOS *et al*, 2014), e seu impacto na formação docente (NASCIMENTO; ABREU, 2014; QUADROS JÚNIOR; COSTA, 2015; PIRES, 2015; ROSSATO; GARBOSA, 2014).

Toda esta produção traduz a relevância que tem o PIBID, tanto para a iniciação à docência em Música, quanto para as demais licenciaturas no Brasil, além da contribuição para a inserção da música nas escolas.

Partindo do que as pesquisas têm revelado, bem como da experiência vivenciada junto aos subprojetos "Artista e Arteiro" e "Música", da unidade da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS), em Montenegro/RS, surgiram questionamentos: Quantos dos licenciados em Música que participaram dos subprojetos do PIBID, na UERGS, em Montenegro, seguiram a carreira docente na área? Qual a influência dos subprojetos em suas vidas profissionais? Considerando-se os objetivos dos subprojetos "Artista e Arteiro" e "Música", da unidade da UERGS, em Montenegro, de desenvolver ações pedagógico-musicais e de intervenção musical no contexto escolar, quais os resultados que se apresentaram nas escolas integrantes destes subprojetos? Qual o impacto produzido pelos subprojetos "Artista e Arteiro" e "Música" na formação inicial de licenciandos em Música e nos contextos das escolas? Partindo destes questionamentos, o presente projeto objetiva investigar o impacto produzido pelos subprojetos "Artista e Arteiro" e "Música", da unidade da UERGS, em Montenegro.

3 Metodologia

Para realizar esta investigação, em fase inicial, optou-se pela abordagem qualitativa, e pelo método estudo multicasos. As técnicas para a coleta dos dados incluem entrevistas, observações e coleta de documentos. A análise dos dados será efetuada com base na análise de conteúdo (MORAES, 1999).

A opção pela abordagem qualitativa deu-se pelo fato de não se pretender quantificar os dados obtidos, mas analisá-los em sua particularidade, considerando-se o objetivo de investigar o impacto produzido pelos subprojetos "Artista e Arteiro" e "Música", da unidade da UERGS, em Montenegro. Considerando-se que o objetivo de um estudo multicasos é a compreensão de suas especificidades e semelhanças, com vistas a uma melhor aferição sobre os resultados (STAKE, 1994; YIN, 2015), entende-se a pertinência da escolha deste método para investigar o impacto dos subprojetos.

Um dos casos, o Subprojeto "Artista e Arteiro", foi desenvolvido de 2011 a 2013, e contou com licenciandos em Música, bem como das demais áreas da Arte. Todavia, nesta investigação, serão focados apenas os pibidianos da Música e as atividades relacionadas à Educação Musical. O outro caso a ser investigado é o Subprojeto "Música", iniciado em 2014, e ainda em andamento, sendo formado por licenciandos em Música. Desse modo, este subprojeto possui especificidades próprias, sendo necessária uma análise diferenciada.

As técnicas para a coleta dos dados – entrevistas semiestruturadas, observações e coleta de documentos – permitirão compor um cenário mais completo em torno de ambos os casos. Pretende-se realizar entrevistas semiestruturadas com todos os envolvidos nos subprojetos investigados, incluindo bolsistas de iniciação à docência, bolsistas supervisoras, coordenadoras institucionais, além das equipes diretivas e de alguns professores das escolas parceiras. As observações serão realizadas nas escolas envolvidas nos subprojetos investigados, sendo registradas em um caderno de campo. A coleta de documentos incluirá documentos oficiais coletados em diversas fontes, incluindo notícias – virtuais e impressas – produção científica produzida a partir dos dois subprojetos, fotografias, imagens das ações do PIBID, e todo o material pertinente à pesquisa.

Todos os dados obtidos na coleta dos dados – entrevistas, observações e documentos – serão organizados em cadernos e, posteriormente, analisados à luz da análise de conteúdo (MORAES, 1999), tomando por base o referencial teórico constituído pela Educação Musical (KRAEMER,

2000), pela Abordagem do Ciclo de Políticas (BOWE *et al*, 1992; BALL, 1994), transversalizadas às categorias da análise.

4 Fundamentação Teórica

O referencial teórico desta pesquisa fundamenta-se em conceitos de Educação Musical (KRAEMER, 2000) balizados pela Abordagem do Ciclo de Políticas (BOWE *et al*, 1992; BALL, 1994).

5 A Educação Musical

Kraemer (2000) trata da Educação Musical – denominando-a pedagogia da música – como um imbricamento entre disciplinas, discutindo dimensões e funções do conhecimento pedagógico-musical e salientando as particularidades da área em relação às demais disciplinas. O autor descreve os lugares em que a pedagogia da música origina-se, bem como quem dela se ocupa. Em sua análise, Kraemer (2000) esclarece que a pedagogia da música se ocupa com as relações entre pessoa(s) e música(s), dividindo seu objeto de estudo com as ciências humanas. O autor exemplifica essas disciplinas enfocando-as quanto aos aspectos filosóficos, históricos, psicológicos, sociológicos, musicológicos, pedagógicos e de outras disciplinas que podem ter um significado pedagógico-musical importante.

Em sua análise, Kraemer (2000) discute o entrelaçamento da pedagogia da música com outras disciplinas. Rassalta-se que uma perspectiva de entrelaçamento da área considera-a como resultante do enlace recíproco entre as disciplinas, criando uma espécie de teia. Essa concepção de entrelaçamento propõe uma dimensão alargada da área, com limites mais abrangentes e flexíveis. Para Kraemer (2000), no "centro das reflexões musicais estão os problemas da apropriação e transmissão da música" (p.61). Pedagogia e pedagogia da música não se constituem disciplinas isoladas e resultam diferentes agrupamentos da área. São disciplinas de integração orientadas na ação, conforme o objeto de pesquisa.

Para Kraemer (2000), a particularidade do saber pedagógico-musical está "no cruzamento de ideias pedagógicas marcadas pelas ciências humanas, orientadas pela cultura musical e ideias estético-musicais" (p.66). Além do conhecimento sobre fatos e contextos pedagógico-musicais, também é necessário colocar à disposição os princípios de explicação da prática músico-educacional, para as decisões, orientações, esclarecimentos, influência e otimização dessas práticas.

Por fim, ressalta-se que Kraemer (2000) propõe um modelo estrutural da pedagogia da música, o qual inclui a análise e os campos de aplicação da área, os aspectos que a compõem – musicológicos, pedagógicos, entre outros – além das funções da pedagogia da música – compreender e interpretar, descrever e esclarecer, conscientizar e transformar a prática músico-educacional.

6 A Abordagem do Ciclo de Políticas

Bowe *et al* (1992) e Ball (1994) propuseram a Abordagem do Ciclo de Políticas. Para os autores, ao introduzir a noção de um ciclo contínuo de política, a pretensão objetivava atrair a atenção para a recontextualização política que transita pelas escolas. Contudo, o panorama das pesquisas escolares requer considerar não somente um currículo nacional, mas também outros elementos que constituem a política educacional (BOWE *et al*, 1992). Há um ciclo composto de contextos que influenciam e são influenciados, sendo estes os contextos da influência, do texto político, da prática, dos efeitos e da estratégia política.

O contexto em que a política é iniciada, no qual os discursos políticos são construídos e as partes interessadas lutam para influenciar as decisões, é o da influência. O segundo contexto, do texto político, constitui-se de textos representativos da política. Essas representações podem se apresentar como textos jurídicos, documentos oficiais orientadores, comentários formais ou informais, discursos, apresentações públicas de políticos e funcionários importantes, vídeos oficiais, entre outras representações (BOWE *et al*, 1992). Políticas são, portanto, intervenções textuais; contudo, elas também carregam consigo limitações e possibilidades. A resposta a esses textos tem consequências reais, sendo experienciadas no contexto da prática. Esse contexto constitui-se na arena da prática a quem a política se dirige. A política não é simplesmente recebida e implementada neste cenário, mas está intensamente sujeita à interpretação, podendo ser, inclusive, recriada, pois, conforme Bowe *et al* (1992), as pessoas que executam as políticas não se confrontam tão ingenuamente com os textos políticos.

Posteriormente, Ball (1994) expandiu a Abordagem do Ciclo de Políticas, acrescentando dois contextos: dos efeitos e da estratégia política. O contexto dos efeitos preocupa-se com as questões de justiça, igualdade e liberdade individual. Os efeitos das políticas podem se apresentar como efeitos gerais e específicos. Os efeitos gerais de uma política apresentam-se quando aspectos específicos da mudança e conjuntos de respostas – que, por sua vez, se apresentam no contexto da prática – são agrupados e analisados. Os efeitos gerais das políticas são, por vezes, negligenciados em estudos mais particularizados em relação às mudanças ou os textos políticos como determinantes do impacto na prática. Se analisados isoladamente, os efeitos específicos podem parecer limitados. Ball sugere, então, que a análise de uma política envolva o exame dessas duas dimensões, bem como das interfaces da política em estudo com outras políticas setoriais e com o conjunto das políticas. Por fim, o contexto da estratégia política envolve a identificação de um conjunto de atividades sociais e políticas necessárias para o trato com as desigualdades originadas pela política em estudo. Esse componente é essencial para a pesquisa social crítica, e esse trabalho é produzido para uma utilização estratégica em embates e situações sociais específicas (BALL, 1994).

Ball (1994) postula a necessidade de as teorias em política educacional estarem desvinculadas dos trabalhos do Estado. A política é uma "economia de poder", um conjunto de tecnologias e práticas, cujas realizações e lutas ocorrem acima dos arranjos locais. Política é, ao mesmo tempo, texto e ação, palavras e contratos; isso é o que se representa e o que se pretende. Políticas são sempre incompletas, básicas e simples. A prática, todavia, é sofisticada, contingente, complexa e instável. A política como prática é criada em uma "trialética" de dominação, resistência e caos/liberdade. Então, a política não é simplesmente uma assimetria de poder. O controle ou a dominação nem sempre podem ser totalmente seguros ou tranquilos, em parte devido à agência. Entende-se que a Abordagem do Ciclo de Políticas não pretende minimizar ou subestimar os efeitos

ou impactos das políticas, mas problematizar todo o processo subjacente à proposta da abordagem (BALL, 1994).

7 Resultados Preliminares – Os Impactos do PIBID na UERGS

Os impactos do PIBID também foram percebidos na UERGS. Em 2011, através do Edital nº 001/2011/CAPES, o PIBID teve início nesta universidade. Na ocasião, houve a submissão do Projeto Institucional da UERGS, dos seis subprojetos dos cursos de Pedagogia – elaborados pelas unidades que oferecem este curso[2] – e do subprojeto "Artista e Arteiro", de caráter interdisciplinar, abarcando os cursos de licenciatura em Artes Visuais, Dança, Música e Teatro. Neste edital foram selecionados os subprojetos "Artista e Arteiro", da UERGS/Montenegro, e Pedagogia, da unidade da UERGS em São Luiz Gonzaga. Posteriormente, através do Edital nº 011/2012/CAPES, o número de subprojetos e de bolsistas contemplados foi ampliado. As demais unidades que ofertam Pedagogia na UERGS passaram a integrar o Projeto Institucional, o que foi muito importante para a universidade.

7.1 O Subprojeto "Artista e Arteiro"

O Subprojeto "Artista e Arteiro", na ocasião, objetivou desenvolver, com estudantes dos cursos da modalidade Graduação: Licenciatura, em Artes Visuais, Dança, Música e Teatro, ações de ensino e intervenção no contexto de escolas públicas estaduais da cidade de UERGS/RS, a partir de observações junto ao contexto escolar, planejamentos coletivos em Arte, bem como intervenções pedagógico-artísticas.

As ações do PIBID na Unidade da UERGS, em Montenegro, foram desenvolvidas em duas escolas públicas estaduais da cidade, quais sejam, o Colégio Estadual Antônio Jacob Renner e o Colégio Estadual Dr. Paulo Ribeiro Campos. Todas as atividades desenvolvidas pelos licenciandos em Arte foram supervisionadas pelos coordenadores do PIBID, envolvendo a coordenação institucional, a coordenação de área, a coordenação de gestão de processos educacionais e a supervisão das escolas.

Além das inserções nas duas escolas públicas estaduais, os estudantes bolsistas desenvolveram atividades de ensino, pesquisa e extensão, o que corroborou a formação inicial dos mesmos. Através da participação destes estudantes, foi possível um efetivo e direto envolvimento dos mesmos com sua opção pela docência específica em Arte (Artes Visuais, Dança, Música e Teatro), comprometendo-os com sua escolha profissional e, assim, contribuindo para a melhoria da Educação Básica e a escolarização como um todo.

Mais tarde, com o Edital nº 061/2013/CAPES, um novo Projeto Institucional foi elaborado pela UERGS, bem como os subprojetos também foram reconstruídos, sendo novamente submetidos e aprovados. Atualmente, o Projeto Institucional e os subprojetos das sete unidades se encontram

[2] As unidades da UERGS que submeteram subprojetos ao edital foram Bagé, Cidreira (na ocasião, ainda a unidade estava situada em Cidreira; posteriormente, foi transferida para Osório), São Francisco de Paula, Cruz Alta, Alegrete e São Luiz Gonzaga.

em andamento, sendo seis subprojetos de Pedagogia – desenvolvidos nas unidades de Bagé, Litoral Norte (Osório), São Francisco de Paula, Cruz Alta, Alegrete e São Luiz Gonzaga, e quatro subprojetos de Artes, agora apresentando subprojetos específicos para as Artes Visuais, a Dança, a Música e o Teatro. As ações deste edital, na UERGS, iniciaram em março de 2014.

7.2 O Subprojeto "Música"

Em se tratando do Subprojeto "Música", em especial, constata-se que o mesmo tem proporcionado momentos de integração, aprendizados e desenvolvimento de propostas pedagógico-musicais nos diferentes tempos e espaços da Escola Municipal de Ensino Fundamental Cinco de Maio (EMEF Cinco de Maio), em Montenegro, RS, parceira do PIBID e lócus deste subprojeto. Esta escola recebe oito bolsistas de iniciação à docência (ID) para realizarem suas atividades relacionadas ao programa. Cabe referir que, no início do subprojeto, dez pibidianos realizavam suas ações na escola. Com os problemas vivenciados no início de 2016, com a possibilidade de finalização do PIBID no país, muitos cortes ocorreram. No PIBID da UERGS, estes cortes se apresentaram na redução de bolsistas ID, que passaram de dez para oito estudantes contemplados com bolsas ID.

A vivência no contexto escolar se dá a partir das diversas relações entre alunos, professores, funcionários e comunidade escolar. A supervisão na EMEF Cinco de Maio é realizada por uma professora supervisora, a qual auxilia no bom desenvolvimento das ações nos tempos e espaços da escola. Ressalta-se, também, a redução que houve no número de bolsas destinadas à supervisão, passando de duas – até meados de 2016 – para somente uma supervisora na atualidade.

Observa-se que o Subprojeto "Música", do PIBID da UERGS, apesar das dificuldades pelas quais vem passando, tem sido um grande aliado na formação inicial e resultando inúmeros aprendizados para os estudantes bolsistas que têm tido a oportunidade de participar do programa.

8 Conclusões Preliminares

Ao finalizar este texto e, preliminarmente, concluindo sobre os impactos dos subprojetos na UERGS, observa-se que, apesar de tantas dificuldades pelas quais o programa vem passando desde meados de 2015, podem ser observados impactos positivos, tanto em nível local, na cidade de Montenegro, quanto nacional.

Observou-se uma ampliação da oferta do ensino de música na cidade, notadamente nas escolas atendidas pelos subprojetos, as quais têm se caracterizado como propostas de Educação Musical, de acordo com Kraemer (2000).

Em se tratando das repercussões dos subprojetos "Artista e Arteiro" e "Música", de modo preliminar, que já é possível referenciar, observou-se que os resultados de muitas das ações desenvolvidas anteriormente, bem como na atualidade, compuseram um cenário positivo na luta quanto às dificuldades do PIBID nacional. Desse modo, os contextos da influência, da prática e da estratégia política (BOWE *et al*, 1992; BALL, 1994), imbricados, forneceram subsídios impactantes que, somados às demais manifestações em todo o Brasil, permitiram a retomada dos objetivos do PIBID enquanto programa de desenvolvimento da docência.

Espera-se, na continuidade e finalização desta pesquisa, desvelar os impactos do PIBID da UERGS, em Montenegro/RS, contribuindo com este importante programa de iniciação à docência no país, bem como sua continuidade.

Referências

ALBUQUERQUE, Mayra Prates; FRISON, Lourdes Maria Bragagnolo; PORTO, Gilceane Caetano. Memorial de formação escrito no decorrer da prática docente: aprendizagens sobre alfabetização e letramento. *Rev. bras. Estud. pedagog*. (online), Brasília, v. 95, n. 239, p. 73-86, jan./abr. 2014.

AMENT, Mariana Barbosa; JOLY, Ilza Zenker Leme. Aprendizagens da docência: processos educativos decorrentes da participação de licenciandos no projeto PIBID – Educação Musical. XVI Encontro Regional Sul da ABEM, 2014, Blumenau. *Anais*... Blumenau: FURB, 2014, p.1-11. Disponível em http://www.abemeducacaomusical.com.br/conferencias/index.php/regional_sul/regional_sul/p%20aper/view/554/82. Acesso em 24 de julho de 2016.

BALL, Stephen J. *Educational reform:* a critical and post structural approach. Buckingham: Open University Press, 1994.

BERGAMASCHI, Maria Aparecida; ALMEIDA, Dóris Bittencourt. Memoriais escolares e processos de iniciação à docência. *Educação em Revista*, Belo Horizonte, v. 29, n. 02, p. 15-41, jun. 2013.

BOWE, R. *et al*. *Reforming education and changing schools:* case studies in policy sociology. London: Routledge, 1992.

BRASIL. Ministério da Educação. *Decreto nº 7219, de 24 de junho de 2010*. Dispõe sobre o Programa Institucional de Bolsa de Iniciação à Docência - PIBID e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, n. 120, p. 4-5, 25 de junho de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7219.htm. Acesso em 24 de julho de 2016.

CORUSSE, Mateus Vinicius; JOLY, Ilza Zenker Leme. Educação musical na escola: a construção da concepção do ensino de música através do programa PIBID. XXIV Congresso da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Música, São Paulo. *Anais*... São Paulo, 2014, p.1-8.

DAROSCI, Heloísa Helena; POFFO, Maria Oliva. O Subprojeto de Música do PIBID nos anos iniciais e no Ensino Médio. XVI Encontro Regional Sul da ABEM, 2014, Blumenau. *Anais*... Blumenau: FURB, 2014, p.1-6. Disponível em http://www.abemeducacaomusical.com.br/conferencias/index.php/regional_sul/regional_sul/p%20aper/view/556/84. Acesso em 24 de julho de 2016.

DARROZ, Luiz Marcelo; WANNMACHER, Clóvis Milton Duval. Aprendizagem docente no âmbito do pibid/física: a visão dos bolsistas de iniciação à docência. *Revista Ensaio*, Belo Horizonte, v.17, n. 3, p. 727-748, set-dez, 2015.

GATTI, Bernardete Angelina. *Avaliação qualitativa dos projetos Pibid implementados em instituições de Ensino Superior* – IES localizadas nas regiões Sudeste e Sul. Relatório Técnico. São Paulo: OEI/CAPES, 2013. 2v.

GATTI, Bernardete Angelina; ANDRÉ, Marli Eliza Dalmazo de Afonso; GIMENES Nelson A. S.; FERRAGUT, Laurizete. *Um estudo avaliativo do Programa Institucional de Bolsa de Iniciação à Docência* (Pibid). São Paulo: FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS/SEP, 2014.

GATTI, Bernardete Angelina; BARRETO, Elba Siqueira de Sá; ANDRÉ, Marli Eliza Dalmazo de Afonso. *Políticas docentes no Brasil*: um estado da arte. Brasília: UNESCO, 2011.

KRAEMER, Rudolf-Dieter. Dimensões e funções do conhecimento pedagógico-musical. *Em Pauta*, Porto Alegre, V.11, n. 16/17, abr./nov., p.50-73, 2000.

MATEUS, Elaine Fernandes. Um esboço crítico sobre "parceria" na formação de professores. *Educação em Revista*, Belo Horizonte, v.3, n.03, p.355-384, Julho-Setembro 2014. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/edur/v30n3/v30n3a16.pdf. Acesso em 24 de julho de 2016.

MAUS, Mirian Cristina; MANZKE, Vitor Hugo Rodrigues; CIOCCA, Maurício de Oliveira; HIRSCH, Isabel Bonat; AZAMBUJA, Ana Lucia Ribeiro. A educação musical: um diagnóstico da atual situação do ensino da música no Instituto Estadual de Educação Assis Brasil. XV Encontro Regional da ABEM Sul, 2012, Montenegro. *Anais*... Montenegro: FUNDARTE, 2012, p.15-20.

MONTANDON, Maria Isabel. Políticas públicas para a formação de professores no Brasil: os programas Pibid e Prodocência. *Revista da Abem*, Londrina, v.20, n.28, p.47-60, 2012.

MORAES, Roque. Análise de conteúdo. *Educação*, Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, ano XXII, n.37, pp.7-31, março 1999.

NASCIMENTO, Catarina Aracelle Porto do; ABREU, Washington Nogueira de. Pibid música/UFRN: um fomento de pesquisa na formação inicial docente em música. XXIV Congresso da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Música, São Paulo. *Anais*... São Paulo, 2014, p.1-8.

NEVES, Maria Teresa de Souza. Grupo Focal como técnica de coleta de dados sobre o ensino de música na Escola Estadual Coronel Filomeno Ribeiro – relato de experiência. XV Encontro Regional da ABEM Sul, 2012, Montenegro. *Anais*... Montenegro: FUNDARTE, 2012, p.385-389.

PEREIRA, Tiago; REIS, Jemima Pascoal dos; BONA, Melita. Experiências na escola: projeto de música do PIBID da FURB. XV Encontro Regional da ABEM Sul, 2012, Montenegro. *Anais*... Montenegro: FUNDARTE, 2012, p.381-384.

PIRES, Nair. A profissionalidade emergente: a expertise e a ética profissional em construção no Pibid Música. *Revista da Abem*, Londrina, v.23, n.35, p.49-61, 2015.

PRANKE, Amanda; FRISON, Lourdes Maria Bragagnolo. Potencialização da Aprendizagem Autorregulada de Bolsistas do PIBID/UFPel do curso de Licenciatura em Matemática através de Oficinas Pedagógicas. *Bolema*, Rio Claro (SP), v. 29, n. 51, p. 223-240, abr. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-636X2015000100013&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 24 de julho de 2016.

QUADROS JÚNIOR, João Fortunato Soares de; COSTA, Fernanda Silva da. Pibid e a formação inicial de professores de música no Brasil: uma análise exploratória. *Revista da Abem*, Londrina, v.23, n.35, p.35-48, 2015.

ROSSATO, Ana Carla Simonetti; GARBOSA, Luciane Wilke Freitas. O PIBID na formação docente de alunos do curso de Licenciatura em Música da UFSM. XVI Encontro Regional Sul da ABEM, 2014, Blumenau. *Anais*... Blumenau: FURB, 2014, p.1-7. Disponível em http://www.abemeducacaomusical.com.br/conferencias/index.php/regional_sul/regional_sul/paper/view/545/78. Acesso em 24 de julho de 2016.

SANT'ANNA, Paulo Afranio; MARQUES, Luiz Otávio Costa. Pibid Diversidade e a Formação de Educadores do Campo. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 40, n. 3, p. 725-744, jul./set. 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-62362015000300725&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 24 de julho de 2016.

SANTOS, Deise da Silva *et al*. Estado do conhecimento sobre o Pibid na área da educação musical: os anais dos Congressos Nacionais da ABEM (2008 - 2013). XVI Encontro Regional Sul da ABEM, 2014, Blumenau. *Anais*... Blumenau: FURB, 2014, p.1-13. Disponível em http://www.abemeducacaomusical.com.br/conferencias/index.php/regional_sul/regional_sul/paper/view/510/55. Acesso em 24 de julho de 2016.

SANTOS, Gleison Costa dos; MONTEIRO, Calígia Sousa. Concerto didático da Orquestra Sinfônica do Rio Grande do Norte – OSRN: uma ação do PIBID – música na Escola Estadual Desembargador Floriano Cavalcanti. XXIV Congresso da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Música, São Paulo. *Anais*... São Paulo, 2014, p.1-8.

STAKE, Robert E. *Cases studies*. In: DENZIN, Norman K.; LINCOLN, Yvonna S. *Handbook of Qualitative Research*. Thousand Oaks: Sage, 1994, p. 236-247.
TORRES, Maria Cecília de Araújo Rodrigues; LEAL, Cláudia Maria Freitas. Aprendizagens de professoras supervisoras de um Subprojeto de Música do PIBID. XVI Encontro Regional Sul da ABEM, 2014, Blumenau. *Anais*... Blumenau: FURB, 2014, p.1-4. Disponível em http://www.abemeducacaomusical.com.br/conferencias/index.php/regional_sul/regional_sul/paper/view/520/63. Acesso em 24 de julho de 2016.

WOLFFENBÜTTEL, Cristina Rolim Wolffenbüttel; SALVADOR, Diego da Rosa; GARIBOTTI, Guilherme Antônio Stempkowski; ANDRADE, Norildo Pereira de. Ensino de Música Escolar:

investigando concepções de estudantes sobre aulas de música. XV Encontro Regional da ABEM Sul, 2012, Montenegro. *Anais*... Montenegro: FUNDARTE, 2012, p.514-516.

YIN, Robert K. *Estudo de caso:* planejamento e métodos. Porto Alegre: Bookman. Tradução de Daniel Grassi, 5ª ed., 2015.

ZIMATH, Michel; VOLKMANN, Susan Emanuelle; HOLL, Luis Guilherme; BONA, Melita. A música retorna à escola: reflexões e ações do PIBID de música da FURB. XV Encontro Regional da ABEM Sul, 2012, Montenegro. *Anais*... Montenegro: FUNDARTE, 2012, p.505-507.

POTENCIAIS TRANSFORMAÇÕES NA CULTURA JURÍDICA E NOS CURSOS DE DIREITO A PARTIR DO INGRESSO DA MEDIAÇÃO COMO DISCIPLINA CURRICULAR

Camila Paola Fernandes Polonia[3]
Cibele Cheron[4]

Resumo:

Este artigo apresenta reflexões acerca da importância da disciplina de Mediação, como meio não contencioso de resolução de conflitos, ser inserida nas grades curriculares dos cursos de Direito, a fim de que seja fomentada a cultura de paz desde a época da graduação. Busca-se compreender, primeiramente, como a ética da alteridade, por meio da responsabilidade com o outro, contribui para o sujeito crer na não violência e buscar a cultura de paz, através da admissão da existência do pluralismo jurídico. E mais, da importância da formação dos futuros juristas ser calcada na educação libertadora, onde há a devida consciência crítica, não apenas a transmissão do saber. Por fim, faz-se uma reflexão crítica a cerca da intervenção do Poder Judiciário na mediação brasileira.

Palavras-chave: Ensino Jurídico. Mediação. Grades curriculares. Cultura da Paz.

1 Introdução

Ao analisar as matrizes curriculares dos cursos de Direito não é difícil perceber que o ensino jurídico brasileiro é essencialmente legalista. Do início ao fim da graduação os discentes aprendem a analisar exaustivamente o texto da lei, o que acaba por isolar, de certa maneira, as outras disciplinas capazes de fomentar a consciência crítica destes alunos, como por exemplo, a Sociologia, a Filosofia, a Ciência Política, dentre outras.

Percebe-se, também, que a carga horária destas disciplinas são muito inferiores àquelas destinadas a exploração das disciplinas jurídicas. E, o que importa questionar, não é sobre a carga horária em si, mas sim, da maneira que elas têm sido dispostas nas matrizes, sem a devida integração, fazendo com que este futuro profissional conclua o curso de Direito sem saber lidar com os problemas da sociedade. Assim surge a necessidade de haver alteração nas matrizes curriculares dos cursos fazendo com que estes acompanhem as mudanças ocorridas na sociedade. E mais, é de suma importância valorizar e fomentar a inserção de disciplinas que contemplem os meios não adversariais de resolução de conflitos nas grades curriculares, em especial, a Mediação.

Neste artigo será compreendida a ideia da ética da alteridade, por meio da responsabilidade com o outro e como esta contribui para o sujeito crer na não violência e buscar a cultura da paz, admitindo-se a existência de um pluralismo jurídico, fomentando a necessidade da inclusão da

[3] Bacharel em Direito pela UniRitter Laureate Universities. E-mail: c.fernandespaola@gmail.com
[4] Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Mediadora Judicial. Membro do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Mulher e Gênero - NIEM/UFRGS. Membro do Grupo de Pesquisa Gênero, Feminismo, Cultura Política e Políticas Públicas – CNPq. Professora do IFRS, Campus Viamão. E-mail: iccibele@gmail.com

disciplina de Mediação nas grades curriculares, tudo isto através da educação. Assim como, traz a proposta da educação libertadora para desmistificar a ideia de que o educador é hierarquicamente superior aos educandos, de maneira que os dois aprendam juntos através da troca de experiências. Ainda, faz uma reflexão crítica a cerca da intervenção do Poder Judiciário na mediação brasileira e consequentemente os seus pontos negativos ou positivos. Tudo isso, para que seja possível compreender a importância da alteração da maneira como o Ensino Jurídico tem se baseado atualmente, qual seja, de modo essencialmente legalista.

2 A ética da alteridade para uma educação libertadora

Quando se pensa em Ética da Alteridade, impreterivelmente, se faz necessário falar do filósofo Emmanuel Levinas, conhecido com o pensador da alteridade. Porém, cumpre salientar que em sua teoria a alteridade ganha bastante visibilidade, mas não se encontra uma descrição fenomenológica em relação ao Outro, mas sim sobre a reconstrução da subjetividade, assim, veja-se: "A filosofia de Levinas pode ser lida como uma profunda descrição fenomenológica da subjetividade, que inscreve na estrutura "um-para-o-outro" o sentido eminentemente ético do humano".[5]

É valido lembrar que a subjetividade foi uma das grandes novidades da filosofia moderna, sendo através dela que ocorrera uma vasta reflexão filosófica, através da investigação do fenômeno do pensamento humano, por meio da subjetividade interpretada através do "eu pensante". E por conta disso a filosofia era vista de modo abstrato e idealista, onde não havia um real contato com as mazelas da sociedade.[6]

Desta maneira, Levinas vê a subjetividade através do Outro, onde não mais vale o modelo egoísta do Eu que age de maneira individualista e passa a prosperar um ambiente cortês, bondoso e acolhedor. Diferentemente do modo que a subjetividade era encarada através da supervalorização do "Eu" como *sujeito autônomo*, o autor quebrou paradigmas em sua época e passou a pensá-la a partir da *alteridade do Outro*.

Para que se possa compreender a ideia de alteridade e o processo de reestruturação da subjetividade, se faz necessário entendê-la de duas maneiras, quais sejam: do Eu enquanto sujeito autônomo e da alteridade do Outro.

Assim, Kant contribui com o tema, centralizando os pontos chaves de sua teoria na *liberdade* e na *autonomia*, posto que o sujeito só desfrutaria da sua verdadeira liberdade quando deixasse de sofrer influências externas, passando a agir com maior autonomia. É neste sentido que a ética tem grande visibilidade, pois através dela ocorre a emancipação do sujeito, na medida em que ele se autodetermina.[7]

---

[5]MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética aproximações com o campo da educação. Rev. Bras. Educ. [online]. 2014, vol.19, n.57, pp.461-475. ISSN 1413-2478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782014000200010>. Acesso: 20 out. 2016.

[6] SIDEKUM, Antônio. Emmanuel Levinas: Educação e interpelação ética. Revista da FAEEBA – Educação e Contemporaneidade, Salvador v. 39, p.85-94. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/faeeba/article/view/328/278>. Acesso: 20 mai. 2017.

[7] MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética aproximações com o campo da educação. Rev. Bras. Educ. [online]. 2014, vol.19, n.57, pp.461-475. ISSN 1413-2478. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782014000200010. Acesso: 20 out. 2016.

Não só a liberdade do sujeito através da sua autonomia de vontade, mas este deve ser capaz de possuir consciência. Seja ela a *consciência política e social*, onde o sujeito se mostra consciente de seus deveres junto a sociedade, contribuindo para a sua transformação. Ou a consciência epistemológica, "caracterizada pelo ideal do sujeito capaz de sair de um estado de heteronomia e alcançar um estado de autonomia do pensar, ou seja, construir seu próprio pensamento e pensar por si mesmo."[8] Por fim, *a consciência moral*, sendo aquela onde o sujeito é capaz de seguir suas próprias leis.

Ainda explorando a ideia da subjetividade baseada na autonomia e liberdade, destaca-se o entendimento de Santos, que traz a concepção de subjetividade aliada à cidadania. Há que se destacar, *a priori*, que o conceito de subjetividade é muito mais amplo do que o de cidadania, uma vez que a primeira vem muito antes da segunda, já que o sujeito - dotado de liberdade e autonomia - por décadas não era considerado cidadão, isto porque não podia exercer seus direitos políticos através do voto.[9]

Segundo o referido autor, a relação entre cidadania e subjetividade é muito mais complicada do que parece, ao passo que ultrapassa a ideia rasa de liberdade e autonomia e abarca a questão da "auto reflexibilidade" - entendida como a reflexão de si próprio – da "auto responsabilidade", que se compreende como a certeza de que cada pessoa é responsável por si mesma, da "materialidade de um corpo" e as peculiaridades que conferem à personalidade como algo único, exclusivo de cada ser humano.[10]

Vale asseverar que na mediação a ideia de cidadania pode ser percebida de maneira clara, uma vez que as práticas sociais, por meio de um processo reflexivo, podem ser vistas como um verdadeiro "instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada de decisões sem a intervenção de terceiros".[11]

Ao fundar-se em direitos e deveres, a cidadania contribuiu para a subjetividade, porém, sendo estes abstratos, acabam por reduzir a individualidade do sujeito, na medida em que o transforma em "unidades iguais", baseado na "rotina de produção e consumo".[12] Por um lado, a cidadania ensejou o reconhecimento de direitos sociais, possibilitou experiências de autonomia e liberdade, de ascensão educacional e de reformulação familiar. Por outro, transformou o sujeito em um "objeto de si próprio", uma vez que com o desenvolvimento da sociedade, a vigilância sobre os indivíduos também aumentou, até mesmo os momentos de lazer passaram a ser programados e heterônomos, semelhantes ao trabalho.[13]

Este tipo de concepção filosófica baseada na valorização da autonomia do sujeito passou a receber sérias críticas em meados do século XIX e XX por diversos filósofos, tais como "Nietzsche, decretando a morte de Deus; Freud, com a descoberta do inconsciente; Heidegger e sua crítica radical à "metafísica da subjetividade" moderna; Foucault, com a afirmação da morte do sujeito

---

[8] MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de., Op., cit., p. 466.

[9] SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade. Porto: Edições Afrontamento, 7ª edição, 1994. Também publicado no Brasil, São Paulo: Editora Cortez, 1999, 7ª edição, p. 205.

[10] Ibid., p. 207.

[11] ROSA, Conrado Paulino da. Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 258.

[12] Ibid., p. 207.

[13] SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade. Porto: Edições Afrontamento, 7ª edição, 1994. Também publicado no Brasil, São Paulo: Editora Cortez, 1999, 7ª edição, p. 211-212.

moderno. Uma vez que a centralidade do Eu acabava por impedir a "intersubjetividade e do reconhecimento do outro."[14]

Segundo Cibele Cheron, a crise que estremece as estruturas da sociedade moderna é motivada pela supervalorização do individualismo que acaba por anular o outro, pela não tolerância à diversidade, pelo distanciamento do homem da política, pelo consumo exacerbado, dentre outras diversas características dos tempos atuais.[15]

Neste contexto, surge a ideia de "ética da responsabilidade" ou "ética do diálogo", que tem como necessidade o consenso de vontades. Como preleciona Wolkmer: "A 'ética da responsabilidade' nada mais é do que uma ética dialógica que se articula através da interação social, mediação que possibilita as 'condições de existência da Comunidade ideal com a Comunidade real".[16]

Em contrapartida, é de suma importância compreender que a sociedade não habita em um mundo perfeito, onde o homem vive livremente e age de forma consciente. Na realidade, este sujeito que deveria ser compreendido e viver livremente é excluído e ignorado pela sociedade, por tal motivo que Wolkmer propõe a chamada "ética concreta da alteridade", a qual visa à libertação e emancipação dessa parcela oprimida da sociedade.[17]

Antes, é mister reconhecer que a liberdade e a autonomia serviram de base para a formação moral do sujeito através da educação, na medida em que o processo de educar passa a ter como objetivo a formação dos homens enquanto sujeitos livres e autônomos.[18]

Porém, com a reestruturação da subjetividade e a desvinculação do sujeito na centralidade do Eu, também se faz necessário pensar a educação de maneira diferenciada. Para que seja possível compreender este processo é preciso esmiuçar a questão da subjetividade através da alteridade.

Wolkmer preconiza a importância da "ética da alteridade" para reinserção na sociedade do sujeito excluído e oprimido. Por tal motivo a "ética da alteridade" é também entendida como a "ética antropológica da solidariedade".[19]

Ao reestruturar a subjetividade, Levinas pretende elevar o homem a pensar sob uma nova perspectiva, onde este é chamado à responsabilidade e acolhimento pelo Outro, ensejando a criação e um "novo humanismo", baseado na preocupação com o próximo. É importante salientar que esta responsabilidade a que Levinas se refere não se trata de uma vontade do sujeito que decide por sua conta assumi-la livremente, mas sim algo que vem antes até da sua própria liberdade, constituindo a subjetividade.[20]

---

[14] MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética aproximações com o campo da educação. Rev. Bras. Educ. [online]. 2014, vol.19, n.57, pp.461-475. ISSN 1413-2478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782014000200010>. Acesso: 20 out. 2016.

[15] CHERON, Cibele. Ética, autocomposição e empoderamento: um olhar sobre o manejo dos conflitos a partir de referencial endógeno. In: III Jornada de Mediação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A Mediação como Marco Transformador do Poder Judiciário. Porto Alegre: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC, 2014.

[16] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito, 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001, p.265.

[17] Ibid., p. 268.

[18] MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética aproximações com o campo da educação. Rev. Bras. Educ. [online]. 2014, vol.19, n.57, pp.461-475. ISSN 1413-2478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782014000200010>. Acesso: 20 out. 2016.

[19] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito, 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001, p. 269.

[20] MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética aproximações com o campo da educação. Rev. Bras. Educ. [online]. 2014, vol.19, n.57, pp.461-475. ISSN 1413-2478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782014000200010>. Acesso: 20 out. 2016.

Compreendida a ideia de alteridade através da teoria de Emmanuel Levinas, por intermédio da reconstrução da subjetividade, se faz necessário explicitar o que significa pensar a educação de forma libertadora pela alteridade.

A problematização da educação para além da relação "sujeito-objeto", na construção do saber, significa compreende-la através do seu encontro com o Outro, diferentemente da relação objetivada da educação que vislumbra o aluno como um sujeito que não sabe e o Professor como um sujeito dotado de conhecimento.[21]

De fato, é preciso inovar na forma do ensino, deixar de lado o modelo mecânico (a prática bancária do ensino, segundo Paulo Freire), onde o Professor transmite algo, o aluno apenas reproduz uma cópia e não há uma reflexão sobre o que está sendo dito, tendendo a produção de profissionais sem consciência crítica, para dar lugar a educação libertadora, compreendendo-a não só como a transmissão do saber, mas como um processo de formação humana.[22]

Na atualidade, as relações educacionais parecem estar sendo alicerçadas em modelos narrativos, onde há verdadeiros depósitos de conteúdos, o que acaba por conduzir a uma "memorização mecânica" do que está sendo transmitido pelo educador. Quanto mais se enche este "depósito" dos educandos, melhor será a atuação do educador, conduzindo a educação a uma concepção "bancária" e a produzir educandos sem a devida consciência crítica.[23]

Neste modelo de educação não há transformação, não há vontade de fazer a diferença e a inquietação necessária para mudar o que não está bom. O educador é visto como um ser sábio que doa conteúdos àqueles que nada sabem.[24]

O educador libertador ou humanista é aquele que estimula o lado criativo e autêntico dos educandos, não o vê como um receptor de conteúdos, mas sim como um sujeito capaz de pensar por si mesmo e raciocinar sobre aquilo que está ouvindo. Há uma profunda troca entre ambos, os dois aprendem juntos e aí reside o lado humanista da educação libertadora. O educador não é aquele que apenas doa o que sabe, mas sim que encoraja o educando a perceber o seu poder criador.[25]

A educação como um processo humanista é capaz de ensejar aos educandos a vontade de querer fazer a diferença dentro da sociedade, uma vez que educação não é apenas o ato de transmitir o saber, mas sim de propiciar aos educandos um aprendizado de dentro para fora, através da conscientização deste de que ele é capaz de refletir o que está ouvindo e de compreender o mundo de acordo com as suas próprias impressões.

A proposta da educação libertadora está em desmistificar a ideia de que o educador é hierarquicamente superior aos educandos, de maneira que os dois sejam em conjunto educadores e educandos, através da troca de experiências ambos podem aprender. Nesta seara, os argumentos de autoridade não tem espaço.[26]

Sendo através do diálogo que se encontra a essência da educação, é através da palavra que se faz possível compreender o diálogo. Desta maneira, para que haja uma verdadeira transformação do que está ao nosso redor é preciso entendê-la através da ação e da reflexão.[27]

---

[21] MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de. Levinas e a reconstrução da subjetividade ética aproximações com o campo da educação. Rev. Bras. Educ. [online]. 2014, vol.19, n.57, pp.461-475. ISSN 1413-2478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782014000200010>. Acesso: 20 out. 2016.

[22] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital), p. 64.

[23] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital), p. 54.

[24] Ibid., p. 55.

[25] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital), p. 58.

[26] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital), p. 68.

[27] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital), p. 71-72.

A palavra deve estar acompanhada da ação, já que sem esta não há como haver transformação e concomitantemente da reflexão, pois, o agir sem observação dos possíveis resultados da conduta leva ao "verbalismo", ou seja, dá-se valor a palavra sem dar importância as suas reais ideias, o que acaba por transformar a palavra em algo sem utilidade, vazio, que não é capaz de produzir mudança, ensejando bloqueio do diálogo.[28]

Por tal motivo que o diálogo é de suma importância na educação, uma vez que é na ação e na reflexão que se abre a possibilidade de mudar o mundo, não é possível que o diálogo se reduza a um banco de ideias do educador para o educando, sem que haja consciência crítica deste último do que está ouvindo. Até porque, para que haja verdadeira mudança, não basta que o educando absorva o que está sendo dito sem antes refletir e desta maneira retirar as suas próprias conclusões.[29]

Da mesma forma, não há como se falar em diálogo, se este é eivado de um ato prepotente, presunçoso, daquele sujeito que impõe seu pensamento sem abrir espaço para que o outro aponte suas ideias, a fim de que os dois evoluam juntos. Neste sentido, Paulo Freire diz: "Como posso dialogar, se me fecho à contribuição dos outros, que jamais reconheço, e até me sinto ofendido com ela?"[30]

Desta maneira, é preciso humildade para haver diálogo, porquanto aquele se vê superior ao demais e não se abre a ideia de aprender com o outro não é capaz ensejar a verdadeira mudança do mundo. Apenas o diálogo está apto para produzir um pensamento crítico e sem este não há como haver comunicação tampouco educação.[31]

E é por meio da educação que fomentamos o sentimento de humanidade, sendo improvável pensarmos em uma "cultura de paz" sem que exista uma educação voltada para este sentido. A cultura da "não violência", segundo Luis Henrique Beust, nasce de "uma gama complexa de processos, entre eles processos educacionais, voltados para a promoção de relações pacíficas".[32]

E para a busca da cultura da paz, se faz necessário à quebra de paradigmas e a admissão do pluralismo jurídico, assunto a ser explorado no tópico a seguir.

3 A construção de um novo paradigma do direito

Frente a constante evolução da sociedade e a grande diversidade cultural, se faz necessário repensar os atuais modelos de práticas jurídicas. O principal motivo reside não apenas em desafogar o judiciário, mas a estimular as pessoas a aprender a resolver seus problemas de forma não adversaria, propiciando a promoção de uma *cultura de paz*, através da admissão do pluralismo jurídico.

Para que se possa quebrar tal paradigma já enraizado na cultura do brasileiro, primeiramente há que se analisar a Teoria Jurídica Crítica, por meio do estudo do pluralismo jurídico, com o intuito de apresentar práticas "emancipadoras" e "não repressivas" de resolução de conflitos, como no caso da mediação, conciliação, negociação e arbitragem.[33]

---

[28] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital), p. 72-73

[29] Ibid., p. 73.

[30] FREIRE, Paulo. Pedagogia do Oprimido, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital), p. 74

[31] Ibid., p. 76

[32] MILANI, Feizi M. JESUS, Rita de Cássia Dias P.(org). Cultura de paz: Estratégias, Mapas e Bússolas. Salvador: Edições INPAZ, 2003, p. 198.

[33] BRAY, Renato Toller; GONZALEZ, Everaldo T. Quilici. Teoria Crítica no Direito e Pluralismo Jurídico: novos paradigmas éticos para o modelo jurídico nacional. Rev. de Direito da Unimep. 2006, vol. 6, n.11, pp. 9-21. ISSN

Para que seja possível fazer construir um novo paradigma do direito é preciso compreender a ideia de pluralismo jurídico, que de acordo com Wolkmer pode ser compreendido como: "a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais".[34]

O mesmo autor explica que existem diversos tipos de pluralismos, sendo assim, importa mencionar dois deles: o "pluralismo jurídico estatal" e o "pluralismo jurídico comunitário". No primeiro há um controle estatal, já no segundo há caráter de unir as pessoas visando a solução de interesses comuns, contando com a participação de sujeitos no âmbito coletivo, porém sendo preservada a sua autonomia e identidade própria, subsistindo de forma independente do controle da social.[35]

Dentre as críticas feitas ao formalismo jurídico, uma delas foi motivada por Durkheim e sua "solidariedade social" em prol da ideia de que o direito positivado pelo Estado deveria se abrir a concepção de um direito "como produto natural do desenvolvimento social".[36]

Para Wolkmer, a teoria crítica pode ser definida como um mecanismo que permite ao sujeito estático a criação de uma consciência, o que ocasiona a construção de "agentes sociais" com uma visão do mundo mais comunicativa, revolucionária, transformadora.[37] Por conseguinte, sendo a teoria crítica um "método" que advém das necessidades humanas essenciais, esta simboliza a criação de um novo paradigma no Direito, que, *a priori*, era reduzido a ir contra ao positivismo jurídico, porém passou a preocupar-se com a discussão dos "novos paradigmas éticos-jurídicos", que tinham em sua finalidade indagar como o Direito era ensinado nas faculdades, visando novos meios de resolução de conflitos de forma "não repressiva". [38]

É preciso que se tenha um pluralismo jurídico onde o seu suporte encontra-se na participação ativa da comunidade, devido à "insuficiência de resposta do Direito Tradicional às complexidades sociais"[39], propiciando um ambiente com menor incidência de desigualdades sociais, uma vez que a comunidade é chamada a falar sobre suas mazelas.

Em síntese, o que se necessita deixar claro é que o pluralismo busca um espaço que propicie a mediação capaz de abrandar a intervenção demasiada do Estado, mas também em relação a

---

Eletrônico: 2238-1228 Disponível: https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/645/214. Acesso em: 25 set. 2016.

[34] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito, 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001, p. 219.

[35] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito, 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001, p. 201.

[36] CARIELLO, Bruno; CARIELLO, Bruno; PEDRETE, Leonardo. Sociologia do direito: velhos e novos caminhos. Revista Habitus: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais – IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v.2, n.1, p. 30-48, 30 mar. 2004. Anual. Disponível em: <http://www.habitus.ifcs.ufrj.br/> Acesso: 25 set. 2016.

[37] WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução ao pensamento crítico, 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2002, p. 5.

[38] BRAY, Renato Toller; GONZALEZ, Everaldo T. Quilici. Teoria Crítica no Direito e Pluralismo Jurídico: novos paradigmas éticos para o modelo jurídico nacional. Rev. de Direito da Unimep. 2006, vol. 6, n.11, pp. 9-21. ISSN Eletrônico: 2238-1228 Disponível: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/645/214>. Acesso em: 25 set. 2016.

[39] LEAL, Jackson da Silva.; FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária na América Latina: Potencialidades a partir da Sociologia das Ausências e das Emergências. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, 2013, n. 35, pp. 165-195. Disponível: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40804/37133>, Acesso em: 29 ago. 2016.

posição individualista da própria sociedade, o chamado "atomismo", de maneira que haja maior equilíbrio e democratização.[40]

Entende-se que a democracia muda constantemente de referência, admite-se, portanto, que haja a formação de novos direitos de maneira constante, assim, através da luta da sociedade há a concretização formal destes direitos. Por meio das lutas pela emancipação e igualdade houve a ampliação de diversos direitos, tais como: civis, políticos, sociais, da cidadania, das mulheres, crianças, idosos, sexuais e étnicos, também pelas lutas ecológicas e ao meio ambiente sadio.[41]

Diante da crise paradigmática da modernidade, se busca o advento de uma "Justiça Comunitária e Participativa", consequentemente, o rompimento da justiça repressora e reguladora, que tem em sua raiz o monopólio estatal.[42]

Busca-se um ambiente que respeita as diferenças, dialoga entre as mais variadas culturas e descentraliza o poder, ambiente este onde há "pluralidade de normatividades"[43], ou seja, retira-se a ideia engendrada do monismo estatal e abre espaço a outras formas de normatização. De modo que a resolução dos conflitos não fica apenas a cargo da autoridade jurídica, propiciando maior empoderamento da sociedade na tomada de decisões.

Na nova organização política o Estado não é mais visto como o único detentor do poder, como um órgão central que detém a gestão e organização dos interesses, o que se busca é a divisão de suas funções de forma cooperativa, a fim de que haja perda do monopólio estatal e, consequentemente, maior democratização dos interesses.[44]

As novas funções do Estado acarretam, gradativamente, na "coordenação e menos na produção de riqueza". O novo Estado propicia maior participação dos cidadãos, garantindo a "sustentabilidade do bem- estar", ou seja, contribui para maior satisfação dos interesses do povo.[45]

Frente às novas práticas jurídicas do direito alternativo, onde há maior participação populacional e descentralização do poder estatal, importa mencionarmos duas formas de atividades, quais sejam:

> a) Estratégias das 'práticas alternativas do Direito', implementada por organizações da sociedade civil (comissões populares, centros comunitários e organizações não-governamentais – ONGs) e por assessoriais de extensão universitária, que vêm desenvolvendo a prática efetiva de serviços legais ou assistência judicial extraestatal. Trata-se do rompimento com os serviços legais de cunho assistencialista e paternalista calcados na prática ritualista da lei e do formalismo forense. Essa entidades centradas em torno de organizações populares e assessorias universitárias, responsáveis pelo

[40] CUNHA, Djason B. Della Cunha. Pluralismo Jurídico e a ética do direito à alteridade. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v.2, n.2, 2001, pp. 73-83 Disponível: < file:///C:/Users/Paola%20Fernandes/Downloads/31-1-121-1-10-20160515.pdf> Acesso em: 20 de maio 2017.

[41] CUNHA, Djason B. Della Cunha. Pluralismo Jurídico e a ética do direito à alteridade. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v.2, n.2, 2001, pp. 73-83 Disponível: < file:///C:/Users/Paola%20Fernandes/Downloads/31-1-121-1-10-20160515.pdf> Acesso em: 20 de maio 2017.

[42] LEAL, Jackson da Silva.; FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária na América Latina: Potencialidades a partir da Sociologia das Ausências e das Emergências. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, 2013, n. 35, pp. 165-195. Disponível: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40804/37133>, Acesso em: 29 ago. 2016.

[43] LEAL, Jackson da Silva.; FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária na América Latina: Potencialidades a partir da Sociologia das Ausências e das Emergências. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, 2013, n. 35, pp. 165-195. Disponível: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40804/37133>, Acesso em: 29 ago. 2016.

[44] SANTOS, Boaventura de Souza Santos. Poderá o direito ser emancipatório? Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra: 2003, p. 65.

[45] SANTOS, Boaventura de Souza Santos. Poderá o direito ser emancipatório? Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra: 2003, p. 69.

> crescente avanço de um esforço descentralizado/participativo de práticas paralelas têm atuado em duas grandes frentes: na área rural (atendimento aos Movimentos Sem-Terra) e na área urbana (acesso à justiça, segurança, direitos humanos e cidadania). Exemplificando tais experiências, ao longo dos anos 80 e 90, registram algumas organizações populares, ONGs e assessorias universitárias, como: o Instituto de Apoio Jurídico Popular (AJUP – Rio de Janeiro); [...] o Acesso à Cidadania e Direitos Humanos (Porto Alegre/RS; o Serviço de Assistência Jurídica Universitária da Faculdade de Direito da UFRGS (SAJU – Porto Alegre/RS) [..], todos no Brasil e, na América Latina, o Instituto de Serviços Legales Alternativos (ILSA – Colômbia)
>
> b) Estratégia do 'uso alternativo do Direito', operacionalizada por magistrados no exercício da função judicial e de inegável expansão no meio de produção, interpretação e aplicação jurisprudencial.[46]

Tais práticas jurídicas, calcadas no pluralismo, através de meios "jurídico-estatais" demonstram como são significativas estas modificações, até como forma de reconhecimento do Estado quanto a sua atuação ineficaz. Este reconhecimento colabora com as novas práticas pluralistas para além do monismo estatal, por meio de um Direito "não oficial".[47]

No Direito "não oficial", por sua vez, valoriza-se as formas extrajudiciais de resolução de conflitos, sendo marcado por um Direito onde há maior justiça, uma vez que este incentiva a participação comunitária, buscando a satisfação de interesses e restabelecimento de relações. Assim, demonstra ser um procedimento mais célere e menos oneroso, por conseguinte, mais eficaz.[48]

De modo que, introduzir a disciplina de Mediação nas grades curriculares das Faculdades de Direito é de vital importância, pois o moderno operador do Direito precisa deixar para trás a ideia de que o Direito se faz através do litígio, concepção antiga e atrasada que não se adequa ao novo momento que estamos vivenciando, onde a Mediação ganhou maior visibilidade.[49]

Por tal motivo, é, indispensável, que o educando conheça as técnicas de resoluções autocompositivas e seja estimulado a refletir sobre a forma que a sociedade tem encarado a questão do conflito, onde qualquer tipo de demanda precisa ser levada ao judiciário, fazendo isto desde a época da graduação[50], tema este que será abordado a seguir.

3.1 O ensino da Mediação nos cursos de Direito

Compreendendo-se a ideia de ética da alteridade, por meio da responsabilidade com o outro, e como ela contribui para o sujeito crer na não violência e buscar a cultura de paz, através da

---

[46] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito, 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001, p. 303-304

[47] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito, 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001, p. 306.

[48] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico - Fundamentos de uma nova cultura do Direito, 3ª edição. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001, p. 306.

[49] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

[50] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

admissão da existência de um pluralismo jurídico, com o intuito da apresentação de práticas emancipadoras de resolução de conflito, a seguir, aborda-se, como algumas instituições de ensinos brasileiras têm abordado a mediação em suas grades curriculares.

Uma das grandes críticas, desde meados dos anos 1970, está na real aproximação do Direito à realidade e da maneira como este Direito é ensinado, o que traz à tona a crise que o ensino jurídico vem sofrendo no Brasil. Sendo esta verdadeiro impulso para as reformas do ensino do Direito nos últimos 40 anos, em especial através das mudanças que ocorreram na legislação educacional.[51]

Diante das mudanças ocorridas na sociedade, por meio de transformações sociais, políticas e economias, nota-se que o Direito não acompanha estas evoluções. Principalmente devido ao Ensino do Direito ainda ser muito formalista e exacerbadamente legalista, distanciando, assim, da realidade.[52]

É importante dizer que as disciplinas dogmáticas, sendo aquelas que dão fundamento ao direito positivo, são importantes, porém estas precisam vir acompanhadas de disciplinas zetéticas (o oposto das dogmáticas), justamente para que haja desenvolvimento do senso crítico do jurista, não ficando preso estritamente ao texto da lei.[53]

Diante desta formação essencialmente legalista, onde o aluno aprende desde o início da graduação a explorar lei por lei, aos Códigos de diversos ramos do direito, através de uma grade curricular ainda engessada que acaba por isolar as disciplinas que fomentam a consciência crítica e interdisciplinar do Direito (tais como a Sociologia, a Filosofia, a Economia, dentre outras), atribuindo a elas baixa carga horária e, geralmente, trazendo-as no início do curso, sem a real integração com as outras disciplinas jurídicas, os cursos de Direito acabam formando profissionais que não estão preparados para lidar com os problemas da sociedade em que vive.[54] E, mais, é preciso valorizar e fomentar nos cursos de Direito a inserção nas grades curriculares disciplinas que contemplem os meios não adversariais de resolução de conflitos.[55]

Importa asseverar que o que se quer aqui não é a criação de novas disciplinas ou aumentar a carga horárias das disciplinas que já existem como a Filosofia, a Sociologia e a Ciência Política, mas sim integrá-las à formação do jurista, sem que haja hierarquização entre essas e as disciplinas jurídicas. Uma maneira para mudar este cenário seria o fomento a atividades extracurriculares e grupos de estudos e/ou pesquisas que abordem estas conexões, com a devida orientação dos pesquisadores e professores.[56]

E são devidas as constantes mudanças ocorridas no cenário jurídico brasileiro, com a valorização da Mediação e da Conciliação, por meio da objetivação destas práticas no Novo Código de Processo Civil - entendidas como um método capaz de ensejar a "pacificação" e "solução"[57] de conflitos – que é de suma importância a seguinte indagação: As Instituições de Ensino Superior

---

[51] ALMEIDA, Frederico de Almeida; CAMARGO, Sarah Bria de; SOUZA, André Lucas Delgado. O Direito e a Realidade: Desafios para o ensino jurídico. Ensino do direito em debate: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente/José Garcez Ghirardi e Marina Feferbaum (organizadores). – São Paulo: Direito GV, 2013. – (Série Pesquisa Direito GV), p. 19-32. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11274/Ensino%20do%20direito%20em%20debate.pdf?sequence=1> Acesso em: 20 maio 2017.

[52] Ibid., p. 16.

[53] Ibid., p. 21.

[54] Ibid., p.21.

[55] Ibid., p. 25.

[56] Ibid., p. 23.

[57] PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e Mediação no Novo CPC, 2015. Disponível: <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>. Acesso em: 02 out. 2016.

estão inserindo, em suas matrizes curriculares, disciplinas que abordem a Mediação Judicial enquanto meio não adversarial de conflitos? Caso estejam, como tem ocorrido tal inserção?

Para que fosse sanada tal indagação foi explorado como 4 (quatro) Instituições Privadas de Ensino Superior do Rio Grande do Sul - às quais disponibilizam dados das disciplinas integrantes das suas matrizes curriculares – têm desenvolvido o ensino jurídico da mediação. Quais sejam: Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter, Pontifícia Universidade Católica – PUCRS, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS e Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Campus Torres). Por outro lado, foram excluídas da pesquisa as disciplinas que não disponibilizam o mínimo de dados em suas grades curriculares.

O Parecer CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004[58], que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais dos Cursos de Graduação em Direito, é claro ao estabelecer que as Instituições de ensino devem proporcionar no perfil do graduando, que sua formação seja pautada na ideia de formar profissionais com "autonomia e dinâmica", assim como para ajustar este futuro operador do direito frente as necessidades da sociedade, a fim de que haja formação de profissionais com a devida consciência crítica, baseados na ética, na "valorização dos fenômenos sociais" e o que me parece mais importante, na atualidade, mas está em escassez: a "sólida formação humanística".

Especialmente referente a prática da Mediação Judicial, é de grande relevância que o mediador esteja preparado para atuar e, de preferência, faça curso teórico e realize estágio supervisionado obrigatório, uma vez que será "o primeiro contato das partes com o Poder Judiciário", sendo de suma importância que o mediador esteja adequado a realização da mediação.[59]

A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010[60], do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 12, parágrafo 3º, estabeleceu que os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar as diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ e deverão ser compostos necessariamente por estágio supervisionado.

Através de pesquisa foi possível perceber que apenas uma das 4 Instituições de Ensino avaliadas, qual seja, o Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter obedece os moldes estabelecidos pela Resolução nº125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, no que tange aos Módulos Práticos e Teóricos. A maioria tem quantidade bastante elevada de horas designadas às disciplinas que ensinam ao aluno sobre o litígio. Diante disso, resta notório que, baseado nesta formação autoritária, fica um pouco mais complicado dos operadores do direito entenderem os meios autocompositivos, alicerçados no diálogo, pela escuta ativa, na preocupação com o outro e na cooperação das partes para a solução dos conflitos, uma vez que ao longo do curso de Direito estão inseridos em um cenário litigioso, não dialógico, onde a disputa é vista como o melhor meio para resolução das demandas.[61] Assim é o entendimento de Fernanda Tartuce, *in verbis:*

> No sistema jurídico brasileiro não costuma haver muitas oportunidades de estudo apurado sobre diferenciados meios de compor conflitos. Tal assertiva

[58] BRASIL, Ministério da Educação. Resolução CNE/CES nº 9, 29 de setembro de 2004. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

[59] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 272.

[60] BRASIL, Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Disponível para consulta em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf. Acesso: 12 set. 2016

[61] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 94.

> é comprovada pela simples análise curricular dos cursos de Direito: como regra, não conta o estudioso do Direito com conhecimentos detalhados sobre as técnicas variadas e multifacetadas de encaminhamento das controvérsias, o que por certo colabora para a manutenção do paradigma da prestação jurisdicional estatal como preferível e preferida, apesar de todas as suas dificuldades e limitações.62

E por não haver um estudo mais minucioso sobre as técnicas de resolução de conflitos capaz de colaborar para a mudança do paradigma do litígio, uma vez que a maioria dos cursos abordam a mediação enquanto disciplina eletiva, o que não é difícil de imaginar que o aluno acabe por optar por outras disciplinas, uma vez que a cultura contenciosa predomina em nosso país[63], e termine o curso sem ao menos ter a ideia no que consiste este modo de resolução de conflitos autocompositivo.

É relevante mencionarmos o acordo de cooperação técnica firmado entre a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a seccional do Distrito Federal da OAB, o qual estipula cooperação quanto à realização de cursos que visem devida formação de mediadores judiciais e de oficinas de parentalidade. Com os parâmetros atuais, no que tange a capacitação do mediador, se faz necessário que as grades curriculares dos cursos de mediação judicial se atualizem de acordo com tais parâmetros.[64]

Ainda, o Ofício n. 036/2015-RD da Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal dos Advogados do Brasil (CEMCA/CFOAB), juntamente com o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) e a Associação Brasileira de Arbitragem Empresarial (CBMAE), dirigido ao Ministério da Educação com a solicitação da Inclusão Obrigatória das Disciplinas de Mediação e Arbitragem nas Grades Curriculares das Faculdades de Direito.[65]

Dentre as suas fundamentações, algumas parecem soar relevantes, quando no inciso I, nº 3 alegam que as disciplinas, de preferência, fossem ministradas quando os estudantes já conhecem a Teoria Geral do Processo e Processos 1 e 2, mas ainda não estão tomados pela cultura do litígio ou, ao final do curso, quando estão demasiadamente ocupados com a confecção de Trabalhos de Conclusão de Curso e Exame de Ordem.[66]

O que causa certo estranhamento e preocupação é a reflexão sobre a real intenção da solicitação quando trata da Mediação junto à Arbitragem, é preciso reforçar a ideia do propósito da

---

[62] Ibid., p. 94.

[63] JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio Júnior; RIBEIRO, Wesllay Carlos. O Ensino Jurídico e os Meios Não Contenciosos de Solução de Conflitos. R. Jurídica. Curitiba, n.24, Temática n.8, p.13-25, 2010. Disponível em: http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/O_ENSINO_JURIDICO_E_OS_MEIOS_NAO_CONTENCIOSOS_DE_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.pdf Acesso: 15 nov. 2016.

[64] CNJ assina termo de cooperação com a OAB para formação de mediadores. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81072-cnj-assina-termo-de-cooperacao-com-oab-para-formacao-de-mediadores. Acesso: 10 set. 2016

[65] Ofício ao Ministério da Educação – MEC com a solicitação da Inclusão Obrigatória das Disciplinas de Mediação e Arbitragem nas Grades Curriculares das Faculdades de Direito. Disponível em: <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/07/oficio-036-renato-janine.-mec.-inclusao.-disciplina.-grade-curricular.-curso-de-direito.2.pdf>. Acesso: 10 out. 2016.

[66] Ofício ao Ministério da Educação – MEC com a solicitação da Inclusão Obrigatória das Disciplinas de Mediação e Arbitragem nas Grades Curriculares das Faculdades de Direito. Disponível em: <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/07/oficio-036-renato-janine.-mec.-inclusao.-disciplina.-grade-curricular.-curso-de-direito.2.pdf> Acesso: 10 out. 2016

mediação, como um método capaz de ensejar acesso à justiça e nunca apenas como um meio de desafogar o judiciário.[67]

Assim, para que não se incida aos mesmos erros da Argentina - pioneira nos primeiros projetos de lei a cerca da mediação -, mas que pela falta de incentivos e atribuição de valor muito baixo aos honorários dos mediadores, tem gerado um índice muito baixo de sucesso nas sessões de mediação. De tal maneira, é essencial que haja o devido treinamento e aperfeiçoamento dos mediadores através de cursos de formação de alta qualidade.[68]

Se não houver incentivo aos alunos, por meio de disciplinas que contemplem os meios não contenciosos da resolução de conflitos, os profissionais que chegarão ao mercado de trabalho estarão despreparados para vivenciar o atual momento[69], onde os métodos autocompositivos ganharam maior visibilidade.

De modo que, é notório que a mediação avançou após o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) - que a menciona em diversas oportunidades ao longo do texto legal - em comparação ao Código de 1973, o qual não fazia nenhuma menção.[70]

Ao ler o CPC/2015 é possível perceber que ele confere "natureza jurídica jurisdicional" aos meios autocompositivos de resolução de controvérsias. Assim, a mediação poderá ocorrer "extrajudicialmente" ou durante o processo judicial.[71]

É considerada extrajudicial quando "conduzida por qualquer pessoa de confiança dos interessados."[72] Podendo ser caracterizada como mediação institucional ou independente. Será institucional quando contar com o apoio de "centros ou associações de mediação" e independente quando contar com mediadores escolhidos livremente pelas partes.[73]

De acordo com o art. 9º da Lei 13.140/2015[74], "poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se."

---

[67] BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar. Revista Científica Virtual da Escolha Superior de Advocacia. 2016, Ed. 23, pp. 33-43. ISSN – 2175-4462. Disponível em: <https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti%CC%81fica%20ESAOABSP%20Ed%2023.pdf> Acesso: 10 de out. 2016.

[68] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 274.

[69] JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio Júnior; RIBEIRO, Wesllay Carlos. O Ensino Jurídico e os Meios Não Contenciosos de Solução de Conflitos. Disponível em: <http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/O_ENSINO_JURIDICO_E_OS_MEIOS_NAO_CONTENCIOSOS_DE_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.pdf> Acesso: 15 nov. 2016.

[70] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

[71] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

[72] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 280.

[73] Ibid., p. 280.

[74] BRASIL, Lei. 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. Disponível para acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso: 10 out. 2016.

Já a mediação judicial é aquela que ocorre no curso do processo judicial, a ser conduzida por "mediadores judiciais", os quais são "previamente cadastrados e habilitados segundo as regras do respectivo Tribunal", devidamente indicados pelo juiz responsável pela respectiva ação em curso.[75]

O que não se pode deixar de observar é que apesar da progressão que houve devido à "institucionalização da mediação pelo Poder Judiciário"[76] existem algumas contradições ao longo do texto que precisam ser analisadas. Uma das críticas a cerca do CPC/2015 é sobre a perda da autonomia, um dos princípios basilares da mediação, uma vez que no art. 334, § 4º, incisos I e II[77], que trata sobre a audiência, diz que ela será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual e quando não se admitir a autocomposição. Tal obrigatoriedade, como Karime Silva Siviero assevera, parece dizer que a mediação foi criada para "servir de obstáculo ao exercício legítimo do direito de ação" e aqueles que de má-fé agem no intuito de protelar o julgamento da ação.[78]

Primeiramente, há que salientar, que o termo "audiência de conciliação ou mediação" está equivocado quando se fala em "autocomposição", pois o referido termo pode levar a crer que exista a presença de um juiz que participaria do processo. A expressão mais adequada é "sessão" para indicar as reuniões que visam a "consensualidade". A mediação também pode ocorrer extrajudicialmente, sendo este mais um motivo para evitar o uso da palavra "audiência", a fim de evitar maiores confusões.[79]

Há outros casos que demonstram o cerceamento da autonomia, quando o CPC/2015 exige a obrigação absoluta da mediação, onde o direcionamento do processo ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) ocorrerá sem a anuência dos interessados.[80] Quando no art. 694, preceitua que nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Ainda, no parágrafo único do referido artigo diz que a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.[81]

Assim como no art. 565, quando dispõe que nas demandas coletivas que envolvam a disputa pela posse de imóveis, quando o esbulho ou turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há

---

[75] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 284.

[76] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

[77] BRASIL, Lei. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 10 out. 2016.

[78] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

[79] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 270.

[80] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

[81] BRASIL, Lei. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível para acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 10 out. 2016.

mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação.[82]

Em relação ao art. 694 do CPC/2015, há dois posicionamentos doutrinários quanto à obrigatoriedade da audiência nas demandas familiares, os quais serão abordados brevemente, a seguir. Parte da doutrina a defende, pois entende que o objetivo do legislador foi "afastar a interferência estatal direta", já que em processos que envolvam demandas familiares não é adequada a "intervenção" de terceiros, sendo a mediação um meio "prioritário" de resolução das controvérsias, pois é prudente que fique a cargo dos "próprios envolvidos na relação familiar" a solução dos seus problemas.[83]

A outra parte da doutrina, por sua vez, defende a "não obrigatoriedade", posto que entende que a voluntariedade deverá permanecer inclusive nas demandas familiares. Aos que criticam a obrigatoriedade, a alegação é que "ninguém pode ser obrigado nem a comparecer à audiência e nem a mediar se assim não quiser e, por consequência, não há que se falar na aplicação de multa pelo não comparecimento das partes." E, mais, acredita-se que a "falta de imposição de sanção" não desmoraliza a finalidade do "instituto", de modo diverso, como nas demandas familiares há o envolvimento de questões emocionais, leva-se a crer que a imposição da sanção pelo não comparecimento cause nas partes "animo ainda mais beligerante", o que pode complicar a busca da lei pela autocomposição.[84]

E mais, segundo Tartuce, a imposição de multa pode levar a parte, de forma coercitiva, ir à audiência apenas para evitar o pagamento da multa de até 2 %, prevista no art. 334, § 8º do CPC/2015, e não porque esta deseja melhorar o relacionamento com a outra parte por meio do diálogo.[85]

Pois bem, mesmo que a "compulsoriedade" seja vista por alguns especialistas como um "meio mais propício para desenvolvimento da mediação"[86], para outros a prática é bastante criticada. Para Fernando da Fonseca Gajardoni, um código tão celebrado por "dar voz às partes", de modo contraditório, não favorece a vontade delas.[87]

Segundo Gajardoni, a mediação adotada de modo obrigatório pode acarretar alguns problemas, vejamos alguns deles: a perda da autonomia da vontade, princípio basilar da mediação, previsto no art. 166 do CPC/2015[88] e a burocratização do procedimento, pois obriga os interessados, mesmo contra a vontade, a submeterem-se à mediação, "simplesmente por uma delas deseja".[89]

Ainda, como bem diz Tartuce, a voluntariedade faz com que os interessados enxerguem na mediação um meio de autonomia, onde estes podem assumir o controle da situação e resolver seus

---

[82] BRASIL, Lei. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível para acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 10 de out. de 2016.

[83] TARTUCE, Fernanda. A obrigatoriedade da Audiência prevista no Artigo 695 do CPC/15. Disponível para consulta em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Texto_Ceapro_audiencia_695-Novo-CPC.pdf> Acesso: 05 out. 2016.

[84] TARTUCE, Fernanda. A obrigatoriedade da Audiência prevista no Artigo 695 do CPC/15. Disponível para consulta em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/07/Texto_Ceapro_audiencia_695-Novo-CPC.pdf> Acesso: 05 out. 2016.

[85] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 301.

[86] Ibid., p. 293.

[87] GAJARDONI, Fernando Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>. Acesso: 10 out. 2016.

[88] "Artigo 166 A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia de vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada." <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 05 de out. de 2016.

[89] GAJARDONI, Fernando Fonseca. Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação? Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao> Acesso: 10 out. 2016.

problemas, sendo justamente esta liberdade que faz com que a mediação se mostre mais "atrativa".[90]

A voluntariedade é fundamental durante o procedimento de mediação.[91] Sobre o princípio da voluntariedade, a Lei n. 29/2013 (Lei da Mediação), em Portugal, no seu art. 4.º dispõe: 1 – O procedimento da mediação é voluntário, sendo necessário o consentimento esclarecido e informado das partes para a realização da mediação, cabendo-lhes a responsabilidade pelas decisões tomadas no curso do procedimento. 2 – Durante o procedimento de mediação, as partes podem, em qualquer momento, conjunta ou unilateralmente, revogar seu consentimento para a participação no referido procedimento. 3 – A recusa das partes em iniciar ou prosseguir o procedimento de mediação não consubstancia violação ao dever de cooperação nos termos previstos no Código de Processo Civil.[92]

É válido asseverar que em países onde há a obrigatoriedade da mediação, o processo não se mostra tão eficiente. Como ocorre na cidade de Buenos Aires, onde há a imposição da mediação, corroborada pelo despreparo de alguns mediadores e a remuneração baixa, tem havido um número baixo de acordos.[93]

Outro ponto controverso do CPC 2015 é o impedimento de aliar a atividade de mediador com a de advogado. Assim preleciona o art. 167 e parágrafos, quando disciplina que os mediadores serão inscritos no cadastro nacional e em tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. E no § 5º dispõe que os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.[94]

Sob este viés é importante abordarmos a opinião de Tartuce em relação à temática. Veja-se:

> [...] se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver? Imaginemos, para ilustrar, uma situação concreta: atuo como advogada no Departamento Jurídico do XI de Agosto, entidade da Faculdade de Direito da USP que presta assistência à população carente desde 1919 e tem processos tramitando em praticamente todos os foros da Capital paulista. Decido fazer o cadastro como mediadora no Tribunal de Justiça de São Paulo e aguardo ser escolhida pelas partes ou nomeada para algum feito por força de distribuição. Caso seja chamada a atuar como mediadora em feito que tramita em determinada Vara, precisarei verificar se tenho algum processo em trâmite ali; sendo a resposta positiva, deverei me reconhecer impedida de atuar e terei que declinar. Esta situação é apropriada? Se atuo como advogada em um feito de natureza diversa, com litigantes diferentes, não sou apta a atuar em outro processo com diferentes envolvidos pelo simples fato de tramitarem no mesmo juízo?[95]

O impedimento trazido pelo CPC/2015 quanto ao cadastro de advogados como mediadores pode desencorajá-los a inscrição "no rol de mediadores e conciliadores judiciais", tendendo a

---

[90] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 294.

[91] Ibid., p. 294.

[92] PORTUGAL, Lei n. 29/2013, de 19 de abril. Princípios Gerais Aplicáveis à Mediação – Mediação Civil e Comercial. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1907A0004&nid=1907&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso: 05 out. 2016.

[93] TARTUCE, Fernanda, Op., cit., p. 296.

[94] BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 106. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 10 out. 2016.

[95] TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf> Acesso: 10 out. 2016.

intimidação de ótimos profissionais a fazer parte dos quadros de mediadores.[96] E mais, vale ressaltar que este impedimento não reflete os mesmos entendimentos que preleciona o Estatuto da Advocacia.[97]

De igual maneira, este é o entendimento de Érica Barbosa e Silva, que considera a restrição uma "presunção absoluta de aliciamento de clientela, o que é – para dizer o mínimo – um absurdo." Para ela, bastaria o regulamento da "conduta ética" e as punições a ser atribuídas ao "terceiro facilitador" seria o suficiente para evitar atuações inapropriadas.[98]

Além de todas as ponderações abordadas, um fator essencial para o bom desenvolvimento da sessão de mediação é que esta conte com mediador devidamente capacitado, que fomente o diálogo e esteja preparado para "trabalhar com resistências pessoais e obstáculos decorrentes do antagonismo de posições para restabelecer a comunicação entre as partes." Trata-se de tarefa que exige atenção, sensibilidade e desenvolvimento de habilidades.[99]

Não só a capacitação que proporciona ao mediador o aprendizado quanto às diversas táticas que colaboram positivamente ao desenvolvimento da sessão de mediação, é preciso valer-se da "intuição" e do "talento". Mas o primordial é estar sensível ao que outro está vivendo.[100]

4 Considerações finais

Na análise, foi possível perceber como a ética da alteridade, por intermédio da responsabilidade que cada um tem com o outro, pode contribuir de maneira otimista para a mudança de concepções baseadas no litígio, a fim de dar espaço à cultura de paz, através da admissão de que a sociedade está inserida em um espaço onde há pluralidade de práticas jurídicas, não mais se admitindo que ocorra o monopólio estatal de poder na tomada de decisões.

Assim como, através da educação libertadora se faz possível desmistificar a ideia de que o educador é hierarquicamente superior aos educandos, ao passo que os dois têm a possibilidade de aprender juntos por meio da troca de experiências. Sendo possível tal proposta, caso o modelo mecânico de aprendizado seja deixado de lado, onde o aluno apenas reproduz uma cópia do que o professor transmite, sem a devida reflexão crítica do que está sendo dito.

Surgiram algumas críticas em relação a como o CPC/2015 abordou a mediação ao longo de seus artigos. Primeiramente, a mediação adotada de modo obrigatório pode acarretar em alguns problemas, dentre eles, a perda de autonomia da vontade, um dos princípios mais importantes do processo mediático. Outro ponto controverso e bastante criticado foi o impedimento de aliar a

---

[96] TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf> Acesso: 10 out. 2016.

[97] SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

[98] SILVA, Érica Barbosa e. Profissionalização de Conciliadores e Mediadores. Revista Científica Virtual da Escolha Superior de Advocacia. 2016, Ed. 23, pp. 64-75. ISSN – 2175-4462. Disponível em: <https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti%CC%81fica%20ESAOABSP%20Ed%2023.pdf>. Acesso: 10 out. 2016.

[99] TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Civis. 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 271.

[100] VASCONCELLOS, Carlos Eduardo de. Mediação de Conflitos e práticas restaurativas. – São Paulo: Método, 2008, p. 239

atividade de mediador com a de advogado, uma vez que pode desestimular a inscrição dos mediadores no rol de mediadores e conciliadores.

Posto isto, defendeu-se que a disciplina de Mediação seja inclusa nas matrizes curriculares de modo obrigatório e ministrada logo após os alunos conhecerem a disciplina de Teoria Geral do Processo e Processo 1 e 2, uma vez que, neste momento, ainda não estão contaminados pela cultura do litígio, ou no fim do curso, quando estão envolvidos com a confecção dos Trabalhos de Conclusão de Curso ou Exame de Ordem.

Daí a necessidade da modificação da forma como a educação jurídica é ministrada, através da inclusão de disciplinas que contemplem a resolução de conflitos de forma não adversária em todas as Instituições de Ensino que ofereçam curso de graduação em Direito. É de suma importância, também, que os futuros profissionais desenvolvam habilidades a fim de se expressar sem formalismos exacerbados, para que todos os cidadãos os compreendam, momento em que percebe-se a importância da interdisciplinaridade do Direito, Serviço Social, Psicologia, dentre outras, para a resolução das situações conflitantes. Trata-se, por conseguinte, da necessidade dos futuros operadores do direito estarem preparados para fazer a diferença dentro da sociedade, cientes de que são capazes de transformar o que está a sua volta.

Referências

ALMEIDA, Frederico de Almeida; CAMARGO, Sarah Bria de; SOUZA, André Lucas Delgado. *O Direito e a Realidade: Desafios para o ensino jurídico*. Ensino do direito em debate: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente/José Garcez Ghirardi e Marina Feferbaum (organizadores). – São Paulo: Direito GV, 2013. – (Série Pesquisa Direito GV), p. 19-32.
Disponível:<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11274/Ensino%20do%20direito%20em%20debate.pdf?sequence=1> Acesso em: 20 maio 2017.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação: Educar para Mediar. Revista Científica Virtual da Escolha Superior de Advocacia*. 2016, Ed. 23, pp. 33-43. ISSN – 2175-4462. Disponível em: <https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti%CC%81fica%20ESAOABSP%20Ed%2023.pdf> Acesso: 10 out. 2016.

BRAY, Renato Toller; GONZALEZ, Everaldo T. Quilici. *Teoria Crítica no Direito e Pluralismo Jurídico: novos paradigmas éticos para o modelo jurídico nacional. Rev. de Direito da Unimep.* 2006, vol. 6, n.11, pp. 9-21. Eletrônico: 2238-1228 Disponível: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/645/214>. Acesso em: 25 set. 2016.

BRASIL, Lei. 13.140, de 26 de junho de 2015. *Lei da Mediação.* Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso: 20 set. 2016.

_____, BRASIL, Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010. *Conselho Nacional de Justiça - CNJ.* Disponível para consulta em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf>. Acesso: 12 set. 2016

_____, BRASIL, Resolução 125/2010, de 29 de novembro de 2010, Anexo II. *Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077812/cod-etica-mediador-conciliador.pdf>. Acesso: 10 out. 2016.

_____, BRASIL, Lei. 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso: 10 out. 2016.

_____, BRASIL, Ministério da Educação. *Resolução CNE/CES nº 9, 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____, *CNJ assina termo de cooperação com a OAB para formação de mediadores.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81072-cnj-assina-termo-de-cooperacao-com-oab-para-formacao-de-mediadores>. Acesso: 10 set. 2016

_____, Ofício ao Ministério da Educação – MEC com a solicitação da Inclusão Obrigatória das Disciplinas de Mediação e Arbitragem nas Grades Curriculares das Faculdades de Direito. Disponível em: <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/07/oficio-036-renato-janine.-mec.-inclusao.-disciplina.-grade-curricular.-curso-de-direito.2.pdf>. Acesso: 10 out. 2016.

CARIELLO, Bruno; CARIELLO, Bruno; PEDRETE, Leonardo. Sociologia do direito: velhos e novos caminhos. *Revista Habitus*: revista eletrônica dos alunos de graduação em Ciências Sociais – IFCS/UFRJ, Rio de Janeiro, v.2, n.1, p. 30-48, 30 mar. 2004. Anual. Disponível em: <http://www.habitus.ifcs.ufrj.br/> Acesso: 25 set. 2016.

CHERON, Cibele. *Ética, autocomposição e empoderamento: um olhar sobre o manejo dos conflitos a partir de referencial endógeno*. In: III Jornada de Mediação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A Mediação como Marco Transformador do Poder Judiciário. Porto Alegre: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC, 2014.

CUNHA, Djason B. Della Cunha. *Pluralismo Jurídico e a ética do direito à alteridade. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v.2, n.2, 2001, pp. 73-83* Disponível: < file:///C:/Users/Paola%20Fernandes/Downloads/31-1-121-1-10-20160515.pdf> Acesso em: 20 de maio 2017

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*, 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. (Recurso digital).

GAJARDONI, Fernando Fonseca. Novo CPC: *Vale apostar na conciliação/mediação?* Disponível em: http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao. Acesso: 10 out. 2016.

JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio Júnior; RIBEIRO, Wesllay Carlos. *O Ensino Jurídico e os Meios Não Contenciosos de Solução de Conflitos*. R. Jurídica. Curitiba, n.24, Temática n.8, p.13-25, 2010. Disponível em: <http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/O_ENSINO_JURIDICO_E_OS_MEIOS_NAO_CONTENCIOSOS_DE_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.pdf>. Acesso: 15 nov. 2016

LEAL, Jackson da Silva.; FAGUNDES, Lucas Machado. *Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária na América Latina: Potencialidades a partir da Sociologia das Ausências e das Emergências. Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*, 2013, n. 35, pp. 165-195. Disponível: <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/40804/37133> Acesso em: 29 ago. 2016.

MILANI, Feizi M. JESUS, Rita de Cássia Dias P.(org). *Cultura de paz: Estratégias, Mapas e Bússolas.* Salvador: Edições INPAZ, 2003.

MIRANDA, José Valdinei Albuquerque de. *Levinas e a reconstrução da subjetividade ética aproximações com o campo da educação*. *Rev. Bras. Educ.* [online]. 2014, vol.19, n.57, pp.461-475. ISSN 1413-2478. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782014000200010>. Acesso: 20 out. 2016.

PEREIRA, Clovis Brasil. *Conciliação e Mediação no Novo CPC*, 2015. Disponível: <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>. Acesso em: 02 out. 2016.

PORTUGAL, Lei n. 29/2013, de 19 de abril. *Princípios Gerais Aplicáveis à Mediação – Mediação Civil e Comercial.* Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=1907A0004&nid=1907&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso: 05 out. 2016.

ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidad*e. Porto: Edições Afrontamento, 7ª edição, 1994. Também publicado no Brasil, São Paulo: Editora Cortez, 1999, 7ª edição.

_____, SANTOS, Boaventura de Souza Santos. *Poderá o direito ser emancipatório?* Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra: 2003.

SIDEKUM, Antônio. *Emmanuel Levinas: Educação e interpelação ética.* Revista da FAEEBA – Educação e Contemporaneidade, Salvador v. 39, p.85-94. Disponível em: <https://www.revistas.uneb.br/index.php/faeeba/article/view/328/278>. Acesso: 20 mai. 2017.

SILVA, Érica Barbosa e. *Profissionalização de Conciliadores e Mediadores*. *Revista Científica Virtual da Escolha Superior de Advocacia*. 2016, Ed. 23, pp. 64-75. ISSN – 2175-4462. Disponível em:

<https://www.esaoabsp.edu.br/ckfinder/userfiles/files/RevistaVirtual/Revista%20Cienti%CC%81fica%20ESAOABSP%20Ed%2023.pdf>. Acesso: 10 out. 2016.

SIVIERO, Karime Silva. Aspectos Polêmicos da Mediação Judicial Brasileira: uma Análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58385/36263>. Acesso em: 10 out. 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Civis.* 2. Ed., ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____, TARTUCE, Fernanda. *A obrigatoriedade da Audiência prevista no Artigo 695 do CPC/15.* Disponível para consulta em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2016/07/Texto_Ceapro_audiencia_695-Novo-CPC.pdf> Acesso: 05 out. 2016.

_____, TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.* Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf> Acesso: 10 out. 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001



ANAIS

GT A CONSTRUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL.
Coordenadores: Marcos Catalan (Unilasalle) e Lucas Barroso(UFES)

Canoas, 2017

A DISSEMINAÇÃO DA CULTURA DO MEDO EM UMA SOCIEDADE DE CONSUMO: A SEGURANÇA CONSUMIDA E OS EXCLUÍDOS DO CONSUMO

Yasmine Uequed Pitol[1]

Resumo:

O presente trabalho propõe-se a abordar as imbricações entre as características da Sociedade de Consumo – descrita por autores como Gilles Lipovetsky, Zygmunt Bauman, Benjamin Barber e Jean Baudrillard - e a cultura do medo. Aborda-se, assim, o hiperindividualismo, característica dos consumidores, e o desprezo que se direciona àqueles que, sem recursos, não podem ceder aos encantos enaltecidos pelo mundo consumista – devidamente propagados pela publicidade. Após, vê-se como a disseminação do medo vem acompanhada da oferta de segurança, cujo expoente mais proeminente seja, talvez, a proliferação de "enclaves fortificados" (dentre os quais se encontram os condomínios fechados), bem como da ideia de que estar seguro significa estar isolado daqueles que não podem consumir a segurança.

Palavras chave: consumo. Cultura. medo. publicidade.

Abstract:

This paper aims to approach the imbrications between the characteristics of the Consumption Society – described by autors such as Gilles Lipovetsky, Zygmunt Bauman, Benjamin Barber and Jean Baudrillard – and the culture of fear. It approaches, then, the hiperindividualism, that caracterizes the consumers, and the contempt that is directed at those who, without resources, can not succumb to the charms exalted by the consumer world - properly propagated by advertising. Afterwards, it is seen how the spread of fear comes accompanied by the offer of security, whose most prominent exponent is, perhaps, the proliferation of "fortified enclaves" (among which are enclosed condominiums), as well as the idea that being safe means being isolated from those who can not consume security.

1 Introdução

Diz-se que a ambiência na qual se vive nos dias atuais pode ser denominada "Sociedade de Consumo". Abordada, estudada e descrita por autores como Jean Baudrillard, Benjamin Barber, Gilles Lipovetsky[2] e Zygmunt Bauman, essa sociedade desenvolve-se de modo a que todas as pessoas sejam incessantemente estimuladas a ceder aos seus encantos, mediante anúncios publicitários que disseminam imperativo segundo o qual a satisfação e a sensação de felicidade, ainda que efêmeras, são vinculadas ao consumo.

Consequentemente, a impossibilidade de consumir no ritmo imposto pela sociedade de consumo leva à sensação de exclusão e de desvalorização.

[1] Mestranda em Direito e Sociedade na Universidade La Salle, bolsista Capes taxas, yassmineup@gmail.com
[2] Os paradoxos dessa sociedade foram explorados pelo autor em "A Felicidade Paradoxal".

Ao mesmo tempo, a sociedade em que se vive é palco de incertezas e de inseguranças. Este cenário que permeia a vida cotidiana é ambiente profícuo, também, para o desenvolvimento de um tipo de medo que se apresenta endêmico, proliferando características de uma cultura do medo.

A solução para este medo muitas vezes é prometida segundo as regras da própria sociedade de consumo. Nesse contexto, a sensação de segurança é constantemente ofertada, de modo que se vê, acompanhando a sensação inesgotável de medo, o alastramento da convicção de que é possível a proteção, desde que por meio do consumo – como, por exemplo, por meio de apetrechos de segurança e da aquisição de moradia inseridas em condomínios (altamente) fechados.

Nesse contexto, vislumbram-se fortes imbricações entre a lógica da sociedade de consumo e aquela que alimenta e sedimenta a cultura do medo. A divisão entre os consumidores e os que não possuem condições de assim atuar. A segregação, que mantém de um lado aqueles aptos a consumir a sensação de segurança e, de outro, todos os outros, inconvenientes demais para que sejam admitidos em um convívio próximo. A divisão entre aqueles que se encontram inseridos na cultura consumista (e que procuram a segurança oferecida nos anúncios publicitários) e os que não dispõem de recursos para tanto (e mantêm-se às margens, indesejados e rechaçados). A lógica da sociedade de consumo, assim, também faz uso do medo como produto, prometendo a proteção por meio do consumo de bens que deem sensação de segurança.

Desse modo, a partir de revisão bibliográfica, esse trabalho procura abordar alguns pontos de contato existentes entre a lógica da sociedade de consumo e as premissas estabelecidas a partir da sedimentação de uma cultura do medo, destacando-se, também, algumas das razões pelas quais a dinâmica desenvolvida neste cenário, a partir desta imbricação, reforça tanto a lógica consumista quanto a própria disseminação do medo.

2 Algumas linhas sobre a satisfação prometida pela sociedade de consumo e os excluídos de sua lógica

Partindo-se da premissa de que é possível reduzir em um parágrafo algumas das características da chamada "Sociedade de Consumo"[3], poder-se-ia enfatizar – em que pesem as modificações verificadas ao longo das décadas[4] – que se trata de uma sociedade de moral hedonista[5], na qual há constante enaltecimento dos prazeres e do desfrute imediato dos bens de consumo[6], em que se

[3] Essa expressão, conforme explica Lipovetsky (2007a), surge pela primeira vez na década de 1920.

[4] Lipovetsky fala destas modificações em "A Felicidade Paradoxal" (2007a).

[5] Conforme Lipovetsky: "Pode-se caracterizar empiricamente a 'sociedade de consumo' por diferentes traços: elevação do nível de vida, abundância das mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazeres, moral hedonista e materialista, etc. (2009, p.184) ".

[6] "Viver melhor, 'aproveitar a vida', gozar do conforto e das novidades mercantis aparecem como direitos do indivíduo, fins em si, preocupações cotidianas de massa. Espalha-se toda uma cultura que convida a apreciar os prazeres do instante, a gozar a felicidade aqui e agora, a viver para si mesmo: ela não prescreve mais a renúncia, faz cintilar em letras de neon o novo Evangelho: 'Comprem, gozem, essa é a verdade sem tirar nem pôr' (LIPOVETSKY, 2007a, p.102) ".

encontra presente de forma essencial a efemeridade – tanto dos produtos e quanto da satisfação do consumidor com estes – o hiperindividualismo[7], a impaciência[8] e a imponderação[9].

Nesta sociedade, em que se destaca a indústria publicitária, devidamente incumbida de difundir os seus "valores"[10] - mais interessada, portanto, em disseminar visões de mundo do que propriamente destacar objetivamente o que é anunciado (LIPOVETSKY, 2007a, p.176) - a oferta de mercadorias não cessa, tampouco perde fôlego[11]. A variedade de produtos - muitas vezes distinguidos por pequenos detalhes - só aumenta, ensejando a reprodução incessante de novidades e, cada vez mais, a hipersegmentação, atenta às mais diversas peculiaridades[12].

A vontade de integrar o padrão de sonhos de uma vida consumista é deliberadamente estimulada[13]. Assim, os apelos publicitários cumprem o papel de participar ativamente do processo de formação do consumidor de modo que estes aspirem a participar do ritmo imposto pela sociedade de consumo (LIPOVETSKY, 2007b, p.11). "Maquiagem do real (LIPOVETSKY, 2009, p.219)", portanto, "[...] ambiência idealizada antes de ser informação (LIPOVETSKY, 2009, p.219) ".

Essa forma de condicionamento almejada pela atividade publicitária foi tratada por Baudrillard, segundo o qual: "[...] no ato de consumo personalizado fica claro que o indivíduo na sua exigência mesma de ser sujeito, somente se produz como objeto da demanda econômica (2006, p.160-161) ".

Dessa forma, as escolhas eventualmente feitas pelo consumidor serão tomadas dentro de possibilidades previamente filtradas pelo sistema sócio-econômico, de modo que "sendo as 'diferenças específicas' produzidas industrialmente, a escolha que ele pode vir a fazer é antecipadamente petrificada: o que permanece é apenas a ilusão de uma distinção pessoal (BAUDRILLARD, 2006, p.160-161) ".

Ao mesmo tempo, as formas de felicidade que se buscam no ambiente que se desenvolve a partir do advento dessa sociedade passam a ser mensuráveis pela aquisição das mercadorias oferecidas, engendrando-se contexto em que a felicidade passa a depender de "provas", sendo as demais formas de felicidade excluídas (deliberadamente) do ideal consumista (BAUDRILLARD, 2009, p.39, tradução nossa).

Não se trata de obra do acaso. Primeiramente, porque a sociedade de consumo promete – desde que atendidas as suas exigências – a felicidade terrena. Propugna ser capaz de satisfazer os mais diversos desejos, satisfação que, a partir de sua lógica, dependerá sempre da rendição aos prazeres consumistas (BAUMAN, 2008b).

Como há proliferação incessante de novidades, criam-se, assim, pseudonecessidades (DEBORD, 1997), mormente porque as necessidades genuínas e os desejos realistas são, conforme

---

[7] "A hora é da hiperindividualização da utilização dos bens de consumo, das defasagens dos ritmos no interior da família, da dessincronização das atividades cotidianas e dos empregos do tempo. Em suas bandeiras, a sociedade de hiperconsumo pode escrever em letras triunfantes: 'Cada um com seus objetos, cada um com seu uso, cada um com seu ritmo de vida' (LIPOVETSKY, 2007a, p.105) ".

[8] "A época do 'saber esperar', em que a experiência de espera era um elemento de felicidade, recua em favor de uma cultura da impaciência e da satisfação imediata dos desejos (LIPOVETSKY, 2007a, p.112) ".

[9] Conforme Bauman (2008b).

[10] "Se a publicidade aparece como a ferramenta que permite aumentar o montante de negócios das empresas, é igualmente atribuído a ela a função de aculturar as massas à nascente sociedade de consumo, difundindo um novo modo de vida centrado na aquisição dos produtos mercantis (LIPOVETSKY, 2007a, p.173-174) ".

[11] "O que está em ação é um processo de organização de um universo hiperconsumista em fluxo estendido, funcionando ininterruptamente dia e noite, 365 dias por ano" (LIPOVETSKY, 2007a, p.109).

[12] Lipovetsky explica essa dinâmica em "A Felicidade Paradoxal" (2007a).

[13] "[...] lealdade e amor são atribuídos a bens e serviços para dotar meros produtos materiais das virtudes de um estado de ânimo mais elevado [...] (BARBER, 2009, p.280) ".

Zygmunt Bauman, os maiores adversários da sociedade de consumo (2008b, p.63), que se sustenta, também, na irracionalidade dos comportamentos dos consumidores [14].

Afinal, conforme explica Bauman (2008b, p.64), a mera satisfação de uma necessidade não é suficiente para a dinâmica determinada pelo ritmo frenético dessa sociedade, sendo necessário que o impulso de busca pela satisfação não se esgote – para que, consequentemente, o consumo nunca cesse [15]. Dito de outra forma, é preciso transformá-lo em compulsão ou em um vício, dinâmica a partir da qual a maior necessidade que emerge no seio dessa sociedade é a própria necessidade de adquirir.

Essa pretensão do mercado de consumo passa por tentar atingir a todos. Benjamin Barber, ao tratar do que considera sejam algumas das características desse mercado (2009, p.251), destaca que ele:

> [...] é ubíquo (está em toda parte); é onipresente (está "o tempo todo" e aspira a preencher todo o tempo); é viciante (cria suas próprias formas de reforço); é auto-reprodutivo (espalha-se de maneira viral); e é onilegítimo (emprega auto-racionalização e autojustificação, destruindo as bases morais para resistir a ele). Juntas, essas cinco características dão aos mercados um poder sobre nossas vidas e pensamentos, corpos e almas, que rivaliza, mas não equivale, às formas mais tradicionais de totalitarismo. Mas embora sejam menos tóxicas, porque operam sob a suposta legitimidade da liberdade do mercado e dependem da esquizofrenia cívica para ter sucesso, é mais difícil resistir e se submeter a elas.

O autor ressalta, nesta seara, justamente essa necessidade de infiltração do consumo em todas as esferas não comerciais. Quando se fala da ubiquidade do mercado, fala-se no sentido de que não existe lugar que o mercado não possa tentar ocupar e inserir o que se propõe a vender. A sua onipresença - que pode ser calculada a partir do tempo em os indivíduos encontram-se diante de mensagens publicitárias - é assegurada quando há um comportamento viciante, repetitivo, compulsivo, do qual depende a prosperidade da sociedade de consumo, que associa a cada necessidade surgida um produto que possa satisfazê-la. E, consequentemente, quando transforma algo em mercadoria, a sociedade de consumo se reproduz, ampliando os seus tentáculos, conferindo o seu próprio significado a tudo aquilo que se propõe a ofertar (BARBER, 2009).

Para que essas ferramentas (vale dizer, estas características estruturais e comportamentais das quais depende a sociedade de consumo) sejam aceitas, Barber explica que o mercado precisa legitimá-las. Torná-las aceitáveis (2009).

> A ubiquidade do comércio precisa parecer uma coisa boa, uma ampliação de nosso reino de discrição. O vício precisa ser rebatizado, autorizado e parecer benigno – associado à "satisfação de necessidades", por exemplo. [...] O etos cultural que põe com sucesso o consumismo em seu cerne e afasta esferas rivais precisa parecer que tem justificativa para fazer isso – e não apenas em termos puramente econômicos ou instrumentais (BARBER, 2009, p.279).

Ao mesmo tempo, também é essencial que a satisfação do consumidor com aquilo que é consumido não seja permanente. A partir dessa premissa – e mesmo de forma paradoxal - enquanto

---

[14] Para Bauman, o consumismo "[...] aposta na irracionalidade dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas [...] (2008b, p.65)".

[15] Conforme Bauman: "Cada uma das promessas deve ser enganadora, ou, ao menos, exagerada. Do contrário, a busca acaba ou o ardor com que é feita (e também sua intensidade) caem abaixo do nível necessário para manter a circulação de mercadorias entre as linhas de montagem, as lojas e as latas de lixo. Sem a repetida frustração dos desejos, a demanda de consumo logo se esgotaria e a economia voltada para o consumidor ficaria sem combustível (2008b, p.64-65) ".

a sociedade de consumo – cujos imperativos estão disseminados, em todos os ambientes - promete a felicidade, ela precisa, para se manter em curso, da perpétua insatisfação dos consumidores [16], com o devido cuidado, contudo, de não permitir que isso apague a crença de que o consumo possui, sim, a chave para que sejam abertas as portas que levam à felicidade (BAUMAN, 2008b) [17].

Assim, mostra-se correto afirmar que a sensação de frustração se apresenta imantada à lógica dessa sociedade, mormente porque o acesso à vida consumista não está disponível a todos [18]. Portanto, no momento em que a sociedade de consumo propugna que é por seus meios que a felicidade será atingida, ela estimula sensação de inferioridade entre aqueles que não podem participar do ritmo do consumo (LIPOVETSKY, 2007b, p.13) " [19].

Outrossim, a sensação de plenitude não se mantém mesmo para aqueles que dispõem de condições para participar do jogo consumista. E é o próprio mercado que fomenta essa espécie de insatisfação permanente, na medida em que sistematicamente oferta novidades, envelhecendo precocemente os produtos adquiridos. Há uma incitação, assim, a um estado de permanente carência, de insatisfação contínua com aquilo que se quer e nem sempre se pode ter (LIPOVETSKY, 2007b, p.23).

Bauman vai além, ao afirmar que

> [...] uma economia orientada para o consumo promove ativamente a deslealdade, solapa a confiança e aprofunda o sentimento de insegurança, tornando-se ela própria uma fonte do medo que promete curar ou dispersar – o medo que satura a vida líquido-moderna é a causa principal da variedade líquido-moderna de infelicidade (2008b, p.63).

O autor (BAUMAN, 2008b, p.168) ainda traça um paralelo entre os "consumidores falhos" – aqueles cujos recursos não lhes possibilita participar do jogo consumista segundo suas regras "oficiais" - e o aumento das condutas taxadas como criminosas, refletindo que se trata de situação coerente com os ditames vigentes, segundo os quais todos aqueles incapazes de agir conforme as regras emanadas pela sociedade de consumo "são as encarnações vivas dos 'demônios anteriores' específicos da vida de consumo" (2008b, p.168).

Assim

> Sua guetização e criminalização, a severidade dos sofrimentos que lhes são ministrados e a crueldade geral do destino que lhes cabe são – em termos metafóricos – as principais formas de exorcizar os demônios interiores e queimá-los simbolicamente. As margens criminalizadas servem, por assim dizer, como instrumento de saneamento: os esgotos para onde são drenados os eflúvios inevitáveis, porém, venenosos, da sedução consumista, de modo que as pessoas conseguem se manter no jogo do consumismo não precisem se preocupar com o próprio estado de saúde (BAUMAN, 2008b, p.168).

---

[16] "Não há linha de chegada óbvia para essa corrida atrás de novos desejos, muito menos de sua satisfação (BAUMAN, 1999, p.86) ".

[17] "É o excesso da soma total de promessas que neutraliza a frustração causada pelas imperfeições ou defeitos de cada uma delas e permite que a acumulação de experiências frustrantes não chegue a ponto de solapar a confiança na efetividade essencial dessa busca (BAUMAN, 2008b, p.65) ".

[18] "Os impulsos sedutores, para serem eficazes, devem ser transmitidos em todas as direções e dirigidos indiscriminadamente a todos aqueles que os ouvirão. No entanto, existem mais daqueles que podem ouvi-los do que daqueles que podem reagir do modo como a mensagem sedutora tinha em mira fazer aparecer (BAUMAN, 1998, p.55).

[19] "Todo mundo pode ser lançado na moda do consumo; todo mundo pode desejar ser um consumidor e aproveitar as oportunidades que esse modo de vida oferece. Mas nem todo mundo pode ser um consumidor (BAUMAN, 1999, p.94) " .

Esses consumidores falhos, portanto, além de não disporem de recursos necessários para o consumo que se exige nessa sociedade – situação que lhes impinge uma sensação de inferioridade -, são condenados à exclusão social, eis que a não adoção do modelo de vida consumista – que pressiona todos - implica nesta exclusão (BAUMAN, 2008b, p.176).

Esse mundo, consumista, do fomento à satisfação que depende do consumo e da sensação de insatisfação imediatamente posterior, do hiperindividualismo e da condenação à exclusão social imposta àqueles que não detêm condições de fazer parte do jogo consumista, devidamente observado – e orquestrado – pela publicidade, fornece também alguns dos alicerces que sustentam e alimentam a chamada "cultura do medo" – dinâmica na qual também se imiscui a lógica decorrente da sociedade de consumo.

3 A cultura do medo e suas imbricações com a sociedade de consumo

> A desigualdade é criada como parte do sistema de mercado, que para os ricos muito frequentemente se torna uma corrida para o topo e para todos os outros, uma corrida para o fundo. A desigualdade não é uma consequência acidental da privatização, é a própria premissa. A tática implícita empregada pelos ricos é abandonar aqueles que recebem mais dos serviços públicos do que participam como contribuintes num setor "público" residual (uma espécie de colônia de leprosos autofinanciada que não consegue se autofinanciar) e inserir aqueles que têm muito a contribuir em seus próprios "bens comuns" privados. O resultado são dois níveis de serviços – duas sociedades – hostis, divididos e profundamente desiguais (BARBER, 2009, p.179).

A dinâmica que se desenvolve no seio da sociedade de consumo detém alguns dos elementos que auxiliam a reforçar os contornos daquilo que se convencionou denominar de "cultura do medo".

Para elucidar os caminhos que se pretende trilhar, cumpre, inicialmente, buscar uma definição – ainda que breve – do que seria essa cultura, definida por Pastana (2007, p.92) da seguinte forma:

> A insegurança observada atualmente está cada vez mais ligada à violência criminal, que, por sua vez, promove a base e o fortalecimento dessa cultura. Essas questões – insegurança, violência e medo – vêm ganhando cada vez mais destaque nas discussões políticas, na imprensa, nas universidades e no cotidiano das pessoas, em virtude da maior sensibilidade a elas e da aparente falta de controle de que se revestem Nesse sentido, essa cultura representa a somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduzem a idéia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetuam uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos.

Conforme Renata Almeida da Costa, a passagem da sociedade moderna para a sociedade contemporânea caracteriza-se pelo surgimento do risco com a inexistência de certezas e o aumento das complexidades. Todos esses fatores, explica, culminaram com o desenvolvimento de uma nova perspectiva social que, contrapondo-se a estas características, pretende a redução das complexidades e a busca por uma maior segurança (2014, p.230).

Já o medo, conforme Bauman, seria "[...]o nome do que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance" (BAUMAN, 2008a, p.8).

Os medos, portanto, possuiriam forte vínculo com a sensação de insegurança [20], e teriam se tornado "autoperpetuadores" e "autorreforçadores", além de adquirirem "um impulso próprio" (BAUMAN, 2009b, p.91).

Nesse sentido, as próprias posturas defensivas, adotadas como forma de proteção, auxiliariam a reabastecer a sensação de medo, que para se reforçar não dependeria mais de outros estímulos exteriores (BAUMAN, 2007, p.15) [21].

Ao refletir sobre essa forte sensação de insegurança que acomete os indivíduos Lipovetsky (2005, p.174) considera ser o correlato de um indivíduo desestabilizado, que amplifica os riscos e se apresenta obcecado com seus próprios problemas pessoais, e que considera o sistema repressivo excessivamente clemente. Para o autor a criação deste "lá fora" ameaçador sedimenta o medo endêmico e, ao mesmo tempo, sustenta o narcisismo[22]. Essa insegurança também seria alimentada por qualquer ocorrência criminal, destacando Glassner (1999, tradução nossa) o papel sensacionalista[23] da imprensa neste processo, ao conferir mais ênfase no aspecto emocional das informações, em detrimento do aspecto objetivo.

A situação que sobrevém do desenvolvimento deste contexto traria consigo o aumento do individualismo e da indiferença em relação aos outros. E, junto a isso, o aprisionamento no interior de residências cada vez mais cercadas de aparatos de segurança e os atos de autodefesa (LIPOVETSKY, 2005, p.174).

Disseminar o medo – e lucrar a partir dessa disseminação – coaduna-se, portanto, com a lógica consumista. Cria-se, a partir da proliferação do medo, um outro ambiente no qual se pode explorar essa busca (incessante, como se viu) por satisfação. E, para aqueles que se sentem inseguros, essa satisfação passa pela busca por segurança. Não por acaso, portanto, Pastana (2007, p.109) entende que nesse ambiente de "cultura do medo", a busca por proteção é tanto uma obsessão quanto um produto.

Com efeito, em um tipo de sociedade na qual os imperativos difundidos pela mensagem publicitária estão sempre presentes, vê-se, assim, ser difundida, também, a necessidade pela busca de segurança [24]. Parece factível afirmar que em uma sociedade na qual a insegurança e a incerteza são a regra e permeiam as vidas dos indivíduos, a segurança – ou, ao menos, o imaginário vinculado à sensação de segurança - tenha de ser perseguida, buscada, conquistada. E, conforme grande parte das sensações que se desenvolvem nessa sociedade – fortemente determinada a vincular a satisfação de qualquer necessidade ao consumo - a sensação de segurança é agora, ofertada, a fim de que seja consumida, comprada.

Conforme Costa e Pereira:

---

[20] "O medo é reconhecidamente o mais sinistro dos demônios que se aninham nas sociedades abertas de nossa época. Mas é a insegurança do presente e a incerteza do futuro que produzem e alimentam o medo mais apavorante e menos tolerável. Essa insegurança e essa incerteza, por sua vez, nascem de um sentimento de impotência: parecemos não estar mais no controle, seja individual, separada ou coletivamente (BAUMAN, 2007, p.32) " .

[21] Segundo Pastana, a partir da anunciada "escalada da criminalidade", divulgada tanto pelo governo quanto pela imprensa, o cidadão passou a tolerar um controle mais ostensivo direcionado ao marginal. O tema da violência, assim, estaria sempre presente, alterando comportamentos e práticas sociais (2007, p.93). Para a autora, a opinião pública "[...] está inserida no próprio pensamento hegemônico que reproduz uma ideologia autoritária, pautada na disseminação do medo do crime e no recrudescimento do controle social, principalmente do controle penal" (2007, p.93).

[22] Segundo Lipovetsky, o narcisismo "[...] permite uma radicalização do desinteresse pela esfera pública e assim uma adaptação funcional ao isolamento social [...] (2005, p.37) ".

[23] Pastana (2007) destaca a forma de "informação espetáculo" trazida pela mídia como um importante fator para o aumento dessas sensações. A autora menciona reportagens dos principais jornais de São Paulo que ressaltavam os fatos violentos de forma sensacionalista o que, entende Pastana, intensificaria tanto o medo quanto a insegurança.

[24] Bauman reflete sobre quão lucrativo pode ser explorar o medo, ressaltando que a segurança pessoal veio a se tornar um importante – ou mesmo o principal – objeto a ser vendido pelas mais variadas estratégias de marketing (2009b, p.92).

> O território urbano, depauperado de condições que transmitam uma noção de segurança (ora pelas crescentes patologias sociais, ora induzida à ilusão pelo imaginário social), é o local apropriado para a inciativa privada lograr-se da ausência de efetividade das ações estatais e proporcionar bens, produtos e serviços que atendam a demanda do mercado influenciado pela cultura do medo. Tem-se, assim, a "segurança" como bem de consumo (2014, p.2311).

Neste contexto, a proliferação da oferta de espaços privatizados é uma forte demonstração do proveito que o mercado pode tirar dessa ambiência, que se forma a partir da disseminação e consequente estabelecimento da premissa de que o isolamento e a separação implicarão em uma maior segurança. Aqui, faz-se adequado relembrar, novamente, Bauman, segundo o qual "[...] muitos medos entrem em nossa vida juntamente com os remédios sobre os quais muitas vezes você ouviu falar antes de ser atemorizado pelos males que esses prometem remediar (2008a, p.14) ".

Essa ideia de separação e segregação coaduna-se, também, com a dinâmica estabelecida pela sociedade de consumo. Viu-se que o rascunho do desenho social delineado a partir das características dessa sociedade coloca, de um lado, estão aqueles que podem ceder aos apelos consumistas e, de outro, os "consumidores falhos", indivíduos indesejados em razão de sua indisponibilidade para o consumo. Assim, apresenta-se coerente que, nessa sociedade em cujos alicerces encontra-se essa premissa, a luta por "sentir-se seguro" passe por distanciar-se o máximo possível dos diferentes, sendo, consequentemente, a segregação e a separação[25] tratadas como um valor, um aspecto positivo daquilo que é apresentado por aqueles que se propõem a oferecer - vender segurança [26].

> O mercado, dessa forma, concatenando seu poderio produtivo com a exiguidade de certezas e seguranças, apresenta para um público consumidor exclusivo um novo produto: espaços privatizados, fechados e monitorados para residência, consumo, lazer e trabalho. Sendo assim, o mercado corrobora a marginalização dos excluídos do consumo [..] (COSTA; PEREIRA, 2014, p.2310-2311) ".

Afinal, conforme explica Bauman, segundo a lógica estabelecida, o indivíduo desempregado, que não exerce qualquer função considerada útil para a dinâmica dessa sociedade, deve ser desprezado, colocado às margens da sociedade. É considerado supérfluo, descartável, sendo sutil a linha que o separa dos criminosos (2009a, p.7) [27]. A exclusão social de ambos, assim, passa a ser permanente, e não temporária. Como sua presença é considerada inconveniente para os demais, o interesse que predomina é no sentido de que sejam impedidos de incomodar e criar problemas, desiderato que passa por distanciá-los da "comunidade respeitosa das leis" (BAUMAN, 2009a, p.7).

---

[25] Guy Debord já denunciava: "Essa sociedade que suprime a distância geográfica recolhe interiormente a distância, como separação espetacular (1997, p.112)".

[26] "A publicidade de imóveis ao expressar/criar os estilos de vida das classes média e alta revela os elementos que constituem os padrões de diferenciação social em vigência na sociedade. Os anúncios não só revelam um novo código de distinção social, mas também tratam explicitamente a separação, o isolamento e a segurança como questões de status. Em outras palavras, eles repetidamente expressam a segregação social como um valor" (CALDEIRA, 1997, p.159).

[27] Conforme Pastana: "A classe proletária tem mais desvantagens porque ao mesmo tempo em que é o setor privilegiado para recrutamento da criminalidade tradicional e a principal vítima, é ainda o setor mais vitimado pelo aparato repressivo-punitivo e o menos protegido pelo setor judiciário, além de ser estigmatizado segundo a famosa associação pobreza/criminalidade" (2005, p.191). Para Lipovetsky essa exclusão, inclusive, estimula o aumento da criminalidade: "de um lado, as normas e os valores consumistas são maciçamente interiorizados pelos jovens de grandes conjuntos habitacionais de subúrbio. De outro, a vida precária e a pobreza impedem que se participe plenamente das atividades de consumo e de lazeres mercantis. Dessa contradição resulta um surto de sentimentos de exclusão e de frustração, e ao mesmo tempo comportamentos de tipo delinquente" (2007a, p.192-193).

Sob a justificativa da necessidade de segurança, portanto, vê-se o crescimento de uma chamada "arquitetura do medo"[28] – caracterizada por construções protegidas por muros altos, sistemas de segurança e, também, pelo aumento do número de "enclaves fortificados"[29] (PASTANA, 2007), direcionados a essa sociedade amedrontada (e objeto de desejo – portanto, de consumo – daqueles que buscam essa prometida maior sensação de segurança)[30].

Ao analisar anúncios de condomínios fechados, veiculado no jornal O Estado de São Paulo entre os anos 1975 e 1995, Teresa Caldeira constata que a característica mais sedutora que se depreendia das mensagens era, justamente, a promessa de uma comunidade fechada, segura, isolada, vale dizer, um local no qual se viveria entre iguais – longe, portanto, da heterogeneidade social que marca a vida na cidade, vista como uma inconveniência. As imagens, segundo a autora, apresentariam os locais como se fossem ilhas, nas quais seria possível desfrutar de uma vida plena, já que tudo o que se precisaria para viver se encontraria lá dentro (CALDEIRA, 1997, p.160).

O isolamento e a distância da cidade são associados, naqueles anúncios, com um melhor estilo de vida e a separação, isolando os moradores (compradores) daqueles considerados socialmente inferiores, compreende a promessa de mais segurança[31], felicidade e, mesmo, liberdade (CALDEIRA, 1997, p.160).

Conforme Bauman

> Os que não podem agir em conformidade com os desejos induzidos dessa forma são diariamente regalados com o deslumbrante espetáculo dos que podem fazê-lo. O consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduz diretamente ao aplauso público e à fama. Eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana (1998, p.55-56).

---

[28] "A guerra contra a insegurança, os perigos e os riscos agora estão dentro da cidade, onde se definem os limites dos campos de batalha e se traçam as linhas entre dentes. Trincheiras e bunkers fortemente blindados destinados a separar os estranhos, mantê-los à distância e barrar sua entrada estão se tornando rapidamente um dos aspectos mais visíveis das aglomerações urbanas contemporâneas – embora assumam diversas formas e seis arquitetos façam o possível para fundir suas criações à paisagem, "normalizando" desse modo o estado de emergência em que vivem os moradores viciados em segurança" (BAUMAN, 2009b, p.96).

[29] "[...] espaços fechados e monitorados, destinados à residência, lazer, trabalho e consumo. Podem ser shopping centers, conjuntos comerciais e empresariais, ou condomínios residenciais. Eles atraem aqueles que temem a heterogeneidade social dos bairros urbanos mais antigos e preferem abandoná-los para os pobres, os "marginais", os sem-teto. Por serem espaços fechados, cujo acesso é controlado privadamente, ainda que tenham uso coletivo e semipúblico, eles transformam profundamente o caráter do espaço público" (PASTANA, 2007, p.99). Pastana ainda ressalta que: "Esses enclaves representam um espaço que contradiz diretamente os ideais de heterogeneidade, acessibilidade e igualdade que ajudaram a organizar tanto o espaço público moderno quanto as modernas democracias. Privatização, cercas, policiamento de fronteiras e técnicas de distanciamento criam um outro tipo de espaço público: fragmentado, articulado em termos de separações rígidas e segurança sofisticada, e no qual a desigualdade é um valor estruturante. No novo tipo de espaço público, as diferenças não devem ser postas de lado, tomadas como irrelevantes ou negligenciadas. Nem devem também ser disfarçadas para sustentar ideologias de igualdade universal ou de pluralismo cultural. O novo meio urbano reforça e valoriza a desigualdade e a separação, sendo, portanto, um espaço público não-democrático" (2007, p.100).

[30] Ao falar da sociedade do espetáculo, Debord já tratava destes espaços que, embora não fossem militares, seguiam esse modelo: "Nas grandes cidades e nos espaços reservados do interior, cresce cada vez mais o número de lugares inacessíveis, isto é, fechados e protegidos de qualquer olhar; estão fora do alcance da curiosidade inocente e bem resguardados da espionagem. Sem serem propriamente militares, seguem esse modelo e estão além de qualquer risco de controle da parte dos passantes ou dos moradores [...]" (DEBORD, 1997, p.208).

[31]" Isso significa grades e muros ao redor do condomínio, controle das portarias 24 horas por dia e toda uma parafernália de equipamentos e serviços — guaritas com banheiros e telefones, portões duplos nas garagens e guardas armados patrulhando as ruas internas. 'Segurança total' é crucial para 'o novo conceito de moradia' (CALDEIRA, 1997, p.162) " .

Forma-se, assim, diante desta dinâmica, dois lados.

Primeiramente, porque os consumidores são aconselhados constantemente a buscar espaços cuja conquista e manutenção pressupõem a expulsão dos outros seres humanos, em especial todo aqueles que "[...] se preocupam e/ou podem precisar da preocupação dos outros (BAUMAN, 2008b, p.68) ".

Portanto, os moradores dos locais fechados optam por não participar da vida urbana (ou, por diminuir sensivelmente a sua participação, já que potencialmente ameaçadora), preferindo a permanência em locais fechados, anunciados e comercializados como verdadeiros oásis, símbolos de segurança. Separam-se dos indesejados que, excluídos desses ambientes limpos e tranquilos, que ficam relegados às ruas (BAUMAN, 2009a, p.15)[32]. Segundo Bauman, "a cerca separa o 'gueto voluntário' dos arrogantes dos muitos condenados a nada ter (2009a, p.15) ".

Vê-se, assim, que essa busca frenética por uma maior sensação de segurança – calcada na disseminação do medo realizada, muitas vezes, de forma espetacularizada - mostra-se particularmente atraente para o mercado de consumo, que tanto aprecia o comportamento viciado e irracional do consumidor e que, a partir disso, comercializa e dissemina o seu próprio significado de segurança. Um mercado que, viu-se, ainda que prometa o oposto, sobrevive da permanente insatisfação do consumidor e que promove um sentimento de exclusão e de inferioridade naqueles que não possuem recursos para consumir no ritmo necessário. E que, ainda, estimula a separação e a segregação, posicionando em lados opostos os consumidores daqueles indesejados (separação que, muitas vezes, se dá de forma literal, como no caso dos "enclaves fortificados").

Com a disseminação do medo, assim, proliferam ofertas de ambientes que prometem a segurança aos seus adquirentes. O significado que a dinâmica consumista confere à segurança, contudo, não prescinde da separação e do isolamento e, assim, aumenta o distanciamento (metafórico e literal) existente entre os consumidores e os excluídos do mercado de consumo. Entretanto, conforme se viu, a promessa de satisfação não pode ser duradoura e, portanto, conforme disse Bauman, as posturas defensivas detêm a capacidade de reforçar a sensação de medo (2007, p.15), traçando, aparentemente, o desenho de um espiral cujo final é indeterminado.

4 Conclusão

O presente trabalho buscou, a partir do estudo de algumas características, vislumbrar imbricações existentes entre a sociedade de consumo e a cultura do medo.

Viu-se que a sociedade de consumo enaltece a rendição aos desejos consumistas, vinculando essa rendição à felicidade e satisfação. Paradoxalmente, entretanto, é acompanhada de uma sensação de permanente insatisfação, fomentada por sua própria dinâmica, a partir da qual a felicidade que acompanha uma aquisição não pode durar por muito tempo – sob pena de o consumo diminuir.

Ao mesmo tempo, segundo os ditames dessa sociedade, todos devem ser consumidores. Vale dizer, todos devem poder responder aos apelos publicitários e consumir.

[32] Afinal, como disse Bauman (2009a, p.15).: "todos que têm condições adquirem seu apartamento num condomínio: trata-se de um lugar isolado que fisicamente se situa dentro da cidade, mas, social e idealmente, está fora dela".

Jogar conforme essas regras, contudo, depende de recursos. Nessa seara, aqueles que não dispõem dos meios para entrar no "jogo" e, assim, auxiliar a pôr em curso a engrenagem que faz girar a sociedade de consumo – comprando no ritmo frenético que é imposto – são os párias da sociedade.

O palco onde flui a vida cotidiana é, também, ambiente permeado por inseguranças. Incertezas. E, dessas incertezas, surge o medo e a disseminação do medo.

Esse medo – que, pode-se dizer, é endêmico - leva à busca por algo que aumente a sensação de segurança. E essa busca, essa necessidade, mostra-se um ambiente propício para que a sociedade de consumo infiltre os seus ditames.

Tem-se, assim, como se viu, a disseminação da ideia de que a segurança também pode ser adquirida e, talvez, um dos maiores expoentes desta premissa sejam os condomínios fechados. Vê-se, portanto, que se atribui à palavra "segurança" significado de acordo a lógica do consumo, segundo a qual essa sensação somente será atingida por aqueles que se dispuserem (ou puderem) adquiri-la.

Parece factível, nessa seara, afirmar que a proliferação destes ambientes reforça a divisão entre consumidores e excluídos, entre os "de dentro" e os "de fora", separando-os e distanciando-os uns dos outros. Um espiral interminável, eis que tal situação fomenta a perpetuação dessas diferenças, as quais, reforçadas, realimentam a sensação de medo.

Referências

BARBER, Benjamin. *Consumido*: como o mercado corrompe crianças, infantiliza adultos e engole cidadãos. Trad. Bruno Casoti. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. *La Sociedad de Consumo*: sus mitos, sus estructuras. Trad. Alcira Bixio. Espanha: Siglo XXI, 2009.

BAUDRILLARD, Jean. *O sistema dos objetos*. Trad. Zulmira Ribeiro Tavares. São Paulo: Perspectiva, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009a.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização*: as consequências humanas. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008a.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama, Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009b.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008b.

CALDEIRA, Teresa. *Enclaves fortificados*: a nova segregação urbana. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n.47, p.155-177, mar.1997.

COSTA, Renata Almeida da. Policontexturalidade, risco e direito: abismos superáveis para o delineamento da criminalidade contemporânea. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. SCHWARTZ, Germano André Doederlein (org). "*O Direito da Sociedade*". Anuário, v.1. Canoas: Unilasalle, p. 229-255, 2014.

COSTA, Renata Almeida da; PEREIRA, Diego Oliveira. Criminalização, Direito e Sociedade: Olhares Dogmáticos e Empíricos sobre a Cultura do Medo e do Espaço Urbano. *Anais do V Congresso da ABRASD*: Pesquisa em Ação – Ética e Práxis em Sociologia do Direito, Vitória -ES, p.2310-2326, 2014.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 1997.

GLASSNER, Barry. *Culture of Fear*: Why Americans Are Afraid of the Wrong Things. New York: Basic Books, 1999.

LIPOVETISKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio*: ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Trad. Therezinha Monteiro Deutsch: Barueri: Manole.2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Trad. Armando Braio Ara. Barueri: Manole. 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. *O Império de Efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras. 2009.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo e democracia*: um paradoxo brasileiro. Revista Medições, Londrina, v.10, n.2, p.183-198, jul./dez.2005.

PASTANA, Débora Regina. Medo e opinião pública no Brasil contemporâneo. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v.12, n.22, p.91-116, 2007.

PROPOSTA DE ACORDO DO MERCOSUL SOBRE DIREITO APLICÁVEL EM MATÉRIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS DE CONSUMO: TENTATIVA DE HARMONIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Roberta Karolinny Rodrigues Alvares,
Acadêmica do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário do Estado Pará (CESUPA). Monitora de Direito Financeiro e Tributário no CESUPA. Membro da Clínica Jurídica de Prevenção e Combate ao Superendividamento e Defesa do Consumidor do CESUPA. Membro do Grupo de Pesquisa Consumo Responsável e Globalização Econômica. E-mail: robertaalvares@hotmail.com.br.

Resumo:

O corrente trabalho possui como objetivo analisar de que forma a proposta de "Acordo do MERCOSUL sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo" visa harmonizar a proteção dos consumidores na região. Tem-se como hipótese que este instrumento seria uma forma de cooperação na harmonização normativa Mercosulina sobre a matéria, mas ainda apresenta limitações. A fim de que se alcance o objetivo da pesquisa, essa se inicia com a apresentação da proteção do consumidor no contexto do MERCOSUL, retratando os principais avanços e dificuldades enfrentados nesse processo de integração. Em sequência, expõe-se acerca da necessidade de uma norma MERCOSUL aplicável aos contratos internacionais de consumo, sob uma perspectiva doutrinária. Posteriormente, analisa-se o teor da proposta de Acordo do MERCOSUL sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, realizando-se considerações sobre alguns de seus pontos. Para que se alcancem os fins propostos, faz-se uso do método dedutivo e a metodologia se constitui de pesquisa teórica, bibliográfica, a partir da leitura de livros, artigos, sítios da internet, dentre outros; e documental, com a análise da Proposta de "Acordo do MERCOSUL sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo", além de outros instrumentos internacionais acerca da matéria abordada.

Palavras-Chave: Contratos internacionais de consumo. MERCOSUL. Harmonização normativa.

Abstract:

The current work aims to analyze how the proposed "MERCOSUR Agreement on Applicable Law on International Consumer Contracts" aims to harmonize the protection of consumers in the region. The Paper has as hypotesis that this instrument would be a form of cooperation in Mercosulan normative harmonization on the matter, but it still has limitations. In pursuance of achieving the objective of the research, it begins with the presentation of consumer protection in the context of MERCOSUR, exhibiting the main advances and difficulties of this integration process. In the sequence, it is exposed the necessity of a MERCOSUR norm applicable to the international contracts of consumption, from a doctrinal perspective. Subsequently, the content of the proposed MERCOSUR agreement on applicable law in the field of international consumer contracts is analyzed, with considerations about certain questions. In order to achieve the proposed goals, the deductive method is used and the methodology of the research is theoretical, bibliographical, based on the reading of books, articles, internet sites, among others; and documentary, with the analysis of

the Proposal of "MERCOSUR Agreement on Applicable Law On International Consumption Contracts ", in addition to other international instruments about the subject.

Keywords: International consumer contracts. MERCOSUR. Normative harmonization.

1 Introdução

No mundo globalizado, em que as relações de mercado ultrapassam fronteiras, o consumidor percebe-se em uma condição de vulnerabilidade ainda maior, o que implica na necessidade da tutela de seus direitos não apenas no âmbito interno, como também, na esfera internacional.

A globalização é um fenômeno altamente discutido e problematizado tanto no espaço acadêmico quanto nos meios de comunicação. Ronaldo Porto Macedo Júnior (1999) refere-se, de forme provisória e preliminar, à globalização como um processo político e econômico, composto pelos seguintes elementos:

> a) ampliação do comércio internacional e formação de um mercado global assentado numa estrutura de produção pós-fordista (ou pós-industrial); b) homogeneização de padrões culturais e de consumo; c) enfraquecimento da ideia de Estado-nação em benefício dos agentes econômicos do novo mercado global; d) formação de blocos comerciais. (MACEDO JÚNIOR, 1999, p. 1377).

Trata-se de um conceito inicial a esse complexo fenômeno, o qual apresenta-se, diversas vezes, de modo contraditório. Os impactos da globalização sobre o direito do consumidor são perceptíveis: abrangem desde a mudança estrutural no processo produtivo e no mercado de consumo, como também, as alterações nas práticas contratuais de consumo e a formação dos mercados regionais, como o Mercado Comum do Sul - Mercosul (MACEDO JÚNIOR, 1999).

O consumo transnacional evoluiu, visto que, com a globalização, o avanço tecnológico, a integração econômica crescente, o aumento do acesso à internet, entre diversos outros fatores, tornaram-se cada vez mais comuns as compras entre consumidores domiciliados em Estados distinto daqueles em que encontra-se sediado o domicílio do fornecedor. Diante desse cenário, discussão da proteção do consumidor faz-se essencial, em decorrência, sobretudo, do aumento de sua vulnerabilidade.

A questão dos contratos internacionais de consumo e a defesa do consumidor tem sido discutida no domínio do Mercosul. Em 2010, foi aprovado o Plano de Ação para a adoção do Estatuto da Cidadania no MERCOSUL, o qual estabelece no artigo 3º, item 10, que, a fim de alcançar seus objetivos gerais, será integrado uma série de elementos, dentre eles, a defesa do consumidor.

Almeja-se a criação do chamado "Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor", o qual é composto pelo (1) Sistema MERCOSUL de Informações de Defesa do Consumidor, pela (2) Ação regional de capacitação - Escola MERCOSUL de Defesa do Consumidor e, finalmente, porém, tão relevante quanto, por uma (3) Norma MERCOSUL aplicável a contratos internacionais de consumo.

Diante do contexto desafiador da proteção do consumidor nos contratos internacionais de consumo, o corrente trabalho objetiva analisar a proposta de "Acordo do MERCOSUL sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo". Assim, o corrente artigo se inicia

com uma breve apresentação da proteção do consumidor no contexto do Mercosul, expondo os principais avanços e dificuldades enfrentados nesse processo de integração.

Em sequência, discute-se acerca da necessidade de uma norma MERCOSUL aplicável aos contratos internacionais de consumo, a partir da perspectiva doutrinária. Posteriormente, analisa-se o teor da proposta de Acordo do MERCOSUL sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, realizando-se considerações sobre certas questões consideradas de grande relevância para fins de aplicabilidade prática.

O corrente trabalho não objetiva exaurir o conteúdo ora estudado, mas embasar e incentivar futuras pesquisas concernentes ao assunto, tendo em vista sua imensa relevância e riqueza. Na presente oportunidade, realizam-se algumas indagações para as quais ainda não há respostas exatas e fechadas, portanto, trata-se de investigação em constante progresso.

2 A proteção do consumidor no mercosul

O Mercado Comum do Sul - MERCOSUL, foi instituído pelo Tratado de Assunção, celebrado em 26 de março de 1991, o qual teve como signatários 4 Estados: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Tal instrumento passou a vigorar em 29 de novembro de 1991, após os depósitos das ratificações dos referidos Estados. Recentemente, incorporaram-se ao bloco mais dois membros: Venezuela e Bolívia, que se encontra em processo de adesão. Ademais, são Estados associados do Mercosul o Chile, Equador, Peru, Colômbia, Suriname e Guiana.

Desde sua criação, o Mercosul possui como objetivo primordial o alcance da integração regional. No entanto, atenta-se para o posicionamento de Newton De Lucca (2003) que, ao estabelecer comentários acerca do Mercosul, comparando-o com o sistema da União Europeia, compreende que o modelo mercosulino mais se aproxima de um processo de "cooperação" entre Estados do que de "integração". Isto se deve a uma série de fatores, inclusive ao fato de que, ao contrário do que se passa no direito comunitário, na esfera do Mercosul, não há uma recepção imediata das normas constituídas em seu âmbito sobre os ordenamentos jurídicos internos.

Tampouco há a prevalência do direito originado no Mercosul sobre o direito interno. Embora a Argentina e o Paraguai tenham passado por modificações em suas Constituições, determinando a prevalência da normativa internacional sobre o direito interno, Brasil e Uruguai, por exemplo, não o fizeram. Logo, não há que se falar em um "direito comunitário" decorrente do Mercosul, mas em matéria de direito internacional público dele derivada, visto que encontram-se ausentes aspectos essenciais do direito comunitário, propriamente dito (DE LUCCA, 2003).

O Tratado de Assunção não chegou a abranger a matéria da defesa do consumidor. Somente em 1994, passou-se a tratar da proteção ao consumidor em alcance regional com o Protocolo de Ouro Preto, em conjunto com a Resolução GMC 126/94, a qual atestou a vulnerabilidade do consumidor mercosulino (CARVALHO, 2014).

A Resolução nº 126/94 determinou como objetivo a realização de um protocolo comum de defesa ao consumidor no bloco. As resoluções criadas pelo Comitê Técnico nº 7 e sugeridas, em 1966, ao Grupo Mercado Comum foram os primeiros instrumentos normativos sobre a defesa do consumidor no bloco. Tratam-se de normas genéricas, porém, possuem grande importância, pois se tratam de normas comuns ao bloco (CARVALHO, 2014).

A Resolução nº 123/96 harmonizou conceitos, definindo "consumidor", "fornecedor", "relação de consumo", "produto" e "serviço" na esfera do bloco. Ela fora atualizada pela Resolução nº 34/11, que, além dos conceitos[33], compreendeu o dever de informar e a oferta vinculante (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

A Resolução nº 124/96 englobou os "direitos básicos do consumidor", como a informação, educação, proteção contra publicidade enganosa, saúde, entre outros. A Resolução nº 125/96 se trata da saúde e segurança do consumidor, enquanto a Resolução nº 126/96 remete-se à publicidade e a Resolução nº 127/96, à garantia contratual dos consumidores (CARVALHO, 2014).

Em 1997, houve a tentativa de estabelecer um regulamento comum de defesa do consumidor no Mercosul, o chamado "Protocolo de Defesa do Consumidor", o qual visava uniformizar as legislações dos Estados-membros na matéria. No entanto, tal instrumento não obteve êxito, tendo em vista que o Brasil não o aceitou. Isto porque a legislação brasileira é a mais desenvolvida no que se refere à proteção e defesa do consumidor e seria um imenso retrocesso assinar o documento (CARVALHO, 2014).

Ainda sobre a proteção do consumidor no Mercosul, é de grande importância mencionar o Protocolo de Santa Maria sobre Jurisdição Internacional em Matéria de Relações de Consumo, de 1996, o qual não chegou a entrar em vigor, pois dependia da aprovação do regulamento comum.

Quanto à saúde e segurança, destaca-se o Projeto de Resolução nº 01/ 2002 que descreveu mecanismos para que os Estados membros do bloco se comunicassem entre si sobre eventuais problemas com determinados produtos ou serviços (de um Estado parte) potencialmente danosos aos consumidores. Busca-se comunicar os demais Estados e prevenir ou acolher medidas capazes de evitar ou minimizar os riscos aos consumidores (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

O Plano de Ação para a adoção do Estatuto da Cidadania no MERCOSUL foi aprovado em 2010, e estabelece no artigo 3º, item 10, que, a fim de alcançar seus objetivos gerais, será integrado certos elementos, dentre os quais, a defesa do consumidor. O Comitê Técnico nº 7 é o responsável pela matéria concernente à proteção e defesa do consumidor

O Estatuto da Cidadania, o qual se encontra em processo de aprovação, visa, conforme o artigo 3º, item 10, de seu plano de ação, a criação do "Sistema MERCOSUL de Defesa do Consumidor", composto pelo (1) Sistema MERCOSUL de Informações de Defesa do Consumidor, pela (2) Ação regional de capacitação - Escola MERCOSUL de Defesa do Consumidor e por uma (3) Norma MERCOSUL aplicável a contratos internacionais de consumo.

Em relação ao primeiro ponto, isto é, ao Sistema MERCOSUL de Informações e de Defesa do Consumidor, em 2011, o Brasil e o Uruguai assinaram o "Acordo de Cooperação para transferência de conhecimento e da tecnologia do Sistema Nacional de Informações e Defesa do Consumidor (SINDEC), em que compartilham informações sobre proteção consumerista. Quanto ao segundo aspecto, ou seja, a Ação regional de capacitação, criou-se curso de capacitação, sobre a proteção e defesa do consumidor, para servidores dos Estados Partes e Estados associados ao bloco (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

No que se refere à Norma MERCOSUL aplicável aos contratos internacionais de consumo, objeto de análise da corrente pesquisa, dedicar-se-á tópico específico, em momento posterior.

---

[33] Conforme o artigo 1º, "a", da Resolução nº 34/11, "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela. Não se considera consumidor aquele que sem se constituir destinatário final adquire, armazena, utiliza ou consome produtos ou serviços em processo de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros".

Destaca-se que os esforços, sobretudo do Comitê Técnico nº 7, com vistas a uma maior cooperação em prol da defesa do consumidor no bloco são crescentes.

Ressalta-se o "Acordo Institucional de entendimento entre os organismos de defesa do consumidor dos Estados partes do MERCOSUL para a defesa do consumidor visitante", do ano de 2004, o qual visa a cooperação e colaboração entre Estados. Frisa-se, nesse sentido, o Projeto Piloto de Atenção ao Consumidor Turista e Visitante, a partir do qual é possível que os consumidores visitantes e turistas solucionem demandas consumeristas, por meio do preenchimento de um formulário disponibilizado aos consumidores, padronizado entre os Estados partes do projeto (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA).

Conforme o artigo 2º da Resolução nº 126/94, o Grupo Mercado Comum resolveu que

> Até que seja aprovado um regulamento comum para a defesa do consumidor no MERCOSUL cada Estado Parte aplicará sua legislação de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território. Em nenhum caso, essas legislações e regulamentos técnicos poderão resultar na imposição de exigências aos produtos e serviços oriundos dos demais Estados Partes superiores àquelas vigentes para os produtos e serviços nacionais ou oriundos de terceiros países.

Enquanto não se aprova o regulamento comum para a defesa do consumidor no bloco, cada Estado Parte aplica sua respectiva legislação acerca da proteção e defesa do consumidor, desde que não sejam impostas exigências a produtos e serviços oriundos de outros Estados Partes superiores àquelas aplicadas aos produtos e serviços nacionais ou de países terceiros.

A partir da exposição sobre a proteção do Consumidor no Mercosul, percebeu-se que, ao longo do tempo, o bloco buscou aumentar a cooperação entre os Estados partes e unificar determinadas matérias. Alguns processos obtiveram maior êxito do que outros. Mas, igualmente, observa-se que a busca pela harmonização e cooperação continua, seja em procedimentos os quais ainda estão em processo de aprovação ou já implementados.

3 A necessidade de uma norma mercosul aplicável a contratos internacionais de consumo

Grande defensora de uma "Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP)" para proteger o consumidor turista e o consumidor que celebra contratos à distância, sobretudo por meio eletrônico, a professora Cláudia Lima Marques, já no ano 2000 empenhava-se em prol deste instrumento[34], tendo em conta sua relevância.

Nos tempos atuais, em que o mundo encontra-se cada vez mais conectado, tem-se que o consumidor internacional pode ser tanto um consumidor-ativo quanto um consumidor-passivo. Conforme a professora Cláudia Lima Marques (2001), consumidor-ativo é o turista, o qual viaja para consumir em outro país, contrata internacionalmente ou relaciona-se com fornecedores estrangeiros. O consumidor-passivo internacional é aquele que contrata de seu próprio país, sem a necessidade de se deslocar de seu Estado.

Os contratos realizados entre os consumidores e os comerciantes, B2C (business to consumers), são completamente distintos daqueles desempenhados entre as empresas, os B2B

[34] Em aulas ministradas no Curso de Direito Internacional da Organização dos Estados Americanos, no ano 2000, a professora Cláudia Lima Marques já havia concluído pela necessidade da Convenção.

(business to business). Destaca Nadia de Araujo (2005) que tal distinção passou a adquirir relevância internacionalmente, influenciando o Direito internacional Privado em diversos Estados.

A professora Cláudia Lima Marques (2001) indica as especificidades presentes nas relações de consumo que as distinguem das relações comerciais em esfera internacional:

> A primeira das especificidades do consumo internacional é , pois, o desequilíbrio intrínseco informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais face ao status leigo e vulnerável do parceiro-consumidor. O comércio internacional, as relações de compra e venda ou de prestação de serviços entre pessoas com sede em países diferentes, geralmente ocorre entre pessoas jurídicas ou profissionais, comerciantes e empresários, logo, especialistas e profissionais para poderem se movimentar no cenário dos negócios internacionais. No consumo internacional não é esta a realidade. [...]. Outra especificidade do consumo internacional é a sua falta de "continuidade" ou sua "descontinuidade". Os atos de comércio caracterizam-se pela repetição e mesmo os contratos internacionais tendem a abrir mercados e relações bastantes cooperativas e duradouras. Os contratos de consumo internacionais, ao contrário, são geralmente de troca, não possuem longa duração, nem se beneficiam do sistema financeiro internacional ou transferem tecnologia no sentido estrito da palavra. [...]. As outras especificidades são o pequeno valor, a massificação e a difícil re-execução. O consumo internacional é hoje um fenômeno de massas, basta pensar o turismo sazonal, o time-sharing, com seus círculos de trocas internacionais, os pacotes turísticos para grandes festas, os transportes aéreos, os cruzeiros marítimos etc. Individualmente considerado o contrato internacional de consumo tem , porém, pequeno valor, seja para a economia de um país ou de um fornecedor. Este pequeno valor dificulta em muito o acesso à justiça, faz com que a lide fique reprimida, dificulta que o consumidor assuma gastos exagerados , seja para reclamar, para procurar novamente o fornecedor, para fazer valer sua garantia etc. O consumo internacional ainda possui uma última especificidade, que lhe é comum com os serviços em geral, sua re-execução, em caso de frustração das expectativas do contratante consumidor é bastante dificultosa. (MARQUES, 2001, p. 6 - 7).

Logo, o desequilíbrio intrínseco entre os contratantes; a falta de continuidade das relações; o pequeno valor, a massificação, e a difícil reexecução dos contratos de consumo são fatores que ilustram a sua especificidade e a consequente necessidade de um tratamento específico e diferenciado.

Diante da insuficiência dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados para versarem sobre a matéria, a doutrina passou para apontar para a necessidade da implementação do Direito Internacional Privado (DIPr), com normas específicas para tratar do assunto. A professora Cláudia Lima Marques (2001) defende a necessidade da implementação de normas do DIPr pós-moderno, sob a perspectiva dos valores sociais e com vistas à harmonia regional, a fim de serem assegurados parâmetros mínimos de proteção aos consumidores.

De acordo com Kropholler (1981, p. 73 apud MARQUES, 2001, p. 12), a elaboração de normas específicas para a proteção dos consumidores leigos ou não profissionais é necessária. Isto porque as conexões regulatórias do comércio internacional se dão entre agentes que se encontram em posições de equilíbrio, sendo os dois lados profissionais. Nesses casos, sugerem-se como conexão a autonomia da vontade, o local de execução ou o de conclusão do contrato. Esta condição de equilíbrio não existe nos contratos de consumo.

No comércio internacional, a autonomia da vontade é considerada o elemento de conexão mais relevante, no entanto, ela é limitada em se tratando das relações de consumo (MARQUES, 2001). O princípio da autonomia da vontade, trata-se de um fundamental elemento de conexão no DIPr. Por meio desse elemento, é plenamente possível que as partes definam, elas próprias, o direito aplicável em determinados casos (MAZZUOLI, 2015).

Na Europa, a Convenção de Roma, de 1980, aplica-se aos contratos internacionais de consumo. As legislações da região do Cone Sul já se demonstravam insuficientes para abordar a matéria, destarte, a professora Cláudia Lima Marques propôs uma Convenção Interamericana sobre a lei aplicável aos contratos consumeristas, em uma conferência da Organização dos Estados Americanos (ARAUJO, 2005).

Nadia Araujo (2005) enfatiza que tanto a Convenção de Roma, de 1980, que se aplica aos contratos internacionais e apresenta previsão específica sobre a proteção do consumidor, em seu artigo 5º, quanto a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais ("Convenção Interamericana"), de 1994, selecionaram o princípio da autonomia da vontade como a regra de escolha do direito aplicável aos contratos, com regras subsidiárias.

A Convenção de Roma, entretanto, limitou grandemente a autonomia da vontade nas relações de consumo, diante do desequilíbrio entre as partes componentes da relação, o que foi ignorado pela Convenção Interamericana, inclusive pelo fato de que essa última não faz menção aos contratos consumeristas, tampouco os exclui de sua esfera de aplicação, prevendo somente a implementação de normas de caráter imperativo (ARAUJO, 2005).

Em virtude desse motivo, também, a professora Cláudia Lima Marques propôs uma Convenção sobre o direito aplicável aos contratos de consumo, para atuar juntamente com a Convenção Interamericana, estabelecendo-se a distinção entre as B2B e B2C (ARAUJO, 2005).

Diante das discussões expostas neste tópico, foi possível depreender que uma norma Mercosul sobre os contratos internacionais de consumo é necessária e já era aguardada e defendida pela doutrina há anos. Isto porque, em virtude das especificidades das condições do consumidor diante do fornecedor, normas exclusivas que versem sobre a matéria se fazem essenciais para a proteção do elo mais fraco da relação.

4 A proposta de acordo do Mercosul sobre direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo

A Decisão nº 64/2010 do Conselho Mercado Comum instituiu um plano de ação para a conformação progressiva do Estatuto da Cidadania do Mercosul. Os principais objetivos do Estatuto são (1) a implementação de uma política de livre circulação de pessoas na região, (2) a igualdade de direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômica para os nacionais dos Estados Partes do Mercosul, e (3) a igualdade de condições para acesso ao trabalho, saúde e educação.

O artigo 3º de tal plano de ação integra-se de 11 (onze) âmbitos, os quais possuem seus respectivos elementos, com o fim de alcançar os supracitados objetivos gerais do Estatuto. Incluem-se, nesse aspecto, (1) a circulação de pessoas, (2) fronteiras, (3) identificação, (4) documentação e cooperação consular, (5) trabalho e emprego, (6) previdência social, (7) educação, (8) transporte, (9) comunicações, (10) defesa do consumidor, (11) direitos políticos. Ressalta-se, também, que poderá o Conselho do Mercado Comum atualizar, bem como ampliar o plano de ação, conforme o artigo 4º do instrumento.

A defesa do consumidor fora estabelecida no âmbito da Comissão de Comércio (Grupo de Monitoramento) e do Comitê Técnico nº 7, responsável pela matéria. Em relação à norma Mercosul aplicável a contratos internacionais, uma proposta de acordo foi submetida para apreciação pelo Grupo Mercado Comum.

A proposta de "Acordo do Mercosul sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo", de 2012, foi aprovada pelo Brasil, Argentina, Uruguai e Venezuela. O documento estabelece como objetivo a proteção do consumidor e a adoção de regras comuns em relação ao direito aplicável aos contratos internacionais de consumo, contratos entre fornecedores de bens ou entre prestadores de serviços e consumidores ou usuários na região do bloco. Ademais, complementa que, como um meio de contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional no bloco, é conveniente harmonizar as soluções os assuntos sobre contratos internacionais.

Tal tentativa de harmonização deixa claro que se insere em um contexto de crescimento exponencial das relações entre consumidores e fornecedores, profissionais ou produtores de bens e serviços nos Estados partes, em que há diferentes modalidades nas quais estas são produzidas. Destarte, é fundamental uma norma que torne mais fácil o estabelecimento de contratos internacionais e que, consequentemente, estimule a confiança entre as partes nesses contratos.

Fica expresso, de forma cristalina que, no que diz respeito a negócios internacionais, a realização de contratos se trata da expressão jurídica do comércio e é relevante no processo integracionista. A proposta apresenta 3 (três) capítulos: o primeiro volta-se às definições e ao âmbito de aplicação; O segundo, trata-se do direito aplicável; O terceiro, abrange as disposições gerais.

Assim sendo, o Artigo 1º da proposta dispõe sobre seu âmbito de aplicação e externa que tal Acordo objetiva "determinar o direito aplicável em matéria de contratos internacionais de consumo, celebrados no âmbito do MERCOSUL". O Artigo 2º traz conceitos relevantes, iniciando-se pelo de consumidor, qual seja, "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços de forma gratuita ou onerosa como destinatário final, em uma relação de consumo ou como consequência ou em função dela". Conforme observa Ramille Freire (2015, p. 49), a conceituação de consumidor no documento engloba o consumidor equiparado e o extracontratual.

O artigo 2º, B), do Acordo abrange um conceito amplo de "fornecedor", determinando que se trata de toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, privada ou pública, sendo, no último caso, estatal ou não estatal, bem como os entes despersonalizados da Administração Pública dos Estados Partes, que desempenhe de modo profissional, mesmo que ocasionalmente, atividades de fabricação, produção, criação, montagem, transformação, construção, importação, distribuição e/ou comercialização de produtos e/ou serviços.

O conceito de contrato internacional de consumo é trazido pelo Artigo 2º, C), e é estabelecido quando, no momento da celebração do contrato, o consumidor possui seu domicílio e Estado Parte distinto do domicílio ou da sede do fornecedor profissional o qual interveio na transação ou contrato. Neste ponto, observa-se a reafirmação do Artigo 1º do Acordo, pois somente são abrangidos os contratos celebrados na esfera dos Estados partes, limitando-se à proteção dos consumidores que possuem domicílio em um dos Estados membros.

Não recebem essa proteção os consumidores domiciliados em Estados que não fazem parte do Mercosul e que adquirem produtos de fornecedores domiciliados ou sediados em Estados componentes do bloco, tampouco os consumidores com domicílio em Estados do Mercosul que adquirem produtos de fornecedores de Estados que não são membros (FREIRE, 2015).

O Artigo 2º, D), item 1, estabelece o domicílio do consumidor como local de celebração dos contratos de consumo à distância. Quanto aos contratos que não sejam à distância, o item 2 do mesmo dispositivo entende por local de celebração aquele em que o consumidor e o fornecedor se encontrarem fisicamente para a celebração dos contratos. Acresce o Artigo 2º, E) que, em caso de contratações internacionais de consumo, sobretudo à distância, considera-se o domicílio do consumidor aquele informado ao fornecedor no instante da celebração do contrato entre eles.

O Artigo 3º, item 1, do Acordo apresenta as exceções ao seu âmbito de aplicação: (1) contratos comerciais internacionais realizados entre fornecedores profissionais de bens e serviços; (2) questões derivadas do estado civil das pessoas e a capacidade das partes; (3) obrigações contratuais cujo objeto principal são questões sucessórias, testamentárias, regimes matrimoniais ou decorrentes de relações de família; (4) acordos sobre arbitragem ou eleição de foro e as questões de jurisdição; (5) questões de direito societário, de previdência social, tributárias, trabalhistas, sobre nomes de domínio; (6) negócios jurídicos sobre os falidos e seus credores e demais procedimentos semelhantes, especialmente as concordatas e análogos.

Complementa o item 2 do supracitado dispositivo que também são exceções à sua esfera os outros contratos, relações de consumo e obrigações deles resultantes que, compreendendo consumidores, estejam regulados por convenções internacionais específicas em vigor.

No segundo capítulo do Acordo, o Artigo 4º dedica-se à matéria dos contratos internacionais celebrados pelo consumidor em seu Estado de domicílio, expressando que, sobretudo nas hipóteses contratações à distância, o direito aplicável será aquele eleito pelas partes, que podem optar pelo ordenamento jurídico do consumidor, local de celebração ou cumprimento do contrato ou da sede do fornecedor. Complementa, ainda, que o direito escolhido será aplicável, desde que mais favorável ao consumidor e que, em caso de ausência de uma escolha válida, os contratos serão regidos pelo ordenamento jurídico do domicílio do consumidor.

O Artigo 5º remete-se aos contratos celebrados pelo consumidor que se encontra fora do Estado em que é domiciliado. Nesse caso, igualmente, o direito aplicável será aquele eleito pelas partes, podendo ser o do local de celebração ou de cumprimento do contrato ou o do domicílio do consumidor. Repete-se a preocupação de que o direito escolhido será aplicável, desde que mais favorável ao consumidor e que, no caso de ausência de escolha válida, esses contratos serão regidos pelo direito do local de celebração.

O Artigo 6º, item 1, determina que a escolha do direito aplicável pelas partes precisa ser expressa, escrita, conhecida e consentida em cada um dos casos. Nas hipóteses de contratos de adesão do consumidor, cabendo ao fornecedor a escolha o direito aplicável, exprime-se que o direito escolhido deve ser expresso com clareza, tanto no que se refere às informações prévias apresentadas ao consumidor, quanto no contrato.

O item 2 do Artigo 6º determina que, caso a escolha do direito aplicado seja feita de forma online, à distância e interativa pelo consumidor, a opção do direito aplicável a ser escolhido precisa ser comunicada com clareza e destaque em todas as informações apresentadas ao consumidor. Reforça o item 3 que, nos contratos online, a escolha de qual normativa estatal deverá ser aplicada deve ser expressa de forma clara e com destaque em toas as informações repassadas ao consumidor.

Os Artigos 4º a 6º do Acordo pregam adotam a autonomia da vontade das partes no que tange à escolha do direito aplicável, dentre as opções supracitadas. Determinam, também, que o direito escolhido pelas partes será aplicável, desde que mais favorável ao consumidor. Em termos de aplicabilidade prática, no entanto, alguns comentários merecem ser ressaltados.

O princípio da autonomia da vontade das partes para a escolha do direito aplicável é ponto de grandes polêmicas sobre os contratos internacionais, inclusive, em relação aos limites dessa liberdade nas relações consumeristas. No âmbito B2B, é desejável a escolha da lei aplicável, no entanto, nas celebrações B2C, devem haver limitações certas, a fim de impedir que o consumidor apenas aceitasse o direito escolhido pelo fornecedor (ARAUJO, 2005). Destarte, nas palavras de Nadia de Araujo (2005, p. 21),

> As soluções mais modernas para os consumidores não excluem totalmente a autonomia da vontade nos contratos em que eles forem partes. Essa eleição deve ser tutelada para garantir um nível adequado de proteção, pois, como parte mais fraca, o
> consumidor precisa de normas de DIPr diferenciadas. (ARAUJO, 2005, p. 21).

Muito positivo é o aspecto trazido pelo Acordo da prevalência da norma mais favorável ao consumidor que celebra contratos internacionais, ademais, está de acordo com a doutrina moderna a inclusão da autonomia da vontade das partes. No entanto, neste ponto, cabem algumas considerações, pois ao exercer sua vontade, em certos casos, o consumidor poderá ter sua vulnerabilidade maximizada e o fornecedor poderá submeter-se a um ordenamento excessivamente oneroso, diverso do qual está habituado.

Quanto à possibilidade de escolha da legislação aplicável, Ramille Freire (2015, p. 50) levanta, com razão, a seguinte inquietação: no mundo fático, o consumidor seria levado a optar, por conta própria, pelo direito aplicável que lhe seria mais benéfico. No entanto, tal processo seria longo, visto que, para a determinação do direito mais benéfico, demandaria um amplo estudo das legislações dos Estados Partes sobre a matéria, a fim de que se concluísse pelo ordenamento mais favorável. Isto poderia abrir margem para potenciais abusos por parte do fornecedor, por conta do desconhecimento do consumidor.

O consumidor viria a enfrentar, portanto, uma barreira, por desconhecer as regras jurídicas distintas daquelas pertencentes ao Estado em que é domiciliado. Como saber, afinal, qual a norma mais favorável para si e, assim, selecioná-la, diante da celebração de um contrato internacional no espaço mercosulino? Esta é uma indagação que ainda necessita de respostas. Não se pode olvidar, também, eventuais obstáculos linguísticos, levando-se em conta que os idiomas oficiais do Mercosul são o português, o espanhol e o guarani[35].

Outro ponto discutido é que o grau de dificuldade para que o consumidor analise o direito aplicável que lhe é mais favorável poderia acarretar o desestímulo do próprio consumo online entre os Estados Partes (FREIRE, 2015, p. 50). Isto porque o consumidor poderia chegar a desistir da contratação, em razão da obrigatoriedade da escolha do ordenamento aplicável.

Ainda, no caso do Artigo 4º, referente aos contratos realizados pelo consumidor no Estado em que é domiciliado, determina o item 2 que, na ausência de escolha válida do direito aplicável, serão os contratos internacionais regidos pelo direito do Estado do consumidor. Conforme Ramille freire (2015, p. 50), uma hipótese a se questionar seria quando o ordenamento aplicado fosse excessivamente oneroso ao fornecedor estrangeiro, sobretudo pequenos empresários e microempresários. Tem-se como exemplo o caso da obrigatoriedade de comparecer em juízo, sob pena de ser revel, devendo arcar com altas custas processuais e prejudicando o exercício de sua atividade, consequentemente.

Outrossim, acredita-se que o principal aspecto a ser discutido quanto ao segundo capítulo do Acordo, referente ao direito aplicável, diz respeito ao modo pelo qual seria possível aplicar a norma mais favorável ao consumidor, tendo em vista sua vulnerabilidade na celebração do contrato internacional.

O artigo 7º do Acordo volta-se aos contratos de viagem e turismo, dispondo que o direito do domicílio do consumidor regulará os contratos de viagem, em pacote ou com serviços combinados, a

---

[35] São idiomas oficiais do Parlamento do Mercosul: Espanhol, Português e Guarani. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4499/1/secretaria/idiomas-oficiais.html?rightmenuid=4493>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

serem cumpridos fora do domicílio do consumidor. Já o artigo 8º indica que as normas imperativas do Estado em que realizou a oferta, a publicidade ou outra atividade de comercialização, serão levados em consideração quando da interpretação do contrato, que deverá ser feita em favor do consumidor.

O terceiro capítulo do documento, composto pelos artigos 9º a 13, aborda as disposições gerais. O Artigo 9º enfatiza que, quando manifestamente incompatível com a ordem pública internacional, não será aplicado o direito estabelecido pelo Acordo. Os demais artigos remetem-se a aspectos procedimentais, os quais não se encontram no objeto da corrente análise.

Enquanto não é aprovado o regulamento comum para a defesa do consumidor no Mercosul, a legislação de cada Estado Parte sobre a defesa do consumidor e os regulamentos técnicos sobre produtos e serviços comercializados em seu território deverão ser aplicados. Demais disso, não poderão essas legislações e regulamentos impor exigências superiores às vigentes para produtor e serviços nacionais e de países terceiros àqueles decorrentes dos demais Estados Partes[36].

As discussões acerca da norma Mercosul aplicável aos contratos internacionais de consumo é complexa e rica, logo, não se exaure nos pontos abordados no corrente tópico. Na presente oportunidade, buscou-se apresentar o contexto em que se insere esta proposta de acordo, seus principais dispositivos e alguns questionamentos em relação à sua aplicabilidade prática que já têm sido levantados. Visa-se, portanto, causar uma verdadeira curiosidade na comunidade acadêmica para que mais pesquisas sejam desenvolvidas na área e novos questionamentos e soluções sejam apresentados.

A Proposta "Acordo do Mercosul sobre o Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo" é um grande avanço referente à proteção internacional do consumidor mercosulino e era esperada há anos. O Acordo busca prezar pela aplicação da norma mais favorável aos consumidores, o que é louvável. No entanto, algumas questões de cunho prático ainda levantam considerações.

5 Considerações Finais

Com o passar dos anos e a evolução dos tempos, o consumo internacional solidificou-se cada vez mais. Nesse contexto, de fundamental relevância é a proteção da parte mais vulnerável nas relações contratuais B2C: o consumidor.

As normas de proteção do consumidor no âmbito do Mercosul vêm evoluindo, apesar de todos os desafios. A proposta de Acordo em matéria de contratos internacionais de consumo no âmbito do Mercosul é um dos exemplos desse avanço, como uma tentativa de harmonização da questão.

A doutrina já defendia há anos uma Convenção acerca dos contratos internacionais de consumo e, com o Estatuto da Cidadania do Mercosul, instituiu-se a proposta a qual, embora represente um avanço, ainda apresenta questionamentos em termos de aplicabilidade prática.

Referências

[36] É o que determina o artigo 2º da Resolução nº 126/94 do Grupo Mercado Comum.

ARAUJO, Nadia. *Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul:* Análise da proposta brasileira para uma Convenção Interamericana na CIDIP VII. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005.

CARVALHO, Gabriel Reis. *A proteção do consumidor no Mercosul:* Uma análise normativa dos instrumentos de proteção ao consumidor no Bloco Regional. Brasília: UniCEUB, 2014. 58 p.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor.* São Paulo: Quartier Latin, 2003.

FREIRE, Ramille Taguatinga. *Consumidor Internacional no Mercosul:* A Necessidade de Harmonização Mínima a partir do Paradigma da União Europeia. Brasília: Universidade de Brasília, 2015.

MACHADO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Globalização e Direito do Consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. Brasília: RDC, 1999. P. 1377 - 1389.

MARQUES, Cláudia Lima. *A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo*. In: Curso de Direito Internacional., Washington/Rio de Janeiro: CJI/OEA, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional privado:* curso elementar. Rio de Janeiro : Forense, 2015.

MERCOSUL. *Cooperação*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/v/8004/2/innova.front/cooperacion>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

MERCOSUL. *MERCOSUL/GMC/RES. Nº 126/94*. Defesa do Consumidor. 1994. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/Normas/normas_web/Resoluciones/PT/94126.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

MERCOSUL. *MERCOSUL/CMC/DEC. N° 64/10*. Estatuto da Cidadania do Mercosul Plano de Ação. 2010. Disponível em: <http://docplayer.com.br/11940-Estatuto-da-cidadania-do-mercosul-plano-de-acao.html>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

MERCOSUL. *MERCOSUL/GMC/ RES. Nº 34/11*. Defesa do Consumidor - Conceitos Básicos. 2011. Disponível em: < http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Resolutions/RES_034-2011_PT.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

MERCOSUL. *MERCOSUL/LXXXIX GMC/P. DEC. Nº 15/12*. Acordo do Mercosul sobre Direito Aplicável em Matéria de Contratos Internacionais de Consumo. 2012. Disponível em: <http://www.mercosur.int/>. Acesso em: 12 de maio de 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR *et al*. *Manual de defesa do consumidor no Mercosul e Peru*. 1 ed. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional do Consumidor, 2015. 414 p.

PARLAMENTO DO MERCOSUL. *Idiomas Oficiais*. Disponível em: <https://www.parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4499/1/secretaria/idiomas-oficiais.html?rightmenuid=4493>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

A RELAÇÃO PARASITÁRIA ENTRE A OFERTA DE CRÉDITO E O SUPERENDIVIDAMENTO DE CRÉDITO

Renato Bismarck Feio Farias,
acadêmico do 10° período do Curso de Bacharelado em
Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA;
renatobismarck.f@gmail.com.

Isabelle Oliveira Dahmer,
acadêmica do 10° período do Curso de Bacharelado em
Direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA;
dahmerisa@gmail.com.

Resumo:

O presente artigo tem por escopo analisar o fenômeno do superendividamento do consumidor oriundo da oferta excessiva de crédito, também chamada de "hipercrédito". Verifica-se que a globalização econômica contribuiu para tal fenômeno na sociedade de consumo criando uma necessidade deste sentir-se inserido. A expansão do capitalismo e a consequente oferta exacerbada de crédito foi um fator determinante para esta nova perspectiva. O capitalismo parasitário anda em conjunto com esta oferta de crédito buscando sempre novos hospedeiros para a sua perpetuação, o que favorece a expansão do superendividamento. Desta forma, surge a necessidade de analisar mecanismos plausíveis para que esta situação seja ao menos amenizada.

Palavras-chave: Oferta de Crédito. Capitalismo Parasitário. Hipercrédito. Superendividamento.

1 Introdução

As mudanças na sociedade e a globalização econômica afetam diretamente a relação que os cidadãos tem com o próximo e, neste caso, com o consumo. As novas perspectivas trazidas pelo desenvolvimento e expansão da economia geraram reflexos significativos na sociedade de consumo. O que antes tinha um caráter secundário passa a fazer parte de um primeiro plano, em que "você é o que você consome". Muitas das vezes, este consumidor moderno não sabe o real motivo de estar realizando aquela compra, senão para sentir-se inserido ao meio. No século XXI, as pessoas se reconhecem pelo que consomem não mais pelo que produzem.

A expansão do capitalismo e a consequente oferta de crédito exacerbado foi fator determinante para esta nova perspectiva. Ocorre que para uma sociedade sem educação financeira, isto acabou sendo um desastre. Por várias vezes, empréstimos são feitos para pagar empréstimos, em um ciclo sem fim que é desencadeando uma situação de endividamento excessivo. Neste sentido, chega-se ao problema da presente pesquisa: De que maneira a oferta de crédito influi no superendividamento do consumidor?

Em uma pesquisa bibliográfica e documental, revisitando a literatura do tema e analisando os documentos oficiais acerca do superendividamento do consumidor, o trabalho discute a problemática ora apresentada.

O texto está estruturado em cinco partes, incluindo esta introdução e as considerações finais. Nas seções seguintes, o trabalho discute a necessidade de consumo como forma do consumidor sentir-se pertencente a sociedade, analisando os impactos da globalização e seus efeitos no mercado de crédito da sociedade de consumo. Posteriormente, analisa-se a questão da oferta de crédito e o capitalismo parasitário. Na seção 4, discute-se a questão do superendividamento, enfatizando a necessidade controle da oferta de crédito. As considerações finais apresentam algumas conclusões deste estudo, bem como explana rapidamente possíveis alternativas como forma de solução.

2 A necessidade de consumo como forma do consumidor se sentir pertencente à sociedade

Antes de começarmos a tecer um panorama de análise da necessidade de consumo imposta ao consumidor como forma do mesmo se sentir de alguma forma inserido na sociedade, é necessário entender a mudança de perspectiva socioeconômica que ocorreu no sistema capitalista. Dentro dessa perspectiva, é que começaremos a entender como se perfaz a existência da necessidade de consumo e o sentimento de pertencimento do consumidor.

Sobre essa mudança de perspectiva, Kotler (2015) escreve a respeito do capitalismo, que, historicamente, começou como um sistema de crédito para atender às empresas e hoje é um sistema de débito para o consumo das unidades familiares. Tal pensamento de Kotler é explicado quando o referido autor analisa que o capitalismo praticado nos Estados Unidos é, na verdade, um capitalismo devedor, e não de acumulação de capital ou poupador[37].

Se antes poder-se-ia classificar a sociedade como sendo de produtores (sociedade industrial) em que a força do trabalho era o seu núcleo central, voltando-se o consumo, como via de regra, para bens duráveis que deveriam estar imunes a depreciação (plano secundário). Chega-se, em um determinado momento, que o panorama de estabilidade passa a ser desafiado, quando os anseios da sociedade passam a ser dominados por um consumismo (plano primário) que se volta contra qualquer perspectiva a longo prazo. Não se deseja mais um bem durável, mas ao revés, algo descartável, cuja satisfação deva ser imediata e que é, sobretudo, recorrente.[38]

Dentro dessa mudança na sociedade capitalista, a indústria de consumo estabelece um estilo de vida condicionado pelo ato de consumo e para isso instiga necessidades recorrentes que são seguidas de produtos que as satisfazem. Essas necessidades são regidas por critérios de mercado, que acabam por impor predileções e forjar padrões de comportamentos uniformes que neutralizam o potencial crítico do consumidor[39]. Tais necessidades estimuladas pela indústria de consumo são satisfeitas em um primeiro momento para, que logo em seguida seja criada uma nova insatisfação.

A respeito da fabricação de necessidades, Debord (2012) afirma que: A vitória da economia autônoma deve ser ao mesmo tempo o seu fracasso. As forças que ela desencadeou suprimem a necessidade econômica que foi a base imutável das sociedades antigas. Quando ela a substitui pela

[37] Em seu estudo, Kotler afirma que as dívidas das unidades familiares de todos os tipos no Estados Unidos representam uma quantia média anual aproximada de consumo de pelo menos 25% acima da renda disponível. O crescente endividamento das unidades familiares corrobora a mudança de perspectiva socioeconômica do capitalismo.

[38] BAUMAN. Op. Cit. P.41-45.

[39] VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane. 2015, p.11.

necessidade do desenvolvimento econômico infinito, só pode estar substituindo a satisfação das primeiras necessidades humanas, sumariamente reconhecidas, por uma fabricação ininterrupta de pseudonecessidades de manutenção do seu reino.

Podemos afirmar que essas necessidades, ou melhor, essas pseudonecessidades mantém o consumidor imerso em um ciclo de consumo sem fim, pois a satisfação de uma necessidade de forma imediata não é suficiente[40], visto que sempre serão criadas novas pseudonecessidades[41] a serem satisfeitas, os desejos são, portanto, instáveis. Esse ciclo de consumo sem fim é retroalimentado pela indústria de consumo por meio da mídia publicitária na medida em que veiculam valores, estilos de vida e normas de conduta agregados aos bens de consumo. Portanto, os desejos são transformados em demandas e em atos socialmente regulados.

A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pode alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito. Mais importante ainda, quando o cliente não está "plenamente satisfeito" – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados. (BAUMAN, 2008).

Nesse diapasão, Lipovetsky (2007) afirma que a partir do momento em que conseguimos preencher alguma necessidade, surge uma necessidade nova, gerando um ciclo em forma de "bola de neve" que não tem fim.

Devido ao caráter renovatório dos objetos de consumo, alvos da necessidade de desejo do consumidor, podemos dizer que a felicidade proporcionada pela satisfação imediata desses desejos é efêmera, tão somente momentânea. Nesse sentido, Catalan escreve:

> As promessas de felicidade contidas nos mesmos invólucros que embalam os objetos que, momentaneamente, talvez poderão amenizar, quando consumidos, a ansiedade, cada vez maior, mais intensa, virulenta, frenética e duradoura que diuturnamente, aos poucos, parece corroer as almas humanas, insertas nos mesmos receptáculos que acondicionam aqueles artefatos que irão (ou não) disparar a narcose dos sentidos e tornar menos insuportáveis incomensuráveis existências vãs, no mais das vezes, são decodificadas como o único alimento que irá saciar desejos ardentes que não serão satisfeitos de outra forma – se é que o serão por meio do consumo -, são realidades que parecem exsurgir em proporção similar àquela na qual os bens expostos nas vitrines e prateleiras – reais e virtuais – das Mecas contemporâneas são despidos de sua função típica (CATALAN, 2013).

Entendido que as necessidades de consumo são, na verdade, pseudonecessidades ou necessidades artificiais por serem constantemente criadas pela indústria de consumo e difundidas pela mídia publicitária, passemos a compreender brevemente o caráter psicológico do consumidor que cede às necessidades de consumo no intuito de sentir-se pertencente à sociedade[42].

---

[40] Os palcos em que a vida flui emergem como ambientes nos quais reina a instabilidade dos desejos e a insaciabilidade de necessidades, imantadas pela busca voraz da felicidade instantânea (CATALAN; PITOL, 2016).

[41] BAUMAN (2008) pondera que um turbilhão estimulado pela gênese incessante de novas necessidades exige para sua satisfação, mercadorias e serviços distintos daqueles que foram ofertadas ontem, os quais, por sua vez, precisam vir a ser inexoravelmente, renovadamente desejados.

[42] Santos (2011) afirma que dentro do contexto, no qual, o consumo é um sistema de rituais recíprocos que envolvem gastos para a marcação, os bens funcionam como comunicadores de sinais de pertença e de exclusão sociais. Segundo o referido autor, entender uma cultura exige que entendamos a maneira como os bens são utilizados para marcar posições

A identidade do ser humano é maleável conforme as necessidades desenhadas pela sociedade de consumo, sendo ele próprio a mercadoria que alimenta esse continuo recomeço que é a força propulsora de tal sociedade.

A identidade é fluída no tempo, de modo que o consumidor substitui sua individuação[43] pela imitação de padrões de vida, sucesso e beleza estabelecidos pela sociedade de consumo. Portanto, para se sentir útil de alguma forma na sociedade, o consumidor sente-se necessitado de consumir. Nesse sentido:

> A substituição "imposta" do individual pelo padrão estereotipado e heroificado há, no entanto, de tornar-se insuportável aos homens que nunca conseguirão alcançar o modelo artificial e de aparência dos heróis do cinema ou das modelos de capa de revista, resultando em negação da subjetividade, frustração e infelicidade por não ajustarem-se os indivíduos aos estereótipos rigorosamente projetados pela indústria cultural e divulgados pelos meios publicitários, que acabaram por transformar-se em verdadeiro "elixir da vida", com a repetição mecânica do produto cultural e seus slogans propagandísticos. (VERBICARO, Dennis. VERBICARO, Loiane, 2015).

A lógica aqui inserida é a de que o indivíduo deixa de consumir o bem em si, enquanto valor de uso, para usufruir o que o bem representa. Os objetos figuram sempre como referência ideal quer demarcando-o do respectivo grupo por referência a um grupo de estatuto superior. O consumidor, muitas vezes, sente a necessidade de pertencer a esse grupo de estatuto superior e o acesso a esses bens de consumo tornam-se a materialização do clichê: Você é o que você pode adquirir na sociedade de consumo. No entendimento de Bioni (2014), a origem desse movimento social é a própria perspectiva de igualdade objetivada pela aquisição de um produto ou bem.

Severiano (2006) acredita que a padronização não parece extinta e sim camuflada pela grande diversidade de produtos existentes no mercado. Acredita ainda que a padronização alcança hoje o seu mais alto grau de sofisticação, pois não se encontra mais na homogeneização dos produtos, como à época das sociedades industriais da década de 60, mas na atitude compulsiva e generalizada de ter que consumir para só assim constituir-se como "indivíduo".

E à essa atitude compulsiva e generalizada podemos chamar de sentimento de pertencimento[44] do consumidor.

Ainda para explicar esse sentimento de pertencimento do consumidor a um grupo, apreende-se que o impacto de consumo de produtos e serviços marca de forma determinante a nossa existência, intervindo na maneira de como comunicamos e nos afirmamos na sociedade. O que é fundamental nesse processo também interfere na percepção de que temos dos outros, seja daqueles que reconhecemos como iguais ou seja nos que identificamos como diferentes. É o que afirma Rocha (2008).

---

e estabelecer hierarquias sociais. E isso depende da maneira como as pessoas são organizadas frente à infinidade de sinais emitidos pelos diversos objetos.

[43] Verbicaro e Verbicaro (2015) tratam do assunto na definição do chamado "caráter fictício da individualidade", e que segundo os referidos autores, o modo de produção das sociedades industriais foi o que gerou o indivíduo ilusório, a pseudoindividualidade ou o caráter fictício da subjetividade assumidos na era do liberalismo burguês com sua concepção de indivíduo como ser genérico, reforçada por um sistema político e jurídico amparados em um complexo de normas de estrutura geral, impessoal e abstrata que proporcionam um significado ideológico capaz de ocultar as reais desigualdades e diferenças entre os indivíduos.

[44] O consumidor precisa dos bens para prestar e obter serviços de marcação, isto é, ele precisa estar presente aos rituais de consumo dos outros para poder pôr em circulação seus próprios juízos sobre a adequação das coisas utilizadas para celebrar as diversas ocasiões. (DOUGLAS; 9 ISHERWOOD, 2006, p. 131).

Portanto, conforme Santos (2011), os bens, nesse contexto, também servem como credenciais de acesso a determinados rituais de marcação e no ingresso em determinados grupos, efetivados mediante a incorporação das próprias informações fornecidas pelos bens.

Dentro da indústria de consumo, a qual estabelece um estilo de vida condicionado pelo ato de consumo, Bioni (2014) identifica que há uma atomização de indivíduos – fruto de uma dominação social – que mistifica, falsifica e manipula a liberdade dos consumidores que é, de antemão, viciada por necessidades e anseios criados por esse sistema cíclico. Nesse diapasão, percebe-se que a suposta igualdade e liberdade proporcionados pela grande diversidade de produtos no mercado são questionáveis.

Retomando a ideia de mudança de perspectiva socioeconômica do capitalismo tratada no início do texto, quando se trata do trabalhador, Bioni (2014) afirma que a força do trabalho não deixa de existir em função da força, mas ela é entrelaçada, ou, talvez até sufocada pelo consumo. Trabalha-se para consumir. O indivíduo não é mais identificado por sua atividade profissional, mas pelo que a sua capacidade de consumo diz quem o sujeito é, sendo esta, em última análise, a mais poderosa forma de linguagem social.

Tal pensamento corrobora nosso entendimento de que para se sentir útil dentro da sociedade, o consumidor necessita consumir. Essa necessidade alcançou um patamar de que a força de trabalho como explicado não deixa de existir, mas é utilizada para a manutenção de um padrão de consumo esperado para que o consumidor pertença à essa sociedade.

Acima tratou-se do trabalhador que, tendo de forma mitigada ou não, ainda possui alguma capacidade de fazer gastos de consumo. Mas tratando do indivíduo que não possui fonte de renda ou do próprio trabalhador que já não possui capacidade de fazer gastos de consumo, estão inseridos em um contexto social no qual a manifestação de bens materiais é altamente valorizada e na ausência de recursos suficientes que lhe permitam a aquisição desse tipo de bens experimentarão um sentimento de decepção[45].

Lipovetsky (2007) afirma que a sociedade de consumo nos incita a viver em um estado de perpetua carência, levando-nos a ansiar compulsivamente por algo que nem sempre podemos comprar. Dessa forma, ficamos implacavelmente distantes da condição de plenitude, sempre descontentes, condoídos em razão de tudo aquilo que não podemos proporcionar a nós mesmo.

O consumidor, na ausência de recursos, encontra no crédito ofertado pelas instituições financeiras uma via para alcançar o reconhecimento social e o suposto sentimento de contentamento que o consumo proporciona. Entretanto, essa relação de oferta de crédito acaba por figurar como uma relação parasitária entre instituição financeira (parasita) e consumidor (hospedeiro) como será analisado a seguir.

3 Oferta de crédito

É inegável que o surgimento do crédito proporcionou um panorama diferenciado para as relações de consumo. Foi um marco da evolução de mentalidade da sociedade, bem como as

[45] As promessas de felicidade e prazer também são intensos geradores do sentimento de decepção, pois como o mercado sempre nos sugere algo mais requintado, aquilo que já possuímos acaba ficando invariavelmente com uma conotação decepcionante. (LIPOVETSKY, 2007).

necessidades da população. O crédito é o coração da atual sociedade de consumo e cultura capitalista; é a engrenagem, o motor que faz com que esta possa crescer e se expandir.

A aparição do crédito é marcada pelo surgimento da classe operária, em meio ao contexto da Revolução Industrial, por meados do século XVIII e XIX, que entre tantas conquistas, trouxe consigo a idéia do salário fixo como uma provável estabilidade. Isto, ensejou a idéia de previsibilidade de rendimentos, possibilitando o começo da oferta de crédito. Neste cenário, pareceu proveitoso adiantar aos trabalhadores algo que teoricamente já lhes pertencia, no caso, a pecúnia. Dando início a esta prática, hoje, tão corriqueira.

A propaganda e o marketing, frente a esta nova perspectiva, fez morada. O mercado viu nesta "descoberta" uma nova oportunidade, o capitalismo estava em êxtase. Bauman10, é crítico ferrenho da oferta de crédito e enxerga o capitalismo como um sistema parasitário, ou seja, um sistema em que de um lado está o Parasita e do outro o Hospedeiro e que para que este prospere, é necessário que seja encontrado um organismo ainda não explorado, ou seja, um hospedeiro que lhe fornecerá alimento. Acontece que, ele não consegue se alimentar e prosperar, sem prejudicar este hospedeiro (BAUMAN, 2010)[46].

O hospedeiro, no contexto inserido, seriam os consumidores que cada dia mais vem sendo atacados com esta crescente expansão da oferta do crédito e do consumo. Da necessidade de sentir-se parte de um grupo a partir do que se tem. De renunciar a saúde financeira em detrimento deste prazer espontâneo e passageiro. De deixar de ser o que produz e passar a ser o que consome.

Para BAUMAN (2010) o que há de mais extraordinário nesta relação, é a capacidade de descoberta de novas espécies hospedeiras, afinal as que já foram anteriormente exploradas se tornaram escassas e extintas, sem um "pasto" suficiente para a sobrevivência. A maestria do capitalismo e oferta de crédito, em outras palavras, está na rapidez, na velocidade absurda de propagação que se adequa, sem dificuldades, as peculiaridades de seu novo hospedeiro ao qual Rosa de Luxemburgo [47]denomina 'pasto'.

Para que estes pastos nunca findem e o capitalismo encontre sempre uma cama para repousar, é necessário que haja uma constante exploração de potenciais consumidores. Nas palavras de Bauman:

> "(...)Em uma sociedade de consumidores (sendo os lucros oriundos sobretudo da exploração dos desejos de consumo), a filosofia empresarial dominante insiste em que a finalidade do negócio é evitar que as necessidades sejam satisfeitas e evocar, induzir, conjurar e ampliar novas necessidades que clamam por satisfação e novos clientes em potencial, induzidos a ação por essas necessidades: em suma, há uma filosofia de afirmar que a função da oferta é criar demanda. Essa crença se aplica a todos os produtos – sejam eles fábricas ou sociedades financeiras. No que diz respeito a filosofia dos negócios, os empréstimos não são exceção: a oferta de empréstimos deve criar e ampliar a necessidade de empréstimos."

As instituições financeiras enxergaram neste consumidor sedento pela aceitação imediata, um pasto eterno. O fato do prazer nesta modernidade ser volúvel e líquido não permite à estas pessoas a pausa no consumo e isto às leva a procura de crédito sem fim.

---

[46] BAUMAN, Zygmunt – pensador e sociólogo da modernidade. Nascido na Polônia, professor emérito das universidades de Varsóvia e Leeds.

[47] Rosa Luxemburgo - filósofa e economista marxista, polaco-alemã. Crítica do capitalismo e autora do Estudo: "A Acumulação Capitalista" em 1995.

Adiar a realização de um desejo é quase um crime para estes indivíduos, os bancos, cada vez mais "bondosos" continuam oferecendo crédito, mesmo para aqueles que ainda não pagaram os débitos anteriores. É uma espécie de "serviço" continuado da dívida, tornando este consumidor um permanete hospedeiro, cujas forças e nutrientes nunca cessam. É quase que uma relação viciosa.

"Verdes Pastos" diria LUXEMBURGO (1995), é neste campo intocável que os Bancos, ao perceberem a movimentação por parte destes consumidores, viram uma oportunidade. A oferta de empréstimo aumentou, bem como a de cartões de crédito, o que até então não fugiria do normal, pois trata-se apenas de uma nova oferta para uma nova demanda.

A preocupação começa quando estes empréstimos e créditos irresistíveis fogem do controle e a retirada de dinheiro acaba sendo maior do que o devido. A dívida inicial, vira uma "bola de neve" quando a mesma instituição financeira, lhes oferece mais empréstimos com a finalidade de saldar o anterior. Geralmente, esta "benevolência" dos bancos vem com uma taxa de juros menor, para que a dívida seja paga. Mas por que não um dinheiro a mais para comprar aquele objeto de desejo? E assim, vai se desenhando o cenário do Superendividamento, uma fonte de lucros constantes das instituições financeiras.

A respeito do disposto, BAUMAN (2010) resume:

> A atual "contratação do crédito" não é resultado do insucesso dos Bancos. Ao contrário, é fruto, plenamente previsível, embora não previsto, de seu extraordinário sucesso. Sucesso ao transformar uma enorme maioria de homens, mulheres, velhos e jovens numa raça de devedores. Alcançaram seu objetivo: uma raça de devedores eternos e a autoperpetuação do "estar endividado", à medida que fazer mais dívidas é visto como o único instrumento verdadeiro de salvação das dívidas já contraídas. O hábito universal de buscar mais empréstimos era visto como a única forma realista (ainda que temporária) de suspensão da execução da dívida.

Portanto, esta oferta indiscriminada onde há oferta em cima de oferta, crédito atrás de crédito é denominado como o fenômeno do "hipercrédito" que junto à propaganda massiva e o uso indiscriminado do crédito, cria no consumidor moderno, o quadro do superendividamento analisado ao seguir.

4 O superendividamento no Brasil

Como mencionado anteriormente, no atual panorama em que a sociedade está inserida a oferta de crédito aos consumidores, por várias vezes, acaba sendo um instrumento de suprimento das mais básicas necessidades. Em decorrência disto, a abundância deste fornecimento de crédito faz crescer exponencialmente a quantidade de consumidores endividados.

As instituições financeiras têm como objetivo o lucro, para isto utilizam-se das mais variadas técnicas de publicidade para difundir esta oferta de crédito destacando, a simplicidade da contratação. Muitas das vezes, como já mencionado, o consumidor afim de quitar um crédito anteriormente contratado, acaba por realizar novas contratações afim de saldar a dívida anterior gerando a chamada "bola de neve". A partir disto, surge uma nova categoria de consumidor: o superendividado.

Antes de adentrar na conceituação e impactos do superendividamento, é valido ressaltar que a oferta de crédito não deve ser demonizada, ela não é um "vilão" nas relações de consumo, pelo contrário. A oferta possibilitou e possibilita um crescente desenvolvimento tecnológico e industrial

oportunizando, o financiamento de projetos de pesquisa e construção de empreendimentos que geraram riquezas, empregos e lucratividade para a população. No plano individual é responsável, diretamente, pelo alcance da tão almejada “casa própria”, sobretudo das famílias mais carentes, permitindo também, a melhora na qualidade de vida e realização de sonhos.

Obviamente, o uso do crédito de forma indiscriminada gera uma serie de consequências indesejáveis, entre elas, o superendividamento estudado a seguir

4.1 O fenômeno do superendividamento

A significação deste estado é ampla e irrestrita. Não é necessário atrelar esta modalidade de consumidor a um credor específico e nem muito menos, a uma espécie de crédito ofertada específica. Para o conceito, tanto faz se existem um ou múltiplos credores ou se o crédito “aprisionado” não pertence apenas a uma fonte.

Em linhas gerais o consumidor superendividado é aquele cujo passivo supera a capacidade financeira ativa do indivíduo, ou seja, as obrigações por ele assumidas vencidas e vincendas estão além da sua capacidade econômica e por isso ele acaba se tornando inadimplente.

Para Simão Filho (2009), o superendividamento caracteriza-se pela situação de insolvência ou insolvabilidade da pessoa que impossibilite a geração de caixa para pagamento das dívidas contraídas sem prejuízo de sua mantença e pela impossibilidade de a curto prazo ver soluções reais para o seu problema.

Segundo GUIMARÃES (2016) o superendividamento do consumidor pessoa física pode ser definida como a impossibilidade de pagamento de dívidas contraídas por um tomador de crédito, geralmente, o consumidor de boa-fé, no momento de seu vencimento ou a partir do momento em que o débito se torna exigível por parte do credor.

Na realidade, além de uma simples classificação, o superendividamento é uma teoria que visa alcançar soluções para esta categoria de consumidor. Como já citado, o devedor é pessoa física não profissional, o consumidor pessoa jurídica não se enquadra na teoria, bem como, a pessoa física profissional estará enquadrado apenas em certas situações.

A respeito disto, dispõe CAPENA (2013):

> Assim, somente consumidores pessoas físicas não profissionais e de boa-fé serão objeto de proteção, quando se encontrarem num estado de superendividamento. Vale dizer, consumidores que contratam empréstimos para suprir suas necessidades pessoais, o que será necessariamente observado casuisticamente.
> Não importa para tal conceito se estamos diante do consumidor ativo- situações proveniente da acumulação inconsiderada de dívidas – ou passivo – redução dos recursos devido aos fatos ou acidentes da vida.
> Por óbvio que essa proteção não tem como foco aquele consumidor que atua de má-fé, que, de forma deliberada e consciente, se superendivida com o propósito de adquirir bens supérfluos e desnecessários às suas necessidades. Fica fora dessa temática também, o consumidor pessoa jurídica e o consumidor pessoa física profissional, salvo, neste último caso, quando a situação de superendividamento é decorrente de dívidas contraídas por necessidades pessoais e profissionais.

Corroborando com a ideia supracitada, MARQUES (2011) destaca que o superendividamento é um estado da pessoa física leiga (o não profissional ou o não empresário, que pode vir a falência), um devedor de crédito que o contraiu de boa-fé, mas que, agora, se encontra em uma situação de impossibilidade (subjetiva) global (universal e não passageira) de adimplir todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo com a sua renda e seu patrimônio (ativo) por um período de tempo razoável.

Não é segredo as dificuldades encontradas no Brasil, no que tange ao Estado de bem-estar social. Embora seja um país em que a carga tributária é extremamente excessiva e onerosa, parece não ser o suficiente para que o Estado de bem-estar social seja alcançado. Não interessa o motivo, o fato é que os cidadãos brasileiros para alcançarem este estado de bem-estar mínimo precisam desembolsar, além dos tributos, verbas para a educação de qualidade e saúde, por exemplo. Desta forma, o orçamento acaba sendo onerado e restringido, cerceando a possibilidade de consumo em outras esferas da vida.

Nas palavras de MARQUES (2006) o "endividamento crônico" do devedor, fenômeno que afeta inúmeras famílias brasileiras, principalmente, de baixa e média rendas que dependem do crédito, na maioria das vezes, para a aquisição de bens e serviços essenciais à sobrevivência, acabam se tornando escravas quase que permanentemente da necessidade ao crédito, haja vista que segundo LOPES (2006) "não são poucos os que se endividam para pagar (...) despesas com serviços indispensáveis que já não são providos pelo Estado ou que nunca o foram adequadamente." É a chamada "escravidão contemporânea por dívidas", nas palavras de OLIVEIRA (2004).

Essa disposição de "escravidão por dividas" é o que na sociedade de consumo acaba por mortificar o cidadão que possui sua identidade e uma série necessidades indispensáveis instrumentalizadas pelo crédito.

Nesse sentido, Bioni (2014) esclarece que na sociedade de consumo movida pelo credito é tal quadro de insolvência crônico, que desencadeara não só a total derrocada financeira do endividado, mas igualmente, a sua própria exclusão do acesso ao credito, o que significa nessa apresentada conjuntura, "uma nova espécie de morte civil: a morte do *homo economicus"*.

Com isso, conclui-se conforme FERREIRA (2009) que a afirmação de que o crédito é um mecanismo de inclusão social possui verdade apenas relativa, afinal, se de um lado vivemos em uma sociedade, cuja economia desenvolve-se basicamente por meio do crédito, possuí-lo significa estar incluído nessa sociedade. Para LOPES (2006), a contrapartida seria de que, a ausência de crédito corresponderia à impossibilidade de assumir compromissos básicos da vida urbana, razão pela qual o superendividamento passou a ser considerado pela doutrina francesa o "espelho da exclusão social" (mirroir de e'exclusion) CHATAIN (1999).

GUIMARÃES (2006) em sua tese, cita as considerações feitas por BATTELLO (2006) a respeito do fato na qual indica que a evolução dos endividados civis brasileiros é a história dos "esquecidos" e, na maioria dos casos, não se deve a uma única causa, já que o devedor deve fazer frente a um conjunto de obrigações derivadas de aquisição de bens e serviços de primeira necessidade, créditos hipotecários, carros, móveis, entre outros, e, inclusive, decorrentes do abusivo e incorreto uso do cartão de crédito, somando-se a tudo isto causas não econômicas, tais como falta de informação e educação dos consumidores, rupturas familiares, acidentes ou enfermidades crônicas.

Fora isto, outro fator importante para este quadro é a já tão citada, oferta de crédito excessiva. Conforme GUIMARÃES (2016) preleciona a concessão irresponsável por parte das instituições financeiras e pelos bancos, que, muitas vezes, concedem o crédito sabendo ou devendo saber, que o devedor não terá condições financeiras de adimplir o negócio jurídico entabulado no futuro.

A doutrina europeia ao tentar determinar as causas do superendividamento e se os seus sujeitos são ou não passíveis de proteção, acaba por criar uma classificação entre estes inadimplentes, podendo ser estes ativos ou passivos. O critério específico para exercer esta diferenciação está no limiar entre a boa-fé e o superendividamento. Para LEITÃO MARQUES (2000):

> O sobreendividamento pode ser activo, se o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento (...), ou passivo quando circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização do emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente, etc.) afectam gravemente a capacidade de reembolso do devedor, colocando-o em situação de impossibilidade de cumprimento.

De acordo com GUIMARÃES (2016) O superendividamento ativo pode ser considerado como aquele provocado por ato comissivo ou omissivo do próprio consumidor de boa-fé que contribuiu para a sua própria inserção em uma situação de endividamento excessivo, em razão de desejos de consumo, tomada de crédito irracional ou estritamente impulsiva, ausência de uma estruturação financeira doméstica, dentre outros fatores.

Além desta classificação, há uma subdivisão entre os superendividados ativos. Estes podem ser conscientes ou inconscientes. Os conscientes, são aqueles que assumem as obrigações advindas do uso do crédito já com a intenção de não pagar, ou seja, agem de má fé, enquanto que os inconscientes estão eivados de boa-fé. Estes últimos, não tem malícia na contratação, em certo modo são compulsórios e subestimam a possibilidade de ocorrência de situações imprevisíveis que tornariam impossível o pagamento da obrigação.

De acordo com GUIMARÃES (2016):

> Assim, na categoria dos superendividados ativos, tem-se os chamados consumidores inconscientes, ou seja, consumidores que não souberam calcular o impacto da dívida no seu orçamento, porque não foram previamente informados dos encargos da contratação ou que tiveram acesso ao crédito concedido de forma irresponsável pelo fornecedor de crédito, consumidores de boa-fé que acreditavam que conseguiriam honrar suas obrigações.

Ou seja, seria a confiança exacerbada em conjunto com a boa-fé na contratação, sem deixar de levar em consideração, as causas não econômicas que GUIMARÃES (2016) menciona, variando desde a concessão irresponsável do crédito pelo consumidor até a falta de informação e educação dos consumidores. Além disto, a ocorrência de fatos inesperados tais como doenças, desemprego, diminuição de renda e despesas não previstas são exemplos claros desta inconsciência do superendividado ativo.

Quanto aos superendividados ativos, que agem de má-fé, não serão beneficiados por esta teoria, pois de acordo com LIMA (2014), estes devem ficar excluídos do aparato político-normativo do tratamento, porque contrataram mal-intencionados e com manifesta intenção de não reembolsar a dívida no momento de seu vencimento.

Por fim, cumpre destacar o especial cuidado que deve ser tido com este consumidor Superendividado. No tópico anterior a questão da oferta indiscriminada do crédito mostrou-se como um dos principais, senão o principal, motivo do superendividamento. Por todo o exposto, é evidente a preocupação acerca da melhoria nas relações de consumo para que estas sejam mais saudáveis para ambos os polos, reestabelecendo o equilíbrio econômico entre as partes, em especial do consumidor

que por excelência já é vulnerável e que na atual era do consumo, tornou-se "presa" fácil das instituições financeiras.

5 Considerações Finais

Tendo em vista o fenômeno da globalização econômica, com o consequente aumento do comercio internacional e a crescente do capitalismo moderno observou-se uma drástica mudança de perspectiva nas relações de consumo. O novo cenário construído por todos estes elementos modificou completamente a forma na qual os indivíduos integrantes desta sociedade se enxergam.

O elevado nível de produção possibilitou a substituição da sociedade de consumo de bens por uma sociedade de serviços, que é uma das principais consequências motivadas por essas transformações. O indivíduo moderno, não tem mais no consumo algo secundário, ele deixa de ser o que produz e passa a ser o que consome. Esta mudança de panorama gerou não apenas reflexos de ordem econômica como também, psicológica.

Neste novo mundo, as mercadorias são descartáveis e não existe mais lealdade a objetos. O desejo é de sentir-se inserido, poder consumir e manter uma posição social "respeitável" para que a autoestima seja protegida. A indústria de consumo estabelece um estilo de vida condicionado pelo ato de consumo e para isso instiga necessidades recorrentes que são seguidas de produtos que as satisfazem. Tais necessidades são satisfeitas em um primeiro momento para, que logo em seguida seja criada uma nova insatisfação. É o que Lipovetsky (2007) denomina de estado de perpetua carência. Onde, sempre que conseguimos preencher alguma necessidade, surge uma necessidade nova, gerando um ciclo em forma de "bola de neve".

A oferta de crédito é exacerbada, o capitalismo é parasitário e enxerga neste consumidor moderno uma fonte eterna de lucros, um hospedeiro perfeito, pois a necessidade de utilizar aquele crédito é permanente acarretando o fenômeno do superendividamento.

Este superendividamento provoca uma preocupação, pois por vezes tira o sossego não só daquele indivíduo superendividado, mas de sua família inteira. O controle da oferta de crédito aliado à algumas possíveis soluções podem trazer uma alternativa viável e factível na resposta ao problema da presente pesquisa, a educação financeira, projetos de lei voltados a questão do superendividamento, tal qual o PL283/2012 e projetos piloto que visam não só a conciliação entre o endividado e a instituição que oferta o crédito, mas o aconselhamento e suporte jurídico para este consumidor são alternativas plausíveis e palpáveis para o problema.

Referências

BATTELLO, Sílvio Javier. *A (in)justiça dos endividados brasileiros:* uma análise evolutiva. In: Direitos do Consumidor Endividado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 221.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo:* A Transformação das Pessoas em Mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. *Vida a Crédito*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BIONI, Bruno. *Superendividamento:* um fenômeno socioeconômico decorrente da difusão do consumo e a sua análise à luz das evoluções legislativas americanas e francesas frente ao PL 283/2012. Revista de Direito do Consumidor. Vol 99. Ano 24. P. 371-408. São Paulo: Ed. RT, maio / jun. 2015.

CATALAN, M.; PITOL, Y. U. . *Primeiras linhas acerca do tratamento jurídico do assédio de consumo no Brasil.* In: V Encontro internacional do Conpedi Montevidéu, 2016, Montevidéu. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 173-190.

CATALAN, Marcos. *O crédito consignado no Brasil:* decifra-me ou te devoro. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.87, p. 125-148, maio / jun. 2013.

CHATAIN, Pierre-Laurente,; FERRIÈRE, Frédéric. *Le nouveau régime de traitement du surendettement aprés la loi d'orientation n*. 98-657 du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions, Recuiel Dalloz, p. 294, Chronique, Paris, 1999., apud. MARQUES, Cláudia Lima. Direitos do consumidor endividado... op. cit. p. 236.

DE ALMEIDA, João Batista. *MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR.* 5ª Edição. 2012. Editora Saraiva. São Paulo.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Francisco Alves e Afonso Monteiro. Lisboa: Antígona, 2012.

DE OLIVEIRA, Felipe Guimarães - *O SUPERENDIVIDAMENTO NA SOCIEDADE BRASILEIRA E OS DESAFIOS PARA UMA TUTELA JURÍDICO-ECONÔMICA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO SÉCULO XXI*. Dissertação de mestrado. Belém-Pa, 2016.

DOS SANTOS, Leandro. *Consumidores e cidadãos e a lógica do pertencimento*. Revista Espaço Acadêmico. Nº117. Fevereiro. 2011. Disponível em <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/10338/6536>. Acesso em 13.04.2017.

DOUGLAS, Mary; ISHERWOOD, Baron. *O mundo dos bens: para uma antropologia do consumo*. Ed. UFRJ: Rio de Janeiro, 2006.

KOTLER, Philip. *Capitalismo em confronto*. 1 ed. Rio de Janeiro: Best Bussiness, 2015.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel et al. *O endividamento dos consumidores*. Lisboa: almedina, 2000. p. 2., apud. MARQUES, Cláudia Lima. In prefácio COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento. A proteção do consumidor de crédito em Direito Comparado Brasileiro e Francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 11

LIMA, Clarissa Costa de. *O Tratamento do Superendividamento e o Direito de Recomeçar dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal:* ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das letras, 2007. Disponível em <https://pt.scribd.com/doc/112859521/12-A-Felicidade-Paradoxal-pdf>. Acesso em 11.04.2017.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção.* Trad. Armando Braio Ara. São Paulo: Manole, 2007. Disponível em <https://pt.slideshare.net/douglasevangelista/lipovetsky-gilles-a-sociedade-da-decepo>. Acesso em 02.04.2017.

ROCHA, Rose de Melo. *Comunicação e consumo:* por uma leitura política dos modos de consumir. In: BACEGGA, Maria Aparecida (org.). Comunicação e culturas de consumo. São Paulo: Atlas, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. superendividamento e crédito.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 13. 75 LOPES, José

MARQUES, Cláudia Lima. *Algumas Perguntas e Respostas sobre a Prevenção e Tratamento do Superendividamento dos Consumidores Pessoas Físicas*. In: Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo:* Proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: In: Doutrinas Essenciais do Direito do Consumidor. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES. Paulo Valerio dal Pai. *Código de defesa do consumidor:* no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 96.

SEVERIANO, Maria de Fátima. *Pseudo-individuação e homogeneização na cultura de consumo:* reflexões críticas sobre as subjetividades contemporâneas na publicidade. 2006. Disponível em: <http://www.revispsi.uerj.br/v6n2/artigos/html>. Acesso em 26.04.2017.

VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane. *A indústria cultural e o caráter fictício da individualidade na definição do conceito de consumidor-comunidade global*. Revista Jurídica CESUMAR. Mestrado, 2017.

BASES CONSTITUCIONAIS DA DEFESA DOS CONSUMIDORES NO BRASIL: UM RESGATE ACERCA DA CRIAÇÃO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA EM PROL DA CONFIRMAÇÃO DE SUA POSIÇÃO PRIVILEGIADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff,
Doutoranda em Direito Internacional pela UFRGS,
Mestre em Direito Público pela UNISINOS (2012),
com período sanduíche junto a Universidade de Toronto/Canadá,
Especialista em Relações Internacionais Contemporâneas pela UFRGS (2015) e em
Direito Internacional pela UFRGS (2009).
tatiana.cardoso@ufrgs.br

Resumo:

O Direito do Consumidor é uma conquista da sociedade contemporânea, tendo sido fundamental para promover a proteção do polo mais vulnerável nas relações de consumo, equilibrando tais relações jurídicas. No Brasil, todavia, esse ramo do Direito tarda um pouco para emergir quando comparado a outras nações, de modo que a sua concepção atrela-se fortemente com a promulgação da Constituição Federal em 1988. Forte nisso, o presente texto tem como objetivo ressaltar as bases constitucionais do Direito do Consumidor no Estado brasileiro, especificamente quanto a este ser classificado enquanto um direito fundamental, bem como um princípio da ordem econômica, de modo a expor as suas origens de maneira descritiva, a partir de uma revisão da literatura brasileira sobre o tema.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Direito Fundamental. Princípio da Ordem Econômica. Código de Defesa do Consumidor.

1 Introdução

O Direito do Consumidor é uma conquista da sociedade contemporânea, tendo ganhado grande impulso com as consequências advindas da Revolução Industrial no início do século XX. Afinal, com a industrialização da sociedade, começa-se a sentir os efeitos da exploração e da despreocupação com a integridade do ser humano, pautada no liberalismo contagiante que a Revolução Francesa lançara ao final do século XVIII.

A abstração da natureza em busca do ganho material é uma perspectiva inerente às relações havidas no contexto industrial (BECK; GIDDENS, 1995, p. 39-40), a qual marcaria sobremaneira a transformação política que se levaria a cabo com as revoluções mexicana e alemã, impulsionando o surgimento do Estado Social (STRECK; MORAIS, 2012, p. 92-101). Isso porque, não era mais possível refutar a intervenção do Estado na sociedade, vez que a capacidade autorreguladora desta era mínima (senão nula) "diante dos novos problemas e das novas necessidades que iam surgindo" (AZAMBUA, 2006, p. 145).

Nesse viés, com a instituição de um Estado interventor – o Estado de Direito Social, assumindo "uma postura de promoção de políticas públicas coletivas, visando melhorar as condições de vida da classe trabalhadora" (LUCAS, 2005, p.181), surgem novos direitos atrelados à promoção do bem-estar social, conferindo maior proteção às massas, sendo o nascimento do Direito do Consumidor um exemplo, uma vez que esse ramo contempla regras que buscam a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo diante do mercado capitalista e das consequências liberais (MIRAGEM, 2010, p. 65-66).

No Brasil, todavia, esse ramo do Direito tarda um pouco para emergir quando comparado a outras nações, de modo que a sua concepção atrela-se fortemente à democratização do Estado, notadamente com a promulgação da Constituição Federal em 1988. Forte nisso, o presente texto tem como objetivo ressaltar as bases constitucionais do direito do consumidor no Estado brasileiro, de modo a expor as suas origens de maneira descritiva, a partir de uma revisão da literatura brasileira sobre o tema.

2 O surgimento do movimento consumerista no Brasil.

Impulsionado pelos debates norte-americanos, o Brasil começa a desenvolver a sua trajetória na década de 1970, notadamente com a propositura do Projeto de Lei n. 70-A em 1971, na Câmara dos Deputados pelo debutado Nina Ribeiro (Rio de Janeiro), direcionado a construir o Conselho de Defesa do Consumidor, o qual seria destinado a

> (a) formular a política cientifica de padronização dos principais produtos, peças e utensílios destinados ao consumo em geral. (b) estabelecer o coeficiente mínimo de durabilidade de autopeças, artefatos eletrônicos e outros produtos industriais; (c) estabelecer o padrão mínimo de segurança com relação a veículos ou quaisquer outros produtos industriais; (d) [...] supervisionar e classificar os padrões aceitáveis de remédios e alimentos de consumo industrial [...]; (e) supervisionar e estabelecer padrões aceitáveis de corantes, vernizes e inseticidas; (f) verificar a capacidade de peso, volume e composição de envoltórios e embalagens destinadas ao consumo em geral; e (g) atender as reclamações fundamentadas de qualquer cidadão sobre a durabilidade, funcionamento ou aplicação de produtos mencionados nos itens anteriores (RIOS, 1998, p. 44).

Todavia, o texto não vingara pelo sua rejeição por parte da 'Câmara de Constituição e Justiça' haja vista ser da competência do Presidente da República, de forma exclusiva, a criação de cargos e/ou funções públicas, nos termos da Emenda Constitucional n. 1 de 1969 à Constituição de 1967 (forte no Art. 57, inc. II) (RIOS, 1998, p. 44). Apesar disso, semeou-se a necessidade de proteção do consumidor no plano doméstico.

O primeiro efeito seria sentido no Rio de Janeiro, quando, em 1974, criou-se o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON). Seguindo essa linha, em Porto Alegre e Curitiba surgiram em 1976 a Associação de Proteção ao Consumidor (APC) e a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), respectivamente. Mobilizações da sociedade civil essas que pretendiam não deixar o movimento consumerista perder força, de modo que propostas mais contundentes (legislativas) fossem adotadas (RIOS, 1998, p. 46-49; PERIN JUNIOR, 2003, p. 14), tal como ocorreu ainda em 1976, também nível estadual, com a adoção do Decreto n. 7.890 pelo governo de São Paulo,

por meio do qual se estruturava um sistema estadual de proteção ao consumidor (PERIN JUNIOR, 2003, p. 14).

Em nível federal, porém, os debates apenas começariam em 1980 com a criação do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC), cujo objetivo era assessorar o poder executivo na elaboração de uma política nacional de defesa do consumidor, contando com a participação de diversas associações como a OAB, o Ministério Público, os PROCONs e etc. Outro ponto marcante foi a edição da Lei Federal 7.347 em 1985, a qual instituía a Ação Civil Pública para fins de responsabilização por danos causados ao consumidor, dentre outros (PERIN JUNIOR, 2003, p. 14; CAVALIERI FILHO, 2015, p. 7).

E foram esses movimentos, especialmente o CNDC, que conduziram ao estabelecimento de uma comissão de juristas para elaborar um Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, o qual seria dirigido à Constituinte de 1987, levando a introdução no texto das disposições transitórias a necessária criação do referido código após a promulgação da Carta, como também a sua inserção do Direito do Consumidor enquanto direito fundamental e princípio da ordem econômica no texto constitucional.

3 O Direito do Consumidor enquanto Direito Fundamental: o Art. 5º, inc. XXXII.

A promulgação da Constituição de 1988 (CF/88) marca uma nova etapa do direito privado no ordenamento jurídico pátrio. Isso porque, "o Código Civil deixa de constituir o centro geométrico de toda ordem jurídica constituída", fazendo com que "o primado da legislação pass[asse] para a Constituição" (VARELLA, 1984, p. 508).

O Direito Civil, nesse novo contexto, começa a se guiar pelos princípios inseridos no texto constitucional, buscando neles o aporte necessário para a sua fundamentação, "ampliando a assunção de papéis pelo indivíduo, que deixa de ser somente o proprietário e consumidor de então, para ser um ser humano dotado de dignidade" na atualidade (BARBOSA, 2009, p. 81). Afinal, transfere-se o "enfoque dos códigos antes dirigidos ao patrimônio [...] ao indivíduo", primando pela defesa de sua dignidade – bem maior a ser resguardado pelo ordenamento, pois seu fundamento, nos termos do no artigo 1º, inciso III, da CF/88 (BARBOSA, 2009, p. 83).

Com essa Constitucionalização do Direito Privado, as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, passam a se pautar pelos princípios constitucionais, os quais, a partir da nova Carta, também incluem "alguns institutos essenciais do direito privado" (BARBOSA, 2009, p. 85). Não se trata da mera interferência estatal na criação de leis que abordem assuntos de direito privado – movimento mais conhecido como 'Publicização do Direito Privado' (MORAES, 1993, p.21-32), mas da leitura constitucional dos seus institutos e da inclusão constitucional de temas na tradicionalmente abordados na esfera privada (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014. p. 44).

Acerca do *primeiro*, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana (inserido no supracitado artigo 1º, inciso III, da CF/88) ganha grande relevo, vez que passa a guiar quaisquer ações no plano doméstico enquanto uma barreira intransponível no que concerne a atuação dos indivíduos e do próprio Estado em suas relações jurídicas, servindo enquanto um valor a ser buscado/realizado. Já quanto ao *segundo*, um grande exemplo é a própria defesa do consumidor, incluído no artigo 5º,

inciso XXXII da CF/88, alçando-o à categoria de norma fundamental, inerente aos indivíduos e, logo, inalienável aos mesmos[48].

Ressalta-se, assim, a categoria de direito humano fundamental que a proteção do consumidor passa apresentar no plano nacional – um direito que tem como objetivo impor ao Estado o dever de resguardar o consumidor (e não o consumo, como bem anota Claudia Lima Marques [2000, p. 67]) dos abusos que este poderia sofrer nas relações faticamente estabelecidas no mercado, em função da sua (hiper)vulnerabilidade. Noutros termos, a CF/88 pretende estabelecer a isonomia material entre as partes envolvidas nas relações de consumo, impondo ao Estado a prerrogativa de promover a defesa do consumidor.

Por força disso, nota-se a qualidade de direito humano de segunda dimensão que a tutela do consumidor apresenta. Destinado a equilibrar as relações jurídicas desiguais, buscando uma maior participação do Estado a fim de que esses direitos, uma vez positivados, sejam respeitados e efetivados, a proteção do consumidor caracteriza-se como um típico direito social.[49]

Conjunto de normas esse que pugna pela adoção de "meios apropriados de subsistência, de trabalho e de outras condições" pelo Estado para a plena efetividade da igualdade, da seguridade e especialmente da dignidade de todos os indivíduos (FERNÁNDEZ, 1998, p. 1069). Isso porque, percebe-se que a sólida implementação de tais "comandos jurídicos, [...] não seria propiciad[a] de forma negativa, pela inação do Estado", mas tão-somente a partir da sua atuação (SQUEFF, 2016, p. 35).

Não obstante, isso não significa que o Estado não poderia igualmente ferir esses direitos, tal como possibilita o artigo 175 da CF/88[50] e preceitua o próprio artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), na medida que "[o]s órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias [e etc.], são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos", sob pena de violarem o próprio âmago dos direitos do homem que deveriam proteger[51] – o que, entrementes, não retira a característica de direito social da defesa do consumidor. Por isso que Bruno Miragem (2010, p. 40) afirma que "[...] o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, de modo

---

[48] Consumidor, nos termos do artigo 2 do CDC é " toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", incluindo a pessoa jurídica, haja vista "a eficácia dos direitos fundamentais abrange[r] igualmente a proteção dos interesses e direitos de seus sócios e administradores e mesmo da própria pessoa jurídica enquanto projeção daqueles" (MIRAGEM, 2010, p. 43). Impende dizer, porém, que para ser 'consumidor' é necessário (1) ser o destinatário final econômico do bem/serviço (ou seja, que ele não seja o intermediário/ revendedor), (2) que este não seja indispensável para a realização da atividade econômica (isto é, não seja um insumo) e (3) que reste evidente a existência de relações de consumo desiguais (teoria finalista/minimalista), não bastando apenas o primeiro requisito mencionado (teoria maximalista) sob pena de aplicação irrestrita das regras consumeristas à quaisquer situações fáticas que não tenham como base uma relação de consumo anterior (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p. 77-79). V. também artigos do CDC de n. 17 (consumidores serão todas as vítimas do evento danoso – todos os bystanders) e n. 29 (quaisquer pessoas expostas às práticas comercias e/ou contratuais – seus efeitos – serão consumidoras sempre que vulneráveis, ou seja, quando estejam em uma posição débil frente ao produtor/prestador de serviço, seja ela de ordem técnica, jurídica ou fático-econômica – funda-se, assim, a teoria finalista aprofundada).

[49] Paulo Luiz N. Lôbo (2001, p. 62), de outra banda, assevera que "os direitos do consumidor [...] inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente foram concebidos tais nas últimas décadas no século XX. E apenas foi possível quando se percebeu a dimensão humanística e de exercício de cidadania que eles encerram, para além das concepções puramente econômicas".

[50] "Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos" (BRASIL, 1988, art. 175)

[51] Acerca disso, cumpre ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de ser ilegal (por ferir a dignidade humana) a interrupção de serviço essencial (energia elétrica, água, etc.) pela concessionária quando do inadimplemento do consumidor sem o devido aviso prévio (ou por cobranças relativas a fraudes em medidores) ou pautando-se em uma situação de emergência motivada por questões de ordem técnica ou securitária. (OLIVEIRA, 2015, p.336-341).

que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos agentes privados e, em menor grau (com relação aos serviços públicos) ao próprio Estado".

Com isso, determina-se que o Estado restaria proibido de não apenas omitir-se, mas igualmente de exceder-se quando da prestação de algum serviço que lhe coloque na qualidade de fornecedor na relação jurídica de consumo (MIRAGEM, 2010, p. 40), nos termos do artigo 3º do CDC. E desta maneira pode-se igualmente afirmar que o direito do consumidor, enquanto norma fundamental, possui eficácia horizontal e vertical (SARLET, 2001, p. 31-33) – o primeiro em relação à proteção do polo mais fraco nas relações interpessoais (sendo esta uma inovação da 'Constitucionalização do Direito Privado') e o segundo frente ao próprio Estado, tal como vislumbra-se nos casos dos serviços públicos, aos quais todos os indivíduos se sujeitam por força da soberania do Estado.

4 O Direito do Consumidor como Princípio da Ordem Econômica: o Art. 170, inc. V.

O Direito do Consumidor não só é um direito social a ser protegido pelo Estado, como também é um princípio da ordem econômica brasileira, a qual tem como objetivo estabelecer um modelo econômico a ser seguido pela economia nacional. Nesse sentido, ao introduzir o neoliberalismo em detrimento do posicionamento keynesiano interventor, pugnando por uma liberdade de mercado com *certa* intervenção do Estado a fim de guiar a sociedade à consecução da justiça social, efetivando os compromissos previstos no texto constitucional, a CF/88 inova (SILVA, 2003, p. 763).

Logo, o Estado passa a ditar mecanismos de indução à sociedade para atingir os anseios políticos insculpidos na Carta, guiando as condutas sociais em prol do bem comum e, logo, consolidando efetivamente a justiça social (SILVA, 2003, p. 765; MORAIS, 2009, p. 80-81). Justiça social essa que deve ser compreendida como parte de um regime "em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política", rechaçando "as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria" (MORAIS, 2009, p. 81).

Tal como disposto no artigo 3º da CF/88, a justiça social é a finalidade da atuação estatal (SILVA, 2003, p. 762), constituindo um objetivo a ser atingido pelo Estado, composta por uma "sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), desenvolvida (inciso II), e que tenha erradicado a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais (inciso III). Assim, a justiça social é um preceito fundante da ordem econômica, a qual é exteriorizada por uma série de princípios previstos no artigo 170 da Constituição, os quais devem ser observados quando da realização da atividade econômica. Esses princípios são comandos norteadores da conduta dos agentes econômicos e insculpir-se-ão nas políticas econômicas implementadas pelo Estado, justificando a intervenção deste na ordem econômica a fim de não ver o texto constitucional esvaziado (SOUZA, 1989, p. 29).

Dentre esses princípios está a 'defesa do consumidor', especificamente no artigo 170, inciso V, cabendo ao Estado realizar/editar atos ou medidas que não só restrinjam, condicionem ou suprimam a iniciativa privada, como também promovam condutas específicas, a fim de garanti-lo (GASPARINI, 2001, p. 614; MIRAGEM, 2010, p. 45). Afinal, o consumidor é o elo entre o mercado e a economia, sem o qual a atividade econômica não se desenvolve (FONSECA, 2014, p. 95).

Portanto, do mesmo modo que o Estado busca a preservar a livre iniciativa, ele também busca evitar que o consumidor seja ludibriado/lesado, promovendo o equilíbrio entre a atividade econômica e a manutenção dos anseios constitucionalmente previstos, por meio da implementação de mecanismos restritivos ou promocionais na economia. Apesar disso, importante lembrar que quaisquer atos realizados pelo Estado devem "respeitar [...] o princípio maior da dignidade da pessoa humana", de modo a observar as necessidades do indivíduo, as quais não serão mínimas, "senão uma forma qualificada de sobrevivência" (MIRAGEM, 2010, p. 45-46).

Aliás, essa perspectiva indica "que [o consumidor] poderá ter preferência em relação aos demais princípios" constantes no artigo 170, quando seja o caso de uma medida estar voltada à garantia da vida, da saúde e/ou da segurança do consumidor (MIRAGEM, 2010, p. 46). Isso só não ocorrerá quando, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a medida mostrar-se inviável.

Esse foi o caso, por exemplo, da Lei Estadual n. 10.248/93 do Paraná, exigindo que cada botijão de gás fosse pesado na presença do consumidor, a fim de que este recebesse o retorno proporcional do valor pago quando constatada diferença na pesagem. Instituída com base no artigo 170, inciso V, da CF/88[52], a lei foi declarada inconstitucional por meio da ADI n. 855/PR, julgada em 06 março de 2008 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ser inexigível, haja vista determinar a presença e/ou o transporte de balanças pesadas, além de demandar a verificação por parte do consumidor, mesmo sem conhecimento técnico específico para tal, pendendo à proteção da atividade econômica.

Outro exemplo é a Lei Municipal n. 5.555/13 do Rio de Janeiro, dispondo que o comércio varejista de álcool líquido deveria exibir um cartaz próximo à mercadoria advertido os consumidores dos riscos do produto. Pautada no artigo 170, inciso V, a lei foi considerada constitucional em relação ao texto do Estado do Rio de Janeiro por meio da ADI n. 00527701420138190000, julgada em 05 de maio de 2014, mesmo que isso pudesse limitar a atividade empresária pela aplicação de multa ou sanção administrativa mais severa, como a interdição total/parcial do estabelecimento, quando em descumprimento da normativa.

Por isso, pode-se dizer que com essa previsão do artigo 170, inciso V, da CF/88, promove-se o interesse individual e coletivo – a justiça social como um todo – "sem, contudo, suprimir [exponencialmente] a iniciativa fundamental do individuo" na economia (FONSECA, 2014, p. 29).

Ademais, se por vezes a defesa do consumidor teria preferência frente aos demais princípios constantes no artigo 170 da CF/88, denotando uma situação de confronto/choque principiológico, em outras ocasiões eles podem vir a trabalhar em conjunto em prol do consumidor. Esse é o caso do inciso IV do artigo 170, o qual estabelece a livre concorrência, com o qual a defesa do consumidor guarda maior afinidade.

Exemplo dessa proximidade, portanto, seria a situação em que ao constituir um monopólio, certa empresa não apenas viola a livre concorrência, como também pode vir a ferir os direitos dos consumidores, por limitar o seu direito de escolha (e, por conseguinte, constituindo uma prática abusiva nos termos do artigo 39 do CDC) (FONSECA, 2014, p. 62-63). Nesse viés, ao defender-se a

[52] Acerca disso, impende notar que, nos termos do artigo 24, inciso V e VIII, "compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre produção e consumo", bem como acerca da "responsabilidade por dano ao consumidor". Nesse caso, conforme o § 1, "a competência [concorrente] da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais", o que "não exclui a competência suplementar dos Estados" (§ 2), apenas suspendendo as regras estaduais quando a regra federal for superveniente e "no que lhe for contrário" (§ 4). Na inexistência "de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades" (§ 3). Já os municípios legislarão "sobre assuntos de interesse local", o que pode incluir questões atinentes ao consumo, "desde que demonstrada a pertinência da medida" forte no artigo 30, inciso I, da CF/88 (MIRAGEM, 2010, p. 53). Apenas sobre direito civil (genericamente) e propaganda comercial que a competência é privativa da união (art. 22, inc. XXIX). O CDC também prevê a concorrência legislativa entre os três entes federados no artigo 55.

livre competição entre fornecedores, também estar-se-ia resguardando indiretamente os direitos dos consumidores, uma vez que os efeitos negativos (prejuízos) gerados pelas condutas daqueles atingem abertamente os interesses dos consumidores (NUSDEO, 2001, p. 153).

5 A criação do Código de Defesa do Consumidor e a posição privilegiada por ele ocupada no ordenamento jurídico pátrio perante às demais regras internas e internacionais.

Para que houvesse uma real construção legislativa quanto aos direitos dos consumidores, constituindo um rol taxativo à atuação alheia, era necessário arquitetar um microssistema específico. Nesse escopo é que se inseriu no artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma incumbência ao Congresso Nacional, qual seja, a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 120 dias da promulgação da Carta Política pátria.

Segundo Bruno Miragem, ao determinar a realização de um Código, a Constituição "estava em verdade determinando a realização do conteúdo eficacial da norma constitucional", uma vez que os direitos atinentes à proteção do consumidor (seja enquanto direito humano fundamental ou princípio da ordem econômica) previstos na Carta tinham "seus efeitos integrais condicionados à produção da lei"; eram provisões normativas de "eficácia limitada" (MIRAGEM, 2010, p. 47).

Com isso, em 11 de setembro de 1990 é sancionada pelo então presidente Fernando Collor, a Lei Federal n. 8.078, contando com 119 artigos voltados "a efetivar, no plano infraconstitucional, os princípios constitucionais de proteção e defesa do consumidor" (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 16). Inclusive, cabe lembrar, o próprio artigo 1º do CDC sedimenta essa visão, ao tecer que o "código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública[53] e interesse social[54], nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Todavia, após a sua edição, emergiu o 'Novo Código Civil' em 2002, bem como o Brasil internalizara modificações à Convenção de Varsóvia de 1931 através da 'Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional' no ano de 2006, suscitando dúvidas quanto a sua aplicação em detrimento de tais regramentos em função da regra *lex posteriori derrogat priori*, merecendo, por força disso, uma análise pormenorizada sobre a sua natureza de lei especial no ordenamento pátrio.

As leis especiais regulam relações jurídicas específicas de direito comum, destinando-se às classes especiais de pessoas e, por isso, não recaindo à totalidade da realidade jurídico-social (AMARAL, 2006, p. 81-82). Por isso, cumpre dizer que frente ao Novo Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406), o CDC é considerado uma lei especial – não em razão do seu objeto (*ratione materiae*), mas em razão dos sujeitos tutelados (*ratione personae*), possuindo preferência quanto da sua aplicação (AMARAL, 2006, p. 18).

Afinal, o CDC defende pessoas que estão em desigualdade fático-jurídica e/ou socioeconômica, buscando atribuir uma igualdade material entre os diversos sujeitos envolvidos na relação de consumo, o que não ocorre nas relações havidas no âmbito do Código Civil. Isso não

[53] Norma de ordem pública é aquela que deve ser aplicada mesmo sem a provocação do consumidor, não podendo este derrogar as regras consumeristas nem mesmo em razão de sua vontade. Trata-se de norma de interesse essencial do ordenamento pátrio (MIRAGEM, 2010, p. 48-49).

[54] As regras consumeristas transcendem o interesse particular, havendo predileção pelo interesse geral (social) por buscarem o equilíbrio das relações de consumo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 14).

significa, porém, que o CDC afastaria a aplicação das regras de direito geral contidas no Código Civil. Conforme Claudia Lima Marques (2003, p. 70-99), há entre essas codificações uma situação de complementariedade pautada na tese do diálogo das fontes, segundo a qual as normativas devem agir coordenadamente e subsidiariamente para a proteção do vulnerável (o consumidor), aproveitando-se ao máximo dos conceitos oriundos da regra geral civilista para a defesa específica deste nas relações jurídicas desiguais.

Por isso, inclusive, não se aplica a regra *lex posteriori generalis non derogat priori* especial, uma vez que as regras coexistirão naquilo que estão em harmonia, não sendo uma questão de prevalência, mas de (in)compatibilidade (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 19 e 21). Aliás, essa questão está sedimentada no artigo 7º do CDC, o qual dispõe que:

> Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Do enunciado acima, outra discussão importante advém, qual seja, do potencial choque em relação às regras atinentes à aviação civil, já que existem dois tratados internacionais e uma Lei Federal que estariam potencialmente em rota de colisão com o CDC. São eles: a 'Convenção de Varsóvia para a unificação de Certas Regras relativas ao Transporte Aéreo Internacional' – Decreto n. 20.704/31, a 'Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional' – Decreto n. 5.910/06, e o Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei Federal n. 7.565/86.[55]

Acerca disso, faz-se importante salientar que o CDC impõe "um corte horizontal nas mais diversas relações jurídicas", de modo que ele estabelece uma leitura harmoniosa entre os diversos regramentos que tangenciem a relação consumerista (BESSA, 2007, p. 90). Nesse viés, mesmo que existam regras contrárias nas codificações atinentes à questão da aviação civil ao CDC, a interpretação que deveria prosperar seria a de que estes regramentos não seriam revogados, perdendo apenas a sua eficácia naquilo que contrariarem a proteção do consumidor sedimentada na Lei Federal n. 8.078/90, mesmo quando dessa ação decorra a violação de obrigação internacional consoante a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ONU, 1969, art. 27), haja vista ser ela uma regra de ordem pública que visa efetivar um direito fundamental que é a defesa do consumidor, previsto constitucionalmente.

Nesse condão, importante afastar a aplicação igualmente de uma leitura restritiva da própria Carta Política nacional, como defendem aqueles que buscam aplicar tais tratados em detrimento da legislação consumerista com base no artigo 178 da Constituição Federal.[56] Com redação dada pela Emenda Constitucional n. 7 de 1995, tal artigo prescreve que a lei doméstica que dispor sobre a "ordenação do transporte internacional, [deverá] observar os acordos firmados pela União". Todavia, aplicar essa regra constitucional, alegando estar ela acima da codificação consumerista por uma simples visualização da 'hierarquia das normas' do ordenamento jurídico brasileiro vai de encontro

[55] A Convenção de Montreal substituiu a Convenção de Varsóvia. Ambas contém regras limitadoras no que tange a indenização à qual o consumidor teria direito, o que diretamente contraria a previsão da reparação integral, estabelecida no Art.6, inciso VI, do CDC. O Código Brasileiro de Aeronáutica, por sua vez, também limita a reparação pelo dano sofrido pelo passageiro (artigo 257), quanto a sua bagagem (artigo 260) e quanto à carga transportada (artigo 262).

[56] Cf., por exemplo, o Recurso Extraordinário 636.331/RJ e o Agravo em Recurso Extraordinário 766.618/SP, que tramitam no Supremo Tribunal Federal nesse sentido – ambos julgados em 25/05/2017.

ao próprio caráter de direito fundamental que a defesa do consumidor apresenta no Brasil, como dispõe o ora comentado artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal – o qual, importa lembrar, está protegido da atuação e deliberação do poder constituinte derivado por ser considerado clausula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, da Carta Magna pátria.

Como bem destacou Claudia Lima Marques (2009, p. 31), o direito do consumidor

> [é] um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade e direitos civis, direito fundamental de primeira geração em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*).

Nesse sentido, não seria possível admitir que os tratados internacionais atinentes a uma matéria específica fossem lidos pontualmente nos termos do artigo 178 da Constituição. Dever-se-ia realizar uma leitura harmoniosa e dialogada entre as diversas prescrições constitucionais[57], especialmente no que diz respeito às cláusulas pétreas (onde está a defesa do consumidor), as quais tem o condão de "assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade" (MENDES, 1998, p. 92). Por conseguinte, se uma simples modificação não é plausível ao legislador, não seria ela "alterável" pelo poder judiciário, especialmente quando da realização de uma leitura restrita a um único dispositivo do texto constitucional ou por qualquer outro ente do Poder Público – e nem mesmo nas relações jurídicas entre particulares, haja vista que os direitos fundamentais no Direito brasileiro produzirem eficácia imediata e irrestrita[58].

Ademais, cumpre ressaltar que o próprio artigo 178 da Constituição Federal está inserido no capítulo atinente à ordem econômica o qual igualmente prevê o princípio da proteção ao consumidor, nos termos do igualmente supra referido artigo 170, inciso V, da Carta. Nesse viés, até mesmo se a leitura do texto político se restringisse ao referido capítulo, a regra contida no artigo 178 tampouco prevaleceria, haja vista confrontar-se diretamente com um princípio norteador da atividade econômica. Imperioso lembrar que, muito embora regras e princípios sejam espécies de normas, os princípios são "mandamentos de otimização", os quais devem ser cumpridos de acordo com "as possibilidades jurídicas e fáticas" de cada situação, servindo como um norte para a aplicação das regras e orientando a sua aplicação (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Por força disso, não é possível que a legislação consumerista seja afastada, mesmo quando em confronto com regras oriundas de tratados internacionais pautada na sua posição hierárquica ou pelos critérios de especialidade, posto que mesmo sendo uma legislação infraconstitucional e atinente a todas as relações de consumo, ela encontra amparo em regras da própria Constituição Federal, as quais não podem ser lidas limitadamente, sob pena não só de um reducionismo do entendimento da constituinte de 1988, como também da própria proteção do ser humano, cuja dignidade humana é central nas relações sociais desde 1945 no plano internacional[59].

---

[57] Acerca disso, cf.: MARQUES, 2012; MARQUES, 2003, p. 70-99.
[58] Acerca disso, cf.: SARLET, 2001, p. 77, 232, 285-286, 398-399 e 401-402.
[59] Acerca disso, cf. o princípio pro homine, em PINTO, 1997, p. 163; e CANÇADO TRINDADE, 2006, p. 41

6 Considerações Finais

O presente texto tinha como objetivo expor as bases constitucionais da proteção dos consumidores no Brasil, haja vista a proteção de vulneráveis nas relações de consumo no âmbito brasileiro ter emergido de maneira efetiva com a promulgação da Constituição de 1988, em que pese os passos iniciais terem ocorrido ainda na década de setenta. Por isso, em sua primeira parte, o texto parte de uma exposição dos movimentos que conduziram não só à introdução da necessidade de edificar-se um Código de Defesa do Consumidor nas disposições transitórias da Constituição de 1988, como também a inserção do Direito do Consumidor enquanto direito fundamental e princípio da ordem econômica no texto constitucional.

Na segunda parte do texto, buscou-se detalhar a inclusão da defesa do consumidor no artigo 5º, inciso XXXII da CF/88 e o seu significado, notadamente, enquanto um direito fundamental de segunda dimensão, inerente e inalienável aos indivíduos, destinado a equilibrar as relações jurídicas desiguais, a partir de uma maior participação do Estado para efetivá-los. Ato contínuo, no terceiro item, expôs-se que o Direito do Consumidor não só é um direito social a ser protegido pelo Estado, como também é um princípio da ordem econômica brasileira, previsto no artigo 170, inciso V da CF/88, pugnando pela realização de atos e/ou medidas pelo Estado que não só restrinjam, condicionem ou suprimam a iniciativa privada, como também promovam condutas específicas para a defesa do consumidor, de modo a atingir a justiça social.

Por fim, na última parte do texto, debateu-se igualmente a inserção no artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da incumbência ao Congresso Nacional em elaborar do Código de Defesa do Consumidor, a qual daria origem a Lei Federal n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Não apenas isso, nesse item igualmente discutiu-se a posição desta codificação no ordenamento jurídico pátrio, exaltando não só a sua especialidade quando comparada ao Código Civil, como também o seu caráter de ordem pública frente a outros conjuntos normativos, seja de Direito Interno (como o Código Brasileiro de Aeronáutica), seja de Direito Internacional (como as Convenções de Varsóvia e de Montreal), impondo a realização de uma leitura harmoniosa e dialogada entre os diversos regramentos existentes, desde que sempre em favor da parte mais vulnerável.

Afinal, esta era a vontade do legislador originário em 1988 quando da edificação do texto constitucional vigente, notadamente por incluí-lo não só no capítulo da ordem econômica enquanto um princípio-base, mas também como direito fundamental (e, logo, uma cláusula pétrea), demonstrando não se tratar, designadamente no que tange aos tratados internacionais que versam sobre transporte aéreo, de um mero choque entre leis ordinárias em que a especificidade e a menção da necessária observância dos tratados ratificados pela União nessa área prevaleceriam – mas sim, de uma necessária análise do próprio texto constitucional de modo global, o qual trabalha com a proteção do consumidor de maneira cogente (no que diz respeito ao art. 5º, inc. ‘xxxii’) e guiadora da ordem econômica (quanto ao art. 170, inc. ‘v’) e que, por força disso, deve prevalecer perante o pontual artigo 178 da Carta Política.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008,

AMARAL, Francisco. *Direito Civil:* Introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZAMBUA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44ª Ed. São Paulo: Globo S.A., 2006.

BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação:* direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: RT, 2009.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*: politica, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: ed. UNESP, 1995.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor.* 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. Brasília: Jurídica, 2007.
BRASIL. *Constituição Federal.* 1988.

BRASIL. *Lei Federal n. 8.078.* 1990.

BRASIL. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça. *ADI n. 00527701420138190000*. Relator Desembargador Fernando Foch De Lemos Arigony Da Silva. Julgado em 05 mai. 2014 – Tribunal Pleno. Publicado em 10 jun. 2014

BRASIL. Supremo tribunal Federal. *ADI n. 855/PR*. Relator Min. Octavio Gallotti. Julgado em 06 mar. 2008 – Tribunal Pleno. Publicado em 27 mar. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 636.331/RJ*. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgado em 25/05/2017. Aguarda publicação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário 766.618/SP*. Relator Min. Roberto Barroso. . Julgado em 25/05/2017. Aguarda publicação

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERNÁNDEZ, José Luis Soberanes. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México: Editorial Porrúa, 1998.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, a. 10, n. 37, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o Cenário da Jurisdição Desafiada. *In:* MORAIS, José Luis Bolzan (org.). *O Estado e as suas crises*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às clausulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 45, pp. 70-99, jan./mar. 2003.

MARQUES, Claudia Lima. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 35, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao Direito do Consumidor. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do 'diálogo das fontes' no combate às clausulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, pp. 70-99, jan./mar. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MIRAGEM, Bruno Barbosa. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial.* São Paulo, v. 65, 1993.

MORAIS, José Luis Bolzan. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Diretos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena do Direito dos Tratados*. 1969.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia*: introdução ao Direito Econômico. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor*: doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PERIN JUNIOR, Ecio. A *Globalização e o Direito do Consumidor*. Barueri: Manole, 2003.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de lós derechos humanos. *In: La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editorial del Puerto, 1997.

RIOS, Josué. *A defesa do consumidor e o direito como instrumento de mobilização social*. Rio de Janeiro: MAUAD, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo. São* Paulo: ed. Malheiros, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional*: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira na Constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*. n. 102, pp. 29-32, abr./jul., 1989.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso. *Análise Econômica do Direito Ambiental*: perspectivas interna e internacional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

STRECK, Lênio; MORAIS, José Luís Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado.* 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VARELLA, João de Matos Antunes. O movimento da descodificação do direito civil. *In:* BARROS, Hamilton de Moraes *et al. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Caio Mario da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DIÁLOGO ENTRE AS FONTES NA HERMENÊUTICA CONSUMERISTA: UMA ANÁLISE DO DEVER/DIREITO DA INFORMAÇÃO ADEQUADA NA COBRANÇA DA COMISSÃO DE CORRETAGEM

Priscila Zeni de Sá,
Doutora em Direito (UNISINOS),
Mestre em Direito Econômico e Social (PUCPR),
Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Constinter" certificado junto ao CNPQ pela Furb,
Professora titular de Direito Civil na FURB.
priscilazenidesa@icloud.com

Resumo:

A construção da resposta adequada por meio da prestação jurisdicional é um dos desafios da contemporaneidade. O complexo sistema de fontes do Direito deve ser analisado para permitir a sustentação da decisão. O diálogo entre as fontes permite que a concreção do direito se dê adequada e fundamentadamente, na medida em que não se prende apenas à regra positivada, mas se abre para permitir a utilização de princípios, convenções, costume, tradição, sempre a partir do viés constitucional. Assim, analisa-se no presente artigo a construção pelo Superior Tribunal de Justiça da tese da validade da cláusula que transfere o pagamento da comissão de corretagem ao consumidor em contratos de compromisso de compra e venda de imóveis no regime da incorporação imobiliária desde que previamente informado ao consumidor. A decisão funda-se na ótica principiológica consumerista bem como pela aplicação do diálogo entre as fontes.

Palavras-chave: Diálogo entre as fontes. Informação adequada. Comissão de corretagem. Direito do consumo.

1 Introdução

O presente artigo tem como principal objetivo analisar a utilização do diálogo entre as fontes na decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ – que, em grau de recursos repetitivos, tema 938, decidiu pela validade da cláusula contratual que transfere ao consumidor a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado na descrição do preço total.

Pretende-se assim explanar e discutir o diálogo entre as fontes como método hermenêutico que permite a construção da resposta jurisdicional adequada, bem como analisar o direito/dever de informação sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor – CDC. A partir das premissas teóricas estabelecidas, busca-se identificar a utilização do diálogo entre as fontes no acórdão do REsp 1599511/SP, bem como do princípio da informação adequada.

Como método de abordagem optou-se pelo método fenomenológico hermenêutico especialmente no que tange a concretização do círculo hermenêutico gadameriano (GADAMER, 2002). Paralelamente optou-se pelo método de estudo de caso buscando analisar como se deu a concreção do direito do consumidor especificamente no julgamento do caso supracitado.

Pretende-se, portanto, enfrentar a seguinte problemática: o julgamento do Tema 938 pelo STJ firmando a tese que a comissão de corretagem pode ser suportada pelo consumidor desde que discriminada no preço do imóvel utilizou o diálogo entre as fontes como método hermenêutico? Para tanto analisa-se a fundamentação da decisão nesse tópico, buscando também comprovar o cumprimento do dever de informação como princípio consumerista. Como hipótese preliminar ventilou-se positivamente, a partir do fato que várias regras, princípios e a tradição serviram de parâmetros para a construção da resposta jurisdicional nesse caso, pois aliados às demais fontes do direito, permitiram um verdadeiro diálogo entre as fontes.

2 O diálogo entre as fontes

Constata-se que a superação da dicotomia do público-privado e a ideia da completude do sistema codificado do Século XIX almejam um nova realidade para a interpretação e aplicação do direito na pos-modernidade. O então modelo codificado oitocentista defendia a postura do sistema fechado e auto-suficiente que não mais se aplica às relações sociais complexas da atualidade, pois a lei positivada não pode dar conta da realidade, já que andam em velocidades absolutamente distintas. A ideia de que a lei poderá prever e regular antecipadamente todas as situações fáticas, cai por terra na atual conjuntura. (TEPEDINO, 2000, p. 2).

Diante dessa complexidade social, já não se pode entender a aplicação das regras pelo modelo da mera subsunção (AVILA, 1997), e nem pela antigas regras da especialidade ou da anterioridade trazidas pela Lei de Introdução, seja ao Código Civil, seja ao ordenamento jurídico brasileiro. Deve-se perceber que inúmeras questões não se encaixam nem se encaixarão perfeitamente nos suportes fáticos existentes (ENGELMANN, 2011), mas necessitam de uma regulação e, especialmente, de uma resposta adequada quando são postas à análise do Judiciário. Assim, o sistema tradicional das fontes e da interpretação não mais atende aos pressupostos exigidos por esse novo modelo.

Perlingieri (2008a) ao discutir a complexidade e o caráter unitário do ordenamento jurídico, critica a divisão exagerada do direito em inúmeras especialidades e microssistemas. Alega que a especialidade demasiada faz que o jurista perca a noção unitária do ordenamento e não identifique claramente o sistema do pluralismo de fontes. Sem negar a posição de centralidade da Constituição e seus princípios, o autor identifica no sistema de pluralismo das fontes uma saída eficaz para a concretização do direito a partir dos valores constitucionais e não apenas na atividade subsuntiva como explicitado acima. Defende, portanto, a unidade do ordenamento, seja pela criação legislativa, pela aplicação jurisprudencial ou pelo contexto social. Mas ao mesmo tempo entende que o pluralismo do sistema de fontes deve sempre ter a Constituição como coluna vertebral.

Segundo o mesmo autor, a interpretação deve ser realizada em dois vetores: sistemático e axiológico. O primeiro "exige que o ordenamento seja interpretado em sua unidade", ao passo que o segundo pressupõe que a interpretação leve em conta não só o valor da lei, mas também os constitucionais, internacionais, comunitários, permitindo que a resolução da lide seja uma construção legítima na visão do ordenamento como um todo. Reconhecer o pluralismo das fontes do direito é inegável, e vislumbrar que a tradição constantemente modifica interpretações e até mesmo a própria lei, faz com que se privilegie uma interpretação conforme os valores constitucionais, ao lado da historicidade e da experiência (PERLINGIERI, 2008a, p. 3,4)

Tepedino (2000) pactua do entendimento de Erik Jayme e sustenta a existência de uma "cultura jurídica pós-moderna", buscando o papel primordial dos direitos humanos, caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos.

Sobre os quatros fenômenos aponta o pluralismo não apenas de leis, mas também de vítimas, de causadores de danos, de relações multifacetadas. A principal contribuição do pluralismo reside na desconstrução do sistema fechado, das categorias e dos institutos jurídicos. Quanto à comunicação, como "valor máximo da pós-modernidade", enxerga "o direito como instrumento de comunicação, de informação, de valorização do eterno e do transitório", além de se mostrar como meio de proteção dos mais fracos. No que tange à narrativa, vislumbrou que as normas "não criam deveres mas simplesmente descrevem valores". E o último, o retorno aos sentimentos, é designado pelo autor como a preocupação não apenas com os fatores externos que influem na sociedade, mas sim dos valores humanos, que acabam por desencadear na proteção dos direitos humanos. (JAYME, apud TEPEDINO, 2000, p. 6).

Doutra banda, Lorenzetti narra essa pos-modernidade como "a era da desordem", na medida em que constata uma crise no sistema jurídico. Narra uma crise na noção jurídica de povo e de cidadão, diante de fatos como o multiculturalismo e a colisão de direitos fundamentais; uma crise estatal, diante da constatação de um Estado mínimo; também o desprestígio da lei diante da infinidade de leis que pretendem regular todos os fatos sociais, porém sem êxito. A quantidade exacerbada de leis gera um fenômeno totalmente oposto à sua intenção original: ao invés da busca pela norma que regulará o fato, constata o descrédito da sua tutela e a fuga para mecanismos de pactuação de regras contratuais próprias, já que as leis não dão conta da velocidade das mudanças fáticas, sociais e novas necessidades humanas (LORENZETTI, 2010, p. 53-56).

Diante dessa constatação, percebe-se uma crise no sistema de fontes normativas que acabam por desencadear numa crise no sistema jurídico, como um todo. Se se considerar apenas a doutrina do positivismo normativo aliada a essa realidade de infinidade de situações cotidianas não antevistas pela norma, o sistema entra em colapso e não mais consegue dar respostas que lhe são exigidas. Assim, percebe-se que o modelo subsuntivo não basta para a complexidade da sociedade pós-moderna.

Tepedino (2009a) narra inúmeras situações cotidianas que implicariam na ausência de resposta jurisdicional se se considerasse a teoria hermenêutica tradicional, tais como: as problemáticas advindas da responsabilidade civil no caso da multiplicação de danos ou de vítimas, e a dificuldade da prova de seus requisitos tradicionais (conduta, culpa, dano e nexo causal); problemas advindos das novas tecnologias, desde os danos e riscos advindos delas, bem como a necessidade de informação adequada; as questões relativas ao biodireito; entre outras apontadas pelo autor, que, segundo ele resolver-se-iam pela clausula geral da tutela da dignidade da pessoa humana.

Nessa linha, Marques trouxe ao Brasil, pelas lições do mesmo jurista alemão, a teoria do diálogo das fontes, que se caracteriza por um método que preceitua a aplicação simultânea, coerente e coordenada de várias leis afastando os antigos critérios da anterioridade, especialidade ou hierarquia (MARQUES, 2012, p. 19-20).

O citado método parte do pressuposto que leis gerais e especiais, bem como leis nacionais e internacionais podem ser utilizadas ao mesmo tempo para solucionar uma lide, sem que haja revogação expressa ou tácita de uma pela outra. Trata-se de um método de teoria geral do direito que parte do pressuposto da unidade do sistema já explicitada por Engisch e Bobbio, mesmos doutrinadores que sustentam a teoria originalmente alemã (MARQUES, 2012, p. 23; BOBBIO, 2007). A unidade do ordenamento considerado a partir de princípios e regras funda-se nas lições de

Engisch (2014) e Perlingieri (1994) pois, ainda que haja uma pluralidade de fontes normativas, deve-se considerar a função do jurista em realizar a interpretação formar um todo individual e unitário que será denominado ordenamento (RESCIGNO, 2004) especialmente à luz dos preceitos constitucionais.

A partir da ideia de pluralismo pós-moderno, afirma a autora que o diálogo se apresenta de três modos distintos, mas sempre tendo em vista princípios e regras constitucionais numa interpretação conforme a Constituição: diálogo sistemático de coerência; de subsidiariedade ou complementariedade; e de adaptação ou coordenação. O primeiro nasce da aplicação de uma lei central e de um microssistema ao mesmo tempo. O segundo, quando uma regra principiológica complementa outra regra. E o terceiro parte da aplicação conjunta de duas regras, sendo uma influenciada pela outra e vice-versa (MARQUES, 2012, p. 32).

Percebe-se que tal teoria inova a regra tradicional da Lei de Introdução ao Código Civil, depois transformada na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas pressupõe sempre a aplicação de fontes normativas positivadas, ou seja, sempre a lei.

Tepedino alerta que não se pode "confundir a pluralidade de fontes normativas com os denominados microssistemas" (TEPEDINO, 2009a, p. 29). O mesmo autor anui com a posição de Perlingieri (2008b) no que se refere à unidade do sistema, defendendo a complexidade do mesmo e aquiescendo que sua formação depende de elementos normativos, tais como as leis, bem como de elementos sociais, já que considera como relevantes os valores sociais, bem como

> as matizes culturais, informadas por valores historicamente determinados, presentes no seio social" e, citando Perlingieri afirma que "a dinamicidade do ordenamento deve ser entendida, portanto, em dúplice sentido: expansível por regras e princípios introduzidos legalmente dia a dia no sistema e condicionado pela evolução das exigências e hábitos, isto é, pela cultura como atualidade dos problemas e das possíveis soluções.

Vislumbra-se, portanto, a própria tradição como fonte do direito.

Contudo, percebeu-se que nem sempre a norma escrita e positivada, soluciona todas as situações concretas que lhes são postas à análise. Engelmann enfrenta essa problemática diante das nanotecnologias. Narra o autor que, nesse tema, não há lei positivada que permita a subsunção, o que ocasionaria a falta de resposta do sistema jurídico. Contudo, não poderá o sistema jurídico se eximir da resposta ao problema, pelo que o pesquisador revisita a teoria do suporte fático de Pontes, sugerindo o diálogo entre as fontes, a seguir elucidado (ENGELMANN, 2012).

Primeiramente, revisita-se a "noção e a abrangência da noção de 'norma jurídica'" (ENGELMANN, 2012, p. 329) pois considera como norma não apenas a lei positivada como afirmava Dworkin no conceito de regra, mas abarca também outras fontes, tais como:

(i) num primeiro grupo, ao lado das leis produzidas pelo legislativo (seja a Constituição ou regras infraconstitucionais), coloca os princípios, os costumes, a doutrina, atos provenientes de mediação, negociação e arbitragem, normas produzidas por Agências Reguladoras, entre outras.

(ii) no segundo grupo, as fontes internacionais, especialmente as que protegem direitos humanos, aqui incluídos os tratados e convenções internacionais, costumes internacionais, Lex mercatória, Lex electronia, Normas produzidas pela ISO, por órgãos da ONU, entre outras;

(iii) por fim, no terceiro grupo, o autor coloca as normas produzidas por organizações, especialmente as empresariais, aqui incluídos os programas de cumprimento e programas internos.

Isso demonstra que a norma jurídica positivada retrata apenas uma parte da quantidade de normas disponíveis no sistema social que poderão ser utilizadas pelo sistema jurídico para construir a resposta para o problema ou situação que lhe foi proposto. O autor afirma que

> A falta de normas reguladoras específicas não poderá gerar a impressão de um "espaço jurídico vazio", onde tudo que não esteja proibido é permitido. A pesquisa [...] pretende mostrar o contrário: uma efetiva gestão empresarial do risco estará preocupada com as normas reguladoras e técnicas já vigentes, e em condições de serem aplicadas às nanotecnologias. Busca-se a construção de um efetivo "plano de cumprimento normativo", fundado no respeito aos Direitos (dos) Humanos, aí abrangidos a preocupação com a vida e a saúde das pessoas e com a preservação do meio ambiente. (ENGELMANN, 2012, p. 330)

Ou seja, não se pode pressupor que os fatos sociais ingressem no sistema jurídico apenas a partir do preenchimento do suporte fático da norma positivada, pois nem sempre essa subsunção é perfeita e a complexidade da contemporaneidade exige uma abertura para que se possa solucionar situações não antevistas pelo legislador (ENGELMANN, 2012, p. 331). Ademais, a velocidade das relações sociais, a diversidade da sociedade complexa, a globalização e as situações transfronteiriças, tudo isso demanda uma resposta adequada do sistema do direito que não pode se furtar quando é exigido.

O diálogo proposto pelo autor comunica as fontes internas e externas do Direito, num "triplo movimento simultâneo: entre as fontes internas, entre as fontes externas e entre as internas e as externas." (ENGELMANN, 2011, p. 9). Por isso o diálogo entre as fontes proposto por Engelmann é mais amplo e abrangente do que aquele diálogo das fontes trazido da doutrina alemã por Marques. Naquele apenas a regra positivada se comunicava, ao passo que neste abre-se significativamente o sistema de fontes do direito para abranger as internas e as externas, como explicitado.

A proposta do diálogo entre as fontes pressupõe a aplicação simultânea das fontes do direito sem a ideia de exclusão ou de dicotomia, bem como determina que o fluxo das fontes respeite sempre os vetores constitucionais, em especial os princípios. A Constituição deixa de assumir um caráter hermenêutico de mera fiscalização para direcionar a construção de uma resposta jurídica dentro de um sistema ordenado e coerente (ENGELMANN, 2011, p. 12-13).

A apontada unidade do sistema jurídico, elucidada por Perlingieri (2008b), em sua complexidade social narrada no primeiro item, permitirá uma integração maior entre princípios, regras, tradição e todas as fontes do direito, pois deverão ser interpretadas de forma unitária e harmônica sempre orientadas pelos vetores constitucionais. O diálogo entre as fontes pressupõe a unidade do sistema e está alicerçado no próprio círculo hermenêutico (ENGELMANN, 2011, p.9; GADAMER, 2002).

Da mesma forma, a unidade do sistema permite que o julgador utilize-se de todas as fontes do direito, sejam internas ou externas, sempre comunicando-se para que a solução dada ao caso concreto coadune com o sistema considerado em relação à sociedade e aos demais sistemas.

Martins-Costa considera o sistema de fontes a partir de quatro espécies: a fonte legal que se origina do poder estatal de legislar; a fonte consuetudinária onde aparecem as relações sociais e coletivas, como comportamentos reiterados; a jurisdicional a partir das decisões anteriores emanados do Poder Judiciário; e, por fim, a fonte negocial, que se manifesta pela analise dos pactos firmados pelos particulares. Tais fontes geram modelos que nunca são estáticos, mas sim abertos e seguem a dinamicidade social (MARTINS-COSTA, 1999, p. 333).

No que tange ao papel dos princípios nessa nova realidade, Moraes (1998) afirma que exercem papel fundamental na abertura do sistema jurídico. É por meio dos princípios que o Judiciário poderá concretizar o real sentido do direito constitucional.

Assim, a abertura hermenêutica para o diálogo entre as fontes reside exatamente na disposição legislativa na adoção de um sistema aberto, que permita ao intérprete a melhor construção jurídica que aquele determinado caso demanda.

3 O diálogo entre as fontes no julgamento do tema 938/STJ

Esse cenário permite analisar o recente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em grau de recurso repetitivo, Tema 938, acórdão foi proferido no RESP 1599511/SP, cuja tese foi firmada no seguinte sentido: "Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; (vide REsp n. 1.599.511/SP)"

Analisa-se no presente artigo apenas a parte do acórdão referente à tese acima firmada, pois há outras implicações e teses oriundas do mesmo tema, podendo-se comprovar, nesse tópico, a utilização do diálogo entre as fontes acima explicitado.

A matéria relativa ao contrato de corretagem foi analisada de acordo com as regras do contrato no Código Civil, da Lei 6530/78 (que disciplina a profissão de corretor de imóveis), além do Código de Defesa do Consumidor, bem como de doutrina nacional sobre o tema. Os princípios e a jurisprudência também aparecem reiteradamente.

Além dos princípios e regras, chama a atenção a utilização do costume como fonte do direito. A tradição foi considerada na medida em que, apesar da vedação do julgamento de matéria de fato é, grau de recurso especial, fez-se a constatação de que nos casos afetados a compra do imóvel foi feita por meio de compromisso de compra e venda, no regime de incorporação imobiliária, no local destinado às vendas diretamente no imóvel, todos lidos a partir do costume no sistema brasileiro.

Extrai-se a utilização da tradição do seguinte trechos:

> Modernamente, a forma de atuação do corretor de imóveis tem sofrido modificações nos casos de venda de imóveis na planta, não ficando ele mais sediado em uma empresa de corretagem, mas, contratado pela incorporadora, em estandes situados no próprio local da construção do edifício de apartamentos. [...] Esse quadro fático sintetiza a prática usual do mercado imobiliário brasileiro da utilização da corretagem em benefício do vendedor, pois toda a atividade desenvolvida, desde a divulgação até à contratação, tem por objetivo angariar clientes para a incorporadora (promitente-vendedora). [...] A prática comercial tem evidenciado que as incorporadoras têm efetivamente transferido, expressa ou implicitamente, esse custo para o consumidor. (RESp 1599511, p. 13,15,17)

Por óbvio, o costume como fonte do direito, refletido na tradição foi fundamento determinante para a interpretação das regras e princípios, na medida em que a prática comercial de repasse da comissão do corretor de imóveis em casos de incorporação imobiliária já está arraigada nessa modalidade contratual e tipo de negociação.

Caso o tribunal tivesse decidido pela abusividade, e consequente invalidade da cláusula que repassa a corretagem ao consumidor, a decisão poderia não surtir efeitos práticos ou modificar a questão e nem a realidade. A prática continuaria presente e o valor da comissão de corretagem

permaneceria embutido no preço total do imóvel. Se esse fosse o entendimento, contrário ao deslinde que se viu, as ofensas ao direito do consumidor poderiam continuar sendo constatadas, a decisão não surtiria nenhum efeito prático, não se teria cumprido a sua função de garantir a defesa do consumidor na qualidade de direito fundamental (art. 5º., XXXII, CF/88).

O acórdão analisado fundamentou-se nas normas positivadas aliadas aos princípios e à tradição, num evidente diálogo entre as fontes.

Afora isso, além das fontes acima explicitadas, fundamentou-se o acórdão no direito básico do consumidor à informação adequada, constante no art. 6o. III, CDC, bem como no aspecto principiológico tal como se extrai do caput e do art. 4o. da mesma lei.

Marques (2013) alia o direito básico da informação adequada previsto no art. 6o., ao princípios da transparência, harmonia e boa-fé previstos no caput do art. 4o, todos do CDC. Afirma a autora que "O direito à informação, assegura igualdade material e formal (art. 5o. I e XXXII da CF/1988) para o consumidor frente ao fornecedor, pois o que caracteriza o consumidor é justamente o seu déficit informacional, quanto ao produto e serviço, suas características, componentes e riscos e quanto ao próprio contrato, no tempo e conteúdo (MARQUES, 2013, p. 282).

Mais a frente vincula o "direito à informação" ao "dever positivo de informar" considerando que a informação adequada conduz a uma conduta do fornecedor como consequência da boa-fé e dever anexo vinculado a ela. (MARQUES, 2013, p. 283).

No mesmo sentido Efing (2004) trata-o como "princípio da informação" elevando-o como a "mais importante baliza norteadora das regras inerentes à Política Nacional das Relacoes de Consumo" aliando-o da mesma forma aos princípios da transparência, harmonia e boa-fé. Da mesma forma disserta Filomeno (2011) nos seus comentários ao mesmo dispositivo legal.

O acórdão ora analisado faz exatamente esse raciocínio quando afirma que a "no âmbito das relações de consumo a informação adequada sobre os produtos e serviços não é apenas um direito do consumidor mas um dever imposto ao fornecedor". (RESp 1599511, p. 18)

Verifica-se, portanto, que o direito à informação adequada foi positivado pelo CDC como um direito básico, mas a sua caracterização implica paralelamente a um dever ao fornecedor, ao mesmo tempo em que se liga diretamente aos princípios da harmonia, transparência e boa-fé.

No caso analisado possibilitou-se a transferência do encargo ao consumidor, desde que cumprida a informação adequada impondo à incorporadora o dever de discriminar na promessa de compra e venda o valor total indicando expressamente o valor da comissão de corretagem. Fez-se a leitura a partir das regras e princípios do CDC impondo o dever de comunicar minuciosamente os valores cobrados do consumidor e que compõe o valor do bem imóvel compromissado.

A cláusula geral da boa-fé também foi fundamento na decisão ora analisada, na medida em que o seu preenchimento se deu a partir da vinculação da mesma ao dever de informação, baseando-a nas normas civil e consumerista cumulativamente. Coaduna-se a boa-fé objetiva em ambas as normas preenchendo-a, principalmente, a partir da transparência imposta à incorporadora.

Vislumbra-se portanto que a decisão ora analisada ainda que afaste a abusividade alegada pelo recorrente, concretiza os princípios e direitos básicos tão caros ao CDC, afinal, ao dar efetiva aplicação ao direito de informação acaba por cumprir a transparência e harmonia, bem como os interesses econômicos do consumidor e, consequentemente a sociedade de consumo.

Ademais, a construção da resposta do tema 938 comprova a utilização do método hermenêutico do diálogo entre as fontes, na medida em que fundamenta a decisão na tradição das práticas comerciais brasileiras, que já embutiam a comissão de corretagem no preço do imóvel e que já era um ônus suportado pelo consumidor. Ou seja, manteve-se o costume mas adequou-se o fato

aos princípios e normas que compõe o sistema de proteção do consumidor, respeitando e elevando os princípios da transparência, harmonia e boa-fé por meio da concretização da informação adequada.

4 Considerações finais

Diante do exposto retorna-se ao problema incialmente proposto e comprova-se a hipótese preliminarmente ventilada.

O julgamento do Tema 938 pelo STJ firmando a tese que a comissão de corretagem pode ser suportada pelo consumidor nas aquisições por compromisso de compra e venda no regime de incorporação imobiliária, desde que discriminada no preço do imóvel utilizou o diálogo entre as fontes como método hermenêutico para fundamentar a decisão.

Comprovou-se que o acórdão analisado buscou sua fundamentação nos princípios e regras que protegem o consumidor e sociedade de consumo, ao mesmo tempo em que interpretou-os dando-lhes a singularidade do caso concreto bem como adequando-os a tradição do mercado imobiliário brasileiro.

Conclui-se, portanto, que o diálogo entre as fontes é um método hermenêutico que possibilita a construção de uma resposta adequada e fundamentada no sistema de proteção e defesa do consumidor, suas regras e princípios.

Ao mesmo conclui-se que o costume foi fator determinante na decisão analisada e foi balizador da construção da resposta.

Por fim, impõe-se a constatação que a decisão deu concreção ao princípio da informação adequada, seja considerado como direito do consumidor, ou como dever do fornecedor, pois ao mesmo tempo em que permitiu que o consumidor suporte o ônus da comissão de corretagem, estabeleceu a obrigação de discriminar tal valor na descrição do preço total do bem constante do contrato pactuado entre as partes, num comportamento que evidencia transparência e harmonia das relações de consumo.

Referências

AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: *Faculdade de Direito*: o ensino jurídico no limiar do novo século. (org.) Antonio Paulo Cachapuz Medeiros. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*: novos estudos de Teoria do Direito. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido no RESP 1599511SP Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1532624&num_registro=201601297158&data=20160906&formato=PDF> Acesso em 02/05/2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

EFING, Antonio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2004.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do "diálogo entre as fontes do direito": abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, n. 7.

ENGELMANN, Wilson. A Nanotecnociência como uma Revolução Científica: os Direitos Humanos e uma (nova) filosofia na Ciência. IN: STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 249-65.

ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENGELMANN, Wilson. O diálogo entre as fontes do Direito e a gestão do risco empresarial gerado pelas nanotecnologias: construindo as bases à juridicização do risco. IN: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, n. 9, p. 319-344

ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 33; 29; 12-3.

FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de janeiro: Forense, 2011).

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. A Era da Desordem: O Fenômeno da Descodificação. IN: *Teoria da Decisão Judicial*: Fundamentos de Direito. Tradução de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009, p. 39-69.

MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman.. MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. O "diálogo das fontes" como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith *A Boa-Fé no Direito Privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da "Ética da Situação". IN: MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-168.

MORAES, Maria Celina Bodin. Prefacio de In: NEGREIROS, Teresa. Fundamentos para uma intepretação constitucional do principio da boa fé. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro / Gustavo Tepedino, organizador. São Paulo: Atlas, 2008a.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.

PERLINGIERI, Pietro. *Profili del diritto civile.* Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 21

RESCIGNO, Pietro. Unità e pluralirità del diritto civili: il sistema e le fonti. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.* V. I. Ano 2004. Milano: Giufrè, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo Código Civil:* estudos na perspectiva civil-constitucional. 3ª. ed. - Gustavo Tepedino (coordenador) – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1-16.

TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil Constitucional e suas perspectivas atuais. In: *Temas de Direito Civil*. – Tomo III Rio de Janeiro: Renovar, 2009a, tomo III, p. 21-40.

TEPEDINO, Gustavo. O ocaso da subsunção. IN: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, Tomo III, p. 443-5.

TEPEDINO, Gustavo. Os contratos de consumo no Brasil. In: *Temas de Direito Civil* – Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006a, tomo II, p. 123-135

A SEDIMENTAÇÃO DA SOCIEDADE DE CONSUMO E MEIOS DE CONSCIENTIZAÇÃO DO NOVO CONSUMIDOR

Carina DeOlinda da Silva Lopes,
Mestre em Direito, URI, lopesdeo@hotmail.com

Claudine Rodembusch Rocha,
Doutora em Direito pela Universidade de Burgos,
claudinerodembusch@yahoo.com.br

Cristiane Feldmann Dutra, Mestre em Direito,
Uniritter, cristianefeldmann@hotmail.com

Diego Oliveira da Silveira, Mestre em Direito,
Unisc, dosilrgs@hotmail.com

Suely Marisco Gayer, Mestre em Direito,
Uniritter, suelylo@hotmail.com

Resumo

Uma abordagem a respeito da proteção constitucional e sistemática dos direitos difusos do consumidor, sob a ótica da atual sociedade de consumo e a aplicação de medidas para a efetiva proteção almejada, com a adoção de políticas públicas. Considerando a ênfase constitucional de proteção aos interesses da coletividade, aqui abordados especialmente os direitos do consumidor, que se depara com uma realidade completamente diferente daquela vista há pouco tempo atrás, em que o excesso de informação, combinado com a produção massificada, o sedimento dos contratos tipificados como de adesão e a vulnerabilidade dos consumidores, nos levam a um terreno instável, objeto de grande estudo e preocupação, que passou a ser um fenômeno nas sociedades modernas.
De que forma a efetivação dos princípios constitucionalmente estabelecidos pode fazer cessar tal situação? Ações de conscientização, informação e educação da coletividade, combinadas e implementadas por políticas públicas, podem servir de meio de prevenção à lesão de tais direitos.

Palavras-Chave: Nova sociedade de consumo. Conscientização. Consumidor. Educação.

Abstract:

One approach regarding the constitutional protection and systematic consumer diffuse rights, from the perspective of today's consumer society and the implementation of measures for the effective protection desired, with the adoption of public policies. Considering the emphasis of constitutional protection to collective interests, raised here especially consumer rights, which is facing a completely different reality from that seen not long ago, where the excess of information, combined with mass production, the sediment of typified as contracts for membership and the vulnerability of consumers, lead us to a shaky ground, large study and object of concern, which became a phenomenon in modern societies.

How the enforcement of constitutionally established principles may terminate this situation? Public policies, along with awareness-raising, information and community education can serve as a means of preventing the injury of such rights.

Key-words: New consumer society - consumer awareness – education,

1 Introdução:

As relações de consumo são regulamentadas por um sistema próprio, que sobretudo encontra respaldado na Constituição Federal de 1988, estabelecidas através de princípios e garantias fundamentais, que têm a função de proteger o consumidor. O Poder Judiciário e demais órgãos da Administração Pública, através de políticas públicas de controle efetivo buscam fazer com que efetivamente sejam assegurados tais direitos, através do cumprimento dos princípios estabelecidos no sistema, aqui em especial referência à condição de vulnerabilidade do consumidor, informação clara e qualificada, baseada na educação da coletividade, como maior instrumento de defesa de seus interesses.

Destarte, oportuna a análise da efetividade da proteção constitucional existente, a esse novo tipo de relação de consumo e na busca de políticas públicas que garantam a segurança estabelecida na constituição, quer por meio de campanhas de conscientização e educação da coletividade consumidora, quer por meio de fiscalização e punição relevante dos fornecedores que não respeitam tais estipulações do sistema.

A relevância do tema é certificada pelo ilustre Bruno Miragem, quando afirma que "a defesa do consumidor é princípio informador da ordem econômica constitucional, razão pela qual o exercício da livre iniciativa econômica deve harmonizar-se com a defesa dos interesses do consumidor" (Miragem, 2008,161).

A implementação de uma nova forma do consumidor se relacionar, em conjunto com a busca pela proteção da parte mais fraca na relação negocial de consumo, apresentou-se como um avanço crucial, a partir da premissa constitucional da dignidade da pessoa humana. À primeira vista, identifica-se um sistema logicamente articulado e promissor, diante de condições de proteção ao consumidor contratante, através de princípios constitucionalmente fundamentados e sistematicamente assegurados através do Código do Consumidor, de forma entrelaçada à nossa Carta Magna. Estas premissas são um prelúdio das promessas propagadas pelo sistema, principalmente no que diz respeito à coletividade.

Nesse novo cenário econômico, nos deparamos com uma realidade distinta, onde se prioriza o consumo desenfreado e se estabelecem relações impessoais, com a busca exclusiva de obtenção de lucro, com o uso cada vez mais habitual dos contratos de adesão, o que acaba por transgredir direitos constitucionalmente estabelecidos e resguardados.

A atualidade nos mostra a realidade de uma sociedade preocupada em consumir e despreocupada com o meio ambiente, e isso também se dá em decorrência da ausência de informação. Informação capaz de gerar conhecimento, consciência, criar uma nova ideia de consumo a partir da sustentabilidade. (GAYER, 2013, p.8).

Miragem coaduna desse entendimento, na medida em que diz: “em face da nova realidade contratual, na qual os contratos de consumo se estabelecem sob a forma de contratos de adesão, muitas vezes após intensa atividade publicitária a exigir a regulação do fenômeno a partir da preocupação de proteção dos potenciais aceitantes, demonstra a insuficiência a visão tradicional de direito civil sobre os contornos da oferta e da sua aceitação, sobretudo no que diz respeito a seus efeitos vinculativos do ofertante.” (Miragem, 2008,153).

No Brasil, com a crescente e frenética massificação dos contratos de consumo, o que acabou por fazer com que os critérios para obtenção de crédito pelo consumidor fossem cada vez menos exigentes, no anseio da busca por mais e mais contratação, sem a devida observância de princípios previamente estabelecidos em nosso sistema, o que ocasiou a transgressão de princípios sistematicamente estabelecidos, em especial os que dispõem a proteção do consumidor vulnerável e da informação adequada nas relações de consumos.

O Estado Moderno edificou-se jurídica e socialmente a partir das Constituições promulgadas no decorrer do tempo. É nela que se aportou o principal pressuposto de da dignidade da pessoa humana, onde se englobam os princípios aqui referidos.

O mundo atual, tendo se deparado com uma nova realidade consumerista, necessita de um reestabelecimento do conceito das partes envolvidas nas relações de consumo. Aqui em especial, dando-se ênfase aos direitos difusos, certamente protegidos pelo constituinte com a intenção de manter o bem estar social.

Amaral já faz menção à essa liberdade, dizendo: “Com efeito, a liberdade de contratar jamais foi ilimitada, pois sempre a excepcionaram a ordem pública e os bons costumes, quiméricos princípios que precisavam ter mais objetividade, para não oscilarem segunda as convicções pessoais.” (Amaral,2010,43).

2 Desenvolvimento do Artigo

Faz-se necessário, primeiramente, a análise do comportamento e postura do legislador na busca da proteção dos interesses tidos como difusos e atribuídos aos cidadãos. Para isso, primordial estabelecermos os conceitos daquilo que estudaremos a partir de agora.

Nossa Carta Magna, em seu artigo 5°, estabelece que todos são iguais perante a lei, e com isso já dita os princípios norteadores do sistema e da política nacional de defesa do consumidor. Segue essa linha, dispondo sobre a dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, da CF⁄88), da liberdade, da atividade econômica, entre outros parâmetros constitucionais.

O CDC menciona, no parágrafo único do seu 2° artigo, a hipótese de coletividade de consumidores à luz de interesses difusos, que por consequência, remete ao inciso I, do artigo 81 do mesmo diploma legal. Se entendem por aqueles que têm titularidade indeterminada ligada pelas vicissitudes do fato.

Em Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Luís Roberto Barroso define direitos difusos como:

> a rigor técnico, é possível identificar um gênero direitos coletivos, que comporta duas espécies: os direitos coletivos propriamente ditos e os direitos difusos. Os direitos coletivos propriamente ditos não se diferenciam muito de um simples conjunto de direitos individuais: são aqueles titularizados por uma

> pluralidade indeterminada de pessoas, como os membros de um clube ou as vítimas de um acidente. Já os direitos difusos são titularizados pela coletividade em geral ou por uma pluralidade indeterminada de pessoas. Exemplos de direitos difusos são a proteção do patrimônio cultural e do meio ambiente. (Barroso, 2010,203).

Aqui também se enquadram os direitos difusos dos consumidores. Na medida em que um determinado produto é colocado no mercado para consumo, toda a coletividade é envolvida, podendo ela adquirir tais bens, e assim, gerando, por conseguinte, direitos difusos a serem protegidos.

Robert Alexy, fala em direitos universais, mencionando, como primeiro aspecto da universalidade, a universalidade dos titulares e destinatários. Nesse aspecto se encaixam os direitos difusos, e sua proteção constitucional, sendo que o constituinte buscou a proteção da coletividade, de forma geral, assegurando o tão conhecido interesse difuso e coletivo. Robert fala ainda em "direitos grupais, comunitários e estatais" (Alexy, 2007,68), aqui o conceito se encaixa nos grupos, tratados nesse contexto especialmente o grupo de consumidores.

Contudo, dentro desse paradigma já estabelecido, de proteção e busca pela efetivação de interesses difusos, aqui especialmente relativos aos consumidores, que têm natureza de ordem pública e de interesse social, não se mostra de fácil realização.

Lipovetsky (2007,34) relata que, em torno de 1950, a sociedade ocidental viu desabrochar uma nova fase da sociedade de consumo de massa ou o seu real fortalecimento. Como consequência disso, o ato de consumir se espalhou pelas diferentes camadas da sociedade, e produtos que antes eram considerados valiosos (como automóvel, televisão, eletrodomésticos, entre outros) passaram a compor o patrimônio de cada vez mais pessoas, permitindo que muitos pudessem libertar-se da urgência da necessidade estrita, e, conforme relata o autor, "consumando o milagre do consumo".

Mudanças foram ocorrendo com o passar do tempo, principalmente quando se olha para o aumento avassalador do consumo em todo o mundo, e, como consequência, traz a questão do meio ambiente relacionada com o mesmo, tendo em vista a questão da produção, descarte e aumento de lixo em função disso tudo.

Em vista disso, pode-se perceber que as mudanças comportamentais em relação ao consumo muito têm ligação com questões culturais, e tudo indica que cada vez mais essas questões precisam ser vista sob o ponto de vista da sustentabilidade e continuidade da humanidade. Segundo Ana Tereza Caceres (2007,96), são três os fatores que mais refletem neste comportamento:

> 1) a exaustão e deterioração dos recursos naturais utilizados como insumos nos processos de produção capitalista apresenta-se iminente, percebendo-se uma incipiente preocupação mundial com o problema;
> 2) as desigualdades de oportunidades de acesso ao consumo racional e ao uso de serviços e bens somente contribuem para a reprodução das múltiplas injustiças entre os países desenvolvidos e os países do Terceiro Mundo;
> 3) o consumo desmedido, instintivo por parte dos economicamente habilitados, e a imitação que os restantes setores sociais fazem para obter mercadorias além de suas reais possibilidades são determinantes diretos dos acúmulos de resíduos urbanos, sem que se tenha uma destinação adequada para eles.
> A nossa volta, existe hoje uma espécie de evidência fantástica do consumo e da abundância, criada pela multiplicação dos objectos, dos serviços, dos bens materiais, originando como que uma categoria de mutação fundamental na ecologia da espécie humana.60

[60] BAUDRILLARD, Jean. A Sociedade de Consumo. Trad. Artur Morão. Portugal: Edições 70, p.13.

Assim, quanto mais se consome, mais se coloca o meio ambiente em risco. Explico, aumentando o consumo, aumenta-se principalmente o descarte dos produtos substituídos, isso porque quando um produto é reposto, aquele antigo deixa de ser útil, e passa a ser objeto inútil. Ainda, a preocupação com o meio ambiente ultrapassa o descarte dos produtos, mas envolve todas as etapas de produção de bens e serviços.

Conforme menciona Bauman, o consumo pode ser considerado como algo banal, trivial, comum. É conduta praticada todos os dias, podendo ser realizado de maneira festiva, ou simplesmente como fato que faz parte da nossa rotina, compartilhada com os outros indivíduos. Ele chega a dizer que é: "um elemento inseparável da sobrevivência." O autor segue explicando que o problema não estaria no consumo em si, mas a partir do momento em que esse consumo deixou de ser algo banal e passou a ser considerado algo primordial, é o que ele classifica de consumismo. Ou seja, o consumismo se difere do consumo, por ser este um atributo social de manipulação e que chegou a se tornar uma espécie de razão central da existência humana, enquanto o outro (consumo) é puramente característica/condição do indivíduo como ser humano, chegando a ser um elemento biológico de sobrevivência, compartilhado entre seus semelhantes. Com isso, o autor classifica o consumismo como um "atributo da sociedade", que adquire uma capacidade individual de desejo/almejo, sendo que se manipulam vontades e possibilidades de escolhas. (BAUMAN, 2008,

Neste sentido, apresenta-se o debate sobre a efetivação das garantias de tais interesses, sejam eles direcionados a grupos de consumidores, ou aqueles individuais, mas em busca de um interesse comum a todos, aglutinando mecanismos diretos de participação estatal, através de políticas públicas, constituindo-se assim a chamada igualdade constitucional do consumidor frente ao fornecedor.

A exigência, tão frequente nos últimos anos, de maior tutela aos indíviduos, consumidores quase na totalidade do tempo, mesmo que de forma generalizada, se impõe como exigência. Destarte, a proteção estabelecida na Constituição não é garantia de efetividade da mesma. Assim refere Adolfo Nishiyama, quando diz que: "A proteção do consumidor está amplamente relacionada com o surgimento da sociedade de consumo" (Nishiyama,2010,48).

De acordo com a considerável mudança ocorrida no contexto real das relações de consumo, que fez com que a busca por uma proteção constitucional, aqui de forma coletiva, difusa, fosse almejada. O surgimento de diversos fatores, até então novos, vieram por exigir uma nova forma de proteção, de caráter forte, podendo se dizer pétreo, estipulado na Constituição Federal.

Já no que se refere aos direitos subjetivos constitucionais e suas garantias jurídicas, Barroso menciona direito subjetivo e o define como:

> "por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial. (Barroso,2010,222).

Em matéria de direito do consumidor, contudo, nos deparamos com diversos fatores que obstam a concretude (efetivação) da proteção almejada, a massificação das relações contratuais, do bombardeio de informações, que induz a coletividade ao consumo desenfreado e sem qualquer cuidado na proteção de seus reais interesses. Hoje, tudo é consumo, a partir do momento que o indivíduo sai de casa ele está consumindo, desde o abastecimento do carro até o filme pego na

locadora, supermercado, escola, empréstimos, ele está sempre estabelecendo contratos, embora muitas vezes não o faça de forma explícita.

Em Proteção Constitucional do Consumidor, Adolfo Nishiyama diz:

> Desde a Revolução Industrial, iniciada na metade do século XVIII, até o surgimento do liberalismo, não se cogitava em uma proteção jurídica do consumidor, pois, como foi visto, o que imperava era o voluntarismo. No entanto, agora que a elaboração manual e artesanal dos produtos não era mais a regra, e sim exceção, o mercado tornava-se o destinatário de bens produzidos em série, tipificados e unificados, e com o crescimento massificado da oferta e da procura surge o fenômeno do consumerismo ou sociedade de consumo (mass consumption society).(Nishiyama,2010,48).

Cláudia Lima Marques, após exemplar especificação sobre os contratos massificados, afirma que:

> Hoje, estas novas técnicas contratuais, meios e instrumentos de contratação, são indispensáveis ao atual sistema de produção e distribuição em massa, não havendo como retroceder o processo e eliminá-las da realidade social. Elas trazem vantagens evidentes para as empresas (rapidez, segurança, previsão dos riscos etc.), mas ninguém duvida de seus perigos para os contratantes vulneráveis ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um direito mais social. Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los da maneira que mais lhes convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e inequitativas. (Marques,2008,70).

Em sendo a publicidade, meio disponível ao fornecedor de "chamar" o público ao consumo, adquirindo os produtos por ele colocados no mercado, faz-se necessário uma efetiva análise da forma como tal informação é utilizada, frente aos princípios constitucionais garantidores dos interesses difusos.

Verifica-se, nos dias de hoje, na publicidade uma das principais formas de transgressão dos interesses da coletividade, publicidade essa empregada de forma abusiva, incompleta ou confusa ou negligente. O que se almeja constitucionalmente é a não frustração de uma das partes contratantes, normalmente o consumidor.

Aqui a busca é pela informação clara, para que consumidor possa, baseado na livre escolha, garantir a satisfação dos seus reais interesses.

Falando em coletividade, se vê mais evidente o dever de prestar tal informação de forma clara e precisa, livre de qualquer vício ou que possa induzi-la em erro. Vê-se que quando o fornecedor coloca determinado produto no mercado, ele atinge de uma forma geral, uma coletividade de consumidores, interessados ou não em adquirir o seu produto. E é com essa "publicidade" que o consumidor irá fazer suas escolhas, daí porque tão importante a informação.

Com referência ao tema, descreve Franzolim (2009):

> O dever de informar entre os contratantes é mais acentuado e decorre desses princípios que penetram nas relações privadas, iluminando e contribuindo na interpretação dos dispositivos do Código Civil, em especial, os artigos 111, 113, 138, 421 e 422, que tratam, respectivamente, do silêncio, da interpretação dos negócios jurídicos, do conteúdo da declaração e da confiança gerada ao destinatário do conteúdo negocial, da função social e da boa-fé.

Quando se fala em relação de consumo, não se pode deixar de pensar na coletividade, em consumidores como um todo. Assim se demonstra, por conseguinte, que, além da vulnerabilidade que lhe é presente, tanto ela de informação, de conhecimento, faz com que se torne alvo fácil nas mãos de fornecedores que não presam interesse das partes envolvidas na relação.

Destarte, tivemos alguns casos de maior repercussão no contexto social. Primeiramente, lembramos o caso da redução, de determinados fornecedores, da metragem dos rolos de papel higiênico, o que não assumiria caráter abusivo, se tivessem sido tomados os devidos cuidados de informação ao consumidor, que, até mesmo pela força do hábito, não se dava conta de que estaria pagando o mesmo preço anterior, sem, contudo, estar levando para casa a mesma quantidade do produto.

O mesmo ocorreu com certa empresa que fornecia salgadinhos, do tipo em pacotes, e que reduziu o peso dos mesmos, sem, contudo, chamar a atenção do consumidor para tal fato. Consumidores acostumados a adquirir determinados produtos e não alertados de suas alterações seguiam sendo prejudicados, sendo que a conduta dos fornecedores acabou por atingir a coletividade.

Segundo a legislação pertinente, o dever de informação do fornecedor, expressamente delimitado no estatuto consumerista, por meio dos arts. 6°, III; 31; 37, §1°; 38 e 67, consiste em prestar as informações pertinentes à relação contratual de forma clara, objetiva e não enganosa ao consumidor.

O fornecedor-contratante tem a obrigação de prestar informações completas e adequadas[61], sendo que, no caso dos contratos de crédito, ainda, tem a obrigação de aconselhar o consumidor em relação aos riscos da operação de crédito, a qual "implica o dever de revelar ao consumidor os prováveis problemas da operação de crédito a curto e longo prazos, prevenindo-o e lhe sugerindo soluções possíveis."

Em verdade, "este dever de informar compreende não somente aquelas informações ou dados de caráter objetivo como a taxa anual e mensal de juros, número de parcelas, datas dos reembolsos, como também aquelas de caráter subjetivo que estão ligadas à avaliação da capacidade de reembolso do consumidor" (MARQUES, 134)

Entretanto, tal dever em nada adianta ser respeitado se os consumidores não forem capazes de direcionar as informações à avaliação de possíveis riscos e encargos provenientes das relações contratuais de crédito em geral. Assim, partindo de uma análise estritamente subjetiva, que foge de qualquer tutela jurídica, os credores também participam do superendividamento, principalmente aqueles que "tendem a ser demasiadamente otimistas e confiantes no que diz respeito a sua própria suscetibilidade e risco."(MARQUES, 136)

3 Considerações Finais

Diante de todo o exposto, e demonstrando a necessidade de modificação do quadro atual, na proteção dos direitos difusos, se impõe a necessidade de práticas, em que o Estado, juntamente com o poder coercitivo do Judiciário, positivamente atua na concretização de tais direitos, o sistema, para isso, da liberdade para a formação de ações coletivas e políticas públicas como meio de efetivação da proteção Constitucional.

[61] MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p.134/135.

Com base em todo apanhado feito acima, e na busca de uma real efetividade dos direitos difusos do consumidor, a solução que parece mais viável e não utópica, é a adoção de medidas de políticas públicas, em seu sentido mais amplo, como prestações positivas por parte do Estado.

O art. 5°, inciso XXXII, da Constituição Federal brasileira prescreve que "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Verifica-se aqui que a esfera de atuação do Poder Público está no campo das liberdades positivas. O que se exige é uma atuação estatal, e não sua abstenção. O consumidor é reconhecidamente a parte mais vulnerável da relação de consumo, necessitando da proteção do Estado. Somente com a participação do Estado o direito do consumidor poderá ser efetivado Nishiyama[62].

Assim, a necessidade de intervenção positiva do Estado, na proteção dos direitos difusos dos consumidores resta inafastável, e o presente trabalho busca mostrar de que forma isso poderia ser alcançado[63]. "A proteção do consumidor é, sem dúvida, uma liberdade pública em seu sentido largo e ela somente será efetivada pela intervenção do Estado com a implementação de políticas públicas."

O cerne da questão encontra-se em atividades, por parte do Estado de educação e informação aos consumidores, bem como maior punição aos fornecedores transgridem as disposições constitucionais. Não se trata de criação e edição de novas leis, isso não se faz necessário no nosso sistema, em relação ao tema. Veja-se que temos um Código de Proteção ao Consumidor, intrinsicamente ligado à Constituição Federal, só resta encontrarmos a melhor forma de fazer com que tais disposição sejam efetivamente sentidas na realidade atual[64].

Por conseguinte, uma atuação mais dinâmica por parte do Estado, seja na realização de campanhas de conscientização, utilizando-se da mídia em seu favor, prestando esclarecimentos, na medida que orienta a coletividade voltada ao consumo, seja através da atuação do Ministério Público, como órgão fiscalizador da lei, ou órgãos de atuação específica (Procon), de forma a previnir a atuação abusiva da realidade de consumo, podem se mostrar extemamente favoráveis, do ponto de vista efetivo da proteção dos interesses difusos.

"A Constituição brasileira consagrou a proteção do consumidor como um dos princípios da ordem econômica, e o seu desenvolvimento dependerá da implementação de políticas públicas por parte do Estado. Dessa forma, a promulgação do CDC não exauriu por completo o comando constitucional; pelo contrário, este foi apenas um dos passos na busca de uma efetiva proteção do consumidor (NISHIYAMA,2010,92)

Ainda, um programa estruturado de campanhas realizadas em escolas, de forma a educar o consumidor, quando ainda não está efetivamente atuando no mercado, pode trazer benefícios incalculáveis ao futuro do consumo, onde a tão sonhada igualdade pode, então, deixar de ser algo tão distante e utópico.

---

[62] NISHIYAMA, Adolfo. Op. cit., p.87/88.

[63] Idem, p.89.

[64] Sobre o tema: "A educação e informação de fornecedores e consumidores decorrem da própria Constituição Federal, quando estabelece em seu art. 205: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"; e no seu art. 220: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição." A educação, segundo o comando constitucional, além de ser um direito de todos, é um exercício de cidadania tanto para os consumidores quanto para os fornecedores, com vistas à melhoria do mercado de consumo." Nishiyama, em Proteção Constitucional do Consumidor, p. 94.

Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 166p.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, 199p.

CORTEZ, Ana Tereza Caceres; Ortigoza, Silvia Aparecida Guarnieri (Org.). A produção de descartáveis na sociedade de consumo atual, Consumo Sustentável: conflitos entre necessidade e desperdício. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

GAYER, Suely Marisco. O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR SOB O ENFOQUE AMBIENTAL: uma abordagem acerca do direito à informação e a questão do consumo sustentável. Porto Alegre: Centro Universitário Ritter dos Reis – Unirriter, 2014. 106p. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Programa de Pós graduação, Unirriter, Porto Alegre, 2014.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Manual de metodologia da pesquisa para o Direito*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade do hiperconsumo. Trad: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais* – 5 edição. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor, direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor* – 2 ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

POR QUE PRECISAMOS FALAR SOBRE O PAPEL DO CONSUMIDOR FINAL NA DESTINAÇÃO DOS PRODUTOS NANOTECNOLÓGICOS?

Raquel Von Hohendorff [65]

Daniele Weber S. Leal [66]

Cristine Machado [67]

Wilson Engelmann [68]

Paulo Junior Trindade dos Santos [69]

Resumo:

Com todo o desenvolvimento nanotecnológico surge mais um aspecto a ser observado e digno de preocupação: a potencialização da questão da destinação adequada do lixo, eis que o resíduo nanotecnológico não pode ser tratado como qualquer resíduo. Objetiva-se fazer a necessária discussão destes aspectos abordando a responsabilidade dos atores integrantes da cadeia de consumo (ciclo de vida) destes materiais- especialmente o papel do consumidor, bem como focar este objetivo nas atividades de extensão do grupo de pesquisa JUSNANO junto à comunidade. Usa-se o método sistêmico, pelo qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, ou seja, contextualizada, interrelacionada. O avanço das nanotecnologias começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. As pesquisas e os produtos que advirão desta intervenção humana exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, com a avaliação dos impactos sociais, éticos e regulatórios emergentes, suportados por um modelo de inovação que deverá ser responsável, pois há incerteza quanto aos riscos e danos futuros. Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos. Como conclusões se pode dizer que os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental.

Palavras-chaves: nanotecnologias. Riscos. Lixo. Consumidor.

[65]Mestre e Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); bolsista do PROEX/CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO. E-mail: vetraq@gmail.com

[66] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos/RS; integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO. Advogada. E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br

[67] Acadêmica do Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista de iniciação científica CNPq; integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO. E-mail: kisinha7@hotmail.com

68 Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil; Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); E-mail: wengelmann@unisinos.br

[69] Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); email: pjtrindades@hotmail.com

1 Introdução

O momento atual vivido pela comunidade humana traz novidades e desafios, muitos dos quais sem precedentes e, por isso, com consequências – positivas e negativas – incalculáveis. Sem dúvida, sua imaginação criativa viabiliza a projeção e o desenvolvimento de artefatos que poderão ser muito úteis, possibilitando uma vida mais confortável. No entanto, o motor da imaginação – que se tem denominado de inovação – tem levado o ser humano a ingressar em campos, desde sempre existentes na natureza, mas acessíveis ao indivíduo justamente como decorrência da "inquietante natureza humana".

A utilização industrial da escala nanométrica vem avançando muito velozmente, mesmo sem que se tenha uma certeza científica sobre a segurança das nanopartículas e sem que a área jurídica tenha construído marco regulatório específico. Com todo este desenvolvimento nanotecnológico, surge mais um aspecto a ser observado e digno de preocupação: a destinação adequada destes resíduos (*nanowaste*). Os resíduos nanotecnológicos não poderão ser tratados como qualquer lixo, sendo necessária a discussão da responsabilidade de todos os atores integrantes da cadeia de consumo destes materiais, especialmente os consumidores finais. Quanto ao tema do *nanowaste*, a OECD publicou em 2016 um relatório intitulado Nanomateriais em resíduos: conhecimentos atuais sobre riscos e impactos, demonstrando preocupação com o assunto e a necessidade de maiores estudos.

O problema de pesquisa pode ser assim definido: Considerando-se a diversidade de produtos com nanotecnologia já em circulação no mercado consumidor e os possíveis riscos destes produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, principalmente a questão da disposição final, existe a necessidade urgente de debatermos o papel dos diferentes atores na destinação final dos resíduos nanotecnológicos, indagando especialmente qual é o papel do consumidor final?

Os objetivos a serem atingidos na pesquisa são: fazer a necessária apresentar do mundo nano, evidenciando suas potencialidades e riscos, especialmente no tocante ao resíduo nanotecnológico e sua destinação; demonstrar a importância da análise do ciclo de vida dos produtos com nanotecnologia, com a avaliação da responsabilidade dos atores integrantes da cadeia de consumo.

A metodologia da pesquisa é a sistêmica, pela qual se busca a análise da problemática proposta de forma enredada e comunicativa, ou seja, contextualizada, interrelacionada, onde se espera que o pesquisador participe da realidade, interagindo com ela. Assim, permite-se a observação da interrelação dos fenômenos sociais, pelo fato de o método sistêmico permitir uma observação de segunda ordem.

Como resultados parciais pode-se mencionar que são instrumentos fundamentais para a gestão de risco nas sociedades complexas atuais, a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental, para todos os atores envolvidos ao longo do ciclo de vida dos nanomateriais. A sociedade civil exige ação, não palavras, em relação à nanotecnologia, e já não concorda mais com a simples transferência dos custos financeiros e dos riscos sobre a saúde e meio ambiente para os consumidores.

A relevância da pesquisa deste tema está vinculada à importância do ingresso do Direito no cenário de inovação nanotecnológica, para contribuir no desenho de marco normativo que, por um lado, tenha o foco na saúde e segurança do consumidor, e por outro lado, apresente ferramentas capazes de promover a proteção e o equilíbrio do meio ambiente.

2 Nanotecnologias, do que se trata isso? Características, Riscos e Incertezas

As nanotecnologias estão em quase todos os setores produtivos, que se encontram disponíveis na atualidade. O que está contido nesta palavra? A manipulação e a produção na escala atômica, ou seja, na bilionésima parte do metro, que equivale à notação científica 10^{-9}. De acordo com o Comitê Técnico 229 da ISO (*International Organization for Standardization*), a utilização da escala nanométrica pode ser encontrada nos seguintes setores, aqui exemplificativamente apresentados: têxteis, plásticos, embalagens para alimentos, agricultura, material de construção, medicamentos, diagnóstico de doença, protetores solares, equipamentos médicos e odontológicos, energia, equipamentos esportivos, equipamentos bélicos e equipamentos eletrônicos(ISO/TC 229, 2017).

Quanto mais larga for a utilização da nano escala na indústria, maior será a quantidade de produtos colocados à disposição do consumidor. Qual o motivo da preocupação? Por meio de equipamentos especializados, em condições de interagir com o nível atômico, se geram produtos com características físico-químicas diferentes daquelas encontradas no seu similar na escala macro. Aliado a esse aspecto, inexiste regulação específica para as nanotecnologias ao longo do ciclo de vida de um nanomaterial. As Ciências Exatas, dentre as quais se sublinha: a Engenharia, a Química, a Física, a Biologia e outras, ainda não conseguiram calibrar a metodologia para a avaliação da segurança dos produtos desenvolvidos à base da nano escala; se desconhece o número de nanopartículas já produzidas pela ação humana, as denominadas nanopartículas engenheiradas. Apesar de tudo isso, já existem muitos produtos desenvolvidos a partir da escala nano – que equivale à medida entre, aproximadamente, 1 e 100 nanômetros (nm). A diversidade de alternativas abertas a partir do acesso humano à escala nanométrica é muito grande e diversificada. Questões relativas à toxicologia, que viabilizam a abertura de uma nova disciplina, a nanotoxicologia, que, por ser uma disciplina ainda nova, não conseguiu estabelecer os parâmetros geradores dos efeitos tóxicos, os quais emergem quando as nanopartículas interagem com o meio ambiente e o organismo humano.

Portanto, ainda falta muita pesquisa para se saber os níveis toleráveis, especialmente para o ser humano, de exposição, como fazer a gestão e avaliação dos riscos. Evidencia-se a importância de desenhar os elementos necessários para os sistemas de testes, a partir de cada aplicação da nano escala. Todo esse conjunto exigirá muita atenção por parte do Direito, que é o responsável pela regulação. Parece ser interessante observar como operacionalizar a chamada "*autorregulación normativa y derecho em laglobalización*", pois, segundo M. Mercè Darnaculleta i Gardella: "[...] *em la sociedade global del riesgo, sin embargo, el aumento de la complejidad, la especialización y la tecnificación de las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse el Derecho están transformando por completo estas instituciones* (El Estado, el Derecho y las instacias con facultades para adoptar decisiones juridicamente vinculantes). [...]" (GARDELLA, 2015, p. 197). As novidades são geradas no âmbito das Ciências Exatas, mas estão promovendo reflexos e transformações no Direito e na concepção acerca das suas fontes de expressão.

Neste panorama, destacam-se diversas características das nanotecnologias, tais como: as propriedades incomuns de nanopartículas são principalmente baseadas em seu tamanho em nano escala e sua área de superfície. À medida que o tamanho de uma partícula diminui e se aproxima da nano escala, muitas propriedades começam a mudar em comparação com o mesmo material no seu tamanho macro. Cita-se, como exemplo, a cor e a temperatura de fusão do ouro, as quais são muito diferentes em nano escala que em ouro convencional. Os efeitos tóxicos de materiais que se mostram

como inertes na escala macro, também são muito diferentes na escala nano. Como a área de superfície de partículas aumenta, uma maior proporção dos seus átomos ou moléculas começar a ser exibida na superfície, em vez de o interior do material. Existe uma relação inversa entre o tamanho das partículas e o número de moléculas presente na superfície da partícula. O aumento na área de superfície determina o número potencial de grupos reativos sobre a partícula. A alteração das propriedades físico-químicas e estruturais das nanopartículas com uma diminuição do tamanho poderá ser responsável por uma série de interações materiais que podem levar a efeitos toxicológicos. Aí o cenário para a nanotoxicologia. Esses fenômenos deverão ser comunicados aos consumidores. Como fazê-lo? Como transformar a linguagem técnica em comunicação compreensível? Existe alguma preocupação ética no desenvolvimento das pesquisas pelas Ciências Exatas? São questões que não estão sendo devidamente tratadas pelas empresas que produzem a partir da nano escala e vendem os seus produtos no mercado consumidor.

Outro ponto importante a ser investigado: os riscos. Eles existem e estão sendo destacados por pesquisas científicas publicadas em revistas qualificadas de diversas áreas, relacionadas a diversos nanomateriais como os nanotubos de carbono e a nanoprata. Esse último é um dos nanomateriais engenheirados (aqueles produzidos a partir da ação humana) mais comuns usados em produtos para o mercado consumidor. Tem uma relevante atividade bactericida (QUIÑONES- JURADO et al, 2014, p. 896) e baixo custo de produção. No entanto, apresenta mecanismos de toxicidade (MARQUES et al., 2013, p. 55; LEE et al., 2007, p.140), aspecto que não está recebendo a devida atenção pelos fabricantes ou, pelo menos, esse "detalhe" não aparece em nenhum rótulo ou material de divulgação. A nano prata, por exemplo, é utilizada na linha branca de eletrodomésticos, bebedouros, aparelhos de ar condicionado e outros itens de uso e contato diário pelo consumidor. Estes estudos ratificam a necessidade de um crescente cuidado com a saúde e a segurança do ser humano e a atenção com o meio ambiente.

3 Nanotecnologias - ciclo de vida: a importância da observância dos papéis dos diferentes atores ao longo do ciclo, principalmente na destinação final

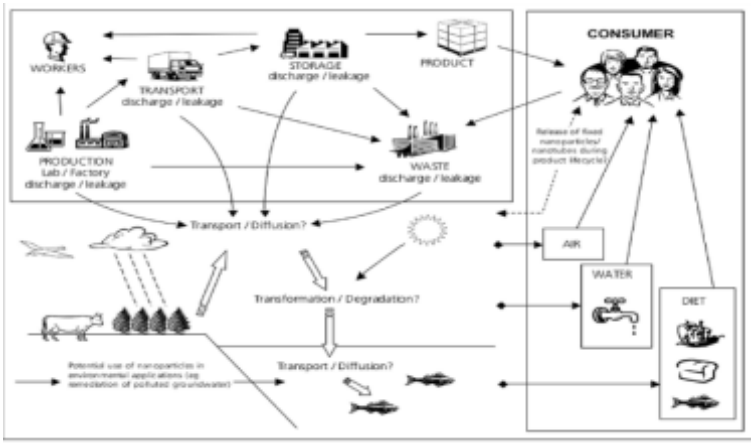
Para lidar com as novidades trazidas pela nano escala, especialmente na área de alimentos e embalagens (e aqui a preocupação com a questão do lixo e sua destinação final), será fundamental iniciar um trabalho sério por meio da chamada "avaliação e gestão dos riscos" (NOWACK, 2012, p.50).

Esse tema deverá ingressar na seara jurídica, buscando-se a aprendizagem já gerada na área da Administração, devendo iniciar no laboratório, onde as pesquisas são especificadas, passar pelo setor industrial, e, finalmente, chegar ao mercado consumidor, ao uso e descarte, ou seja, atingindo a integralidade do ciclo de vida de um nano material.

A avaliação e a gestão dos riscos dos produtos nanotecnológicos não é possível dissociada da avaliação dos produtos ao longo de todo o seu ciclo de vida, inclusive e principalmente considerando a destinação final. As inúmeras embalagens dos produtos que contém nanotecnologias podem ser fontes muito importantes de contaminação ambiental, basta verificar-se ao longo da história recente da humanidade o grande problema das embalagens de agrotóxicos, por exemplo, e de medicamentos. Muitos contaminantes chegam aos cursos de água e ao ambiente através da destinação inadequada das embalagens.

Muito pouco hoje é conhecido acerca do comportamento ambiental e os efeitos da liberação de nanopartículas, embora estes sejam materiais que já se encontram efetivamente presentes no ambiente. Mais pesquisas são necessárias para determinar se a liberação e os processos de transformação resultam em um conjunto de nanopartículas similar ou mais diversificada e, finalmente, como isso afeta o comportamento ambiental (NOWACK et al., 2012). Acerca da exposição do público consumidor e produtor de nanopartículas, a figura 1 demonstra as diferentes possibilidades de exposição.

FIGURA 1 – Possível exposição a nanopartículas

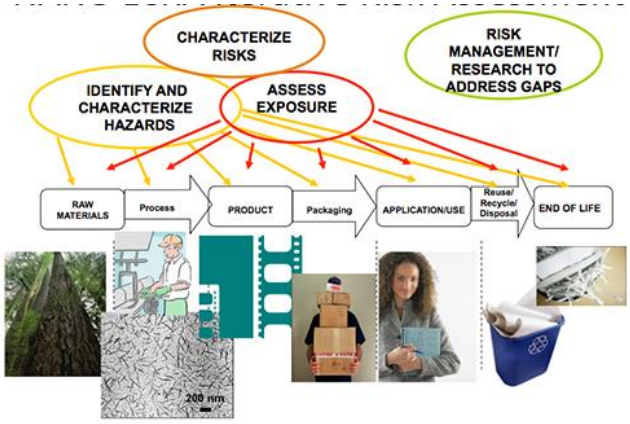


Fonte: Royal Academy of Engineering, 2004.

Outro aspecto que tem gerado preocupação é o destino final destes materiais com nanotecnologia quando do fim de seu ciclo. Estes materiais podem não ser biodegradáveis e assim, permaneceriam no ambiente, interagindo com outros materiais. Este risco em potencial já está causando preocupação dos países em desenvolvimento para onde os resíduos contendo nanomateriais podem ser exportados (FAO/WHO, 2012). A avaliação do ciclo de vida está diretamente vinculada, e vice-versa, com a avaliação do risco das nanopartículas.

A figura 2 demonstra as principais rotas de exposição ao longo do ciclo de vida dos nanomateriais.

FIGURA 2 – Ciclo de vida do produto.



Fonte: SHATKIN; KIM, 2015, p. 479.

Ao realizar-se a revisão da literatura percebe-se que a comunidade científica ainda é muito carente de pesquisas voltadas aos riscos das nanotecnologias, bem como as suas considerações sociais e regulatórias. O desenvolvimento de técnicas de avaliação nanotoxicológica e análise do ciclo de vida dos produtos são imprescindíveis para que se desfrute dos benefícios desta tecnologia com segurança e proteção do patrimônio ambiental das atuais e futuras gerações.

Há uma necessidade de um conhecimento coletado e melhor dos impactos ambientais dos nanoprodutos. O acesso a informações confiáveis sobre ciclo de vida é uma questão fundamental para que se possa decidir como os produtos devem ser concebidos, utilizados e manipulados quando se tornarem lixo. As informações relevantes também são importantes para os profissionais que lidam com estes materiais e os consumidores, bem como para aqueles que lidam com os resíduos. De igual forma, uma avaliação dos resíduos gerados pelos processos de produção de nanotecnologia é necessária e deve incluir a atenção aos de resíduos provenientes de instalações de produção de nanomateriais que podem impor novas pressões sobre os sistemas ambientais. (ROCO et al, 2011, p. 169). Para tanto, a geração de dados é crucial, mas também se faz necessária uma visão mais holística a fim de melhorar o conhecimento do impacto ambiental a partir destes produtos, e melhorar a difusão deste conhecimento para todos os diferentes atores envolvidos ao longo de todo o ciclo de vida dos nanoprodutos (FLEMSTRÖM et al., 2004).

O avanço responsável da nanotecnologia depende da capacidade científica confiável para acesso e gerenciamento dos riscos e à tomada de decisões no âmbito governamental, buscando levar em consideração os impactos sociais que a tecnologia poderá gerar na sociedade global.

A utilização das nanotecnologias sem uma avaliação satisfatória dos riscos e de uma gestão adequada dos mesmos, pode configurar-se em caminho como o do amianto, dos transgênicos e dos aerossóis, onde a comercialização passou muito à frente da avaliação ambiental holística dessas tecnologias.

Os benefícios potenciais das nanotecnologias ainda não foram devidamente avaliados em relação ao potencial de riscos à saúde humana e ecológica. A análise do ciclo de vida dos produtos já tem sido reconhecida como uma ferramenta capaz de realizar uma avaliação ambiental, holística e assim, a pesquisa realizada por Gavankar e colaboradores demonstra que o número de estudos sobre o ciclo de vida de nanoprodutos vem aumentando, embora um olhar mais atento revela que muitos desses estudos não cobrem todo o ciclo de vida dos nanomateriais ou nanoprodutos (GAVANKAR et al., 2012, 298).

As nanotecnologias e os nanomateriais têm sido promovidos como possuindo o potencial de trazer benefícios para muitas áreas de pesquisa e contribuir positivamente para o desenvolvimento sustentável. Ao mesmo tempo, reconhece-se que as aplicações dos nanomateriais podem representar um risco para a saúde humana e para o meio ambiente, conforme anteriormente já explanado.

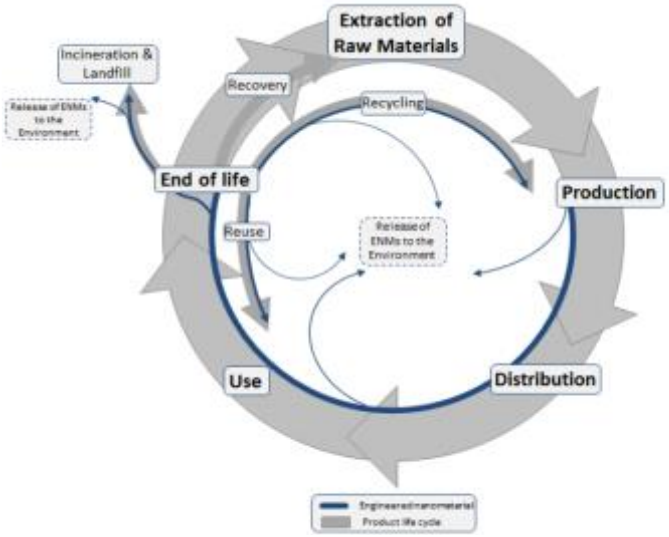
Há um consenso geral de que o potencial para a saúde e os riscos ambientais dos nanomateriais devem ser avaliados ao longo de todo seu ciclo de vida. Cada vez mais são necessários estudos que analisem a aplicação da avaliação do ciclo de vida, a avaliação de riscos e a análise de fluxo de substância para nanomateriais e nanoprodutos, como por exemplo, o estudo intitulado *Life cycle aspects of nanomaterials* (LAZAREVIC, FINNVEDEN, 2013).

Em 2006, Andrew Maynard e seus colegas (2006, p. 269) desafiaram a comunidade global de pesquisa para desenvolver sistemas robustos para avaliar o impacto dos nanomateriais em todo seu ciclo de vida, dentro dos próximos cinco anos, na saúde e no meio ambiente. Mas já se passaram mais de 5 anos e muito pouco se evoluiu neste aspecto do conhecimento.

O desenvolvimento de técnicas de monitoramento e diagnóstico de nanomateriais (objetivando ampliar os conhecimentos na área nanotoxicológica e sobre o ciclo de vida destes materiais) bem como para se determinar formas apropriadas, sustentáveis e seguras de produção (incluindo manejo de resíduos), é imprescindível para que se possa desfrutar das benesses das nanotecnologias com segurança e objetivando a proteção (ENGELMANN, MACHADO, 2013, p.50) do meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

Imagens normalmente são úteis para transmitir a perspectiva de ciclo de vida, no entanto, um aspecto importante relacionado a produtos que contenham nanopartículas e que deve ser considerado é a liberação destas partículas ao meio ambiente durante as diferentes fases do ciclo de vida. A Figura 3 destaca os fluxos e potenciais lançamentos de nanopartículas como resultado da sua incorporação em ciclos de vida dos produtos. A linha azul representa as nanopartículas no ciclo de vida do produto e também as potenciais emissões de nanopartículas durante o ciclo de vida do produto (LAZAREVIC, FINNVEDEN, 2013).

FIGURA 3- O conceito de ciclo de vida e os nanomateriais



Fonte: LAZAREVIC,FINNVEDEN, 2013.

Especificamente, a implementação de práticas responsáveis de gestão de risco pelos reguladores, organizações não-governamentais, cientistas, seguradoras e talvez o mais importante de tudo, as empresas em todas as fases do ciclo de vida das nanotecnologias, será fundamental para preencher a lacuna de governança e garantir a segurança da pesquisa, desenvolvimento, fabricação, distribuição, utilização e eliminação dos produtos da nanotecnologia (ABBOTT, 2008, p;482).

A questão/gestão dos riscos das nanotecnologias segue em discussão nas mais diuferentes áreas de conhecimento, tanto que recente documento do congresso norte ameriacano, elaborado por um especialista em políticas de ciência e tecnologia, menciona que os potenciais riscos ambientais, à saúde e de segurança das nanopartículas em humanos e animais dependem em parte de seu potencial para se acumular, especialmente em órgãos vitais como os pulmões e cérebro, que pode ferir ou matar, e para se difundir no meio ambiente e potencialmente prejudicar os ecossistemas (SARGENT JR, 2016).

Ainda, menciona o referido estudo que há uma incerteza generalizada sobre as potenciais implicações das nanotecnologias na saúde, meio ambiente e segurança. Uma pesquisa com líderes empresariais no campo da nanotecnologia indicou que quase dois terços acreditam que "os riscos para

o público, a força de trabalho, e para o ambiente devido à exposição a partículas nano ainda não são conhecidos", e 97% acreditam que isso é muito ou pelo menos é importante para que o governo para aborde os efeitos potenciais à saúde e riscos ambientais que podem estar associados com a nanotecnologia (SARGENT JR, 2016).

Os estudos sobre os efeitos tóxicos de todas as novidades nanotecnológicas ainda são incipientes. No entanto, tal lacuna parece não causar nenhuma preocupação, pois as pesquisas continuam, com destaque para os aspectos positivos. No tocante às nanotecnologias, a ausência de estudos conclusivos é igualmente deficitária: não há uma metodologia padrão, não se sabe quais os níveis de substâncias nanoparticuladas são toleráveis pelo organismo humano, qual o seu efeito em relação ao contato com o meio ambiente e não se tem um inventário seguro para saber quantas e quais são as nanopartículas que as pesquisas já criaram, o seu caráter mutacional é bastante grande e intenso.

4 A necessária participação pública nos debates sobre nanotecnologia

Considerando que os governos e o setor privado têm investido fortemente nesta nova indústria, organizações da sociedade civil (especificamente ambientais, trabalhistas e de consumo) levantaram questões sobre os potenciais riscos e incertezas associados com materiais fabricados na nova escala molecular. Assim, na medida em que os nanomateriais devem ter níveis mais elevados de supervisão regulatória, tornou-se uma questão política controversa entre as organizações da sociedade civil e a indústria química. A União Europeia incentiva e institucionaliza a participação de organizações de consumidores, ambientais e de trabalhadores na gestão da nanotecnologia.

Argumenta-se que o envolvimento formal das partes interessadas não é muito eficaz e sugere-se, ao invés disso, a importância da criação de alianças com atores do governo, mobilizações populares, fazendo com que a questão seja salientada para o público, e prosseguindo com a gama de repertórios institucionais (LAMPROU, HESS, 2016, p. 38).

A Dr. Angela Hullmann (2008) relata que o desenvolvimento tecnológico apenas pode evoluir com a participação dos diferentes atores sociais e a discussão acerca dos potenciais riscos e benefícios das nanotecnologias para a sociedade.

Os riscos sociais relacionados e os resultados incertos de inovação são, portanto, sujeitos de tentativas de avaliar as oportunidades e os riscos de trabalho com novas opções de tecnologias emergentes. Além disso, existem expectativas dos contribuintes para relevantes e aceitáveis investigações e inovações que têm sido financiadas com dinheiro público, e assim, os benefícios correspondentes devem ser, portanto, no interesse da sociedade. Ainda, uma conduta responsável de inovação também pode ser prudente para os atores porque a aceitação pública das novas tecnologias pode ser vista como um pré-requisito para os produtos e serviços comercializáveis e, portanto, para os benefícios econômicos e amortização dos investimentos (LINGERT, WECKERT, 2016, p. 174).

Os debates recentes na UE e em outros lugares demonstram que a evolução da ciência e da tecnologia não ocorrem independentemente da sociedade. Vários atores com diferentes pontos de vista estão a moldar o processo e parece muito provável que algumas aplicações da nanotecnologia irão levantar preocupações éticas, legais e sociais significativas.

Isso resulta em uma série de questões importantes sobre o futuro da tecnologia: O que a sociedade vai parecer quando a nanotecnologia se tornar popular. Será que os produtos serão rentáveis? Existem quaisquer impactos ambientais ou de saúde negativos? Quem controla o uso da

nanotecnologia? Como lidar com a responsabilidade? Quem será o beneficiário da tecnologia ou do dano? Quais são os problemas éticos? (HOVEN, 2013).

Os impactos éticos, legais e sociais da nanotecnologia compreendem uma ampla gama de temas que estão relacionados com a pesquisa, produção e uso de nanotecnologia e produtos proporcionados pelas nanotecnologias. Eles cobrem questões de privacidade, a aceitação, a saúde humana, o acesso, a responsabilidade, a regulação e controle (HOVEN, 2013). A difusão de informação a um vasto público, multiplicadores e grupos-alvo específicos e fóruns de discussão entre as partes interessadas em nanotecnologias, os decisores políticos e o público fazem parte de uma abordagem geral de pesquisa e inovação responsáveis.

A dimensão social da pesquisa em nanotecnologia é uma parte importante da integradora abordagem responsável e segura seguida pela Comissão Europeia, já definidas na Estratégia Europeia sobre Nanotecnologias (2004), desenvolvida no Plano de Ação em nanotecnologia (2005) e seguida pelo primeiro Relatório de Implementação do Plano de Ação (2007). Nestas comunicações da Comissão afirma-se claramente que as nanotecnologias devem ser desenvolvidas de forma responsável, dentro de um debate aberto que envolve o público e que permite às pessoas interessadas para chegar aos seus próprios julgamentos informados e independentes (HULMANN, 2008).

O Congresso norte americano manifestou a sua crença na importância do engajamento do público na *21st Century Nanotechnology Research and Development Act* de 2003. O ato chama por sugestões do público para serem integradas nos esforços da Iniciativa Nacional de nanotecnologia. A Iniciativa Nacional de nanotecnologia tem procurado promover a compreensão do público através de uma variedade de mecanismos, incluindo documentos escritos, palestras, um portal de informação baseado na web (nano.gov), educação informal, e promovido esforços para estabelecer diálogos com as partes interessadas e o público em geral. Também foi criado um grupo de trabalho denominado de Engajamento Público e Comunicações em Nanotecnologia para desenvolver abordagens através das quais a iniciativa nacional de nanotecnologia pode se comunicar de forma mais eficaz com o público (SARGENT JR, 2016).

E essa comunicação passa pelo direito de informação. Os impactos ou aspectos sociais, legais e ambientais do uso das nanotecnologias perpassam também pelo direito à informação do consumidor e pelo dever de informar do produtor. E o direito à informação do consumidor passa, obrigatoriamente, pelo conhecimento do que fazer com a embalagem final, qual o destino adequado ao resíduo final.

O avanço das nanotecnologias, num conjunto crescente de aplicações, começa a integrar o cotidiano da sociedade brasileira e mundial. Por outro lado, as pesquisas e os produtos, que advirão desta intervenção humana nas forças naturais exigirão a divulgação das informações ao mercado produtor e consumidor, pois há, inclusive, previsão constitucional deste direito fundamental, qual seja, o "direito à informação", como um direito subjetivo que nasce com o dever subjetivo do empresário: o "dever de informar". E o dever de informar do produtor também deve ser estendido ao destino do produto final, ou seja, cabe ao produtor informar ao consumidor que aquela embalagem deve ser descartada adequadamente.

Todos acabam sendo consumidores de "nano produtos". No entanto, uma pequena parcela destes "todos" sabe alguma coisa sobre as nanotecnologias. Portanto, aí se desenha um importante espaço para o alinhamento dos contornos do chamado "direito à informação". No entanto, não basta somente isso. A informação deverá vir acompanhada de educação. É insuficiente colocar uma série de informações no rótulo ou na propaganda do produto. Será necessário educar o consumidor para ler e interpretar, conhecer e compreender o seu conteúdo. O pleno exercício do direito à informação, que

é do consumidor, depende de um aspecto preliminar: a prática do dever de informação, que é do fabricante e do comerciante. Assim, se tem uma reciprocidade e complementariedade entre direito e dever, os quais assumem importância peculiar no caso das nanotecnologias.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 540) "cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar". Tudo indica que não há exagero nesta composição do dever de informação, pois quem está na origem da produção conhece – ou, pelo menos, deveria conhecer – o conteúdo do produto, além de especificar os seus riscos e responsabilizar-se pela sua gestão. Dentro do possível, assegurando o segredo industrial, o conteúdo da informação precisa ser disponibilizado ao destinatário – o consumidor – de forma clara e compreensível. Indo um pouco mais longe: o fabricante deveria desencadear formas de ensinar o seu consumidor a fazer a melhor escolha do produto.

O "direito de saber" como a estrutura central do "direito à informação", que é destinado à sociedade, e do "dever de informação", dirigido ao pesquisador e empresário, deverá ser perspectivado desde o trabalho com a matéria-prima, ou seja, a produção material em estado bruto, onde se terá a exposição direta do trabalhador, além das emissões industriais. Este conjunto já atinge a população humana e o meio ambiente. Os produtos manufaturados vão ao mercado consumidor, onde eles são adquiridos, com a exposição dos consumidores, isto é, toda a sociedade. A terceira etapa é aquela onde os produtos serão descartados, incluindo as embalagens, que irão aos grandes espaços de depósito do lixo e incineração, onde teremos nova exposição dos trabalhadores e, concomitantemente, a população humana e o meio ambiente. Neste pequeno e singelo exemplo de ciclo de vida de um produto com nanopartícula mostra as diversas formas de exposição, onde se exigirá o conhecimento do que se está manipulando e quais os riscos. Assim, "a informação, ao passar conhecimentos, vai ensejar da parte do informado a criação de novos saberes, através do estudo, da comparação ou da reflexão." (MACHADO, 2006, p. 9).

A sociedade civil exige ação, não palavras, em nanotecnologia. Com este título, uma publicação (CIEL, 2016) de abril de 2016, assinada por um grupo de organizações não governamentais, grupos de consumidores e organizações de pesquisa, manifestou decepção com o fracasso continuado da Comissão Europeia em propor medidas adequadas para a coleta e publicação de informações sobre os nanomateriais no mercado europeu. Após um processo de avaliação de impacto, que durou vários anos, e mesmo antes de sua finalização e aprovação, a Comissão decidiu contra um registro de nanonanomateriais na Europa. Dolores Romano, membro da política oficial de Produtos Químicos, disse: "Um registro é chave para o desenvolvimento e aplicação de regulamentos que regem os nanomateriais para proteger o meio ambiente e a saúde dos trabalhadores e dos cidadãos. " A plataforma de informação voluntária nunca pode substituir um registro obrigatório. Isso ajudaria a gerar novas informações e permitir que os nanomateriais fossem rastreáveis, permitindo assim o uso seguro deles e dar aos cidadãos uma escolha informada. Ainda no manifesto, David Azoulay, advogado sênior do Centro para Direito Ambiental Internacional comentou: "Desde o fracasso em adotar o quadro REACH para garantir a cobrança efetiva de dados sobre os nanomateriais à recusa de publicar o catálogo de nanomateriais utilizados em cosméticos na Europa, a Comissão tem consistentemente falhado no seu dever de recolher e disponibilizar informações sobre os nanomateriais para o público e os reguladores., e Sylvia Maurer, diretora de sustentabilidade e de Segurança da Organização Europeia dos Consumidores acrescentou: "A Comissão recusa-se, infelizmente, a impor quaisquer custos à indústria para a coleta e fornecimento de informações sobre

os nanomateriais, optando por transferir os custos financeiros, os riscos sobre a saúde e meio ambiente para a sociedade" (CIEL, 2016).

O cerne do "direito de saber" é justamente este conhecimento mínimo sobre os progressos científicos que são gerados nos laboratórios e, muitas vezes, fomentados pelo próprio Estado, por meio de seus órgãos de fomento (CAPES, CNPq, FINEP, FAPERGS, entre outros). Em cada momento do ciclo de vida dos nano produtos deverá ser gerado uma espécie de conhecimento que seja adequado e compreensível pelos sujeitos envolvidos (ENGELMANN, 2015, p. 360).

Aqui se pode mencionar o papel do grupo de Pesquisa JUSNANO, que tem levado, através de atividades de extensão, conhecimento acerca de nanotecnologia a diferentes públicos, com materiais de fácil compreensão e atrativos. Assim, ressalta-se o trabalho desenvolvido pelo grupo de pesquisa JUSNANO, que vem divulgando o conhecimento sobre as nanotecnologias, bem como a importância da pesquisa e da participação do Direito nesta área de fronteira, demonstrando a necessidade de um pensar e agir transdisciplinar, de modo a favorecer e fortalecer o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

É preciso que as informações decorrentes do estudo dos riscos tenham ampla divulgação e estejam disponíveis para a sociedade, para que os atores envolvidos diretamente nas decisões sobre a limitação da nanotecnologia e a sociedade civil tenham melhores condições frente aos desafios surgidos com esta nova tecnologia. A gestão dos riscos naturais, tecnológicos ou sociais solicita a multiplicação de atores e não pode ser colocada somente em termos técnicos ou estritamente securitários. As negociações devem envolver agências multilaterais, governos dos estados, empresas, associações ou grupos de pressão e a sociedade em geral, de modo a esclarecer os fatos que desencadeiam os riscos e determinar as condições para seu enfrentamento (ZANIRATO et al., 2008).Os instrumentos fundamentais para uma eficiente organização dos processos de gestão de risco nas sociedades contemporâneas são a participação, o desenvolvimento do significado jurídico da precaução e principalmente, a proteção do direito à informação ambiental[70], de qualidade.

No entanto, onde as tecnologias estão sendo comercializadas ao mesmo tempo em que a sua segurança está sendo pesquisada, há uma necessidade de linhas claras de comunicação entre cientistas, usuários, jornalistas e outros formadores de opinião. Caso contrário, de que outra forma é que as pessoas vão saber quais as perguntas que devem fazer e como podem estar sendo enganadas? (MAYNARD, 2016). E aqui fica ainda o questionamento que perpassa por todo o texto: como, sem saber, os consumidores finais poderão dar a destinação adequada aos resíduos nanotecnológicos?

[70]Em 1998 foi adotada no âmbito das Nações Unidas da "Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente", também conhecida como a Convenção de Aarhus, que foi celebrada no contexto europeu. Esta convenção implementou o compromisso dos países europeus de garantir aos cidadãos o acesso à informação, a participação no processo de tomada de decisões e o acesso à justiça no domínio do ambiente.. A Convenção de Aarhus aumentou a responsabilidade e a transparência no processo de tomada de decisões, especialmente nos setores de governança, que devem então passar a dar conhecimento ao público dos procedimentos adotados ou a serem adotados sobre as questões ambientais. O tripé de Aarhus – baseado no trinômio informação, participação pública nos processos de decisão, e acesso à justiça – constitui parte integrante do Direito Internacional do Meio Ambiente contemporâneo, além de transpor que os limites de consensos regionais sobre como o meio ambiente deve ser protegido pelos Estados. Conquanto ainda não aplicada ao Brasil, a Convenção de Aarhus serve ao nosso país como paradigma e referencial ético no que toca à cooperação internacional para a proteção do meio ambiente, na medida em que consagra aos cidadãos o acesso à informação, a participação na tomada de decisões e o ingresso à justiça em matéria ambiental. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente:o direito brasileiro e a convenção de aarhus. Revista Direito GV, a. 8, n. 1, Jan.Jun. 2012. p. 310-315.

5 Considerações finais

Não há hoje, conhecimento disponível para definir todos os possíveis riscos associados aos nanomateriais, e assim, se torna necessária e imprescindível a gestão dos riscos para que as decisões possam objetivar a redução deles.

Esta é a encruzilhada que se desenha para o Direito e as demais áreas do conhecimento envolvidas com a Revolução Nanotecnocientífica, ou seja, encontrar alternativas seguras e responsáveis para lidar com o presente-futuro da vida de todos os seres vivos sobre a face da Terra, permitindo o aproveitamento saudável das contribuições científicas produzidas pela inteligência humana. Embora não se possa "conhecer" todos os resultados possíveis associados aos nanomateriais e nanotecnologias, é importante que as decisões sobre o desenvolvimento da nanotecnologia sejam orientadas para a redução do risco.

O "direito de saber", ou o "direito de ser informado", integra o planejamento da sociedade inscrito na essência do Estado Democrático de Direito. Se os integrantes do Sistema Social tiverem um mínimo de conhecimento sobre o tema das nanotecnologias, irão construir laços mais significativos para o engajamento público. Quem sabe, participa. Por isto, quem detém o conhecimento tem o "dever" de partilhá-lo com todos aqueles envolvidos no ciclo de vida, que vai desde a matéria-prima até o descarte final de algum objeto que contenha partículas nanoescalares.

Cabe lembrar que uma proposição de uma responsabilidade por danos, não abandonou o passado para se pensar o presente e projetar o futuro, pois como menciona Fachin (2008, p. 263) não é possível pensar no futuro olvidando-se o presente e apagando o passado. O ser humano, individual e coletivamente, se faz na história de seus caminhos e na vida em sociedade, à luz dos valores que elege, por ação ou omissão, para viver e conviver.

Há que se pensar em uma ética da responsabilidade para o futuro que pretende uma "nova" responsabilidade, não só direcionada aos fatos pretéritos, mas, principalmente, aos futuros danos, em uma exigência de prevenção e de precaução que recai sobre a humanidade futura, sempre levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que aqui, no caso dos consumidores de produtos nanotecnológicos passa pela possibilidade de exercício do Direito à Informação, que permitirá, por sua vez, não apenas um direito de escolha sobre o consumo de produtos com nanotecnologias, mas também pelo seu papel na destinação adequada dos resíduos finais.

A dificuldade inicial de se apurarem os danos futuros que possam advir de um produto nano colocado no mercado não pode servir de obstáculo ao dever de o empresário assumir qualquer responsabilidade, seja preventiva ou não. Precisa- se admitir que onde há tecnologia há risco e caberá às pessoas decidir quais riscos estarão dispostas a correr quando se utilizarem das nanotecnologias.

Referências

ABBOTT, K.W. Soft Law Oversight Mechanisms for Nanotechnology, *Jurimetrics J*., 2008, 52, 279 e BOWMAN, D; HODGE, G. Governing Nanotechnology without Government, *Sci. Pub. Pol'y*, 2008, 35, 476, 479-84.

CIEL. Civil society demands action, not words, on nanotechnology. Disponível em *:*<http://www.nanowerk.com/nanotechnology-

news/newsid=43239.php?utm_content=bufferfc321&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer>. Acesso em: 10 maio 2017.

CURRENT AND POTENTIAL FUTURE LIAISONS OF ISO/TC 229 (source: ISO/TC 229 overview by Peter Hatto, Chairman of *ISO/TC 229*). Disponível em: < file:///C:/Users/Wilson/Downloads/TC%20229.pdf> Acesso em:09 maio 2017.

ENGELMANN, Wilson. O "direito de ser informado" sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. In: MENDEs, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfang, COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). *Direito, inovação e Tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ENGELMANN, Wilson; MACHADO, V. S. Do Princípio da Precaução à Precaução como Princípio: construindo as bases para as nanotecnologias compatíveis com o meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 69, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. O futuro do Direito e o direito ao futuro. *Revista OAB-RJ*, v.24, p. 261-274, 2008.

FAO/WHO-. Food and Agriculture Organization of the United Nations/World Health Organization, *Seminar on Nanotechnologies in food and agriculture* Roma, 27 Mar. 2012. Disponível em: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/agns/news_events/Nano_Seminar_Agenda_FINAL.pdf> . Acessoem: 07 maio. 2017.

FLEMSTRÖM, Karolina; CARLSON, Raul; ERIXON, Maria. *Relationships between Life CycleAssessment and Risk Assessment. Potentials and Obstacles.* Industrial Environmental Informatics (IMI), Chalmers University of Technology NATURVÅ. 2004. Disponível em :<www.naturvardsverket.se/bokhandeln>. Acesso em: 10 maio 2017.

GARDELLA, M. MercèDarnaculleta i. Autorregulación Normativa y DerechoenlaGlobalización. IN: GARDELLA, M. Et al. *EstrategiasdelDerechoante laIncertidumbre y laGlobalización*. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GAVANKAR, Sheetal; SUH, Sangwon Suh; KELLER, Arturo F. Life cycle assessment at nanoscale: review and recommendations. *Int J Life Cycle Assess* (2012) 17:295–303.

HOVEN, Van den et al.*Options for strengthening responsible research and innovation*. (2013) Disponívelem:<European Commisssion Report. https://ec.europa.eu/research/swafs/pdf/ pub_public_engagement/options-for-strengthening_en.pdf.>Acessoem 10 jul.2016.

HULLMANN, Angela. *European activities in the field of ethical, legal and social aspects (ELSA) and governance of nanotechnology.*2008. Disponível em <http://cordis.europa.eu./nanotechnology> Acesso em: 21 maio. 2017.

LAMPROU, Anna; HESS, David J. Finding Political Opportunities: Civil Society, Industrial Power, and the Governance of Nanotechnology in the European Union.*Engaging Science, Technology, and Society* 2 (2016), 33-54.

LAZAREVIC, David; FINNVEDEN, Göran. *Life cycle aspects of nanomaterials.* Environmental Strategies Research KTH - Royal Institute of Technology, 2013. Disponívelem :<https://www.kth.se/abe/om-skolan/organisation/inst/see/om/avd/fms. >Acessoem: 10 maio 2017.

LEE, Kerry J. et al. *In vivo* imaging of transport and biocompatibility of single silver nanoparticles in early development of zebrafish embryos. IN: *American Chemical Society Nano*, vol. 1, n. 2, p. 133-143, 2007.

LINGER, Stephan; WECKERT, John. Nanoscale-Technologies as Subjects of Responsible Research and Innovation .*Nanoethics*(2016) 10:173–176.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor.* São Paulo: RT, 2011, vol. III, p. 527-82. Edições Especiais.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à Informação e Meio Ambiente.* São Paulo: Malheiros, 2006.

MARQUES, Bianca Fell et al. Toxicological effects induced by the nanomaterials fullerene and nanosilver in the polychaeta *Laeonereisacuta*(Nereididae) and in the bactéria communities living at their surface. IN: *Marine Environmental Research*, v. 89, p. 53-62, 2013.

MAYNARD, Andrew. *Não falamos mais sobre riscos da nanotecnologia, mas isso não significa que eles desapareceram.* Disponível em :<http://nanotecnologiasociedade.weebly.com/blog/nao-falamos-mais-sobre-riscos-da-nanotecnologia-mas-isso-nao-significa-que-desapareceram-por-andrew-maynard.>Acessoem: 10 abr. 2017.

MAYNARD, Andrew D.; Et al. Safe handling of nanotechnology. *Nature*, v. 44, n. 16, Nov. 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; AYALA, Patryck de Araújo. Cooperação internacional para a preservação do meio ambiente:o direito brasileiro e a convenção de aarhus. *RevistaDireito GV*, a. 8, n. 1, Jan.Jun. 2012.
NANOSCIENCES and Nanotechnologies: Opportunities and Uncertainties. *Royal Academy of Engineering*, 2004.

NEL, André. Et al. Nanotechnology Environemental, Health, and Safety Issues. In: ROCO, Mihail C.; MIRKIN, Chad A.; HERSAM, Mark. *Nanotechnology Research Directions for Societal Needs in 2020*. Retrospective and Outlook. New York: Springer, 2011.

NOWACK, Bernd et al. Potential scenarios for nanomaterial release and subsequent alteration in the environment. IN: *Environmental Toxicology and Chemistry*, v. 31, n. 1, p. 50-59, 2012.

QUIÑONES-JURADO, Zoe Vineth et al. Silver nanoparticles supported on TiO_2 and their antibacterial properties: effect of surface confinement and nonexistence of plasmon resonance. IN: *Materials Sciencesand Applications*, 5, p. 895-903, 2014.

SARGENT JR., John. *Nanotechnology: A Policy Primer*. June 28, 2016. Congressional Research Service. Disponível em :<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL34511.pdf.> Acesso em: 10 maio 2017.

SHATKIN, Jo Anne; KIM, Baram. Cellulose nanomaterials: life cycle risk assessment, and environmental health and safety roadmap.*Environ. Sci.: Nano*, 2015,*2*, 477-499.

ZANIRATO, Silvia Helena. Et al. *Sentidos do risco: interpretações teóricas revista bibliográfica de geografía y cienciassociales.* Barcelona: Universidad de Barcelona, v. XIII, n. 785, Maio 2008.

SOCIEDADE DE CONSUMO E INDÚSTRIA CULTURAL: A TUTELA DO CONSUMIDOR DIANTE DO DANO EXISTENCIAL

Raiza da Costa Santos Cruz[71]
Dennis Verbicaro[72]

1 Introdução

O objeto de estudo do presente ensaio é uma breve análise dos fenômenos que permeiam a perspectiva do dano existencial sofrido pelos consumidores na sociedade atual. A tutela ao consumidor é uma resposta do Direito ao mundo capitalista e às transformações sociais ocorridas ao longo da história, sobretudo com a maior concentração da população na área urbana, o desenvolvimento tecnológico dos bens de produção, o aumento do poder aquisitivo da população, a propagação das técnicas comerciais coercitivas, tudo, levando ao consumo desenfreado de produtos e serviços.

O apelo midiático em torno da aquisição de bens e serviços, através de campanhas publicitárias com forte influência psicológica acabam por forjar novas e transitórias necessidades de consumo a partir de modelos artificiais de felicidade e qualidade de vida, o que leva a uma verdadeira compulsão pelo consumo, seja para satisfazer um sentimento hedonista de autossatisfação, seja para favorecer uma sensação de pertencimento social, em detrimento das necessidades fisiológicas autênticas.

Assim é que a felicidade deixa de ser algo transcendental e passa a ser consumível. O prazer que o consumo proporciona se transforma em sinônimo de felicidade, de modo que quanto mais prazer no ato de consumo o ser humano é capaz de obter, mais "feliz" ele é. A parte se confunde com o todo, e o prazer, que antes era concebido apenas como um dos fatores propícios à felicidade, é elevado à categoria de verdadeiro arquétipo da felicidade.

O consumo exacerbado nunca fez tanto sentido como na sociedade hipermoderna, porquanto nela encontra o alicerce necessário para se intensificar cada vez mais, alimentado pela permanente insatisfação de seus membros. Esse comportamento é decorrência lógica das necessidades e padrões impostos a todo momento pela indústria cultural de massa.

A busca frenética pelos bens de consumo é a busca, na verdade, por uma pseudoliberdade, que mascara uma real infelicidade do indivíduo e seu crescente mal-estar pessoal e social, daí porque o reconhecimento desse diagnóstico social nos leva ao reconhecimento de uma nova categoria de dano: o dano existencial nas relações de consumo.

Diante desse contexto, o presente artigo, através do método dedutivo e de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, tem por objetivo fazer um diagnóstico sócio-filosófico do consumo na atualidade, para, num segundo momento, demonstrar que a perda de legitimidade do

[71] Discente devidamente matriculada no 5º período do curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Pará e integrante do Grupo de Estudo e Pesquisa "Consumo e Cidadania" (CNPQ).

[72] Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Federal do Pará-UFPA, Professor da Graduação e Especialização do Centro Universitário do Pará, Professor Visitante da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do Consumidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS. É Procurador do Estado do Pará e Advogado. É líder do Grupo de Pesquisa "Consumo e Cidadania" (CNPQ).

Estado de mal-estar social e o agravamento da vulnerabilidade comportamental do consumidor, aqui compreendido como categoria, estão diretamente relacionados com o crescimento exponencial das práticas abusivas e fortalecimento da posição jurídica e econômica do fornecedor, dando ensejo ao surgimento de um dano difuso e compartilhado por todos: o dano existencial pela certeza de não se alcançar o idealizado e fantasiado padrão de qualidade de vida proposto pela indústria cultural a serviço do capitalismo predatório.

2 Solidariedade e Cidadania: A Importancia da Participação Cívica na Tutela ao Consumidor.

A Constituição de 1988 surge como um marco de consagração do capitalismo e da economia de mercado no Brasil, além de ensejar o surgimento da disciplina e reconhecimento dos direitos dos consumidores, pela primeira vez no constitucionalismo brasileiro, considerado enquanto direito fundamental. A disciplina Direito do Consumidor emerge como um necessário instrumento de manutenção do sistema econômico. (OLIVEIRA, 2017)

A tutela ao consumidor implica inexoravelmente em uma relativa restrição ao exercício da atividade econômica. Um dos princípios utilizados na proteção consumerista é o princípio da harmonia das relações de consumo, com previsão no caput do artigo 170 (trata da livre iniciativa) e do inciso V (tutela ao consumidor), ambos dispositivos presentes na Constituição da República. O Estado, dessa forma, funciona como um mediador de suma importância no processo.

O Estado brasileiro, no âmbito da proteção do consumidor, ao mesmo tempo em que reconhece o exercício da atividade econômica e da livre iniciativa, estabelece padrões éticos de comportamento que irão tornar aquela liberdade relativa, não caracterizando um Estado intervencionista, mas representa uma ruptura com o modelo liberal, que visa intervir no sentido de equalizar as relações consumeristas.

Historicamente, os indivíduos que compunham a sociedade tinham a noção e liberdade atrelada à participação na esfera política da nação, no entanto sem priorizar seus interesses em detrimento das preocupações coletivas da sociedade, já que a liberdade exercida era a positiva. (SOARES e VERBICARO, 2016) A liberdade negativa é a liberdade do indivíduo para escolher como administrar sua vida sem coação dos outros, ocupando-se basicamente consigo e com os seus.

Depreende-se da liberdade negativa propagada na história moderna, um convite ao egoísmo e à resignação política. Não obstante, sob a égide do Estado e do Direito, o individualismo e a concepção e liberdade negativa atendia de maneira velada aos interesses burgueses, radicado pelas promessas da modernidade, que encontraram suporte num idealismo vazio da sociedade, elaboradas pelo capitalismo liberal, sob a suposta legitimidade da razão, da ciência e do Direito. (SOARES e VERBICARO, 2016)

A idéia de participação política e solidariedade entre os consumidores está ligada também a uma concepção de justiça social. A Política Nacional das Relações de Consumo encontra suporte no conceito de liberdade positiva, pautada na solidariedade e corroborada pela idéia de que a liberdade constitui uma das maiores expressões da justiça. Como conseqüência dos padrões de comportamento impostos pela indústria cultural, a sociedade de consumo não consegue visualizar a importância a solidariedade como instrumento libertador.

A ruptura com o individualismo das democracias liberais, marcadas pelos sentimentos de egoísmo, competitividade e indiferença, visando o não comprometimento da liberdade negativa, visa

ao fortalecimento de virtudes do instinto de sociabilidade, único capaz de confrontar para corrigir as mazelas da democracia, a exemplo da falta de compromisso e credibilidade na representação política, concepções utilitaristas e a própria acomodação da cidadania, que faz dessa passividade um importante mecanismo de alienação. (OLIVEIRA, 2017)

A questão que permeia essa idéia de solidariedade é uma atuação política plural e consertada, ou seja, é a proposição de uma educação cívica eficiente e bem organizada. Educação essa que seja capaz de gerar modificação na forma de enfrentamento de diversas situações presentes no cotidiano, as quais causam uma felicidade momentânea e conduzem o indivíduo a agir com indiferença em relação ao outro e inerte mediante as ações políticas.

Uma participação política efetiva é fundamental para o próprio sentido de vida, pois não há frustração maior do que desperdiçar a experiência e, ao final da vida, constata-se que, na verdade, deixou-se de viver. É importante resgatar o sentido do prazer solidário, único capaz de modificar estruturas viciadas de poder e opressão. Isso quer dizer que quando se tem medo de exercer a liberdade positiva, a pretexto de proteger a liberdade negativa (comodidade individual dos prazeres materiais), renuncia-se a viver plenamente e passa-se para um estado de morte moral.

O capitalismo preleciona que a competitividade e o individualismo constituem os melhores caminhos para o sucesso. Como consequência, o homem desenvolve uma obsessão para ostentar o poder e o prestígio social, em detrimento dos interesses dos mais débeis e frágeis, que passarão a lhe servir não como algo digno de reprovação moral, mas natural e inerente ao jogo social em que uns, necessariamente, serão mais bem sucedidos que outros e estes, por sua vez, deverão se resignar ao seu estado de servidão e subserviência.

> Los placeres de éxito personal, el llegar a ser alguien en la vida, el contar con el reconocimento público, o, en otro orden de cosas, despertar admiración por la rara habilidad de destacar en las cosas más variadas, desde ser una buena cantante de ópera, una excepcional sex- symbol o un coleccionista de obras de arte, habilidad para marcar goles o estafar al fisico, etc., son algunas de las metas. Vivimos en una sociedad realmente curiosa en la que los seres humanos parecen buscar compulsivamente el éxito y el aplauso social. (GUISÁN, 2000, p.67)

O triunfo pessoal na vida se torna a única batalha pública do indivíduo, já que as demais cederam espaço à moral socrática de auto-respeito e êxito de si mesmo. A participação na vida pública se resume a uma meta pífia de satisfação pessoal.

> Kant, como muchos, piensa equivocadamente que la felicidad personal sólo se consigue en la persecución de los fines próprios, cuando desde Platón a Mill ha sido demonstrado fehacientemente que la mejor, más profunda, más honda felicidad privada es la que se deriva de nuestra cooperación generosa en los asuntos públicos. Por lo demás, tener que decirse uno a sí mismo "soy un indigno" es una de las formas más claras de decirse uno a sí mismo que ha fracasado en el nivel más profundo de su personalidad y es, por consiguiente, su conducta causa no tan sólo de horror moral, sino de infelicidad desgarradora. (GUISÁN, 2000, p.68)

De acordo com essa perspectiva, de que a moral está diretamente atrelada à verdadeira felicidade, pode-se concluir que todo aquele que vive convulsionado pelo gigantismo de seu individualismo, aprisionado, ou corrompido de alguma maneira, não é apenas um parasita social que causa dano ao seu entorno, mas, sobretudo, é um ser humano moralmente enfermo com incapacidade

para desfrutar dos prazeres verdadeiros e profundos. Leia-se aí a realização pessoal de servir ao próximo e vivenciar o crescimento e harmonia do grupo social.

O autorrespeito, o amar-se, o sentir-se autossatisfeito são alguns dos modos mais apropriados para recuperar a saúde moral e transformar o homem em uma pessoa que goza e produz o gozo na convivência social.

Nesse sentido, a educação cívica desperta o sentimento de empatia social entre os consumidores, culminando com uma nova geração de consumidores, que pensa coletivamente e sabe agir politicamente. A educação para um consumo solidário é uma das principais metas da Política Nacional das Relações de Consumo no Brasil e busca formar cidadãos combativos e atentos às práticas abusivas e conscientes do seu poder de escolha no mercado. (SOARES e VERBICARO, 2016)

3 A Indústria cultural e sua maléfica influência nas relações de consumo

A expressão indústria cultural foi cunhada inicialmente pelos filósofos e sociólogos alemães Theodor Adorno e Max Horkheimer na obra Dialética do Esclarecimento, publicada ela primeira vez em 1944. Rejeitando o termo cultura de massa, Indústria Cultural designa a produção de cultura a partir dos moldes da indústria, cultura essa voltada ao consumismo, oferecendo produtos que promovem uma satisfação transitória e efêmera.

Essa oposição conceitual deveu-se ao fato de que a concepção de cultura de massa remonta a uma cultura produzida pela própria massa populacional, contemporaneamente chamada de arte popular. Na indústria cultural, o fenômeno é divergente. A indústria cultural consiste em manifestações produzidas sob a égide do capital.

A Indústria cultural encontra escopo atualmente no desenvolvimento de mecanismos de controle das consciências individuais e coletivas exercidos pelos meios de comunicação em massa, tais como rádios, televisão, cinema, jornais, revistas, redes sociais, sem o cuidado de reproduzir fidedignamente a cultura espontânea produzida e ressignificada na sociedade, mas visando padronizar e adaptar as massas aos valores capitalistas de consumo.

Todo esse aparato culmina por criar de forma explícita ou subliminar necessidades de consumo crescentes, através de um aprimorado processo de racionalização dos meios de produção, padronização, difusão e divulgação de bens de consumo como produtos culturais. A cada dia são criadas novas necessidades, que atendem e agradam aos indivíduos, submetendo-os a seu monopólio e tornando-os acríticos.

Essa aceitação por parte dos consumidores, com pouca ou nenhuma resistência, decorre de uma análise da indústria cultural prévia ao lançamento da mercadoria, sugerindo novas necessidades. Dessa maneira, a autonomia da vontade é substituída por um jogo com final premeditado entre quem conhece as regras e quem as desconhece. “A verdade em tudo isso é que o poder da indústria cultural provém de sua identificação com a necessidade produzida” (ADORNO e HORKHEIMER, 1985).

Tem-se aí uma permanente necessidade de autoafirmação do consumidor, que busca imitar comportamentos e hábitos de consumo de uma realidade criada pela malsinada indústria cultural, que, subliminarmente, funcionaliza as escolhas do consumidor de acordo com o padrão global de consumo do qual ele não participa como fonte indicativa de suas necessidades, mas apenas como integrante da

massa subserviente de financiamento desse círculo vicioso de um consumismo inconsciente e irresponsável.

Inicialmente, a premissa de atuação capitalista era pautada na satisfação de necessidades existentes, com as ofertas produzidas em resposta à demanda corrente. Entretanto, com o passar dos anos, uma modificação de fundamental importância na estrutura social ensejou modificações na sistemática comercial. A sociedade evoluiu de produtores a uma sociedade de consumidores, sendo os lucros oriundos sobretudo da exploração dos desejos de consumo. (BAUMAN, 2010)

Atualmente, a finalidade do negócio é evitar que as necessidades sejam satisfeitas e induzir a novas necessidades que clamam por satisfação e novos clientes em potencial. Em relação à filosofia dos negócios, os empréstimos não são exceção: a oferta de empréstimos deve criar e ampliar a necessidade de empréstimos. Outra reviravolta no sistema capitalista foi a introdução dos cartões de crédito, há cerca de 30 anos. O slogan usado foi "Não adie a realização do seu desejo". (BAUMAN, 2010)

De posse do cartão de crédito, o consumidor tem a possibilidade de administrar seus desejos e anseios. Efetivamente, essa é uma oferta que muito seduz. Um mecanismo de satisfação imediata, sem a necessidade de economizar para depois fruir esse sacrifício, a ordem natural. Para impedir que o efeito dos cartões de crédito e do crédito fácil se reduza a um lucro que o emprestador só realiza uma vez com cada cliente, a dívida contraída tinha de ser transformada numa fonte permanente de lucro.

Para os bancos credores, não seria vantajoso que seus devedores pagassem suas dívidas, ao menos não nos prazos previstos. Se eles pagassem com diligência os seus débitos, não seriam mais devedores. E os débitos resultantes de juros configuraram-se na maior fonte de lucros constantes do sistema bancário. (BAUMAN, 2010)

O crescimento da sociedade atual atrelado à sua complexidade culmina com novas espécies de danos à pessoa. O Direito, acompanhando as transformações sociais, necessita de constante atualização e diálogo com essas peculiaridades que vão surgindo com a evolução da sociedade. Nesse sentido, a Responsabilidade Civil se configura como o principal instituto de tutela às violações de Direitos Humanos. (MELLO, 2014)

No mundo atual, que prega tanto o imediatismo, a superficialidade presente nas relações, nos encontros, nas diversões, nas músicas que se ouve, nos livros que se lê, notadamente banais, tampouco evocando o que há de mais nobre, aquilo que faz pensar, tudo preparado pela indústria cultural para os consumidores, sob a égide do comodismo, torna cada vez mais difícil o rompimento e questionamento acerca da realidade em que se vive.

4 O dano existencial na perspectiva da responsabilidade civil consumerista

A função garantidora da Responsabilidade Civil tutela principalmente os chamados danos não patrimoniais. Pautado na idéia da dignidade da pessoa humana, a dupla função da responsabilidade civil não patrimonial está relacionada com a tutela dos interesses do homem, ao mesmo tempo em que possui um caráter eminentemente preventivo, no sentido de evitar novos danos a esses bens jurídicos. (OLIVEIRA, 2017)

A responsabilidade civil parte do pressuposto de que as violações, as quais ocorrem através de um ato lícito ou ilícito, geram o dever de reparação, considerando o dever jurídico originário de

não causar danos a outrem, sob pena de gerar um dever jurídico sucessivo, o de reparação ao dano causado.

O dano pode ser entendido, grosso modo, como uma lesão a um bem jurídico tutelado que potencialmente gere prejuízo na esfera patrimonial ou extrapatrimonial. A responsabilidade civil deve estar atrelada ao dano, sua condição de existência. A concepção de dano é facilmente relacionada a algo quantificável, noção que se aplica aos danos patrimoniais. Os danos não patrimoniais ou morais, por sua vez, são aqueles que atingem interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária. (CHAMONE, 2008)

A responsabilidade civil vem assumindo novos contornos, em grande parte devido aos avanços sociais, fato que gera modificação dos conflitos, que evoluem deixando de atingir somente a esfera do indivíduo para alcançar a coletividade. Assim, a discussão em torno da responsabilidade civil mediante os novos conflitos alcança maiores projeções, especialmente no que diz respeito ao dano moral coletivo, pois este instituto tutela uma nova modalidade de direitos, a dos direitos ou interesses sociais. (MELLO, 2014)

Por interesses difusos, entendem-se aqueles relacionados a grupos sem vínculo jurídico, ou grupos menos determinados de indivíduos. Referem-se não ao indivíduo especificamente, mas ao sujeito enquanto membro da sociedade. Os interesses coletivos, também chamados de Direitos de terceira dimensão, são resultados das lutas travadas por movimentos sociais, na transição da década de 50 a 60. (MELLO, 2014)

Outra característica dos interesses coletivos é que são transindividuais, ou seja, superam a esfera do indivíduo, e são caracterizados por possuírem objeto indivisível, e por atingirem um número determinável de pessoas, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. No que tange aos interesses individuais homogêneos, consistem em interesses de grupos com sujeitos determináveis que possuem pretensões comuns. Representa um único fato gerador de diversas pretensões indenizatórias. (MELLO, 2014)

No Código civil, o legislador mantém a distinção entre o caráter punitivo da sanção penal e o caráter reparatório da sanção civil. Dessa forma, a indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito para quem a recebesse e pena para quem a pagasse. Ressalta que o objetivo da indenização é reparar o prejuízo sofrido pela vítima, visando reintegrá-la ao estado em que se encontrava antes da prática do ato ilícito. (CHAMONE, 2008)

A dupla função da responsabilidade civil nos danos não patrimoniais (compensar e punir) está intrinsecamente relacionada à noção de centralidade da pessoa, já que, no caso concreto, há a necessidade de se fixar e quantificar uma indenização que não só satisfaça as pretensões do lesado, mas que previna a ocorrência de novos danos a esse bem jurídico.

Em relação ao o dano imaterial ou extrapatrimonial, este não está ligado ao patrimônio da vítima, mas refere-se a todos os direitos de personalidade inerentes ao indivíduo e presentes na Carta Magna, em seu art. 5º, V e X, como a honra, a imagem, a liberdade. Conforme dito anteriormente, trata-se de um dano cujo conteúdo não é pecuniário, pois não está relacionado ao patrimônio da vítima, mas à forma como ela é vista na sociedade e o que as pessoas pensam sobre ela (GAGLIANO, 2011, p.86)

4.1 O Dano Existencial

O dano existencial, por sua característica notadamente subjetiva, gera dificuldade tanto na quantificação quanto na qualificação. Essa dificuldade não se dá em relação ao bem jurídico a ser tutelado, mas à impossibilidade de se efetuar uma avaliação objetiva do dano. O dano existencial está inserido na categoria dos danos extrapatrimoniais, ou seja, aqueles que superam a esfera do Ter, atingindo a esfera do Ser. Dessa forma, o dano existencial, considerado em uma análise mais subjetiva, necessita de interlocução com outras áreas do saber para que seja compreendido em toda a sua magnitude.

O dano moral não deve ser confundido com o existencial, já que o dano moral tange aos direitos de personalidade, trazendo lesão à esfera subjetiva, limitado a um aspecto físico e moral. A pretensão indenizatória relativa ao dano existencial tem como objetivo reparar a lesão ou mesmo uma expectativa de algo, indo além dos limites do dano moral. O entendimento na doutrina e jurisprudência pátria é de que o dano existencial seria um dano distinto, qual caberia inclusive cumulação ao dano moral.

Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. O dano existencial se configura pela lesão a direitos existenciais e por isso fere a dignidade da pessoa humana, resultando em um vazio existencial.

Esse vazio caracterizado pelo dano existencial estará materializado por meio da lesão a um projeto de vida que compromete a liberdade de escolha da vítima, sua individualidade, ou por meio da lesão à vida em relações que impedem seu desenvolvimento social. Em ambos a dignidade da vítima será ferida, deixando a vítima do dano em situação de inferioridade e com prejuízo à sua felicidade e bem-estar.

O dano existencial pode ser caracterizado como a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo tanto a ordem pessoal, como a ordem social. Seria uma afetação negativa de atividade que a vítima realizava em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar ou mesmo suprimir de sua rotina. (SOARES, 2009)

Há uma tendência de constitucionalização do Direito Civil, com preeminência das situações existenciais sobre as patrimoniais. É latente a necessidade de sistematização e distinção dessas situações, e a superioridade normativa da constituição aponta para uma valorização da dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade. A base axiológico normativa do dano extrapatrimonial está na dignidade da pessoa humana. (KONDER, 2015)

Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes (2003):

> [...] Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, assim, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.

Via de regra, a doutrina aborda o dano existencial na perspectiva das relações trabalhistas, em geral associado à fragilidade do trabalhador diante do empregador, ou a situações de assédio moral, as quais ferem a dignidade do indivíduo sobremaneira.

De fato, há uma aproximação no objeto a ser estudado, no entanto, a disciplina Direito do Consumidor traz uma abordagem calcada na liberdade artificial de escolha, na perda da individualidade e capacidade de discernimento, além de aspectos emocionais relacionados à aceitação no meio social, que prescindem de análise mais profunda.

A esse respeito, o sociólogo Zygmund Bauman (2000) traz importantes reflexões, quando preleciona que a individualidade está relacionada com o imperativo de consumo, pela primazia do querer, no imediatismo, gerando perda de identidade. Em virtude dessas questões serem trazidas à tona recentemente no ordenamento jurídico pátrio, há dificuldade de adequação dos mecanismos jurídicos de análise e resolução desse tipo de litígio. De fato, resta discutir qual seria o parâmetro objetivo que daria ao direito as condições necessárias para normatizar esse dano.

Ainda de acordo com os ensinamentos e Maria Celina Bodin de Moraes (2003), serão considerados os aspectos componentes dos substratos ou postulados materiais do princípio da dignidade da pessoa humana. Os quatro principais corolários desse princípio são igualdade, liberdade, integridade psicofísica e solidariedade. A integridade psíquica pode ser entendida como violação à saúde, ao bem estar físico. O dano que compromete a integridade psíquica pode ser atestado pelo médico, mas também pela prova testemunhal.

A igualdade visa para restabelecer o equilíbrio nas relações sociais, prelecionando que as diferenças não inferiorizem os desiguais, mas que seja considerada quando eventualmente se pense em discriminação. A liberdade é mais associada ao campo do Direito Penal. Na esfera civil, liberdade é autoeterminação, a capacidade de fazer escolhas, com limites e exercida dentro de determinados patamares.

No âmbito da integridade psicofísica há genericamente a saúde e o bem estar. A solidariedade é a idéia de pertencimento a determinado grupo, considerada como um princípio esquecido, e nesse contexto há que se reafirmar a importância da participação cívica no enfrentamento às violações presentes nas relações de consumo.

4.2 Vulnerabilidade existencial

Antes do CDC (Lei nº 8.078/90) acreditava-se, quando da formação de contratos, que ninguém celebraria contratos que não fossem vantajosos, ou que tivessem uma relação ganha-ganha. No entanto, o código vem com um elemento garantidor da igualdade, visando equalizar ou equilibrar minimamente as relações de consumo. Esse elemento é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, o qual não visa outorgar vantagens ao mesmo, mas um equilíbrio contratual, como um instrumento para a harmonização das relações de consumo, buscando a satisfação coletiva e o bem-estar social.

A concepção de vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor de produtos e serviços, bem como às pressões midiáticas, é assunto reconhecido no Código de Defesa do Consumidor. No entanto, o aprofundamento no estudo do tema suscita novos vieses de análise dessa condição sumariamente explicitada no presente ensaio. A vulnerabilidade existencial encontra escopo na insuficiência do paradigma voluntarista da vontade formal.

Esse paradigma diz respeito à concepção que permeava o Direito Civil clássico: o princípio fundamental por trás da validade e eficácia vinculante os contratos era a liberdade de contratar. Ao contratar, o contratante estaria adstrito ao contrato. O fato é que, os contratantes, impulsionados por suas necessidades viam-se sem escolha e impelidos a celebrar contratos desvantajosos. (KONDER, 2015)

Ao longo do século XX, o Direito privado foi paulatinamente se afastando dessas concepções limitadas para se reconstruir em consonância com novos valores calcados na idéia de autonomia privada, extrapolando a liberdade negativa e formal. Outrossim, não mais se limitou o Direito Privado à igualdade formal, atribuindo caráter normativo à igualdade substancial.

A perspectiva de racionalidade limitada do agente econômico elucida uma melhor compreensão da idéia de vulnerabilidade. Essa racionalidade limitada será também objeto de importantes estudos na seara da Escola da Economia Comportamental, tratada no capítulo seguinte. Estes estudos atingem inclusive a questão do superendividamento do consumidor, com base em critérios comportamentais na tomada de decisões.

A vulnerabilidade, ponto fulcral na lei que disciplina a tutela ao consumidor brasileiro, tem como base a idéia de justiça e igualdade. Esse princípio visa ampliar o equilíbrio na relação, ao dispor das atribuições e funções das partes envolvidas no processo de consumo. (OLIVEIRA e CARVALHO, 2016)

A concepção de vulnerabilidade existencial relaciona-se com a suscetibilidade do indivíduo a ser atingido em sua esfera extrapatrimonial. Difere da vulnerabilidade patrimonial por esta estar relacionada à inferioridade contratual, com efeitos indiretos à personalidade do indivíduo. Diante da vulnerabilidade patrimonial, a atuação do Poder Judiciário consiste em recursos aos instrumentos jurídicos relativos às relações patrimoniais. (KONDER, 2015)

A respeito da vulnerabilidade existencial, há demasiada dificuldade por parte do Estado em reconhecer a necessidade eminente desse âmbito de tutela ao consumidor, e isso ocorre devido à não adequação das técnicas utilizadas em outras situações para esses valores. O ideal seria a criação e mecanismos adequados para esse fim, e já existe de forma experimental, com base em novos estudos acerca do tema. (KONDER, 2015)

Diversos grupos podem ser considerados quando se fala em vulnerabilidade existencial. Dentre eles, os idosos, as crianças, pacientes médicos, entre outros. No entanto, essa qualificação em categorias não é o mais importante, e sim o reconhecimento da vulnerabilidade e sua relação com a dignidade da pessoa humana e solidariedade social. Não obstante, a criação e sistematização e instrumentos jurídicos adequados às situações existenciais são imprescindíveis para a superação desses paradigmas de tutela.

5 A análise econômica do Direito, assédio de consumo e superendividamento

A ciência do Direito possui capôs de atuação atrelados a diversas áreas do conhecimento, dentre eles a filosofia, a história, a sociologia, a antropologia e, mais recentemente, estudos relacionados à economia têm surgido e ganhado notoriedade no âmbito acadêmico. O Direito do Consumidor preza pela proteção a bens jurídicos como a vida e a saúde do destinatário final dos produtos e serviços fornecidos no mercado, considerando a condição de vulnerabilidade do

consumidor mediante o fornecedor de produtos e serviços. (OLIVEIRA e FERREIRA, 2012)

Há uma concepção que trata da racionalidade econômica relacionada à conduta do fornecedor, muito presente na escola da Economia Comportamental e nos preceitos oriundos da disciplina Direito do Consumidor. Essa concepção sugere que os indivíduos reagem a incentivos e procurarão, diante da tomada de decisões, optar pela solução que o favoreça, ponderando a relação custo-benefício. Nesse sentido, as sanções teriam como fundamento desestimular condutas ou práticas nocivas. (OLIVEIRA, 2017)

Estudos recentes acerca da chamada "teoria da decisão racional" culminaram em importantes conclusões para a compreensão adequada do processo de tomada de decisão humana. Esses estudos, que compõem a denominada Escola da Economia Comportamental (Behavioral Economics), têm demonstrado que, se a decisão humana é racional, trata-se, em verdade, de uma racionalidade limitada, capaz de conduzir suas escolhas de forma sistemática e previsível para opções em confronto com seus interesses. (OLIVEIRA, 2017)

As iniciativas o mercado visam aproveitar "a irracionalidade e inconsistência das preferências dos agentes econômicos a favor destes". Em relação à vulnerabilidade do consumidor, princípio aceito universalmente nesta matéria, as conclusões obtidas pela Escola da Economia Comportamental corroboram, também no plano das ciências afins, o princípio legal da vulnerabilidade do consumidor. (OLIVEIRA e SARAIVA, 2016)

No Brasil, com exceção da última década, o país sempre fora mal visto pelo capital estrangeiro, pois comprometeu sua capacidade de atrair investimentos em razão de políticas econômicas mal sucedidas, que geravam o superendividamento público, sem a correspondente geração de renda para a maior parcela de sua população. Isso tudo gerava incerteza para os investidores internacionais.

Com o fortalecimento de sua economia, através da estabilização da moeda, da superação do colapso inflacionário, da acumulação de divisas internacionais, do superávit em sua balança comercial, da geração de empregos e do cumprimento irrestrito às exigências e das obrigações perante o Fundo Monetário Internacional, da valorização no mercado externo de suas *comodities*, o Brasil despontou como um país emergente e o contínuo crescimento de seu Produto Interno Bruto-PIB atraiu investimentos internacionais, sem que isso signifique, necessariamente, melhor distribuição de renda, ou maior capacidade deliberativa do país na Comunidade Internacional.

O amadurecimento de suas bases econômicas atraiu interesses de grandes grupos multinacionais, cujas empresas precisavam de parâmetros claros para aferir a viabilidade de seu investimento, ou seja, passaram a eleger determinados critérios bastante curiosos, senão vejamos aquele que avalia a judicialização dos riscos ao capital.

É avaliada a (in)capacidade do Estado brasileiro (leia-se legislativo, executivo e judiciário) de promover normas capazes de proteger o cidadão da voracidade especulativa do mercado, o que, nas relações de consumo, é um dado extremamente importante. Em apertada síntese, quanto mais ineficazes as normas de um Estado em relação ao seu cidadão- consumidor, mais leniente o Executivo em apresentar políticas públicas de reconhecimento da inferioridade econômica, e mais lento e conservador o Judiciário para responder a esses conflitos, menor o risco de prejuízo econômico, maior o grau de investimento no país, por mais paradoxal que essa conclusão possa transparecer.

As grandes multinacionais de hoje, muitas vezes, têm mais poder político do que os próprios Estados Nacionais. Muitas diretrizes da economia mundial não são apresentadas por um consenso

internacional entre os Estados, mas por uma necessidade, por uma contingência econômica voltada para atender aos interesses de determinados grupos econômicos detentores do capital de investimento.

Ao segmento empresarial sempre aproveitou um modelo de Estado Liberal e pusilânime do que dizia respeito à necessidade de impor regras claras de controle do mercado. Não há dúvida que o mercado é um dos principais focos de resistência para a emancipação solidária.

Infelizmente, não são raras as vezes em que um magistrado deixa de aplicar uma norma mais favorável ao consumidor pelo receio de desatender às expectativas econômicas de uma grande empresa multinacional, lançando mão de razões utilitaristas para justificar o injustificável, ou seja, para legitimar uma decisão que deixa de aplicar uma sanção jurídica exemplar a uma empresa pelo receio de que possa gerar consequências econômicas e sociais negativas, como a demissão de trabalhadores e perda na arrecadação tributária do ente estatal, transferindo a insegurança jurídica toda para o consumidor.

O CDC, nesse particular, promoverá a mudança de parâmetros éticos de atuação para os agentes econômicos, desde que incorporado pelo consumidor o novo modelo de educação cívica, uma vez que o cidadão só terá condições de intervir de maneira qualificada nesse debate se tiver educação para compreender os diferentes graus de comprometimento empresarial para com os deveres impostos pela lei, nivelando suas escolhas a partir de parâmetros rigorosos que considerem, por exemplo, a maior projeção de durabilidade de bens de consumo, credibilidade institucional da marca para com o atendimento às demandas dos consumidores e etc.

O empresário que não se antecipa às predileções do consumidor, ou aquele que não reconhece ou valoriza a opinião do consumidor, estará fadado ao insucesso. A educação, nesse sentido, envolve uma obrigação recíproca entre consumidor e agentes econômicos.

O acesso à informação, por sua vez, é ponto de partida para o próprio exercício da liberdade de escolha, define os conceitos de vício e defeito na responsabilidade civil, além de ser revelar aspecto determinante para caracterização da oferta e publicidade ilícitas.

Ademais, observa-se que a Política Nacional das Relações de Consumo por vezes é confrontada com novos desafios e necessidades dos consumidores, obrigando uma permanente atualização do microssistema normativo de proteção ao consumidor, de modo a oxigenar os métodos de solução de conflitos.

Uma delas é a temática do "Superendividamento", que decorre da incapacidade do consumidor de fazer escolhas racionais no mercado, em razão da influência negativa da publicidade de massa e do assédio de consumo, sendo atingidos pelo padrão estético de uma indústria cultural implacável, o que o leva a contrair dívidas não condizentes com seu orçamento doméstico ou mesmo com a realidade econômica do país.

A concessão de crédito irresponsável precisa ser melhor normatizada, sobretudo quando ocorre em detrimento dos idosos, hoje considerados em sua vulnerabilidade agravada (hipervulnerabilidade).

Os apelos de consumo padronizados e que simulam um modelo de vida ideal e fantasiado merecem uma melhor regulação, ou seja, o consumidor precisa de melhores instrumentos para se contrapor às ofertas da indústria cultural.

A indústria cultural dita modelos de comportamento pré-estabelecidos, define quais serão as novas necessidades de consumo em escala global, interfere no senso estético, informa aquilo que deverá ser adquirido para se alcançar um pseudo *status* social e até mesmo para a realização pessoal. O consumidor está sendo doutrinado a ter seus hábitos de consumo decididos por terceiros, uma espécie de servidão voluntária, em que se revela mais cômodo aceitar os padrões impostos pela

indústria cultural, a ter que fazer escolhas por si próprio. A abordagem utilizada é agressiva, fruto de um verdadeiro assédio, subjugando a capacidade de escolha e reflexão do consumidor, obrigando-o a decidir por impulso e de acordo com um único padrão estético estabelecido.

A sociedade de consumo acostumou-se com o obsoletismo planejado, pois a ideia de durabilidade de bens de consumo não agrada ao mercado, que sempre almejou a circulação contínua de bens de consumo e, nos últimos anos, também se incorporou aos hábitos do consumidor global, na medida em que sua insatisfação pessoal com a vida ou mesmo suas carências emocionais e sociais podem ser facilmente compensadas pela satisfação e prazer de comprar. A ideia aqui não é satisfazer uma necessidade real de consumo, normalmente associada à utilidade daquele bem para uma finalidade específica, mas sim uma necessidade aparente, às vezes relacionada a autoafirmação do sujeito, concebida pela criatividade publicitária, que cumprirá uma finalidade ilusória e, naturalmente, passageira.

Em linhas gerais, vive-se numa espécie de "economia do endividamento", onde o consumidor se mostra excessivamente dependente do crédito, contraído de modo irracional e compulsivo. O endividamento acaba funcionando como meio de financiar a atividade econômica e como forma de suprir as necessidades básicas das famílias brasileiras.

O ideal seria, promover uma "economia de poupança", que tem a lógica inversa e pressupõe políticas públicas que promovam a educação financeira, o acesso qualificado à informação pré-contratual e o combate efeito ao assédio de consumo e aos métodos comerciais coercitivos.

Esse cenário faz o consumidor imergir num permanente estado de dano existencial, seja porque sua felicidade, artificialmente concebida pela indústria cultural, será dependente dos símbolos de consumo, propositalmente substituídos com a mesma velocidade com que surgiram no mercado, seja porque sua incapacidade financeira de acompanhar os padrões de consumo lhe imporá uma jornadas de trabalho extraordinárias, privação da convivência familiar, do ócio e, para agravar, como as relações interpessoais não mais são autênticas, basta simular pseudo sensações de bem estar nas redes sociais, para que a falseada ideia de felicidade seja alcançada.

Todavia, o indivíduo está isolado, marginalizado pelo consumo compulsivo e sofrerá só, o que denota um sentimento de "mal-estar difuso" numa sociedade doente, daí porque a ideia de dano existencial se justifica, sendo mais que oportuna a discussão acerca de um dever geral de prevenção e o próprio elastecimento do instituto da responsabilidade civil consumerista para o reconhecimento desse novo dano transindividual e de caráter abstrato, mas que ainda não encontra a devida tutela no âmbito do Judiciário, ainda atrelado à vetusta noção de dano individual.

Portanto, as contradições acerca dos temas supracitados podem ser dirimidas mediante esse importante diálogo com as outras esferas do saber, que corroboram a necessidade de uma concepção de tutela cada vez mais engajada na via humanística e menos patrimonial no que tange aos anos sofridos pelo consumidor diante da indústria cultural e da sociedade de consumo.

6 Conclusão

Atualmente, diante da indústria cultural e do apelo midiático, consumidor exerce apenas uma liberdade artificial de escolha, numa espécie de servidão voluntária, que consiste na submissão espontânea aos padrões referenciais de consumo estabelecidos pelos detentores dos meios de

produção. A vulnerabilidade está calcada na idéia de inferioridade econômica, no sentido de incapacidade de intervir no processo produtivo, bem como nos contratos.

O falseado padrão de qualidade de vida imposto pelo consumismo é uma utopia inalcançável, mas que tem, cada vez mais, influenciado o indivíduo a reproduzir comportamentos estereotipados, alienando-se do mundo real, negando sua subjetividade numa constante imitação do outro, tornando-se, portanto, um consumidor permanentemente frustrado, infeliz e, em alguns casos mais recentes, revoltado por não conseguir satisfazer suas mais variadas necessidades artificiais criadas pela indústria cultural.

Não há dúvida de que aspectos culturais e econômicos são os grandes condicionantes da humanidade e, na sociedade globalizada, acabaram se fundindo num modelo de consumismo irresponsável e que justificou a necessidade de uma proteção mais elástica do consumidor, destarte, no âmbito da comunidade internacional.

Nos dizeres de Cláudia Lima Marques (2013):

> [...] a atual globalização-como nunca antes-modificou nosso sentimento de tempo e espaço: tudo está mais perto, tanto as nações, quanto as pessoas, tudo mais rápido e urgente, fugaz! O Direito Internacional Privado, direito dos conflitos e dos diálogos das leis no espaço, ganhou assim conjuntura e atualidade. E, parece-me, a sua imagem de pessoa também restou alterada.

A fascinação do consumidor globalizado com este modelo é evidente, o que convalida a sua própria vulnerabilidade e necessidade de proteção jurídica diferenciada, pois não são raras as notícias de pessoas que passam dias na fila, em condições climáticas extremas, para serem os primeiros a adquirirem os novos modelos de bens de consumo da moda, muitas vezes em preços estratosféricos e sem grandes ou sensíveis diferenças em relação aos modelos anteriores, apenas para aplacarem uma ansiedade de consumo doentia vivenciada em escala global.

A partir do entendimento de que o consumidor se encontra em uma dimensão transnacional, é preciso focar não somente nos aspectos econômicos da relação de consumo, mas também nos seus sujeitos, cada vez mais "coisificados" pelo mercado, ou seja, é preciso humanizar o consumo no ambiente hostil de uma globalização já fragmentada por tantas vicissitudes.

A tutela ao consumidor em relação aos danos não quantificáveis exige uma análise mais profunda acerca do sentido e alcance do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações de consumo, pois a compulsão pelo consumo leva o sujeito a um permanente estado de frustração, ansiedade, forjando aquilo que viria a ser a figura do dano existencial

Dessa forma, é imprescindível a ampliação de novos espaços de debate, baseados na participação cívica entre a coletividade de consumidores, visando apoio e solidariedade mútua e dessa forma, compreender a evolução dos paradigmas enfrentados atualmente, favorecendo soluções para a criação e aperfeiçoamento das normas de consumo.

Referências

ADORNO, Theodor W. HORKHEIMER, Max. Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida a crédito*: conversas com Citlali Rovirosa-Madrazo /tradução Alexandre Werneck. - Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. O dano na responsabilidade civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1805, 10 jun. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11365>. Acesso em: 18 jan. 2017, 9h00.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito Civil*, Ed. Saraiva, 2011.

GUISÁN, Esperanza. *Más allá de la democracia*. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 2000.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: ppor um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*. vol.99. ano 24. P.101-123. São Paulo: Ed. RT. Maio-junho de 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. "A proteção dos consumidores em um mundo globalizado: *Studium Generale* sobre o consumidor como *Homo Novus". Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, Vol. 85, jan-fev/2013

MELLO, Fernando de Paula Batista. O Dano não patrimonial transindividual. *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 23, n. 96. P. 41-74, nov./dez. 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Amanda Flavio. Law & Economics e Direito do Consumidor não são disciplinas incompatíveis. *Revista Consultor Jurídico*, 18 de janeiro de 2017, 8h00.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de e CASTRO, Bruno Braz. *Proteção do consumidor de crédito:* uma abordagem a partir da economia comportamental. *Revista de Direito do Consumidor, vol. 93, maio-junho 2014, p. 231-249.*

OLIVEIRA, A.F. FERREIRA, F. M.S. Análise econômica do direito do consumidor em períodos de recessão. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.81, p. 13-37, jan/mar.2012

OLIVEIRA, Amanda Flávio de Oliveira e SARAIVA, Rute. O Tribunal de Justiça de São Paulo e a anulação da multa aplicada à McDonald's em razão de publicidade abusiva. Ou, a quem cabe educar nossas crianças*? Revista Direito do Consumidor*, n. 106, jul-agosto 2016, p. 325-356.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de e CARVALHO, Diógenes Faria de. Vulnerabilidade comportamental do consumidor: por que é preciso proteger a pessoa superendividada. *Revista Direito do Consumidor*, n. 104, março-abril 2016, p. 181-202.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOARES, Dennis Verbicaro e VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. Espaços políticos de deliberação no âmbito da política nacional das relações de consumo e seus desafios. *Direito,*

globalização e responsabilidade nas relações de consumo. V Encontro Internacional do CONPEDI Montevidéu – Uruguai. 2016. p.79-99

A DÁDIVA, AS TROCAS E O CONSUMO DE BENS: REFLEXÕES SOBRE O SIGNIFICADO SOCIAL DOS OBJETOS PARA PENSAR O DIREITO DO CONSUMIDOR

Laura Garbini Both[73]
Adriane de Oliveira Ningeliski[74]

Resumo:

Este artigo tem como objetivo problematizar a lógica cultural que informa as práticas do consumo através da busca de uma compreensão dos temas, das recorrências, continuidades e descontinuidades que operam nas relações sociais implicadas na circulação dos bens - em alguns contextos reconhecidos como dádivas - e na composição dos significados atribuídos nos seus diversos arranjos empíricos. Trata-se de pensar o consumo como uma dimensão da ordem social contemporânea, como um arranjo socialmente construído e operado por um conjunto de práticas fundamentadas em determinadas organizações e concretizado nas relações sociais que o estruturam. Pretende-se assim tematizar, em arcabouço interdisciplinar, subsídios da perspectiva cultural que possam fundamentar pesquisas no campo do direito do consumidor.

Palavras-chave: Prática Cultural. Troca de bens. Consumo.

1 Introdução

A economia de mercado não é um sistema fechado, homogêneo, fundamentalmente utilitário e comercial; mas um sistema que abriga a coexistência de diferentes arranjos concretizados a partir de diferentes formas de organização social.

Este artigo tem como objetivo problematizar a lógica cultural que informa as práticas do consumo através da busca de uma compreensão dos temas, das recorrências, continuidades e descontinuidades que operam nas relações sociais implicadas na circulação dos bens e na composição dos significados atribuídos nos seus diversos arranjos empíricos.

Trata-se de pensar o consumo como uma dimensão da ordem social contemporânea, como um arranjo socialmente construído e operado por um conjunto de práticas fundamentadas em determinadas organizações e concretizado nas relações sociais que o estruturam. Pretende-se assim tematizar, em arcabouço interdisciplinar, subsídios da perspectiva cultural que possam fundamentar pesquisas no campo do direito do consumidor.

[73]Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) , Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Licenciada em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professora Pesquisadora Permanente do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil.

[74] Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UniBrasil Centro Universitário (PR), Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado (SC). Professora no curso de graduação em Direito da Universidade do Contestado (SC) e servidora do Poder Judiciário de Santa Catarina.

2 O consumo é uma prática social

Na sociedade ocidental contemporânea o ato de consumir costuma ser interpretado basicamente de duas formas: ou está ligado a gastos inúteis e compulsões irrefreáveis, resultantes da onipotência dos meios de comunicação de massa - que induziriam os indivíduos a adquirir bens, geralmente desnecessários - ou, é visto, como um ato extremamente autônomo e individualista, onde um sujeito totalmente livre de constrangimentos faria arbitrariamente suas escolhas.

Um olhar mais detido, perceberá, que o processo de consumo se mostra bem mais complexo do que as relações imediatas pressupostas nessas acepções correntes. Nenhuma relação social é direta e objetiva num sentido estrito. Sempre é mediada, dependendo do contexto, pela família, grupo de trabalho, escola, igreja, mídia e outros tantos mediadores envolvidos nos processos de interação e negociação que qualquer rede social pressupõe. Por isso, o consumo deve ser entendido como uma ação muito mais plena de possibilidades e significados do que qualquer reducionismo possa supor.

O consumo, no entendimento de Canclíni[75] é mais do que uma relação entre as necessidades e os bens para satisfazê-las. Constitui-se como o conjunto de processos sócio-culturais em que se realizam a apropriação e os usos do produto/bem. O consumo é uma prática social materializada na produção e circulação dos bens.

Nestes termos, pode ser entendido como uma *prática cultural*, a partir da qual se constroem significados e sentidos e, portanto, não totalmente determinada apenas e unicamente pelo processo de sua produção e muito menos por um voluntarismo individualista. Portanto, compreendido não como uma esfera isolada e autônoma da realidade social, mas antes de tudo imbricado nessa mesma realidade, o que significa ter como princípio o entendimento de que a atividade de consumir é uma prática cultural.

Por isso, é no âmbito da organização social, de uma sociologia, que a problemática (com menos enfoque na produção e mais na dinâmica social da circulação dos bens) será aqui analisada. É importante enfatizar esse encaminhamento porque, contemporaneamente, a dimensão econômica da sociedade, em geral, e as trocas de bens, em particular, são de forma generalizada compreendidas como constituídas e constitutivas de um sistema homogêneo, único, global e autônomo, agenciado por ações individualizadas, o que na verdade não é pois é forjado e uma extensa e muito complexa rede de relações de várias ordens e naturezas.

Dada a sua centralidade no mundo contemporâneo, o consumo se torna um espaço chave para a compreensão de processos constitutivos das relações sociais e de produção simbólica e, sem exagero, talvez seja um dos códigos que melhor expresse o atual momento histórico.

O ponto de partida da compreensão das realações sociais de consumo se dá em torno da prática da troca de bens (materiais e simbólicos) e do mercado, centrais na definição das categorias envolvidas nas análises recorrentes sobre o tema, no campo das ciências sociais .

Dentre outras fundamentais contribuições Marcel Mauss[76] destaca as considerações referentes às sociedades que trocam dons - que trazem em si o *mana*[77] como atributo - e que vinculam sujeitos e relações na contraposição de sociedades que trocam mercadorias sem *mana* . Tal análise ilumina o cerne da problemática aqui discutida pois coloca em xeque a idéia corrente de que existem diferenças

---

[75] CANCLINI, Néstor García. Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

[76] MAUSS, M. Ensaio sobre a dádiva; In: Sociologia e Antropologia. São Paulo:EDUSP, 1974. p.168.

[77] Entre os melanésios, conjunto de forças sobrenaturais provenientes dos espíritos e que "operam" num objeto ou numa pessoa.

constitutivas na forma como esses dois tipos de sociedades – as do dom e as da mercadoria- articulam a circulação dos bens produzidos e consumidos.

Considerar a troca como elemento fundamental da vida social em geral, ameniza os postulados dessa dualidade, revelando que nem tudo na esfera da troca está submetido à razão econômica: posições sociais, espaços simbólicos e rituais, desempenham papel importante como mediadores, tanto nas sociedades antigas quanto nas sociedades modernas.

3 A dinâmica da troca de bens na vida social

Vinculado à idéia de reciprocidade, Lévi-Strauss[78] considera a troca como um princípio lógico geral que informa a vida social na sua universalidade, questionando uma distinção de fato entre sociedade de dom e sociedade da mercadoria como excludentes. É um princípio geral concretizado em diferentes e diversos arranjos empíricos.

Também contrariando uma visão do consumo como resultado de um processo comandado apenas pela produção, Miller[79] reabilita as realações de consumo como meio de craiação cultural destacando a fundamental importância dessa dimensão social, por exemplo, na construção das identidades .

Da mesma forma Sahlins[80] percebe o consumo como relativamente autônomo em relação à produção e precisa ser compreendido como código simbólico, através do qual se comunica, dentre outras coisas , a pertença de um indivíduo a determinado grupo social. Assim, uma explicação cultural da produção e do consumo deve procurar o sentido social dos objetos nas relações entre homens e bens e não mais em uma suposta qualidade inscrita nesses bens.

Nesta seara do caráter utilitário e simbólico dos bens e das ações sociais que os motivam, Mary Douglas e Baron Isherwood[81] destacam a relevância justamente desse duplo papel das mercadorias na vida social . Além de proporcionar subsistência os bens estabelecem essencialmente relações sociais porque são necessários para tornar visíveis e estáveis categorias de uma cultura. Para continuar a pensar racionalmente o indivíduo precisa de um universao inteligível e essa inteligibilidade precisa precisa ter algumas marcas visíveis, assim o consumidor constrói um universo inteligível com as mercadorias que elege. E o faz em uma dinâmica constante da circulação desses bens. Para Douglas e Isherwood:

> O consumo tem de ser reconhecido como parte integrante do mesmo sistema social que explica a disposição para o trabalho, ele próprio integrante da necessidade social de relacionar-se com outras pessoas e de ter materiais mediadores para essas relações.[82]

É importante reconhecer e entender como os objetos em movimento vão adquirindo ou perdendo valor e mudando de significado quando circulam através de redes, trajetórias e ciclos de produção e consumo.

---

[78] LÉVI-STRAUSS, C. As Estruturas Elementares do Parentesco. Petrópolis:Vozes,1974.
[79] MILLER, D. Material Culture and Mass Consumptiom . Oxford: Blackwell, 1987.
[80] SAHLINS, M. Cultura e Razão Prática . Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
[81] DOUGLAS, M. & ISHERWOOD,B. O Mundo dos bens: para uma antropologia do consumo. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1990.p.26
[82] Idem.

Assim como outras dimensões da vida social, o consumo é um bom caminho para pensar a sociedade contemporânea e a perspectiva antropológica sobre o fenômeno possibilita a ultrapassagem da visão utilitarista, economicista ou individualista alargando o campo analítico e introduzindo a significação cultural, procurando enxergar o consumo não só como um fato social coercitivo, extenso e externo, posto que é uma representação coletiva, mas também como uma fato público e – portanto- cultural.

O consumo é a realização individual de um fenômeno cuja lógica só se entende ao se decifrar os significados ou códigos que são compartilhados no plano coletivo e por isso revela tanto os aspectos fundamentais da ideologia quanto os aspectos fundamentais dos sistemas de classificação e das formas da construção da identidade e da diferença econômica, de gênero, etnica-racial, geracional presentes na vida cotidiana.

Muito particularmente na sociedade globalizada contemporânea o consumo ocupa um lugar preferencial de marcador de status e que funciona como um dos operadores do sistema de classificação de pessoas e espaços através das coisas. Nada tem um valor por si mesmo, o valor de cada coisa depende do seu lugar numa série de outros objetos complementares.

Em um sentido lévi-straussiano, as séries de produtos , objetos e serviços constituintes da rede de consumo articulam as séries de pessoas , grupos sociais e estilos individuais. E tudo isso organizado em um sistema de comunicação , poder e prestígio que marca diferenças e/ou agrupa semelhantes, confirmando especificidades e peculiaridades da da própria circulação, cada qual com a singularidade dos seus códigos e princípios sociais que , no limite, o regem e articulam. Os bens são neutros mas seus usos são sociais e desta forma podem ser utilizados como cercas ou pontes.

4 Breve digressão: os bens, o dom e a dádiva

Em obra publicada em 1929 sobre a forma e a razão da troca nas sociedades arcaicas[83] Marcel Mauss pretendeu demonstrar a expressão da universalidade e da importância da troca como fundante das relações sociais. As trocas e os contratos, nesta perspectiva, fazem-se sob a forma de presentes, em princípio voluntários, mas obrigatoriamente dados e retribuídos. São relações muito complexas – fenômenos sociais totais - que exprimem, de forma simultânea, diversas dimensões e instituições da organização social: moral, religião, direito, família, política, estética e economia.

Diante desta multiplicidade, o foco da análise de Mauss se deu na busca da compreensão do caráter voluntário, aparentemente livre e gratuito, mas imposto e interessado do sistema de prestações e contraprestações. Mais especificamente, o interesse do autor se deu em revelar a regra de direito e de motivação que faz com que um presente recebido seja obrigatoriamente retribuído, ou ainda, qual a força encarnada na coisa dada/doada que faz com que o recebedor (donatário) a retribua.

Como horizonte mais amplo e ambicioso, Mauss pretende chegar a conclusões acerca da natureza das transações humanas nas sociedades arcaicas e, por extensão, da natureza das mesmas nas sociedades contemporâneas. Para tanto, descreve o fenômeno da troca e do contrato nas sociedades de mercado econômico – para ele condição de todas as sociedades humanas - mas cujo regime de troca é diverso umas das outras. Nas sociedades arcaicas, no seu entender, existe o mercado

[83] MAUSS, M. Ensaio sobre a dádiva; In: Sociologia e Antropologia. São Paulo:EDUSP, 1974.

concretizado em outra organização que não a dos mercadores e da moeda, mas regido por uma outra espécie de economia e de moral.

O ponto de partida são as formas arcaicas de contrato. Para Mauss, nunca existiu na história da humanidade algo que se assemelhe a uma economia natural. Nem os polinésios, *locus* da sua etnografia, assim como nenhuma outra cultura ou sociedade constituem ou constituíram em matéria de direito ou economia algo próximo de um estado de natureza, de simples trocas de bens ou de produtos entre indivíduos. Nota o autor que:

> Em primeiro lugar, não são indivíduos e sim coletividades que se obrigam mutuamente, trocam e contratam; as pessoas presentes aos contratos são pessoas morais – clãs, tribos, famílias – que se enfrentam e se opõem, seja em grupos, face a face, seja por intermédio dos seus chefes, ou ainda das duas formas ao mesmo tempo. Ademais, o que trocam não são exclusivamente bens e riquezas, móveis e imóveis, coisas economicamente úteis. Trata-se antes de tudo de gentilezas, banquetes, ritos, serviços militares, mulheres, crianças, danças, festas, feiras em que o mercado é apenas um dos momentos e onde a circulação de riquezas constitui apenas um termo de um contrato muito mais geral e muito mais permanente.[84]

Enfim, essas prestações e contra-prestações são feitas de uma forma sobretudo voluntária por presentes, regalos, embora sejam, no fundo rigorosamente obrigatórios, sob pena de guerra privada ou pública.

Nesse tipo de direito e economia peculiar das sociedades arcaicas, mas que sobrevive de alguma forma nos interstícios das relações sociais estabelecidas nas sociedades contemporâneas parece ser de relevância destacar as motivações da retribuição para entender as motivações do cumprimento ou não dos contratos reais estabelecidos nas relações concretas.

Alerta Mauss que a prestação total não envolve apenas a obrigação de retribuir os presentes recebidos, mas supõe duas outras obrigações também importantes: a obrigação de dá-los, por um lado, e a obrigação de recebê-los por outro. Estaria neste ponto o fundamento da troca: recusar-se a dar/doar ou recusar-se a receber equivale a declarar guerra, pois é o mesmo que recusar a aliança e a comunhão.

Em consequência, os indivíduos são impelidos à troca, porque o donatário passa a ter uma espécie de direito de "propriedade" sobre tudo aquilo que pertence ao doador. A propriedade nestes termos é concebida como um vínculo espiritual, porque, explica o autor, há uma mistura de vínculos espirituais entre as coisas que são em certa medida *alma*, e os indivíduos e os grupos que se tratam em certa medida como *coisas*. Ressalta Mauss que:

> Todas essas instituições exprimem unicamente um fato, um regime social, uma mentalidade definida: é que tudo, alimento, mulheres, crianças bens, talismãs, terra, trabalho, serviços, ofícios sacerdotais e postos é matéria de transmissão e retribuição. Tudo vai-e-vem como se houvesse uma troca constante de uma matéria espiritual compreendendo coisas e homens, entre os clãs e os indivíduos, repartidos entre categorias, sexos e gerações.[85]

[84] Idem.
[85] Ibidem.

Dar, receber e retribuir, por em circulação *coisas* e *modos de fazer* as coisas, para além do caráter utilitário: este é o fundamento da dádiva, constituída inclusive de cálculos racionais, mas também e principalmente de espontaneidade, amizade e solidariedade:

> Se coisas são dadas e retribuídas, é porque se dão e se retribuem "respeitos" – podemos dizer igualmente, "cortesias". Mas é também porque as pessoas se dão ao dar, e, se as pessoas se dão, é porque se "devem" – elas e seus bens – aos outros.[86]

Ao refletir sobre o "espírito" do dom, Godbout[87] destaca que nas relações sociais contemporâneas, paralelamente à circulação de bens e serviços no mercado, garantidos pela regulação e redistribuição do Estado, existe uma dimensão na qual esses bens e serviços são agenciados através de mecanismos de dons e contradons que expressam outras formas – mais pessoalizadas – de socialidade do que aquelas regidas pelo mercado, pelo próprio Estado e pela ciência.

A obrigação de dar/doar conserva a autoridade e mantém o prestígio e o reconhecimento; a obrigação de receber imputa o compromisso da retribuição e de manutenção do estatuto de igualdade. Nas coisas trocadas, coisas que têm uma personalidade, há uma virtude que força a dádiva a circular, a ser dada e a ser retribuída. No limite, a circulação das coisas é identificada com a circulação de pessoas e de direitos.

Para Caillé[88] o dom é simultaneamente livre e obrigatório, é sempre mais ou menos forçado, instituído como uma obrigação que se tem como herança ou compromisso. Contudo, é também uma obrigação de criação e inovação, é um conjunto de inter-relações e de interdependências.

Desta forma, é uma relação que supera tanto a regra formal da obrigação, ou o despotismo da Lei, quanto a mecânica simétrica dos meros interesses individuais. O dom constitui-se, em síntese, na aliança e associação que fundamenta a construção da confiança, fundamento da reciprocidade.

A duplicidade implícita no dom, como entendida por Mauss - o que obriga a dar é o fato de que dar obriga – é discutida por Godelier nos seguintes termos:

> Dar é transferir voluntariamente algo que nos pertence a alguém de quem pensamos que não se pode deixar de aceitar. O doador pode ser um grupo ou indivíduo que age sozinho ou em nome do grupo. Assim como o donatário pode ser um indivíduo ou um grupo, uma pessoa recebe o dom em nome do grupo que representa. Logo, o dom é um ato voluntário, individual ou coletivo, que pode ou não ter sido solicitado por aquele, aquelas ou aqueles que o recebem.[89]

Neste sentido, parece confirmar-se a hipótese já discutida de que o ato de dar/doar institui ao mesmo tempo uma relação dupla entre aquele que doa e aquele que recebe. Uma relação ambivalente de inequívoca solidariedade, pois quem doa partilha o que tem com aquele que recebe, e mais do que isso, partilha o que é o espírito das pessoas nas coisas, uma vez que o dom é impregnado de *hau* ou *mana*.

Entretanto constitui-se também uma relação de inequívoca superioridade, pois quem recebe o dom e o aceita fica em dívida (obrigado) com aquele que doou. Essa desigualdade resultante pode

---

[86] Ibidem.
[87] GODBOUT, J. T. Introdução à dádiva. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 13, n. 38. São Paulo, p. 1-18, oct. 1998.
[88] CAILLÉ, A. Antropologia do Dom: o terceiro paradigma. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
[89] GODELIER, M. O Enigma do Dom. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

sempre ser superada pela restituição do que foi doado. A reciprocidade, desta forma, está sempre colocada como possibilidade.

A extensão dessa compreensão ao direito contemporâneo é passível de acordo com Mauss. Para o autor, instituições como o sistema de prestações totais concretizado na permuta da dádiva fornece a transição para as formas de direito contemporâneas que, por sua vez, também distinguem entre a obrigação e a prestação não gratuita e a dádiva.

O nexo, o vínculo de direito nas sociedades contemporâneas, assim como nas sociedades arcaicas, vem tanto das coisas como dos homens, num confundido vaivém de almas e de coisas para além das palavras e gestos do formalismo jurídico. Ao exemplificar com o penhor, assevera Mauss que:

> Essa relação "não somente obriga e vincula, mas empenha, ainda, a honra, a autoridade, o mana daquele que o entrega.90

Esclarece Godelier[91] que se deve voltar para os objetos (coisas) para que, ao tentar distinguir as suas características, se tivesse acesso às representações imaginárias da vida, da riqueza e do poder projetado e investido neles. Sintetiza Mauss:

> Uma parte considerável de nossa moral e de nossa própria vida permanece estacionada nessa mesma atmosfera em que dádiva, obrigação e liberdade se misturam. Felizmente, nem tudo ainda é classificado exclusivamente em termos de compra e de venda. As coisas possuem ainda um valor sentimental além de seu valor venal, se é que há valores que sejam apenas desse gênero.92

5 O significado social dos objetos

As trocas econômicas, concretizadas nos diferentes arranjos de mercado, assim como outras dimensões da vida social, são bons caminhos para pensar a sociedade contemporânea.

No estudo cultural das trocas é necessário ultrapassar a visão utilitarista (ou pelo menos ultrapassar uma compreensão diferenciada do utilitarismo), economicista ou individualista e, alargar o campo analítico introduzindo a significação cultural, procurando enxergar as relações econômicas não só como um fato social coercitivo mas também como um fato público e, portanto, cultural.

As trocas são a realização individual de um fenômeno, cuja lógica só se entende ao se decifrar os significados ou códigos que são compartilhados no plano coletivo e, por isso, revela aspectos fundamentais dos sistemas de classificação e das formas da construção da diferença na vida cotidiana.

Na contemporaneidade o campo econômico ocupa um lugar preferencial de marcador de status, como um sistema de classificação de pessoas, bens, espaços e relações através das coisas. As séries de bens, objetos e serviços se articulam às séries de pessoas, grupos sociais e estilos individuais, organizando um sistema de comunicação, poder e prestígio que marca diferenças e/ou agrupa semelhantes.

---

[90] MAUSS, M. Ensaio sobre a dádiva; In: Sociologia e Antropologia. São Paulo:EDUSP, 1974.

[91] GODELIER, M. O Enigma do Dom. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

[92] MAUSS, M. Ensaio sobre a dádiva; In: Sociologia e Antropologia. São Paulo:EDUSP, 1974.

Nas práticas de trocas de bens o significado social de um objeto, o que o faz útil para uma certa categoria de pessoas, é o valor atribuído aele no sistema de trocas e essas significações não se restringem ao cálculo e ao utilitarismo.

Os arranjos e as operações de natureza econômicas, e especialmente a troca de objetos, são estabelecidas a partir das relações sociais que na contemporaneidade são tidas na acepção corrente como dominadas apenas pelo interesse, pelo cálculo, pela contabilidade, pelo utilitarismo e pelas relações impessoais.

Não é o caso de ignorar ou dispensar o utilitarismo (ele também tem uma significação de qualidades objetivas) porque é nesse campo de significação que a sociedade ocidental se experimenta e se pensa. Contudo, o esquema "objetividade-racionalidade-pragmatismo" que

concebe a ordem cultural sedimentada a partir da lógica objetiva das situações materiais, não é o único caminho possível de interpretação. Assim:

> "Nem mesmo o capitalismo, apesar de sua organização ostensiva por e para a vantagem pragmática, pode escapar da constituição cultural de uma práxis aparentemente objetiva."[93]

Sendo assim, e considerando que racionalidade e objetividade como constitutivas de todo grupamento humano, e que na sociedade ocidental, apesar destas duas instâncias serem superdimensionadas, as mesmas não se constituem como únicas.

Para esta pesquisa foram investigadas e constatadas algumas práticas de trocas de bens, as quais, o significado social de um objeto, o que o faz útil para uma certa categoria de pessoas, é o valor atribuído aele no sistema de trocas, e essas significações não se restringem ao cálculo e ao utilitarismo.

Os arranjos e as operações de natureza econômicas, e especialmente a troca de objetos, são estabelecidas a partir das relações sociais, que na contemporaneidade são tidas na acepção corrente como dominadas pelo interesse, pelo cálculo, pela contabilidade, pelo utilitarismo e pelas relações impessoais.

A troca é um elemento fundamental da vida social em geral e nem tudo na esfera da troca está submetido à razão econômica: posições sociais, espaços simbólicos e rituais, desempenham papel importante, tanto nas sociedades antigas quanto nas sociedades modernas. A troca é vista por ele como um mecanismo regulador das relações entre os homens que se expressam pela mediação das coisas.

O modo de trocar bens, investigado aqui, pode parecer subsumido na realidade social porque sua ação não é vista com visibilidade explícita. Modos variados de significar e praticar trocas se articulam nos interstícios das regiões definidas e ocupadas pelos grandes sistemas de produção de bens.

As extensões totalizantes e o amplo alcance desses grandes sistemas, não permite num primeiro momento, que venha à tona, com visibilidade suficiente, a lógica social e o "lugar" do qual os agrupamentos sociais marcam, diacriticamente o que fazem, quando produzem, vendem e compram bens.

Se existem modalidades de trocas reconhecidas como "racionalizadas" e "utilitárias", existem também, modalidades de trocas reconhecidas como "alternativas", "segmentadas" ou de "vanguarda", materializadas em arranjos peculiares de produção e consumo de bens.

---

[93] MAUSS, M. Ensaio sobre a dádiva; In: Sociologia e Antropologia. São Paulo:EDUSP, 1974. p.168.

Arranjos concretos que são configurados por diferentes utilizações de regras e produtos, postos por um contexto econômico dado.

Os grupos não são naturalmente colocados em determinadas posições do tecido social: mesmo que de forma estruturalmente determinada, em algum nível, eles constroem e reconstroem constantemente sua condição na sociedade assumindo possibilidades e procedimentos operacionalizados na organização de tipos ou arranjos específicos de trocas de bens.

6 Considerações Finais

Em síntese, a idéia corrente, oriunda muitas vezes do próprio campo econômico, de que a chamada sociedade "ocidental", "de mercado" ou "do contrato" é orientada essencialmente pela lógica do "toma-lá-da-cá", onde tudo o que existe resulta de uma ação utilitarista, não permite a visibilidade de ações sociais que engendram especificidades num cenário tido como homogêneo.

Ao se olhar com maior acuidade para essa "sociedade" percebe-se que a regra social do dar-receber-retribuir operante nas sociedades arcaicas pode ser regra também num tipo "macro" de arranjo. Assim, como nas sociedades arcaicas, estabelecer e afirmar laços sociais, selar alianças e compromissos. Em momento algum houve uma ruptura entre as dimensões simbólica e utilitária da troca, sinalizando inclusive, em sentido oposto, ao ressaltar a inegável imbricação entre as duas. A compra e a venda, bem como as relações que se estabelecem em torno desses dois momentos de um mesmo ato social, não devem ser pensadas apenas sob a luz do ato de dar e receber algo em troca.

Nos arranjos econômicos estão expostas algumas outras intenções sociais e outros procedimentos. E essas intenções são carregadas de pessoalidade.

Não só a economia, mas a religião, a política e outras instâncias e instituições sociais, só existem enquanto tal, por conta de uma construção social que se realiza mediante as relações recíprocas entre indivíduos e grupos, o que dependendo do contexto, pode ser estruturalmente mais ou menos pessoalizado.

Portanto, parece ficar claro que, esta é mais uma questão de grau/gradiente do que propriamente de uma presença ou ausência de relações pessoais/impessoais.

Dessa forma, fica evidenciado o enraizamento sociológico dos fatos, destacando o perfil social da troca e tendo como horizonte a compreensão de que a troca de bens, assim como outras dimensões da ordem social, compreende também, um conjunto de práticas que permitem aos indivíduos construir e expressar identidades/alteridades ao marcar sua presença em grupos sociais determinados.

Referências

CAILLÉ, A. *Antropologia do Dom: o terceiro paradigma*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

CAILLÉ, Alain. *Nem holismo, nem individualismo metodológicos: Marcel Mauss e o paradigma da dádiva.* Revista Brasileira de Ciências sociais, 13 (38): 5-38, São Paulo.

CLANCLINI, N. G. *Consumidores e cidadãos:conflitos multiculturais da globalização*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

DOUGLAS, M. & ISHERWOOD,B. *O Mundo dos bens: para uma antropologia do consumo.* Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1990.

GEERTZ, C. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes,1997.

GODBOUT, J. T. Introdução à dádiva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, n. 38. São Paulo, p. 1-18, oct. 1998.

GODBOUT, T. Jacques. *Le don, la dette et l'identité*. Paris, La Découverte.1998.

GODELIER, M. O *Enigma do Dom.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

LANNA, Marcos. Nota sobre Marcel Mauss e o ensaio sobre a dádiva. *Revista de Sociologia Política*. Curitiba, 14, p. 173-194, jun. 2000.

LÉVI-STRAUSS, C. *As Estruturas Elementares do Parentesco*. Petrópolis:Vozes,1974.

MAUSS,Marcel.*Sociologia e Antropologia*. São Paulo: Edusp, 1974.

McCRACKEN, G. *Cultura & Consumo: novas abordagens ao caráter simbólico dos bens e das atividades de consumo*. Rio de Janeiro: Mauad, 2003.

MILLER, D. *Material Culture and Mass Consumptiom* . Oxford: Blackwell, 1987.

POLANYI, K. *A Grande Transformação : as origens de nossa época.* Rio de Janeiro, Editora Campus ,1980.

SAHLINS, M. *Cultura e Razão Prática* . Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

SIGAUD, Lygia. *As vicissitudes do Ensaio sobre o dom*. Mana – Estudos de Antropologia Social, 5 (2): 89-124, Rio de Janeiro.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT FRAGMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO.

Coordenadores: Marcos Catalan (Unilasalle) e Marcos Ehrardt Junior (UFAL)

Canoas, 2017

A AUTODETERMINAÇÃO DO MENOR TRANSEXUAL NAS DECISÕES SOBRE O PRÓPRIO CORPO E OS LIMITES DA AUTORIDADE PARENTAL NO BRASIL

João Vitor Teofilo Oliveira,
Pós-Graduando em Direito Civil na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais,
Advogado, *jvitor.ft@gmail.com*;

Davi Teofilo Nunes Oliveira,
Bacharelando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais,
daviteofilo.lp@gmail.com;

Resumo:

O presente trabalho tem como proposta analisar a condição do adolescente transexual como sujeito de direitos, bem como seu direito à tomada de decisões sobre seu próprio corpo e sua vida. Para tanto, se analisará os institutos de proteção ao menor de 18 anos avaliando-se qual seria o limite da autoridade parental em relação à autonomia do menor transexual. Além desse exame, pretende-se discutir o tratamento disponível ao adolescente transexual e a importância da aceitação e participação dos pais no processo.

Palavras-chave: Direito. Civil. Incapacidades. Adolescente. Autodeterminação. Menor. Transexual. Melhor. Interesse. Autoridade. parental.

1 Introdução

A transexualidade, mesmo se tratando de um comportamento que remonta à idade antiga, ainda hoje é estigmatizada por grande parte da sociedade, o que gera preconceito, discriminação e repressão às pessoas transexuais.

A situação se torna mais delicada ainda quando se trata da transexualidade na infância e adolescência, período este em que grande parte dos pais tentam negar sua existência nos filhos, o que é um grave erro, pois ao menor é garantido o livre desenvolvimento de sua personalidade e caso isso não ocorra é possível que haja sequelas por toda sua vida.

O presente trabalho tem como enfoque a autodeterminação do menor transexual sobre o próprio corpo e os limites da autoridade parental, a fim de que se possa analisar até onde o menor, considerado *incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida* civil de acordo com o art. 3º do Código Civil, tem autonomia para exercer efetivamente as decisões que dizem respeito a seus direitos existenciais.

Dessa forma, foram analisadas questões referentes à definição de transexualidade como patologia, à figura do menor como sujeito de direitos, à descoberta da transexualidade adolescência, além da análise sobre o discernimento do menor e sua direta ligação com a autoridade parental.

Em um segundo momento foi analisado o tratamento disponível ao menor transexual, denominado supressão hormonal que atualmente pode ser utilizado no intuito de se retardar o desenvolvimento das características do gênero físico na adolescência.

O Brasil não conta com lei específica que ampare o transexual em questões referentes à cirurgia e as alterações que dela derivam. Temos disponíveis somente Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), que versam sobre a cirurgia de redesignação sexual, Portarias do Ministério da Saúde, que tratam dos procedimentos cobertos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e por fim temos dezenas de Projetos de Leis que aguardam apreciação do Congresso Nacional.

Não se tem como intuito nesta pesquisa chegar a conclusões definitivas, mas sim analisar a posição do menor como sujeito de direitos *dono de si*, responsável por suas escolhas na seara existencial quando o mesmo dispuser de grau de discernimento compatível com o ato desejado, tendo a autoridade parental função educativa no desenvolvimento do discernimento do menor.

2 O menor como sujeito de direitos e o falho regime das incapacidades vigente

Atualmente, temos vivenciado uma maior preocupação no que se diz respeito aos direitos da criança e do adolescente, ganhando cada vez mais espaço na sociedade. Através de estatutos, tratados e convenções, tem-se buscado uma maior efetividade para trazer proteção à criança e ao adolescente na sociedade.

Em 1989, a Convenção Internacional de Direitos Humanos, definiu criança como sendo todo ser humano menor de 18 anos. Posteriormente, em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069 de julho de 1990, em seu artigo 2º, veio a considerar a criança como sendo pessoa que possui idade inferior a 12 anos completos e adolescentes são aqueles que se enquadram na faixa etária entre 12 e 18 anos de idade. Com uma ressalva em seu parágrafo único, que afirma que em casos expressos em lei o adolescente pode ser considerado como sendo a pessoa que tenha idade entre, 18 e 21 anos.

> [...] agora a criança passa a ser vista como *sujeito de direito* e não mais como mero receptor passivo das ações realizadas em seu favor, dando-se início à aplicação de um princípio que trinta anos depois seria inserto na convenção subsequente, que é o princípio do melhor interesse da criança (MONACO *apud* MARX NETO, 2011, p. 350).

O conjunto de tais normas mostra a construção de um sistema de proteção que reconhece à criança e ao adolescente os mesmos direitos fundamentais garantidos às pessoas adultas, ainda que sejam consideradas como vulneráveis, o que as torna sujeitas ao cuidado da família e do Estado.

Mesmo com toda essa frágil "garantia" dada aos adolescentes como sujeitos de direitos, temos ainda um regime das incapacidades inapropriado para garantir sua proteção na condição de incapaz disposta pelo Código Civil.

Tendo em vista que a capacidade jurídica se divide em duas espécies, sendo elas, capacidade de gozo e capacidade de exercício, sendo a capacidade de gozo relacionada com a possibilidade de adquirir direitos e deveres e a capacidade de exercício é a faculdade de se exercer pessoalmente direitos e deveres, que de acordo com nosso ordenamento jurídico, se adquire capacidade de fato a partir do momento que se alcança a maioridade, e se pode adquirir capacidade de exercício para determinados atos quando se deixa de ser considerado incapaz, e passa a ser considerado como relativamente incapaz.

O Código Civil de 1916 foi estruturado sob a figura da família patriarcal, onde o instituto da incapacidade girava em torno da proteção do incapaz a partir de seu patrimônio, ou seja, o

discernimento necessário era sobre exercer com segurança seus direitos patrimoniais, caso não houvesse esse discernimento, sua capacidade de fato era subtraída, e como resultado era então retirada a prerrogativa total ou parcial de se exercer pessoalmente tais direitos. (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 26).

Devido à evolução política no cenário nacional, foi necessária uma alteração radical em nosso ordenamento jurídico, onde o cunho de caráter individualista e patrimonial, teve que dar lugar ao equilíbrio entre interesses individuais e coletivos, bem como uma concepção existencialista e humanizada do indivíduo.

O regime das incapacidades se apresenta como falho para se atingir os fins propostos nessa evolução social e normativa apresentada, sobre o assunto:

> [...] quando se trata do regime das incapacidades, um dos grandes problemas que enfrentamos na contemporaneidade é que os atuais direitos de cunho existencial, tutelados com absoluta prioridade pela ordem constitucional vigente, definitivamente não estão afeitos à lógica que norteia a idealização da capacidade jurídica e sua segmentação em capacidade de direito e capacidade de exercício: resta problemática a atribuição da titularidade dos direitos existenciais ao incapaz e a alienação de seu exercício para um terceiro que irá exercê-lo em seu nome e em seu interesse, por se tratar de direitos intimamente ligados à personalidade humana daquele indivíduo (TEIXIERA, RODRIGUES, 2010, p. 28).

A partir daí, temos uma indagação acerca do tema: podemos considerar o regime das incapacidades apto a zelar sobre os direitos existenciais relacionados à condição humana?

Mesmo com a nova roupagem trazida no Código Civil de 2002, dele ainda não foi extirpada a lógica de que a proteção do de que o Direito Civil se pauta somente ao que diz respeito a seara patrimonial em relação ao sujeito de direito. O que faz que seja mais que necessário repensar o regime das incapacidades, quando o assunto versar sobre situações existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento do indivíduo.

Um avanço substancial que trata sobre as situações existenciais do incapaz é o enunciado nº 138 ao art. 3º do Código Civil pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na III Jornada de Direito Civil, que dispõe:

> A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º[1], é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento para tanto.

O inciso mencionado no enunciado foi revogado pela Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com deficiência, portanto, à sua redação foi adicionada diretamente o artigo 3º, não havendo então prejuízo ao enunciado.

É inegável a necessidade de um novo modelo de regime das incapacidades, onde o discernimento e a vontade do incapaz no que diz respeito aos atos existenciais sejam respeitados, não sendo mais aceitável a manutenção de categorias estanques em nosso ordenamento.

Portanto, a proposta mais plausível para uma possível adequação do regime das incapacidades nas situações existenciais é apresentada por Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues:

---

[1] Art. 3o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

> É inegável, portanto, que o critério para aplicação das normas restritivas do regime das incapacidades deve ser a averiguação do real discernimento do sujeito e não seu enquadramento em categorias genéricas que podem corresponder a uma verdadeira prisão institucionalizada para aquelas pessoas que apresentam um grau de desenvolvimento suficiente para a prática de determinados atos, mas que, em razão de uma técnica legislativa ultrapassada, se veem oprimidos por uma categorização arbitrária (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 36).

Nesse sentido, pode-se dizer que se confia aos pais o direito de dizer aquilo que constitui o melhor para o adolescente, e em outras circunstâncias o Estado toma para si essa faculdade, retirando até mesmo dos pais o poder de decisão. O questionamento que se faz é sobre qual seria o limite dessas intervenções quando a criança e o adolescente também têm direito à autonomia? (MENEZES; MULTEDO, p.2)

É preciso considerar o conteúdo do melhor interesse do menor em cada caso concreto, pois o melhor interesse está diretamente ligado à garantia do desenvolvimento pessoal e ao respeito a sua dignidade e autonomia. Ficando claro assim que nem sempre o melhor interesse do menor será necessariamente o que é determinado pelos pais ou pelo Estado.

3 Transexualidade na infância e adolescência

A despeito de a experiência científica comprovar, como se demonstrará a seguir, há mais de décadas, que o discurso biologizante e dual de gênero, entre macho e fêmea, é insuficiente, nota-se que ainda hoje crescemos e vivemos em uma sociedade com base na sexualidade heterossexual, fortemente influenciada pela religiosidade cristã, que, ao reger os comportamentos tidos como “normais” e “aceitáveis”, faz com que o indivíduo não se enquadra nos padrões de normalidade que são impostos, passe a ser estigmatizado e discriminado, o que pode lhe acarretar sequelas irreparáveis.

O transexual erroneamente sempre foi tratado como doente por existir a inadequação entre seu gênero físico e mental, razão pela qual os tratamentos desenvolvidos tinham por escopo gerar o alinhamento entre tais gêneros como forma de alcançar o bem-estar da pessoa em conflito.

A inconformidade entre gênero físico e mental pode se manifestar na mais tenra idade e começar a demonstrar desde esse período sua identificação com o sexo oposto ao físico, sobre o tema, Andrew Solomon, em seu livro “Longe da Árvore”, assevera que:

> A dissonância de gênero pode se apresentar muito cedo. Aos três ou quatro anos, às vezes menos, a criança pode perceber uma incongruência entre aquilo que lhe dizem que ela é e aquilo que ela sente ser. Essa incongruência é chamada de transtorno de identidade de gênero (TIG). Na primeira infância, a não conformidade de gênero muitas vezes é tolerada, mas por volta dos sete anos as crianças são forçadas a assumir estereótipos de gênero. As crianças trans podem reagir a essas pressões com ansiedade e depressão. Contar para os pais normalmente é terrível para elas. (SOLOMON,2013, p. 697).

Entretanto, algo que deve ser levado em consideração principalmente nessa fase é a participação dos pais de forma equilibrada no processo de desenvolvimento da criança, onde se deve educar sem sufocar sua identidade, ainda conforme o autor:

> Os pais precisam determinar se essas crianças estão expressando uma obsessão transitória ou uma identidade fundamental; devem avaliar o que torna o filho feliz quando ainda é pequeno, e como chegar a isso da melhor forma. Esse equilíbrio é muito difícil para os pais: vigiar sem controlar, prevenir sem exigir, incentivar sem insistir, proteger sem sufocar. Eles precisam ter cuidado para não esmagar a identidade dos filhos nem reforçá-la a ponto de criar a verdade à qual estão pretendendo responder (SOLOMON, 2013, p. 470).

Todavia, o que ocorre muito na infância é a existência de repressão por parte da família e da sociedade, crescemos com a definição do que é brincadeira de menino e de menina, quais as atitudes que são aceitáveis para cada sexo, roupas e demais regras que não dão margem para a criança transexual agir de forma livre.

Ao se fugir do padrão estabelecido como ‘normal’, repressão e constrangimento são quase inevitáveis, a começar pelo âmbito familiar e escolar, onde os pais e educadores, baseados no padrão social, tendem a educar a criança tendo como referência o padrão estabelecido, não levando em conta a sua satisfação pessoal.

Muitas vezes a criança pode apresentar comportamento mais masculino ou feminino e isso não significar nada, por isso é importante que os pais também realizem essa análise, ainda que seja difícil estabelecer-se uma diferenciação precisa, já que faz parte da infância a troca entre papéis de gênero, conforme asseverou o Dr. Alexandre Saaedh em entrevista para a revista veja SP (2015):

> A troca de papéis de gênero faz parte do desenvolvimento da criança. Se o menino brinca de boneca, isso pode não significar nada. Existem crianças com comportamento mais masculino ou feminino, segundo os padrões culturais vigentes, por variados motivos, como a expectativa da família de ter tido filho de outro gênero. Vêm ao ambulatório vários meninos afeminados, mas não têm nada de menina, e podem se tornar homossexuais ou não.[2]

Frisa-se a necessidade de um acompanhamento responsável e individual para cada caso, e se houver realmente o transtorno de identidade de gênero, o fato de tratar a criança com violência e censurá-la pode piorar muito a situação (SAADEH, 2013).

No ambiente escolar não é diferente, a criança não deve ser reprimida ou tratada como doente:

> A escola também não deve reprimir, mas chamar os pais, explicar o que está acontecendo e aproveitar essa oportunidade para educar também com as diferenças. E não é porque uma criança vê outra fazendo algo que vai querer imitá-la, elas não são macaquinhos (SAADEH, 2013)

Sobre a normatização dos padrões masculino e feminino e a repressão, Adriano Senkevics (2012), apresenta:

> Sem pretender entrar nos confins da psicologia infantil, existe outro claro processo de construção de gênero: a repressão. Educadores/as, mães, pais e pares trabalham frequentemente na adequação forçada das crianças a determinadas expectativas. Proíbe-se que meninos brinquem de boneca ou que meninas calcem tênis de dinossauros. Logo, se nas idades iniciais (até quatro anos, aproximadamente), as diferenças de gênero são ínfimas, com o passar do tempo elas tendem a se acentuar, quando a conformação a modelos

[2] http://vejasp.abril.com.br/materia/ambulatorio-hospital-das-clinicas-atende-criancas-e-adolescentes-genero-nascimento

> tradicionais trabalha na produção de uma cultura infantil que já é, em si, discriminadora. (SENKEVICS, 2012)

Algo complexo de se realizar na infância é saber se atitudes e brincadeiras são "normais", principalmente para os pais se de fato estão diante de um filho transgênero ou não, de acordo com o psiquiatra Alexandre Saadeh[3], coordenador do Ambulatório de Transtornos de Identidade de Gênero e Orientação Sexual do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas (HC) em São Paulo, é importante diferenciar uma simples brincadeira de um comportamento constante:

> É muito comum crianças inverterem os papéis, e quando é algo pontual não há maiores problemas. Mas, se isso se tornar um hábito frequente, diário, o menino querer mudar de nome, usar presilha e brinco, é indicado que os pais e o filho passem por uma avaliação profissional antes de qualquer coisa, para ver se essa é uma questão familiar que a criança está tentando resolver dessa forma ou se já é um transtorno de gênero (SAADEH, 2013).

Muitas vezes, além da repressão no intuito de corrigir certos comportamentos da criança, os pais ignoram o fato de ela ser 'diferente' das demais, o que só prolonga seu sofrimento, deixando assim de ser protagonista da sua própria história e vivendo somente como um personagem que cumpre o papel desejado pela sociedade.

O transexual enquanto não for capaz de resolver sua inconformidade com o gênero físico, viverá limitado e infeliz, sentindo insatisfação e impotência em relação à sua própria vida, o que acarretará diversos prejuízos durante sua construção como indivíduo, não é à toa que de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Williams, nos EUA, publicada em 2014, estimou-se que 40% das pessoas transgênero já tentaram cometer suicídio em algum ponto da vida.4

Para que a criança transexual consiga enfrentar sua inconformidade, os adultos precisam aceitar a vontade subjetiva dela e buscar entender as manifestações apresentadas, pois se ela é aceita e entendida em sua família, seu desenvolvimento como pessoa será muito mais fácil do que em casos onde a família trata como se não fosse algo 'natural', a Psicóloga Veronica de Carvalho, sobre o assunto, apresenta:

> Falta de informação, vergonha, culpa e outros sentimentos impedem muitos adultos de tratarem a sexualidade das crianças como algo natural. Na tentativa de querer "corrigir" comportamentos infantis (ao invés de compreendê-los) criam conceitos e regras que impedem a criança de experimentar e descobrir coisas e conceitos sobre a vida e tudo que ela lhe mostra de diferente. Ou ainda, criam rótulos com os quais a criança às vezes tem que carregar por toda vida, sem compreender qual o seu sentido. (CARVALHO, 2015)5

Mesmo que em passos curtos, tem-se evoluído em relação ao tratamento dado às crianças e adolescentes transexuais, e o passo mais importante é a conscientização dos pais em relação a importância do apoio a seus filhos, pois a partir desse apoio, eles irão juntos em busca da realização pessoal do filho.

Hoje já existem locais especializados para atendimento e acompanhamento de crianças e adolescentes transexuais, destaca-se o Ambulatório Transdisciplinar de Identidade de Gênero e Orientação Sexual que faz parte do instituto de psiquiatria da USP (Universidade de São Paulo),

---

[3] http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2013/03/transexual-pode-se-descobrir-ja-na-primeira-infancia-dizem-especialistas.html

[4] http://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/AFSP-Williams-Suicide-Report-Final.pdf

[5] https://ninguemcrescesozinho.com/2015/04/13/tenho-medo-que-meu-filh-seja-gay/

coordenado pelo já mencionado Dr. Alexandre Saadeh, reconhecido por diversos estudos na área da transexualidade.

A jurisprudência timidamente também vem evoluindo em relação ao tema, em janeiro de 2016, tivemos a primeira decisão judicial em que uma criança de 9 anos de idade, foi autorizada a realizar mudança de nome e gênero em seu assento de registro civil, a decisão do magistrado da comarca de Sorriso, Mato Grosso do Sul, teve como base a realização de psicossocial pelo instituto supramencionado, bem como a oitiva da criança.

A decisão vai de encontro com o que já foi dito anteriormente no que diz respeito ao respeito no processo de desenvolvimento da criança, onde cabe aos pais realizar uma análise sobre os comportamentos, atitudes e desejos da criança e procurar ajuda caso necessário, e foi o que ocorreu.

A mãe da criança (que não teve seu nome divulgado para preservar sua identidade) afirma que a filha demonstrou desde muito nova a discordância com seu gênero de origem:

> Desde bem pequena, ela tinha gestos femininos, apontava para objetos cor de rosa na TV, tirava o tênis do pé na escola para calçar as sandálias das colegas. Não aceitava vestir roupa de menino. Tirava o short e ficava de camiseta para ficar parecida com um vestido.6

Os pais acompanharam todo o processo da filha e perceberam que não seria algo passageiro, relata a mãe que em episódio extremo de discordância com o gênero a filha veio a pegar uma tesoura no intuito de cortar seu pênis e disse que "queria cortar o 'piu-piu' porque queria ser menina".

Antes de recorrer ao judiciário, a família procurou o já mencionado Instituto de Psiquiatria da USP, onde foi constatado pela equipe multidisciplinar o transtorno de identidade de gênero da menor.

A psicóloga Cristiane Guerra, que acompanhou o caso desde o início, afirma que o diagnóstico do transtorno de identidade de gênero não foi precoce e defende que as manifestações podem ocorrer nas mais diversas idades, porém, no caso em análise afirma ter sido o momento certo:

> Não é cedo demais porque não foi algo que aconteceu da noite para o dia. Foram feitos estudos e acompanhamentos. Foi avaliado o desconforto e o constrangimento que ela passava em algumas situações. Talvez com outra criança acontecesse em outro momento. Mas com ela aconteceu no momento necessário.

Além do acompanhamento pela equipe, o juiz também ouviu a criança por duas vezes em uma sala adaptada para o público infantil, a psicóloga através de objetos lúdicos obteve as informações necessárias para o caso.

O magistrado Dr. Anderson Candiotto, fundamentou a sentença com base no princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no Art.1º, inciso III da Constituição Federal, além de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal (STF) e enunciados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).7

---

[6] http://www.folhamax.com.br/curiosidades/crianca-de-mt-que-mudou-de-sexo-quer-3-filhos/75677

[7] <Juiz determina mudança de nome e gênero de criança - http://www.tjmt.jus.br/Noticias/42897#.VzrFHZErLIU – acesso em 17/05/2016>

O Juiz que foi pioneiro em uma decisão de mudança de nome e gênero de uma criança de 9 anos, ainda disse[8]:

> Esse registro público, ele não pode ser maior do que a própria pessoa que ele espelha, é o ato público que tem que ser corrigido para se moldar através dessa moldagem, dessa retificação, impedir situações de constrangimento para essa criança.

Com a decisão o registro da criança deixa de constar o gênero masculino e passa a constar o gênero feminino. Perguntada sobre a decisão, ela respondeu:

> Eu gostei bastante. Foi muito interessante porque não vai dar aquela correria quando eu chego no postinho [de saúde]. Minha mãe chega lá e ela tem que falar que esqueceu a identidade e que eu sou transexual.

4 Autonomia do menor e os limites da autoridade parental[9]

Ao se analisar a figura da família no passar dos anos, podemos constatar uma evolução significativa no modo de organização, bem como a função a ser desempenhada por ela no pré e pós código de 1916 em contraponto à concepção de família contemporânea.

Antes, tínhamos a imagem da família com base fortemente patriarcal, patrimonializada, matrimonializada e hierarquizada, tendo a figura do pai e marido como chefe da família. O pai era tido como titular do patrimônio e se encontrava no topo da hierarquia doméstica. Ele era responsável por decidir o destino de todas as pessoas que a ele eram subordinadas, haja vista que enquanto chefe da família, era ele quem melhor sabia defender e realizar os interesses da instituição familiar (MACHADO, 2013, p. 176).

Todavia, a família não mais se firma sobre a cultura patriarcal, vivemos hoje com a figura de uma entidade familiar pactuada na afetividade, no diálogo, no pluralismo e na dignidade das pessoas, as famílias da contemporaneidade tem o direito como ferramenta para proteger não mais a família-instituição e sim a família-instrumento, ou seja, a família assume aqui figura importante na construção dos indivíduos que a ela pertencem, dando especial atenção às crianças e aos adolescentes (MACHADO, 2013, p. 177).

Esse giro de perspectiva com relação ao que vem a ser família implicou, por óbvio, mudanças no papel desempenhado pelos pais. Dito de outra forma, a autoridade parental também foi conformada à contemporânea noção de família-instrumento. Assim, os menores são tratados como pessoas em desenvolvimento e exercem papel ativo no próprio processo educacional, e não mais como objeto das ações e dos direitos de terceiros. Tornaram-se coparticipes das diretrizes da própria vida, à medida que vão criando discernimento. Por meio desse processo, principalmente

[8] http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/02/juiz-autoriza-mudanca-de-genero-e-nome-para-brasileira-de-9-anos.html

[9] Ana Carolina Brochado Teixeira apresenta a terminologia Autoridade parental como a relação contemporânea que se tem acerca da entidade familiar, antes denominado Pátrio Poder. A autora discorre que ocorreram fortes mudanças na família durante os anos. A família-instituição pré e pós código de 1916 tinha sua essência fundada no patrimonialismo e patriarcado, onde o homem era visto como autoridade superior e tinha o poder de decisão todo concentrado em suas mãos e a mulher se encontrava totalmente a margem da direção do marido, somente exercendo o poder pátrio de forma subsidiária, ela e os filhos deviam obediência ao chefe da família. Muitos fenômenos ocorridos durante o século XX foram responsáveis para a construção de uma nova arquitetura familiar, tais como quebra da ideologia da família patriarcal, a revolução feminista, a redivisão sexual do trabalho e a evolução do conhecimento cientifico.

através da relação com seus pais, é possível que o menor construa sua dignidade e edifique sua personalidade. Esse relacionamento com o outro também é considerado de extrema importância, pois assim se dá a oportunidade de se lidar com o diferente, apurando assim a percepção da alteridade do menor (TEIXEIRA, 2009, p. 84).

A autonomia do menor não pode ser considerada somente com base no regime das incapacidades, regime este que pode ser perfeitamente relativizado de acordo com o grau de discernimento do menor:

> Percebemos que quando consideramos o menor em sua real dimensão, ou seja, como um ser ainda em formação, a criticada presunção de incapacidade ora vigente, quer seja total ou parcial, pode ser perfeitamente relativizada de acordo com o seu grau de discernimento. E, claro como se trata de indivíduos em formação, o discernimento apurado pode ser suficiente para a prática de alguns atos e não para outros. Como, por exemplo, ele pode ter maturidade e responsabilidade para praticar atos existenciais e compreender a gravidade e extensão de suas consequências, mas este mesmo discernimento pode não ser satisfatório para a realização de atos patrimoniais. Evidencia-se, portanto, que nenhuma resposta pode ser dada sem a análise da situação fática (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 47).

Dessa forma, o menor é parte ativa no núcleo familiar e na sociedade, tendo a oportunidade de lidar com o outro e com suas diferenças, assim terá a possibilidade de ver a si mesmo como autor da sua própria história, criando assim vínculos afetivos que contribuem para o crescimento e construção de sua personalidade.

Sobre a autoridade parental como forma de garantir o melhor interesse do menor, Ana Carolina Brochado Teixeira (2009), ensina:

> [...] a autoridade parental deve ser um instrumento de garantia dos direitos fundamentais do menor, bem como uma forma de resguardar seu melhor interesse, tendo em vista que deve ser voltada exclusivamente para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho (TEIXEIRA, 2009, p. 85).

Essa nova roupagem do instituto da autoridade parental, onde os genitores têm o dever de guiar a vida da prole dando condições para que se construa sua personalidade e autonomia, traz consigo também o dever de se respeitar o espaço dos filhos, à medida em que estes, através do processo educacional, adquiram gradativamente o discernimento necessário para a tomada de decisão relativas à sua própria vida (MACHADO, 2013, p. 183).

É necessário então que se busque um equilíbrio entre a autonomia dos filhos e os limites necessários à proteção e educação deles. Essa proteção deve ser inversamente proporcional ao desenvolvimento físico, psíquico e intelectual destes (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 59).

Do nascimento até o alcance da maioridade, o menor passa por diversas etapas em sua vida e durante esse período há notória alteração no que diz respeito ao grau de zelo que os pais necessitam doar ao menor. Sobre essa progressividade, Anna Cristina de Carvalho Rettore e Beatriz de Almeida Borges e Silva ensinam:

> É certo, todavia, que por relevante período na vida da criança ela não dispõe de discernimento suficiente para articulação de sua vontade, razão pela qual, nessa fase, atribui-se aos pais o poder-dever de atentar-se à garantia de sua proteção integral. Ainda que com o avançar da idade do infante e o seu gradual desenvolvimento, paulatinamente se franqueie sua participação no processo decisório dialógico sobre sua vida, isso não retira dos pais a função

> protetiva atinente à autoridade parental, mas sim diminui sua preponderância (RETTORE; SILVA, 2016, no prelo).

Sendo assim, pode-se constatar que com o passar dos anos houve uma mudança significativa no instituto da autoridade parental – antigo pátrio poder-, que antes era tratado principalmente para fins patrimoniais e pautado no autoritarismo, e hoje temos ele tratando também sobre situações existenciais, pautado no afeto e utilizado em conjunto entre genitores e prole como mecanismo de se alcançar o melhor interesse do menor, sendo além de tudo um propiciador de autonomia para ele.

Durante essa fase onde a razão maior da autoridade parental é conduzir a criança e o adolescente por caminhos que eles ainda desconhecem, por estarem construindo sua maturidade e discernimento, o menor vive uma fase de "liberdade-vigiada", cujo raio de amplitude de seu exercício aumenta à medida que cresce seu discernimento (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 59).

Por isso, tem o menor transexual que construir progressivamente sua maturidade e discernimento durante sua infância e adolescência, independentemente de representação quando se tratar de questões existenciais, para assim se alcançar a conseguir se realizar consigo mesmo, pois é através da busca do espaço de sua autonomia onde o discernimento se revela (TEIXEIRA, RODRIGUES, 2010, p. 59).

5 Tratamento disponível ao menor transexual

O Código Civil, no que diz respeito à disposição do próprio corpo, restringe a liberdade até dos adultos através de norma proibitiva constante em seu art.13, "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. "[10]

Estamos então, diante uma norma fechada, que estabelece limites rígidos sobre a disposição corporal e que não permite a análise do disponente em cada caso concreto. Todavia, em função da constitucionalização do direito civil, os limites impostos devem ser interpretados à luz dos princípios constitucionais, tendo como diretriz fundamental a dignidade da pessoa humana, de modo que a tutela jurídica do corpo não seja apenas um campo de restrição da autonomia, mas também uma garantia da liberdade de autodeterminação corporal (ALVARENGA, 2012).

Quando tratamos da figura do adolescente no que se diz respeito à disposição do próprio corpo, não podemos simplesmente afastar a participação dos pais no processo de tomada de decisão referentes à disposição e alterações sobre seu corpo, tendo em vista que cabe a eles o exercício de cuidado dos filhos menores, no entanto, devem eles se atentarem no que será capaz de gerar a realização pessoal de seu filho e a ele apoiar.

A figura dos pais para a realização do tratamento do adolescente transexual é de extrema importância, o que evidencia ainda mais a necessidade de aceitação da existência da autodeterminação do menor no que se diz respeito a sua vida e seu corpo, tendo em vista não se tratar de mera escolha do adolescente em não se identificar com seu gênero biológico.

---

[10] Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.
Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Aos pais cabe o dever de cuidado para com o filho, sendo este um direito constitucional do menor, disposto em seu art. 227[11], o dever de cuidado constitui no dever de assistir, criar e educar os filhos menores considerando em primeiro plano a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento[12].

A primeira e uma das etapas mais importantes do tratamento disponível ao menor transexual deve acontecer no período de transição da infância para adolescência, que é a supressão hormonal, processo este que interrompe a produção de estrogênio nas meninas e testosterona em meninos. Fazendo assim que as características do gênero biológico não venham a se desenvolver completamente, aliviando o descontentamento e gerando mais conforto ao adolescente.

Os supressores hormonais dão à criança ou adolescente um período maior de tempo para que vivencie esse desenvolvimento, dando, igualmente, à equipe multidisciplinar, que integrará tal tratamento, mais tempo para avaliação do seu quadro, e também mais tempo para se auto avaliar, facilitando assim a decisão de se parar a supressão hormonal ou iniciar o uso de hormônios para a feminilização ou masculinização (Associação Mundial Profissional Para a Saúde Transgênero, 2012, p.21).

Nesse sentido, os anseios do menor e sua autodeterminação não devem ser desconsiderados por seus representantes, pois traduzem seu direito fundamento à liberdade, plenamente tutelado pelo ordenamento. Cabe aos pais, no exercício de seu dever de cuidado, identificar em que medida o menor é capaz de compreender sua escolha, guiando-o (MEIRELES, ABÍLIO, 2012, p. 347).

6 Conclusão

O tema aqui tratado ainda é repleto de controvérsias, preconceito e discriminação, que precisam ser combatidos com informação, pois o transexual é um indivíduo que merece respeito como outro qualquer, que tem família, amigos, desejos, cônjuge e filhos.

Assim, é necessário que o Direito se adéque à realidade do transexual e garanta a ele o direito a ter documentos compatíveis com seu gênero psíquico, tanto para aqueles que já passaram pela cirurgia de redesignação sexual, quanto para os que optaram por não realizar, retirando assim a necessidade de se recorrer ao moroso e constrangedor processo judicial para que se consiga adequar seus documentos. Cabe ao Direito adaptar-se à fluidez da realidade e das pessoas, e não o contrário.

Temos atualmente um regime das incapacidades falho, que condiciona a autonomia para tomada de decisão do indivíduo somente à sua idade, não levando em conta o seu discernimento para tal. Portanto, faz-se necessária uma adequação nesse regime, tendo em vista que o desenvolvimento do discernimento de cada indivíduo se dá em momentos distintos, podendo uma pessoa de 25 anos não ter discernimento para tomada de decisões, enquanto um adolescente de 12 já o tenha. Dito isso, registra-se a necessidade que a incapacidade seja modulada de acordo com o caso concreto, não podendo o fator idade ser o único responsável pela definição de capacidade.

---

[11] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão

[12] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Ana Carolina Brochado Teixeira – 2 eds. Revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 11/924/09 – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Ressalta-se também a importância da autoridade parental como fruto do processo educacional do menor, tendo os pais função essencial no desenvolvimento de sua autonomia e discernimento, pois o filho não é mais tratado como subordinado à entidade familiar, hoje ele participa como figura ativa nas decisões que dizem respeito à direitos de sua existência, com isso, se torna ainda mais claro que o menor transexual, mais que qualquer um, merece todo o cuidado e atenção em relação aos conflitos existentes em sua vida, tendo os pais papel fundamental no processo de busca à realização plena do filho.

Espera-se, assim, que os transexuais passem a ter maior visibilidade e consequentemente maior compreensão, aceitação e respeito por todos, pois como já mencionado, ele é um indivíduo como outro qualquer, a diferença é que o indivíduo transexual não se identifica com o gênero de seu nascimento, tendo que travar uma batalha dia após dia para conseguir viver como ele realmente é, devendo as pessoas, bem como o ordenamento jurídico atuarem como facilitadores desse processo.

Bibliografia

ALVARENGA, Juliana Mendonça. *Transexualidade e seus Reflexos no Direito e Registro Civil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2015

BARBOSA, Heloisa Helena. *Cuidado e vulnerabilidade*/ coordenadores Tânia da Silva Pereira, Guilherme de Oliveira. – São Paulo: Atlas, 2009.

Green R, Money J (1969). *Transsexualism and Sex Reassignment. The Johns Hopkins Press* (1 November 1969).

MENEZES, Joyceane Bezerra.2016. *A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil.* Belo Horizonte, ano 16, n. 63, jan. / mar. 2016.

SEKEVICKS, Adriano. *Os brinquedos e os jogos na socialização de gênero na infância*. Disponível em: < https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2012/07/20/os-brinquedos-e-os-jogos-na-socializacao-de-genero-na-infancia/ >. Acesso em: 23 mai. 2016.

SOLOMON, Andrew. *Longe da árvore: pais, filhos e a busca da identidade* / Andrew Solomon; tradução Donaldson M. Garschagen, Luiz A. de Araújo, Pedro Maia Soares. — 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado – *O direito das famílias entre a norma e a realidade* / Ana Carolina Brochado Teixeira, Renata de Lima Rodrigues. —São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo, *Dialógos sobre direito civil –Volume III*/ Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). - Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, Apelação Cível 1.0231.11.012679-5/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Fernandes, *6ª CÂMARA CÍVEL*, julgamento em 13/08/2013, publicação da súmula em 23/08/2013)

VIEIRA, Tereza Rodrigues, PAIVA, Luiz Airton Saavedra de; *Identidade Sexual e Transexualidade* – Editora Roca, 2009.

O CONTRATO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Roberta Reinehr[13].

Resumo:

A transformação da ideia – da clássica à contemporânea – de contrato, perpassa importantes fatos históricos, dentre eles, os movimentos de constitucionalização e repersonalização do direito civil, incorporando a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, bem como do paradigma da essencialidade e a consequente contraposição entre contratos existenciais e contratos de lucro. Este artigo propõe-se, assim, a esboçar algumas considerações acerca destes aspectos, para, por desfecho, evidenciar o contrato enquanto instrumento com função garantidora do mínimo existencial. Para tanto, a pesquisa partirá de um estudo histórico acerca da evolução da significação do contrato na modernidade e dos contornos assumidos por sua concepção na contemporaneidade, ante as transformações ensejadas pelos movimentos de constitucionalização e repersonalização do direito civil. Também será analisada a eficácia irradiante dos direitos fundamentais nas relações privadas, primacialmente sob uma ótica solidarista, e seus reflexos para o surgimento do mínimo existencial, enquanto valor norteador do paradigma da essencialidade e da dicotomia proposta acerca dos contratos existenciais e de lucro. Culminar-se-á com a abordagem, a partir do contexto apresentado, do contrato enquanto função e instrumento para a garantia das condições mínimas de subsistência da pessoa humana. Será adotado o método dedutivo, principiando-se na análise de questões mais amplas que permitam, mediante a análise de fatos e fundamentos e contraposição de teses, uma abordagem mais específica do contrato como instrumento de garantia do mínimo existencial. O meio utilizado para o levantamento das informações será a pesquisa bibliográfica, mediante consulta a livros e artigos de periódicos científicos que compõem a doutrina existente sobre as questões que serão abordadas no presente estudo.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direitos fundamentais. Contratos existenciais. Mínimo existencial.

1 Introdução

O contrato erige-se, historicamente, sob o dogma da autonomia da vontade, em um contexto de intervenção estatal mínima. Institui-se em um cenário em que a propriedade e os bens materiais sobrepõem-se aos direitos e garantias dos indivíduos, em que o ser sucumbe ao ter. Tal conjuntura não permanece intacta ao fluir do tempo, alterando-se, no Brasil, com o advento do Estado Democrático de Direito, após a promulgação da Constituição de 1988 e, mais tarde, em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor e, em 2002, com o Código Civil.

Alicerçados na Constituição de 1988, os movimentos de publicização, constitucionalização e personalização incutiram importantes mudanças na seara civilista, especialmente na concepção do

[13] Advogada, graduada em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, aluna do curso de Especialização em Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e do MBA Business Intuition da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF.

contrato. A autonomia – agora privada – passa a ser orientada pelos ideais de justiça contratual, pelos princípios da função social, da boa-fé objetiva e da equivalência material. A dignidade da pessoa humana emerge como cerne de toda a carga axiológica constitucional, e o ser retoma seu lugar de prevalência frente ao ter.

Nessa senda, o presente artigo propõe-se a esboçar algumas considerações acerca da ressignificação do contrato no Direito brasileiro hodierno, e assim também da influência dos movimentos de constitucionalização e repersonalização do direito civil para a irradiação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Por derradeiro, apresentar-se-ão breves notas acerca do paradigma da essencialidade e da dicotomia entre contratos existenciais e contratos de lucro proposta por Antonio Junqueira de Azevedo, para, ao final, propor o contrato enquanto dotado de importante função: a de servir de instrumento para a garantia do mínimo existencial.

2 A ressignificação do contrato no Direito brasileiro hodierno

No século XIX todo contrato existente e válido era percebido como justo tão somente pelo fato de decorrer de um acordo de vontades, sendo irrelevantes seu conteúdo e projeções sociais. O direito da época desprezava os acontecimentos havidos entre a formação do contrato e o adimplemento das obrigações dele originadas, bem como as funções que deveria cumprir ou sua repercussão social[14]. Vigorava o dogma da liberdade contratual, pelo qual a vontade humana era considerada o elemento nuclear, a fonte e o componente legitimador da relação jurídica, tendo na lei, na moral e nos bons costumes seus únicos limites.

O contrato, sob a égide do *Code Napoléon*, enquanto produto das diretrizes assumidas pelo Estado Liberal era tido como instrumento de circulação de riquezas, um mecanismo pensado para que a classe burguesa, em ascensão, dispusesse de um meio legal para obter da classe aristocrática em decadência a tradição do bem jurídico mais relevante para aquele sistema: o direito de propriedade imobiliária. Consagrava-se o dogma da vontade e o contrato definia-se como instrumento de sua convalidação[15].

Assim, estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre, da igualdade formal entre as partes e sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*, o contrato encobria-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado e da coletividade, sob uma visão idílica de plena realização da justiça comutativa, que não admitia qualquer interferência do Estado-juiz ou legislador. Sob esta perspectiva, quem dizia contratual, dizia justo[16].

Os códigos civis da época, dentro os quais o Código Beviláqua, tiveram como referencial o cidadão dotado de patrimônio, o burguês livre do controle ou impedimento estatal, entendendo-o como homem comum e deixando, assim, a grande maioria dos seres humanos fora de seu alcance. Inspirados no Iluminismo levaram a sério a ideia de que a pessoa alcançava sua plenitude quando tomava domínio sobre as coisas, quando era proprietária. A liberdade, concebida como não

---

[14] GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 191-211, nov./dez. 2013. p.194-195.

[15] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Do contrato: conceito pós-moderno: (em busca de sua formação na perspectiva civil constitucional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.111.

[16] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 141 p.99-109, jan./mar. 1999. p.100-101.

impedimento, refletia-se na possibilidade de deter, gozar e dispor da propriedade, de forma livre e desimpedida, sem interferência do Estado[17].

Dessa forma, entendido como modelo clássico, o contrato liberal, era pautado, essencialmente, nos princípios da igualdade formal e da liberdade de contratar, insculpidos na codificação napoleônica pós-revolução francesa. Pensou-se o indivíduo de forma isolada e em abstrato, descolando-o do contexto social. Pressupunha-se, assim, um contratante formalmente igual ao outro e, nesta condição, livre para contratar e determinar, com base em sua vontade, o conteúdo da relação contratual. As partes atuavam em antagonismo e as situações jurídicas eram observadas de forma isolada[18].

Esta concepção assumida pelos contratos no Estado Liberal sofreu profundas alterações com o passar do tempo. O eclodir de importantes fatos históricos, tais como a I Guerra Mundial e a Revolução Russa implodiram os dogmas do liberalismo, dando espaço ao surgimento de um Estado intervencionista – o Estado Social – e para a consequente verificação da sobreposição do público frente ao privado.

O Estado Social, que dominou o cenário socioeconômico do século XX, propugnou a redução do espaço da autonomia – agora privada – para a garantia de tutela jurídica dos mais fracos, por meio de um maior controle e intervenção estatal em setores da vida antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. Traduzia-se a ideologia social no valor da justiça social ou distributiva, visando à prevalência do interesse coletivo e à tutela dos economicamente desfavorecidos objetivando garantir a afirmação da dignidade humana no contexto público[19].

No cenário brasileiro, a transição do Estado Liberal para o Estado Social foi marcada por uma maior interferência estatal no jogo econômico, tendo em vista a conciliação da ordem capitalista e das reivindicações sociais, abandonando-se o caráter privatista marco do modelo adotado pelo Estado Liberal em proveito de uma configuração publicística, que, mais a frente, com a promulgação da Constituição de 1988, acabaria por conduzir à estruturação do conceito de constitucionalização do direito civil, impactando fortemente nos tradicionais institutos privados, dentre os quais, o contrato[20].

No decorrer daquela mutação, o direito público foi sobrepondo-se ao privado, impondo a sujeição do individual ao social, e, consequentemente, o estabelecimento de restrições aos poderes contidos nas titularidades e liberdade de contratar. O dirigismo contratual encadeou a aprovação de leis com regras de conduta, tendo em vista limitar a escolha do outro contratante, criar roupagens específicas para alguns negócios, eleger, mediante o estabelecimento de regras cogentes, o conteúdo de determinados contratos e, em algumas situações, até mesmo determinar o dever de contratar. Diante dessas constantes intervenções estatais no querer dos contratantes, a autonomia da vontade transmutou-se em autonomia privada, modificando-se a percepção do contrato e de suas funções diante de um cenário dominado pela desestabilização econômica, a massificação das relações contratuais, e, consequentemente, a evidenciação das desigualdades econômicas existentes entre os

---

[17] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 141 p.99-109, jan./mar. 1999. p.101.

[18] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. (p.19-40) In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coordenador). Direto Contratual: temas atuais. São Paulo, Método: 2007. p. 20-21.

[19] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 141 p.99-109, jan./mar. 1999. p.101.

[20] BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 149-169, out./dez. 1992. p.149-151.

contratantes. Nesse contexto, já não era mais possível ao Estado assegurar a força obrigatória dos contratos[21].

Não conseguindo solucionar os problemas que surgiam no contexto social, o Estado Social foi substituído pelo Estado Democrático de Direito, notadamente, após a promulgação da Constituição de 1988, tendo este por marco os ideais de cidadania, promoção da dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, os quais, insculpidos na Constituição, foram incorporados à legislação civil, na forma de princípios, após o processo de constitucionalização do direito civil22, ensejando a releitura deste ramo do Direito à luz dos valores constitucionais vigentes, principalmente no tocante à seara das relações contratuais.

O conceito moderno de contrato, assim, emerge dos ideais do Estado de Bem-Estar Social e da ordem democrática orientadas pelos objetivos fundamentais inscritos no artigo 3° da Constituição Federal de 1988. "Substitui-se o contratante-proprietário-pai de família burguês por uma pluralidade de sujeitos com perfis variados"[23]. Já não se faz mais possível a manutenção de um conceito unitário de contrato, de uma teoria geral do negócio jurídico, uma vez que os conteúdos das relações têm conteúdo heterogêneo. A justiça contratual passa a impor sua prevalência sobre a segurança jurídica. Fala-se, então, em uma igualdade substancial, em que, diante de uma desigualdade material entre as partes, retome-se o equilíbrio das forças de poder por meio de uma necessária desigualdade jurídica[24].

O contrato passa a ser visto sob uma nova perspectiva, enquanto instrumento a serviço da pessoa, apto a produzir efeitos não apenas entre as partes contratantes, mas junto ao todo social, principalmente sob a ótima das relações contratuais consumeristas. Verificada a assunção, pelo direito civil, de uma feição personalista, sobressai-se a tendência de despatrimonialização de suas instituições, privilegiando-se a dimensão existencial, sem, contudo, eliminar todo o seu conteúdo patrimonial, de modo que até mesmo aquelas instituições outrora dotadas de uma exclusiva função econômica, como a propriedade e o contrato, assumem outras perspectivas funcionais, como a regulatória, a social e a ambiental[25].

Nesse contexto, a despersonalização das relações contratuais em função de uma preponderante massificação exsurgida do contexto social tornou necessário repensar o modelo contratual[26].

Os limites da liberdade contratual passam pela relativização da vontade individual, tida como expressão desta, agregando ao esboço do contrato uma nova perspectiva:

---

[21] GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 191-211, nov./dez. 2013. p.197-199.

[22] Conforme obtempera Lucas Abreu Barroso, "cabe ter em mente a distinção entre constitucionalização e publicização do direito civil, a denominar uma política jurídica de intervenção estatal no domínio privado com redução da autonomia privada visando à tutela do hipossuficiente, v.g., o contratual. Esta ação dirigista elevada às últimas consequências provocou a desagregação do direito civil em microssistemas autônomos (trabalhista, agrário, do consumidor etc), favorecendo o disciplinamento protetivo da matéria social represada no âmbito da mentalidade privatista clássica". (BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 149-169, out./dez. 1992. p.157).

[23] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. (p.19-40) In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coordenador). Direto Contratual: temas atuais. São Paulo, Método: 2007. p.25

[24] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. (p.19-40) In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coordenador). Direto Contratual: temas atuais. São Paulo, Método: 2007. p.25

[25] BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 21, n. 84, p. 149-169, out./dez. 1992. p.16.

[26] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Do contrato: conceito pós-moderno: (em busca de sua formação na perspectiva civil constitucional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.111-116.

> [...] o contrato – na contemporaneidade jurídica brasileira – deve ser lido como uma relação equilibrada, leal e solidária, destina à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais que repercutem não apenas na esfera de atuação de cada contratante – ou de seus sucessores –, mas que atingem, também, terceiros diretamente envolvidos (ou não) na relação jurídica negocial, sem o que ele não será merecedor de aplausos dos que vivenciam, diuturnamente, a história da vida privada representada incessantemente no palco da cidadania27.

Assim, o contrato, em sua vertente atual, enquanto "relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros"[28], assume a roupagem de uma relação complexa solidária. Sob esta perspectiva, a sua leitura sob a perspectiva dos princípios constitucionais, faz-se determinante para declarar a insuficiência de qualquer conceito, fadado à obsolescência, que o reduza à fórmula do acordo de vontades.

3 Constituição, direitos fundamentais e relações privadas

Com o advento da Constituição de 1988, a patrimonialização das relações civis, tornou-se incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, podendo falar-se, nesse contexto, em uma necessária repersonalização, enquanto reflexo da reposição do indivíduo como centro do direito civil, passando o patrimônio a ter papel secundário e prescindível[29].

Diante das constantes transformações no cenário socioeconômico, verificadas a partir da evolução dos modelos de Estado, do liberal ao democrático, bem como nos modos e meios de produção, da atividade mercante exercida pela burguesia à produção massificada marca da Revolução Industrial e a disseminação do capitalismo, identifica-se que

> [...] (a) por mais perfeito que um contrato possa ser, esse nunca poderá aprisionar o tempo – as incertezas são indestrutíveis –, que (b) um contrato – ao contrário do que foi disseminado até então – não decorre de um ato consciente nascido da vontade e que (c) a intangibilidade – em vez de promover cada ser humano –, em muitas ocasiões, dissemina a injustiça social, é possível repensar a ideia de contrato e dos princípios que orientam sua concepção concreta30.

A industrialização, o surgimento dos meios de produção em massa e, consequentemente, a massificação das relações contratuais, outrora reservadas à parte seleta da sociedade, qual seja, a burguesia, revelou a inadequação do conceito clássico de contrato à realidade socioeconômica do século XX. Os contratos que nascem da adesão às condições gerais de contratação tornaram-se regra, evidenciando o desequilíbrio das partes na relação contratual. Fato não ignorado e relevante

---

[27] GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 191-211, nov./dez. 2013. p.207.

[28] NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. Do contrato: conceito pós-moderno: (em busca de sua formação na perspectiva civil constitucional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p.253.

[29] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 36, n. 141 p.99-109, jan./mar. 1999. p.103.

[30] GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 191-211, nov./dez. 2013. p.200.

para o estabelecimento deste cenário é verificado desde os fins do século XIX, com o surgimento de doutrinas socialistas, que exigiam a tutela específica da classe operária em suas relações contratuais com o empresariado, originando, assim, o direito do trabalho. O intervencionismo estatal marco do Estado Social também teve sua contribuição na proliferação da defesa de aspectos e interesses públicos e sociais, em detrimento daqueles de ordem privada[31].

Verifica-se, nesse contexto, a queda do voluntarismo frente à nova realidade econômica, política e social, tendo a concepção de contrato que se adaptar, assumindo uma nova função: a de buscar a realização da justiça e do equilíbrio contratual. Emergem daí, em 1990, o Código de Defesa do Consumidor e, em 2002, o Código Civil, aquele se propondo a restringir e regular, por meio de normas imperativas, o espaço antes dominado pela autonomia da vontade, tendo por valor máximo a equidade contratual[32], e este, estabelecendo os princípios da boa-fé e da função social.

A principal ideia inerente à crise dos contratos está associada a um novo arranjo no que tange aos princípios e regras do direito dos contratos no âmbito do direito civil do século XXI, tendo por base os fundamentos socioeconômicos vigentes à época, consistindo, dessa forma, em uma inadequação da teoria tradicional dos contratos aos atuais padrões existenciais e negociais exigidos pelas relações humanas e empresariais da atualidade[33].

A ideia de contrato, sob esta perspectiva, encontra-se refletida na justiça e na equidade, em superação ao dogma da autonomia da vontade – agora autonomia privada – e com o consequente aumento do intervencionismo estatal na vida dos contratantes e na mudança de paradigmas, mediante a imposição da observância do princípio da boa-fé objetiva na formação e execução das obrigações. O Código Civil de 2002, por sua vez, em seu artigo 421[34] passa a dispor acerca da função social do contrato, como elemento conformador da liberdade de contratar, evidenciando esta nova perspectiva assumida pela concepção de contrato na denominada "crise da massificação das relações contratuais"[35].

Verifica-se uma tendência de se enxergar o contrato sob uma perspectiva civil-constitucional, mediante a aplicação dos princípios constitucionais, com a relativização da autonomia negocial. Permite-se, desse modo, que sejam revigorados os institutos do direito civil, repotencializando-os e tornando-os compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual[36].

Com efeito, os direitos fundamentais constitucionalmente previstos ecoam seus efeitos e eficácia também nas relações privadas, não se limitando, como outrora era defendido, à sua observância, promoção e garantia pelo poder estatal.

Nesse sentido, aduz Daniel Sarmento que:

> [...] na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem democrática, seus efeitos não podem se resumir à

[31] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161-162.

[32] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.162.

[33] BARROSO, Lucas Abreu. Evolução Histórica. In: Direito dos Contratos: teoria contratual e contratos em espécie. Orientação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.3. cap.I, p.29-38. p.35.

[34] "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato." (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 24 maio 2016.).

[35] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.159-163.

[36] TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. p.21

> limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matiz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte da sua atuação. [...]
> Mas não é só. A dimensão objetiva decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais condensam os valores mais relevantes para determinada comunidade política. E, como garantia de valores morais coletivos, os direitos fundamentais não são apenas um problema do Estado, mas de toda a sociedade37.

Tal dimensão objetiva dos direitos fundamentais implica, primacialmente, no reconhecimento da sua eficácia irradiante. Por meio desta, os valores que lastreiam os direitos fundamentais, infiltram-se por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais, impulsionando e direcionando o legislador, a administração e o Judiciário. Enseja, assim, a "humanização" da ordem jurídica, ao estabelecer que todas as suas normas, no momento de sua aplicação, sejam filtradas pelo operador do direito mediante os critérios da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, insculpidos no texto constitucional[38].

Nessa senda, imperioso destacar que os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição. É dizer que os direitos fundamentais sociais, pela lógica do artigo 5°, §1° da Constituição Federal, que prevê que todas as normas de direitos fundamentais devem dotar-se da máxima eficácia e efetividade possível, em um contexto de otimização pautado pelo conjunto de princípios fundamentais e se tendo em vista as circunstâncias, são dotados de plena eficácia e imediata aplicabilidade tanto nas relações entre particular e Estado, quanto nas relações entre particulares. A todos os órgãos estatais, incumbe, assim, um dever de maximização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais, no sentido de compreendê-las como normas de plena eficácia[39].

Outrossim, tais direitos não estão estritamente relacionados a uma atuação positiva por parte do Estado na promoção e garantia de proteção e segurança social como instrumento equalizador das desigualdades fáticas manifestas e assegurador de um patamar de condições mínimas para uma vida digna. São também direitos que asseguram e protegem o âmbito de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos em determinados setores da sociedade, em razão de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal[40].

A base de todos os direitos fundamentais remonta ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo imprescindível a promoção e garantia deste princípio, que não reclama apenas a liberdade de ir e vir, mas também um mínimo de segurança social, um mínimo de recursos materiais para uma existência digna, para que a pessoa possa desenvolver sua personalidade de forma plena, com autonomia e responsabilidade, sendo reconhecida como titular de direitos e obrigações e sendo-lhe permitida a completa fruição de seus direitos fundamentais.

É neste contexto de interpenetração dos valores constitucionais nas relações privadas, de reconhecimento de vulnerabilidades e poderes sociais atuantes e da necessidade de mantê-los em equilíbrio, que emana a ideia de existência de um mínimo existencial, pois somente o indivíduo a

---

[37] SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 106
[38] SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.124
[39] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.562-585
[40] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.557

quem tenham sido proporcionadas condições mínimas de subsistência, será capaz de exercer seus direitos com plenitude.

O mínimo existencial consistiria, assim, em um conjunto de garantias materiais para uma vida digna, aptas a proporcionar o pleno e autônomo exercício de uma liberdade real e efetiva om o objetivo de promoção e proteção da dignidade humana, tendo no direito à assistência social uma de suas principais manifestações[41].

Nesta perspectiva, assenta-se a posição de que

> [...] o objeto e conteúdo do mínimo existencial, compreendido também como direito e garantia fundamental, haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental. [...] a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável42.

Ademais, ainda que seja inquestionável a eficácia irradiante dos direitos fundamentais também no direito privado, não se pode perder de vista o fato de que, nas relações entre particulares, titulares de direitos fundamentais, podem ocorrer situações de tensão que reclamem soluções distintas, em cotejo do caso concreto e dos direitos fundamentais em conflito, havendo a necessidade de adoção de um juízo de ponderação, em sua dupla acepção: vedação de excesso e insuficiência. Nessa perspectiva, a garantia do mínimo existencial prestar-se-ia a servir de critério para uma adequada ponderação e, portanto, de uma solução legítima e coerente com a ordem constitucional vigente também nas relações privadas[43].

Por derradeiro, destaque-se que o ponto de interface entre os direitos fundamentais e as relações privadas decorre de uma ótica solidarista, a impingir uma necessária cooperação entre os indivíduos, considerando que, no contexto da sociedade atual, economicamente massificada, os contratos excedem os limites da clássica relatividade, passando a adquirir relevância social.

Como exemplo, cite-se um feixe de relações contratuais organizadas para a circulação de um bem ou serviço, em que cada contrato possui influência e importância em todos os demais contratos da cadeia econômica em que se insere, de modo que, a inadimplência de uma das partes, em quaisquer das relações estabelecidas, projetará efeitos nas outras[44].

Sob esta perspectiva, Luis Renato Ferreira da Silva preleciona que

> Nesta idéia [sic] de cooperação entre os contratantes, mas também em relação a terceiros, é que se concretiza, no direito contratual, a ideia solidarista insculpida no incido I do artigo 3° da Constituição Federal. Eu diria que, dentro da relação contratual, entre os contratantes, atua a ideia de cooperação por intermédio do princípio da boa-fé (regra do artigo 422 do Novo Código [sic]). Já os reflexos externos das relações contratuais, ou seja, as relações

[41] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[42] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.572

[43] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[44] SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. (p.152).

> contratuais enquanto fatos que se inserem no mundo de relações econômicas e sociais, com isto integrando-se à cadeia produtiva e afetando a esfera de terceiros, impõem um comportamento solidário, cooperativo, que é autuado pela ideia de função social no exercício da liberdade contratual (regra do artigo 421 do Novo Código [sic])45.

Diante dessa conjuntura, sobressai o contrato enquanto um dos instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais irradiados na ordem jurídica privada, passando a cumprir, portanto, uma função de promoção e garantia destes direitos.

4 Contratos existenciais e contratos empresariais ou de lucro

Na esteira de discussão da interface entre o direito público com o direito privado própria da conjuntura contratual moderna, mormente no que toca aos contratos, Antônio Junqueira de Azevedo propugnou a existência de uma nova dicotomia contratual[46], que tem por fundamento a essencialidade do objeto contratado e a situação subjetiva existencial de uma das partes contratantes. Trata-se dos denominados "contratos existenciais" contrapostos, na construção proposta pelo referido autor, aos "contratos empresariais" ou "contratos de lucro"[47].

Os contratos existenciais seriam aqueles entabulados entre uma pessoa natural ou uma pessoa jurídica sem fins lucrativos, sem qualquer finalidade de obtenção de lucro, consistindo seu objeto em algum bem ou serviço necessário à subsistência da parte. Nesses contratos, o objeto contratual é considerado essencial para a preservação dos valores inerentes à dignidade da parte, justificando-se pelo direito fundamental a uma vida digna e a garantia de um mínimo existencial.

Dessa forma, objetos contratuais que visam à garantia de efetivação do direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, à educação, dentre outros direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, essencialmente em seus artigos 5° e 6°, em suma, direitos relacionados a uma existência digna, ensejariam uma análise sob perspectiva protetiva da parte cujos direitos apresentam-se em pauta, implicando, em todos os casos, maior ingerência do público, mediante intervenção jurisdicional, nas relações privadas.

Os contratos empresariais ou de lucro, a seu turno, seriam aqueles firmados entre sociedades empresárias ou profissionais, objetivando auferir lucro. Nesses contratos, a interferência do juiz perturbaria o funcionamento do mercado e o livre exercício da atividade econômica, favorecendo-se, por isso, a observância ao *pacta sunt servanda*:

> Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial; neles, por exemplo, não caberia revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, – possível, porém, sob a idéia [sic] de função social, quando se trata de pessoa humana e contrato existencial. Uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode – ou até mesmo deve – ser expulsa do

---

[45] SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. (p.153).

[46] Entende Ruy Rosado Aguiar Júnior que não se trata propriamente de uma nova classificação contratual, uma vez que não é rígida, excludente e totalmente abrangente, não encerrando em seu conceito todas as espécies contratuais existentes. Fala, portanto, em "um processo de qualificação e distinção entre os diversos contratos". (AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. RTDC. Vol. 45. Jan/mar 2011, p. 109).

[47] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. In: RTDC. v. 9, n. 34, p. 299-308. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008. p. 304-305

> mercado, ao contrário da pessoa humana que merece proteção, por não ser "descartável"48.

Com efeito, nos contratos existenciais

> [...] reconhecida a debilidade da parte, que satisfaz o seu interesse de sobrevivência: (i) a decisão sobre a manutenção ou a extinção do contrato deverá refletir uma avaliação sobre o interesse social que o contrato procurou satisfazer; (ii) a definição sobre o cumprimento da obrigação terá em conta as condições das partes, e a possibilidade de a prestação satisfazer o interesse do credor; (iii) nos contratos por tempo indeterminado, a resilição unilateral garantirá a justa indenização da parte que sofrer os efeitos da extinção; (iv) o adimplemento substancial deve afastar a resolução; (v) a cláusula resolutiva expressa somente será aceitável quando for clara, bem-informada, não abusiva (clareza, informação, uso não abusivo), mas cujos efeitos são inaceitáveis em certas situações, como na ação de reintegração de posse por descumprimento de contrato de promessa de compra e venda de imóvel; (vi) há de se preservar o contrato, no limite do possível, permitido pela ordem jurídica, quando se tratar da disposição de bens ou serviços vitais, tais como água e luz; (vii) deve haver limitação para cláusulas de revisão ou resolução em certos contratos, tais como os de previdência, de seguro de vida, de seguro saúde, de prestação de serviços médicos, hospitalares e previdenciários49.

No mesmo sentido, consubstancia-se o paradigma da essencialidade, que estabelece o regime contratual aplicável com base na classificação dos bens contratados em essenciais, úteis e supérfluos, levando em consideração a destinação mais ou menos existencial que o sujeito confere a tais bens. Encontra respaldo constitucional, na medida em que densifica a dignidade da pessoa humana, impondo o reconhecimento da influência de interesses não-patrimoniais sobre a conformação jurídica das relações contratuais. Seu fundamento reside, assim, na verificação da primazia das situações existenciais em face das situações patrimoniais[50].

Pelo paradigma da essencialidade, que coaduna com a dicotomia propugnada por Antônio Junqueira de Azevedo, os contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, tendo em vista a sua destinação, são considerados essenciais, sujeitam-se a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – o contratante que necessita do bem em questão.

Nesse contexto, o contrato passa a ser, então, analisado sob uma ótica funcional, tendo-se em vista os direitos subjetivos e a distinção entre as relações existenciais e patrimoniais. Avalia-se o contrato pela função exercida em relação à esfera existencial do contratante.

A autonomia contratual é redesenhada por valores existenciais, revelando a necessidade de se estabelecerem reflexões capazes de dar forma jurídica às necessidades sociais, de modo a neutralizar a recorrente ameaça de incongruência entre a teoria e a prática.

Desta feita, a proposta desta dicotomia não objetiva eliminar outras já existentes no direito contratual, como as classificações entre contratos onerosos e gratuitos, ou mesmo entre contratos de adesão e contratos paritários. Presta-se, sim, à conformação do funcionamento estável da economia com um desenvolvimento econômico alheio ao valor fundante da dignidade da pessoa humana. A dizer de outro modo, visa ao cotejo, de forma harmoniosa, dos três níveis do contrato - o econômico, o jurídico e o social[51].

---

[48] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo Saraiva 2008. p.185
[49] AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. RTDC. Vol. 45. Jan/mar 2011, p. 108
[50] NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.461-484.
[51] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo Saraiva 2008. p.185

Outrossim, considerando-se o primado da dignidade da pessoa humana, princípio fundante com função irradiante, que se difunde por todo sistema jurídico, os contratos existenciais determinarão ao hermeneuta, em juízo de ponderação, maior densidade na aplicação dos princípios contratuais da boa-fé, da função social e da equidade, quando contrapostos à autonomia privada. Todavia, tal não ocorrerá nos contratos de lucro, em que se privilegiará a autonomia privada, embora não sejam afastados os demais princípios, aplicados, neste caso, em menor grau[52].

Faz-se proeminente, assim, a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sobretudo no que diz respeito à aplicação dos princípios e garantias constitucionais na ordem jurídica privada e à necessidade de proteção dos particulares contra atos atentatórios a seus direitos fundamentais mesmo no âmbito destas relações. É dizer, evidencia-se a necessidade de interpretação do direito privado sob a ótima das normas constitucionais, mediante o reconhecimento da função irradiante dos direitos fundamentais nas relações privadas, para que possa funcionalizar-se como instrumento de alcance e garantia do mínimo existencial.

5 Considerações Finais

Diante das breves considerações expendidas, pode-se inferir que o contrato, nos contornos atuais, se presta à satisfação dos interesses das partes que, isoladamente, não teriam condições de obter certos bens ou serviços, precisando, para tanto, da atuação colaborativa da outra parte, exercendo, sob esta perspectiva, uma função socioeconômica, com aptidão a proporcionar a satisfação dos interesses dos contraentes[53].

Desta feita, à luz dos princípios constitucionais que norteiam a aplicação do direito privado, o contrato excede em muito os limites de um mero acordo de vontades destinado à aquisição de um bem ou serviço. Constitui-se em instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana e dos valores a ela inerentes, ao se considerar que, satisfazendo o interesse das partes, que, muitas vezes, excede o âmbito do proveito econômico, proporciona a estas a efetivação de seus direitos mais comezinhos, como a educação, a saúde e o lazer, ou seja, o mínimo necessário para sua subsistência em condições dignas.

O contrato apresenta-se, assim, não mais como mero instrumento de que se utilizam as partes para formalizar as suas relações negociais e circular riquezas, mas sim como função, como meio para o alcance de bens e serviços essenciais à subsistência humana. Funcionaliza-se a vontade manifestada das partes em favor do alcance do bem da vida pretendido, em conformidade aos princípios da boa-fé, da função social e da igualdade substancial entre os contratantes.

Não se pode, em tempos presentes, ter o contrato como mero instrumento de circulação de riquezas e movimentação da economia, posto que hoje, à luz dos princípios e valores constitucionais, este representa muito mais. É o atendimento médico adequado, o acesso a uma educação de qualidade, a moradia e o alimento que sacia a fome. Em suma, o contrato afigura-se hoje como instrumento de garantia do mínimo existencial, devendo ser funcionalizado à afirmação

---

[52] MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012. p.293.

[53] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. (p.19-40) In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coordenador). Direto Contratual: temas atuais. São Paulo, Método: 2007. p.33

da dignidade da pessoa humana e à eficácia dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Referências

AGUIAR JÚNIOR. Ruy Rosado. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. RTDC. Vol. 45. Jan/mar 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo*. In: RTDC. v. 9, n. 34, p. 299-308. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu. A teoria do contrato no paradigma constitucional. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 21, n. 84, p. 149-169, out./dez. 1992.

BARROSO, Lucas Abreu. *Evolução Histórica.* In: Direito dos Contratos: teoria contratual e contratos em espécie. Orientação Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.3. cap.I, p.29-38.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual.* (p.19-40) In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (coordenador). *Direto Contratual: temas atuais.* São Paulo, Método: 2007.

GERCHMANN, Suzana Rahde; CATALAN, Marcos Jorge. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, v. 22, n. 90, p. 191-211, nov./dez. 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141 p.99-109, jan./mar. 1999.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p.127-154, set./dez. 1992.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Do contrato*: conceito pós-moderno: (em busca de sua formação na perspectiva civil constitucional). 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social.*

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *A constituição concretizada:* construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2000.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil.* São Paulo: Atlas, 2012. p.293.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado.* São Paulo Saraiva 2008.

A REESTRUTURAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA A PARTIR DA RELEITURA DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Paulo Junior Trindade dos Santos
Gabriela Samrsla Moller
Darci Guimarães Ribeiro

Resumo:

Tem como tema A Reestruturação da Ciência Jurídica a partir da Releitura da Teoria do Fato Jurídico seguindo o Objetivo: Releitura da teoria do fato jurídico clássica para que seja exposta a possibilidade da superação de uma Racionalidade Cartesiana que impera na ciência do direito, para uma Racionalidade Complexa, erigida sobre bases gnosiológicas capazes de conhecer de maneira mais abrangente as experiências sociais, com potência de atender o Paradigma da Complexidade Social. Metodologia: A metodologia aplicada é a dialética dialogal, a qual segue a literatura de bibliografias jurídicas produzidas junto ao contexto mundial, com especial destaque para as obras de Pontes de Miranda. Resultados: A reestruturação é necessária para uma epistemologia que se interpõe como releitura das novas bases da Teoria do Fato Jurídico Moderno e transdiciplinar, para que seja conotado cientificamente a necessidade da releitura do fato para que esse seja adequado às manifestações humanas atuais, caminhando-se para o que Pontes de Miranda cunha como Ciência Positiva do Direito, termo que restou incompreendido em sua plenitude. Conclusões: A Nova Racionalidade é aquela Ciência do Direito erigida sobre bases gnosiológicas capazes de conhecer de maneira mais abrangente as experiências sociais vividas no mundo é aquela capaz de atender às manifestações sociais contemporâneas e desvelar o Paradigma da Complexidade social. O nível de abrangência que as manifestações humanas exasperam necessita que esteja presente na análise da experiência a transdiciplinariedade. Cruzando-se as ciências, é possível que se chegue a uma noção do conceito do conhecimento profícua.

Palavras-Chave*:* Teoria do Fato Jurídico. Ciência do Direito. Racionalidade Científica. Andar sob o Amarelo Desértico.

1 Considerações Iniciais

O sistema jurídico é composto de proposições que se referem às diversas situações da vida, criadas por interesses que vão além do que se permite discutir. As regras jurídicas possuem no seu cerne a indolência da previsão do vir a ser, marcando e contornando aquelas situações que hão de ser consideradas jurídicas. Uma vez consideradas jurídicas, o direito desempenha no campo da ação social papel semelhante ao da ciência no campo do pensamento, o que comporta dizer que não se pode conhecer o presente sem se conhecer o passado, e não se pode conhecer o que é, sem conhecer o que foi. O direito muda muito onde em muito deixou de ser o que era.

Com a incidência da regra jurídica, ou direito objetivo, sobre o suporte fático, tornam-se jurídicos os bens da vida, o que significa torna-los fatos jurídicos, dotados de *eficácia jurídica*, porém, não basta para defini-los dizer que fatos jurídicos são os fatos dotados de eficácia jurídica. Mesmo que imediata a eficácia do fato jurídico e fatos jurídicos serem o suporte fático que o direito

reputou pertencer ao mundo jurídico, a entrada dele no mundo jurídico, e não sua permanência eficaz, é que o pode definir.

Todo fato é mudança no mundo, porém, o mundo jurídico somente é composto por fatos jurídicos, fatos juridicizáveis. Quando o suporte fático suficiente ocorre, a regra jurídica incide; ocorrendo duas operações indicativas de suma importância para a vida: (a) definição do fato ou fatos componentes do suporte fático, e prova de que esse ocorreu; (b) da sua classificação segundo regra jurídica, a respeito da qual alguém procede como se ela não não houvesse incidido (MIRANDA, 2000.p.64). Essas são as duas operações para a aplicação do direito e para a juridicização do fato.

Ocorre que esse processo não é mecânico, muitas dúvidas emergem no caminhar da junção fato e direito. Para Carnelutti (2007.P.12-13), o juiz não faz mais do que *adivinhar*, o que indica a necessidade e a impossibilidade para o homem de ver o que somente Deus vê. A incógnita, desse modo, pode ser a regra jurídica, o conjunto de fatos, consequência da ausência de precisão de conceitos e enunciados "é o maior mal na justiça, que é obrigada a aplicar o direito, e dos *escritores* de direito que não são obrigados a aplica-lo, pois deliberam eles mesmos escrever [...] Não pode ser *justo*, aplicando o direito, quem não no sabe. A ciência há de preceder ao fazer-se justiça e ao falar-se sobre direitos, pretensões, ações e exceções" (MIRANDA, 2000.p.29)

Relevante perguntar-se qual a finalidade deste processo transformador dos fatos. Manutenção da ordem social? Paz social? Harmonia das relações? Legitimidade das ações? Quando na resolução dos conflitos de interesse pelo devido processo, o ser tem a garantia da colmatação de um direito subjetivo marcado por um espaço de debate democrático no qual a verdade é desvelada a partir do trazido ao objeto litigioso, e por meio do qual a jurisdição é legitimada, traduzindo a historicidade. Os conflitos postos ao processo consistem na base das diferenças, necessárias para que a verdade não seja objetificado. Esse é o que se espera do direito, entretanto, a racionalidade jurídica até então aplicada não é capaz de traduzir processualmente esse cenário.

Para atender a tal premissa, o Direito catalisa e transforma os fatos fenomênicos fruto das ondulações sociais em norma para que, sirva socialmente como: **a)** direito instrutivo e inconsciente; **b)** formador de costumes pela generalização dos casos; **c)** formador da lei. (MIRANDA, 2002.p.101 e REALE, 1977, p.3)

O direito não deve consistir na resposta daquilo que a instituição jurídica acredita ser o melhor para a sociedade. O direito deve ser o pêndulo do Estado quanto à devida efetivação dos direitos constitucionais, servindo como garantia ao ser. O direito é instância que não pode agregar para si demasiadamente os conflitos sociais, postos que estes são as ondulações que formam e deformam a política e por meio desta deve ser construída solução. Uma vez que a filosofia política (RANCIÈRE, 1996) trata dos desentendimentos, conflitos, a nível político, a filosofia jurídica terá que tratar dos desentendimentos que ocorrem a partir do momento em que o fato importa ao mundo jurídico. Consistem também em conflitos, porém de outros níveis, pois regidos pela instituição jurídica. Ao abraçar atividade eminentemente política, o direito passa a ser a voz da virtude razoável dos indivíduos e dos grupos, a *arkhé*, e o *demos* torna-se cada vez mais ausente - a política efetuada pelo povo ausenta-se frente à economia da regra jurídica e o distanciamento com a Democracia.

A juridicidade dos fatos e dos atos varia com o tempo segundo cada concepção que busca permear o direito, posto que regulamenta um marco social das condutas humanas. Ao direito interessa a validade do direito, pois não consiste somente apenas em ser espelho de uma ordem social deve também ser um instrumento eficaz para regular as condutas humanas em virtude de

valores de uma democracia que tem o objetivo de ser substancial. Por essa razão diz-se que o suporte fático

A Teoria do Fato Jurídico é a base que catalisa o *habitus* humano (RICOEUR) e transforma-o em direito quando o fato é relevante ao mundo jurídico, pois a incidência ocorre para todos, posto que não a todos interesse: os interessados é que tem de proceder, após ela, atendendo-a. A incidência da lei respeita lugar e tempo, assim como os fatos também ocorrem em determinado espaço-tempo. Quem invoca direito, pretensão, ação ou exceção, alude à regra jurídica, à lei em sua materialidade, em seu lugar e em seu tempo, alude ais fatos que devem ter sido causadores do seu surgimento, ou modificação e alude aos seus efeitos (MIRANDA, 2000.p.65).

Tão grande é a correlação entre o Fato e o Direito, que alguns juristas, sobretudo da escola neo-empirista, são levados a estabelecer uma falsa sinonímia entre fato e fato jurídico. Costuma-se dizer que o Direito, segundo uma velha lição que vem dos romanos, nasce do fato: *ex facto oritur jus*, porém esse brocardo está invocado, pois pensar que o direito advém do fato é pensar que uma lei física é o resultado de uma experiência realizada dentro de um laboratório. A realidade não é neutra, e as leis jurídicas são o resultado de uma atitude crítica e valorativa do homem no espaço-tempo perante os fatos. Uma das características, aliás, do Direito atual, é o seu sentido dinâmico e operacional, interferindo positivamente no processo social para garantir a efetivação dos direitos constitucionais. O direito origina-se do fato, uma vez que necessário ocorrer um evento para que haja um vínculo de significação; porém, isso não reduz o direito ao fato – fato esse humano e dotado de valoração humana. Fato jurídico é fato qualificado juridicamente, nada mais errôneo do que confundir fato com fato jurídico; pois primeiro é espécie de fato previsto na norma (*Fattispecie, Tatbestand*) e, depois, como *efeito* juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o *fato* está no início e no fim do processo normativo, como *fato-tipo*, previsto na regra, e como *fato concreto*, no momento de sua aplicação. (REALE, 2001.p.186-189)

O processo de adaptação social que a regra jurídica (ou norma jurídica) aspira a criar para todas as várias necessidades, angústias e desejos humanos, resposta da disposição do ser-no-mundo; são formas cada vez mais gerais e perfeitamente fixadas, em que possam inserir frente essa pluralidade fenomênica que decorrem da vida humana. Haja vista, que os fenômenos jurídicos tentam acompanhar as mudanças engenhadas pela pluralidade humana, geradora de complexidades sociais, através das propostas engenhadas pelo Código, este deve ser julgado pela capacidade que veio aumentar ou acelerar na adaptação dos homens entre si, ou na corrigenda dos seus defeitos de adaptação. Serem mais ricas de eficácia adaptativa sem deixarem de ser do seu tempo, oportunas, - tal o que se há de exigir todas as leis.

Surgem os *habitus* nesse novo cenário social, por via da rapidez através da qual fluem as relações; diferencia-se dos costumes por ser manifestação plural da dinamicidade social, que impõe ao Direito verdadeiras incógnitas, pois o seu desvelar não é limitado a letra da lei, sendo consideradas tão importantes quanto o costume. (PAUL RICOUEUR) Os *habitus* modernos são o presente desafio do Direito, pois ultrapassam a tradição e o costume.

Portanto, as bases jurídicas responsáveis por absorver os fenômenos sociais devem desenvolver-se de tal modo que abranjam todos os fatos da vida e se ajustem a eles; ainda que tais fatos se manifestem de forma *multiforme.*

Parte-se da premissa que a captação do *habitus,* por via da ciência jurídica atual, não tem sido capaz de alcançar toda a experiência jurídica, pois na experiência social *não somente* são emanados potenciais fatos relevantes ao mundo jurídico; são emanados também fatos que, para serem decantados proficuamente pelo Direito, tocam antes às ciências da psicologia, da biologia, da

matemática e da física; ou seja, áreas das demais ciências *ajenas* à ciência jurídica. Os fatos sociais possuem assédio em muitas ciências, pois provém do que é social, que, por sua vez, é formatado pelos fenômenos econômicos, morais, políticos que se interpolam e criam a esfera existencial.

Importante começar a análise por via desse sistema aparentemente lógico (norma mais fato relevante ao mundo jurídico, igual a fato jurídico).

Entretanto, é por conta do paradigma clássico e lógico da base jurídica que o sistema gnosiológico do Direito não é capaz de absorver muito das manifestações mundanas, o que traz uma descrença social no Direito pela sociedade. Duvidar e questionar da absorção dos fatos, então, é quebrar os paradigmas de uma realidade tradicionalmente posta e aceita - é a função da filosofia em frente ao Direito.

> A insatisfação Leva à pesquisa. Leva, também, à critica. E a algo de crítica e de pesquisa ao mesmo tempo, que é a filosófica. Receber a ciência, e só, seria parar: a filosofia deixaria de existir; a ciência dá, mas pede: pede outras proposições, e pede, principalmente, proposições sobre o mesmo objeto e ela mesma. A nova investida que descobre é mais ciência; a que apenas consegue dar balanço, exaurir, comparar, ajustar sem ferir, é filosofia. (MIRANDA, 2005. P.51)

A ciência é mais do que soma de fatos individuais, pois torna-se unidade. A ciência do Direito, nesse sentido, deve unir todas as informações do que até então estavam esparsas e que dizem respeito às "[...]íntimas exigências estéticas, intelectuais, econômicas, religiosas e morais, às vezes políticas e até puramente instintivas, do círculo social dominante" (MIRANDA, 1972. P.34-35). O olhar pelo individual objetivo gera a composição de um conhecimento baseado na teoria objetiva. A unidade, para além do que é subjetivo e objetivo, consegue por essa superação realizar uma desindividualização, gerando a socialização do conhecimento, a superação da Ciência unívoca "[...] certos problemas gerais encontram solução e recíprocas confirmações em diferentes ciências: cada disciplina deve acompanhar o desenvolvimento de seu conjunto e qualquer atraso é relativo e não pode exceder de limites mais ou menos estreitos de possibilidades" (MIRANDA, 1972. P. 18-19 e 34-35).

O caráter estático da letra da Lei, em que pese sua objetividade, não persiste inalterável e perpétuo; do contrário, como persistiria inalterado o que é mutável? É no ambiente e na temporalidade que ocorrem as mudanças, o que atinge diretamente o homem, cujas alterações "nenhuma delas torna mais humano ou menos humano o espécime observado" (MIRANDA, 1972. P. 79-80). Tais mudanças, por sua vez, são determinadas por caracteres outros que fogem ao controle humano. Como é possível, então, captar o evento em si por via de uma ciência jurídica que recepciona e catalisa por sua Teoria do Fato Jurídico *apenas* o que provém do emanado pelo conhecimento jurídico?

A resposta para tal indagação, já se adianta: a *transdiciplinariedade* científica. Em que pese a resposta seja por si simples e clara, observa-se que no cerne da ciência do Direito desenrola-se um "pensar os fatos" que se comporta conforme a herança representada pelo Paradigma Cartesiano; ou seja, se comporta fechada para a recepção do que é emanado pelo fato e condiz com as outras ciências que não a jurídica. A partir do exposto, pode-se considerar que a epistemologia jurídica sob a égide da *unidisciplinariedade,* manifesta o fechamento do direito à sua realidade. Quanto a esse fechamento para o mundo, o problema apresenta-se na medida em que *"*o momento do Cogito cartesiano já significa a procura de uma coisa a partir do trecho da estrada em que ficou atrás exatamente o que se procura." (MIRANDA, 2005. P.28), de forma que o paradigma cartesiano

extrai do fato somente o que a ciência jurídica clássica considera como relevante para a matemática do fato à norma; como se as demais cargas do fato jurídico não importassem, criando o cenário de uma mecânica.

Por esta forma de captação social baseada no Paradigma Cartesiano as experiências sociais não são conhecidas de pleno pela ciência jurídica, ficando a percepção das peculiaridades de sua emanação perdidas no espaço-tempo. Dessa forma observa-se a construção de um fato jurídico vazio de si, limitada ao hermetismo da ciência jurídica e recluso no que toca às captações existenciais do ser - que são precípuas para o desvelamento do fato, - bem como o conhecimento da experiência social sobre a qual a análise científica se dirige.

Em um primeiro momento, abordar-se-á a *Racionalidade centrada na Razão Fechada: a Angústia Cartesiana-Mecanicista* frente ao transcurso científico balizado no conhecimento que fora aprendido em um modelo positivo de racionalidade e que levou a ciência ao modelo cartesiano-matemático, cindindo-a em disciplinas. Dessa forma, buscar-se-á demonstrar o nascer da produção normativa no mundo jurídico e as maneiras pela qual é construído o inorgânico sobre o orgânico, para apontar de que maneira o Paradigma Cartesiano adentrou suas raízes no ordenamento pátrio e às maneiras nocivas pelas quais se manifesta no Direito em frente da sociedade complexa/de mudança.

Nesse sentido, buscar-se-á a *catarse* do Paradigma Cartesiano a partir das novas bases sociais impostas por uma sociedade pós-moderna e pós-democrática que se apresenta complexa, de maneira que se busca demonstrar que a sociedade de mudança já não mais tem suas manifestações atendidas pelas bases jurídicas advindas do Paradigma Cartesiano. *Catarse* consiste na liberação do que é estranho à essência ou à natureza de uma coisa e que, por isso, a perturba ou a corrompe. Esse termo, de origem médica, significa "turbação". Platão define a Catarse como "a discriminação que conserva o melhor e rejeita o pior. Aristóteles utilizou amplamente esse termo em seu significado médico, nas obras sobre história natural, como purificação ou purgação. Mas foi também o primeiro que o usou para designar um fenômeno estético, qual seja, uma espécie de libertação ou serenidade que a poesia e, em particular, o drama e a música provocam no homem. (ABBAGNANO, 2000. P.120)

Em função das complexidades do mundo apresentadas na atualidade, demonstrar-se-á a necessidade de reformulação daquela gnosiologia por uma nova racionalidade, possibilitada pela criação de "pontes de comunicação" que conectam as ciências pela transdisciplinariedade. Abordar-se-á os pressupostos dessa nova gnosiologia, baseada na superação da metafísica, de um direito fechado em si, por um conhecimento científico com caráter transversal e não-hermético.

Através da superação dos Paradigmas, buscar-se-á demonstrar realidades que imperam para a abordagem de tema, nesse caso a realidade vivida pela ciência jurídica, "o paradigma é aquilo que está no princípio da construção das teorias, é o núcleo obscuro que orienta os discursos teóricos neste ou naquele sentido." (MORIN, 2005. P. 45), de maneira que "O novo paradigma implica uma definição nova e mais rígida do campo de estudos." (KUHN, 1997, P. 40) para que se supere os sinais de desestabilidades da Ciência Jurídica. O Paradigma que se busca instituir como superação se manifesta através de "...um paradigma de complexidade, que, ao mesmo tempo, separe e associe, que conceba os níveis de emergência da realidade sem os reduzir às unidades elementares e às leis gerais." (MORIN, 2005. P. 138).

Assim, utilizar-se-á o Paradigma Cartesiano, como realidade presente na ciência jurídica clássica e, como contraponto, utilizar-se-á o Paradigma de Complexidade, como cenário de um direito que atenda às complexidades do suporte fático, uma vez que "A realização das regras jurídicas – que é o mesmo dizer-se a coincidência entre a incidência delas e a efetiva subordinação

dos fatos a ela, por movimento próprio dos interessados, pela natureza mesma das regras, ou pela aplicação suscitada, de ordinário estatal, - apenas *mede* o grau de perfeição do grupo social, no tocante ao *traçamento jurídico*. Não dizemos disciplina, e sim traçamento, para evitarmos interpretação extrajurídica, sócio-psicológica, pois *discere* é aprender. Aquela perfeição não depende só de fatores puramente psíquicos, posto que sejam assaz importantes; depende de muitos outros, inclusive econômicos-financeiros (aparelhamento da justiça). Aliás, em toda disciplina (discerte) há o *decet*, o ser conveniente, que é do mesmo étimo (nada tem com *dicere*, dizer), de modo que, ainda aí, nos fatores psíquicos dos que têm de atender às regras jurídicas, é o elemento relevante procurar-se, objetivamente, o que mais lhes convém. A técnica jurislativa não pode ignorar que o interesse só do jurislador seria contrário às finalidades humanas, ao homem mesmo, ao ser que tem o dedo *index*, ao animal que indica." (MIRANDA,2000.p.84). Os Paradigmas serão considerados como fontes *metateóricas* da *catarse* responsável pela transição da base do estudo da Teoria do Fato Jurídico.

A Teoria do Fato Jurídico encontra-se em dissonância com Paradigma da Complexidade, pois "O momento em que se há de se conhecer o conhecimento é aquele em que o conhecimento acontece, e não o em que se pensa o conhecimento" (MIRANDA, 2005. P.28); porém, no seu desvelamento há a possibilidade de novos horizontes para o Direito na medida em que o seu *descobrir* configura catarse da Teoria Científica Clássica do mundo jurídico junto a essa sociedade de mudança.

Na medida em que as circunstâncias variam, o índice de mutação influi na produção do Direito, equilibrando as mudanças sentidas no mundo com a proveniente da segurança pelo estático. Essa é atmosfera inorgânica positiva produzida pela ciência. Não persiste inalterado a atmosfera inorgânica, é mutável, variável, tal como ocorre no mundo das pulsões humanas: a conciliação do orgânico com o inorgânico é o resultado de uma Ciência que supera o cartesiano da vida "Assim, garra mão e dedo são três momentos sucessivos, sem que aquilo que se caracterizou e encheu os dois primeiros se possa apagar de todo. O dedo está na mão, sem que toda a garra se tenha extinto. A diferença entre extinguir e superar. Ou entre um fogo, que se apaga, e outro, que continua sob as cinzas, A mão ainda é garra, porém, é muito mais do que garra, o dedo é mão, e já está longe, muito longe de só ser mão e de só ser o primitivo dedo. *Mas no dedo, mesmo, ainda se insinua, atravessando milênios e milênios, o feroz abocanhar preensivo da garra*". (MIRANDA, 2002.p.31)

O Direito não é criado para o perpétuo, o Direito "É energia, ideia, se preferem, que constitui elemento integrante da realidade social. Não pode ter tido por simples coisa imaterial; não há coisas imateriais, se chamamos matéria o que é, mesmo se negativo." (MIRANDA, 1972. P. 79-80).

Tal cenário paradigmático somente poderá ser superado pelo desvelamento de novos horizontes ao Direito, possibilitados pela releitura da Teoria do Fato Jurídico e pela instituição de uma "nova racionalidade" junto ao Direito (Paradigma da Complexidade)m por via de novas possibilidades permeadas pelas demais ciências (transdiciplinariedade), *"En el momento de su consumación el derecho se ha vuelto irracional y tonto. Es por tal razón que es necesario reconstruir esta genealogía, mostrar como el derecho moderno proviene directamente de la alquimia y de la hermética, convertidas en probalística, hermenéutica y estadística."*(FLOREZ MUÑOZ, 2009, P.10).

Segundo MORIN (2005. P. 177), a aspiração à complexidade tende ao conhecimento multidimensional, uma vez que respeita as dimensões plurais do conhecimento. O biológico sociocultural é respeitado pelo pensamento complexo, que se sustentas nos ciclos, porém, levar-se-á em consideração que "O animal fez-se homem *devido* a sua grande plasticidade e *apesar* de ser

carnívoro, - depois que se fez rebanho, que se fez horda, para atacar, para se defender e depois que *um* refletiu, - quer dizer: enviou de volta o sinal expressivo de alguém, como se fora *algo* acima de todos, válido para todos, sem ser em consideração desse alguém. Os biólogos perdem tempo em pretender explicar a aparição do homem colecionando material sobre o céfalo. Os psicólogos, em investigar a natureza da inteligência ou consciência. O problema crucial está numa só pergunta: Qual o caminho que o dedo *índex* percorreu, através de milênios, para chegar a poder indicar algum ser, ou algum fato, de modo a significar que o homem seguia, *porque* aprovavam ou não seguia *porque* não aprovava? "(MIRANDA, 2002.p.57).

A nova racionalidade é inventiva; parte-se do real, do objetivo, mas este é mesclado com o imaginário, local em que existem projetos sociais e coletivos, que levam à criação de novos níveis de realidade aplicáveis às instituições do social. Essa nova racionalidade é também estratégica, se engendra transdiciplinarialmente com a questão da participação do ser na vida social, baseada na auto-organização, auto-regulação e auto-transformação. (VILAR, 1997.p.226-227)

Para tal, buscar-se-á explicar através da análise temporal e espacial, que reside na ciência unidisciplinar/hermética do Direito, o estigma do Paradigma Cartesiano e a consequência da racionalidade ultrapassada da produção do Fato Jurídico, que se encontra limitada à simples adequação matemática do fato à norma, fórmula que já não mais atende a situação atual da sociedade "*... la crisis del derecho moderno está inextricablemente ligada a la insuficiencia del modelo de racionalidad empleado por el derecho, un modelo que corresponde a necesidades funcionales de una sociedad distinta de ésta en la que vive el hombre contemporáneo"* (BOURDIEU, 2000. P. 18.).

A releitura da Teoria do Fato Jurídica será realizada pela doutrina do jusfilósofo Pontes de Miranda, responsável por instituir no Brasil a Teoria do Fato Jurídico utilizada pela ciência jurídica moderna. Pela releitura, buscar-se-á demonstrar a existência de duas vertentes doutrinárias instituída pelas diversas obras de Pontes: uma baseada na unidisciplinariedade (a que vigora, formulada através do positivismo jurídico "puro') e outra baseada na transdiciplinariedade (aquela pouco estudada pela ciência e baseada em um sistema positivo de direito que ultrapassa a norma "pura"). Assim, partir-se-á da leitura hermenêutica da obra do jusfilósofo para problematizar a presente pesquisa e elaborar-se-á a releitura a partir dos moldes propostos. A observação fenomênica do fato jurídico apresenta alternativa manifesta de cores e vida, pois possibilita ao Direito analisar o evento transdiciplinariamente, desvelando enfim o Direito como o andar sob a luz manifesta do céu, imbuído de potência de deflagração de novos horizontes ao Jurídicos e com capacidade de resgatar o sentido social e humano do Direito – que supera a simples análise dogmática dos eventos mundanos.

Para além de realizar uma simples releitura da Teoria do Fato Jurídico, elaborar-se-á as bases para que seja reformulada a Teoria do Fato Jurídico e demonstrar-se-á que o Direito é capaz de catalisar enfim as mutações sociais na medida em que instituída uma nova Ciência estabelecida por via de uma Racionalidade reflexiva-aberta (e não mais reflexiva-fechada) do Direito "[...] a universalização e unidade da ciência, em mercancia de efeitos, hão de urdir o quadro, dando-lhe feição nova e, o que bem mais é, construindo-lhe uma teoria que seja com as demais ajustável e consentânea. Não é somente a morte das crenças, das ilusões, que o realismo impõe, mas a coloração de novos costumes, novos modos de proceder, de pensar, de bracejar e de viver no concento das relações mútuas que os homens se vinculam." (MIRANDA, 2002.p.23). Por fim, eleva-se a máxima de que o mundo de cada se encontra articulado com a *linguagem*, a qual nos precede e na qual estamos desde sempre, que une em si ciências várias, tal como a fisiologia, psicologia e história. O mundo somente será mundo se o nomearmos, isto é, darmos *sentidos*; nada

mais natural, dada a relação existencial entre *linguagem-direito*, também desvelar ao direito os aspectos que as relações com a estrutura, funções e fatos psíquicos que lhe determina e entretece: "*En ce sens, le droit est généralement présenté comme un ordonnancement que l'on peut qualifier de symbolique. Il est constitué sur la base d'une langue de spécialité dotée d'une autonomie relative à l'égard de notre langue vernaculaire. Il encode notre réalité sous une forme dogmatique. Cet ordre symbolique designe un système coordonné de normes c'est-à-dire d'énoncés prescriptifs qui sont considérés par le droit comme étant du droit et dotées d'une syntaxe, d'une sémantique et d'une pragmatique spécifiques. Il s'agit ainsi avec ces énoncés de changer le monde et non pas simplement de le décrire. Formé sur la base du langage le droit est cependant en relation avec le monde : Ce dehors du langage qui, selon Wittgenstein, ne peut être que montré."* (RICHARD, 2012.p.10-12)

2 A Reestruturação da Ciência Jurídica a partir da Releitura da Teoria do Fato Jurídico

Quando queremos algo julgamos querer porque somos livres. Sem perceber que incidimos em um erro na medida em que a liberdade nas ciências naturais não existe. No ser humano, o entendimento, tão superior ao dos animais, apoiado pela razão (a faculdade de representações não intuitivas, isto é, conceitos: reflexão, faculdade do pensamento) que a ele se soma, deve-se, no entanto, em parte a suas carências, que superam largamente a dos animais. Todas essas grandes exigências precisavam ser supridas por forças intelectuais. Em todo caso, porém, o intelecto é o secundário. (SCHOPPENHAUER, 2013.p.104). Ainda, o homem é afetado por uma série de representações e, na autoconsciência, por sua vez, a vontade é mediado e até mesmo velado intencionalmente como forma de proteção ao autoconhecimento.

Toda produção de sentido depende do social, ocorre que a ideia fica em um nível de generalização extremamente impreciso. Existem significações que impregnam a ação social funcionando de um modo relativamente independente dos significantes, mas que desempenham um papel de peso na escolha e na organização desses significantes. Essas significações correspondem ao nível do imaginário social. Por certo, esse nível do imaginário necessita ser visto como condição de possibilidade da ciência jurídica. (WARAT, 2002 p.352) Para explicar o imaginário social, Castoriadis forja o conceito de "magma de significações", que consiste em um conjunto de significações imaginárias do social que conferem um sentido específico aos dados da experiências. Essas significações sociais imaginárias são arrastadas em um processo histórico feito de momentos de estabilização e de cristalização, seguido de momentos de auto-alteração. (OST, 2005.p.28). A história é construída pelos fantasmas radicais. No jogo desse além com o discurso, situam-se as condições de possibilidade do discurso científico. (WARAT,2002 p.353)

A complexidade reflete a necessidade de uma mudança radical na forma de entender e fazer ciência, e sobretudo de interpreta-las a luz dos fatos humanos para que seja um veículo de justiça social (JIMÉNEZ, 2013.p.11). A consequência filosófico-científica do novo Paradigma tem centro em duas atitudes que se têm de afastar: a) a que pretende edificar a Teoria do Conhecimento a partir de alicerces de uma Ontologia rígida, fazendo-a segundo degrau de uma Teoria, pois que o primeiro teria sido o degrau de uma Ontologia, ou, pelo menos, de uma "teoria" ontológica do conhecimento (veja-se o que haveria de explicativo, de crítico, em vez de descritivo, em tal ponto de partida); b) que pretende esvaziar de "Psicologia" a Teoria do Conhecimento e a Epistemologia e fazê-las secamente descritivas (MIRANDA, 2005.p.297). A ciência não se elabora à cata de quaisquer

verdades, de todas as proposições verdadeiras; o que ela procura são as proposições verdadeiras sobre os *jetos* que lhe parecem mais dignos de estudo (MIRANDA, 2005.p.283).

Ante a ausência de análise científica atualizada, os Paradigmas do mundo jurídico não são superados (Cartesiano) e nem desvelados (Complexidade) o que incide na ausência de coesão assertiva científica junto à produção jurídica. O Paradigma da Complexidade, por ser pouco explorado nos meandros do mundo jurídico, encontra-se marginalizado quanto a sua aplicação e discussão, pois imbuído de pré-conceitos decorrentes da manifestação racional-Clássica apregoada na constância efetual histórica. Em razão dessa situação, encontra-se a racionalidade jurídica envolta em uma crise gnosiológica, pois ainda está estagnada em profundo limbo jurídico em face de sua Ciência ainda ser fechada em si e ter como cerne a produção de norma por uma teoria do conhecimento clássica. O propósito ainda imperante de querer a Gnosiologia apsicológica, ou seja, um estudo que não cuida daquilo que é a *gênese* do conhecimento, leva ao descritismo doentio, pois "separar o problema gnosiológico do problema psicológico é comprar fazenda já plantada para não ter nunca de plantar. Há um momento em que as plantas morrem: há um momento em que se volve ao "como nasceram as essências"." (MIRANDA,2005.p.297)

A dinâmica social exaspera-se por via de seus desejos e angústias pela criação de influxos, manifestados pelos *habitus,* que dilatam os círculos sociais e criam novas formas de expressões. Esses caminhos perfazem-se por via de respostas inorgânicas (provenientes do mundo jurídico artificial) ao que é orgânico (mundo natural ou existencial). Esse confabular artificioso engenhado pelo Direito - expressado por via da Teoria do Fato Jurídico - como meio de *adaptação social* manifesta-se pela interrupção dos fluxos sociais que não apresentam coesão. A percepção cruza o mundo, o questionamento sobre a ocorrência da ordem jurídica à consciência permite compreender e desconstruir certa norma que constitui forma específica de participação no mundo. Primeiro, importante estabelecer esclarecimento epistemológico: fenomenologia da lei e fenomenologia da percepção são ordens diferentes de ação na consciência do ser. Uma verdadeira fenomenologia da percepção da lei deve ampliar a imagem de uma ordem jurídica para entender melhor a lei. A realidade jurídica é, sob uma certa perspectiva, capaz de manifestar na relação que surge entre o visível e o invisível (MERLEAU-PONTY,1999) da lei, ou seja, a percepção crua do mundo.

Adaptação social porquê a prática e a teoria estão intimamente ligadas: o conhecimento objetivo, lógico, moral não se concebe sem o psicológico, sem a análise da consciência. A ciência do Direito tem como fim não a transformação do Direito em norma fechada em si, em lógica matemática de aplicação, mas em maneiras de estender, fundar e explicar o Direito, seja por alterações, seja por reinterpretações: mas que todas convirjam para mudança proveniente da indagação científica seguindo caminhos que sejam capazes de instruir uma melhor adaptabilidade do homem social a partir da coesão e do equilíbrio social.

Dado que a vida humana passa a ser o objeto de meditação da filosofia atual, que não é metafísica fundamental, a vida não mais constitui uma só realidade distinta de todas as demais realidades, senão que é a realidade radical, primeira e básica, e o que é a explicação de todo o demais, posto que tudo é a vida humana. A vida tem como peculiaridade o privilégio de dar-se conta de si mesmo. (SICHES, 2008.p.53-56)

O conceito do *habitus* compreende as manifestações de condutas regulares manifestadas por certo número de sujeitos os quais agem em circunstâncias e que, por essa sincronicidade, manifestam previsão prática acerca do resultado da conduta. Se dessa prática forem emanados riscos para a coesão social, o que era *habitus* terá tendência a ser codificado e virar norma junto ao mundo jurídico. Uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, seja qual for sua

origem concreta – consuetudinária, legislativa, regulamentária, judicial, etc. – encarna, assim, um tipo de ação (SICHES, 2008.p.108 e MIRANDA, 1970. P. 05-06)

Esse é o caminhar que se espera da Teoria do Fato Jurídico por via de uma Ciência do Direito que busca atender a sociedade que regulamenta. A meta de uma Ciência do Direito é a criação de atmosfera capaz de se projetar os caminhos a serem seguidos no futuro tendo como base as experiências jurídicas do presente e do passado, na busca de uma convivência coesa e pacífica que possibilite o convívio humano - e reduza os conflitos intersubjetivos. Entretanto, não é o que ocorre na ciência contemporânea, ainda filiada à gnosiologia clássica. Desse modo, a filosofia clássica, incluído Descartes, grifou o sub- de sujeito: o sujeito percebe e pensa; o sujeito cria a percepção, produz o pensamento. *A percepção e o pensamento são jetos* (MIRANDA, 2005.p.309), ou seja, *prius* em relação ao sujeito considerado e ao objeto concebido. Sujeito e Objeto são posteriores, de modo que o desbastamento do sub- e do ob- permite a volta ao ponto *a*ssubjetivo, *em que sejam eu e não eu ao invés de sermos nós, ou ser eu e ser o não-eu.* Reentra-se na imanência.

A cultura ela mesma não é um sistema ideal que ocorre autonomamente, senão o contrário, dado que o mundo é o campo das obras humanas, as quais possuem uma significação, um sentido, que está vinculado a circunstância de a qual e para qual se tenha originado. Tudo o que o homem constrói nasce do estímulo de determinadas necessidades, dada a peculiaridade de certa situação histórica. Quando, ao fim, decidem por uma das possibilidades que sua imaginação denota para a resolução do problema, então colocam essa possibilidade como fim. O direito, como todas as ações culturais, tem uma sentido com a realidade, o que denota que não consisti em valores puros, senão em ações humanas. (SICHES, 2008.p.108-114)

Os novos tempos e as novas modelações sociais já não comportam terem no Paradigma Cartesiano a fonte de absorção dos Fatos Jurídicos. A sociedade contemporânea apresenta-se demasiada diferente daquela que modelou a estrutura científica até hoje utilizada: a densidade populacional, a centralização das pessoas em cidade e a mosaicidade cultural produzem fenômenos que (re)modelam a estrutura social temporalmente via *habitus*. A sociedade complexa já não encontra na especialidade e a unicidade das disciplinas que parecem estar muito longe de servir como referência para a construção adequada de amplitude satisfatória para a Ciência Jurídica (CALDANI, 2001.p.25). Captar cientificamente essa nova realidade supera uma mera *remodelação* ou *adaptação* do Direito: "Para que se conheça uma ciência, não é *mister* somente explicar os seus fatos à mercê da técnica e dos argumentos lógicos, senão lhe copiar os contornos, destramar, pela experiência, fio a fio, o tecido de seus fenômenos." (MIRANDA, 1912. P. 47).

A individualização e a concreção das normas gerais mediante o cumprimento ou segundo a aplicação jurisdicional, experimenta *câmbios*, ou seja, modifica-se a partir da variedade dos casos postos, ou mesmo pelo tempo, uma vez que a realidade não é estática – e a regra é. Assim, ainda que a norma geral permanece invariável, as aplicações vão mudando segundo a medida que varia a vida e a concepção do *mundo*. Então, mesmo que a norma comporte um sentido abstrato que não tenha variado com o tempo, a significação concreta de cada um dos novos casos singulares deve determinar novas consequências. (SICHES, 2008.p.108-114)

Pelas coordenadas culturais que vigeram em tempos passados, reconhece-se o apego às soluções lógico-normativas em face das circunstâncias que advinham das funções jurídicas do Estado baseadas precipuamente em regras voltadas à segurança e à certeza. A experiência social era realocada às possibilidades normativas concernentes ao plano jurídico, sem que isso lhe parecesse uma mera equação. Esse modelo vigeu até que o individualismo exarcebado foi superado – o fluxo foi interrompido por acontecimentos sociais que desembocaram na necessidade de um Estado mais ativo – encaminhando a produção jurídica para além do individualismo e da autonomia da vontade,

passando-se a examinar o Direito efetivamente em termos de experiência vivida social, passando a subsistir um conflito entre a norma e o fato. (REALE, 1992.p.38) É característico da vida humana – no que se refere a forma dogmática e *a*fenomenológica – que tudo o que é executado está colado a uma carga, posta das orientações do mesmo, instruída e civilizada. Por essa autonomação, essa realidade, a claridade do homem acerca do seu mundo e de si mesmo, aquilo que lhe diferencia dos outros seres, vela a vida por um manto (BYUNG-CHUL, 2015.P.21-22) A maneira de lidar com o direito é a resposta ao que se tem como vida.

A imprecisão da dualidade paradigmática que exaspera as entranhas do Direito cria uma divisão difícil de ser superada na Ciência Jurídica, influindo diretamente para com a formação de uma fragilidade do mundo jurídico, na medida em que vigora o sistema Cartesiano, o qual "pôs o pensador, o sujeito antes do pensamento, e empurrou o espírito humano no declive idealista" (MIRANDA, 2005. P.68.) frente à sociedade - que se manifesta de maneira *ajena* daquelas passíveis de serem catalisadas pela base jurídica hermética. A consequência desse cenário incidiu no aprofundar em uma descrença social quanto à eficácia do Direito, pois já não é possível encontrar nos modelos normativos clássicos as respostas para o pulsar da organicidade social.

Em virtude dessa descrença, o Direito tem se manifestado de diversas maneiras com o fim de catalisar melhor os fatos mundanos, indo na direção do Paradigma da Complexidade, mas não conseguindo atingi-lo tendo em vista que o Fato Jurídico - sua base científica - não é alterada "Entre o espírito e o mundo pomos um muro. Não é ele mais do que a relação mesma em que nos pomos, a nós e a o mundo. Desde que nos fazemos polo da relação mesma." (MIRANDA,2005.P.303)

Mesmo com essas aporias em sua base de captação fenomênica, o Direito manifesta-se via *produção*, na tentativa de superar a estaticidade observada na base de sua Ciência Cartesiana, reformando-se constantemente para atender à gramática social, confirmando que, sobretudo, é *ritmo de vida* (MIRANDA, 1988. P. 1-2). As vias de tentativas (inexitosas) de superação do paradigma cartesiano-mecanicista pelo Direito manifestam-se pela Codificação (dogmática com apego a Escola Pandectista), pela Descodificação (Jurisprudencialização do Direito, Ativismo Judicial e Precedentização do Direito) e pela Recodificação (multiplicação e ampliação dos Direitos Subjetivos e a Constitucionalização do Direito Privado) do Direito Privado (Ver: DIEZ-PICAZO, 1993. P.1). A passagem do mundo (*suporte fático*) ao mundo jurídico (*regra jurídica*) não tem sido ampliada pelas bases jurídicas, em que pese às tentativas, ora exitosas ora inexitosas, do Direito de atender às demandas sociais "Há dois meios de romper ou de eliminar esse muro. O primeiro é o desembaraçarmo-nos do que é escória *sub*jetiva e do que é escória *ob*jetiva, na percepção, a extração de jetos, a que por vezes nos referimos. O outro é um abrir de brecha na própria parede do espírito que dá para o mundo e do mundo que dá o espírito: fazer com que o espírito se observe a si mesmo, se *ob*, quer dizer – se torne jeto e jeto, sendo um e outro mundo, um e outro jeto e um deles, no passado, espírito e mundo. Volve-se assim à relação orginial ser-ser" (MIRANDA, 2005.p.303)

Dessa forma, a falibilidade sentida pelo desgaste temporal-normativo da Ciência Clássica do Direito em frente da dinamicidade social perpasse o entregar os panos e decretar que "o Direito faliu"; pelo contrário, cabe aos cientistas atentos ao comportamento do direito no social pensar uma Nova Racionalidade da Ciência do Direito, capaz de superar o modelo cartesiano, o que potencializa releitura da Teoria do Fato Jurídico. A crise do Direito moderno está conectada com a insuficiência do modelo de racionalidade do Direito, um modelo que corresponde a necessidades funcionais de uma sociedade distinta da que vive o homem contemporâneo. A sociedade atual exige mecanismos novos, que não se apoiam sobre regras universalmente válidas, sendo que a racionalidade hoje aplicada, centralizada, busca dar resposta aos conflitos nas sociedades ocidentais. (BOURDIEU; TEUBNER , 2000. P. 18)

Nesse sentido, melhor falar-se em crise da Ciência do Direito, "*En algunos momentos el derecho positivo puede ser repugnante, y es posible incluso que, ante tal situación el jurista deba inclinar la cabeza, repetiendo dura lex, sed lex; pero esto no afecta al derecho en su perene esencia."* (BIONDI,1953. P. 162), uma vez que "É hoje reconhecido que a excessiva parcelização e disciplinarização do saber cientifico faz do cientista um ignorante especializado e que isso acarreta efeitos negativos. Esses efeitos são sobretudo visíveis no domínio das ciências aplicadas. O direito, que reduziu a complexidade da via jurídica à secura da dogmática, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da prudência perdida." (SANTOS, 1995. P. 38-39)

O problema da norma reside no *momento que o fato é colorido*, pois esse adentrar deve rigorosamente atender aos paradigmas clássicos *inflexíveis,* que não observam o fato para além do *pente* efetuado pela dogmática jurídica – vazia de si quanto à epistemologia de outras ciências. No que tange à regra jurídica, a lei viveu e vive lá fora e deve, por isso, ser procurada nos fatos, porque deles pode-se extrair indutivo-cientificamente as normas que os devem reger. Tal o *punctum saliens* da reforma que se inicia e que terá de consumar-se, porque está em *gérmen* nos fatos da vida, pela intima e fatal correlação com os princípios da biologia, da física e da mecânica. (MIRANDA, 1972. P. 16 e 289) Portanto, as regras jurídicas são regras para as relações inter-humanas. As relações inter-humanas são fatos do mundo; a regra jurídica fá-las jurídicas. É no Fato Jurídico que reside a testemunha viva da evolução social, por ser a porta de entrada e formadora do Direito

Na medida em que já não mais encontra na Ciência do Direito clássica o acompanhar de seus movimentos, o Direito realiza a criação de uma difícil e inexpressiva simbiose entre suporte fático e regra jurídica. A alusão representa muito bem a passagem do Direito Natural ao Direito Positivo, pois, as leis naturais engendradas pelos social (considerados os fatos que encontra-se no mundo) são decantadas, e assim passam ao mundo jurídico, CARBONNIER, alude que:

> Seconde circonstance, la force des doctrines du droit naturel. Quelque variante qu'elles revêtent, elles tendent toujours, par définition, à introduire um certain fixisme dans le droit, elles agissent dans un sens antiévolutionniste. C'est surtout vrai pour la formule pure, où ce sont les institutions concrètes du droit qui sont déclarées relever directement du droit naturel; par exemple, la propriété individuelle, la famille monogamique, le mariage indissoluble. Chaque institution est réputée par là avoir existé de toute éternité et être promise à l'éternité dans l'avenir. Assurément, il existe des formules plus édulcorées (telle la théorie de Stammler : le contenu bouge, le cadre seul demeure immuable). Dans le moindre songe de droit naturel, cependant, il y a un môle de résistance au changement. Or, à l'encontre des immuabilités prétendues, c'est un des postulats de la sociologie juridique que le droit est sujet à des transformations. La sociologie ne peut pas ne pas être peu ou prou transformiste. En ce sens, il est exact de dire qu'elle est difficilement compatible avec l'idée d'un droit naturel: même l'idée de droit naturel est contingente, relative, évolutive. Un évolutionnisme d'hypothèse constitue ainsi au moins le climat general dans lequel se déroulent les recherches de sociologie juridique. L'accord est àpeu près unanime pour trouver ce climat stimulant. (CARBONNIER, 2001. P. 12-13)

Nessa senda e por essa matriz, os influxos naturais que o Direito catalisa para tornar coeso o sistema jurídico passam a ser *nocivos* à experiência social na medida em que os fenômenos jurídicos revelam-se envoltos por uma estrutura extremamente artificiosa, limitada à complexidade estrutural do fenômeno ao buscar a utilidade prática da norma, impossibilitando o Direito de atingir os fins propostos para com a gramática social "Tudo, no mundo, é determinado: e seria de refugar-se qualquer teoria que não admitisse a unidade da ciência. (..) A ciência do Direito, como a Sociologia do Direito, a Sociologia da Religião, ou da Moral, ou da Arte, ou da Economia, ou da

Política, ou a própria sociologia Geral, entroa-se na ciência, no lado das ciências biológicas e das outras Ciências. Há a unidade da ciência, o que não permite contradições entre elas, ou dentro de qualquer delas. A unidade da Ciências é como a unidade de qualquer processo social de adaptação. Um dos maiores erros que até hoje se têm cometido é o de se afirmar, quando se distingue o mundo inorgânico (dentro do qual há muitas distinções já feitas e muitíssimas para se fazerem), o orgânico e o social, que há pluralidade dos mundos e, pois, não há unidade, nem do mundo, nem da ciência. Quando dentro de qualquer extensão se apontam diferenças com isso não se nega a unidade." (MIRANDA, 1972. P. 219-320).

A unificação alcança todos os ramos do conhecimento "A concepção da continuidade como efeito médio do descontinuo fecha e aplaina o abismo entre a atomística e a energética, desfaz quase todas as incompatibilidades teóricas do saber e da opinião humana." (MIRANDA, 1972. P. 20). O estudo positivo da Ciência do Direito impende a convocação de todas as ciências, pois a Racionalidade Complexa implica a diversidade do saber para o desvelamento do que não é dado.

Os eventos mundanos têm, portanto, assédio em muitas ciências, e por isso mesmo que os fenômenos econômicos, morais, políticos e jurídicos se interpolam, conglobando-se e variavelmente fluem, é que podemos atribuir ao aferro ao amor da independência causal, vulgares nas dissertações eruditas de antanho, o muito que tocou ao direito na metafísica desordenada de outros tempos. Por isto dizer-se que "O Direito procura a linguagem como instrumento construtivo, e não como elemento absoluto do conhecimento, e muito se serve, para tal fim, de que objetiveram os outros processos sociais de adaptação. O jurista, que não se confunde com o cientista do Direito, embora um possa estar dentro do outro e ser-lhe útil, busca o que há de incidir, ou que incidiu. A Ciência do Direito, verifica o que se revela nos dados imediatos de experiência para sugestões aos legisladores e fazedores ou intérpretes de regras jurídicas. Não está por dentro do sistema jurídicos, embora esse possa, para a sua eficiência, ordenar que se recorra à Ciência do Direito, se não há solução concreta e imediata de que se valha." (MIRANDA, 1972.p.305).

Faz *mister* revelar nos fatos jurídicos, não o caráter de pura vontade divina, senão o caráter de fatos naturais, intensamente complexos, em cuja pesquisa e persecução várias ciências particulares se arrogam. Conforme assevera Pontes de Miranda "Não há unidade, nem do mundo (alusão ao Paradigma da Complexidade), e nem das ciências" (MIRANDA, 1912. P. 46).

A Teoria Clássica do Fato Jurídico traduz o andar sob o monocromo e desértico solo amarelo da Codificação, que manifesta sua adaptação social por uma categoria de normas preexistentes, apresentas pela via inorgânica artificial com inferência jurídica, que se alinha ao orgânico. O mundo jurídico dogmatizado por via do conjunto diacrônico funcional da sistematização do Código Civil se utiliza das previsões (regras jurídicas) colhidas através da simples *depuração* – sem a devida análise; lógica matemática - dos fenômenos da natureza. Tais atos são a nascente de más construções do Direito, conotando relação estreita e disfuncional entre a Lei da natureza à Lei matemática.

Entretanto, o Direito tanto existe como nos códigos como nos movimentos do espírito.

A união da Lei matemática à Lei da natureza gera um conhecimento distorcido (STEVE, 2010. P. 61) talhado pelo encanto mágico do quadro, dando um perfil trágico na medida em que perfila a ideia do imóvel-estático junto ao mundo jurídico (ROSSET, 2010. P. 18) "A imagem do espelho é propriamente mera aparência, isto é, não possui um ser real e, na sua efêmera existência, dá a entender que é dependente da reflexão. Mas é claro que, no sentido estético da palavra, o quadro possui um ser próprio. Esse seu ser como representação, ou seja, justamente aquilo em que não é a mesma coisa com relação ao reproduzido, dá-lhe, em face da mera cópia, a caracterização positiva de ser um quadro. Mesmo as técnicas mecânicas da imagem de nossos dias podem ser

utilizadas artisticamente, na medida em que extraem do reproduzido algo que, a um mero olhar, como tal não se encontra ali. Um tal quadro não é uma cópia, pois está representando algo, que sem ele não se representaria assim (GADAMER, 1997. P. 225-227.).

Outro tanto cabe essencialmente às grandes Leis que parecem deduzir tudo. (CHARPAK, 2004. P. 66-67 e 25) A construção desse modelo de norma perfaz-se pela cisão sistêmica do mundo fenomênico (mundo dos fatos) e do mundo jurídico, os quais unidos se fazem nascedouro da Norma Jurídica. As normas jurídicas são formações especiais sintéticas construídas sobre as leis astronômicas, leis históricas, leis biológicas, leis psicológicas: a unidade diz respeito à repetição, que demarca a causa das ciências e denota o sentido no *semsentido*. A repetição é desvelada pela indução, a qual denota resultados que advém do complexo e são decantados por uma razão complexa, capaz de catalisar essas energias na criação de um Direito que observa as energias psico-físicas "A indução é fecunda: ao passo que a dedução dá explicação completa, porém não ministra nenhum conhecimento novo da realidade. O instrumento com que há de operar o cientista será a indução baconiana, empírico-realista, o que não impede a utilização em formas sucessivamente mais simples, a fim de melhor explicar o fato complexo. Quando analisamos os corpos, ou recompomos forçar, ou procuramos elementos simples para a economia pura, ou acomodações em conjunto, bi-ou tridimensionais, que nos esclareçam o complicado mecanismo da adaptação social, - preparamos o material, os fatos, de que vamos induzir, e nisto não há, ao contrário do que, na economia abstrata, pareceu KARL MENGER, processo essencialmente diferente da indução de BACON" (MIRANDA, 1973.p.230)

O racionalismo passou a ser o poder exclusivo de uma razão fechada , ao construir uma visão coerente, totalizante do universo, a partir de dados parciais, de uma visão parcial, ou de um princípio único, calcando-se no saber e na instrumentalidade técnica e realizando a visão de um só aspecto das coisas (rendimento, eficácia), a explicação em função de um fator único (o econômico ou o político) (MORIN, 2005.p.258). A razão fechada é, dessa forma, uma das condições centrais para o desenvolvimento da cultura ocidental, pois rejeita como inassimiláveis os fragmentos de realidade. A razão fechada, rejeita a questão da relação do sujeito-objeto no conhecimento, a desordem, o acaso: transforma tudo ao princípio da economia e da eficácia, "A poesia, a arte, que podem ser toleradas ou mantidas como divertimento, não poderiam ter valor de conhecimento e de verdade, e encontra-se rejeitado, bem entendido, tudo aquilo que denominamos trágico, sublime, irrisório, tudo o que é amor, dor, humor..."(MORIN, 2005. P. 167-168). Não se precisa de um Absoluto ou de um sub-rogado de Absoluto; não partimos de algum ponto sem a ele voltar, partimos de ponto a que voltamos, estamos num círculo que não é um círculo vicioso, porque se esgota a definição: não precisamos sair dele *nem podemos*. (MIRANDA, 2005. P.302) Toda a nossa filosofia somente pode ser uma filosofia da consciência volvida para o mundo, envolvendo a consciência pelo afeto.

3 Conclusão

O mundo jurídico, como núcleo formador na Ciência Jurídica Clássica, fez surgir certezas e acepções que superam a estática dogmática quando postas em frente do amarelo desértico que marca a monocromática ótica do Direito por via da ciência hermética. Entretanto, supera-se essa visão pelo andar sob a luz do céu (revolução científica recentemente experimentada), criadora de novos horizontes à Ciência Jurídica; horizontes que criam *in*certezas *in*domáveis e reflexivas, as

quais evidenciam que abaixo do sol a luz reserva numerosas experiências incomparáveis. A nova maneira de se ver o Direito apresenta o cessar daquele andar em círculos sob o deserto amarelo, proporciona-se com a luz do céu novas formas dispostas pelas cores à ótica do cientista.

Esse novo cenário, cujo banhar da luz não se esquiva das percepções do cientista, demonstra que merece ser superada toda a estaticidade e imutabilidade do ambiente do gris amarelo, criando no cientista caráter reflexivo; dando vida a vontade desvelar o Paradigma da Complexidade do mundo. A potência de vontade de desvelar esse novo mundo, já não mais marcado pelo gris amarelo da ótica Cartesiana, externa-se pela concepção do cientista que para tal desvelamento necessita observar o sistema como uma união das Ciências, com o fim de elaborar o conceito que melhor atende à resposta que busca; a ciência transdiciplinar é assim agregada ao Direito.

O Direito atual, assim, deve eliminar os passos daquele andar em círculos criado pelo ambiente desértico, o que ocorre pela racionalidade construída pelo paradigma científico da complexidade, que demonstra amplamente a cisão com os campos da ciência. Tem-se a impressão de que as distinções desbotam e os contrastes se fundem. (MIRANDA, 1972. P. 31)

O Direito erigido sobre uma base epistemológica rígida, *a*psicológica, manifestada pela sua unicidade disciplinar não atende à complexidade social plural, o que exige que a base científica do Direito seja desvelada e desmistificada para que se caminhe em direção à superação de sua rigidez disciplinar. A sociedade exige o rompimento do Paradigma Cartesiano e o desvelamento do Paradigma da Complexidade, pois este faz comunicação do Direito com as demais Ciências por via da transdiciplinariedade.

A desprefixação deixa-nos jetos, restitui-nos a relação em sua originalidade, depois tiramos-lhes os hífens. Em todo substancialismo, assim, há uma falsa conquista precipitada, afirmando-o, tornando-o rijo, em vez de diminuirmos a rarefação que se observa no que conhecemos. (MIRANDA, 2005.p.311). O que a cultura tem revelado é que o esforço coletivo procura sondar as diferentes estruturas do ser e o substancialismo seria uma filosofia última do homem, do sábio, e não do homem comum – como em uma fórmula homem<saber – muito menos do homem que foi substancialista ao extremo – homem>saber – quando este percebeu a ciência superando-o, passou a ser substancialista quanto à coisa em si – Descartes. Convém que o espírito esqueça-se de si e se elimine, de modo a remontar à autenticidade de ser, independente do sub- e do ob-.

A Nova Racionalidade é aquela Ciência do Direito erigida sobre bases gnosiológicas capazes de *conhecer* de maneira mais abrangente as experiências sociais vividas no mundo é aquela capaz de atender às manifestações sociais contemporâneas e desvelar o Paradigma da Complexidade social. O nível de abrangência que as manifestações humanas exasperam necessita que esteja presente na análise da experiência a transdiciplinariedade. Cruzando-se as ciências, é possível que se chegue a uma noção do conceito do conhecimento profícua.

Com a presente análise em momento algum houve a presunção de apresentar respostas à crise da racionalidade que se encontra o Direito; ao contrário, importante, no âmbito da pesquisa, mapear os pontos para além dos dogmas e que dizem respeito a toda a sustentação racional de uma Ciência que por si se constrói e desconstrói. Isso porque a *Filosofia* unida ao *Direito* tem potência de apresentar novas matrizes de pensamento e questionamento, pois o mundo é um fluxo constante, restando à Ciência captar essas manifestações de forma reflexiva e (des) harmônica. Já bem previa Pontes de Miranda acerca das bases Gnosiológicas "Não se leva luz a profundezas obscuras sem que se atravessem, com sacrifico e perseverança, escuridades densíssimas. E o problema fundamental do conhecimento coincide ser o mais obscuro de todos os problemas da evolução humana" (MIRANDA, 2005. P.97).

A Nova Racionalidade aplicada ao Direito fundamenta uma gnosiologia baseada na visão de um Direito que supera a substantivação e a adjetivação do seu conceito de conhecimento e manifeste atenção nas *gramáticas da vida,* as quais não comportam sufixos e prefixos imbuídos de subjetivismo "Desde que se põem entre parênteses os prefixos, a existência objetiva e a existência subjetiva deixam de opor-se" (MIRANDA, 2005. P.119).

A pós-modernidade é um vocábulo polissêmico, e tem no seu centro a expressão da procura de um *novo entendimento do real e da formação de um novo tipo de pensamento* (WARAT, 2002.p.214). Por pós-modernidade leia-se uma criação de afetos críticos, tendo na disposição a dialética da superação da modernidade e dos seus paradigmas.

Os novos horizontes capacitados por essa visão holística e transversal das Ciências aplicadas ao Direito potencializam a mudança substancial na Teoria do Fato Jurídico ao agregar a ela todas as manifestações da sociedade para a sedimentação das normas junto ao fato de forma sublime e a concretização de um direito aberto ao mundo, uma vez que: o que sabemos do mundo é o que nos dizem a consciência e a ciência, que nasce daquela, e o que sabemos da consciência como parte dele. Todo sair do *círculo* é um despenhar-se no abismo, ou só é um falso sair, como toda atitude dogmática: para em outro ponto e crê desfaz o círculo. Ora, o círculo *é,* porque a relação entre a consciência e o mundo constituem a linha única em que se *conhece* a tal relação é o próprio círculo. Nele cabem (e dele não podem sair) todas as ambições e todas inquietudes do homem. É existir entre paredes; mas, lá dentro, está o Universo, o Universo que a consciência do ser mirante puder apanhar. Finitude e ilimitado o campo consciência, não será diferente do Universo mesmo" (MIRANDA, 2005.p.302).

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARAUJO, Eglis; SOSA, José Gregorio. *El Derecho desde el contexto de la Multidisciplinariedad, Interdisciplinariedad y Transdisciplinariedad*: Una Vision de los Autores. Barquisimeto, Universidad Fermín Toro, 2012.

BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953.

BOURDIEU, Pierre. *Cosas Dichas*. Barcelona: Gedisa, 1987.

BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. *La fuerza del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

CALDANI, Miguel Ángel Ciuro. *El Derecho Universal*: Perspectiva para la Ciencia Jurídica de una Nueva Era. Rosario: Fundaciones para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur. 10ª ed. Paris: EJA, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Arte do Direito.* São Paulo: Pilares, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Ambito Cultural, 2006;

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, linguagem e método*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. Vol.1. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CHARPAK, Georges; OMNÈS, Roland. *Sed Sabios Convertidos en Profectas*. Barcelona: Anagrama, 2004.

DIDIER, Fredie Jr.; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DIDI-HUBERMAN, Georges. *El Hombre que Andaba en el Color*. Madrid: Abada, 2014.

DIEZ-PICAZO, Luis.; LEON, Ponce de. Codificación, Descodificación y Recodificación. *Themis*, Peru, nº 25, 1993.

du droit : une ontologie naïve. Laval, 2012. P. 10-12

ESTERMANN, Josef. *Filosofia Andina*. 2ª ed. La Paz: Iseat, 2006.

FLOREZ MUÑOZ, Daniel E. Por qué un abogado debe leer a Zizek? Derecho, Ideología y Psicoanálisis. *International Journal of Zizek Studies*, Leeds, vº1, nº4, 2009.

FRANCESCHELLI, Vocenzo. *Diritto Privato*: Persone Famiglia Successioni Diritti Reali. Milano: Giuffrè Editore, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIORDANO, Filomena. *Dal Concetto di Efficacia al Concetto di Valutazione*: Trasformazioni e sviluppi in una prospettiva Sociologico-Giuridica. Macerata: Universita' Degli Studi di Macerata Facolta di Giurisprudenza, 2010. Tese (doutorado em teoria dei sistemi e sociologia dei processi normativi e culturali).

GRANFIELD, David. *La Experiência Interna Del Derecho:* Una experiencia de la intersubjetividad. México: Editora Iteso, 1996.

GRIBBIN, Jhon. *Historia de la Ciencia*. Madrid: Critica, 2009.

HAN, Byung-Chul. *El Aroma del Tiempo.* Un Ensayo Filosófico sobre el arte de Demorarse. Barcelona: Herder, 2015.

HEMPEL, Carl G. *Filosofía de la Ciencia Natural*. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

JARACH, Dino. *El Hecho Imponible*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

JIMÉNEZ, Sergio J. Abarca, *El Universo que Somos*. Costa Rica: Editorial SL, 2013.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1997.

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

MERLEAU PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção.* São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1994.

MIRANDA, Pontes de. *À Margem do Direito*: ensaio de Psicologia Jurídica. Campinas: Bookseller, 1912.

MIRANDA, Pontes de. *Garra, Mão e Dedo*. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Introducção à Ciência Politica Scientifica*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MIRANDA, Pontes de. *O Problema Fundamental do Conhecimento.* Campinas: Bookseller, 2005.

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

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo I-IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MIRANDA, Pontes. *Tratado das Ações*. Tomo I. Ação, Classificação e Eficácia. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1988.

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

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

OST, François. *Contar a Lei:* as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

OST, François. *La thèse de doctorat en droit*: du projet à la soutenance. Disponível em: <http://www.usaintlouis.be/fr/pdf/Droit/rapport_fr.pdf>.

PALMER, Richard. *Qué es la Hermenéutica.* Madrid: Arco, 2002.

REALE, Miguel. Congresso Internacional de Filosofia Social e Política. Sidney, 1977. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,* nº 10, junho de 1977.

REALE, Miguel. *Direito como Experiência.* São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIPERT, Georges. *Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

ROSSET, Clement. *La Filosofia Tragica*. Buenos Aires: Teorya y Pratica, 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as Ciências*. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre a Vontade na Natureza*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

SICHES, Luis Recàsens. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2008.

STEVE, Woolgar. *Ciencia Abriendo la Caja Negra*. Barcelona: Anthopos, 2010.

VALDIVIA, Jaime Francisco Coaguila. La Interdisciplinariedad del Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Madrid, nº 5, 2001-2002.

VILAR, Sergio. *La Nueva Racionalidad*: Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ZIMMERMANN, Ana Cristina. *Ensaio sobre o Movimento Humano:* Jogo e Expressividade. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências da Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Florianópolis, 2010.

A POSSIBILIDADE DE UMA RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO

Marcos Ehrhardt Jr.,
Advogado e Professor de Direito Civil da UFAL;
E-mail: contato@marcosehrhardt.com.br

Taynara Freire Santos,
graduanda em Direito pela UFAL;
E-mail: taynara27_@hotmail.com

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo introduzir a função preventiva da responsabilidade civil ao tempo em que traça um comparativo com a responsabilidade civil clássica, eminentemente repressiva, bem como demonstrar a insuficiência do modelo atual frente ao surgimento, cada vez mais crescente, de danos de difícil reparação, e, até mesmo, irreparáveis. Ressalta-se, ainda, a evolução do instituto da responsabilidade civil e a consequente ascensão dos princípios da prevenção e da precaução, os quais devem ser utilizados de forma a adotar medidas antecipatórias que gerenciem os riscos graves e a evitar o dano, sobretudo os que atingem a dignidade da pessoa humana através das lesões causadas pelos danos extrapatrimoniais ou morais.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Princípio da Precaução. Responsabilidade Preventiva.

1 Introdução

Falar em responsabilidade civil é o mesmo que discorrer sobre um universo vasto, mas pouco explorado. Desde a expressão "responsabilidade", a qual possui uma gama de significados e interpretações, até o âmbito de sua atuação, que é o mais variado possível, à espécie subjetiva, passando pela objetiva, ao direito de danos, depreende-se que "o modelo jurídico da responsabilidade civil é por essência cambiante e extremamente sensível aos influxos econômicos e sociais" [54], motivo pelo qual este artigo irá propor uma revisitação a origem do instituto da responsabilidade civil com o objetivo de demonstrar a necessidade, apesar da resistência da doutrina clássica, de implementar a responsabilidade sem danos com fundamento nos princípios da prevenção e da precaução.

Atualmente, denota-se que a sociedade pós-moderna encontra-se cercada de incertezas diante da lógica empresarial cada vez mais agressiva e das inovações tecnológicas que convertem a pessoa em um meio para satisfazer unicamente interesses patrimoniais, de modo que não há dúvidas que a responsabilidade civil, por ser um instituto em constante transformação e evolução, deve reconstruir as suas estruturas tradicionais e passar a responsabilizar os perigos decorrentes da

[54]FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*: responsabilidade civil, 3° ed.rev.e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, fls. 47.

inobservância do princípio da precaução e da prevenção como forma de evitar danos que, quando causados, são muitas vezes irreparáveis.

Esse novo paradigma da responsabilidade civil surge porque a sociedade contemporânea assiste a uma expansão de novos riscos que não foram previstos, e nem poderia, pelo modelo tradicional clássico, o qual, por ser unicamente repressivo, não possui meios capazes de proteger a pessoa humana diante dos novos danos. Deste modo, a Responsabilidade Civil acostumada a arcar apenas com as consequências de um ato danoso não satisfaz mais a sociedade, pois se tornou insuficiente diante de ameaças e riscos contemporâneos tão lesivos que a ideia de um dano seria catastrófica, como as consequências de lesões aos direitos de personalidade decorrentes de crimes virtuais, do uso de alimentos geneticamente modificados, do abandono efetivo.

Assim, esse trabalho defende a responsabilidade não apenas como consequência reparadora, mas, em determinados casos, como um meio de se criar mecanismos projetados para o futuro, ou seja, antes da ocorrência da lesão, como já ocorre no âmbito do direito ambiental [55]. A inobservância dessas medidas cautelares ensejaria indenização, ainda que não tenha configurado efetivamente um dano, pois o objetivo é justamente evitar o evento danoso. Trata-se de uma quebra de modelos necessária diante deste novo contexto social e que não se resolverá, como bem coloca o Professor Marcos Ehrhardt Júnior[56], com proposições simplistas.

2 Breve histórico do instituto da responsabilidade civil

2.1 Evolução da Responsabilidade civil no Brasil:

No Brasil, até meados do século XX, o instituto da responsabilidade civil era bastante simplório. Resumia-se basicamente em um artigo cujo domínio da matéria se limitava a obrigar o agente responsável pelo dano a ressarcir os prejuízos causados apenas quando comprovado a sua culpa, visto que no Código de 1916, em decorrência da influência da Escola de Direito Natural e de outros códigos modernos, a responsabilidade tinha como fundamento último a culpa, sendo, portanto, esta a grande estrela da responsabilidade civil[57].

O sistema subjetivista de cunho eminentemente patrimonialista se preocupava apenas em sancionar a conduta culpável do agente causador da violação do direito, e não em reparar o dano. Existia uma dificuldade da vítima em provar a ação culposa e o nexo de causalidade, uma vez que sobre ela recaia o ônus probatório, de modo que apenas topicamente, como bem assevera Cavalieri,

---

[55] Sobre a aplicação da função preventiva na responsabilidade civil por danos ambientais, Thiago Silva Braga ressalta que: "Necessariamente associada ao princípio da precaução apresenta-se o princípio da prevenção, como instrumento da justiça ambiental e do direito ambiental". BRAGA, Thiago Silva. *Responsabilidade ambiental*: os mecanismos do Direito na reparação dos danos e preservação do meio ambiente. Disponível em: < http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_2/thiago_braga.pdf> Acesso em: 23 de Mar, 2017, fl. 09.

[56] EHRHARDT Jr., Marcos. *A Nova Ordem das Relações Privadas dentro de uma Perspectiva Civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos*. *In:* Revista Trimestral de Direito Civil/RTDC, Rio de Janeiro, vol.52, ano 13, p.99-119, out/dez, 2012, fls. 111.

[57] NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. *In*: Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. V.19, n. 37. Dez, 1998. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533> Data de acesso: 21 Set, 2016, fls. 03.

e por meio de leis esparsas, o Código Civil de 1916 admitia a culpa presumida e a responsabilidade objetiva[58].

Não é necessário reafirmar que, a responsabilidade subjetiva com base na culpa provada se tornou, não só em razão da evolução das relações sociais, como também diante de situações simples, insuficiente, visto que o sistema tradicional da culpa se mostrava cada vez mais incapaz de responder problemas singelos, como dano decorrente de atividade de risco ou o dano causado pelo fato de outrem, pois era bem verdade que a "teoria tradicional da responsabilidade repousava manifestamente em bases muito estreitas" [59].

A evolução da responsabilidade civil acompanhou as mudanças sociais, de modo que, completando o desenvolvimento encabeçado pela CF/88, veio, em 2002, a constitucionalização do direito privado com o novo Código Civil, o qual ampliou consideravelmente o rol de parcelas indenizáveis pelo instituto da responsabilidade civil, mediante a inserção de cláusulas gerais de responsabilidade objetiva, de modo que tal codificação inaugurou um verdadeiro marco teórico civil-constitucional. Com a promulgação da Carta de 1988, a temática da responsabilidade civil passou a ter status constitucional, de modo que tal instituto obteve uma aplicação e uma abrangência muito maior. Isso foi de suma importância, visto que foi a partir dessas referências expressas que o fenômeno da coletivização, como bem asseverou Fernando Noronha, marcou o declínio da responsabilidade individual para a objetivação do instituto[60].

Assistiu-se, com a constitucionalização do direito privado e a adoção de um modelo solidarista, a uma quebra de paradigmas: da responsabilidade subjetiva que reparava danos meramente individuais e pecuniários, para uma responsabilidade objetiva voltada para a socialização dos riscos, como também para a reparação de todo e qualquer dano, ainda que não patrimonial. Isso porque o princípio constitucional da solidariedade[61], que fundamenta o princípio da precaução no âmbito da responsabilidade civil preventiva, irradia o dever jurídico de colaboração social, de modo que todos os indivíduos têm a obrigação de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Não se pode, portanto, interpretar o instituto da responsabilidade civil sem constitucionalizá-lo com os princípios da dignidade, da igualdade e da solidariedade.

2.2 Conceito de Responsabilidade Civil:

Aguiar Dias[62] afirmava que toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Com isso, queria o autor demonstrar a dificuldade em se conceituar a responsabilidade civil, visto que além da palavra possuir um sentido polissêmico, é cambiante a realidade social. E continua o ilustre jurista: a responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social, razão pela qual não existe uma formula imutável.

---

[58] CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12°.ed.rev.e.amp.São Paulo: Atlas, 2015, fls. 39.
[59] DIAS, José de Aguiar. *Op. Cit.*, fls. 52.
[60] NORONHA, Fernando. *Op.cit.*, fls.06.
[61] Art. 3°. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I. Construir uma sociedade livre, justa e solidária. [...]
BRASIL Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Data de Acesso: 20 Out, 2016.
[62] DIAS, *op.cit*, fls. 18.

Definir um conceito para a responsabilidade civil é uma tarefa árdua, uma vez que, diante da polissemia de seu significado, bem como da sua abrangência, é arriscado delimitar tal instituto. Não é, senão, por isso, a dificuldade da doutrina, a qual não é muito homogênea na caracterização. Rui Stoco[63], em seu Tratado de Responsabilidade Civil, define o instituto, após uma análise de vários posicionamentos, como a retratação de um conflito. Explica que a responsabilidade é sempre uma consequência, ou seja, um dever jurídico sucessivo, que depende sempre de uma obrigação antecedente.

Percebe-se que, com respaldo doutrinário, muitos estudiosos reproduzem a máxima de que "só há responsabilidade civil quando houver a violação de um dever jurídico e um consequente dano" [64], sem atentar para a realidade social e a urgente necessidade de elaborar novos critérios para o referido instituto. Todavia, como bem ressalta Marcos Ehrhardt[65], a responsabilidade, enquanto instrumento para proteção de direitos fundamentais, num contexto de pluralidade de fontes normativas, não pode se limitar ao binômio dano-reparação.

Assim, não há dúvidas que a responsabilidade civil é um instituto em constante transformação e evolução. E estudar a possibilidade de responsabilizar pela inobservância do princípio da precaução e da prevenção é o desafio do presente trabalho.

3 Responsabilidade em sua função preventiva: Novo paradigma da responsabilidade civil

3.1 Surgimento dos Princípios da Precaução e da Prevenção

A era pós-moderna assiste uma ascensão de novos danos gigantesca, de modo que a precaução é a melhor arma frente aos riscos potenciais decorrentes das novas tecnologias e que podem gerar um dano grave e irreparável a direitos materialmente importantes, sem, obviamente, qualquer demérito da função reparatória clássica da responsabilidade civil.

Apesar de estar presente já há algum tempo na filosofia, na ética, na economia, na medicina e na sociologia, o princípio da precaução é bastante novo no seara jurídico, de modo que, mesmo seu nascimento advindo de uma concepção puramente filosófica, atualmente assiste o seu desenvolver na positivação de normas jurídicas cujo objetivo é evitar danos graves e irreversíveis.

Teresa Ancona Lopez aduz que o princípio da precaução apareceu na contemporaneidade em meados da década de 1970, positivado no direito Alemão, com o objetivo de proteger o meio ambiente, de modo que a "noção de precaução como medida preventiva dos riscos potenciais ou hipotéticos da sociedade contemporânea é, portanto, recente" [66]. Também Eder Torres e Fermin Roland Schramm[67] afirmam que o princípio da precaução surgiu na Alemanha, com a Lei do Ar

---

[63] STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 8°ed. Rio de Janeiro: Editora dos Tribunais, 2014, fls. 155.

[64] HUSID, Leonardo. *A Responsabilidade Civil:* uma abordagem sob perspectivas históricas e jurídicas. CAPES. *In*: Terci, vol. 3, n° 1, jan/jun, 2014.

[65] EHRHARDT Jr., Marcos. *Op.cit*., fls. 112.

[66] LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: QuartierLatin, 2010, fls. 97.

[67] De acordo com os autores: A precaução foi alçada a princípio do direito positivo com a criação do *Vorsorgeprinzip* (princípio da previsão, em alemão) na Lei do Ar Limpo, em 1974, na Alemanha. Na década de 1980, o princípio foi disseminado por toda Europa do Norte e, posteriormente, passou a fazer parte da agenda política global de proteção ambiental, encontrando sua maior expressão na *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente*

Limpo, em 1974. Entretanto, María Isabel Troncoso[68] ressalta que o princípio foi tratado pioneiramente pelos países nórdicos, como se pode observar na declaração ministerial da segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do mar do Norte de 1987.

A França introduziu o princípio da precaução em seu ordenamento jurídico em meados da década de 1990, com a promulgação da Lei Barnier, e, em fevereiro de 2005, o referido princípio foi positivado, com aplicação no seara do meio ambiente, ao nível mais elevado das normas jurídicas, qual seja, na Constituição francesa[69].

No Brasil, a consagração deste princípio somente ocorre com a Declaração ECO 92[70], no Rio de Janeiro, que em seu princípio n°15 assegura que "de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades", de modo que "quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não dever ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental".

Além desta positivação do princípio da precaução, há fundamentos extraídos também no plano constitucional, sobretudo no artigo 3°, inciso I, no artigo 5°, caput, bem como no art. 6°, que estabelece a segurança como um direito social, e o art. 225, §1º, inciso V, da Constituição de 1988. Também no direito infraconstitucional percebe-se a presença do princípio da precaução, como exemplo, o Código de Defesa do Consumidor que prevê expressamente a obrigação geral de segurança e o próprio Código Civil em seu art. 12. Do mesmo modo, merecem menções a lei n° 6.453/1977, a qual dispõe sobre a responsabilidade em atividades nucleares, bem como a Lei nº 9.605/98 [71], especificadamente seu art. 54, §3º, que penaliza criminalmente quem deixar de adotar medidas precaucionais exigidas pelo Poder Público. Destaca-se, ainda, a tutela inibitória prevista no Novo Código de Processo Civil que pode ser uma útil ferramenta para a concretização da responsabilidade preventiva.

Já na Espanha, o referido princípio aparece em 1998 com a Declaração de Wingspread, publicada e intitulada com o nome "O princípio da precaução diante de incerteza científica", em que ressaltou para a necessidade de "tomar-se medidas precaucionais mesmo quando não houver sido cientificamente determinada em sua totalidade a possível relação de causa e efeito" [72].

Dos países da América Latina analisados, o Peru e a Colômbia ainda não positivaram a responsabilidade preventiva. Por outro lado, o novo Código Civil Argentino, promulgado em 2014, traz expressamente, em seus arts. 1.708, 1.710 e 1.711[73], a responsabilidade civil preventiva como forma de evitar a ocorrência de qualquer dano que possa lesar direitos fundamentais.

---

e Desenvolvimento de 1992. TORRES, Eder; SCHRAMM, Fermin Roland. *Princípio de Precaução e Nanotecnociências*. *In*: Revista Bióet, fls. 244-255, 2015, fl. 247.

[68] TRONCOSO, María Isabel. *El principio de precaución y la responsabilidad civil.* CAPES. Revista de Derecho Privado, n°18, p. 205/220, oct/feb, 2010, fls. 205. Do original: "[…]sin embargo, el principio es invocado por primera vez por los países nórdicos".

[69] *Idem*, fls. 208.

[70] ONU. *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*, ECO 1992. Disponível em: < http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> Data de Acesso: 11 Out, 2016.

[71] BRASIL. Lei n° 9.605 de 1998. *Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 30 mar, 2017.

[72] LOPEZ, Teresa Ancona. *Op.cit*. fls. 101, *et seq.*

[73] SECCION 2ª Función preventiva y punición excesiva: ARTÍCULO 1708. Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación. ARTICULO 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las

Percebe-se que, em razão da sociedade contemporânea experimentar os mais diversos riscos, o referido princípio tem se tornado importante meio regulatório das atividades científicas e tecnológicas, tendo germinado não só no direito ambiental, como também no direito do consumidor, no direito sanitário, no direito alimentar, no direito médico e hospitalar. Isso porque, segundo María Isabel Troncoso, "este princípio aparece no sistema legal para, mediante o questionamento das novas tecnologias e produtos, evitar danos com consequências irremediáveis" [74].

3.2 Conceito do Princípio da Precaução e prevenção:

Tereza Ancona Lopez conceitua o princípio da precaução como "aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreparáveis e sobre os quais não há certeza científica" e continua alegando que "esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza" [75].

Os autores Eder Torres e Fermin Roland Schramm[76] diferenciam os princípios da precaução e da prevenção da seguinte maneira:

> A prevenção é aplicada a atividades em que o dano é crível (certeza científica), iminente ou em andamento, ao passo que a precaução é invocada quando há incerteza da ocorrência do dano ou há conhecimento parcial entre causa e efeito. A medida preventiva pode ocorrer antes ou após a atividade considerada perigosa, evitando, reduzindo ou eliminando o dano. Na precaução, o momento da atuação é sempre anterior ao fato.

Na mesma linha de interpretação, María Isabel Troncoso[77], citando Geneviève Viney, resume a diferença entre precaução e prevenção como, respectivamente, risco potencial e risco comprovado, de modo que, na prática, o princípio da precaução pode ser entendido, ainda, como a prolongação dos métodos de prevenção aplicados aos riscos incertos. A doutrina de Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto[78], por sua vez, afirma ser a distinção entre prevenção e precaução pautada na acepção de risco e incerteza, de modo que o esquema tradicional de responsabilização delimitada por um nexo relacional de causa e efeito se torna inviável. Com efeito, a função preventiva da responsabilidade civil busca evitar danos e antecipar-se a eles, uma vez que a reparação posterior não mais satisfaz a sociedade.

Percebe-se, portanto, que a multiplicação de riscos se justifica porque "a sociedade contemporânea é caracterizada pela ubiquidade do medo e dos riscos e isso reflete na

---

reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo. ARTICULO 1711. Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. ARGENTINA. *Codigo Civil y comercial de la nación argentina*. Ley 26.994 de 2014. Disponível em: < http://www.cronista.com/economiapolitica/Texto-completo-del-nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-20141002-0084.html> Data de acesso: 20 Fev, 2017.

[74] TRONCOSO, María Isabel. *Op.cit.*, fls. 207. No original: "este principio aparece en el sistema legal para, mediante el cuestionamiento de las nuevas tecnologías y productos, evitar daños cuyas consecuencias no sería posible remediar".

[75] LOPEZ, *Op.cit., loc.cit.*, fls. 103.

[76] TORRES, Eder; SCHRAMM, Fermin Roland. *Princípio de Precaução e Nanotecnociências*. *In*: Revista Bióet, fls. 244-255, 2015, fl. 247.

[77] TRONCOSO, María Isabel. *Op.cit.*, fls. 209.

[78] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.* fls. 72

responsabilidade civil" [79]. Por isso, "sempre que estivermos diante da incerteza sobre danos possíveis, o princípio da precaução deverá atuar como instrumento de gerenciamento dessa incerteza" [80], uma vez que tal princípio consiste em adotar medidas antecipatórias que evitem o dano.

3.2.1 Natureza Jurídica dos Princípios da Prevenção e da Precaução

Teresa Ancona Lopez, ao tratar da natureza jurídica do princípio da precaução, ressalta que tal princípio não é um modelo geral de comportamento trazido da ética social pelo direito também chamado de *Standards*. Para a jurista, a natureza é de princípio jurídico "que tenta realizar os valores do *naeminem laedere*, da prudência e da segurança e estabelece diretrizes normativas no sentido de evitar os danos, apreciando os riscos possíveis para que o pior não aconteça individual e socialmente" [81].

Não se trata de aplicar o princípio da precaução em todo e qualquer causo. Exige-se razoabilidade e proporcionalidade, bem como o cuidado em observar se a situação no tempo e no espaço em que se apresenta exige que se tomem medidas de precaução ou não. Dito isto, percebe-se que por ser uma norma jurídica, o princípio da precaução, se não aplicado quando necessário, faz atuar a força coercitiva do Direito sancionando com reparações ou outras medidas aqueles que faltaram em prevenir ou evitar o dano[82].

Não há como negar que a prevenção e a precaução sempre estiveram presentes na conduta humana. Não é, senão, por acaso a lição que se extrai do famoso ditado popular que prediz "é melhor prevenir do que remediar". Todavia, esta precaução intuitiva não é suficiente – e nem poderia ser – diante dos avanços científicos, tecnológicos e dos novos riscos e danos, sendo, portanto, a prevenção o maior desafio da responsabilidade civil[83].

3.2.2 Fundamentos jurídicos do princípio da precaução e da prevenção

Os fundamentos que embasam o princípio da precaução, no plano constitucional, estão presentes no artigo 3°, inciso I, da Constituição Federal de 1988 que prediz ser fundamento da república brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como no artigo 5°, *caput*, também da carta magna de 1988, que assevera ser todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e no art. 6°, o qual estabelece a segurança como um direito social.

---

[79] MASTRO, André Menezes del. *A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol.110, p. 765-817, jan/dez, 2015. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511/113092> Acesso em: 30 Mar, 2017, fl.770.
[80] LOPEZ, Teresa Ancona. *Op.cit*. fls.98.
[81] *Idem*, fls. 95.
[82] *Ibidem*, fls. 96.
[83] CAVALIERI FILHO, Op.cit., fls. 10.

Keila Pacheco Ferreira[84], em sua tese de doutorado, ao elencar os fundamentos da tutela preventiva da responsabilidade civil menciona que:

> O princípio da prevenção, no âmbito da responsabilidade civil, é observado tanto na inafastabilidade do Poder Judiciário para evitar lesão ou ameaça de direitos (art. 5°, inciso XXV, CF/88), bem como nos direitos da personalidade (art. 12, CC), e ainda, nos microssistemas de tutela aos vulneráveis (CDC e outros), sendo caracterizado pelos riscos certos, de potencial efeito danoso, para evitar lesão ao interesse juridicamente tutelável.

No mesmo sentido é André Menezes del Mastro, para quem o princípio da solidariedade figura como um dos objetivos da República (art. 3º, I, da CF), de modo que "este princípio surge como orientação da interpretação das normas jurídicas e para garantir que os danos não fiquem impunes, compreendendo a responsabilidade civil" [85].

De fato, a Constituição Federal brasileira erigiu um sistema solidarista, de modo a garantir a proteção dos direitos fundamentais, inclusive, mediante o uso dos institutos de direito privado. Na mesma linha interpretativa, Teresa Ancona ressalta a solidariedade e a segurança como pilares do princípio da precaução, uma vez que este tem como objetivo primordial garantir a segurança individual e social a partir da gestão de riscos que se vierem a se configurar, causarão danos graves e irreparáveis. Por este motivo, afirma a autora que o "princípio da precaução vai desenvolver o princípio da segurança" [86].

No direito infraconstitucional, extraem-se os fundamentos para o princípio da precaução do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê expressamente a obrigação geral de segurança, bem como a lei n° 6.453/1977 que dispõe sobre a responsabilidade em atividades nucleares e o artigo 15 da Carta do Rio de 1992, o qual exprime quando o princípio em questão deve ser utilizado. Fundamenta-se, também, como base em outros princípios, como o princípio da segurança, da solidariedade, da ética social, do respeito à a saúde, à vida, da função social da propriedade e dos contratos, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade substancial, entre outros.

É, portanto, em virtude dessas injunções que "se delineiam os novos rumos da responsabilidade civil e que se desperta para analisar o impacto do risco de desenvolvimento no âmbito da reparação de danos" [87].

---

[84] FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva*: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014, fl. 332.

[85] MASTRO, André Menezes del. *Op.cit.* fl. 774.

[86] LOPEZ, Teresa Ancona. *Op.cit.* fls. 116.

[87] MENEZES, Joyceane Bezerra de; COELHO, José Martônio Alves; BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. *A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos*. CAPES. *In:* Scientia Iuris, Londrina, v.15, n.1, p.29-50, jun, 2010, fls. 36.

3.3 Novos parâmetros para o dever de indenizar

3.3.1 A falibilidade dos pressupostos clássicos e a necessidade de se evitar a ocorrência de lesões aos direitos de personalidade

É certo que o viés exclusivamente patrimonialista da responsabilidade civil clássica sofreu uma guinada com a constitucionalização do direito privado, uma vez que se torna indispensável a associação dos institutos e dos conceitos tradicionais com a proteção da pessoa humana.

Os novos valores e direitos imbuídos na Constituição Federal de 1988 exigem uma ressignificação da responsabilidade civil, pois, como bem observa Marcos Ehrhardt Júnior, os paradigmas do modelo tradicional desse instituto, frente às consequências das novas tecnologias e reclames sociais, são insuficientes, o que requer da doutrina e da jurisprudência uma nova racionalidade jurídica[88].

Por ser, de certa forma, uma quebra de paradigmas, visto que até a promulgação da Constituição de 1988 havia muita resistência em se admitir indenizações por danos não patrimoniais, também chamados de danos morais ou extrapatrimoniais, pode-se afirmar que a positivação dos direitos da personalidade e dos danos morais no texto constitucional consagrou uma verdadeira evolução na dogmática civilística, uma vez que passou a se exigir uma compensação pecuniária de uma lesão jurídica dissociada de prejuízo econômico-patrimonial. Admitir a existência de dano extrapatrimonial, que até um passado recente era totalmente ignorado e impossível de ser indenizado, é um avanço devido ao significativo desenvolvimento do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Não é, senão, por isso, que Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto sustentam que "aproximar o modelo jurídico do dano moral com o princípio da dignidade da pessoa humana é um exercício indispensável para todos que verdadeiramente queiram construir um direito civil constitucional" [89].

Todavia, apesar de estar expressamente positivado no Brasil desde 1988 e reafirmado no Código Civil de 2002, o dano moral não possui um conceito legal, de modo que sua definição é realizada fundamentalmente pela doutrina e jurisprudência, tendo, por tal motivo, uma definição variante de jurista para jurista.

Nesta perspectiva, bem observou Cavalieri Filho ao afirmar que "em tema de dano moral a questão que se coloca atualmente não é mais a de saber se ele é ou não indenizável, nem, ainda, se pode ou não ser cumulado com o dano material, mas, sim, o que venha a ser o próprio dano moral" [90].

---

[88] EHRHARDT Jr, Marcos. Op.cit., fls. 100.
[89] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.* fls. 298.
[90] CAVALIERI FILHO, *Op.cit.*, fls. 116.

3.4 Dano extrapatrimonial como lesão a direito da personalidade

No Brasil, Paulo Lôbo[91] foi quem pioneiramente conceituou dano moral como sendo qualquer violação a um direito de personalidade, sendo tal definição bem recebida na comunidade acadêmica. A afirmação do ilustre jurista se baseia na estreita relação desses direitos com o dano extrapatrimonial, haja vista que "os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontram excelente campo de aplicação nos danos morais, que têm a mesma natureza não patrimonial" [92].

Lôbo menciona, ainda, como forma de solucionar possíveis lacunas da legislação na descrição do rol referente aos direitos de personalidade, uma cláusula geral de tutela da personalidade que se encontra prevista no art. 1°, inciso III da CF/88, como fundamento da República Brasileira, que é o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, "o recurso à cláusula geral ou ao princípio fundamental dispensa a identificação dos direitos de personalidade" [93], solução dada para evitar que a tutela dos referidos direitos se engessasse com o passar do tempo e deixasse futuros direitos da personalidade desprotegidos.

Fernando Noronha aproximou o conceito de dano extrapatrimonial, comumente chamado de dano moral, com a tese de Lôbo, e definiu tal dano, ainda no final da década de 1990, como sendo lesões que atingem valores de ordem corporal, espiritual ou moral, tendo, ainda, o cuidado de ressaltar que os referidos danos não se indenizam propriamente, apenas se compensam pecuniariamente[94].

Também Rui Stoco parece concordar com Lôbo ao afirmar que o dano moral "corresponde à ofensa causada à pessoa a parte *subjecti*, ou seja, atingindo bens e valores de ordem interna ou anímica, como a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a privacidade, enfim, todos os atributos da personalidade" [95]. Igualmente conceitua Flávio Tartuce para quem o "dano moral constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, como, por exemplo, à liberdade, à opção sexual, à opção religiosa, entre outros" [96].

Do mesmo modo define Cavalieri Filho[97]: dano moral é a violação de algum direito ou atributo da personalidade. Na mesma linha de raciocínio encontram-se Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, para os quais o dano extrapatrimonial decorre da lesão dos direitos inatos à condição do homem, de modo que "a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos, a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade" [98].

Ressalta-se que a teoria de Lôbo foi bem aceita porque se manteve atual ao estabelecer um rol meramente enunciativo que deriva de uma cláusula geral aberta, de modo que o reconhecimento de uma cláusula geral promove, de forma efetiva, a tutela de direitos de personalidade ainda não reconhecidos socialmente, mas que poderão surgir no futuro em decorrência da constante evolução

[91] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4445>. Acesso em: 20 Out, 2016, fls. 05.
[92] *Idem*, fls. 01.
[93] *Ibidem*, fls. 03.
[94] NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. *In*: Sequência: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. V.19, n. 37. Dez, 1998. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533> Data de acesso: 21 Set, 2016, fls. 07.
[95] STOCO, Rui. Op.cit., fls. 177.
[96] TARTUCE, Flávio. Op.cit., fls. 425.
[97] CAVALIERI FILHO, *Op.cit*., fls. 119.
[98] GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op.cit., fls. 88.

humana. Todavia, como já mencionado, não é um conceito instável, razão pela qual há quem discorde de tal teoria [99].

De todo modo, é certo que o dano moral não se confunde com a raiva, a dor, o desespero ou a aflição, apesar de ser essa a fundamentação dada inicialmente por alguns juristas ainda habituados com a lógica patrimonialista e, infelizmente, ainda encontrada em alguns julgados pelo país [100]. Pelo contrário, tais sensações são apenas as consequências e não a configuração em si do dano moral, que, diga-se de passagem, não se indenizam, apenas são compensados pecuniariamente.

Mas a questão vai muito além da conceituação do dano moral já que uma coisa é certa: trata-se de lesão cujo ressarcimento não devolve o *status quo* e, em muitos casos, a compensação é insuficiente diante do dano causado. Razão pela qual convém repensar, independentemente do conceito de danos morais que se adote, se a responsabilidade civil atual, eminentemente repressiva e reparatória, atende as necessidades da sociedade contemporânea e aos valores imbuídos no Código Civil com a constitucionalização do direito privado.

No mais, o interessante de se adotar a sistemática de Paulo Lôbo é que o Código Civil de 2002, em seu art. 12[101], admite tanto a proteção repressiva quanto a preventiva, esta última sendo utilizada como forma de evitar a concretização da ameaça de lesão ao direito de personalidade, razão pela qual não vemos obstáculos, com base nos princípios da prevenção e da precaução, da pessoa que estiver na iminência de sofrer um dano concreto, em qualquer de seus direitos de personalidade, ajuizar uma ação requerendo medidas preventivas e reparação pela ameaça sofrida em razão do descumprimento do dever de segurança imbuído na Constituição Federal.

---

[99] Chaves, Rosenvald e Peixoto, por exemplo, criticam a presunção da ocorrência do dano moral pela simples alegação de ofensa a dignidade da pessoa humana e conceituam o dano moral como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op.cit.,* fls. 301.

Em sentido semelhante encontra-se a doutrina de Anderson Schreiber, que, por apresentar a mesma preocupação dos juristas acima mencionados, define o dano extrapatrimonial como lesão a um interesse tutelado cujo objeto da violação deverá ser investigado em cada caso a fim de se analisar o cabimento ou não da demanda compensatória. Muito embora admita que "a definição do dano moral como lesão a atributo da personalidade tem a extrema vantagem de se concentrar sobre o objeto atingido (o interesse lesado), e não sobre as consequências emocionais, subjetivas e eventuais da lesão". SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade.* 2.ed.rev.atual. São Paulo: Atlas, 2013, fls. 17.

[100] Recentemente o STF negou seguimento a agravo, em sede de Recurso Extraordinário contra julgado da Turma Recursal dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, que manteve a seguinte decisão monocrática em face de um consumidor que comprou um aparelho celular e, ao abrir a caixa na frente de sua família, percebeu a existência de uma pedra no lugar do aparelho: [...] Compulsando os autos, verifica-se que da análise do conjunto probatório dos autos conclui-se que não há como reconhecer-se a veracidade da versão apresentada pela parte autora, eis que não ficou demonstrado que o mesmo tenha sofrido constrangimento passível de ensejar o arbitramento de danos morais. [...] Ademais, o autor recebeu a "pedra" em casa, não ficando demonstrado o sofrimento de qualquer constrangimento em relação a terceiro, pois não se trata de lugar público. Conforme entendimento do Jurista Sérgio Cavalieri Filho: "(...) só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem estar. Dessa forma, verifica-se que para a configuração do dano moral não basta o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão gerada por ele, isto é, o efetivo dano causado à dignidade do indivíduo. Assim, não restou comprovado pela parte autora o sofrimento de dano dessa natureza. Pelo exposto, julgo improcedentes os pedidos autorais, nos termos do artigo 269, I, do CPC" (fls. 62-63). STF - ARE: 941164 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 14/03/2016.

[101] Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. BRASIL. Lei n° 10.406 de 2002. *Institui o Código Civil.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Data de Acesso: 20 Out, 2016.

3.4.1 Possíveis formas de atuação da Responsabilidade Preventiva

A responsabilidade civil preventiva, assim como ocorre com a subjetiva e a objetiva, possui limites, demarcações, âmbitos de atuação. Não se propõe uma aplicação para todo e qualquer bem ameaçado, mas somente para aqueles cuja reparação seja impossível. Não é, senão, por isso, que Teresa Ancona Lopez[102] aduz que as técnicas de gerenciamento dos riscos, desde que esses sejam detectados, devem ser as apropriadas para cada tipo de ameaça.

Preocupada com essa interpretação errônea da aplicação dos princípios da precaução em um ambiente de riscos e perigos concretos e incertos, Teresa Lopez traduziu os critérios de aplicação das medidas de precaução adotados pelos autores estrangeiros, concluindo que todo risco deve ser definido, avaliado e graduado, de modo que a análise dos riscos deve comparar os diversos cenários da ação e da inação. Assim, as decisões devem, tanto quanto possível, ser revisáveis e as soluções adotadas reversíveis e proporcionadas, uma vez que sair da incerteza impõe uma obrigação de pesquisa.

É importante mencionar que no âmbito administrativo existe essa prevenção e precaução com os órgãos da ANVISA, PROCON, IBAMA, CADE. Até no direito penal, cuja tipicidade é fechada e a aplicação da lei é mais rigorosa, há a previsão de gerenciamento dos riscos nos crimes de perigo abstrato e, recentemente, também para os delitos definidos pela Lei n° 13.260 de 2016, mais conhecida como Lei antiterrorismo, que possibilita a aplicação da força estatal com base apenas em atos preparatórios como forma de se evitar a realização do dano, como se percebe de uma análise do art. 5° da referida legislação [103]. Mais uma vez, ressalta-se que as medidas de precaução devem ser tomadas na proporção da gravidade dos danos antecipados. Dito isso, a responsabilidade preventiva calcada no princípio da precaução e da prevenção atuará em três situações, quais sejam:

a) No caso do agente que não observa o princípio da precaução e da prevenção, mas que tal conduta não gera um dano: será responsabilizado pelo descumprimento de um dever geral (da precaução), podendo ser atribuído multa ou prestação de serviço comunitário, uma vez que o objetivo é induzir o agente causador do perigo a se portar de forma precavida, preventiva. Isso já ocorre no direito administrativo e, inclusive, no direito penal nos chamados crimes de perigo abstrato, que ficou mais visível com a promulgação da Lei antiterrorismo, a qual pune sem que haja necessariamente atos executórios. Não pretende esta pesquisa, com isso, pregar uma responsabilidade civil punitiva, como ocorre nos EUA com a *punitive damages*, mas sim em efetivar o disposto no art. 12 do atual Código Civil: exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, *sem prejuízo de outras sanções* previstas em lei.

b) No caso do agente que, por não observar o princípio da precaução e da prevenção, acarretou um dano a direito de outrem: o agente causador deverá, neste caso, compensar o dano sofrido pela vítima mais a sanção devida pelo descumprimento do dever da precaução.

c) No caso do agente que observa o princípio da precaução, mas que mesmo assim o dano ocorre: apenas indenizará a vítima pelo dano sofrido, pois o dever de ressarcir não é isento pelo simples fato de ter se adotado o princípio da precaução. Aqui se aplicaria normalmente a

[102] LOPEZ, Teresa Ancona. *Op.cit.*, fls. 125.

[103] Art. 5°. Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumar tal delito. BRASIL. Lei n° 13.260 de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5° da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2015-2018/2016/lei/l13260.htm.> Data de Acesso: 03 Nov, 2016.

responsabilidade objetiva ou subjetiva, a depender do caso. Ressalta-se que a atribuição da culpa pela falta de prevenção será objetiva, ou seja, mediante comportamentos e não intenções, devendo, portanto, o gestor provar que agiu com cuidado.

Percebe-se, assim, que o instituto da responsabilidade civil passa por uma evolução sem precedentes. Contudo, essa função preventiva da responsabilidade civil enseja muitas críticas. Isso porque, de um lado a responsabilidade preventiva traz novamente o elemento culpa para o palco, tido nos últimos anos como dispensável em diversos casos solucionados pela teoria objetiva, ao mesmo tempo há um culto a teoria do risco, extraída da responsabilidade objetiva. Somam-se a isso os argumentos de que os princípios da precaução e da prevenção trazem uma superestimação de riscos. Com essa fundamentação, afirmam os críticos que a aplicação desses princípios causaria uma elevação desnecessária de gastos com medidas de proteção e certamente seria um empecilho para o progresso tecnológico e científico [104].

Todavia, perante os novos danos e os inúmeros perigos trazidos com a sociedade de incerteza da era pós-contemporânea, será que é absurda a concepção de uma responsabilidade civil sem dano?

4 Considerações finais

Diante do exposto, não resta dúvidas de que a sociedade contemporânea encontra-se diante de uma desconsideração dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil e que a possibilidade de se ajuizar indenizações com base na violação do dever de segurança poderá vir a fortalecer condutas calcadas na boa-fé, no cuidado e, sobretudo, na precaução, o que além de assegurar uma proteção maior a pessoa humana, também reduziria a crescente indústria de danos e consagraria o modelo solidarista previsto na Constituição de 1988.

Ressalta-se que com a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução não se está exigindo absurdos aleatórios sem fundamentação ou rigor científico. Pelo contrário, a responsabilidade preventiva requer a observância de requisitos e se fundamenta no direito à segurança, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade, normas principiológicas previstas na Constituição Federal. Fundamenta-se, também, no art. 12 do atual Código Civil que expressamente prevê uma responsabilidade preventiva, muito embora a doutrina brasileira ignore tal comando normativo, e tem como espelho a positiva aplicação da tutela preventiva no âmbito do direito ambiental. Por último, poder-se-ia fundamentar, ainda, no princípio do *neminem laedere* que, quando traduzido, significa a exigência de preservação da esfera jurídica de cada pessoa.

---

[104] Nas palavras dos autores: "Outro ponto de discussão refere-se à forma de aplicação do princípio – banimento, paralisação, revisão ou substituição da atividade em pauta – e às suas implicações bioéticas. De um lado, defensores do princípio de precaução o invocam quando consideram que as atividades ameaçam de forma grave ou irreversível o meio ambiente ou a saúde humana, mesmo quando há incerteza científica na conexão entre a causa e o efeito. Essa posição é coerente com os princípios bioéticos da dignidade humana e dos direitos humanos, da ponderação benefício-dano, bem como da proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade. De outro lado, críticos de tal princípio argumentam que sua aplicação, por se basear na incerteza presente no nexo de causalidade entre a ação (pesquisa científica, por exemplo) e os seus resultados (produtos das pesquisas científicas, por exemplo), atrasaria o desenvolvimento científico-tecnológico. Com efeito, entre as finalidades da ciência e da tecnologia estão a melhoria da saúde humana, o desenvolvimento social e a proteção do meio ambiente... Mas, por ser vago e impreciso, e não indicar que tipo de ação introduzir ou não, tal princípio não poderia servir de guia nas tomadas de decisão". TORRES, Eder; SCHRAMM, Fermin Roland. *Op.cit.* fl. 245.

Percebe-se, entretanto, que dentro da perspectiva tradicional é impossível se cogitar uma responsabilidade civil sem dano, haja vista que o apego arreigado aos pressupostos clássicos demonstra um instituto ainda fortemente calcado na ideia da reparação como única finalidade. Todavia, é importante ter em mente que o Direito civil-constitucional exige exatamente esta ressignificação de institutos e conceitos para atender a uma sociedade em mudanças.

Desta forma, não se pretende, com a instituição da responsabilidade civil preventiva, erradicar do instituto a sua função e finalidade central que é a reparação integral dos danos causados. Ressalta-se, porém, que a necessidade social de não permitir que dano nenhum ficasse sem reparação fez com que a responsabilidade civil extracontratual subjetiva evoluísse para uma ótica objetiva e mais, para que abarcasse danos extrapatrimoniais e também coletivos. A revolução cientifica e tecnológica trouxe novos riscos, de modo que nem sempre o seguro de responsabilidade garantirá a melhor reparação dos danos sofridos pela vítima e, consequentemente, pela sociedade, ainda que o responsável seja chamado a indenizar, razão pela qual este trabalho propõe uma responsabilização preventiva.

O foco não é a compensação posterior ao dano, mas evitar ao máximo que os indivíduos sofram qualquer espécie de lesão oriunda desses novos eventos danosos, de modo que, como bem assinalou o Professor Marcos Ehrhardt Júnior[105], os parâmetros tradicionais que serviam de pressupostos de configuração do dever de indenizar precisam ser repensados.

E urgentemente.

Referências:

ARGENTINA. *Codigo Civil y comercial de la nación argentina*. Ley 26.994 de 2014. Disponível em: < http://www.cronista.com/economiapolitica/Texto-completo-del-nuevo-Codigo-Civil-y-Comercial-20141002-0084.html> Data de acesso: 20 Fev, 2017.

BRANCO, Maurício de Melo Teixeira; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga. Fundamentação material dos direitos fundamentais na contemporaneidade. In: *Revista Trimestral de Direito Civil/RTDC*, Rio de Janeiro, vol. 45, ano 12, p. 63/89, jan/mar, 2011.

BRASIL *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Data de Acesso: 20 Out, 2016.

BRASIL. *Lei n° 8.078 de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acesso em: 22 Mar, 2017.

BRASIL. *Lei n° 9.605 de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 30 Mar, 2017.

BRASIL. *Lei n° 10.406 de 2002.* Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Data de Acesso: 20 Out, 2016.

[105] EHRHARDT Jr., Marcos. Op.cit., fls. 111.

BRASIL. *Lei n° 13.260* de 2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5° da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato 2015-2018/2016/lei/l13260.htm.> Data de Acesso: 03 Nov, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12°.ed.rev.e.amp.São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12°ed.rev.atual. Aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

EHRHARDT Jr., Marcos. A Nova Ordem das Relações Privadas dentro de uma Perspectiva Civil-constitucional e a inadequação do modelo tradicional no estudo do direito de danos. In: *Revista Trimestral de Direito* Civil/RTDC, Rio de Janeiro, vol.52, ano 13, p.99-119, out/dez, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de Direito Civil*: Responsabilidade civil. 3.ed.rev.e.atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva*: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

FRANCIOLI, Priscila Alves Pereira. O Direito Ambiental na sociedade de riscos. In: *Revista Disc. Jurídica* Campo Mourão, v.2, n.1, p. 263-277, jul/dez, 2006.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*: Responsabilidade Civil, vl. 3, 10° ed.,rev.atual., e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

HUSID, Leonardo. A Responsabilidade Civil: uma abordagem sob perspectivas históricas e jurídicas. *CAPES*. In: Terci, vol. 3, n° 1, jan/jun, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4445>. Acesso em: 20 Out, 2016.

_____. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, ed. 2013, n. 3754. Disponível em:<http://jus.com.br/artigos/25361>. Acesso em: 30 Ago, 2016.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

MASTRO, André Menezes del. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.* Vol.110, p. 765-817, jan/dez, 2015. Disponível em: < http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115511/113092> Acesso em: 30 Mar, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; COELHO, José Martônio Alves; BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos. CAPES. In: *Scientia Iuris*, Londrina, v.15, n.1, p.29-50, jun, 2010.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. In: Sequência: *Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. V.19, n. 37, Dez, 1998. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15533> Data de acesso: 21 Set, 2016.

_____. *Responsabilidade Civil*: uma tentativa de ressistematização. In: Revista de Direito Civil. v.64/1993, p. 145-202, abr-jun, 1993.

ONU. *Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*, ECO 1992. Disponível em: < http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf> Data de Acesso: 11 Out, 2016.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2.ed.rev.atual. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 8°ed. Rio de Janeiro: Editora dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 10°.ed.rev.atual.e.amp. São Paulo: Editora Método, 2015.

TORRES, Eder; SCHRAMM, Fermin Roland. Princípio de Precaução e Nanotecnociências. In: *Revista Bióet*, p. 244-255, 2015.

TRONCOSO, María Isabel. El principio de precaución y la responsabilidad civil. CAPES. *Revista de Derecho Privado*, n°18, p. 205/220, oct/feb, 2010.

WESENDONCK, Tula. A Responsabilidade civil pelos riscos criados do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. In: *Direito e Justiça*, v. 38, n.2, p. 213-227, jul/dez, 2012.

O DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM MEDIDA DE PROTEÇÃO DE ACOLHIMENTO.

Carlos Silveira Noronha [106]
Vinicius Mauat da Silva[107]

Resumo:

Crianças e adolescentes em medida de acolhimento institucional (casas-lares ou abrigos) estão submetidas à um ambiente não familiar. Os abrigos possuem horários e rotinas rígidas e a ausência de uma estrutura familiar, afastando-se bastante de um modelo familiar. As casas-lares representam um ambiente artificialmente criado para receber crianças e adolescentes, mas como ponto positivo possuem figuras de referência permanentes (pai e\ou mãe social) e um número reduzido de crianças. Por outro lado, o acolhimento familiar insere a criança ou adolescente em uma família já estruturada, permitindo a manutenção e\ou criação de comportamentos positivos.
Palavras-Chave: convivência familiar, acolhimento, medidas de proteção.

1 Introdução

Em sua história evolutiva, que nasce no patriarcado romano e segue até a família nuclear da sociedade atual, as diferentes concepções de família guardam estreita ligação com os inúmeros cenários adotados pela sociedade ao longo das décadas, que promoveram diversas influências nos elementos constitutivos dessa c*élula mater* da sociedade, absorvendo valores e pensamentos de cada momento histórico. Como legado do direito romano, a família foi alçada ao status de unidade jurídica (GOMES, 1987, p.36).

Segundo o professor Carlos Silveira Noronha:

> E no sistema romano, sob a autoridade do pater famílias, tinha [...] uma constituição complexa, formada pela cognatio e pela agnatio, resultante a primeira, do parentesco consanguíneo, entre pais e filhos, e a segunda, sem relação de consangüinidade, emergente de um liame estabelecido pelo jus civile de pessoas que se agregavam ao pater [...].(NORONHA, 2006, P.98)

A organização familiar ocorria em torno do Princípio da Autoridade. O *pater famílias* exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte. Em relação à esta composição, Carlos Roberto Gonçalves afirma que: "podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais (GONÇALVES, 2005, p.31). Ao nascer a criança, cabia ao pai aceita-la ou não. Havendo recusa, a criança seria deixada na frente de uma casa ou em algum local público, sendo seu destino provável a morte, a escravidão ou a prostituição (ARIÈS, 2006, p. 158-159).

[106]Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
[107] Mestre em Saúde da Criança e do Adolescente pela FAMED\UFRGS. Mestrando em Direito Civil pela UFRGS. Oficial da Infância e da Juventude no Estado do Rio Grande do Sul. vmauat@gmail.com

No período pós-romano, a espiritualidade cristã – através do Direito Germânico – contribui para a visão de família, deslocando seu centro para os pais e os filhos. A visão autocrática dá lugar para um conceito que permite a democracia e a afetividade (CORREA, 2009, p.54).

Durante o período medieval, o direito Canônico exerce forte influência sobre as relações de família, obtendo êxito em definir o casamento religioso como único conhecido. As crianças eram vendidas ou doadas para famílias ricas ou apenas entregues para a Igreja. No século XV, em Florença, nascem os primeiros sinais de abandono infantil, quando um número entre 10% e 20% das crianças já batizadas foi deixada aos cuidados de instituições caritativas (GONÇALVES, 2005, p.32)

A infância ainda não era vista como uma fase merecedora de uma proteção especial, o que permitia que crianças eram entregues a estranhos até que possuíssem o mínimo de independência:

> A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental. No caso das famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo, a aldeia, a fazenda, o pátio ou a "casa" dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem ao menos tinham uma casa, eram vagabundos sem eira nem beira, verdadeiros mendigos). Nos meios mais ricos, a família se confundia com a propriedade do patrimônio, a honra do nome. A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres, e quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem ((GONÇALVES, 2005, p.32).

No final da idade média começa a surgir um olhar um pouco mais atento para a infância, sendo a criança colocada junto com seus pais e passando a existir alguma preocupação com seu futuro. .

No século XVIII surge o conceito de família moderna, com os filhos em uma posição central e a mãe no papel de socializadora da prole. O período da infância passa a ser visto como um estágio importante e merecedor de cuidados especiais (FONSECA, 2002, p.54; ARIÉS, 2006, p.76).

Na Idade Moderna, algumas cidades da Europa registraram que metade das crianças nascidas eram abandonadas (MARCILIO, 1998, p. 21-22).

O alto índice de abandonos impôs a criação de espaços de abrigamento – inicialmente hospitais e instituições – que permitiam alguma discrição, através das rodas dos expostos ou berços giratórios.

Implantada também no Brasil, as Rodas dos Expostos tratava-se de um modelo Europeu que permitia o anonimato ao depositar a criança no dispositivo[108].

Embora acreditassem estar fazendo o melhor para seus filhos, aquelas crianças precocemente institucionalizadas possuíam mínimas chances de sobrevivência (HEYWOOD,

[108] A "Roda dos Expostos" teve origem na Idade Média, na Itália. O nome "Roda" dado por extensão à casados expostos – provém do dispositivo de madeira onde se depositava o bebê. De formato cilíndrico e com uma divisória situada no meio, este mecanismo era fixado em algum muro ou janela da instituição. No tabuleiro inferior da parte externa, era depositada a criança(ainda pequena) que era enjeitada, irava a "Roda" e puxava um cordão com uma sineta para avisar à vigilante (também denominada de "Rodeira") que um bebê havia sido abandonado. A seguir, o expositor retirava-se furtivamente sem ser identificado ou reconhecido. Este dispositivo originou-se dos átrios ou vestíbulos de mosteiros e conventos da idade média, usados para evitar o contato de religiosos com o mundo externos. Na França, denominava-se "Tour", Na espanha, de ""Torno", na Itália, de "Ruota" ouo "Torno", e na Inglaterra era chamada de "Wheel". (MARCILIO, Maria Luiza. História Social da criança abandonada. 1. Ed. São Paulo: Hucitec, 1998. P. 57.)

2004). Em função da falta de investimento público, a mortalidade era elevadíssima, chegando a noventa por cento (MARCILIO, 2009, p.55).

Os primeiros bebês entregues à Santa Casa através da Roda foram criados por membros da sociedade, como gesto de benevolência (MONCORVO FILHO, 1926,p. 40). Outras crianças abandonadas não raro eram entregues à mulheres chamadas de "criadeiras", que recebiam uma quantia como reembolso pelas despesas. Quando tinham cerca de três anos, as crianças que sobreviviam eram objeto de uma reinstitucionalização, voltando para as casas de caridade, local que não oferecia nenhuma espécie de convivência comunitária e segregados em grupos (MARCILIO, 2009, p.55).

Em alguns casos, era estimulada sua permanência com as criadeiras, todavia esta prática resultou em um aumento da marginalização e da criminalidade de meninos e meninas

> Para uma criança que havia sobrevivido às extraordinárias taxas de mortalidade infantil, a saída do domicílio da criadeira certamente era vivida como uma morte social e afetiva, pois significava a destruição da única referência familiar que ela possuía. Muitos se rebelavam com a ruptura imposta pelas leis do trabalho [...] rejeitada pela mãe de leite, a criança tomava consciência de sua condição de abandonada, tornando-se instável e rebelde, indo morar nas ruas e dando origem a mais uma geração de casais miseráveis que abandonavam os próprios filhos (MARCILIO, 2009, p.55).

O advento da República no Brasil ocasionou uma mínima perspectiva para a infância, mas manteve como alternativa para o abandono a institucionalização (FÁVERO, 2001)

Por volta de 1920, o caráter repressivo adotado no trato da infância dá lugar ao movimento higienista, liderado pelos médicos, e que apontava a saúde coletiva como um dos objetivos de uma verdadeira nação.

O primeiro código de menores foi instituído em 1927. Profundamente amparado pela mensagem de que retirar crianças maltrapilhas das ruas traria mais segurança, impôs medidas de correção para menores abandonados e delinquentes. Aqueles com idade entre 0 e 10 anos passaram a ser classificados como crianças.

A adoção pelo Brasil de um modelo europeu de família nuclear, além de explicar o massacre da cultura índigena, também ajudou a sedimentar a ideia de uma família extensiva patriarcal como ideal. O código de menores de 1927 passou a permitir o controle sobre as famílias, de modo que atuava especialmente contra àquelas que não se enquadravam no modelo escolhido.

A revisão do código ocorreu em 1979, substituindo a expressão "menor" por "abandonado" e "delinquente". Foram criadas a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) e as Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor (FEBEM).O confinamento em massa de crianças e adolescentes infratores, abandonados, doentes e pobres permaneceu até o fim da década de oitenta, período marcado por diversas rebeliões em unidades das FEBEMs.

A Doutrina da Situação Irregular, adotada até então, colocava a criança e o adolescente como sujeitos de direito apenas em situações irregulares (ex.: cometimento de ato infracional e orfandade (MENDEZ, 1994, p.24). Sob esta ótica, crianças e adolescentes somente eram sujeitos de direitos - e relevantes para o Poder Público – quando visibilizados por sua "situação irregular". Os poderes legislativo, executivo e judiciário, após se manterem omissos, surgiam para sanar a "irregularidade" das crianças e adolescentes (CUSTÓDIO, 2004), dando espaço para acolhimentos em massa.

Esta institucionalização em grande escala era utilizada como uma medida de proteção contra as consequências de condições sociais e econômicas de famílias mais pobres. Desta forma, durante

muito tempo crianças e adolescentes foram afastados da convivência familiar e enviados para instituições totais, com uma disciplina extremamente rígida (RIZZINI, 1993).

A Proteção Integral vem amparada pela Doutrina das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos da Infância e da Adolescência, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Convenção das Nações Unidas Sobre Direitos da Criança (1989), Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing) (1985), Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (1990) e Regras Mínimas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1990).

Como resultado desta mudança, crianças e adolescentes passam a ser sujeitos de direitos, e a sua exposição á maus-tratos coloca seus responsáveis em situação irregular.

> Este corpo de legislação internacional modifica total e definitivamente a velha doutrina da situação irregular. Em outras oportunidades já fiz um comentário concreto e específico sobre o fato de que a doutrina da proteção integral incorpora todos os princípios fundamentais do direito à nova legislação para a infância, em forma vinculante para os países signatários. Em outras palavras, esta nova doutrina deslegitima política e sobretudo juridicamente o velho direito de "menores" colocando-o paradoxalmente em situação totalmente irregular (MENDEZ, 2000 p.32).

No Brasil, foi o advento da Constituição Federal que inaugurou o embrião de um novo modelo, impondo a atualização das legislações e uma mudança de mentalidade através da previsão de uma série de garantias. A eleva, implicando sua interpretação vinculativa e abandonando o campo retórico (CANOTILHO, 2003, P. 378-379).

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

Sobre a convivência familiar, Paulo Lobo a define como:

> [...] relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe-se o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos (LÔBO, 2010, p.68).

Logo, os laços de parentesco biológicos não são indispensáveis, mesmo que a família biológica tenha sempre a preferência (Lei 8069\90, Artt. 4º)

As medidas de proteção delineadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente ocorrerão sempre que crianças e adolescentes tiverem seus direitos ameaçados ou violados. Os responsáveis podem ser o próprio Estado ou a sociedade, ou ainda pode decorrer de conduta dos pais ou responsáveis.

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

> III - em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990)

Uma das medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente é o acolhimento institucional. A expressão abrigo, utilizado inicialmente, foi substituído através da Lei 12.010\2009 por **acolhimento institucional**.

Assim, em situações em que a permanência na família de origem seja inviável, a solução usual se traduz em uma medida protetiva e traz como resultado o acolhimento.

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
> [...] VII - acolhimento institucional
> VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar (BRASIL, 1990)

Vale ressaltar que a medida de proteção de acolhimento é extrema, cujo uso só deve ser efetivado após as demais alternativas de permanência na família se esgotarem. O afastamento de uma criança de sua família é sempre um momento difícil e complexo. É necessário ampliar e ressaltar os princípios da provisoriedade do acolhimento e da preservação dos vínculos familiares como pressupostos para todos os atores que interagem com as crianças e os adolescentes sob essa medida de proteção (OLIVEIRA, 2006, p.45).

2 O Poder Familiar

Situações que acarretam o acolhimento institucional via de regra estão ligadas ao descumprimento de deveres que envolvem o poder familiar.

No decorrer da vida, todos precisam de auxílio, em especial durante a infância e a adolescência. Como conclusão natural, a pessoa mais indicada para esta tarefa são os pais, e em sua falta um adulto capaz de desempenhar a função. O poder familiar é constituído por um conjunto de direitos e responsabilidades envolvidas na relação entre pais e filhos. Tal concepção está em constante mutação, sendo denominado inicialmente como pater famílias, possuindo o pai poder absoluto sobre a família, escravos e agregados (GOMES, 2000, p. 389).

A crescente industrialização, a globalização, o papel da mulher no mercado de trabalho e novos arranjos familiares foram essenciais para a fixação dos deveres inerentes ao poder familiar. A igualdade entre o pai e a mãe no exercício do poder familiar tornou norma constitucional, sendo adotado pelo Código Civil de 2002.

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro:

> O poder familiar pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo dos pais, o tocante à pessoa e bens dos filhos menores. Por natureza, é indelegável (MONTEIRO, 2004, p. 348).

Paulo Lobo aponta que legislações estrangeiras mais modernas têm optado pela expressão “autoridade parental”, na medida em que a palavra “poder” infere uma espécie de dominação física sobre outrem. A França a utiliza desde 1970, e o direito americano também utiliza com mais frequência esta expressão. O termo “parental” evidencia com mais precisão a relação de parentesco existente entre pais e filhos (LOBO, 2010, p. 292-293).

No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin sugere a expressão “poderes e deveres parentais” (FACHIN, 1999, p. 245-246).

Sílvio Rodrigues assim o define:

> É o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes (RODRIGUES, 2004, p. 67).

Arnaldo Rizzardo (2011) aponta que o poder familiar se trata de uma conduta dos pais em relação aos filhos, e ainda que ocorre de forma progressiva na medida em que evoluem física e mentalmente.

2.1 Suspensão do Poder familiar

A suspensão do poder familiar refere-se à restrições ao exercício do conjunto de deveres e poderes que os pais possuem em relação aos seus filhos. Trata-se de medida provisória, sendo que sua duração subsistirá enquanto persistir o motivo que lhe deu causa, sempre visando os interesses da criança ou adolescente.

Está prevista no Código Civil, em seu art. 1637:

> Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.
> Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (BRASIL, 2002)

A suspensão consiste numa restrição imposta judicialmente àquele que exerce o poder familiar e que vier ou abusar de sua função e prejuízo do filho, ou a estar impedido temporariamente de exercê-la, pela qual se retira parcela de sua autoridade (COMEL, 2003, p. 262).

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que a suspensão do poder familiar será decretada através de decisão judicial:

> Art. 24. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22
> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (BRASIL, 1990).

2.2 Perda do Poder Familiar

As hipóteses de perda do poder familiar estão exaustivamente descritas no Código Civil:

> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I - castigar imoderadamente o filho;
> II - deixar o filho em abandono;
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (BRASIL, 2002).

A perda do poder familiar põe fim a toda e qualquer prerrogativa dos pais em relação aos filhos. Seu caráter é personalíssimo, de modo que os efeitos poderão ser manejados apenas em relação à um dos pais, se assim for decretado pela medida.

3 Formas de Acolhimento

As modalidades de atendimento à crianças e adolescentes acolhidos em Porto Alegre atualmente são: Abrigo Institucional, Casa lar e Acolhimento familiar.

3.1 Abrigo institucional

Esta modalidade de acolhimento mantém sob sua guarda provisoriamente crianças e adolescentes que, por meio de medidas protetivas, tenham sido afastados do convívio familiar. Permanecem até que seja possível o retorno à família de origem ou ainda o encaminhamento para família substituta. Recebe no máximo 20 crianças e adolescentes entre zero e dezoito anos. O acolhimento institucional é executado pela Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC) e ainda através de convênios com entidades não-governamentais, sendo que os serviços próprios são administrados pela FASC e aqueles realizados através de convênios são administrados integralmente pelas entidades responsáveis.

Estes serviços de acolhimento devem estar localizados em bairros residenciais e possuir a aparência semelhante à uma residência. É ainda necessário um ambiente acolhedor e não devem existir placas indicativas da sua natureza e finalidade. As equipes contam com educadores sociais em regime de plantão e diversos outros profissionais. Porto Alegre conta atualmente com 22 abrigos desta natureza.

3.2 Casa Lar

O acolhimento da casa lar ocorre também em unidades residenciais, onde um cuidador residente recebe até dez crianças ou adolescentes. Da mesma forma que os Abrigos, são mantidas as estruturas familiares de origem, e como principal diferença surge a presença do educador/cuidador (ou um casal) residente sendo sua responsabilidade a estruturação da dinâmica da casa. A principal vantagem é a figura permanente de um cuidador, em especial para acolhidos com pouca ou nenhuma referência paterna e materna. Também pode ser apontada sua rotina flexível, o que

permite adaptabilidade às crianças e adolescentes, aproximando-se mais de uma rotina familiar. A capital conta com 46 casas lares.

3.3 Famílias acolhedoras (ou Acolhimento Familiar)

A designação "acolhimento familiar" (foster care) carece de definição. Trata-se de um termo vulgarmente utilizado, nem sempre para referir uma realidade bem circunscrita (COLTON, 1997, p, 285-296).

As famílias acolhedoras surgem como uma alternativa social de apoio à criança e à família. Fornece proteção para a criança do risco físico ou psíquico iminente ou atual, prestando os cuidados necessários e permitindo o acesso e a integração à um contexto familiar antagônico àquele que possuía em sua família de origem (BERGER, 1998). É importante ressaltar que sua função é supletiva em relação à família biológica, permitindo que esta se reorganize e, se possível, receba o acolhido de volta (DINIS, 1979).

O acolhimento familiar representa uma maneira de auto-organização e apoio à qual, historicamente, grupos sociais recorrem em situações difíceis que surgem.

Em diversos países, foi instituído como política assistencial em diferentes períodos históricos em resposta à situações de guerra e pós-guerra, mudanças de paradigmas em relação à infância, crises econômicas e ainda avaliações sobre os efeitos prejudiciais da institucionalização de crianças (LUNA, 2004, p. 112-121).

A educação das crianças usualmente é uma tarefa compartilhada pelos adultos. Trata-se de uma ferramenta das redes informais, familiares e de vizinhança, cuja acessibilidade e disponibilidade foram se tornando gradativamente mais difíceis em virtude do panorama de crescentes modificações sociais urbanas. Coube aos Estados Unidos e ao Reino Unido o pioneirismo pela escolha deste tipo de acolhimento. Na Inglaterra, já na idade média crianças eram colocadas como escudeiros ou serventes em casas de famílias que lhe provessem a subsistência e o aprendizado de um ofício (BARJAU, 1996, p. 359-392).

No período após a II Guerra Mundial, foi necessária uma readequação nos serviços de proteção e atendimento à infância (COLTON, 1994, p. 559-576). Desta forma, o que se seguiu foi uma adoção deste modelo pela maior parte dos países europeus, com adaptações ás especificidades de cada cultura.

Todavia, foi necessário que se prevenisse tanto a exploração de crianças quanto a ocorrência de abusos, o que ocorreu através de contínuos aperfeiçoamentos inseridos nas respectivas legislações que formalizaram a prática. A necessidade de prevenir a ocorrência de abusos e a instrumentalização das crianças ao serviço de diversos interesses motivou aperfeiçoamentos sucessivos desta medida.

Na década de 80 foi promulgada nos Estados Unidos e no Reino Unido leis que incorporam grande parte das recomendações dos técnicos em proteção infantil e familiar, impondo cuidados em relação ao acolhimento familiar (BARJAU, 1996, p. 359-392).

Na Inglaterra, atualmente o *foster care* é caracterizado pela transferência temporária ou permanente de direitos e deveres parentais da família de origem para outro adulto, com quem geralmente a criança ou adolescente não possui laços biológicos. Para que o acolhimento ocorra, é elaborado pelas autoridade locais uma estratégia de intervenção que a justifique como indispensável para o bem estar da criança ou adolescente. A família acolhedora será responsável pela alimentação,

desenvolvimento físico e psicológico e educação do acolhido, mas são mantidos todos os laços e demais obrigações dos pais biológicos. Logo, o acolhimento não redefine juridicamente a situação da criança ou adolescente, mas cria um novo contexto em sua vida (GEORGE, SHANTI; VAN OUDENHOVEN, 2003).

França, Itália e Espanha implementaram o acolhimento familiar por volta da década de 70, como resposta ao reordenamento das políticas voltadas à infância e à juventude vulneráveis. Na Espanha, alterações legislativas ocorridas entre 1987 e 1996 elegeram como prioridade o "melhor interessse da criança", provocando mudanças na adoção e no acolhimento. Foi definindo que uma família(e não a institucionalização) seria o melhor ambiente para os acolhidos. As modificações ainda estabeleceram que as decisões relacionadas às medidas de proteção seriam tomadas por uma equipe interdisciplinar, formada por psicólogos e assistentes sociais (FERNÁNDEZ, ALVAREZ, BRAVO, 2003, p. 235-249; PALACIOS, AMORÓS, 2006, p. 921-935).
Neste sentido:

> Os profissionais da área do Direito, advogados, juízes, membros do Ministério Público, entre outros, devem estar preparados para uma abordagem aberta e interdisciplinar. A família é, antes de tudo, uma realidade sociológica, daí porque a importância do estudo das disciplinas formadoras (História, Sociologia, Antropologia, Filosofia) ao começo do curso de graduação em Direito (FACHIN, 2008)

O novo quadro legislativo espanhol fomentou o surgimento de novas práticas de acolhimento e novos modelos de famílias acolhedoras. Isso representou uma mudança de paradigma, na medida em que inexistia na Espanha uma cultura de acolhimento. Com a mudança, atualmente o acolhimento familiar é a principal forma de proteção de crianças e adolescentes vulneráveis, existindo apenas pequenas instituições de abrigamento (AMORÓS, 2003; MARTÍ, 2004; DEL VALLE, J. F.; ARTEAGA, A. 2003).

3.3.1 Famílias acolhedoras no Brasil

Historicamente, o Brasil preponderantemente utilizou o abrigamento em instituições como meio de proteção para crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade (BAPTISTA, 2006; RIZZINI, 2004).

Tendo como marco a criação da Roda de Expostos, as políticas de proteção voltadas para crianças e adolescentes majoritariamente acarretavam a institucionalização, com pouca ou nenhuma convivência social ou comunitária, e inclusive favorecendo o rompimento dos laços familiares (RIZZINI, 1993). Este controle sempre teve como alvo as famílias mais pobres, cuja incompetência em educar e cuidar produziria possíveis infratores (FONSECA, Cláudia; JACQUET, C.; COSTA, L. F, 2004).

O acolhimento familiar não é um fenômeno recente no Brasil, ocorrendo ao longo da história através das práticas de circulação de crianças que ocorre de modo informal, em especial através dos chamados "afilhados" ou "filhos de criação" ((FONSECA, Cláudia; JACQUET, C.; COSTA, L. F, 2004; FRANCO, 2000).

Todavia, só recentemente o acolhimento familiar foi proposto como um programa oficial, engrenagem de uma política pública de atendimento à criança e ao adolescente privado dos cuidados parentais, instrumentalizado com normas legais e acompanhamento técnico.

Tendo como base a Constituição Federal de 1988 (art. 227, § 3º, inciso VI), do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 34 c/c §2º do art. 260) e amparando-se na Lei Orgânica da Assistência Social, firmou-se um arcabouço legislativo que permite a inclusão do acolhimento familiar como uma política pública nacional de assistência à família. Tal mudança se deve em grande parte por causa das políticas de institucionalização de crianças e adolescentes, cujos efeitos voltam-se contra os próprios sujeitos da proteção.

O Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária assim define as famílias acolhedoras: :

> O programa de Famílias Acolhedoras caracteriza-se como um serviço que organiza o acolhimento, na residência de famílias acolhedoras, de crianças e adolescentes afastados da família de origem, mediante medida protetiva. Representa uma modalidade de atendimento que visa oferecer proteção integral às crianças e aos adolescentes até que seja possível a reintegração familiar (BRASIL, 2006).

Consiste na inserção de uma criança ou adolescente em uma família, já constituída, com monitoramento, acompanhamento e auxílio do poder público. As famílias acolhedoras são previamente cadastradas, e deve ocorrer até a reinserção na família de origem ou ainda até o encaminhamento para uma família substituta. As famílias acolhedoras são selecionadas, capacitadas, cadastradas e posteriormente acompanhadas durante o acolhimento.

Cada família deve receber uma criança ou adolescente por vez, excepcionadas as hipóteses de irmãos, ocasiões em que a avaliação técnica poderá indicar o contrário.

A sua previsão também ocorre através do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 34. O poder público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, **o acolhimento, sob a forma de guarda**, de criança ou adolescente afastado do convívio familiar.
>
> § 1º A inclusão da criança ou adolescente em programas de **acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional,** observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta Lei.
>
> § 2º Na hipótese do § 1º deste artigo a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto nos arts. 28 a 33 desta Lei.
>
> § 3º A União apoiará a implementação de serviços de acolhimento em **família acolhedora como política pública**, os quais deverão dispor de equipe que organize o acolhimento temporário de crianças e de adolescentes em residências de famílias selecionadas, capacitadas e acompanhadas que não estejam no cadastro de adoção.
>
> § 4º Poderão ser utilizados recursos federais, estaduais, distritais e municipais para a manutenção dos serviços de acolhimento em família acolhedora, facultando-se o repasse de recursos para a própria família acolhedora **(grifos nossos). BRASIL, 1990.**

A família acolhedora não altera sua rotina diária, mantendo as relações comunitárias já existentes. A criança ou adolescente não é inserido em um espaço criado para ser semelhante a um contexto familiar, mas sim colocada em uma família de verdade, com laços que talvez jamais tenha vivenciado.

Não se trata de alternativa à substituição, mas sim de uma chance de acolhimento qualificado, permitindo que crianças e adolescentes sejam individualmente assistidas por uma família, embora em caráter provisório e excepcional.

4 Considerações finais

Modernamente, a nova ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988 passou a reconhecer novos modelos familiares, no intuito de oferecer proteção aos seis integrantes.

> A família relida a partir da ótica civil-constitucional torna-se o locus da afetividade, das relações de amor e "ódio", deixa de ser a esfera do pater famílias, transformando-se em centro de promoção da dignidade humana; da dignidade dos filhos, cujo tratamento partirá dos princípios da igualdade, do melhor interesse do menor e do filiocentrismo; da dignidade do casal e dos demais membros da família, seja qual for a sua configuração (FIUZA, 2006, p. 234).

Mais do que uma simples releitura da família, é necessário compreender que o novo paradigma de atendimento às crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade traz consigo mudanças relacionadas à sua necessária interdisciplinariedade, o felizmente se antagoniza com poder concentrado nas mãos dos magistrados na ultrapassada Doutrina da Situação Irregular.

Referências

AMORÓS, Pere. *Familias Canguro: Una experiencia de protección a la infancia*. Fundación La Caixa, 2003.

ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2º ed. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 2006, p. 158-159.

BAPTISTA, Myrian Veras et al. Abrigo: comunidade de acolhida e socioeducação. *São Paulo: Instituto Camargo Corrêa*, 2006.

BARJAU, C. Acogimiento familiar, un medio de protección infantil. *J. de Paúl & M. Arruabarrena, Manual de protección infantil*, p. 359-392, 1996.

BERGER, M. (1998). A criança e o sofrimento da separação. Lisboa: CLIMEPSI Editores.

BRASIL. *Código Civil.* Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L104 06.htm>. Acesso em 07 abril 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 abril 2017..

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o *Estatuto da Criança e do Adolescente* e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 07 abril 2017.

BRASIL. *Plano Nacional de Promoção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária*. Brasília-DF: Conanda, 2006. Disponível no site: www.mds.gov.br

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378 e 379.

COLTON, M., & Williams, M. (1997). Overview and conclusions. In M. Colton, & M. Williams (Eds.), *The World of Foster Care: an international sourcebook on foster family care systems* (pp. 285-296). Aldershot: Arena

COLTON, Matthew; HELLINCKX, Walter. Residential and foster care in the European Community: Current trends in policy and practice. *British journal of social work*, v. 24, n. 5, p. 559-576, 1994.

COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003.

CORRÊA, Marise Soares. *A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história*. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História), Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas,Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

COSTA, Antonio Carlos Gomes da. In: CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia [Coord.]. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários Jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2000.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: Pressuposto para Compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. Disponível no site: http://online.unisc.br/seer/index.php /direito/article/viewFile/657/454. Acesso em: 07/04/2017

DEL VALLE, J. F.; ARTEAGA, A. Situación actual del Acogimiento Familiar de menores en España. *Oviedo: Departamento de Psicologia da Universidad de Oviedo*, 2003.

DINIS, J. Esquema de Protecção à Criança Privada de Meios Social e Familiar Normais. *Comissão Nacional para o Ano Internacional da Criança (Ed.), A Criança Portuguesa. Subsídios para o seu Bem-Estar Social. Lisboa: Comissão Nacional para o Ano Internacional da Criança e Direcção Geral da Divulgação*, 1979.

FACHIN, Luiz Edson. Elementos Críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999,

FACHIN, Luiz Edson. Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008,

FÁVERO, Eunice Teresinha. Rompimento dos Vínculos do Pátrio Poder: condicionantes socioeconômicos e familiares. São Paulo: Veras, 2001.

FERNÁNDEZ, Jorge; ALVAREZ, Elvira; BRAVO, Amaia. Evaluación de resultados a largo plazo en acogimiento residencial de protección a la infancia. *Infancia y Aprendizaje*, v. 26, n. 2, p. 235-249, 2003.

FIUZA, César. Diretrizes Hermenêuticas do Direito de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha [Coord.]. Família e Dignidade Humana: *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 236.

FONSECA, C. *Caminhos da adoção*. 2. Ed. São Paulo: Cortez, 2002

FONSECA, Cláudia; JACQUET, C.; COSTA, L. F. Fabricando famílias: Políticas públicas para o acolhimento de jovens em situação de risco. *Acolhimento Familiar: experiências e perspectivas.(Claudia Cabral org.) Rio de Janeiro: Book link*, 2004.

FRANCO, A. A. P. *Sobre silêncios e palavras: Os lugares da infância e da juventude. O trabalho desenvolvido com famílias substitutas na Comarca de Franca-SP*, 2000.

GEORGE, SHANTI; VAN OUDENHOVEN, Nico; FRANCO, María Soledad. *Apostando al acogimiento familiar: un estudio comparativo internacional*. Garant, 2003.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 389.

GONÇALVES, Carlos Alberto, *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família).

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

HEYWOOD, Colin. Uma história da infância: da Idade Média á época contemporânea no Ocidente. Porto Alegre: Artmed, 2004.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUNA, M. Algumas definições sobre acolhimento familiar e seu desenvolvimento na Argentina. *Acolhimento familiar. Experiências e perspectivas*, p. 112-121, 2004.

MARCÍLIO, M. L. (Org.). *Família, mulher, sexualidade e igreja na história do Brasil*. São Paulo: Ed. Loyola, 1993.

MARCILIO, Maria Luiza. A roda dos expostos e a criança abandonada no Brasil. In: FREITAS, Marcos Cezar [org.]. História Social da Infância no Brasil. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2009.

MARCILIO, Maria Luiza. *História Social da criança abandonada*. 1. Ed. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARTÍ, Pere Amaros et al. Perspectivas y tendencias del acogimiento familiar en Cataluña. *La adopción y el acogimiento: Presente y perspectivas*, p. 173-193, 2004.

MONCORVO FILHO, Arthur. *Histórico da proteção à infância no Brasil: 1500-1922.* Rio de Janeiro: 1926.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. 37. ed. Saraiva. 2004. v. 2.

NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Editora Sulina. Vol. nº 26, p. 89– 120, dez. 2006.

OLIVEIRA, R.C. A História começa a ser revelada: panorama atual do abrigamento no Brasil in BAPTISTA, M.V. (Coord.). *Abrigo: Comunidade de acolhida e sócio educação*. São Paulo: Instituto Camargo Correa, 2006

PALACIOS, Jesús; AMORÓS, Pere. Recent changes in adoption and fostering in Spain. *British Journal of Social Work*, v. 36, n. 6, p. 921-935, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RIZZINI, I. *Assistência à infância no Brasil.*Uma análise de sua construção. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula, 1993

RIZZINI, Irene e RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio. São Paulo: Loyola, 2004.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. V. 6. 28. Ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva 2004

SIMONETTI, Cecília; BLECHER, Margaret; MENDEZ, Emilio Garcia [org.]. Do *Avesso ao Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

VENÂNCIO, Renato Pinto. *Famílias abandonadas: assistência à criança de camadas populares no Rio de Janeiro e em Salvador* – séculos XVIII e XIX. Campinas: Papirus, 1999.

BOA FÉ E FUNÇÃO INTERPRETATIVA: ANÁLISE DE SUA POTENCIAL CONTRIBUIÇÃO PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Waysllan Vargas dos Santos Vieira,
graduando em direito (PIOXII);
waysllan.vargas@live.com

Sâmela Cristina de Souza,
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV);
samela.cristinadesouza@gmail.com

Resumo:

No âmbito do direito civil, por ser um ramo de Direito Privado, as relações entre os particulares estiveram pautadas sobre os ideais liberais e individuais. Na teoria contratual, as partes estiveram vinculadas ao princípio da autonomia da vontade, pelo qual se operava a máxima do *pacta sunt servanda*.A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico brasileiro sofreu diversas mudanças, tendo em vista o novo modelo constitucional que se instaurou por meio da Carta Cidadã. Logo, o direito civil como um todo passou por transformações, estas que se concretizaram com o Código Civil de 2002.Diante da nova principiologia adotada pelo Direito Civil Constitucional, é que o presente trabalho busca analisar e compreender como a função interpretativa da boa-fé objetiva tem influenciado nas decisões dos Superior Tribunal de Justiça, em específico nos contratos bancários.

Palavras-chave: constitucionalização. boa-fé objetiva. função interpretativa. direito contratual.

Abstract:

In the scope of civil law, since it is a branch of Private Law, relations between individuals were based on the liberal and individual ideals. In contractual theory, the parties were bound to the principle of autonomy of the will, by which the maxim of pacta sunt servanda was operative. Since the enactment of the Federal Constitution of 1988, the Brazilian legal system underwent several changes, in view of the new constitutional model that was established through the Citizen Charter. Therefore, civil law as a whole underwent transformations, which came to fruition with the Civil Code of 2002. Faced with the new principle adopted by Constitutional Civil Law, this paper seeks to analyze and understand how the interpretative function of good faith Has influenced the decisions of the Superior Court of Justice, specifically in bank contracts.

Key words: costitutionalisation. objective good Faith. interpretative function. contract law.

1 Introdução

Historicamente, estabeleceu-se a distinção entre os ramos de direito público e privado. O direito civil, diante da sua natureza, constitui por excelência o ramo jurídico de direito privado. O

código civil brasileiro de 1916 visava resguardar a pessoa em suas relações privadas e patrimonialistas, praticamente não havendo intervenção estatal, fazendo com que fosse predominante a autonomia da vontade pactuado entre as partes.

No plano contratual, prevalecia a liberdade negocial, não se podendo discutir sobre a justiça do contrato, pois importava a prevalência do princípio da autonomia da vontade, somente sendo discutido o negócio jurídico caso o mesmo possuísse algum vício que o tornasse ilegal.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu uma mudança na ordem jurídica, passando a figurar como alicerce de todo o ordenamento o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto na Carta Maior. No panorama traçado, as instituições civis precisaram ser revistas, sob o prisma da nova ordem constitucional vigente, pois somente é possível reconhecer a validade das normas de direito privado que estejam em consonância com as normas constitucionais.

Com o advento do novo código civil de 2002, surgiram novas perspectivas para as instituições privadas, passando a figurar como o cerne de todas as suas relações a pessoa humana, diferentemente do código anterior que regulava o interesse patrimonial em face da pessoa. Desta feita, a autonomia da vontade passou a ter uma nova conformação, sobretudo em face dos princípios da função social do contrato e da boa-fé.

Uma das funções da boa-fé é conhecida como função interpretativa, que abrange a interpretação subjetiva e objetiva, sendo esta aquela que possibilita a análise das condutas dos indivíduos, baseados nos padrões éticos que são esperados e aquela o meio que permite focalizar a intenção dos contratantes ao firmarem o negócio jurídico e discutirem as tratativas do contrato.

Este trabalho tem por finalidade identificar como a função interpretativa da boa-fé tem influenciado na constitucionalização dos contratos, o que será feito por meio de pesquisa jurisprudencial especificamente dos contratos bancários, para demonstrar, avaliar e apresentar as modificações de entendimento no Superior Tribunal de Justiça.

No primeiro capítulo do presente artigo, é examinado como o direito civil evoluiu ao longo dos tempos. Referida análise é feita por meio do fenômeno da constitucionalização do direito, pois a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, surge no ordenamento jurídico, uma grande transformação, eis que os novos princípios do regime democrático constitucional se tornam o cerne de todas as relações privadas, em especial as relações contratuais.

Já o segundo capítulo trata do princípio da boa-fé objetiva e a sua potencialidade de contribuição para os contratos, considerando a Constituição. No capítulo supramencionado é discutido o conceito de boa-fé, seus dois aspectos e como a função interpretativa do referido princípio tem contribuído para a constitucionalização do direito contratual.

Por fim, no último capítulo consta a discussão central. O presente trabalho se insurge contra a teoria clássica do direito contratual e busca analisar como se deu a evolução do direito civil, especificamente dos contratos, por meio do fenômeno da constitucionalização. O capítulo busca elucidar se a função interpretativa da boa-fé objetiva tem sido utilizada como fundamentação nos julgados em que figuram como objeto da demanda os contratos bancários, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Portanto, parte-se da seguinte pergunta: o STJ tem utilizado a função interpretativa da boa-fé para contribuir com uma visão mais adequada dos contratos bancários à luz dos valores constitucionais?

2 O fenômeno da constitucionalização do direito civil e os princípios modernos

O direito civil, considerado como ramo de direito privado, trata das relações que versam sobre interesses privados. No que tange à seara contratual, este instituto cuida das declarações de vontade firmadas entre duas ou mais partes e tem por finalidade criar, modificar ou a extinguir direitos e deveres de cunho patrimonial.

No Brasil, o código civil de 1916 se pautava sobre os ideais liberais e individuais, pois os dispositivos constantes daquele diploma visavam resguardar os interesses patrimoniais em detrimento dos interesses pessoais. Sendo assim, no direito contratual prevalecia o princípio da autonomia da vontade, uma vez que, a declaração de vontade firmada entre as partes possuía força de lei, não podendo ser discutido a justiça do contrato, somente não se produzindo efeitos se o negócio jurídico fosse viciado.

Considerando a legislação que outrora vigorava em nosso ordenamento jurídico, não era possível se falar na incidência das normas e princípios constitucionais, diante do viés estritamente patrimonialista deste ramo jurídico. Todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Direito Civil precisou ser repensado, uma vez que a nova ordem constitucional exigia um tratamento diferenciado dos valores e interesses pessoais, sendo necessário uma ingerência maior do Estado nas relações privadas.

Sob este prisma constitucional, os valores individuais e patrimoniais que figuravam como cerne das relações privadas, passaram a submeter-se a valores distintos, como a dignidade e igualdade material. O professor Luiz Roberto Barroso, corroborando este entendimento ensina que a fase que vive o direito civil, é uma nova fase "marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil". Para Barroso (2007, p. 24), essa fase pode ser sentida por meio deanálises de regras específicas na Constituição, "impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade".

O Código Civil de 2002, também nessa mesma linha da Constituição, sob influência dos valores constitucionais vigentes, surge contrariamente aos ideais mencionados do Código Civil de 1916. Por exemplo, anteriormente, vigorava com maior intensidade a máxima do *pact sunt servanda*, que obrigava as partes a cumprirem aquilo que fora pactuado por meio do princípio da autonomia da vontade. Ocorre que com a mudança do Estado liberal para o Estado social, surgiram novos princípios que passaram a nortear as relações privadas.

As transformações sociais que levaram à transição do Estado liberal para o Estado social ocorreram após períodos de guerras, tendo como marco inicial o fim da primeira guerra mundial, pois levou a sociedade a passar por grandes mudanças, acarretando no aumento da população mundial e, consequentemente, o crescimento de novas relações jurídicas e a partir dessas novas relações, um grande desequilíbrio social.

Gustavo Tepedino (2001, p. 18) apresenta o contexto dessas mudanças como transformações que levaram o Estado a assumir novas posturas, posturas essas que caminhavam a ideais do Estado social, "onde a preocupação, no âmbito do direito dos contratos, passou a ser mais com o coletivo, com o interesse da sociedade, deixando de lado a concepção do contrato como instrumento de realização meramente individual".

O novo código surge como uma inovação no ordenamento jurídico, uma vez que rompeu definitivamente com os dogmas e tradições existentes na legislação anterior, em decorrência da

nova principiologia adotada. Nesse sentido, Christiano Cassettari (2011, p. 31) leciona que a recepção dos novos princípios fez com que "repensássemos o DireitoPrivadocomo um todo, afastando-nos definitivamente do pensamento individualista queo impregnava na constância do Código Civil de 1916", partindo-se então para um "pensamentoem favor do coletivo, da sociedade, o que se denomina princípio da socialidade".

O princípio da socialidade é definido por Miguel Reale (1999, p. 7 e s.) como sendo aquele que dá ao Código Civil um viés mais social, prevalecendo assim os valores coletivos em detrimento dosinteresses individuais, "fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os indivíduos, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana".

O artigo 421 do Código Civil de 2002 aduz que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato" (BRASIL, 2017), trazendo a função social como um limitador do princípio da autonomia da vontade.

Na lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> Efetivamente, o dispositivo supratranscrito subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o novo Código estabelece que a liberdade contratual não pode afastar-se daquela função. (GONÇALVES, 2014, p. 23)

Vale ressaltar que, com a nova sistemática do código o princípio da autonomia não deixa de vigorar na seara contratual, contudo este passa a ter uma nova estrutura em razão da função social do contrato. Nesse sentido, Tepedino (2001, p. 21) lembra que não houve com o Estado social, a supressão do princípio da autonomia da vontade, mas na verdade, "uma redução de sua importância, já que o mesmo era considerado um dogma inafastável na teoria contratual clássica e que tal visão não se coaduna mais com o momento histórico em que vivemos".

Assim sendo para que um contrato seja válido, sob o aspecto do direito civil constitucional, imperioso se faz que o negócio jurídico atenda à sua função social, não sendo mais somente necessário que atenda aos requisitos do negócio jurídico.

Outro princípio importante que surge a partir da constitucionalização do direito civil é a boa-fé objetiva, que será abordado mais adiante.

Em síntese, o Direito Civil passou por uma reformulação, tendo em vista a nova ordem constitucional, que culminou na transição do Estado liberal para o Estado Social. Esta reformulação é denominada de Constitucionalização do Direito Civil.

3 O princípio da boa-fé objetiva e sua potencialidade de contribuição para interpretações contratuais conforme a Constituição

O conceito de boa-fé surge no Direito Romano, contudo a expressão conhecida como *bona fides* havia um sentido conotativo mais ético do que uma expressão jurídica. Ao passo que no Direito Alemão a ideia de boa-fé, simplificada na expressão *treuundglauben*, que quer dizer lealdade e confiança, era uma regra objetiva e que se aplicava a todas as relações jurídicas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 100).

Para elucidar o assunto, na lição de Judith Martins-Costa (2000, p. 124):

> A fórmula TreuundGlauben demarca o universo da boa-fé obrigacionalproveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversasdaquelas que a marcaram no direito romano: ao invés de denotar a ideia defidelidade ao pactuado, como numa das acepções da fides romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as ideias de lealdade (Treu ou Treue) e crença(Glauben ou Glaube), as quais se reportam a qualidades ou estados humanosobjetivados.

O princípio da boa-fé é uma das novidades do direito civil constitucionalizado. O Código Civil de 2002 possui três dispositivos relacionados ao referido princípio. A redação do artigo 422 do novo diploma civilista preceitua que "os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé" (BRASIL, 2017).

Tal princípio pode ser compreendido, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 40), como aquele que "[...]exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas,como também durante a formação e o cumprimento do contrato[...]". Já a probidade mencionada pelo dispositivo, ainda na lição de Gonçalves, trata-se de um aspecto objetivo da boa-fé, consiste num dever de honestidade de ambas as partes procederem ou cumprirem todos os deveres que lhes são incumbidas. O legislador, teve a intenção de reforçar a ideia de necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé.

A consagração deste novo princípio foi de suma importância para a evolução da teoria dos contratos, pois como já visto anteriormente, vigorava o princípio da autonomia da vontade, em que era irrelevante a análise da justiça do contrato e o princípio da boa-fé serve como um limitador da autonomia da vontade, bem como serve para criar os chamados deveres anexos.

Imperioso destacar a existência de um conceito bipartido acerca da boa-fé, o aspecto subjetivo e o objetivo, este está relacionado a uma regra de conduta que são inerentes aos preceitos morais e éticos da sociedade, ao passo que aquele está ligado a um critério psicológico da pessoa, ou seja, está agindo conforme aquilo que ela supõe ser o mais correto afim de evitar prejuízos a terceiros. Conforme preleciona Gustavo Tepedino (2001, p. 22):

> A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro.

Na atual sistemática contratual, a boa-fé se aplica em sua vertente objetiva e se mostra sob dois aspectos, pois surge "1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos" (MARQUES, 1998, p. 668). Portanto, segundo têm-se superada a visão de que o contrato envolve somente uma obrigação de prestar, mas engloba também uma obrigação de conduta (MARQUES, 1998, p. 108).

Como fora predito, o princípio da boa-fé objetiva surge como um pilar para a nova teoria contratual, eis que referido princípio foi importante para o surgimento de um novo modo de se compreender as relações privadas por meio do contrato. Nesse sentido, assevera Pablo Stolze (2011, p. 103):

> Com isso, queremos dizer que, livrando-nos das amarras excessivamente tecnicistas da teoria clássica, cabe-nos fazer uma releitura da estrutura

> obrigacional, revista à luz dessa construção ética, para chegarmos à inafastável conclusão de que o contrato não se esgota apenas na obrigação principal de dar, fazer ou não fazer.
> Ladeando, pois, esse dever jurídico principal, a boa-fé objetiva impõe também a observância de deveres jurídicos anexos ou de proteção, não menos relevantes, a exemplo dos deveres de lealdade e confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, confiança, informação etc.

O art. 113 do Código Civil de 2002 consagra a função interpretativa dos contratos, eis que prevê expressamente que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, bem como por meio dos usos do lugar de sua celebração.

A função interpretativa é utilizada quando ocorre uma divergência na compreensão do contrato e, conforme Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 42), serve para "evitar, nas disposições provocadoras de divergência exegética, o sentido que seja incompatível com a honestidade e a lealdade". Theodoro Júnior salienta ainda que o intérprete deve buscar os meios adequados quando utilizar-se da função interpretativa, pois "se de várias maneiras se pode entender uma declaração negocial, o intérprete tem de escolher o sentido que não conduza à ilicitude e à imoralidade".

Sabe-se que ao firmarem os contratos, os indivíduos manifestam sua vontade direta, qual seja, concordância ou não com os termos ali presentes. Entretanto, ocorrem situações em que surgem dúvidas em relação ao que foi pactuado, sendo necessário recorrer à função interpretativa para elucidar os pontos controvertidos da relação obrigacional.

A manifestação direta da vontade ocorre, no plano contratual, por meio da linguagem, sendo que a interpretação de tal vontade deverá buscar compreender as palavras inseridas pelos contratantes. Theodoro Júnior (2008, p. 39) afirma existir situações em que o método interpretativo seja insuficiente "dada a presença de lacunas, dúvidas e divergências acerca de estar ou não determinada questão compreendida na regulação estabelecida pelas partes". A partir de tal insuficiência o intérprete deverá utilizar da "interpretação contratual integradora", conforme ratifica Theodoro Júnior:

> Lança-se mão, aí, da "interpretação contratual integradora que tomará em consideração, como dados decisivos: a) o contexto global do contrato; b) um escopo do contrato reconhecido por ambas as partes; c) a situação de interesses, tal como foi configurada por cada uma das partes.
> E todo esse processo de pesquisa e análise, à luz das circunstâncias do negócio, haverá de concluir por uma inteligência que se defina no sentido de um justo equilíbrio de interesses. (2008, p. 39)

Para compreender comoo princípio da boa-fé objetiva têm sido utilizado pelos tribunais na concretização de direitos constitucionais nas relações privadas, serão analisadas decisões selecionadas do Superior Tribunal de Justiça e a partir daí identificadas como a função interpretativa da boa-fé pode contribuir para a constitucionalização auxiliando os tribunais com princípios de socialidade na forma da interpretação dos contratos.

4 Os tribunais superiores e a utilização da boa-fé para uma adequação dos contratos bancários aos valores constitucionais

Para solucionar o problema proposto e chegar a uma possível resposta sobre o potencial da boa-fé para interpretações dos contratos bancários conforme a Constituição é preciso além de analisar o princípio da boa-fé e sua função interpretativa compreender no que consiste o contrato bancário a partir das definições pré-estabelecidas pela doutrina pátria. Seguindo dessas definições serão analisados como esses contratos têm sido interpretados pelos tribunais superiores e se a boa-fé tem sido parâmetro dessa interpretação.

Compreender o contrato bancário é, antes de tudo, entender os contratos. Contratos são acordos de vontades feitos pelos sujeitos a fim de alcançar efeitos jurídicos. Nesse sentido é também a definição de Tartucce (2016, p. 2) que conceitua o contrato como todo tipo de convenção ou estipulação que possa ser criada pelo acordo de vontades ou por outro fator acessório. Trata-se, portanto de "negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial" (TARTUCCE, p. 2). A vontade dos sujeitos na realização dos contratos será mais livremente exercida a depender do tipo de contrato que se realiza. Nos contratos chamados de adesão, a vontade de uma das partes se exterioriza apenas no aderir ou não ao contrato, não permitindo que uma das partes estipule cláusulas a respeito do cumprimento da obrigação. Percebe-se, portanto que havendo menor autonomia da vontade no exercício do contrato é preciso maior proteção desse contratante. É nesse lugar que se encontram os contratos bancários. De uma forma geral trata-se de contratos de adesão, onde as partes aderem em bloco as cláusulas pré-estabelecidas pela instituição bancária.

Os contratos bancários podem ser entendidos em seu aspecto subjetivo ou objetivo. Segundo o primeiro aspecto basta olhar paras as pessoas que por meio do contrato manifestam a vontade deobrigar-se, caso uma dessas pessoas seja uma instituição bancária haveria um contrato bancário no aspecto subjetivo. Mas, segundo Aguiar Júnior (2003, p. 9) tal critério não é suficiente, seria necessário reunir os aspectos objetivistas e subjetivistas e ao fim conclui-se que o contrato bancário tem como sujeito um banco, em sentido amplo,e como objeto a regulação da intermediação de crédito.

A proposta de trabalho aqui apresentada tem como objetivo analisar esses contratos bancários por meio das decisões judiciais e identificar se o Superior Tribunal de Justiça tem utilizado a boa-fé como parâmetro para a interpretação das cláusulas desses contratos visando a constitucionalização do direito civil, e principalmente do direito contratual.

A defesa da doutrina de que houve uma superação da "tese pela qual o contrato visa principalmente a segurança jurídica. Na realidade, o contrato tem a principal função de atender à pessoa e aos interessesda coletividade, diante da tendência de personalização do Direito Privado" vai ser testada diante da análise das decisões do STJ (TARTUCCE, 2005, p. 4 e 5). A Boa fé será utilizada como parâmetro de análise, ou seja, a verificação de se esse princípio tem sido utilizado como fundamentação das decisões relacionadas aos contratos bancários é o meio escolhido para analisar a constitucionalização do direito civil.

Marques (2006, p. 48) define a boa-fé como "um pensar refletido,é o pensar no outro, no mais fraco, no parceiro contratual, nas suas expectativaslegítimas, é lealdade, é transparência, é informação, é cooperação, é cuidado, évisualização e respeito pelo outro". A autora (2006, p. 48) defende a aplicação do CDC aos contratos de prestação de serviços bancários, financeiros, de

crédito e securitários, e lembra que mesmo entendendo pela sua não aplicabilidade é indiscutível que a boa-fé objetiva presente no CDC e C.C. a eles se aplica.

As legítimas expectativas de que as partes agirão para o melhor cumprimento da obrigação pensando também em seus parceiros contratuais e protegendo os mais fracos nem sempre são atendidas. É nesse contexto, de não ser possível esperar essa atitude apenas do parceiro contratual, que se faz importe a atuação do Judiciário utilizando-se da função interpretativa da boa-fé para garantir que nesses contratos o cuidado, a informação, a proteção do outro se dê, nem que isso ocorra apenas após a provocação judicial. A Função interpretativa da boa-fé, segundo Marques (2006, p. 51) atua na concreção das relações e na interpretação dos contratos, direcionando para a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo. Nesse mesmo sentido Tartucce (2016, p. 98) define a função interpretativa como "meio auxiliador do aplicador do direito para interpretação dos negócios particularmente dos contratos".

A pesquisa jurisprudencial se restringiu ao site do STJ e utilizou como chaves de busca os seguintes termos: "contratos bancários" e "boa fé". Foram encontrados 15 acórdãos, 2 acórdãos de repetitivos e 6364 decisões monocráticas. Foram analisadas apenas as decisões colegiadas, tendo em vista que as decisões monocráticas não são amostra suficiente para representar as posições do colegiado.

Foram encontradas decisões sobre os seguintes assuntos: Cláusula de comissão de permanência, Capitalização anual de juros, Confecção de contratos em braile, Encerramento unilateral do contrato, e Fundos de investimento de alto risco e dever de informação. Cada um desses julgados será analisado em separado para melhor compreensão.

Ao analisar o REsp 1058114 / RS, é possível verificar que foi utilizada a função interpretativa da boa-fé. Em que pese tenha se decidido contrariamente à parte mais fraca da relação obrigacional, depreende-se que o princípio da boa-fé é aplicado a ambos contratantes. A cláusula que institui a comissão de permanência, objeto de discussão, foi considerada válida, desde que a importância cobrada não ultrapasse os encargos constantes do contrato. O REsp ainda menciona que, caso o julgador constate que a cláusula é abusiva e que ultrapassa os encargos, este deverá decretar a nulidade de tal cláusula e retirá-la da relação obrigacional.

A discussão girou em torno da validade de instituição de cláusula de comissão de permanência. Existem dois acórdãos repetitivos sobre a temática, são eles: REsp 1058114 / RS e REsp 1063343 / RS. Nos casos em análise o STJ levou em conta a boa-fé para proteger expectativa legítima do agente bancário que espera legitimamente o cumprimento da obrigação. Percebe-se do julgado que a boa-fé foi utilizada para considerar válida a cláusula, mas é ainda feita ressalva de que tal cláusula não pode ser abusiva. Para o STJ "a decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento".

Também, o STJ utiliza em sua fundamentação a boa-fé nos contratos bancários para decidir que "a incidência da capitalização anual de juros não é automática, devendo **serexpressamente pactuada, visto que, ante o princípio da boa-fé contratual e a hipossuficiência do consumidor, esse não pode ser cobrado por encargo sequer previsto contratualmente**". Nesse sentido a boa-fé é utilizada na argumentação para o que lhe cabe: a proteção do contratante vulnerável, a proteção da sua legítima expectativa de que aquele contrato seguirá conforme o combinado e a interpretação do contrato conforme as expectativas geradas.

Tal decisão se confirma no AgRg no AREsp 429.029/PR, nos AgInt nos EDcl no REsp 1590201/PR. Também no mesmo sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1251939 / SC, AgRg nos EDcl no REsp 2011/0107405-7, AgRg no REsp 476446 (ACÓRDÃO), e AgRg no AREsp 429029 / PR e AgRg AREsp 2013/0370172-5.

Em outro julgado, no REsp 1349188/RJ, há uma importante decisão em ação civil pública que utiliza a boa-fé para definir que as instituições bancárias devem adotar o método braile na confecção dos seus contratos diante da necessidade/dever de informação adequada e diante da hipervulnerabilidade do consumidor portador de deficiência visual. Tal decisão foi tomada em sede de ação civil pública e não há melhor maneira de proteção de vulneráveis e de utilização da boa-fé para a interpretação dos contratos do que a coletivização das demandas, uma vez que a coletivização além de alcançar mais pessoas tem um papel preventivo mais do que as decisões em demandas individuais.

O julgado destaca que o dever anexo de informação com relação aos deficientes visuais possui peculiaridades que devem ser observadas pela instituição bancária. Importante parte do julgado que define que a efetividade da informação se analisa em concreto:

> (...) A efetividade do conteúdo da informação deve ser analisada a partir da situação em concreto, examinando-se qual será substancialmente o conhecimento imprescindível e como se poderá atingir o destinatário específico daquele produto ou serviço, de modo que a transmissão da informação seja adequada e eficiente, atendendo aos deveres anexos da boa-fé objetiva, dodever de colaboração e de respeito à contraparte.

O método braile foi considerado como método adequado para que esses consumidores possam ter a informação adequada. Nesse sentido segue a fundamentação:

> (...) O método Braille é oficial e obrigatório no território nacional para uso na escrita e leitura dos deficientes visuais e a sua não utilização, durante todo o ajuste bancário, impede o referido consumidor hipervulnerável de exercer, em igualdade de condições, os direitos básicos, consubstanciando, além de intolerável discriminação e evidente violação aos deveres de informação adequada, vulneração à dignidade humana da pessoa deficiente. 6. Na hipótese, apesar de a forma de linguagem, por meio da leitura do contrato, não ser apta a exaurir a informação clara e adequada, não decorreram outras consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que se sentiu pessoalmente constrangido ou discriminado, haja vista que a instituição financeira seguiu as diretrizes emanadas pelo próprio Estado, conforme Resolução n2.878/2001 do Bacen. (...) 8. A sentença prolatada na presente ação civil pública, destinada a tutelar direitos difusos e coletivos stricto sensu, deve produzir efeitos em relação a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar com a instituição financeira demandada, em todo o território nacional. 9. Recursos especiais parcialmente providos. (REsp 1349188/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 22/06/2016)

Ainda, no REsp 1277762/SP utilizou-se a boa-fé para decidir que a instituição bancária não pode "por simples notificação unilateral imotivada, sem apresentar motivo justo, encerrar contacorrente antiga de longo tempo, ativa e em que mantida movimentação financeira razoável".Nessa mesma decisão a instituição bancária foi condenada a manter a conta corrente dos consumidores. Trata-se de decisão conforme a boa-fé que assegura a confiança legítima do consumidor.

No acórdão o Ministro Relator Sidnei Benetti lembra que ao caso concreto deu-se essa solução em razão de que os contratos devem ser interpretados de modo a garantir a boa-fé na manutenção de contratos relacionais ou cativos, como o dos autos. A função interpretativa da boa-fé pode ser visualizada por meio dessa decisão como forma de constitucionalização desses contratos.

Percebe-se que se o valor preponderante fosse o da autonomia da vontade a extinção contratual seria possível bastando que uma das partes não quisesse mais a esse contrato se vincular, o que nãos e procedeu no caso em análise.

Foi utilizada também a argumentação com base na boa fé no REsp 1214318/RJ para indeferir pleito da parte que alegava a existência de violação do dever de informar da instituição bancária. No caso em análise o STJ afastou a alegação entendendo que nos casos de aplicações em fundo de investimento em alto risco por investidores qualificados a assunção desses riscos a eles é imputada.

> (...) No caso de aplicação em fundo de investimentos de alto risco, por investidores qualificados, experientes em aplicações financeiras, não há que se reconhecer direito a serem imunes a rendimentos significativamente menores em período de perdas gerais no setor, à invocação do dever de informar e de inversão do ônus da prova (expressamente afastada, no caso dos autos), sob a alegação de contradição entre os prospectos, que não deixam expresso o direito sustentado, e os regulamentos do fundo de investimentos, que claramente estabelecem a possibilidade até mesmo de perda total - não ocorrida, no caso, em que, a despeito da significativa queda de rendimento no período, obtiveram, os investidores, rendimentos elevados no período total de aplicação.

Percebe-se que num primeiro momento as decisões se relacionam, de uma maneira geral, mais com a função integrativa, chamando a atenção para a necessidade de integrar aos contratos a cooperação, dever de informação. Apesar disso, é possível identificar que ao integralizar aos contratos os deveres anexos o aplicador do direito está interpretando os contratos a partir da boa-fé, exercendo, portanto, a função interpretativa que se dá não apenas no caso em que existe cláusulas dúbias em um contrato, mas também nos casos em que a situação fática apresentada necessitará ser analisada a partir da boa-fé.

5 Considerações finais

Ao final do trabalho foi possível identificar que o fenômeno da constitucionalização dos direitos influenciou sobremaneira o direito civil, alterando os princípios já existentes como o da autonomia da vontade para conformá-lo aos valores estabelecidos como importantes pela Constituição.

Foi possível identificar que a constitucionalização defendida pela doutrina civilista, têm, ao menos nesse objeto de análise e de acordo com essa análise inicial, atingido o modo que os tribunais superiores interpretam os contratos bancários. As relações bancárias têm sido identificadas como relações de consumo e a boa-fé aparece em vários julgados como forma de auxiliar o intérprete nas soluções dos casos a ele direcionados.

É claro que seria melhor que os deveres anexos da boa-fé não necessitassem de provocação e decisão judicial para serem observados, mas a observância dos mesmos pelos tribunais superiores pode indicar uma necessidade de mudança comportamental nessas relações. É preciso ainda lembrar que tais relações se fazem em campos de lutas e se definem como relações de força e, por isso, o direito com seus princípios, não são suficientes para alterar essa relação fática. A indicação da

necessidade de mudança dessa configuração não significa que cremos que essa mudança seja possível diante do contexto social que os contratos se inserem.

Um dos julgados de maior relevância encontrados utiliza a boa-fé para definir que o dever de informação deve ser, no caso de deficientes visuais, qualificado pela necessidade de utilização de braile. Tal interpretação, por si só, já representa avanços na seara judicial dos contratos. Esses avanços devem ser comemorados, ainda que não tenhamos aqui uma visão de que eles são suficientes.

Outro avanço nesse aspecto se encontra na decisão que definiu ser inadequada a extinção unilateral de contratos bancários pela instituição bancaria de forma imotivada. Essa decisão representa uma nova interpretação da autonomia da vontade que abre espaço para princípios como a boa-fé e a função social dos contratos.

As decisões analisadas são importantes, mas há ainda muito a fazer nessa seara contratual específica. Não se pode esquecer a realidade fática ao interpretar um contrato. É preciso sempre lembrar a grande vulnerabilidade dos consumidores nos contratos bancários, que em sua maioria são contratos de adesão e em muitas vezes são contratos necessários aos próprios consumidores diante, por exemplo, de uma relação empregatícia existente. É claro que as instituições bancárias estão em situação de vantagem com relação aos consumidores, mas mais do que isso, encontram em situação de vantagem na sociedade brasileira que lhe confere capital além do econômico para influenciar na tomada de decisões que lhe tocam, mas em alguns aspectos já podemos identificar avanços de proteção aos consumidores.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. 140 p. (Série Pesquisas do CEJ; 1

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismoe Constitucionalização do Direito*. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio,2007. Disponível na internet <http://www.direitodoestado.com.br/ rere.asp>. Acesso em: 21 de maio de 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 mai. 2017.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 mai. 2017.

CASSETTARI, Christiano, *Elementos de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 6. ed. rev., e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume IV: contratos, tomo1: teoria geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3*: contratos e atos unilaterais. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v.1. 3 ed. rev. at. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *REVISTA IOB DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL Nota: Continuação de REVISTA SINTESE DE DIREITO CIIL E PROCESSUAL CIVIL* – Porto Alegre: SINTESE. v1. n1. jul. 1999

MULTIPARENTALIDADE: UMA ANÁLISE DA DECISÃO DO STF NO RE 898.060 COM REPERCUSSÃO GERAL E SEUS REFLEXOS NA DOUTRINA BRASILEIRA.

Karina Barbosa Franco
Mestranda em Direito Público pela UFAL.
Professora Universitária. Advogada licenciada.
Membro do IBDFAM e IBDCIVIL.
Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas (CONREP/UFPE); karybfranco@gmail.com.

Resumo:

Este artigo propôs-se a fazer uma análise crítica da decisão do STF no RE 898.060, a qual deu reconhecimento a relações multiparentais, e se desenvolveu em torno da seguinte problemática: a decisão do STF deve ser aplicada indistintamente às relações multiparentais, considerando a coexistência das parentalidades biológica e socioafetiva? Para tanto, objetivou-se promover um estudo do novel Instituto da Multiparentalidade, sob o enfoque do Princípio da Afetividade, bem como da respectiva decisão proferida pelo STF, com Repercussão Geral sob o Tema n. 622, trazendo à baila as discussões suscitadas na doutrina brasileira.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Princípio da Afetividade. Parentalidade Socioafetiva.

1 Introdução

A família sofreu profundas transformações, sobretudo, após o advento do Estado Social, ao longo do século XX, entrando em crise a família patriarcal diante dos valores introduzidos na Constituição Federal de 1988, cujo modelo igualitário de família constitucionalizada contemporânea se contrapõe ao modelo autoritário do Código Civil anterior, porque a família, ao deixar de ser um núcleo centralizado na figura do *pater*, perdeu suas finalidades tradicionais (econômica, política, procracional, patrimonial, de conservação e religiosa), passando a constituir um *locus* de realização do desenvolvimento pessoal dos seus membros e de comunhão de afeto, afeto este "externado por condutas objetivas que marcam a convivência familiar" (TEIXEIRA e RODRIGUES, 2010) e consubstancia o "único elo que mantém pessoas unidas nas relações familiares" (LÔBO, 2015, p. 68).

Segundo Lôbo (2015), a família está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade.

O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Segundo Calderón (2013), no decorrer da modernidade (final do século XIII até meados do século XX), o espaço conferido à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que já era possível sustentá-la como vetor das relações pessoais.

Desta forma, ao lado das verdades jurídica e biológica, há outra verdade que não pode ser desprezada: a socioafetiva, deixando a parentalidade de ser uma para se tornar múltipla.

Diante da possibilidade da coexistência das filiações biológica e socioafetiva, surgiu a Multiparentalidade, um fenômeno jurídico com fundamento nas concepções da socioafetividade,

novo fator propulsor ao estabelecimento de parentesco, constituído por múltiplos pais, isto é, "quando um filho estabelece uma relação de paternidade e/ou maternidade com mais de um pai e/ou mais de uma mãe, representando uma realidade jurídica impulsionada pela dinâmica das novas relações parentais" (CUNHA PEREIRA, 2015, p. 470-471), quando a mera substituição da parentalidade (biológica e socioafetiva) não atende ao caso concreto.

A multiparentalidade tem uma relevância social para a sociedade brasileira, justificando-se diante da ocorrência das situações fáticas consolidadas que envolvem as relações multiparentais, além de se inserir num contexto da atualidade, primeiro, porque as decisões de 1º e 2º graus reconhecendo o instituto datam de 2012, merecendo destaque as decisões tomadas nos autos dos processos sob o n. 0038958-54.2012.8.16.0021 (PR), 0012530-95.2010.8.22.0002 (RO), 2013.06.1.001874-5 (DF), 0003264-62.2012.8.21.0125 (RS), 0201548-37.2013.8.04.0001 (AM), AC 0006422-26.2011.8.26.0286 (SP), e segundo, diante da paradigmática decisão do STF, no RE n. 898.060, com Repercussão Geral. Tais decisões abriram um precedente vanguardista, que trouxe, consequentemente, uma sucessão de controvérsias para as quais a ciência do Direito precisa trazer respostas.

A temática tem relevância científica porque carece de normatização legal no ordenamento jurídico, assim como de consenso definido ou consolidado na doutrina e nas decisões, apesar da decisão tomada no RE 898.060 pelo STF, necessitando de uma maior discussão.

Nesse sentido, o tema proposto da Multiparentadade é atual e exige uma análise apurada e cuidadosa, por representar uma quebra do paradigma da biparentalidade no direito da filiação, principalmente no sentido de dirimir as controvérsias suscitadas após a decisão do STF, para dar segurança jurídica ao direito das famílias e estabilidade às relações sociais, razão pela qual se faz relevante o estudo e reflexão do tema e da referida decisão paradigmática.

Para Valadares (2016, p. 5), "o reconhecimento da multiparentalidade é sinônimo de proteção aos envolvidos e faz com que situações fáticas sejam amparadas pelo Direito, que como guardião da sociedade não pode ficar imune às novas situações que lhe são postas".

A partir dessas razões epistemológicas, é que será desenvolvida a pesquisa com o tema "Multiparentalidade: uma análise da decisão do STF no RE 898.060 com Repercussão Geral e seus reflexos na doutrina brasileira", cuja problemática cerne está centrada na seguinte indagação: A decisão do STF deve ser aplicada indistintamente às relações multiparentais, considerando a coexistência das parentalidades biológica e socioafetiva?

Para tanto, objetiva-se promover uma análise do instituto da Multiparentalidade, sob o enfoque do Princípio da Afetividade, e da decisão proferida pelo STF no RE 898.060 com Repercussão Geral sob o Tema n. 622, trazendo à baila as discussões suscitadas na doutrina brasileira.

Para o desenvolvimento da pesquisa, quanto à abordagem, adotou-se o método dedutivo, tendo como premissa maior o Princípio da Afetividade incidindo nas relações multiparentais, levando à conclusão acerca do reconhecimento da Multiparentalidade, diante da decisão do STF: se deve dar indistintamente ou não; bem como o dialético, na verificação das hipóteses contraditórias, confrontando as correntes doutrinárias e pensamentos divergentes acerca da matéria. Quanto aos tipos de fonte, a pesquisa é bibliográfica, analisando-se o posicionamento doutrinário que trata da temática e dos reflexos advindos do reconhecimento da Multiparentalidade pelo STF, principalmente a decisão proferida no RE 898.060. Como resultados e inferências, pode-se afirmar que decisão proferida pelo STF no RE 898.060 trouxe, indubitavelmente, um novo marco para o direito à filiação, mas, por outro lado, deixou inúmeros questionamentos acerca dos quais a doutrina especializada apresenta posicionamentos divergentes.

Nesta senda, é possível entrever a relevância social e jurídica, além da polêmica envolvendo a Multiparentalidade, tendo em vista que se trata de um novel instituto no Direito das Famílias, que fomenta e fomentará ainda várias discussões, principalmente após a decisão do STF.

2 Desenvolvimento do Artigo

O tema central da problemática desta pesquisa tem como pilar teórico a concepção de família construída não somente por vínculos biológicos, mas por vínculos socioafetivos, acepção que trouxe mudanças significativas para o Direito das Famílias. Acerca disso, Lôbo (2015, p. 15) traz algumas reflexões:

> A família sofreu profundas mudanças de função, natureza, composição e, consequentemente, de concepção, sobretudo após o advento do Estado social, ao longo do século XX. A família patriarcal, que a legislação civil brasileira tomou como modelo, desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988.

Assim, a partir da Constituição Federal, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade.

Calderón (2013, p. 1), na mesma linha de raciocínio, sustenta que:

> a família contemporânea vivencia um processo de transição paradigmática, pelo qual se percebe um paulatino decréscimo de influências externas (da religião, do Estado, dos interesses do grupo social) e um crescente espaço destinado à realização existencial afetiva dos seus integrantes. No decorrer da modernidade, o espaço conferido à subjetividade e à afetividade alargou-se e verticalizou-se a tal ponto que, no último quarto do século XX, já era possível sustentar a afetividade como vetor das relações pessoais.

Para Lôbo (2015), a função básica da família é a realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, cujas funções antigas feneceram com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto.

O movimento de repersonalização do Direito Civil sustentou que a pessoa concreta devia ser o centro das suas preocupações, afastando o patrimônio como o centro das relações tuteladas pelo Código Civil de 1916. Nesta esteira, emergiu a doutrina do direito civil-constitucional, que influenciou fortemente a cultura jurídica das últimas décadas, no sentido de que os institutos de direito civil deveriam ser vistos sempre sob o prisma da Constituição, que está no vértice do ordenamento.

Segundo Paulino (*apud* LIRA, 2016), as modificações sofridas no Direito de Família incorporam uma metodologia constitucionalizada do direito civil, abandonando o viés patrimonializante próprio do Direito Civil clássico liberal e passa a valorar as relações familiares, segundo seu prioritário aspecto existencial, pondo em segundo plano o caráter econômico nelas eventualmente envolvidos.

Com isto, "houve uma perceptível aproximação do Direito com os dados da realidade, o que o levou ao encontro da afetividade quando do trato das relações interpessoais". (CALDERÓN, 2013, p. 2)

Assim, a Constituição de 1988 iniciou o reconhecimento legal da afetividade. Entretanto, precursoramente, quem atentou para a importância da afetividade foi o Professor João Baptista Villela, cujo estudo publicado em 1979, denominado **Desbiologização da Paternidade**, afirmou que a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural.

O autor (1979) prenunciou a relevância da afetividade diante das transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser uma unidade de caráter econômico, social e religioso para se afirmar fundamentalmente como um grupo de afetividade e companheirismo, imprimindo considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

Na essência, o trabalho (de Villela) procura dizer que o vínculo familiar constitui mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico, surgindo, assim, uma nova forma de parentesco civil, "a *parentalidade socioafetiva*, baseada na *posse de estado de filho".* (TARTUCE, 2016, p. 25)

Cunha Pereira (2012, p. 31-32) ressalta que a referida obra lançou as bases para a compreensão da paternidade socioafetiva e, após a Constituição de 1988, surgiram modernos doutrinadores que alargaram a trilha aberta por Villela.

O primeiro deles, que contribuiu para a construção de uma doutrina que acolhesse a afetividade no Direito de Família brasileiro, foi Luiz Edson Fachin (2000, p. 172), que sustentou o fim do ciclo biologista tradicional diante do debate do fundamento socioafetivo da filiação: "é tempo de encontrar, na tese (conceito biologista) e na suposta antítese (conceito sócio-afetivo) espaço de convivência e também de dissociação". Concluiu o doutrinador, "A paternidade *construída* se espelha na posse de estado de filho, apta a representar o afeto" (2000, p. 165).

As expressões "paternidade socioafetiva" e depois "parentalidade socioafetiva" são uma criação da doutrina brasileira, já absorvida pela jurisprudência. Quem primeiro definiu esta forma de constituição do parentesco foi justamente Fachin, em 1992. Está aí a origem próxima e base de sustentação da socioafetividade e multiparentalidade.

Corrobora Cunha Pereira (2012, p. 32), que:

> na mesma trilha e de igual importância, também ajudaram a construir e consolidar o afeto como um valor jurídico Giselda Hironaka, Maria Berenice Dias, Sérgio Resende de Barros, entre outros. Mas foi Paulo Lôbo quem deu ao afeto status de princípio jurídico, ao utilizar essa expressão pela primeira vez em seu texto sobre filiação em 1999, na Conferência durante o II Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM.

Para Lôbo (2015, p. 65):

> é o Princípio da Afetividade que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida e especializa os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, entrelaçando-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica da família.

Para o autor (2015), o princípio da Afetividade, cujo conteúdo é muito caro, pois deu ao afeto *status* de princípio jurídico no direito de família brasileiro em 1999, pela primeira vez, está implícito na Constituição, cujos fundamentos essenciais traduzem que: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 226, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva (art. 227, §§5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, que têm a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) a

convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).

Nesse sentido, Calderón (2013) constata que, recentemente, é possível perceber um número crescente de doutrinadores que adotam a perspectiva principiológica da afetividade[109], ao passo que há corrente doutrinária que sustenta expressamente que a afetividade não é um princípio jurídico, como Regina Beatriz Tavares da Silva, que entende se tratar de "um sentimento e não de um princípio de solução de conflitos jurídicos" (CALDERÓN, 2013, p. 296) e Tepedino, que "reconhece a relevância da afetividade nos relacionamentos familiares, mas não o vê como princípio jurídico" (CALDERÓN, 2013, p. 298)

E ainda existe uma terceira corrente, que sustenta a afetividade como valor jurídico, sem a sua inclusão no rol dos princípios do direito de família[110].

Para Cunha Pereira (2012, p. 215), "uma das mais relevantes consequências do princípio da afetividade encontra-se na jurisdicização da paternidade socioafetiva, que abrange os filhos de criação". Para o autor, essa é a atual verdade da filiação, sendo mais relevante do que os vínculos biológicos, pois é capaz de contribuir de forma efetiva para a estruturação do sujeito.

Nesta esteira, a socioafetividade tem sistematização recente no Brasil. Esse fenômeno, para Lôbo, (2015, p. 25), "que já era objeto de estudo das ciências sociais e humanas, migrou para o direito, como categoria própria, por meio dos estudos da doutrina jurídica especializada, a partir da segunda metade da década de 1990".

Leciona o autor (2015, p. 25):

> o termo socioafetividade conquistou as mentes dos juristas brasileiros, justamente porque propicia enlaçar o fenômeno social com o fenômeno normativo. De um lado, há o fato social e de outro o fato jurídico, no qual o primeiro se converteu após a incidência da norma jurídica. A norma é o princípio jurídico da afetividade. As relações familiares e de parentesco são socioafetivas, porque congrega o fato social (socio) e a incidência do princípio normativo (afetividade).

E arremata (2015, p. 25) que "toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica".

Dimas Carvalho (2014, p. 326) corrobora que:

> A filiação socioafetiva ocorre quando se demonstra a posse do estado de filho, ou seja, quando a aparência faz com que todos acreditem existir uma situação que juridicamente não é verdadeira. Na posse de estado de filho e posse de estado de pai existe uma aparência paterno-filial, uma reciprocidade afetiva entre pai e filho, que juridicamente não são parentes. O Direito não pode desprezar este fato, esta paternidade que se constrói na convivência e nos vínculos afetivos recíprocos, que se estabelece no ato de vontade e sedimenta-se no terreno da afetividade.

Desta forma, Lira (2016) sintetiza que "a filiação e a paternidade alcançaram um patamar muito mais humano, efetivo, afetivo e funcional, ou seja, uma relação de parceria, voltada para a constituição de laços sociais e afetivos entre pais e filhos".

---

[109] Como Maria Helena Diniz, Rolf Madaleno, Maria Berenice Dias, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Carlos Roberto Gonçalves, Rodrigo da Cunha Pereira, entre outros.

[110] A exemplo de Cristiano Chaves, Paulo Nader e Eduardo de Oliveira Leite.

A filiação, na pós-modernidade, vem fundada no afeto e na vontade, acima dos vínculos biológicos ou legais, portanto.

Apesar de não estar expressamente prevista no ordenamento jurídico brasileiro, a socioafetividade encontra respaldo na legislação civil (CC/02), cujos dispositivos fazem referências claras que exprimem a opção do legislador pela escolha da parentalidade socioafetiva: o art. 1.593[111], que abre a possibilidade **de outra origem de paternidade**, e o art. 1.596, que determina igualdade entre os filhos sejam eles havidos ou não no casamento, ou seja, biológicos ou não.

Para Cunha Pereira (2012, p. 216):

> A paternidade socioafetiva está alicerçada na posse de estado de filho, que nos remete à clássica tríade nomen, tractus e fama. Afinal quem cria um filho que não traz consigo laços biológicos pressupõe-se que o desejo permeou esta relação. E é claro que a consequência direta do desejo, neste caso, é a construção do afeto".

Sustentam Teixeira e Rodrigues (2010, p. 181) que:

> na hipótese de uma relação de parentesco socioafetivo, que se consubstancia na relação de filiação, a essência desse novo tipo de parentesco, e que deve ser investigada pela posse de estado de filho, é o próprio exercício da autoridade parental, externado sob a roupagem de condutas objetivas como criar, educar e assistir a prole, que acaba por gerar o vínculo jurídico da parentalidade.

Sendo assim, para as autoras, (2010), os pais socioafetivos são verdadeiros pais funcionais, ou seja, o exercício efetivo das funções parentais que os revelam para os filhos como seus referenciais paternos, e não os laços consanguíneos.

Lôbo (2015, p. 217) conceitua posse de estado de filho como sendo "situação fática na qual uma pessoa desfruta do *status* de filho em relação a outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal".

E conclui o autor (2015, p. 217) que "a aparência do estado de filiação revela-se pela convivência familiar, pelo efetivo cumprimento pelos pais dos deveres de guarda, educação e sustento do filho, pelo relacionamento afetivo, enfim, pelo comportamento que adotam outros pais e filhos na comunidade em que vivem".

Para Edson Fachin (1992), no fundamento da posse de estado de filho é possível encontrar a verdadeira filiação, que, nas palavras de Villela (1979), "reside antes no serviço e no amor que na apropriação".

Tartuce (2016, p. 436) arremata: "a posse de estado de filho constitui o âmago da parentalidade socioafetiva".

Nesse sentido, dispõe o Enunciado n. 256 do CJF: "a posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". E na V Jornada de Direito Civil, promovida pelo STJ em 2011, aprovou-se o Enunciado n. 519, que preconiza: "O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação em pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais".

Sintetizando, Lira (2016) conceitua a posse de estado de filho, sendo:

> o exercício de fato da filiação socioafetiva, baseada tão somente nos sentimentos altruístas entre os ocupantes das funções de pai ou mãe e filhos

[111] "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem".

> independente da origem genética. É o agir verdadeiramente como pai ou mãe, ainda que não tenha contribuído com o material genético. É o aceitar pelo filho como pai ou mãe aquele que age como tal. É viver essa correspondência de filiação e parentalidade no cotidiano de dois seres unidos pelo afeto, o filho e o pai/mãe, ainda que não haja liame biológico ou civil envolvido nessa relação.

Portanto, a parentalidade liga-se muito mais a uma função do que propriamente a uma relação biológica. (Revista IBDFAM, 2016)

Consolidado o conceito de parentalidade socioafetiva, há de se indagar se existe a possibilidade de coexistência da filiação biológica e da filiação construída pelo afeto.

Neste sentido, Marianna Chaves (IBDFAM, 2014) questiona: Mas será que para efeitos de estabelecimento de filiação, os laços biológicos estão sempre a concorrer com os liames afetivos? Será que em vez de vislumbrarmos concorrência, não podemos enxergar possibilidades de complementação? Não será possível que alguém tenha mais de duas pessoas que exerçam efetivamente e afetivamente as funções parentais, não se enxergando a questão sempre sob uma ótica de substituição ou exclusão?

Tartuce (2016, p. 432-433) também interroga: "por que não seria possível a hipótese de a pessoa ter dois pais ou duas mães no registro, para todos os fins jurídicos, inclusive familiares e sucessórios?" Justificando que a *escolha de Sofia* entre o vínculo biológico e o socioafetivo não pode mais prosperar.

Cassetari (2015, p. 174), na mesma esteira, indaga: "Se a paternidade biológica não se sobrepõe à socioafetiva por serem iguais, não deveriam elas coexistir?" E Valadares (2016, 53) questiona "Por que um filho não pode ter mais de dois pais ou mais de duas mães, se o ordenamento jurídico reconhece mais de uma forma de parentalidade?"

Como resposta, Dias (2016) entende ser possível a coexistência da filiação biológica e afetiva, constituindo o melhor caminho para o reconhecimento da multiparentadade.

Teixeira e Rodrigues (2010) também defendem a possibilidade do reconhecimento da paternidade socioafetiva cumulada com a paternidade biológica de maneira simultânea, culminando no fenômeno da multiparentalidade simultânea, e a defendem como alternativa de tutela jurídica para um fenômeno já existente na sociedade.

Welter (*apud* TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010, p. 203) leciona que:

> A paternidade genética não pode se sobrepor à paternidade socioafetiva e nem esta pode ser compreendida melhor do que a paternidade biológica, já que ambas são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas, porque fazem parte da condição humana tridimensional genética, afetiva e ontológica. Assim, não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória humana".

O autor, ao elaborar a Teoria Tridimensional do Direito de Família, preconiza a possibilidade de cumulação de paternidades e maternidades em relação a um mesmo filho, fundamentando seu entendimento na complexa ontologia do ser humano, na medida em que a condição humana é tridimensional – genética, afetiva e ontológica (*apud* Teixeira e Rodrigues, 2010).

Barbosa de Almeida e Rodrigues Junior (2010, p. 381) defendem que:

> não se pode falar em supremacia de um critério sobre outro. Ao revés, entende-se que, em princípio, eles não se excluem. A própria evolução histórica indica que o surgimento dos critérios se deu sempre voltada para a complementação. Nesse sentido, como complementar equivale a acrescer, talvez seja possível admitir a pluriparentalidade da paternidade e da maternidade.

E concluem (2010, p. 383) que "parece permissível a duplicidade de vínculos materno ou paterno-filiais, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir, ou em complementação ao elo biológico ou jurídico pré-estabelecido, ou antecipadamente ao reconhecimento da paternidade ou maternidade biológica".

Apesar deste entendimento por alguns doutrinadores e em julgados[112], há quem sustente[113] o conflito entre os critérios de determinação da filiação, ou seja, diante da existência de uma parentalidade biológica e outra afetiva, o julgador[114] deveria optar pelo reconhecimento de apenas uma delas para fins de registro civil e geração de efeitos jurídicos.

Para Tavares da Silva (2016), "não é possível determinar a priori a prevalência de uma das espécies de paternidade sobre a outra, devendo ser analisados os interesses envolvidos, para que se conclua sobre a prevalência ou não de uma sobre a outra" no caso concreto. Embora defensora da elevação da socioafetividade ao patamar de parentesco civil, a autora (2016) é contrária ao reconhecimento da Multiparentalidade:

> Somos contra a multiparentalidade. As pessoas se separam, se unem… Uma decisão a favor da multiparentalidade afeta questões de patrimônio, de ordem alimentar. Será mais trabalhoso para os juízes decidirem caso a caso? Sim. Mas a multiparentalidade vai trazer insegurança jurídica.

Tavares (2016) sustenta que "a admissão da multiparentalidade em nosso ordenamento jurídico produzirá efeitos nefastos sobre a vida das crianças e adolescentes, assim como o aumento vertiginoso de conflitos entre todos aqueles que exercem o poder familiar", cuja decisão afetará questões de patrimônio e de ordem alimentar

Para tanto, levanta as seguintes dúvidas: Uma criança deveria, ao mesmo tempo, ter vários pais e várias mães? A multiparentalidade seria benéfica para uma criança? (TAVARES DA SILVA, 2016)

No mesmo posicionamento, a Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) é absolutamente contrária à multiparentalidade e favorável a que em cada caso seja examinada a prevalência de uma das espécies de paternidade, haja vista as variantes de cada caso serem muitas. A eleição da paternidade biológica ou socioafetiva deve sempre depender da análise do caso concreto. (TAVARES DA SILVA, 2016)

Contrariamente também à multiparentalidade, Gramstrup e Queiroz (2016) sustentam que não há sentido algum em se admitir que uma pessoa possa ter dois pais ou duas mães, ou seja, não há como se acolher dois ou mais vínculos simultâneos paterno-filiais, devendo prevalecer uma

---

[112]Nesse sentido: TJSP, AC 0006422-26.2011.8.26.0286, 1ª Câmara Cível, Des. Rel. Alcides Leopoldo e Silva Junior, j 14/08/12; Vara de Família de Sobradinho/DF, Processo n. 2013.06.1.001874-5, j. 06/06/14; TJRS, AC 70062692876, rel. Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12/02/15.

[113] Chaves e Rosenvald (2015, p. 599) defendem "que a filiação será determinada através de um, ou de outro, critério, a depender do caso concreto".

[114] Neste sentido: Decisão do TJRS na AC 70033740325, 8ª Câmara Cível, Des. Rel. Rui Portanova, DJERS 25/03/10; na AC 70029502531, 7ª Câmara Cível, Des. Rel. Ricardo Raupp, DJERS 22/01/10.

parentalidade sobre a outra, a depender do exame de cada caso, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, o do maior interesse da criança ou adolescente e o da afetividade.

Por outro lado, Lira (2016) explica que apesar do reconhecimento pela doutrina e jurisprudência da prevalência da filiação socioafetiva sobre a biológica, quando em confronto, em várias situações a solução da substituição da paternidade não se apresentava como a mais adequada. Em um caso concreto, o autor verificou não exatamente o confronto entre a paternidade biológica e a socioafetiva, mas uma verdadeira duplicidade de paternidade – uma socioafetiva, que gerou a paternidade registral – e a outra biológica, que não consta no registro, mas que de fato é exercida socioafetivamente.

Para essas hipóteses, a simples substituição de uma paternidade pela outra não resolve adequadamente o problema, surgindo na doutrina e sendo reconhecida em alguns julgados a Multiparentalidade.

Neste quadrante, Paiano (2017) defende a multiparentalidade como forma de se reconhecer uma situação jurídica fática consolidada no tempo, em que mais de uma pessoa exerce o papel de pai ou mãe na vida de seu filho, devendo ser estabelecida quando, no caso concreto, o filho ou os pais buscarem o reconhecimento judicial dessa realidade.

Em que pese a divergência de entendimentos, recentemente e em paradigmática decisão, o STF[115], nos autos do RE 898.060/SC, com Repercussão Geral reconhecida (Tema 622), admitiu a possibilidade de coexistência das filiações biológica e socioafetiva, para todos os fins de direito, ampliando os vínculos parentais e reconhecendo a configuração da Multiparentalidade.

No caso concreto, escolhido como *leading case* da Repercussão Geral 622, é possível verificar pela leitura da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara da Família da Comarca de Florianópolis, bem como dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que a autora, F. G., é filha biológica de A. N., o que restou comprovado pelo resultado dos exames de DNA produzidos no curso do processo. Todavia, a autora foi registrada como filha de I. G., quando de seu nascimento, dele recebendo, por mais de vinte anos, os cuidados de pai. O acórdão de origem reconheceu a dupla parentalidade, dispondo acerca dos efeitos jurídicos decorrentes do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança. Contra essa decisão insurgiu-se o pai biológico, por meio da interposição do Recurso Extraordinário ora em comento, sustentando a preponderância da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, com fundamento nos artigos 226, §§4º e 7º, 227, caput e § 6º, 229 e 230 da Constituição Federal, posto existir vínculo de parentalidade socioafetiva previamente reconhecido e descoberta posterior da paternidade biológica.[i]

O IBDFAM atuou como *Amicus Curiae*, sustentando o reconhecimento jurídico de ambas as paternidades, "em condição de igualdade material, sem hierarquia, nos casos em que ambas apresentem vínculos socioafetivos relevantes" (IBDFAM, Notícia, 2016), ao passo que a ADFAS, ao ingressar no RE 898.060 também como *Amicus Curiae*, defendeu que o tema de repercussão geral limitava-se à prevalência de uma ou outra espécie de paternidade e não envolvia a multiparentalidade - mesmo posicionamento acolhido por Tavares da Silva (2016).

No voto, o relator, Ministro Luiz Fux, ressaltou a importância de não se reduzir o conceito de família a modelos padronizados, além de afirmar a ilicitude da hierarquização entre as diversas formas de filiação, acentuando a necessidade de se contemplar, sob o âmbito jurídico, as variadas formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar: "(i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais (como a fecundação artificial homóloga ou a inseminação artificial

[115] No RE 898.060/SP.

heteróloga – art. 1.597, III a V do Código Civil de 2002); (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade".

A partir dessa premissa, e afirmada a possibilidade de surgimento da filiação por origens distintas, fundamentou seu voto na vedação à discriminação e hierarquização entre as espécies de filiação, o pleno desenvolvimento das famílias, o direito à busca da felicidade como princípio constitucional implícito, o princípio da paternidade responsável e no supraprincípio da dignidade humana, o qual em "sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais", o que impõe o reconhecimento de modelos familiares diversos da concepção tradicional, para se assentar que tanto os vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, como os originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos em nosso ordenamento, em razão da imposição decorrente do princípio da paternidade responsável, expresso no § 7º, do art. 226, da Constituição.

Como consequência, é descabido "pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos", sob pena de se transformar ser humano "em mero instrumento de aplicação dos esquadros determinados pelos legisladores".

Assim sendo, conclui o Ministro Luiz Fux em seu voto, que:

> A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa da proteção a situações de pluriparentalidade. É imperioso o reconhecimento, para todos os fins de direito, dos vínculos parentais de origem biológica e afetiva, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos.

E fixou a seguinte tese: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais", vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário.

A decisão sob comento e a tese repercutiram na doutrina de escol. Para Valadares (2016, p. 4), "a decisão da corte suprema se torna um marco para o Direito das Familias, pois além de reconhecer a socioafetividade como um parentesco, impõe a igualdade entre a biologia e a afetividade, inovando ao definir que elas não são, necessariamente, excludentes uma da outra", consubstanciando a Multiparentalidade.

Para Paiano (2017, p. 180), diante do celebrado julgamento, houve um avanço, uma vez que "o reconhecimento da tese da multiparentalidade soluciona situações jurídicas concretas que espelham esse duplo vínculo de filiação, evidenciando-se em um modo mais justo de solucionar o caso em concreto".

Na opinião de Calderón (Revista IBDFAM, 2016), a decisão do STF também permite um claro avanço, uma vez que confere maior dignidade ao vínculo socioafetivo.

O STF, ao prever expressamente a possibilidade jurídica da pluralidade de vínculos familiares, consagrou um importante avanço: o reconhecimento da multiparentalidade – um dos novíssimos temas do direito de família (CALDERÓN, 2017). E o autor destaca três aspectos principais diante da tese estabelecida na repercussão geral: o reconhecimento jurídico da afetividade, o vínculo socioafetivo e biológico em igual grau de hierarquia jurídica e a possibilidade jurídica da multiparentalidade. (2017)

Para Schreiber (2016), a conclusão alcançada pela decisão do STF é corajosa e ousada, na medida em que exprimiu clara ruptura com o dogma antiquíssimo segundo o qual cada pessoa tem apenas um pai e uma mãe, sendo o Tribunal de uma só tacada a) reconheceu o instituto da paternidade socioafetiva mesmo à falta de registro – tema que ainda encontra resistência em parte da doutrina do direito de família; b) afirmou que a paternidade socioafetiva não representa uma paternidade de segunda categoria diante da paternidade biológica; e c) abriu as portas do sistema jurídico brasileiro para a chamada "multiparentalidade".

Mas por outro lado, o autor (Revista IBDFAM, 2016) demonstra preocupação com as possíveis lides mercenárias, baseadas em puro interesse patrimonial:

> Ao STF não compete redesenhar, em cada decisão, todo o sistema jurídico. O Direito de Família e seus 'vizinhos' deverão ser reinterpretados à luz da superação da biparentalidade, recordando-se que a multiparentalidade é via de mão dupla: gera deveres e responsabilidades para pais e filhos. Assim, se um filho, sabedor da existência de um pai biológico doente e necessitado, omite-se por longos anos para, só com a morte do genitor, pretender sua herança, o caso exigirá ponderação entre o reconhecimento da paternidade, que não tem caráter absoluto, e outros interesses jurídicos de igual hierarquia. Demandas mercenárias existirão, como já existem antes, e devem ser combatidas com abuso de direito, boa-fé objetiva e outros remédios.

Conclui Schreiber (2016) que diante de filhos que somente se interessam pelos pais biológicos no momento de necessidade ou ao se descobrirem como potenciais herdeiros de fortunas, competirão aos juízes e tribunais separar o joio do trigo, empregando mecanismos disponíveis na ordem jurídica brasileira para evitar o exercício de uma situação jurídica subjetiva em descompasso com seu fim axiológico-normativo.

Neste sentido, outras discussões são suscitadas entre os doutrinadores, a exemplo de Lôbo (IBDFAM, 2016), que entende que a referida decisão não se aplica a qualquer hipótese de filiação não biológica, "apenas à situação de filiação socioafetiva consolidada, registrada ou não, que foi contrastada, posteriormente, pelo reconhecimento voluntário ou não de parentalidade biológica", não devendo ser entendida de modo diverso.

Para o autor (2017, p. 29), resulta da referida decisão, de aplicação geral pelos tribunais:

> O reconhecimento jurídico da paternidade socioafetiva (abrangente tanto da paternidade quanto da maternidade);
> A impossibilidade de impugnação da paternidade ou maternidade socioafetivas que tenha por fundamento a origem biológica de reconhecimento superveniente;
> A possibilidade de conhecimento da origem biológica, tanto para fins de direito de personalidade quanto para os efeitos de parentesco biológico concorrente com o parentesco socioafetivo;
> A possibilidade de multiparentalidade, máxime na situação paradigma que serviu de base para a fixação da tese (RE 898.060): a mãe, o pai socioafetivo e o pai biológico;
> Aplicabilidade exclusiva à parentalidade socioafetiva em sentido estrito, ou seja, posse de estado de filiação.

Lôbo (2017) entende que a admissão pelo STF da multiparentalidade foi surpreendente ante seu alcance alargado e não esperado pela doutrina da parentalidade socioafetiva - que objetivava o seu reconhecimento jurídico, não podendo ser desafiado por investigação de paternidade/maternidade cumulada com o cancelamento do registro civil com fundamento exclusivo

na origem biológica, além da igualdade jurídica de ambas as parentalidades, sem prevalência de qualquer uma delas.

Nesse ponto, é interessante fazer uma análise crítica da decisão, que tem efeitos *erga omnes*, diante da repercussão geral, que tomou como base para o reconhecimento da multiparentalidade apenas o critério biológico com paternidade socioafetiva já estabelecida e consolidada, para fins meramente patrimoniais.

Para Lira (2016), foi extremamente significativo o reconhecimento da Multiparentalidade pela Corte Superior, com a inclusão de mais de um pai ou mais de uma mãe no mesmo registro de nascimento, entretanto, os motivos que levaram ao referido julgamento parecem um retrocesso, pois o que serviu de fundamento foi o fato de que existir um pai registral, socioafetivo, não impede que se busque lançar no registro, também, a filiação biológica para efeitos meramente patrimoniais no tocante aos alimentos e herança.

E o autor (2016) pontua que ao se reconhecer a multiparentalidade com o objetivo patrimonial, abriu-se uma imensa porta que não será tarefa fácil do sistema jurídico brasileiro fechar, já que se trata de decisão da Suprema Corte, mas são questões que devem ser doravante analisadas pela doutrina.

Simão (2017) destaca o fundamento da decisão, que toma por base o voto do Ministro Fux[116], quando afirma que "a evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser", significando que o DNA é tido como relevante para a formação do parentesco e, ao ser equiparado ao afeto, gera a multiparentalidade, desconsiderando-se a diferença entre ascendente genético e pai.

Neste aspecto, a questão perpassa pela importância de se distinguir o direito ao conhecimento à origem genética do direito à filiação.

Madaleno (*apud* Aguirre, 2017) ressalva a distinção do direito de se conhecer a origem genética da socioafetividade, a fim de se permitir ao filho conhecer sua ascendência consanguínea, sem, contudo, desconstituir a paternidade ou maternidade socioafetiva, pois qualquer pessoa "vai apenas investigar o doador do material genético que lhe deu origem e existência, vai conhecer sua identidade estática ao exercer o direito ao conhecimento de sua vida íntima", mas não modificará sua relação familiar, "porque família ele já tem e neste núcleo construiu sua identidade dinâmica".

Para Lôbo (2004):

> O estado de filiação, decorrente da estabilidade dos laços afetivos construídos no cotidiano de pai e filho, constitui fundamento essencial da atribuição da paternidade ou maternidade. Nada tem a ver com o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética. São duas situações distintas, tendo a primeira natureza de direito de família, e a segunda, de direito da personalidade.

O autor (2017, p. 211) leciona que "a filiação não é haurida da natureza". E arremata (p. 224):

> O estado de filiação deriva da comunhão afetiva que se constrói entre pais e filhos, independentemente de serem parentes consanguíneos. A verdade em matéria de filiação colhe-se no viver e não em laboratório ou na natureza.

[116] Trecho do voto do Ministro Relator Luiz Fux no RE 898.060

> Portanto, não se deve confundir o direito da personalidade à origem genética com o direito à filiação, seja genética ou não.

A questão foi analisada por Calderón (2017) destacando que na decisão do STF "alguns pontos não restaram acolhidos, como a distinção entre o papel de genitor e pai, bem destacado no voto divergente do Ministro Edson Fachin[117] ao deliberar sobre o caso concreto".

A evolução da família e do Direito expressam a passagem do fato natural da consanguinidade, que era indispensável para a família patriarcal e exclusivamente matrimonial, para o fato cultural da afetividade, baseada na convivência duradoura com pais socioafetivos, conduzindo a distinção entre pai e genitor ou procriador, pois pai é aquele que cria, e genitor, o que gera. A paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem (biológica ou não).

Portanto, não há que se confundir direito de personalidade ao conhecimento à origem genética a que todos têm, com o direito à filiação fundada no principio da Afetividade.

O que se questiona é se é possível o reconhecimento da Multiparentalidade com base apenas no critério biológico, para fins de parentesco biológico concorrente com o parentesco socioafetivo, não estando presente a efetiva afetividade e convivência entre as pessoas que buscam o vínculo parental.

Gagliano e Pamplona (2017, p. 658) entendem que "de acordo com o voto do Min. Luiz Fux, caberá ao filho, de acordo com seu próprio interesse decidir se mantém em seu registro apenas o pai socioafetivo ou ambos, o socioafetivo e o biológico", mesmo que não tenha construído com o genitor vínculo de afetividade algum, ainda que seja para fins meramente patrimoniais, a exemplo de fazer jus à sua herança.

Para os autores (2017, p. 658), o que há de novo "é a decisão do Supremo admitir essa parentalidade plúrima de acordo com o exclusivo interesse do filho, mesmo não havendo sido construída história de vida alguma com o pai biológico".

Indaga-se: há limites para o seu reconhecimento? Entende Aguirre (2017) que o limite para a assunção da Multiparentalidade encontra-se exatamente na existência, ou não, da afetividade, eis que o reconhecimento de vínculos concomitantes só será possível quando existente a socioafetividade entre o pai biológico e o filho, e também comprovada a socioafetividade com outra pessoa que exerça concomitantemente o papel paterno/materno, para, somente assim, ser possível o reconhecimento de vínculos simultâneos.

Entendemos ser possível que o reconhecimento da multiparentalidade só tenha guarida quando a realidade da vida já a consolidou; quando as situações fáticas estão consolidadas sob o manto do afeto e da convivência familiar sólida, tendo como limite a vedação da multiparentalidade para fins meramente econômicos[118] ou para outros fins ilícitos, imorais ou escusos, sob pena de se chancelar uma busca desenfreada por filiações.

Neste sentido, Carlos Alberto e Adriana Caldas Dabus Maluf (2016, p. 532) ponderam sobre o tema, que exige acurado exame, pois pode trazer consignado "o inconveniente de abrir sério precedente para o estabelecimento da filiação com o fim único de atender preponderantemente a interesses patrimoniais (muitas vezes escusos)".

A ponderação também se estende a Aguirre (2017), ao se posicionar pela não consolidação da Multiparentalidade "se o objetivo for eminentemente patrimonial, com vistas somente à obtenção de benefícios econômicos, tais como um pleito sucessório ou de alimentos em que não tenha existido o vínculo afetivo e represente apenas a busca pelo ganho fácil".

---

[117] Não disponibilizado no RE 898.060.

[118] Como foi reconhecido pelo TJRS na AC 700224449524

E conclui o autor (2017) que "O vínculo meramente biológico não é capaz de produzir os efeitos decorrentes das relações de parentesco, em razão da ausência de afetividade, mas será capaz de garantir o exercício do direito à identidade".

Na mesma linha de raciocínio, embora defensores da impossibilidade da tese da Multiparentalidade, Chaves e Rosenvald (2015, p. 599) sustentam que:

> o tema exige cuidados e ponderações de ordem prática, uma vez que admitida a pluriparentalidade, estar-se-ia tolerando, por igual, a pluri hereditariedade, gerando inconvenientes explícitos, como uma estranha possibilidade de estabelecimento da filiação para atender meramente a interesses patrimoniais. Mais ainda: uma pessoa poderia herdar várias vezes, de seus diferentes pais.

Para Simão (2017), o entendimento do STF abre as portas para as ações argentárias em que o autor da ação investigatória de paternidade, já tendo um pai, pretende ter a herança de outrem (ascendente genético) e não um pai. Entretanto, Calderón (*apud* Simão, 2017) rebate sustentando que "essa possibilidade deverá merecer atenção especial por parte dos operadores do Direito, mas não parece alarmante, e muito menos, intransponível", em que pese ter destacado (2017) que "merecem ouvidos os alertas de José Fernando Simão, a respeito do risco de se abrir a porta para demandas frívolas, que visem puramente o patrimônio contra os pais biológicos".

Mas para Aguirre (2017):

> Em nosso entendimento, o reconhecimento da multiparentalidade representa considerável avanço em nosso ordenamento jurídico, posto traduzir o fim da lógica binária e excludente representada pelo confronto entre a parentalidade biológica x parentalidade socioafetiva e alargar a acepção dos vínculos de parentesco em nosso sistema, permitindo-se o reconhecimento de novas estruturas familiares e parentais, desde que estejam assentadas no afeto e não na busca por benefícios patrimoniais ou, tão somente, na verdade dos códigos genéticos.

Valadares (2016) não defende a multiparentalidade como regra, assim como Simão (2015), mas em contrapartida, a autora afirma não conseguir vislumbrar a minoria que vivencia essa situação sendo discriminada juridicamente pelo simples fato de não ser a realidade da maioria ou pela inexistência de uma legislação, tratando-se de mais uma possibilidade de promover e proteger a pessoa humana.

No mesmo sentido, Aguirre (2017) também sustenta que a multiparentalidade não constitui regra em nossa ordem jurídica após a Repercussão Geral 622, não devendo a parentalidade socioafetiva coexistir em todos os casos com a biológica, ressaltando que as relações afetivas podem decorrer de situações em que a socioafetividade esteja presente nas relações com o genitor, mas também com outro sujeito que exerça o papel de pai, e exemplifica:

> Podemos citar a hipótese em que pai biológico mantém estreita relação afetiva com seu filho, o qual, por sua vez, também possui vínculo de afeto com o novo companheiro de sua mãe, externando uma relação de filiação-paternidade, ainda que não seja registral. Ou os casos em que o pai registral possui relação socioafetiva com seu filho, que agora vive com o pai biológico, novo companheiro de sua mãe, em uma convivência pautada pela afetividade.

Assim, com a evolução social, a família sofreu uma profunda mudança com a nova ordem constitucional, deixando a parentalidade de ser una para ser múltipla. E o reconhecimento do novel

fenômeno da Multiparentalidade rompe o paradigma da filiação biparental, coexistindo, simultaneamente, as filiações biológica e socioafetiva, com a incidência de todos os efeitos jurídicos, para fazer valer os princípios da Dignidade da Pessoa Humana, do Superior Interesse da Criança e Adolescente e o da Afetividade na nova ordem familiar – não discriminatória, inclusiva e buscando a realização pessoal dos seus membros.

Comungamos do entendimento de que a Multiparentalidade deve ser analisada caso a caso, devendo ser reconhecida quando as relações multiparentais fáticas estão consolidadas, rechaçando o seu reconhecimento apenas para fins patrimoniais, haja vista a Multiparentalidade ser reconhecida com base no Princípio da Afetividade efetivamente presente entre pais e filhos, consubstanciando-se em condutas objetivas que permeiam a convivência duradoura e o afeto dispendido entre pais socioafetivos e biológicos com seus filhos.

3 Considerações finais

A multiparentalidade é um novo fenômeno do Direito das Famílias, hoje uma realidade em muitas famílias onde ter mais de um pai ou mais de uma mãe deixa de ser uma situação abstrata para ser uma situação fática, e exige, portanto, uma análise apurada e cuidadosa por parte dos julgadores e da doutrina, levando em consideração a análise de caso a caso, que apontará para a melhor solução, considerando que a socioafetividade deve ser o fundamento a justificar o reconhecimento da multiparentalidade.

A decisão em comento trouxe, sem sombra de dúvidas, um novo marco para o direito à filiação, com o reconhecimento jurídico da Afetividade, a igualdade e coexistência das parentalidades biológica e socioafetiva, sem uma excluir necessariamente a outra, e a possibilidade jurídica da Multiparentalidade, mas, por outro lado, deixou inúmeros questionamentos e alguns posicionamentos, como destacamos ao longo do artigo, demonstrando os seus reflexos na doutrina especializada.

Portanto, respondendo à problemática proposta, conclui-se que a socioafetividade deve pautar as relações múltiplas parentais, consolidando a Multiparentalidade, não podendo a decisão do STF ser aplicada indistintamente, principalmente no sentido de coibir demandas que tenham por objetivo apenas fins patrimoniais diante da inexistência do vínculo socioafetivo entre pais/mães e filhos, orientando-nos na melhor doutrina que dirime as controvérsias suscitadas após a decisão proferida pelo STF.

Referências

AGUIRRE, João. *Reflexos sobre a Multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF*, publicado na Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, v. 5, n. 1, 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.18316/REDES. Acesso em: 07 abr. 2017;

BARBOSA DE ALMEIDA, Renata; Rodrigues Junior, Walsir Edson. *Direito Civil. Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

BRASIL. STF. RE 898.060/SP. Plenário. Min. Rel. Luiz Fux, j. 22/09/16;

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da Afetividade no Direito de Família*. Rio de Janeiro, Renovar, 2013;

_____. Reflexos da decisão do STF que acolheu a socioafetividade e a multiparentalidade. Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 27 set. 2016;

_____. Novidades no Direito de Família – STF acolhe socioafetividade e multiparentalidade. Disponível em: <www.lfg.com.br> Acesso em: 17 abr. 2017;

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. *Efeitos Jurídicos*. 2ed. São Paulo: RT, 2015

CHAVES, Marianna. Famílias Mosaico, Socioafetividde e Multiparentalidade: Breve ensaio sobre as relações parentais na Pós-Modernidade. In: Cunha Pereira, Rodrigo da; Dias, Maria Berenice (Coord.) *Famílias: Pluralidade e Felicidade. Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014;

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

_____. Parentalidade Socioafetiva: o ato fato que se torna relação jurídica. In: *Revista IBDFAM: Família e Sucessões*. Maio/Jun, n. 09. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015;
_____. *Dicionário de Direito de Família e Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015;

_____ (Coord.) Repensando o Direito de Família. *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Ibdfam, 1999;

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11ed. São Paulo: RT, 2016;

EDSON FACHIN, Luiz. Paternidade e Ascendência Genética. In: Leite, Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade. DNA Como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2010;

_____. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*. Porto Alegre: Fabris, 1992;
_____ (Coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000;

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Atlas, 2015;

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

GRAMSTRUP, Erik Frederico; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A Socioafetividade e a Multiparentadade. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Mar/Abr, Ano II, n. 11. Porto Alegre: Magister, 2016;

IBDFAM. Parentalidades Simultâneas. Agora é regra. *Revista IBDFAM. Multiparentalidade: Vínculos que se entrelaçam*. Out/Nov, ed. 29, 2016;

_____. Notícia - O que prevalece: a paternidade biológica ou a socioafetiva? STF vai decidir. Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 31 out. 2016;

LIRA, Wlademir Paes. Análise da Multiparentalidade num caso concreto, através de sentença. Artigo científico produzido em 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária. In: Pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004;

_____. *Direito Civil. Famílias*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015;

_____. *Direito Civil. Famílias*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

_____. Jurista comenta repercussão da tese sobre multiparentalidade fixada pelo STF. IBDFAM, 28/09/16. Disponível em: <www.ibdfam.org.br> Acesso em: 29 set. 2016;

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2016;

MESSIAS DE CARVALHO, Dimas. Parentalidade Socioafetiva e Efetividade da Afetividade. In: Pereira, Rodrigo da Cunha; Dias, Maria Berenice (Coord.) *Famílias: Pluralidade e Felicidade.* Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014;

PAIANO, Daniela Braga. *A Família Atual e as Espécies de Filiação.* Da Possibilidade Jurídica da Multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017;

SCHREIBER, Anderson. STF, Repercussão Geral 622: a Multiparentalidade e seus Efeitos. Jornal Carta Forense (versão digital), publicado em 26/09/2016. Disponível em: www.cartaforense.com.br Acesso em: 23 fev. 2017;

_____. Multiparentalidade e seus Reflexos. *Revista IBDFAM*. Out/Nov, ed. 29, 2016;

SIMÃO, José Fernando. A multiparentalidade está admitida e...com repercussão geral. Vitória ou derrota do afeto? Parte 2. Jornal Carta Forense (versão digital), publicado em 03/01/2017. Disponível em: www.cartaforense.com.br Acesso em: 13 abr. 2017;

_____. Que 2016 venha com as decisões do STF necessárias ao Direito de Família. Disponível em: www.conjur.com.br Acesso em: 19 maio 2017;

BRASIL. STF. RE 898.060/SP. Plenário. Min. Rel. Luiz Fux, j. 22/09/16;

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil. Direito de Família*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 5;

_____. *Direito Civil. Direito de Família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 5;

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Multiparentalidade: muitos pais e muitas mães para uma única criança. Publicado em 07 jul. 2016. Disponível em: <www.reginabeatriz.com.br>. Acesso em 18 jul. 2016;

_____. Multiparentalidade não poderia ter sido examinada pelo STF. Publicado em 28 set. 2016. Disponível em: www.reginabeatriz.com.br Acesso em: 20 fev. 2017;

_____. Paternidade socioafetiva X Paternidade biológica. Publicado em 15 set. 2016. Disponível em: www.reginabeatriz.com.br Acesso em: 19 abr. 2017;

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; Rodrigues, Renata de Lima. *O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade*. São Paulo: Atlas, 2010;

VALADARES, Maria Goreth Macedo. *Multiparentalidade e as novas relações parentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da Paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, ano XXVIII, n.21, Belo Horizonte: 1979.

A VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO COMO INSTRUMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL NOS CONTRATOS RELACIONADOS A HABITAÇÃO COM GARANTIA HIPOTECÁRIA

Edson Martinelli Guimarães Junior,
graduando em direito (PIOXII);
edson.martinelli@live.com

Sâmela Cristina de Souza,
Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV);
samela.cristinadesouza@gmail.com

Resumo

Têm-se conhecimento que há uma dicotomia jurídica entre público e privado, é sabido que dentro da constitucionalização do direito civil, mais especificamente no direito contratual a corrente majoritária, tem entendido que, a vedação do comportamento ao contraditório se apresenta como reflexo dessa. É nítido que referido mecanismo se faz importante para o setor contratual. Sua relevância está na proteção da legitima confiança e por isso se coaduna com a noção do direito civil constitucional e da personalização do direito civil. No presente trabalho buscou-se aplicar os elementos do venire para situações em que mesmo havendo liberação da hipoteca no RGI, o imóvel se mantém constrito em execução hipotecária e terceiros de boa-fé são prejudicados.

Palavras chave: Direito civil. constitucionalização. terceiro de boa-fé. vedação ao comportamento contraditório; execução hipotecaria.

Abstract

It is well known that there is a legal dichotomy between public and private, it is well known and well known that within the constitutionalisation of civil law, more specifically in contractual law, the mainstream, it is understood that the prohibition of contradictory behavior is a reflection of this. It is clear that this mechanism is important for the contractual sector. Its relevance lies in the protection of legitimate trust and therefore coordinates with the notion of constitutional civil law and civil law personalization. In the present work, we tried to apply the elements of the venire to situations in which, even if there is a mortgage release in the RGI, the property remains confined to foreclosure and good faith third parties are impaired.

Palavras chave: Civil right; Constitutionalisation; Third in good faith; Prohibition of contradictory behavior; Foreclosure

1 Introdução

Com o objetivo de analisar as relações contratuais hipotecarias será feita uma análise e explanação das alterações sociais passadas por nosso Estado, como essas refletem no âmbito do

direito. Também será necessário estudar a constitucionalização do Direito Civil e um estudo mais detalhado de alguns mecanismos como a boa-fé, a vedação do comportamento contraditório e a constitucionalização do Direito civil.

Ao falar sobre direito é preciso ressaltar a separação existente entre os ramos público e privado, este é regido pelo direito civil que, como o próprio nome já diz, é responsável pelas relações civis dentro da sociedade.Conforme já é consolidado no meio jurídico, é de total importância fazer referência histórica e evolucionista a dois códigos existentes dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Referidos códigos trazem discrepantes diferenças que relatam não só as mudanças no âmbito jurídico, como também as mudanças sociais ocorridas em um curto prazo de tempo, qual seja, o marcante golpe militar de 1964. São esses os códigos de 1916 e 2002. O C.C de 1916 é reconhecido por seu caráter patrimonialista e por refletir a sociedade da época, usando a manutenção de desigualdades podemos citar no quesito família a mulher que na visão do C.C 1916 deveria manter os afazeres domésticos e prestação obrigatória dos seus compromissos matrimoniais, basta lembrar a previsão da mulher adultera que remete a desigualdade. Não era existente a possibilidade de união estável, heterossexual ou homossexual, nem a figura utópica da divisão de bens provenientes de tais relações.

No que tange à propriedade, figura central do estudo no direito das coisas, tal código trazia em si a permissão para o detentor fazer uso de suas posses de toda e qualquer forma, a sua maneira, gozar do seu espolio como bem entender, sem sequer ter que dar finalidade ao seu uso.

No campo da responsabilidade, os elementos analisados eram o dano, nexo causal e a culpa, dada a essa o nome de responsabilidade subjetiva, que se aplicava à cláusula geral de responsabilidade, salientando que nos casos de relação de consumo ou prestação de serviço era configurada com certo grau de dificuldade pela parte interessada.

No seguimento dos contratos a imperatividade da “autonomia da vontade” ou “autonomia privada”, fazia lei entre as partes, sendo irrevogável o que nascia de sua vontade, conhecido como pacta sunt servanda, independentemente de onerosidade excessiva, ou qualquer ônus imposto por uma das partes.

Entretanto, o código vigente, instaurado no ano de 2002, passou por uma grande onda constitucionalista que, além de envolver este código sob uma nova visão, trouxe ainda a expansão da leitura de determinados princípios aos casos aplicados, ainda humanizou a interpretação dos mais diferentes ramos do direito civil. A priori pode-se mencionar no que diz respeito à família, é desconstituído a figura da mulher como posse, e trazendo como vontade a manutenção dos serviços matrimoniais, compelindo com justiça e teor de igualdade, essa nova visão diminui a dicotomia público e privado, publiciza o direito civil, estabelecendo para ele valores sociais.

Por sua vez a responsabilidade civil tem grande evolução, uma vez que, agora os quesitos a serem analisados para efetuar uma possível responsabilização, são tão somente dano e nexo causal, dessa forma dando origem a responsabilidade objetiva.

Na seara contratual que passa a ter uma nova principiologia norteadora, dando assim uma nova face às relações obrigacionais, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, princípio base do Estado Democrático de Direito. Como exemplos desses novos princípios temos: a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Essa nova roupagem do Direito Civil será utilizada para responder o problema proposto, qual seja; A postura da instituição bancaria de liberar o imóvel da hipoteca no RGI e mantê-lo como garantia em execução hipotecaria, á o respeito a vedação do comportamento contraditório?

Para responder o problema proposto o trabalho se divide em 3 capítulos. No primeiro as bases do direito civil constitucional são apresentadas. No segundo a vedação do comportamento

contraditório é conceituada como instrumento concretizado da segurança jurídica. No terceiro, esse conceito apresentado é aplicado a situação, problema analisado.

2 A Constitucionalização do direito civil brasileiro

Para alcançar os objetivos levantados no corpo deste, será feita uma contextualização histórica, expondo as principais alterações dentro da ordem jurídica brasileira, no que diz respeito à revogação do código de 1916 e promulgação o do código de 2002, embasado na Carta de 88.

O primeiro código brasileiro tinha ideais individualistas, que por coincidência nortearam o código napoleônico, aparentemente buscando a exclusão do envolvimento estatal nas relações jurídicas privadas, resguardando os valores patrimoniais.

Ao falar do código de 1916 é de suma importância expor seus pilares, a família, propriedade e o contrato. Iluminado por Beviláqua, referido diploma era extremamente patrimonialista e tradicional. Sua aplicação nas relações se dava de forma ríspida, o que por vezes resultava no mal-estar social, visto que nas relações de convívio familiar, contratual ou de propriedade era iminente o nascimento de conflitos pela inflexível ação patriarcal no âmbito familiar, ou no excesso de autonomia nas relações contratuais e na crescente ausência de finalidade social para a utilização das demasiadas propriedades.

Em, 1988, com o C.C. 1916, ainda vigente a Constituição Federal foi promulgada, a Constituição Federal, trazendo como princípios fundamentais à soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e valores livres sociais do trabalho e da livre iniciativa. Esta foi apelidada de cidadã e trouxe uma série de modificações que tiveram reflexos no código de 2002, tendo como pilares o Estado Democrático de Direito, que por sua vez tem como ponto central a dignidade da pessoa humana. Em mesma linha de pensamento o professor Luiz Roberto Barroso (2007, p. 19):

> A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa.

Ainda em suas palavras frisa de forma clara e objetiva a ruptura do dos ideais liberais individuais e o surgimento de um novo modelo civil constitucional:

> A fase atual é marcada pela passagem da constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há especificadas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. (BARROSO, 2007, p. 24)

O direito deve evoluir junto com a sociedade visando sempre exercer da melhor forma sua tutela jurisdicional. A norma jurídica e a interpretação não constituem atos isolados o mundo jurídico e com tais transformações, tornou-se necessário que o Estado atuasse mais nas relações privadas, obrigando-o a assumir novas posturas, como preleciona Tepedino (2001, p. 18):

> Posteriormente, com a segunda guerra, foram aprofundadas as transformações, levando o Estado a assumir novas posturas, sempre a caminho do Estado social, onde a preocupação, no âmbito do direito dos contratos, passou a ser mais com o coletivo, com o interesse da sociedade, deixando de lado a concepção do contrato como instrumento da sociedade, deixando de lado de lado a concepção do contrato como instrumento de realização meramente individual.

Partindo desse pressuposto o legislador, provocado, deflagrou mudanças, embasadas na carta magna de 88, que, dando fim ao primeiro código, que já respirava por meio de aparelhos. Essas mudanças se fizeram explicitas no âmbito do direito civil, de forma mais específica no campo dos contratos quando os princípios tradicionais se tornaram insuficiente para atender os contratantes que, antes somente eram pautados pela autonomia da vontade, relatividade contratual, obrigatoriedade, princípios tradicionais do direito contratual, agora são amparados por novos princípios como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, resguardando assim aos contratantes maior liberdade e segurança para contratar. (FARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 149)

Inovando o prisma único da boa-fé subjetiva a boa-fé objetiva ostenta em si algumas novas funções, compondo-se pelas funções: interpretativa (art. 113 CC “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”), controle (art. 187 CC “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”) e integração (art. 422 CC “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”). (BRASIL, 2017)

A partir da constitucionalização a boa-fé surge com um novo paradigma para as relações contratuais conforme explica Claudia Lima Marques (1998, p.107):

> Propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito há muito conhecido e sempre presente desde o movimento do direito natural: o princípio geral da Boa-fé. Este princípio ou novo ‘mandamento’ (Gebot) obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só as relações contratuais na sociedade moderna, e não só as relações de consumo, significa, portanto no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Outro princípio que apresenta essa mudança, vindo no C.C. 2002 é o equilíbrio econômico-financeiro, e o pacta sunt-servanda da obrigatoriedade contratual, regra tradicional dos contratos dando margem agora para uma possível revisão contratual. O equilíbrio econômico financeiro além de equiparar a relação econômica contratual, busca a vedação do lucro desmedido de uma das partes sobre a outra.

Visando contrapor o diploma revogado, o recente código procura afastar o ideal individualista, configurando dessa forma um entrelaçamento da Carta Magna, com o código

vigente, tendo como principal função, nas palavras de Gonçalves (2013, p. 24), "o princípio da socialidade por ele adotado reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana".

Dentre os novos princípios o código do século XXI, está assistido por algumas ferramentas que expressam de forma clara constitucionalização do direito civil, que são: *tu quoque, suppressio, surrectio*, além do *venire contra factum proprium*, ditos mecanismos constitucionais tem como proposito:O *Tu quoque*–consiste em proibir que uma pessoa faça contra outra, o que não faria contra si mesmo, constituindo em aplicação do mesmo princípio inspirador de *exceptio non adimplenti contractus*; A *Suppressio* - Um direito não exercido durante determinado lapso de tempo não poderá mais sê-lo, por contrariar a boa-fé; A*Surrectio* - É outra face da *suppressio*. Acarreta o nascimento de um direito em razão da continuada prática de certos atos.

3 A vedação do comportamento contraditório e proteção da confiança legitima

Visando esclarecer a problemática que engloba o instituto *venire* contra *factum propriu*me, também, se há a existência de comportamento inversona situação aqui analisada, faz-se necessário um melhor entendimento sobre o instituto acima exposto, o que se dará nas linhas a seguir.

Com o entrelaçamento do novo código e a Carta Maior Cidadã, as novas ferramentas que provem dessa humanização, tem na vedação ao comportamento contraditório. Um instrumento importante.

Como uma vertente da boa-fé objetiva, tal mecanismo constitucional visa punir ou inibir ações incompatíveis com aquelas tomadas em um primeiro momento, pois ao assumir determinada postura cria-se na outra parte confiança de que durante a execução de um contrato, por exemplo, dita atitude irá vigorar até o fim do mesmo.

Atualmente observa-se que, essa inovação sofre com o desatendimento por parte de alguns contratantes que por diversas maneiras, por vezes dolosa, culposa ou em excesso de querer se valer de seu poderio contratual, caem em contradição com suas próprias ações durante o desenrolar das relações contratuais, ferindo assim princípios como da boa-fé e o *venire* contra *factum proprium*, que nas palavras de Gonçalves (2013, p. 60), "a vedação do comportamento contraditório protege uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente".

Preleciona a respeito Theodoro Júnior (2001, p. 87):

> Um dos grandes efeitos da teoria da boa-fé, no campo dos contratos, traduz-se na vedação de que a parte venha a observar conduta incoerente com seus próprios atos anteriores. A ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com lei, os bons costumes e a boa-fé.

Nesse sentido Stolze Gagliano (2015, p. 118) afirma que, "a primeira repercussão pragmática da aplicação do princípio da boa-fé objetiva reside na consagração da vedação do comportamento contraditório". Na tradução literal, *venire* contra *factum proprium* significa vir contra um fato próprio. Ou seja, não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta.

Somando aos conceitos aqui apresentados Theodoro Junior (1999. P. 44) ainda traz a seguinte definição:

> Não se admite que alguém venha a negar seus próprios atos, ou como já proclamado a glos do direito romano: venire contra factum proprium non valet. Trata-se da identificação da boa-fé objetiva como fundamento normativo do princípio de proibição do comportamento contraditório, com a finalidade de tutelar-se a confiança.

No mesmo sentindo, Alejandro borda, citado por Humberto Theodoro Junior (1999. p. 46), diz que:

> A teoria dos atos próprios constitui princípio geral da boa-fé, que sanciona como inadmissível toda pretensão, mesmo licita, mas contraditória com seu fundamento assenta-se na confiança despertada em outro sujeito de boa-fé, em virtude de uma primeira conduta praticada. Esta boa-fé estaria vulnerada se admitisse e acolhesse outra pretensão posterior e contraditória. É que não é dado ao litigante desprezar ou ignorar sua própria conduta e formular exceções contrarias ao que resulta de ato próprio.

O *venire contra factum proprium* além de vedar o comportamento contraditório dos pactuantes, em conformidade com o princípio da relatividade contratual, ainda se estende para os que são afetados mesmo não fazendo parte da relação preteritamente estabelecida, que fora intitulado pelo código e doutrina como terceiro, no caso em tela terceiro de boa-fé.

Tratando-se de elemento importante dentro do cenário em análise, o terceiro de boa-fé, assim como outros, se apresenta como um dos objetos de estudo do presente artigo, levando-nos a difícil missão de esclarecer sua ocorrência dentro da problemática apresentada, buscando entender de forma translúcida o que vem a ser a boa-fé e o terceiro, o que a frente virá a formular a figura do terceiro de boa-fé.

Para compreendermos a boa-fé é preciso saber que a mesma pode ser analisada como (boa-fé objetiva e subjetiva). No C.C. de 1916 o emprego da boa-fé era no seu sentido subjetivo, lançando seu uso sobre o campo do negócio jurídico. Aguiar Junior (2003, p. 243), lembra que a boa-fé "diz respeito ao conhecimento ou à ignorância da pessoa relativamente a certos fatos, sendo levada em consideração pelo direito, para os fins específicos da situação regulada". Por isso à proteção daquele que tem a consciência de estar agindo conforme o direito apesar de ser outra a realidade.

Já no presente código humanitário, há o emprego tanto da boa-fé subjetiva quanto da boa-fé objetiva, sendo que certifica o viés comportamental do ser, cobrando do mesmo conduta na execução e nas tratativas. A respeito preleciona Carlos Alberto Gonçalves "o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato" (2013, p. 54). Dessa maneira percebe-se que a boa-fé exige atualmente comportamentos das partes. Não basta olhar a intenção das partes, mas a exteriorização delas. Contudo, a boa-fé subjetiva, ou seja a intenção das partes não foi esquecida pelo C.C, devendo ser observado como no caso por exemplo, para proteção do 3° de boa-fé que nas palavras de Piragibe Magalhães "Pessoa que prática ato jurídico sem saber que o mesmo envolve irregularidade".A partir disso, pode-se concluir que o terceiro de boa-fé, ou seja, aquele que não participou do negócio jurídico regular, é todo aquele que obtém por meio licito e com base na confiança, bem ou serviço, móvel ou imóvel, com o fim de suprir uma necessidade pessoal ou de

outrem, podendo obter lucro ou não, originário do mesmo, tornando-se pessoa alheia à infração, sendo necessário que não goze de dolo ou culpa, e abstendo-se de ser parte de relação anterior a ele.

4 A relevância do venire contra factum próprio nas execuções hipotecárias para proteção do terceiro de boa-fé: um estudo de caso

O presente trabalho tem como objetivo analisar a potencialidade das contribuições dos princípios constitucionais para auxiliar na solução da situação fática que será exposta nesse capítulo. A pergunta que se quer responder é: o comportamento do exequente que libera o imóvel da hipoteca e prossegue execução com garantia hipotecária configura situação de comportamento contraditório, comportamento este vedado pelo *venire contra factum próprio*, reflexo da boa-fé objetiva? Primeiro faz- se necessário explicar o caso analisado, o que será feito nas linhas seguintes.

Trata-se de situação recorrente a constrição de imóvel com hipoteca. A hipoteca consiste em direito real de garantia. O devedor grava o imóvel com hipoteca para garantir uma dívida por ele assumida. A hipoteca nas palavras Ulhoa Coelho (2012, p.497):

> Sua constituição é feita sempre mediante registro do instrumento respectivo. Por outro lado, a posse do bem onerado não se transmite ao credor, para que o devedor continue usando, fruindo e dispondo do bem onerado, no exercício dos seus poderes de proprietário. Enquanto direito real, deve ser registrada na matrícula do imóvel para dar a devida publicidade desejada e para que contra todos possa ter efeito, isso é o que determina o Art. 1.492 do C.C.

A execução trata se de fase processual ou processo que tem como objetivo a expropriação de bens para a satisfação de crédito. No caso da execução hipotecária especificamente a execução se dará em razão do não pagamento de dívida com garantia hipotecária e terá algumas peculiaridades. Uma das principais distinções entre a execução comum e a hipotecária é a já existência de vinculação de um bem como garantidor do crédito, sendo que não havendo oferecimento de outros bens esse bem que já estava vinculado ao crédito será penhorado e, não havendo o pagamento da dívida pelo devedor, ele poderá ser utilizado para o pagamento da dívida. Portanto, percebe-se a vantagem do credor hipotecário, ele não precisará procurar bens do devedor e possui um bem já gravado em garantia de sua dívida.

Estabelecidos esses conceitos, a situação que se propôs pesquisar nesse trabalho é a seguinte: Imagine que A compra um bem e hipoteca esse mesmo bem para que consiga pagá-lo. A hipoteca é feita pelo banco. Por algum motivo, A não consegue arcar com as prestações de alguns meses da dívida e o banco "vende" essa dívida a uma empresa que realiza a execução hipotecária. Ocorre que, no curso da execução hipotecária, antes que houvesse a citação do executado, o valor total do imóvel é pago ao banco e o próprio banco retira o gravame do imóvel. Ou seja, o imóvel é liberado da hipoteca no RGI. Na matrícula do imóvel consta, portanto, a liberação desse gravame. Além da situação narrada, um terceiro adquire o bem e o aliena fiduciariamente a outro banco.

Apresentado o caso que gerou a pergunta de pesquisa o que se pretende investigar é: como isso é possível diante dos novos princípios contratuais e diante da constitucionalização do direito civil? O fato de liberar o imóvel da hipoteca e permanecer com o mesmo como garantia na

execução nos parece destoar de toda a conduta desejada pelo Código Civil em seus novos princípios.

O fato de a execução continuar com a garantia hipotecária revela uma "situação de exercício inadmissível da posição jurídica" (Tartucce, 2006, p. 2), nesse caso específico, a posição jurídica de exequente hipotecário exercida pelo banco é inadmissível diante da conduta do próprio banco de liberação da hipoteca.

Para Schreiber (2005, p. 95), não se trata apenas de proibição a incoerência, mas sim de tutelar a confiança. O que se busca é evitar a ruptura da confiança por meio de atitudes incoerentes das partes. No caso em análise, além da confiança das partes da relação contratual ainda devem ser protegidas as confianças de terceiros que ao analisarem o registro do imóvel tiverem a legítima confiança de que não havia mais constrição no imóvel e que ao adquirirem o bem teriam um bem desimpedido.

Aplicando a sistematização de Rosenvald para a concretização da vedação do comportamento contraditório é possível identificar no caso analisado: i) uma conduta inicial, que seria a retirada da hipoteca do RGI; ii) a legítima confiança despertada por conta dessa conduta inicial, tanto no antigo devedor que entendeu não haver mais débito, quanto nos novos compradores que tiveram a confiança de que não havia mais hipoteca; iii) um comportamento contraditório em relação à conduta inicial, que no caso em análise consiste na continuidade da execução com garantia hipotecária; iv) um prejuízo, concreto ou potencial, decorrente da contradição, que no caso em análise não poderia ser maior pois, consiste na perda do bem de terceiro que agiu de boa-fé. Aplicando esses elementos essenciais proposto por Rosenvald a vedação do comportamento contraditório é possível concluir que no caso analisado a postura da continuidade da execução com garantia hipotecária fere a boa-fé objetiva e configura-se comportamento contraditório que o direito procura evitar.

Tartucce (2006, p. 5) em um dos seus artigos em que analisa a vedação do comportamento contraditório conclui no sentido de que "a nossa jurisprudência tem encontrado moldura para as cláusulas gerais previstas pela nova codificação, particularmente para a boa-fé objetiva e para a função social dos contratos". Nesse mesmo trabalho lembra o importante papel que a nova geração civilista tem na construção desse direito civil que busca mais a justiça do que a valorização da segurança jurídica. Temos que concordar com o referido autor, pois tanto a jurisprudência, quanto a doutrina civilista nacional têm caminhado para a valorização dos novos princípios contratuais, porém na situação fática específica apresentada ainda há muito a percorrer. Não foi encontrado no site do STJ um julgado sequer que tratasse dessa situação específica e, muito menos que utilizasse a boa-fé objetiva e o *venire contra factumproprium* para a interpretação do caso. O caso em análise inclusive teve a liminar indeferida e na decisão a fundamentação não tocou nos fundamentos principiológicos apresentados pelo autor na inicial. Portanto, para que essa situação se encaixe na moldura da civilistica constitucional pelos julgadores haverá um caminho a ser percorrido.

5 Considerações Finais

Torna-se translúcida a ideia que as mudanças constitucionais e legislativas motivadas por aquelas, vêm ao encontro dos atuais objetivos sociais e, visando a proteção das relações civis têm trazido benefícios com suas novas ferramentas.

Ressalta-se em primeiro plano o mecanismo da vedação ao comportamento contraditório que fundamentou toda esta pesquisa em seu caso prático, fornecendo precedentes para os que antes eram lesados e pouco podiam alegar.

Com a constitucionalização do direito civil os contratos passaram a ser regidos por uma principiologia, em especial a boa-fé, na sua vertente objetiva, aplicando suas funções a todos os contratos, tendo em vista os princípios constitucionais. Mas, a boa-fé subjetiva não pode ser esquecida, por exemplo para análise do 3° de boa-fé.

No que tange ao terceiro de boa-fé ao ter o seu direito ameaçado, este deve ter uma proteção diferenciada do ordenamento jurídico, a luz da lógica sistemática civilista constitucional, devido a sua ausência em negócio regular anterior a ele, por meio dos mecanismos conquistados com a humanização do atual diploma civil.

Contudo, é preciso avançar nessa temática, e os trabalhos acadêmicos tem um potencial de contribuição para trazer luz a essa situação. Esse tipo de solução com base na vedação ao comportamento contraditório pode ser um caminho possível para a doutrina e os tribunais interpretarem as regras cíveis com maior adequação ao direito constitucional brasileiro. Dessa forma atendendo de melhor as necessidades, visto a nova realidade, no que diz respeito aos tipos de caso, conforme apresentado.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 27 de maio de 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 mai. 2017.

Farias, Cristiano Chaves de. *Curso de direito civil: contratos* / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 6. ed. rev., e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

Gagliano, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume 4 : contratos, tomo I : teoria geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho*. – 11. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015.

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Volume 3: Contratos e Atos Unilaterais* / Carlos Roberto Gonçalves. – 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, página 60.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 1. 3 ed. rev. atu. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Marteleto Godinho, Adriano. *O fenômeno da Constitucionalização: um novo olhar sobre o Direito Civil*. Universidade Federal da Paraíba. Revista Libertas, UFOP. V. 1, n 1, jan/jun. 2013.

Nader, Paulo. *Curso de direito civil, v.3: Contratos* / Paulo Nader. – 7. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
Theodoro Júnior, Humberto. *Apontamenstossobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2001.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *REVISTA IOB DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL Nota: Continuação de REVISTA SINTESE DE DIREITO CIIL E PROCESSUAL CIVIL* – Porto Alegre: SINTESE. v1. n1. jul. 1999

PIRAGIBA MAGALHÃES, Humberto., PIRAGIBA TOSTA, Cristovão Malta. *Dicionário Jurídico*. 8. ed. Editora Destaque. Rio de Janeiro. 2012.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: DINÂMICAS DE GÊNERO E SEXUALIDADE NO DIREITO.
Coordenadores: Márcia Nina Bernardes (PUCRJ) e Fernando Silva Cardoso (UFPE)

Canoas, 2017

VILÊNCIA INSTITUCIONAL E AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES NO PROJETO DE LEI 5069/2013

Carolina Ramires de Oliveira,
Advogada, Bacharela pelo Centro Universitário Ritter dos Reis,
E-mail: carolinaramires11@gmail.com

Cibele Cheron,
Doutora em Ciência Política,
Mestra em Ciências Sociais e Bacharela em Direito.
Membro do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Mulher e Gênero (NIEM) da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
E-mail: iccibele@gmail.com

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo analisar o Projeto de Lei 5069/2013, verificando questões acerca da violência institucional, principalmente no que tange à subestimação da palavra da mulher que sofre violência sexual e os problemas decorrentes. De autoria do então Deputado Eduardo Cunha, juntamente com outros onze parlamentares, o referido Projeto visa incluir como tipo penal o anúncio de processo, substância, objetivo, indução ou instigação da gestante sobre como praticar aborto, ou prestar-lhe qualquer auxílio para a prática, mesmo sob a pretensão de redução de danos, sob a justificativa de barrar comercialização ilegal de abortivos. Além disso, após a aprovação na CCJC, o referido Projeto também passa a modificar a Lei 12.O artigo contempla questões referentes aos direitos sexuais e reprodutivos, e sob as perspectivas dos Direitos Humanos, dos Estudos Feministas e das Ciências Jurídicas e Sociais, avalia a justificativa e os contextos de defesa do Projeto de Lei e verifica seus efeitos, com ênfase ao aborto e à violência sexual. O estudo é explicativo e observa documentos públicos e dados estatísticos obtidos de fontes referentes aos temas abordados. Sustentamos que o Projeto de Lei 5.069/13 obstaculiza o acesso aos serviços públicos de saúde às pessoas em situação de violência sexual, priorizando o aspecto penal – ao obrigar a vítima a registrar o boletim de ocorrência – em detrimento da atenção humanizada. Além disso, restringe aquilo que a lei atual entende por violência sexual, incorrendo, assim, em grave afronta aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Projeto de Lei 5069/2013. Violência sexual. Direitos Humanos das Mulheres. Direitos Sexuais e Reprodutivos.

1 Introdução

Este artigo analisa os possíveis reflexos negativos que o Projeto de Lei 5069/2013 pode causar aos Direitos Humanos das Mulheres, especialmente sob a ótica dos direitos sexuais e reprodutivos. O Estado brasileiro, a fim de garantir amparo às mulheres, busca, através de suas políticas públicas, minimizar a violência sofrida, bem como as desigualdades ainda existentes.

Contudo, o mesmo Estado, por vezes, acaba sendo grande violador dos Direitos Humanos das Mulheres, mormente através da violência institucional. Viola, fragiliza e agride tais direitos já consolidados, principalmente por atos emanados do Poder Público. O Congresso Nacional, formado por bancadas extremamente conservadoras e com discurso que muito se confunde com sermão do padre ou pastor, é um dos maiores atores neste processo de fragilização e retrocesso de Direitos. Aliás, através da análise dos discursos desses parlamentares, verifica-se os efeitos deletérios aos Direitos Humanos, que se posicionam de forma contrária, especialmente quando se trata de direitos sexuais e reprodutivos.

Analisando o referido Projeto de Lei, sua fundamentação e justificativa, bem como o discurso dos parlamentares no tocante aos Direitos das Mulheres, verifica-se que o cerne da problemática e o ponto nodal do Projeto não estão somente na absurda justificativa apresentada, mas sim nos possíveis efeitos que pode causar. Das falas destacadas, verifica-se a manutenção de um poder hegemônico, da heteronormatividade e a afirmativa de padrões de gênero referentes à submissão da mulher.

Verificados quais e de que forma os Direitos das Mulheres serão atingidos por esta alteração legislativa, é necessário trazer à baila dados acerca dos abortos provocados no Brasil. A prática do aborto é algo tão comum que, ao completar quarenta anos, uma a cada cinco mulheres já abortou e, na maioria dos casos, utilizou medicamento abortivo. Faz-se mister ressaltar que, para a conclusão deste estudo, foram utilizados arquivos públicos e fontes estatísticas, com base em documentos oficiais e jurídicos e publicações parlamentares, como fonte documental. Ainda, foi realizada pesquisa doutrinária e na legislação vigente acerca do aborto, estupro, descriminação de gênero e planejamento familiar.

O PL, além de criminalizar certas condutas, recrudesce determinadas penas, no que se refere ao aborto legal já previsto pelo Código Penal. Vai de encontro do direito penal mínimo, bem como obstaculiza a prática do aborto (criminoso ou legal) – que é uma realidade muito presente na nossa sociedade. Ainda, altera alguns dispositivos da lei 12.845/13 – que dispõe acerca do atendimento obrigatório e integral às pessoas em situação de violência sexual. Tal mudança dificultará ainda mais o acesso a esses serviços públicos, resultando em total afronta ao disposto na Magna Carta, legislação infraconstitucional e diversos documentos internacionais de qual o Brasil é signatário.

2 “Anúncio de meio abortivo ou induzimento ao aborto”: a justificativa do Projeto de Lei

O Projeto de Lei inicialmente tinha como objetivo somente tipificar como crime o anúncio de meio abortivo ou induzimento ao aborto. Porém, com a complementação de voto e substitutivo, o PL acresce e altera dispositivos do Código Penal, revoga o art. 20 da Lei de Contravenções Penais e modifica os artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 12.845/2013. Tais mudanças representam verdadeiro retrocesso aos Direitos Humanos das Mulheres, que, após anos de lutas, serão tolhidos pelo conservadorismo e patriarcalismo que ainda circunda o Congresso Nacional.

Da leitura do documento apresentado pelo então Deputado Eduardo Cunha, as alterações justificam-se em razão dos planos de controle populacional executados por organizações internacionais que visam à legalização do aborto ao redor do mundo. Tal processo teria se iniciado na década de 50, quando organizações como Population Council, International Planned Parenthood Federation, Agência de Desenvolvimento Internacional dos Estados Unidos (USAID), entre outras, começaram a se movimentar para obter o controle demográfico de países considerados

subdesenvolvidos. Como tática inicial, estas organizações teriam se aliado ao governo Estadunidense para que ele reconhecesse a explosão demográfica como problema de segurança nacional.

Contudo, diversos grupos cristãos influentes na política estadunidense e ao redor do mundo passaram a repreender e resistir às práticas abortivas. A represália, desta forma, teria obrigado às organizações assumir uma nova postura: tal questão seria apresentada sob a perspectiva da emancipação da mulher e sob a ótica dos direitos sexuais e reprodutivos. Sendo assim, o movimento feminista – supostamente enganado pelas organizações – passaria a levantar a bandeira do controle populacional, planejamento familiar e aborto. Ainda, as questões referentes aos direitos sexuais e reprodutivos, aliados ao pretexto de redução de danos, buscariam a legalização do aborto ao redor do mundo.

Porém, a justificativa apresentada sequer tem correlação à vivência histórica do Brasil em relação ao controle demográfico. Durante o período da ditadura militar, por exemplo, havia forte oposição quanto à intervenção estatal nas questões reprodutivas. Embora a forte colaboração dos Estados Unidos para a instituição do golpe de 64, não influenciou nas questões referentes às políticas públicas de controle de natalidade. O Governo Militar, sob o fundamento de defesa da segurança nacional, apoiava o crescimento e redistribuição populacional pelo vasto território brasileiro. (CARVALHO E BRITO, 2005)

Além disso, outra justificativa apresentada pelos proponentes relaciona-se ao tráfico internacional de substâncias abortivas. A alteração legislativa tem o fito de dificultar e barrar a comercialização de substâncias abortivas como o Misoprostol – popularmente conhecido como Citotec. O retrógrado Projeto de Lei pode ser visto como uma resposta do Congresso Nacional aos avanços nos debates sobre violência sexual, discriminação e legalização do aborto e ao progresso do debate feminista na sociedade. As justificativas apresentadas no Projeto de Lei pouco têm relação com a realidade vivida no país; recriminam e violam os Direitos Humanos, Sexuais e Reprodutivos das mulheres, criminalizando, ainda mais, àquelas com parcos acessos à cultura, saúde de qualidade e mínimo existencial para uma vida digna.

Os movimentos de mulheres, feministas e organizações internacionais passaram a reivindicar, na década de 80, questões de controle populacional, por meio do planejamento familiar, com o intuito de reduzir os níveis de mortalidade precoce. Os governos passaram a incluir, gradativamente, em suas agendas questões referentes aos direitos sexuais e reprodutivos, com o fito de melhorar o desenvolvimento econômico e bem-estar populacional. (RIOS-NETO, 2009, p. 41)

Além disso, o direito de dispor sobre o próprio corpo, regulamentação do planejamento familiar, bem como a necessidade de alternativas no sistema público para o controle de fecundidade também passaram a fazer parte das agendas dos movimentos feministas e de mulheres durante o período pré e pós-constituinte. (VENTURA, 2011) Como resultado dessas reivindicações, a Constituição Federal de 1988, por exemplo, reconheceu o planejamento familiar como um dos princípios da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável.

O acesso a meios que permitam às mulheres o controle sobre sua vida sexual e reprodutiva é fundamental para a efetivação dos direitos e autonomia reprodutiva. Em relação à maternidade, além de ser um aspecto importante na vida e identidade de diversas mulheres, também é um meio para o controle e opressão por parte do Estado e dos homens que as circundam. Há uma ideia fantasiosa na sociedade de que é uma tendência natural e o desejo intrínseco de todas as mulheres em ser mãe. O acesso à informação e recursos que permitam que a mulher escolha o momento da maternidade é fundamental para maior equidade entre homens e mulheres, uma vez que uma gravidez indesejada tem diferentes consequências entre os genitores. Ainda, o uso correto de

anticoncepcionais e a descriminalização e legalização do aborto são necessários para que a maternidade não seja visto como algo compulsório. (BIROLI E MIGUEL, 2014)

Ressalta-se que os números de abortos provocados no país ainda são alarmantes. Segundo dados do IBGE (2013), a região Nordeste, segunda mais populosa do Brasil, é aquela onde há maior incidência de abortos provocados (39,2%), sendo que, a cada mil mulheres, quinze já provocaram aborto. Na região Sudeste, região mais populosa, é a segunda em números de abortos provocados (38,5%). O Norte ocupa o terceiro lugar, com 10,1% de abortos provocados. Em seguida, a região Sul, com 6,9% e Sudoeste com 5,1%.

Nesse sentido, a Pesquisa Nacional do Aborto realizada em 2010 pela Débora Diniz e Marcelo Medeiros constatou que o aborto é algo tão natural no Brasil, que, pelo menos uma em cada cinco mulheres já fez aborto. Em maior frequência é realizado nas idades que compõe o período fértil da mulher (entre os 18 e 29 anos) e, em metade dos casos, foram utilizados medicamentos abortivos. Ao que tudo indica, para a outra metade dos casos, as mulheres, em razão da baixa escolaridade e baixa renda, utilizaram de meios em precárias condições de saúde, o que acarretou em altos níveis de internação após o procedimento. (DINIZ E MEDEIROS, 2010)

Além disso, de acordo com Luis Felipe Miguel (2012, p. 667), o aborto está relacionado a questões fundamentais para o exercício da democracia, sendo que a propriedade de si mesma é essencial para o acesso à cidadania. Ainda, a "criminalização do aborto gera uma grave assimetria, impondo às mulheres limitações no manejo do próprio corpo com as quais os homens não sofrem.".

Ademais, a Conferência do Cairo (1994) e a Conferência de Beijing (1995) reconheceram, no âmbito internacional, que as restrições legislativas e políticas impostas à autonomia reprodutiva violam os direitos humanos, especialmente, os direitos humanos das mulheres. Nessa linha, a ONU reconheceu que essas restrições dificultam o desenvolvimento econômico e humano dos países, aconselhando mudança nas leis e políticas públicas, para que os países garantam o direito das pessoas a não intervenção em suas escolhas pessoas referentes à reprodução e sexualidade, ao acesso à informação e aos meios adequados para autonomia sexual e reprodutiva. (VENTURA, 2011, p 306-307)

A ilegalidade do aborto no Brasil traz diversas consequências nocivas à saúde das mulheres, bem como aos serviços de saúde, pois destinam muitos de seus recursos aos casos de abortamento realizado em situação precária. A ilegalidade pouco coíbe a prática abortiva; somente perpetua na desigualdade de gênero e social. O risco do aborto clandestino é majoritariamente realidade de mulheres que vivem à margem da sociedade, com parcos recursos financeiros que não lhes permite acesso ao aborto seguro.

De outra banda, a Norma Técnica do Ministério da Saúde em relação à Atenção Humanizada ao Abortamento (2011) menciona ser uma obrigação ética dos profissionais da saúde maximizar o benefício da mulher em situação de abortamento e diminuir os danos. Contudo, não raras vezes, a equipe médica se nega a realizar o procedimento abortivo (inclusive em vítimas de estupro), por questões morais, religiosas e até mesmo por receio de sofrer sanções jurídicas. O recrudescimento das leis para os agentes do serviço público de saúde, médicos e farmacêuticos poderá dificultar ainda mais o acesso aos serviços de abortamento legal.

A inclusão e modificação dos tipos penais do Projeto de Lei 5069/2013 não buscam uma persecução criminal para a indústria do aborto, mas sim enrijecer as penas para as mulheres que necessitam de auxílio médico eficaz e, frequentemente, tem seu direito à saúde e atendimento digno negados. Há uma diferença abismal entre o conteúdo do PL aprovado pela Comissão de constituição de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados e as justificativas apresentadas, causando diversos impactos negativos aos direitos das mulheres.

3 Impactos aos direitos das mulheres causados pelas alterações pretendidas

O Projeto de Lei 5069/13 expressa uma grave violação aos Direitos Humanos das Mulheres, colocando em xeque as políticas públicas de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual. Além disso, dificulta o acesso aos serviços de saúde referentes à interrupção da gravidez indesejada autorizada por lei nos casos de estupro, bem como prevê a detenção dos profissionais da saúde que realizarem o procedimento abortivo. Impõe, ainda, a realização do exame de corpo de delito e o registro do Boletim de Ocorrência.

O PL inclui ao Código Penal o anuncio de processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, criminalizando conduta que hoje é tipificada como contravenção penal. Vai de encontro ao princípio da intervenção mínima, afrontando ao Estado Democrático de Direito, uma vez que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio legis*. Elenca, ainda, a figura da indução, instigação ou auxilio na conduta abortiva como crime. Dessa forma, uma conversa entre amigas, por exemplo, na qual uma sugira à outra a realização do acordo, poderá ser configurada como crime.

Outra grande alteração que este Projeto pretende é no que se refere à lei que disciplina o atendimento obrigatório e integral às vítimas de violência sexual (Lei 12.845/13). Atualmente, a legislação prevê a pessoa que se encontre em situação de violência o atendimento integral e humanizado, com o fito de reduzir ao máximo os danos sofridos, devendo sempre ser observados os princípios da dignidade da pessoa humana, não discriminação, sigilo e privacidade.

Contudo, a alteração também suprime da Lei atual a possibilidade de atendimento integral, bem como o controle dos agravos físicos e psíquicos. O atendimento integral é uma das funções primordiais dos serviços de saúde, é uma etapa relevante para assegurar o cuidado, promoção e prevenção das pessoas em situação de violência sexual, reafirmando os princípios da transversalidade e intersetorialidade das políticas públicas. Por controle, entende-se a prevenção ou interrupção da gestação, bem como a profilaxia de infecções.

Além disso, a Lei 12.845/13, em seu art. 2º, considera como violência sexual qualquer forma de atividade sexual não consentida. Porém, o legislador modifica o texto vigente, restringindo as possibilidades de atendimento, uma vez que somente será considerada violência sexual as práticas descritas como Crimes contra a Liberdade Sexual, restando evidente o retrocesso social que esta alteração causa.

Não bastando os evidentes retrocessos já mencionados, o PL determina que a vítima, depois de realizado o atendimento, deve ser encaminhada para o registro da ocorrência para a coleta de informações e provas úteis para a identificação do agressor e comprovação da violência sexual. Não há, hoje, a obrigatoriedade de que a vítima faça lavratura do BO ou determinação judicial para acesso aos serviços de saúde; para a realização de aborto de gravidez decorrente de estupro, precisa tão somente o consentimento da mulher. Tal alteração prioriza o aspecto penal em detrimento ao atendimento humanizado da mulher.

O legislador antigo buscou preservar a intimidade, privacidade e dignidade da mulher ao desobriga-la de passar por mais um procedimento invasivo que, por vezes, pode ser vexatório e humilhante. Há um estigma de culpabilização da vítima e, não raras vezes, a veracidade de seu relato é questionada. É frequente a descrença na mulher quanto à alegação de estupro – somente sua palavra acerca da violência não é suficiente para garantir o acesso ao aborto que lhe é garantido por

lei. A imposição feita no PL ocasiona a evidente revitimização, ante a larga violência institucional que permeia o país e fere os direitos mais básicos das mulheres. (DINIZ ET AL 2014)

A possibilidade de profilaxia da gravidez também é alvo do Projeto de Lei. A complementação de voto apresentada pela CCJC, ao invés da profilaxia, elenca como serviço obrigatório a ser oferecido à vítima o procedimento ou medicação com eficiência precoce para prevenir a gravidez, desde que não abortivos. Contudo, além de violar a possibilidade da realização do aborto legal, exclui a possibilidade da utilização de medicamentos eficazes para interrupção da gravidez, como no caso do Misoprostol (fármaco considerado abortivo) e aspiração manual intrauterina (AMIU).

A mudança pretendida, nesse ponto, também pode dificultar ao acesso ao anticoncepcional de emergência (AE). Muitos profissionais da saúde, sem qualquer fundamentação científica entendem que o AE – popularmente conhecido como "pílula do dia seguinte" – é abortivo. Porém, ressalta-se que, conforme já amplamente divulgado pelo Ministério da Saúde em 2005, o AE não possui qualquer efeito abortivo, uma vez que tem como objetivo evitar a fecundação (e não interromper a gravidez).

Nos debates sobre aborto e sexualidade, não raras vezes, a retórica dos parlamentares está pautada em Deus e na religião cristã, desqualificando sujeitos e agredindo-os verbalmente. O forte conservadorismo que circunda o Congresso Nacional pode ser analisado no texto do Projeto de Lei ora analisado, pois enrijece a lei penal em relação ao aborto sob a alegação de defesa da vida desde a concepção. O Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 54 (que possibilitou a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia), menciona que, ao consagrar a laicidade, a constituição Federal impede que dogmas da fé determinem o conteúdo dos atos estatais. As concepções religiosas não podem (nem devem) guiar as decisões do Estado.

Nessa mesma ótica, menciona Flávia Biroli (2016) que o atual congresso Nacional é o mais reacionário desde o período da ditadura militar. Os partidos de esquerda, historicamente relacionado à agenda de direitos humanos, agenda feminista e LGBTTI, estão com representação reduzida e enfraquecida. A seu turno, a presença de religiosos aumentou de forma significativa.

Os evangélicos unem-se aos católicos na composição da bancada religiosa, compilando forças em torno da pauta regressiva sobre sexualidade e gênero. A par disso, foram feitas alianças com a chamada Bancada BBB (boi, bala e bíblia), para facilitar e aumentar a permuta de apoios entre a agenda anti-direitos sexuais e reprodutivos e a agenda neoliberal, sustentada pelos representantes do empresariado. Essa coligação fortalece a bandeira moralista em nome dos direitos da família, menosprezando direitos e garantias fundamentais.

De outra banda, como relação de poder, os discursos manifestam-se como ideologia, servindo para a manutenção da dominação. A posição ocupada pelas pessoas e as características associadas a essa condição estabelece diferentes graus de poder. E, por conseguinte, a dominação ocorre quando determinados grupos possuem o poder de forma permanente e inacessível perante outros grupos. Além disso, as funções de dominação exercidas pelo direito – pelas leis, neste caso – têm sua eficácia corroborada pela racionalização formal, conferindo às decisões caráter coercitivo, garantindo a adesão dos leigos. (SUASSUNA, 2016)

Sob a ótica de Laclau e Mouffe (1987), para entender o discurso, é necessário analisa-lo como uma prática articulatória. Esta prática pode ser entendida como a ordenação de diferentes elementos atuando de forma conjunta, busca estabelecer uma ordem.

Verifica-se no discurso do Deputado João Campos, um dos proponentes do Projeto de Lei em questão, que, no dia 28 de março de 2011, sentencia no Plenário da Câmara, oposição aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como seu domínio sobre o próprio corpo. Salienta-se

que o parlamentar, Presidente da Frente Parlamentar Evangélica (na época do discurso e atualmente também), pronunciava acerca do projeto "Escola sem Homofobia" e assim se referiu aos direitos sexuais e reprodutivos:

> Se quisermos assegurar para nossos filhos um mundo melhor do que recebemos, devemos reagir a essas inúmeras investidas dos que querem destruir os valores cristãos da família, e, para isso, é importante conhecermos profundamente as origens dos ataques à vida e à família. O divórcio leva à destruição da família; a liberdade sexual leva à promiscuidade; a contracepção é contrária ao surgimento de uma nova vida; a esterilização seca a fonte da vida; o aborto destrói uma vida; a pornografia arruína o ser humano; a fecundação artificial significa fazer filho sem o ato do amor. Tudo isso é contrário à vontade de Deus. Só o casamento monogâmico entre um homem e uma mulher preserva e dará continuidade à procriação. (VITAL e LOPES, 2013, p. 122)

O discurso, dessa forma, pode ser visto como uma prática social que se manifesta nas relações de poder e dominação. Há uma correspondência entre os atos simbólicos do direito e as estruturas sociais pré-existentes, conferindo certa heteronomia ao direito no que tange às estruturas de poder externas a ele. Ainda, transforma as regras da vida em sociedade em regras jurídicas, quando o discurso tem função política. Ou seja, os discursos feitos por quem está no poder, são para manter-se no poder e manutenção da hegemonia do padrão social. (SUASSUNA, 2016)

Destarte, menciona Céli Pinto (2006) que todo o discurso é um discurso de poder, que pretende impor suas verdades sobre determinado assunto. O discurso político, todavia, explicita sua luta pelo poder. A explicitação de seu desejo de poder se dá através do próprio discurso. O discurso político, ainda, busca desconstruir o outro para se construir, pois, se não descaracteriza o outro, não consegue, por si só, construir-se.

Essa afirmativa pode ser verificada na fala do Deputado Flavinho (PSB) durante os debates sobre a criação da Comissão de Mulheres na Câmara dos Deputados, em abril de 2016, que verbalizou seu posicionamento contrário acerca do empoderamento da mulher:

> A mulher que está lá fora, que não são feministas como muitas aqui, a mulher de verdade que está lá fora ralando para sobreviver, ela não quer empoderamento, ela quer ser amada, ela quer ser cuidada, ela quer ser respeitada. Quem quer ser empoderada é feminista. Agora, a mulher de fato que está sofrendo não precisa de empoderamento, ela precisa ser amada e cuidada. E não venham me dizer que nós homens não entendemos de mulher. Entendemos sim. É que as senhoras muitas vezes não entendem o que é ser amada e acham que essas pessoas também não querem ser amadas como as senhoras.

De outra banda, o discurso político que constrói o sujeito de igualdade, dotado de direitos, é visto de forma submissa pelo clientelista. Aquele sujeito com parca instrução e poder é constante nos discursos clientelista, com forte apelo conservador. (PINTO, 2006)

Além disso, a retórica dos parlamentares baseia-se, fundamentalmente, em aspectos conservadores e/ou religiosos. Consoante menciona Flávia Biroli (2016), além de o conservadorismo estar cada vez mais presente no Congresso, a agenda de retrocesso nos direitos tem ganhado certa prioridade. Os debates acerca do aborto, direitos sexuais e reprodutivos, autonomia e empoderamento feminino ganharam força nas Casas legislativas e, na mesma proporção – senão maior – parlamentares se posicionaram claramente de forma contrária a esta agenda.

Muito embora operem com defesa da laicidade do Estado, as Bancadas Religiosas reivindicam o direito de exercer pressão sobre o Estado e seus atos, bem como de ser tratado de forma igualitária, atuando como um grupo de pressão. As identidades religiosas passaram a ser importantes capitais políticos, haja vista que os líderes religiosos são grandes fontes de arrecadação de votos. (LIMA JUNIOR et. al., 2015)

Contudo, mister salientar que o conservadorismo não se confunde com o fenômeno religioso, conquanto se relacionam. Isso porque o discurso desses grupos transcende o reconhecimento legítimo da defesa pública de seus ideais, passando a interceder na institucionalização de concepções sobre a família tradicional e restringir o direito de livre disposição sobre o corpo feminino, em prol da regulação estatal da vida e sexualidade. (LIMA JUNIOR et. al., 2015)

Em relação ao Projeto de Lei 5069/2013, o deputado Evandro Gussi (PV) menciona no programa "Brasil em debate", da rádio TV Câmara o caráter conservador do PL, reafirmando o enrijecimento da lei penal, indo na contramão do garantismo:

> logo após a violência sexual é quando você tem os principais elementos que caracterizam o estupro, você perderia uma prova contra o estuprador. No fundo o que nós queremos é isso, nós queremos é poder punir o estuprador e não banalizar o crime de estupro.

Verifica-se que o Brasil atravessa um cenário de recrudescimento do conservadorismo e violência. Os temas que refletem diretamente na vida das mulheres – que geralmente envolvem questões centrais defendidas pelos movimentos feministas e de mulheres – tendem a sofrer ainda maiores restrições na esfera das políticas públicas, legislativo e judiciário.

Temas referentes à autonomia do próprio corpo, legalização do aborto e violência obstétrica têm seu debate atravancado por concepções religiosas ou valores que conferem as possibilidades de decisão sobre os rumos da vida das mulheres a fatores externos. A permanência de fortes traços machistas, sexistas e homofóbicos na sociedade, principalmente nos espaços de poder, cria obstáculos à construção de novos cenários, como, por exemplo, no campo da violência contra as mulheres. (LIMA JUNIOR et. al., 2015).

Em relação ao PL 5.069/2013, a justificativa apresentada não se coaduna com o discurso dos parlamentares. Verifica-se que, de forma implícita, a vontade dos parlamentares não é, como mencionou o Dep. Evandro Gussi, punir os estupradores, e sim dificultar o acesso aos serviços de saúde referente ao aborto legal. Buscam, de certa forma, obstaculizar o acesso aos Direitos Humanos das Mulheres já assegurados, por questões religiosas, machistas e conservadoras.

Verifica-se que todos os proponentes relacionam-se com determinado grupo religioso, com atuação voltada aos interesses da família, bem como a defesa da vida deste sua constituição. Os proponentes, em seus discursos, buscam a hegemonia de um padrão social. Os proponentes – juntamente com diversos parlamentares de bancadas religiosas – têm como objetivo a manutenção da mulher no papel de mãe, de dona de casa. Visam a preservação do status da mulher como submissa, mantendo-a no âmbito privado. A emancipação da mulher e o domínio sobre o próprio corpo (através da descriminalização do aborto) não faz parte da agenda destes parlamentares. Ao contrário, por meio de argumentos e fundamentação técnica e jurídica, tentam frear os avanços conquistados na seara dos Direitos Humanos das Mulheres, principalmente acerca da agenda dos direitos sexuais e reprodutivos.

4 Considerações finais

O Projeto ora analisado implica em um indiscutível retrocesso social, uma vez que retira direitos e garantias já assegurados às mulheres. Os direitos sexuais e reprodutivos são fragilizados na tentativa de criminalizar, ainda mais, a prática do aborto. A autonomia da mulher, assim como sua dignidade, é marginalizada, uma vez que prioriza o aspecto penal. Pouco importa ao legislador se "o estupro é uma das faces mais perversas da violência de gênero", conforme afirmam Diniz e Madeiro (2016). Seu objetivo, além de penas mais severas às mulheres inocentes, é obstaculizar o acesso ao aborto seguro e legal, sentenciando a morte de inúmeras delas. Seu discurso, postura e, inclusive, seus atos estão fundamentados em dogmas religiosos que, via de regra, sequer deveriam se imiscuir nas questões políticas, Além disso, assume uma postura conservadora, machista e patriarcal, demonstrando a faceta mais perversa do Estado: criminaliza os Direitos Humanos das Mulheres.

Os direitos das mulheres, tais como liberdade, igualdade, não-discriminação, princípio da dignidade da pessoa humana, entre outros, não raras vezes, são alvos (negativamente) dos parlamentares, seja nas atuações legislativas, seja nas falas e postura fora da Tribuna. Na tentativa de manter uma hegemonia social e padrões de gênero (dominante/dominado), utilizam de suas forças e alianças no Congresso Nacional, através de discursos conservadores e retrógrados.

A palavra da mulher, não raras vezes, é questionada quando opta por realizar o aborto permitido em lei. O profissional da saúde, ocasionalmente, emite juízo de valor acerca da mulher que deseja abortar, balizado no comportamento, vestimenta e características físicas e psicológicas, entre outras, questionando se ela está enquadrada nas permissões legais para realizar o procedimento abortivo. O que hoje já é difícil para a mulher em situação de violência sexual, com as alterações pretendidas no PL 5069/2013, pode vir a ser muito pior.

O legislador, retomado pelo conservadorismo e aspirações religiosas, acaba por transgredir direitos básicos das mulheres que, após décadas de luta, foram conquistados. Sua submissão no espaço público e no espaço doméstico ainda está longe de ter um fim. Embora o Brasil seja signatário de diversos documentos internacionais sobre os direitos das mulheres, bem como tenha no seu ordenamento diversos mecanismos para a promoção de igualdade entre os homens e mulheres, na prática, a discriminação pelo gênero na sociedade é muito evidente.

Para a efetivação dos Direitos das Mulheres, aliados a luta dos movimentos feministas e de mulheres ao redor do mundo, diversos documentos internacionais passaram a prever questões atinentes aos Direitos Humanos das Mulheres – tais como os direitos sexuais e reprodutivos, direito à saúde, à igualdade de gêneros e à liberdade. O reconhecimento da necessidade de criação de mecanismos estatais que visem promover a igualdade de gênero e cidadania feminina foi um grande passo nas últimas décadas. Políticas públicas transversais que abarquem a questão do gênero em diversos segmentos do governo, passaram a ser cada vez mais emergentes, criando mecanismos que busquem coibir práticas culturais e sociais que mantenham a mulher na condição de subalterna e submissa ao homem.

Dessa forma, verifica-se a necessidade de instituir e manter os mecanismos existentes que promovem a igualdade entre os gêneros, a fim de erradicar a discriminação e disparidade havida. Além disso, imperioso coibir atos do poder público que impliquem em violação e retrocesso aos Direitos das Mulheres. O direito de dispor sobre o próprio corpo, mormente nas questões referentes aos direitos sexuais e reprodutivos, diz respeito somente à mulher. Ao Estado cabe a promoção da

igualdade, liberdade, vida digna e efetivação desses direitos, buscando erradicar as diferenças e descriminação de gênero.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 maio 2016.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Anticoncepção de Emergência: perguntas e respostas para profissionais de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em <http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/normas-tecnicas/005.pdf> Acesso em 23 out 2016.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica, 2a ed., Brasília: Ministério da Saúde, 2011.

_____. Projeto de Lei n. 5.069 de 2013. 2013b Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EB2B2DA07CAD0BE5659795A37774B2F0.proposicoesWeb1?codteor=1061163&filename=PL+5069/2013> Acesso em: 23 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 54. 30 abr. 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54> Acesso em 02 maio. 2017.

BIROLI, Flávia. *Aborto em debate na Câmara dos Deputados*. 2016a. Disponível em <http://redesaude.org.br/comunica/wp-content/uploads/2016/10/Estudo-Flavia-Biroli- 29- 09-2016_def.pdf> Acesso em 22 de outubro de 2016.

_____. O debate sobre aborto. In: _____.; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e Política*. Brasília/DF: Boitempo Editora, 2014, p. 123-130.

CARVALHO, José Alberto Magno de; BRITO Fausto. A demografia Brasileira e o declínio da fecundidade no Brasil: contribuições, equívocos e silêncios. *Revista Brasileira de Estudo de População*, vol. 22, no.2, São Paulo, jul/dez, 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982005000200011#end> Acesso em 03 de outubro de 2016.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol.15, supl.1, Rio de Janeiro, jun. 2010, p. 959- 966. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002> Acesso em 18 maio 2017.

_____.; MADEIRO, Alberto Pereira. Serviço de aborto legal no Brasil – um estudo nacional. *Ciência e Saúde Coletiva*, vol.21, n.2, Rio de Janeiro, fev., 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016000200563&lang=pt#B9> Acesso em 01 jun 2017.

_____. et al. A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. *Revista Bioética.* (Impr.), vol. 22, n.2, 2014, p. 291-298. Disponível em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2016/08/DEBORADINIZetal_averdadedoestupronosservicosdeaborto2014.pdf> Acesso em 03 out 2016.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. <ás allá de la positividade de lo social: antagonismo y hegemonia. In:____. *Hegemonía y estratégia socialista*: hacia uma radicalización de la democracoa. Madrid: Siglo XXI, 1987.

LIMA JUNIOR, Antonio Teixeira, et al. Igualdade de gênero. *Políticas sociais*: acompanhamento e análise. Brasília, n23, p. 501-559, 2015. < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=25812> Acesso em 02 de jun de 2017.

MIGUEL, Luis Felipe. Aborto e democracia. *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, 20(3): 384, set./dez., 2012, p. 657-672.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento:* Plataforma de Cairo. Cairo, 1994. Disponível em <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf> Acesso em 30 nov 2016.

_____. *Declaração da Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher*. Pequim, 1995. Disponível em <http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2014/02/declaracao_pequim.pdf> Acesso em 30 nov 2016.

RIOS-NETO, Eduardo, L. G. A relação entre população e desenvolvimento 15 anos após a Conferência do Cairo. *Brasil, 15 anos após a Conferência do Cairo*. Campinas: ABEP; UNFPA, 2009, p. 13-66.

SUASSUNA, Jaqueline Coêlho. Ideologia e alteridade nos discursos sobre a liberalização do aborto no Brasil. *Diálogo das Letras*, Pau de Ferros, v. 05, n. 01, p. 283-297, jan/jun, 2016.

VENTURA, Miriam. Saúde Feminina e o pleno exercício da sexualidade e dos direitos reprodutivos. *O progresso das mulheres no Brasil 2003-2010*. In: BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jaqueline (Org.). Rio de Janeiro: CEPIA; Brasília: ONU Mulheres, 2011, p. 305-338.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião de política*: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll e Instituto de Estudos da Religião (ISER), 2012.

A LICENÇA PATERNIDADE COMO FERRAMENTA DE DIMINUIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

Goddman Andrade Santos,
Graduado na Universidade Fedral do Mato Grosso,
mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
bolsista CAPES; goddman@gmail.com.

Helena Kugel Lazzarin,
Advogada. Bacharel em Direito e Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.
Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.
Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS;
helenalazzarin@gmail.com.

Resumo:

O presente trabalho aborda a licença-paternidade sob uma perspectiva além da positivada no direito pátrio, trazendo dados oficiais, bem como fazendo um comparativo com dados internacionais sobre o tema. A relevância de se discutir o tema é imensa, dada a persistência da discriminação de gênero no ambiente do trabalho. Falar de licença-paternidade é também falar da própria formulação da sociedade e do papel do homem no sistema familiar e social. O referido instrumento pode ser visto como uma ferramenta eficaz na erradicação da discriminação, promovendo assim igualdade de oportunidades e tratamento para trabalhadores e trabalhadoras. Nesse viés a legislação pode reforçar as mudanças sociais, que já vem ocorrendo, bem como atender os anseios sociais, cada vez maiores, da população que experimenta o direito vivo em seu cotidiano. O levantamento de dados feito permite concluir que a ampliação da licença-paternidade não causaria grandes impactos econômicos, desmitificando assim o mito dos encargos trabalhistas, bem como a suposta oneração do Estado, a exemplo de países que permitem um afastamento do trabalhador por mais de duas semanas. O Poder Judiciário brasileiro já vem atuando de forma a promover a efetiva participação do homem na família, mas cabe também ao Estado em seu legislar, bem como aos empregadores e as organizações sociais trabalharem em conjunto a fim de extirpar esse câncer que é a discriminação de gênero. A metodologia de trabalho utilizada foi a indutiva-dedutiva com a técnica de pesquisa bibliográfica, bem como a análise de banco de dados oficiais, chegando ao final com uma conclusão, ao nosso ver, incontestável diante dos dados apresentados.

Palavras-Chave: Licença-paternidade. Discriminação. Gênero. Impacto econômico.

Abstract:

The present work deals with the paternity leave from a perspective beyond the the Brazilian law. It bringing official data, as well as making a comparative with international data on the subject. The relevance of discussing the topic is immense, given the persistence of gender discrimination in the work environment. To speak of paternity leave is also to speak about the very formulation of society and the role of man in the family and social system. This instrument can be seen as an effective tool in eradicating discrimination, thus promoting equal opportunities and treatment for

workers. In this bias, legislation can reinforce social changes that have already taken place, as well as meet the growing social longings of the population experiencing living law in their daily lives. The survey of data made allows concluding that the expansion of the paternity leave would not cause major economic impacts, thus demystifying the myth of labor costs, as well as the supposed burden of the State, such as countries that allow a worker to be separated by more than two Weeks. The Brazilian Judicial Branch has already been acting in a way that promotes the effective participation of men in the family, but it is also up to the State in its legislation, as well as employers and social organizations to work together to eliminate this cancer, which is discrimination of genre. The work methodology used was the inductive-deductive method with the bibliographical research technique, as well as the analysis of official databases, reaching the end with a conclusion, in our view, incontestable with the data presented.

Key Words: Paternity leave. Discrimination. Gender. Economic Impact.

1 Introdução

O presente trabalho aborda a licença paternidade sob um olhar além do já regulamentado no Brasil. É notório que os anseios sociais já não mais são atendidos pela norma escrita, ou seja, o direito vivo está em total dissonância com o direito positivado.

Adotamos a teoria da sociologia jurídica, do direito vivo, que analisa a aplicação da norma jurídica ao caso concreto, levando em consideração os fatos que geraram o direito vigente e o próprio tempo no qual ocorreram.[1] É o direito localizado na prática social, de certa forma desligado do Estado, pois independe deste para surgir ou se desenvolver, é o direito que ocupa as margens da racionalidade do direito kantiana.

É justamente dentro deste direito vivente, ou vivo, que se percebe a inadequação atual da licença paternidade positivada. Os cinco dias concedidos pela ADCT juntamente com a opção de ampliação com mais quinze dias pela empresa adepta do programa empresa cidadã, totalizando vinte dias, não conseguem atender a demanda social dos pais da atualidade, que anseiam num panorama geral por uma participação mais presente na criação dos filhos.

A legislação sobre licença-paternidade, da forma como posta hodiernamente, não atende mais as necessidades sociais familiares, quando as responsabilidades são partilhadas entre os parceiros, e pior, possibilita a manutenção de um comportamento discriminatório dos empregadores em relação às mulheres que buscam uma colocação no mercado de trabalho, ou mesmo contra aquelas que galgam promoções ou cargos de chefia em suas carreiras profissionais.

A discriminação de gênero no ambiente do trabalho se arrasta no transcurso da história, juntamente com a própria história do direito do trabalho. O presente estudo não possui a pretensão de fazer um apanhado histórico da discriminação de gênero no ambiente de trabalho mas, ao mesmo tempo, não podemos deixar de fazer um breve relato da história da relação de emprego para uma compreensão melhor do tema. Como apontado por José Martins Catharino "A formação do Direito do Trabalho pode ser considerada um capítulo da história da liberdade humana (...)"[2], e pelos

[1] ERLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Tradução de René Ernani Gertz e Revisão de Valmireh Chacon. Brasília, DF: Ed. UNB, 1986. p. 373-387.

[2] CATHARINO, José Martins, Compêndio de direito do trabalho. vol 1.São Paulo: Editora Saraiva, 1918, p. 4.

estudos feitos pode-se afirmar que é o início da luta contra discriminação de gênero na relação de emprego.

Mas como falar de liberdade dentro de uma relação, primeiro humana, depois jurídica, onde a própria vontade individual é tolhida e coordenada pelo Estado? Fato incontestável é que, nem sempre o Estado interveio nas relações entre empregado e empregador, no final do século XVIII e durante o séc. XIX as relações de emprego foram regidas dentro da seara privatista do direito civil nascido de uma revolução liberal, essas relações foram regidas muito mais por uma intuição coletiva que propriamente por regras individuais regulamentadoras, para Carmen Camino "O fato social que propiciou o nascimento do novo direito é de natureza coletiva, com ênfase à auto-regulamentação, (...)"[3]. A história é uníssona quanto a organização coletiva na proteção de salários dignificante, jornada de trabalho descentes e proteção à saúde do trabalhador.

São nestes três fatores que se observa a disparidade de tratamento entre homens e mulheres dentro do ambiente do trabalho, em especial no tocante a diferença salarial. Desde os primeiros relatos históricos relativos ao direito do trabalho nota-se que o trabalho da mulher e das crianças sempre foram uma forma alternativa e mais barata, em relação ao trabalho do homem. Essa disparidade não é um fato isolado e confinado nos arquivos da história humana, muito pelo contrário, ainda hoje a mão de obra feminina é paga de forma inferior à masculina, sem qualquer justificativa plausível, se não a própria discriminação de gênero Um estudo feito em 2009 pelo Banco Inter-Americano do Desenvolvimento mostra que no Brasil os homens ganham aproximadamente 30% a mais que as mulheres da mesma idade e com nível de instrução[4].

Essa diferença, que tem sua justificativa na discriminação, está também ligada ao próprio papel arcaico ideológico do homem na sociedade e no seio familiar. Assim, quando se busca promover a igualdade de oportunidades e tratamento entre gêneros se está buscando também repensar o próprio papel do homem na sociedade e dentro de sua família.

No tocante à família, um dado chama a atenção no Programa Nacional por Amostragem de Domicílios – PNAD, este programa somente começou a conceituar a estrutura família a partir de 1976, sendo seu primeiro relatório em 1967.

> FAMÍLIA
> Considerou-se Família o conjunto de pessoas ligadas por laços de parentesco ou de dependência doméstica que vivessem no mesmo domicílio; pessoa que vivesse só em domicílio particular e o conjunto de, no máximo, cinco pessoas que vivessem num domicílio particular, sem estarem ligadas por laços de parentesco ou de dependência doméstica.[5]

Esse fato leva a refletir alguns pontos, tais como o surgimento de famílias compostas por apenas um único indivíduo; famílias compostas por pessoas sem laço parental; ou mesmo pessoas de dividem o mesmo domicílio sem dependência domiciliar. Percebe-se assim que a reconfiguração da Família, no sistema social, já ocorria antes mesmo da metade da década de 70.

Ainda dentro do PNAD, o levante feito em 2011 reforça o estudo feito pelo Banco Interamericano do Desenvolvimento quando mostra em sua tabela "3.2- Pessoas de 10 anos ou mais

---

[3] CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 33.

[4] ATAL Juan Pablo; ÑOPO, Hugo; WINDER, Natalia. New Century, old disparities : gender and ethnic wage gaps in Latin America. Department of Research and Chief Economist, Inter-American Development Bank, 2009.

[5] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa nacional por amostragem de domicílio 1976. vol. 1, Tomo 8. Rio de Janeiro: IBGE, 1978. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/59/pnad_1976_v1_t8_br.pdf > último acesso em 20 mai. 2017.

de idade, por situação do domicílio e sexo, segundo os anos de estudo - Brasil – 2011"[6], que entre 142.601 pessoas entrevistas no espaço urbano, 13.163 possuíam 15 anos ou mais de estudos, das quais 5.624 eram homens e 7.539 eram mulheres.

Estes dados contrapostos com os dados da tabela "4.1- Pessoas de 10 anos ou mais de idade e valor do rendimento médio mensal das pessoas de 10 anos ou mais de idade, por sexo, segundo a situação do domicílio e as classes de rendimento mensal - Brasil – 2011"[7], mostram a disparidade gritante causada pela discriminação, no total de 142.601 pessoas entrevistadas no espaço urbano, 795 tinham rendimento mensal superior a 20 salários mínimos, das quais 593 eram homens e, apenas, 202 eram mulheres.

Os dados são incontestáveis, e assustadores, no quesito salário, quando a faixa de rendimento mensal passa a de 2 salários mínimos, as mulheres são sempre minoria, e este é um contrassenso quando se analisa a qualificação educacional das mesmas, uma vez que no quesito acima de 9 anos de estudos, as mulheres são maioria nas estatísticas.

Diante deste cenário, falar de licença paternidade é uma possibilidade prática de diminuir ou mesmo erradicar a discriminação de gênero na relação de emprego quando da contratação ou promoção dos trabalhadores, e é nesta senda que o presente trabalho segue nos próximos títulos.

2 Licença-paternidade

Para Guilherme José Purvin de Figueiredo[8], a licença paternidade encontra sua justificativa em três, possíveis, fundamentos: a) proporcionar condições mais concretas de proteção da criança pelo pai (relação familiar unilateral, fenômeno de proteção da prole e de perpetuação da espécie); b) incentivar a convivência familiar com a mulher e filhos, que neste caso, toma-se a liberdade de restringir ao simples enunciado "incentivar o convívio familiar"; e c) revisar o papel arcaico do homem, ao passo da formação ideológica da repartição entre os cônjuges das responsabilidades familiares.

O presente enfoque é dado à segunda justificativa "incentivar o convívio familiar", haja vista a perspectiva de enxergar o outro, no caso o trabalhador ou trabalhadora, como ser humano, que o é, e não como mero algoritmo da conta da cadeia de produção.

> O exercício afetivo da paternidade tão cobrado dos homens e, ao mesmo tempo, cobrado por alguns homens, é algo inédito na história da humanidade. Nunca houve uma sociedade onde fizesse parte da formação (ou mesmo obrigação) do homem desenvolver a habilidade de cuidar de crianças. Essa sempre foi uma tarefa de mulheres! O que pretendemos é uma verdadeira revolução!9

---

[6] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa nacional por amostragem de domicílio 2011. vol. 31. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/59/pnad_2011_v31_br.pdf> último acesso em 20 mai. 2017.

[7] BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa nacional por amostragem de domicílio 2011. vol. 31. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/59/pnad_2011_v31_br.pdf> último acesso em 20 mai. 2017.

[8] FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável. Legislação do Trabalho , São Paulo: Revista LTr., v. 58, n.10, p. 1230-1234, 1994.

[9] FERREIRA, Silvania. Os desafios da paternidade e da maternidade e a intervenção do serviço social frente as questões de gênero. [Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina, 2002]. P.: 28

Atualmente, mesmo com os condicionamentos sociais ainda arraigados no patriarcado, torna-se evidente que os homens tem buscado uma nova identidade masculina, revalorizando sentimentos como amor, carinho, afeto, permitindo-se expressar suas emoções, repensando, inclusive, o seu papel de pai.

Partindo-se de uma perspectiva micro para o macro, ou seja, inicia-se com a hipótese da vontade individual do homem de redefinir seu papel na sociedade e na família, depois parte-se para a necessidade da família de uma participação mais presente do homem, o sistema social atual demanda do homem um papel paterno mais afetivo e presente, e para o Estado resta a obrigação de colaborar com a evolução social, devendo exercer sua função precípua de garantir o bem estar dos cidadãos, assegurando oportunidades aos homens de estarem presentes nesta fase da vida da criança. Surge então a necessidade de entender como se dá a licença paternidade no Brasil?

No Brasil, antes de se tornar um direito positivado dos homens, a licença-paternidade tornou-se cada vez mais frequente em decorrência de negociações coletivas de trabalho, mais uma vez a ação coletiva de auto regulação sempre presente na história do direito do trabalho. Posteriormente, o governo legislou sobre essa matéria, estabelecendo, na Constituição Federal de 1988, a obrigatoriedade da licença-paternidade.

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; [10]

No entanto, a licença paternidade não estava completamente firmada no artigo 7º da Carta Magna de 1988, sendo complementada no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com prazo fixado em cinco dias:

> Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
> § 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.[11]

Atualmente, a licença paternidade é estendida por meio da Lei 13.257/2016 chamada de "Marco Legal da Primeira Infância". A lei prevê, entre outras medidas, a ampliação opcional da licença-paternidade por mais 15 dias:

> Art. 38. Os arts. 1o, 3o, 4o e 5o da Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, passam a vigorar com as seguintes alterações:
> "Art. 1o É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:
> II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1o do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.[12]

---

[10] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Último acesso em 30 abr. 2017

[11] Idem

[12] BRASIL. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm> Último acesso em 30 mar. 2017.

Portanto, a Lei 11.770/2008 que criou o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, promove também políticas públicas para a promoção da primeira infância, inclusive através da ampliação da licença-paternidade. Essas conquistas sempre foram lentas.

A prorrogação da licença-paternidade não foi obra da preocupação do trabalhador homem com o seu papel como pai, aliás, pouco se pensa no fator social e psicológico estabelecido entre pai e filho. De fato, o papel do homem no seio familiar, fora pensado somente como provedor familiar, pelo próprio sistema do Direito, um reflexo de décadas estagnadas nesta percepção se materializa na última década do séc. XX e início do séc. XIX, por meio das demandas judiciais no país.

Estudos recentes comprovam que a literatura empírica sobre os benefícios da licença-paternidade pode ser dividida em torno de dois grandes tópicos, quais sejam: (1) desenvolvimento infantil e (2) igualdade de gênero.[13]

> Há estudos com evidência dos benefícios mais diretos do envolvimento paterno no desenvolvimento infantil. Huerta et al. (2013), por exemplo, investigam a relação entre envolvimento paterno e desenvolvimento cognitivo e comportamental da criança. Utilizando dados de quatro países (EUA, Reino Unido, Dinamarca e Austrália), eles encontram uma associação positiva entre envolvimento paterno e a performance das crianças em alguns testes cognitivos. Essa associação, todavia, foi apenas observada de forma mais clara e consistente no Reino Unido. Vale a pena destacar que a evidência de ligação entre cuidado paterno no cuidado da criança e sua performance em testes cognitivos não se refere a qualquer tipo de envolvimento. A relação positiva surge apenas quando esse envolvimento do pai diz respeito às atividades de leitura e brincadeira com a criança e é mais forte quando a interação paterna ocorre no segundo e no terceiro ano de vida da criança. Essa associação positiva todavia, não é encontrada quando a interação com o pai inclui apenas os cuidados mais comuns com a criança – troca de fraldas, alimentação e colocar a criança para dormir.[14]
>
> De acordo com a teoria econômica, a concessão de benefícios trabalhistas que sejam fonte de custos aos empregadores tenderia, tudo mais constante, a reduzir o nível de emprego e o salário dos trabalhadores. Seria razoável esperar, portanto, que a possibilidade de afastamento remunerado do trabalho após o nascimento de um filho ou de uma filha tenha impacto negativo sobre a renda do trabalhador. O problema emerge da assimetria entre mulheres e homens quanto aos benefícios a que têm direito: a licença-maternidade permite o afastamento remunerado do trabalho por seis meses, ao passo que a licença paternidade permite o afastamento remunerado – no momento – por apenas cinco dias. Alguns trabalhos empíricos trazem evidências que dão suporte a esse argumento. Kotsadam and Finseraas (2011) também estudaram a licença paternidade na Noruega, mas com foco no comportamento das famílias. Partindo de um survey com quase 26.000 respondentes e supondo que a lei não alterou a taxa de natalidade da Noruega, os autores usam a reforma legislativa como um experimento natural e encontram indícios de que a reforma diminuiu a desigualdade de gênero no ambiente familiar. Dentre os principais resultados do estudo, encontra-se que pais que tiveram filhos depois da reforma têm um nível 11% menor de conflitos por questões relacionadas à divisão do trabalho doméstico e uma têm probabilidade 50% maior de dividir as tarefas de lavar as roupas, em comparação com pais que tiveram filhos antes da reforma. Os autores não encontraram diferenças

[13] Almeida, Sergio; Ferreira, Rafael; Marino, Eduardo; Pereda, Paula; Pluciennik, Gabriela. **Projeção Econômico-demográfica da ampliação da licença-paternidade no Brasil.** Departamento de Economia, FEA – USP. Fundação Maria Cecília Souto Vidigal (FMCSV) 2015. Disponível em: <http://www.fmcsv.org.br/pt-br/acervo-digital/Paginas/projecao-economico-demografica-da-ampliacao-da-licenca-paternidade-no-brasil.aspx> Último acesso em 12 mar. 2017.

[14] Ibid., p.09.

> significativas entre os dois grupos, no entanto, nos efeitos de longo prazo sobre a atitude geral quanto à igualdade de gênero.[15]

Diante desse contexto, a licença-paternidade concedida, vem mais amparada em um desejo de igualdade de gênero e proteção à infância, do que efetivamente como um benefício ao pai trabalhador e o resultado psicológico e social dele acompanhar os primeiros dias da infância de seu filho.

Ampliar a licença-paternidade é a possibilidade real de o próprio Direito influir nas relações sociais, reforçando a mudança de comportamento do homem dentro do seio familiar, não só no papel de cuidador da criança, mas inclusive no seu papel de companheiro, quando efetivamente há uma partilha das atividades domésticas. O Brasil tem avançado neste cenário, mas também há muito a refletir.

A Lei 13.257 que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância contribui de forma significativa para uma maior participação do trabalhador, nesta fase da vida do filho ou filha, através da licença-paternidade, bem como auxilia no seu desenvolvimento como pai no núcleo familiar, e no redescobrir o seu papel como homem na sociedade. No entanto, a licença-paternidade deve ser concedida de forma ampliada não somente por ser bom para o trabalhador mas também porque é bom para o empregador, uma vez que assume sua responsabilidade social e, por conseguinte, proporcionará ao seu empregado um maior bem estar que motivará este último no desempenhar de suas atividades.

Apesar das mudanças tímidas no pensamento do empregador, ainda hoje no país se pensa em auferir lucros em detrimento do bem estar social e psicológico do trabalhador, prova viva é a própria reforma trabalhista em trâmite no país atualmente (2017). A negligência da preocupação quanto ao lado social, afetivo e psicológico dos trabalhadores reflete diretamente na própria produtividade do mesmo dentro da empresa. Afinal, como um trabalhador deve "*vestir a camiseta*[16]" da sua empresa, se a mesma não o trata como ser humano, mas sim como mera mão-de-obra?

A necessidade da mudança dessa perspectiva pode gerar diversos resultados, tais como, durabilidade do contrato de trabalho por interesse dos trabalhadores, maior grau de satisfação com a empresa, bem como maior produtividade do mesmo, além de um desenvolvimento mais humano e fraterno entre os indivíduos desta relação.

O impacto econômico é, talvez, o mais importante dos argumentos contrários à ampliação de dias de afastamento do trabalhador. Ocorre que, segundo estudo elaborado pela Fundação Maria Cecília Souto Vidigal – FMCSV, em conjunto com o Departamento de Economia, FEA – USP, numa projeção até o ano de 2030, a ampliação de 05 para 15 dias (obrigatórios) de afastamento causaria impacto financeiro de baixo porte, R$ 98,9 milhões por ano, o que representa 0,009% da arrecadação federal em 2014.[17]

---

[15] Ibid., p. 12

[16] "*vestir a camisa*" – expressão popular utilizada para expressar o empregado que se dedica com afinco à diretrizes e objetivos da empresa empregadora. Conceituado pelos autores.

[17] FMCV – Fundação Maria Cecília Vidigal. Projeção econômica-demográfica da ampliação da licença-paternidade no Brasil. Rio de Janeiro (RJ); 2015.



Dentro desta perspectiva, se faz necessário apontar também as orientações e posições adotadas pela Organização Internacional do Trabalho – OIT. Instituição internacional criada em 1919, com o Tratado de Versalhes no final da I Guerra Mundial, dentro de um contexto de desigualdades sociais e reivindicações sindicais ao redor do mundo.

Promover o emprego e proteger as pessoas é um dos comandos da Organização Internacional do Trabalho. O tema sobre a licença-paternidade tem grande relevância, pois, a preocupação com a primeira infância têm promovido estudos, publicações, convenções e orientações, o que tem gerado mudanças nas legislações nacionais dos países integrantes da OIT.

Em seus estudos, a OIT analisa as licenças mais importantes para trabalhadores com responsabilidades familiares, neste caso focado, especificamente, na licença paternidade, a partir das experiências das legislações e práticas empresariais e sindicais. As licenças são fundamentais para que as pessoas possam conciliar seu trabalho remunerado com as responsabilidades familiares[18].

Em que pese a noção de responsabilidades familiares estar presente em vários documentos da OIT é somente em 1981, com a Convenção 156 que o termo recebe um conceito preciso, responsabilidade com relação a seus filhos dependentes, bem como em relação a outros membros de sua família imediata que manifestamente precisem de seus cuidados ou apoio, quando essas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e de nela ingressar, participar ou progredir[19]

A OIT se mostra preocupada não somente com a legislação nacional dos países membros, mas também com a própria modificação da consciência da população. Conforme bem dispõe a Convenção 156: "[...]para alcançar a plena igualdade entre homens e mulheres, é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem quanto da mulher na sociedade e na família"[20]. Discorre em seus itens:

> 12. Devem ser tomadas todas as medidas compatíveis com as condições e possibilidades nacionais para que os trabalhadores e trabalhadoras com

[18] Nota 6 – Trabalho e Família. Organização Internacional do Trabalho – OIT. Publicado em: 1º/12/2011. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_229658/lang--pt/index.htm> Último acesso em 30 abr. 2017.

[19] BRASIL. Convenção 156. Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981, artigo 1º. OIT, 2009. Disponível em < http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf> Último acesso em 30 abr. 2017.

[20] BRASIL. Convenção 156. Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981. OIT, 2009. Disponível em < http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf> Último acesso em 30 abr. 2017.

> responsabilidades familiares possam se integrar e permanecer na força de trabalho, assim como se reintegrar após uma ausência decorrente dessas responsabilidades.
> 32. As autoridades e organismos competentes de cada país devem fomentar toda ação pública e privada que seja possível para aliviar a carga que têm os trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares

Como dito anteriormente, a mudança ocorre não somente na prática da licença-paternidade, mas também no próprio sistema social, quando atinge o repensar dos papeis heteronormativos dos indivíduos, dentro de uma sociedade contemporânea complexa.

Apesar da licença paternidade não ser difundida em uma legislação internacional, ela tem sido, atualmente, reconhecida em diversas legislações nacionais. O que desperta a necessidade de se debater o tema é que, mesmo diante de todas as demandas sociais, o Brasil não é parte ratificante da Convenção 156 da OIT, estando em contrassenso com os demais países membros da Organização.

Segundo o relatório sobre maternidade e paternidade da OIT, o número de países que concedem o direito à licença-paternidade aumentou de 41 para 79 nas últimas duas décadas. Na maior parte desses países (71), o benefício é remunerado, sendo majoritariamente pago, nesses casos, pelo empregador. A duração da licença varia de 1 a 90 dias, com as licenças relativamente mais extensas (i.e., mais de duas semanas) sendo observadas em países europeus como Finlândia, Islândia, Lituânia, Portugal e Eslovênia.

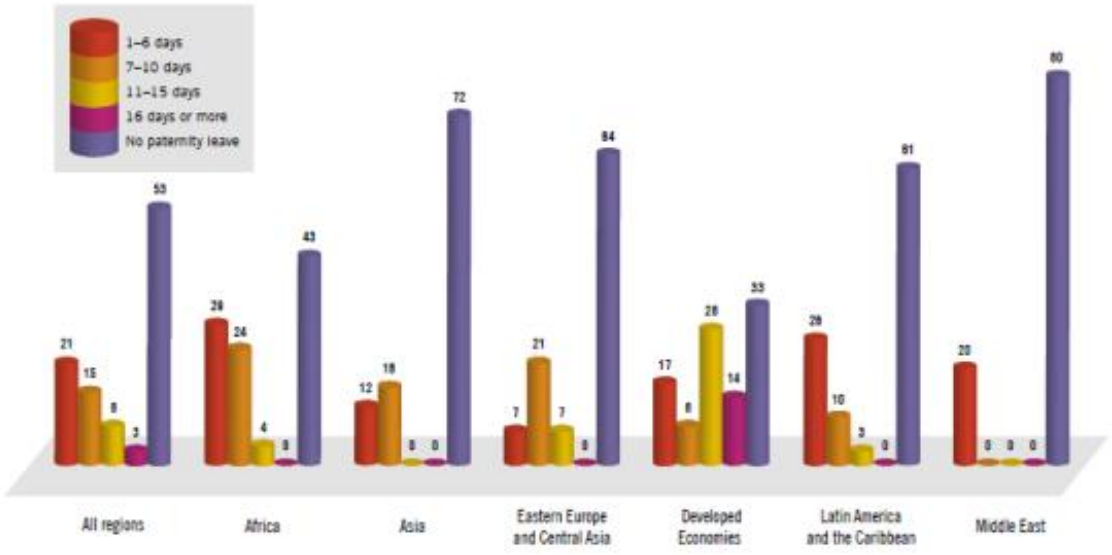
A partir desses dados podemos analisar que a legislação brasileira tem muito a progredir em relação à licença paternidade. Atualmente, o nosso ordenamento prevê uma pequena mudança (opcional) de 5 para 15 dias (totalizando 20 dias) de licença-paternidade, por escolha do empregador, bem como sendo a empresa empregadora participante do programa "Empresa cidadã[21]".

A amostra abaixo apresenta o percentual de países, por região, em várias "classes" de duração da licença.[22]

[21] BRASIL. Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm> Último acesso em 29 mai. 2017.

22 ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. Maternity and paternity at work: law and practice across the world International Labour Office. – Geneva: ILO, 2014 (tradução livre).

Figure 3.1 Provision of statutory paternity leave by duration, 2013 (167 countries) (%)



Source: ILO Working Conditions Laws Database – Maternity Protection. Available at: http://www.ilo.org/travdatabase [29 Mar. 2014].

Incentivar que homens exerçam efetivamente suas atribuições como pai nas relações familiares, e que assumam ou possam assumir suas responsabilidades familiares, é tão importante quanto à própria necessidade da licença-maternidade, vai além do direito dos genitores, está ligado diretamente à própria criança e o seu direito de bem estar e saúde. O homem tem que se apropriar do papel do pai na família e, por conseguinte, da função de construir um meio ambiente saudável para a primeira infância e seus filhos. Adota-se para o presente trabalho o conceito de saúde, o qual derivamos o termo saudável, como aquele ditado pela Organização Mundial de Saúde – OMS, qual seja: "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades[23]".

O Poder Judiciário nacional tem atuado de forma prática na promoção da igualdade de oportunidades e tratamento entre gêneros, em decisão inédita, até a presente data, a 01ª Vara Federal de Florianópolis/PR decidiu por conceder uma licença-paternidade de 180 dias para um servidor público, pai de duas filhas gêmeas.

A referida decisão é centrada na necessidade das recém-nascidas, justificando em forte embasamento fático a necessidade das crianças de usufruírem da presença dos genitores nos primeiros dias de vida, destaca-se trecho da referida decisão.

> Entendo que, nesse caso específico, o deferimento da licença-maternidade também ao pai, além da mãe, é que garantirá a prioridade e o interesse dos menores - e não, repito, a extensão de dias a mais de licença-maternidade. Isso porque, uma vez confirmada a necessidade do período de 120 dias - e de até 180 dias - de dedicação da mãe para os cuidados de uma criança, no caso de duas ou mais, será absolutamente insuficiente destinar benefício idêntico - ou prorrogado - recém-nascidos que se desenvolverão simultaneamente, requerendo os cuidados naquele momento e não quando as crianças tiverem 4, 6 ou 9 meses.
> Assim, em homenagem aos mesmos princípios constitucionais considerados pelo Ministro Roberto Barroso - de proteção integral, da prioridade e do interesse do menor, vistos à luz da dignidade da pessoa humana -, é não só

[23] "Health is a state of complete physical, mental and social well- being and not merely the absence of desease or infirmity". WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **Trade, foreign policy, diplomacy and health**. Geneve, 2015a. Disponível em: <http://www.who.int/trade/glossary/story046/en/>. Último acesso em 13 out. 2015.

> possível, mas de urgência evidente, que o Judiciário decida apoiado em base principiológica, ampliando, também nesses casos, o direito à licença-maternidade para o pai de gêmeos. Dessa forma, o período de licença, voltado para a criança, será assegurado para cada um dos recém-nascidos, tal como ocorre quando infortunadamente a mãe vem a falecer no parto ou decorrer da licença, ou quando um empregado homem adota uma criança sozinho. Não se trata, portanto, de criação de norma para o caso concreto, mas de utilização por analogia de normas existentes e consolidadas pela jurisprudência.[24]

Fica evidente que a licença paternidade é uma preocupação para com a criança, devendo cumprir sua função precípua. Mas o efeito consequente dessa preocupação é justamente o tema central deste estudo, quando se garante uma ampliação da licença-paternidade aos patamares da licença-maternidade, o empregador perde sua ferramenta de escolha discriminatória no momento de contratação ou mesmo no momento de promoção do empregado ou empregada dentro da empresa.

4 Considerações Finais

Como se verificou, a discriminação de gênero é um fantasma que assombra o Direto do Trabalho, desde o seu surgimento institucionalizado, ou até mesmo antes deste advento. No transcurso da história a preocupação com a extinção da discriminação sempre esteve em pauta de debates internacionais, em especial da OIT.

O se identificou com o presente trabalho é que no pesar da transmutação da finalidade das licenças-maternidade e paternidade, seja seu desvinculamento do sexo do indivíduo, quando da aceitação da licença-maternidade para pai / mãe adotiva, seja a transcendência da preocupação da mãe para também com a criança.

Nos últimos anos tem se reforçado a intenção de proteger o recém-nascido e de garantir seus direitos fundamentais, ao lado do redefinir do papel do homem dentro da sociedade e do próprio seio familiar. Essa última impõe um trabalho conjunto dos indivíduos, da sociedade e do próprio Estado, garantindo assim um avanço social no combate às desigualdades de gênero ainda presentes nos dias atuais.

Possibilitar a vivência do homem nos primeiros dias de vida de seus filhos é uma ação benéfica para todas as partes envolvidas, para a mãe que se encontra em período pós parto, para a criança recém-nascida que terá o convívio com o pai criando e fortalecendo os laços familiares, para as empresas nas quais esses indivíduos trabalham, uma vez que acarretará em indivíduos mais engajados por se sentirem confiantes no seu papel familiar e social, incentivando inclusive o regresso das mães para o mercado de trabalho, para o Estado que cumpre sua função de promover o bem estar dos cidadãos garantido a igualdade entre indivíduos através da promoção de iguais oportunidades e tratamentos aos indivíduos independente do sexo, gênero, sexualidade, raça, crença e outras forma de diferenciação.

---

[24] BRASIL. 1ª Vara Federal de Florianópolis. Procedimento do Juizado Especial Cível nº 5009679-59.2016.4.04.7200/SC. Autor: Paulo Renato Vieira Castro. Réu: União - Advocacia Geral da União. Juíza Federal Simone Barbisan Fortes. 07de novembro de 2016. Santa Catarina/SC. Disponível em <https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721478525089324950214960654781&key=cf160d90a9dc61a3eb87e4f2365a053312398d770d3e355470ab72f300a0fe9c Último acesso em 31/05/2017> Último acesso em 30 mai. 2017.

Como restou demonstrado, o impacto econômico de uma licença-paternidade de 20 dias obrigatório seria de 0,009% do PIB de 2014, mas quando se fala em uma proposta mais ousada, no sentido de ampliar a licença-paternidade à por exemplo 90 dias, não se propõe uma oneração exclusiva do Estado, ou do empregador ou mesmo do empregado. Entende-se que todos os atores são responsáveis sociais, devendo partilhar esse ônus, como demonstrado na experiência do Direito comparado, quando alguns países subsidiam parte da licença, ou o empregador o faz, e o empregado tem o direito de ampliar os dias d licença sem a percepção de remuneração, podendo se programar para tal período.

Como demonstrado anteriormente, as leis criada no Brasil tem demonstrado a preocupação do país para com o assunto, mas esse avanço ainda é tardio em comparação com demais países ao redor do mundo. Essa disparidade entre as licenças reforça ainda a possibilidade de ações discriminatórias tanto no ato da contratação quanto na promoção dos trabalhadores. Evidenciando assim a ineficácia das medias adotadas no país para erradicar a discriminação entre homens e mulheres.

Em suma, com o enfoque precípuo na proteção da primeira infância, e na garantia dos direitos das crianças a licença-paternidade também serve de ferramenta de diminuição ou erradicação da discriminação entre homens e mulheres em dois momento específicos da relação de emprego, primeira na contratação do empregado ou empregada, e segundo no momento da promoção dos mesmo, sendo assim valorizado as habilidades e competência dos indivíduos para além do seu sexo, gênero ou sexualidade.

Sabe-se que a gestação não é o único ponto que enseja a discriminação entre indivíduos masculinos e femininos, mas também o é quando se cria a cultura de mulher como mão-de-obra ociosa para o empregador. A responsabilidade para erradicar esse comportamento discriminatório é de todos, Estado, trabalhadores e empregadores; cada qual assumindo seu papel como detentor de direitos e deveres para com a sociedade.

Referências

ADDATI, Laura; CASSIRER, Naomi; GILCHRIST, Katherine. Maternity and paternity at work: law and practice across the world International Labour Office. – Geneva: ILO, 2014. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/topics/equality-and-discrimination/maternity-protection/publications/maternity-paternity-at-work-2014/lang--en/index.htm>

ALMEIDA, Sergio; FERREIRA, Rafael; MARINO, Eduardo; PEREDA, Paula; PLUCIENNIK, Gabriela. Projeção Econômico-demográfica da ampliação da licença-paternidade no Brasil. Departamento de Economia, FEA – USP. Fundação Maria Cecília Souto Vidigal (FMCSV) 2015. Disponível em: <http://www.fmcsv.org.br/pt-br/acervo-digital/Paginas/projecao-economico-demografica-da-ampliacao-da-licenca-paternidade-no-brasil.aspx>.

ATAL Juan Pablo; ÑOPO, Hugo; WINDER, Natalia. New Century, old disparities : gender and ethnic wage gaps in Latin America. Department of Research and Chief Economist, Inter-American Development Bank, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

BRASIL. Convenção 156. Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares, 1981. OIT, 2009. Disponível em < http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/convencao_156_228.pdf>

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa nacional por amostragem de domicílio 1976. vol. 1, Tomo 8. Rio de Janeiro: IBGE, 1978. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/59/pnad_1976_v1_t8_br.pdf >

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Pesquisa nacional por amostragem de domicílio 2011. vol. 31. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/59/pnad_2011_v31_br.pdf>

BRASIL. Lei 11.770 de 09 de Setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11770.htm>.

BRASIL. Lei 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, a Lei no 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei no 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm>.

BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. Convenção 156 e recomendação 165: Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares. 1981. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_226561/lang--pt/index.htm>.

BRASIL. Organização Internacional do Trabalho. Nota 6: Trabalho e Família. Publicado em: 1º/12/2011. Disponível em: <www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_229658/lang--pt/index.htm>.

CAMINO, Carmen. Direito individual do trabalho. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 33.

CATHARINO, José Martins, Compêndio de direito do trabalho. vol 1.São Paulo: Editora Saraiva, 1918, p. 4.

ERLICH, Eugen. Fundamentos da sociologia do direito. Tradução de René Ernani Gertz e Revisão de Valmireh Chacon. Brasília, DF: Ed. UNB, 1986. p. 373-387.

FERREIRA, Silvania. Os desafios da paternidade e da maternidade e a intervenção do serviço social frente as questões de gênero. [Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina, 2002]. P.: 28

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Licença-paternidade: direito da entidade familiar e consectário do princípio da paternidade responsável. Legislação do Trabalho , São Paulo: Revista LTr., v. 58, n.10, p. 1230-1234, 1994.

FMCV – Fundação Maria Cecília Vidigal. Projeção econômica-demográfica da ampliação da licença-paternidade no Brasil. Rio de Janeiro (RJ); 2015.

GENEBRA. Health is a state of complete physical, mental and social well- being and not merely the absence of desease or infirmity. WORD HEALTH ORGANIZATION (WHO). Trade, foreign policy, diplomacy and health. Geneve, 2015a. Disponível em: <http://www.who.int/trade/glossary/story046/en/>. Acesso em: 13 out. 2015.

A AFIRMAÇÃO DAS IDENTIDADES HOMOSSEXUAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DO RECONHECIMENTO DE AXEL HONNETH

Aline Ferrari Caeran,
Mestra em Direito;
advogada_alineferraricaeran@yahoo.com.br.

Resumo:

O presente artigo é fruto de trabalho de conclusão de Mestrado em Direito, tendo como tema a análise da contribuição da teoria de Axel Honneth para afirmação das identidades homossexuais em uma sociedade plural como a brasileira. Para a realização do estudo, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento histórico-evolutivo e socioanalítico, além das técnicas de pesquisa indireta, que abrangem a pesquisa documental e bibliográfica. Assim, fez-se imprescindível a análise das premissas instituídas pela teoria do reconhecimento do sociólogo e filósofo Axel Honneth e reflexões, ainda que sucintas, acerca das noções de identidade, de modo a concluir que a referida teoria possibilita que as pessoas homossexuais envolvidas em conflitos sociais, os quais se originam de uma experiência de resistência ao desrespeito social e à herança cultural estigmatizante, busquem o reconhecimento e a afirmação de sua identidade na esfera emotiva, na esfera da estima social e na esfera jurídico-moral, rompendo com paradigmas e discursos culturalmente construídos no âmbito jurídico.

Palavras-chave: Homossexualidade. Reconhecimento. Identidades.

1 Introdução

Na contemporaneidade, muito se fala acerca do discurso do respeito à diferença e à diversidade, além do direito à cidadania, construída em bases de igualdade. Todos se apropriam de tal discurso, que é humanitário e fácil de unir com os preceitos liberais da atual sociedade, na qual, em tese, há espaço para todos.

Os excluídos, representados por situações de marginalização e estigmatização social por não se enquadrarem nos padrões mínimos de comportamento social, econômico, moral e até mesmo político, buscam conquistar a igualdade. Nesse cenário, emergem questões relativas à sexualidade humana, as quais concernem à liberdade de orientação sexual, pois, ao contrário do que se prega no discurso de respeito à diferença e à diversidade, na realidade, os grupos que divergem do padrão tradicional da sociedade são reprimidos por não estarem de acordo com o que é tido como politicamente correto, no caso, a heterossexualidade.

Assim, aqueles que se apresentam como homossexuais são discriminados e excluídos, uma vez que classificados pelas suas práticas e atuações sexuais ou afetivas, como se não fossem dignos de iguais direitos por violarem padrões culturalmente construídos, o que, por si só, gera uma deformação da identidade pessoal e coletiva desses sujeitos. Por tais razões, a sexualidade tornou-se objeto do olhar de cientistas, médicos, psiquiatras, educadores, antropólogos e religiosos, na tentativa de ser descrita, investigada, educada e normatizada, a partir de novas perspectivas.

Observam-se práticas concebidas como homossexuais desde as origens da história humana, pois sempre houveram pessoas do mesmo sexo que se relacionavam; porém, nem sempre foi alvo de opressão e estigmatização social, uma vez que a opressão e a violência sofridas por aqueles que assumiram esta condição de ser, a partir de determinado período histórico, é proveniente de discursos discriminatórios institucionalizados e produzidos por relações de poder.

Entretanto, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o qual busca a sua concretização por meio de um sistema jurídico cujo cerne é o ser humano e sua dignidade, a liberdade de orientação sexual deve ser efetivada, sendo que o preconceito e a discriminação não devem encontrar espaço para se perpetuarem.

Portanto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a contribuição da teoria do reconhecimento de Axel Honneth para promover a ruptura dos discursos discriminatórios de ordem sexual. Nesse sentido, ainda que resumidamente, faz-se mister destacar a importância da trajetória intelectual do sociólogo e filósofo alemão Axel Honneth, a qual, infelizmente, ainda é pouco conhecida e referenciada no Brasil, sendo que poucas de suas obras foram traduzidas para a Língua Portuguesa.

Não obstante, trata-se de um mote fundamental para a compreensão das lutas e dos conflitos sociais urbanos da contemporaneidade, em especial no tocante ao reaparecimento da categoria neo-hegeliana do reconhecimento social, motivo pelo qual a escolha do recorte teórico recaiu sobre a teoria do reconhecimento de Axel Honneth, cuja obra analisa a reconstrução da moralidade das relações interpessoais e a evolução de uma teoria plural do reconhecimento, de modo a articular a teoria à prática social, combinando a tradição epistemológica do materialismo com estudos psicanalíticos e culturais e tendo como berço teórico a famosa Escola de Frankfurt.

Nesse sentido, a busca do reconhecimento, com escopo de possibilitar a afirmação das identidades homossexuais, se dará em três dimensões distintas, desde a esfera emotiva, que permitirá à pessoa confiar em si mesma, a qual é indispensável para seus projetos de autorrealização pessoal, até a esfera da estima social, na qual esses projetos poderão ser objeto de um respeito solidário; passando pela esfera jurídico-moral, segundo a qual a pessoa individual poderá ser reconhecida como autônoma e moralmente imputável, na tentativa de desenvolver, assim, uma relação de autorrespeito.

2 Reflexões sobre a teoria do reconhecimento de Axel Honneth e afirmação das identidades homossexuais

A obra *A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, publicada em 1992, é fruto da tese de livre-docência do sociólogo e filósofo Axel Honneth. Entre 1984 e 1990, ele foi assistente de Jürgen Habermas no Instituto de Filosofa da Universidade de Frankfurt, sucedendo-o, posteriormente, em 1996, em seu posto na Universidade de Frankfurt. Os estudos de Honneth concentram-se nas áreas de Filosofia social, política e moral, tratando da explicação teórica e crítico-normativa das relações de poder, respeito e reconhecimento na sociedade atual (HONNETH, 2009).

Tais informações biográficas tornam-se inevitáveis a fim de conhecer o autor com que a presente trabalho será desenvolvido e situar a tradição da Teoria Crítica. Esta teoria, por sua vez, teve berço junto à Universidade de Frankfurt, cuja iniciativa foi tomada por Max Horkheimer e tendo como referência a teoria fundamental da obra de Marx e o Marxismo. A Teoria Crítica não se

limita a descrever o funcionamento da sociedade, mas objetiva compreendê-la à luz de uma emancipação ao mesmo tempo possível e bloqueada pela lógica própria da organização social vigente, em suma, sua perspectiva é a orientação para emancipação da dominação (HONNETH, 2009).

Habermas, do qual Honneth foi assistente, elaborou sua teoria crítica como solução de impasses surgidos em versões apresentadas por seus antecessores na "Escola de Frankfurt". Nessa linha de raciocínio, Honneth tentou mostrar que a solução apresentada por Habermas ainda era passível de questionamentos e problematizações (HONNETH, 2009).

Na tradição da teoria crítica, a teoria do reconhecimento social cunhada por Axel Honneth está ancorada no processo de construção da identidade, ou seja, encontra seu fundamento na diversidade das demandas político-jurídicas que remetem a discussões de identidade e autonomia dos indivíduos no contexto de uma sociedade globalizada e plural.

Tais discussões podem ser empregadas como forma de contribuir para a afirmação das identidades homossexuais, razão pela qual se optou pela análise desta teoria para o desenvolvimento do presente trabalho.

Ressalta-se que não é apenas Honneth que trabalha a teoria do reconhecimento, contudo, por questões de delimitação do objeto de pesquisa proposto, é apenas a sua teoria que será abordada. Os principais autores que procuram retrabalhar, cada um a seu modo, o papel central do reconhecimento social para a sociabilidade humana de herança hegeliana são, além do já citado autor, o filósofo político canadense Charles Taylor e a cientista política americana Nancy Fraser. É possível notar uma íntima relação de influência recíproca entre o trabalho desses pensadores eminentes e influentes no debate contemporâneo, ao mesmo tempo em que também se pode detectar ênfases e pontos de partidas distintos. Nesse sentido, frisa-se que somente serão pontuados os aspectos dos citados autores quando identificados com a teoria cunhada por Honneth.

Honneth (2009) realiza estudos de uma teoria crítica ancorada no processo de construção social da identidade (pessoal e coletiva), e que passa a ter como sua gramática o processo de luta pela construção da identidade, entendida como uma luta por reconhecimento. Sendo assim, ao desenvolver os fundamentos de uma teoria social de teor normativo, parte do modelo conceitual hegeliano de uma "luta por reconhecimento".

Busca-se na teoria do reconhecimento de Axel Honneth a emancipação da dominação, a ruptura da tentativa de homogeneização da heterossexualidade como única manifestação sexual possível e acertada, sendo que o autor (2009, p. 63) define o termo reconhecimento como "aquele passo cognitivo que uma consciência já constituída idealmente em totalidade efetua no momento em que ela se reconhece como a si mesma em uma outra totalidade, em uma outra consciência".

Na obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, o objetivo de Honneth é mostrar como indivíduos e grupos sociais se inserem na sociedade atual, destacando que isso ocorre por meio de uma luta por reconhecimento intersubjetivo. Evocam-se três formas de reconhecimento: o amor, o direito e a solidariedade. Para o autor, a luta pelo reconhecimento sempre inicia pela experiência do desrespeito dessas formas de reconhecimento. A autorrealização do indivíduo somente é alcançada quando há, na experiência de amor, a possibilidade de autoconfiança, na experiência de direito, o autorrespeito, e na experiência de solidariedade, a autoestima (HONNETH, 2009).

Toda a dinâmica da luta pelo reconhecimento, segundo Honneth (2009), parte da relação entre não reconhecimento e reconhecimento legal, quando uma diferença que não gozava de proteção legal antes, passa a pretender tal *status*. Nesse sentido, o autor trabalha com os conflitos

sociais que nascem de uma experiência de desrespeito, impulsionando, assim, a luta por reconhecimento.

A não aceitação do outro por ser considerado desviante da norma heterossexual, gera conflitos sociais pela não inclusão social; logo, o conflito social somente ocorre porque houve uma desconsideração do acordo intersubjetivo, no qual os sujeitos haviam se reconhecido como parceiros de interação. Serão os conflitos sociais essencialmente baseados em uma luta por reconhecimento social os motores das mudanças sociais e, consequentemente, do processo da evolução da sociedade (MATTOS, 2009).

Assim, pautando-se na luta por reconhecimento, o conflito social mostra-se como objeto central da teoria, sendo de maior interesse aqueles conflitos que se originam de uma experiência de desrespeito social, de um ataque à identidade pessoal ou coletiva, capaz de suscitar uma ação que busque restaurar relações de reconhecimento mútuo ou justamente desenvolvê-las num nível evolutivo superior (HONNETH, 2009).

É a luta pelo reconhecimento que trará uma força moral que impulsionará o desenvolvimento social, motivo pelo qual Honneth (2009, p. 156) pondera que:

> São as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida nas sociedades.

Portanto, uma experiência de desrespeito será a base de todo conflito social, que por sua vez, tem como natureza primária a luta por reconhecimento. Consoante Taylor (1994, p. 242), o reconhecimento não é "[...] uma mera cortesia que devemos conceber as pessoas. É necessidade humana vital". Justamente por isso que o mesmo autor, assim como Honneth, entende que o tema do reconhecimento é central para a Política, pois as sociedades estão se tornando cada vez mais multiculturais e isso enseja uma série de problemas a serem discutidos e articulados.

A primeira dimensão de reconhecimento, na esfera dos afetos, seria a experiência do amor, o amor de si mesmo e a autoconfiança, tecido entre as pessoas mais próximas, nas relações primárias. Em sua obra, Honneth (2009) trabalha a questão do amor entre mãe e filho, na infância, com uma espécie de pré-reconhecimento, havendo um movimento intersubjetivo no qual se constrói, ao mesmo tempo, o amor de si mesmo e a autoconfiança, possibilitados pela experiência do amor do outro e da confiança no amor do outro, configurando-se a base concreta emotiva para a defesa e reivindicação de direitos, na rede do reconhecimento jurídico, bem como as condições pessoais para a participação no plano da rede de solidariedade e da estima social.

Na esfera do amor, Honneth (2009) ensina que o surgimento da consciência de poder respeitar a si próprio depende de se perceber como merecedor do respeito de todos os outros, e isso depende de direitos básicos universais, pois é preciso perceber que os direitos não são atribuídos de maneira díspar a membros de grupos sociais definidos por *status*, mas de maneira igualitária a todos.

Por sua vez, o segundo padrão de reconhecimento é na esfera dos direitos, vinculados à justiça e ao respeito universal. Salienta-se que o desenvolvimento das leis "tenta" acompanhar a evolução da consciência dos direitos, e este seria o plano do reconhecimento jurídico, que ocorre de modo diferente do reconhecimento afetivo referido anteriormente.

Com o intuito de distinguir o reconhecimento afetivo do reconhecimento jurídico, Honneth mantém seu enfoque em Hegel e Mead, afirmando, no tocante ao Direito, que uma pessoa somente se concebe como portadora de direitos quando tem conhecimento das obrigações que deve observar

em face do outro. Portanto, reconhecendo os outros membros da sociedade como detentores de direitos, também a pessoa se entenderá como sujeito de direito, e ambos se tornarão seguros do cumprimento social de suas pretensões (HONNETH, 2009).

Pretende-se, com este segundo padrão de reconhecimento, o respeito mútuo entre as pessoas, a fim de que se conheçam e se entendam como sujeitos de direitos, na medida em que partilham normas sociais por meio das quais os direitos e os deveres se distribuem de modo legítimo na comunidade (HONNETH, 2009).

Segundo Mattos (2006, p. 91),

> A universalização dos direitos é a expressão do processo de reconhecimento mútuo de agentes como seres autônomos. Isso só foi possível na medida em que a burguesia questionou todo o código tradicional baseado na honra. [...] Os direitos universais são expressão do princípio da dignidade, pois instauram e difundem o ideal de que todo ser humano é digno e merece respeito. E isso só foi possível porque a noção de respeito mudou. Os seres humanos merecem respeito por serem concebidos como um fim em si mesmos.

Depreende-se que, na esfera do Direito, por haver a postulação da justiça e do respeito universal, segundo as ideias desenvolvidas por Honneth (2009), o ser humano reconhecer-se-á como sujeito de direitos a partir de tais premissas. Essa esfera de reconhecimento encontra abertura nos preceitos de direitos humanos e constitucionais para elaboração de uma legislação de fato plural e sem preconceitos, que trate a todos de forma igualitária, independentemente da orientação sexual assumida.

A última e terceira esfera de reconhecimento é a da estima social e/ou solidariedade, a fim de que os seres humanos possam referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas. No entanto, partindo-se das contribuições de Hegel e Mead, Honneth (2009) entende que a estima mútua somente é possível se houver uma gama de valores partilhados entre as pessoas.

Não se pode confundir o reconhecimento jurídico com base em leis e direitos e a rede da estima social, baseada em qualidades e realizações individuais que vão ser expostas e reconhecidas no plano das relações intersubjetivas ou sociais. Por mais diferentes que fossem os modos de abordagem da realidade empírica e de trabalho conceitual, Honneth (2009) afirma que tanto Hegel quanto Mead trabalharam com essa distinção: Hegel, com seu conceito de "eticidade", e Mead, com sua ideia de uma divisão democrática do trabalho, ambos tentaram caracterizar um tipo particularmente exigente de comunidade de valores, em cujo quadro situa-se a forma de reconhecimento por estima.

Com efeito, de modo sucinto, pode-se conceber que a esfera da estima social se aplica às qualidades particulares que especificam os seres humanos em suas diferenças pessoais, enquanto o direito moderno representa um meio de reconhecimento que expressa propriedades universais de sujeitos humanos, a forma de reconhecimento por estima requer um meio social que avalie as diferenças de capacidades e qualidades entre sujeitos humanos, fundamentando os vínculos intersubjetivos (HONNETH, 2009).

Assim, Albornoz (2011, p. 140) esclarece que:

> A autocompreensão cultural de uma sociedade predetermina os critérios pelos quais se orienta a estima social das pessoas, já que suas capacidades e realizações são julgadas intersubjetivamente, conforme na medida em que cooperaram na implementação de valores culturalmente definidos. Nesse sentido, essa forma de reconhecimento recíproco está ligada à pressuposição

> de um contexto de vida social, cujos membros constituem uma comunidade de valores, mediante a orientação por "concepções de objetivos comuns", e as formas que essa comunidade pode assumir são tão variáveis historicamente quanto as do reconhecimento jurídico. Quanto mais as concepções dos objetivos éticos se abrem a diversos valores, e quanto mais a ordenação hierárquica cede a uma concorrência horizontal, tanto mais a estima social assumirá um traço individualizante e criará relações simétricas.

Essa compreensão de estima social é compatível apenas com a sociedade moderna, não se enquadrando em sociedades articuladas em estamentos, por exemplo, tais como eram as sociedades pré-modernas.

Na acepção de Honneth (2009), a afirmação da estima social não se faz apenas no registro da dinâmica intersubjetiva e do reconhecimento das capacidades e das realizações individuais, mas sim na dinâmica dos grupos que representam formas de vida, como afirmação e conquista de estima social de grupos ou "movimentos sociais". Quanto mais os movimentos sociais conseguem chamar a atenção da esfera pública para a importância das capacidades por eles representadas, de modo coletivo, tanto mais existe a possibilidade de elevar na sociedade o valor social do grupo que representam.

Urge, assim, a necessidade de ser reconhecida a estima social, pois as pessoas merecem ser aceitas independentemente da identidade sexual ou identidade de gênero assumida. Nesse sentido, Honneth (2009, p. 198) afirma que "os sujeitos humanos precisam, além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas".

Na teoria de Honneth (2009), a alteridade será peça central no processo de identificação, porque se apresenta como modelo a ser seguido ou evitado por outras pessoas; aquilo com o que se quer ou não se quer identificar, de acordo com o respeito mútuo, fazendo com que haja o reconhecimento em três esferas distintas.

Cumpre pontuar que o conceito de identidade é demasiadamente complexo, embora muito se tenha desenvolvido em termos de estudos científicos a seu respeito, considerado de difícil compreensão pela ciência social. A identidade configura-se a síntese que mostrará como se articulam em um sujeito o psicológico e o social, representando a noção que exprime o resultado das interações complexas entre o sujeito, os outros e a sociedade. Vislumbra-se como a consciência social que o sujeito tem de si mesmo, pois o modo como se relaciona com os outros lhe confere qualidades particulares (BAUMAN, 2005).

Também, a identidade conglomera dimensões da realidade social, as que se situam ao nível de representação ou da influência social. Indica como se incorporam esses fenômenos na personalidade para virem a constituir-se como o núcleo duro do que o indivíduo pensa, da maneira como representa os outros e como avalia a sua própria posição. Assim, a identidade é o produto dos processos interativos operantes entre o ser humano e o campo social, e não somente um elemento das características individuais (BAUMAN, 2005).

Nesse sentido, D'Adesky (2009, p. 40) refere que "a identidade implica um processo constante de identificação do "eu" ao redor do outro e do outro em relação ao "eu". O olhar sobre o outro deixa transparecerem as diferenças e, por estas, a consciência de uma identidade".

Assim sendo, é no âmbito da cultura e da história que se definem as identidades individuais e sociais. Essas múltiplas e distintas identidades constituem os sujeitos, na medida em que esses são interpelados a partir de diferentes situações, instituições ou agrupamentos sociais. Reconhecer-se

numa identidade supõe, pois, responder afirmativamente a uma interpelação e estabelecer um sentido de pertencimento a um grupo social de referência.

Nada há de simples ou de estável nisso tudo, pois essas múltiplas identidades podem cobrar, ao mesmo tempo, lealdades distintas, divergentes ou até contraditórias. Poder-se-á ser sujeito de muitas identidades. Essas múltiplas identidades sociais podem ser, também, provisoriamente atraentes e, depois, parecerem descartáveis; elas podem ser, então, rejeitadas e abandonadas. E, sobre essa perspectiva, identidades sexuais e de gênero (como todas as identidades sociais) têm o caráter fragmentado, instável, histórico e plural, afirmado pelos teóricos e teóricas culturais (LOURO, 2000).

As identidades que começam como formas de resistência podem acabar resultando em projetos, ou até mesmo se tornarem dominantes nas instituições da sociedade, transformando-se, assim, em identidades legitimadoras para racionalizar sua dominação. Portanto, segundo Castells, "nenhuma identidade por constituir uma essência, e nenhuma delas encerra, *per se*, valor progressista ou retrógrado se estiver fora de seu contexto histórico" (2001, p.24).

Isso porque, como explica Hall (2005, p. 38),

> A identidade é realmente algo formado ao longo do tempo, através de processos inconscientes, e não algo inato, existente na consciência no momento do nascimento. Existe sempre algo "imaginário" ou fantasiado sobre sua unidade. Ela permanece sempre incompleta, está sempre "em processo", sempre "sendo formada".

Formar a própria identidade é, nesse sentido, um constante desafio visando encontrar o equilíbrio entre aquilo que se é e o que os outros esperam que se seja. Como se o outro fosse o espelho no qual sujeito irá reconhecer-se, avaliar-se e aprovar-se. Embora exista em cada ser humano um senso de individualidade, a construção do autoconceito é inseparável do outro; portanto, as experiências de socialização constituem o principal referencial para formação das identidades. É por meio delas que os processos de identificação são deflagrados e os modelos são construídos no imaginário de cada um, fornecendo o suporte para o processo de internalização por parte daqueles que se identificam (MACHADO, 2003).

A afirmação de uma identidade somente poderá ocorrer pela diferenciação com a identidade de outra pessoa ou grupo; oposição que traz subjacente o desejo de afirmação diante do outro. Assim, é preciso acolher-se a alteridade, na medida em que as instituições e os indivíduos precisam desse "outro", precisam da identidade "subjugada" para se afirmar e para se definir, pois sua afirmação se dá na medida em que a contrariam e a rejeitam (LOURO, 2007).

Nesse sentido, Taylor (1994) destaca que a identidade é moldada, em grande parte, pelo reconhecimento ou pela ausência dele, sendo que o não reconhecimento ou o reconhecimento equivocado por parte dos grupos pode gerar distorções reais ao indivíduo, pode causar danos e ser uma forma de opressão. Se a sociedade ao redor do indivíduo lhe mostrar um quadro dele depreciativo e negativo, dificilmente ele conseguirá construir uma imagem positiva de si mesmo.

Na tentativa de justificar a necessidade de afirmação de identidades, Adelman (2000, p. 17) explicita que:

> [...] a "identidade homossexual" pode, pelo menos em parte, ser entendida na sua qualidade de "produzida" por uma prática discursiva de identificação e controle. Portanto, poderíamos imaginar que o melhor seria livrar-nos dessas identidades, através da ação política, mas também da mesma "desconstrução" dos termos forjados no contexto de tal poder: des-construindo as categorias,

> de certa forma estaríamos des-construindo a realidade. De fato, para algumas pessoas, a liberdade de não precisar de uma "etiqueta", de não serem percebidas e identificadas a partir da forma que exercem sua sexualidade, é a liberdade almejada. Talvez, assim como para alguns, as categorias "homem" e "mulher" sejam construções baseadas numa identidade fictícia imposta sobre sujeitos sociais que não se reduzem e nem se resumem a elas, poderíamos considerar que a contradição inerente a uma identidade sexual de certa forma já foi construída a partir da "ótica do poder".

Pertinente se mostra o questionamento de D'Adesky (2009), em sua obra *Pluralismo étnico e multiculturalismo*, acerca do porquê de se reivindicar uma identidade individual ou coletiva, de gênero ou sexual se aqueles que a reclamam podem estar sujeitos à exclusão e à discriminação? O citado autor responderia que "o homem não procura somente conforto material. Ele sonha também em estar no cume. Isso faz parte de suas ambições e de seus fantasmas. Ele sente necessidade de ter ídolos, de se ver numa história" (D'ADESKY, 2009, p. 75).

Portanto, por ser desejável, a identidade deve possuir valor aos olhos do sujeito, além do mais é desejável por representar uma interação do indivíduo com os outros, pois o que se busca e se pretende ao reivindicar a afirmação de identidades é o reconhecimento desta, de forma autônoma, pelos outros e pelos sistemas que permeiam a sociedade, de cunho jurídico, social, cultural ou político.

A necessidade de como dialogar e agir com os outros é urgente na modernidade, a fim de reconhecer diferenças e transcendê-las, mostrando-se, igualmente, crucial para a sobrevivência da democracia (LOPES, 2003). A homossexualidade não pode mais ser vista como uma anomalia patológica, muito menos como um pecado gravíssimo, e sim como uma identidade psíquica do ser humano, respeitando-se a sua orientação sexual.

Edgar Morin já ensinava que a ética propriamente humana, ou seja, a antropo-ética impõe assumir a missão de trabalhar para a humanização da humanidade; efetuar a dupla pilotagem do planeta, obedecer à vida, guiar a vida; alcançar a humanidade planetária na diversidade; respeitar no outro, ao mesmo tempo, a diferença e a identidade quanto a si mesmo; desenvolver a ética da solidariedade; desenvolver a ética da compreensão; ensinar a ética do gênero humano (MORIN, 2000).

Sem o reconhecimento da alteridade absoluta do outro, a experiência ética seria um capítulo da ontologia do materialismo histórico e a ontologia econômica, pois a pessoa reconheceria o outro como um igual, como alguém mais poderoso ou menos hábil e, dependendo disso, faria seus cálculos e estabeleceria a relação que mais lhe fosse conveniente, quando então o poder continuaria sendo uma forma de submissão (SIDEKUM, 2003).

Depreende-se, portanto, que ambas as esferas de reconhecimento desenvolvidas por Honneth e suscitadas neste trabalho estão de fato pautadas na alteridade, no olhar para o outro que é diferente e, mesmo assim, reconhece-se na diferença como ser humano de iguais direitos, como ser humano que tem liberdade para escolher reafirmar a sua identidade de gênero e sexual sem ser alvo de preconceitos.

Nesse cenário, a teoria de Honneth (2009) acolhe o critério da alteridade como forma de emancipação da dominação, possibilitando que as pessoas homossexuais envolvidas em conflitos sociais, que se originam de uma experiência de resistência ao desrespeito social e herança cultural estigmatizante, busquem o reconhecimento e a afirmação de sua identidade, rompendo com saberes e discursos dominantes no âmbito jurídico.

Isso ocorrerá em três dimensões distintas, partindo da esfera emotiva, que permite à pessoa confiar em si mesma, a qual é indispensável para seus projetos de autorrealização pessoal, até a

esfera da estima social, na qual esses projetos podem ser objeto de um respeito solidário; passando pela esfera jurídico-moral, segundo a qual a pessoa individual é reconhecida como autônoma e moralmente imputável, desenvolvendo, assim, uma relação de autorrespeito (HONNETH, 2009).

Nesse sentido, Dias preleciona que "ninguém pode realizar-se como pessoa se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sua sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade a livre orientação sexual" (DIAS, 2007, p. 183). Isso porque a sexualidade consiste em elemento da própria natureza humana, de modo que sem a liberdade sexual, sem direito ao livre exercício da sexualidade, o gênero humano não se realiza.

A liberdade sexual, assim como toda e qualquer outra liberdade, decorre da autonomia privada e não pode ser tolhida ou simplesmente ignorada pelo Estado, cujo papel é exatamente o de garantir que os cidadãos gozem plenamente delas.

No liberalismo, as pessoas não existem para a sociedade, para a família, para a ciência, para a religião ou para outra coisa qualquer; logo, não se pode sem razões justificáveis submeter a autonomia dos sujeitos a fins que ele não escolheu e cuja realização não elimina a possibilidade de outros escolherem e realizarem fins diferentes (LOPES, 2007). Com base nesse argumento, Lopes (2007, p. 63) entende que "a liberdade, compreendida no respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de ser de um estado de direito constitucional".

Assim, democracias que não respeitem as atitudes individuais e a liberdade das pessoas de conduzir sua atividade ou vida sexual, com o tempo tende a tornar-se ditadura das maiorias, assim, pois, a diversidade entre as pessoas deve ser valorizada e respeitada (LOPES, 2007). Na esfera da sexualidade, âmbito no qual a homossexualidade se insere, isso significa a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual entre homossexuais ou heterossexuais. Essa é a consequência necessária que decorre do aspecto formal do princípio da igualdade, proibitivo das discriminações por motivo de orientação sexual. A fidelidade ao princípio da igualdade formal exige que se reconheça em todos, independentemente da orientação sexual, a qualidade do sujeito de direito, significando, na prática, não identificá-lo com a pessoa heterossexual (RIOS, 2001).

Viver em uma sociedade plural é buscar o reconhecimento daquelas minorias estigmatizadas, a fim de que tenham os seus direitos não apenas reconhecidos, mas efetivados. É nesse sentido a afirmação de Touraine (1999, p. 244):

> A sociedade multicultural não se caracteriza pela coexistência de valores e práticas culturais diferentes; ainda menos pela mestiçagem generalizada. É aquela onde se constrói o maior número de vidas individuadas, onde o maior número possível de indivíduos conseguem combinar, de uma maneira sempre diferente, o que as une (a racionalidade instrumental) e o que as separa (a vida do corpo e do espírito, o projecto e a memória). Tanto foram frágeis e ruíram por toda a parte os impérios multi-étnicos e multiculturais, como será vigorosa uma sociedade capaz de reconhecer a diversidade dos indivíduos, dos grupos sociais e das culturas. Ao mesmo tempo que ela saberá fazê-los comunicar entre si, suscitando em cada um desejo de reconhecer no outro o mesmo trabalho de construção que ele opera em si mesmo.

Portanto, é possível entender que a sociedade moderna, no âmbito jurídico principalmente, não pode mais conceber discursos e saberes discriminatórios, é preciso um olhar para o outro, de modo a reconhecê-lo como um ser humano de características próprias e únicas, permitindo-lhe a autoconfiança, ao mesmo tempo, integrante do grupo social, permitindo-lhe a estima social, bem como reconhecê-lo como sujeito de direitos, permitindo-lhe, o autorrespeito.

Dessa forma, o reconhecimento da homossexualidade é possível por meio da relação com o outro. Tanto com o outro, que é o igual, quanto com o outro que é diferente, constituindo-se, respectivamente, no que ele pode ser e no que ele não pode ser. Identidade e diferença, portanto, são consideradas aspectos importantes na construção dos grupos, dividindo espaço com as ações e reivindicações (LOURO, 2007).

Nos ensinamentos de Costa (1995), continuar discriminando as pessoas pelo simples fato de se sentirem atraídas sexualmente por outras pessoas do mesmo sexo biológico, reiterada e exaustivamente, configura um preconceito sem base lógica nem racional. Ademais, quando se trata de heterossexuais, nenhum dos seus desejos ou fantasias são tomados como provas clínico-teóricas de que eles não sabem, não podem ou não devem amar pessoas de outros sexos, sob pena de serem pervertidos, doentes, anormais e desviantes (COSTA, 1995).

De acordo com Sidekum (2003), faz-se mister priorizar os fundamentos éticos da autonomia da subjetividade humana, o reconhecimento do poder ser diferente naquilo que se refere como inquestionável no projeto existencial da pessoa, devendo ser priorizados valores como a paz, a democracia, a liberdade, a igualdade, o respeito ao cultivo de valores pessoais, a autonomia e a diferença.

Com efeito, reafirma-se o anteriormente exposto, no sentido de que a teoria do reconhecimento social reelaborada por Axel Honneth contribui porque acolhe o critério da alteridade como forma de emancipação da dominação, possibilitando que as pessoas homossexuais envolvidas em conflitos sociais, os quais se originam de uma experiência de resistência ao desrespeito social e herança cultural estigmatizante, busquem o reconhecimento e a afirmação de sua identidade em três esferas básicas, quais sejam, a esfera emotiva, que permite à pessoa confiar em si mesma, a qual é indispensável para seus projetos de autorrealização pessoal; a esfera da estima social em que esses projetos podem ser objeto de um respeito solidário; e por último, a esfera jurídico-moral, segundo a qual a pessoa individual é reconhecida como autônoma e moralmente imputável, desenvolvendo, assim, uma relação de autorrespeito.

3 Considerações finais

As modalidades de reconhecimento são fatores fundamentais do processo de socialização humano e preexistem a qualquer forma estruturada de organização social e política. Nesse sentido, Gohn (1997) aponta que quando os significados são desvelados, eles produzem estímulos e geram respostas, discursivas ou ações gestuais, ou ações coletivas e movimentos; criam-se processos identitários, individuais e coletivos.

Com isso, o presente trabalho teve como tema o reconhecimento das identidades homossexuais por meio de uma análise da teoria do reconhecimento social reelaborada por Axel Honneth na busca da afirmação das identidades homossexuais em uma sociedade plural como a brasileira.

Pretendeu-se demonstrar que na sociedade contemporânea emergem questões relativas à sexualidade humana, condizentes à liberdade de orientação sexual, sendo que, ao contrário do proclamado no discurso do respeito à diferença e à diversidade, na realidade, há muitos casos de opressão àquelas pessoas ou grupo de pessoas divergentes do padrão aceitável pela sociedade e tido como politicamente correto, que é a heterossexualidade.

Assim, os homossexuais também se enquadram entre as minorias sociais que não têm seus direitos reconhecidos, configurando-se como atores sociais no contexto dos movimentos identitários que lutam por direitos sociais, pois aqueles que assumem as suas identidades homossexuais são discriminados e excluídos, uma vez que classificados pelas suas práticas e atuações sexuais ou afetivas, como se não fossem dignos de iguais direitos por violarem padrões culturalmente construídos, o que, por si só, gera uma deformação da identidade pessoal e coletiva desses sujeitos.

Sob a égide de um Estado Democrático de Direito, que busca a sua concretização por meio de um sistema jurídico cujo cerne é o ser humano e sua dignidade, a liberdade de orientação sexual deve ser efetivada, sendo que o preconceito e a discriminação não devem encontrar espaço e se perpetuar.

As identidades são construídas relacionalmente, no interior de uma prática dialógica, razão pela qual somente devem ser compreendidas num diálogo, no interior das práticas discursivas específicas, como sendo produzidas em locais históricos e institucionais específicos, e por estratégias e iniciativas específicas. Elas são produto da marcação da diferença entre o que é o "eu" e aquilo que é o "outro", é produto da exclusão. A sua formação pode ser considerada um jogo de poder no qual uma determinada coletividade tem a possibilidade de auxiliar ou entravar a formação da identidade do indivíduo nela inserido.

Portanto, apropriando-se das palavras de Fraser (2009), se a identidade é construída dialogicamente por meio de um processo de reconhecimento mútuo, o reconhecimento designará uma relação recíproca ideal entre sujeitos, na qual cada um vê o outro tanto como seu igual, quanto separado de si. Tal relacionamento é constituído da subjetividade, pois alguém se torna um sujeito individual apenas em função de reconhecer um outro sujeito e de ser por ele reconhecido. Assim, ser reconhecido por outros é fundamental para o desenvolvimento de um sentido a respeito do seu "eu".

Logo, pertencer a um grupo desvalorizado pela cultura dominante é não ser reconhecido, o que causa prejuízos à identidade individual e coletiva, à identidade de gênero e à identidade sexual. As identidades homossexuais, neste contexto, não são aceitas na sociedade brasileira com o devido respeito que merecem, sendo raras vezes toleradas, de modo que não há o devido reconhecimento dos direitos daqueles que se identificam como homossexuais.

A par disso, na tarefa de permitir a constituição de sujeitos históricos e desvencilhados dos modos de sujeição socialmente instituídos, necessário se fez a analise da teoria do reconhecimento cunhada por Axel Honneth, na obra intitulada *A luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, como forma de possibilitar a afirmação das identidades homossexuais

Destaca-se, entretanto, que não é apenas Honneth que trabalha a teoria do reconhecimento, contudo, por questões de delimitação do objeto de pesquisa que foi proposto, somente a sua teoria foi abordada. Os principais autores que procuraram retrabalhar, cada um a seu modo, o papel central do reconhecimento social para a sociabilidade humana de herança hegeliana são, além do já citado autor, o filósofo político canadense Charles Taylor e a cientista política americana Nancy Fraser. É possível notar uma íntima relação de influência recíproca entre o trabalho desses pensadores eminentes e influentes no debate contemporâneo. Também é possível detectar tanto ênfases e pontos de partidas distintos, ressaltando-se, uma vez mais, que somente foram pontuados os aspectos dos autores mencionados, na medida em que se identificassem com a teoria cunhada por Honneth.

A teoria do reconhecimento reelaborada por Honneth está ancorada no processo de afirmação da identidade, encontrando seu fundamento na diversidade das demandas político-jurídicas que remetem às discussões acerca da identidade e da autonomia dos indivíduos no

contexto de uma sociedade globalizada e plural. Assim, buscou-se na teoria do referido autor a emancipação da dominação, a ruptura da tentativa de homogeneização da heterossexualidade como única manifestação possível e acertada, com a afirmação das identidades homossexuais.

Constatou-se que os conflitos sociais provenientes de uma situação de desrespeito é que impulsionam a luta por reconhecimento e essa dinâmica é possível repensando-se três padrões de reconhecimento: do amor, do direito e da solidariedade, a partir do entendimento de que a formação da identidade se dá num contexto de relações de reconhecimento, em três dimensões distintas, mas interligadas.

Na primeira esfera de reconhecimento, no amor, é possível o surgimento da consciência de poder respeitar a si próprio, na medida em que a pessoa se percebe como merecedora do respeito de todos os outros, concebendo-se a autoconfiança.

Já na segunda esfera de reconhecimento, dos direitos já há a possibilidade da justiça e do respeito universal, a fim de que os seres humanos se conheçam e se entendam como sujeitos de direitos, na medida em que partilham normas sociais por meio das quais os direitos e os deveres se distribuem de modo legítimo na comunidade.

Por sua vez, na terceira esfera de reconhecimento, da estima social e/ou solidariedade, os seres humanos poderão se referir positivamente às propriedades e capacidades concretas, na medida em que houver uma gama de valores compartilhados entre as pessoas. Neste padrão ganham destaque as qualidades e realizações individuais que são expostas e reconhecidas no plano das relações intersubjetivas ou sociais.

Afinal, a temática concernente à identidade relaciona-se à questão do reconhecimento, pois de atores sociais no contexto das diferentes searas em que estão estruturadas as sociedades, a exemplo da família, do trabalho, da religião, do partido político, transformam-se em sujeitos cujas ações emancipatórias vão além da sua atuação naqueles espaços sociais. Isso é de suma importância para a construção das diferentes identidades sexuais que devem coexistir harmonicamente, graças ao reconhecimento dos direitos sexuais por parte do Estado e da sociedade.

Tal reconhecimento leva ao sentido de pertencimento e implica o respeito às identidades e às diferenças, e mesmo às subjetividades humanas, no âmbito dos sentimentos e emoções, sendo que o desrespeito leva aos conflitos sociais, e estes levam às demandas por reconhecimento social, consoante apregoa Honneth. E assim como o não reconhecimento gera conflitos sociais, por via oblíqua, o reconhecimento gera a pacificação social, razão pela qual é possível concluir que o reconhecimento é dotado de um caráter emancipatório dos sujeitos envolvidos, aqui direcionados à questão da homossexualidade.

Portanto, a partir do momento em que a homossexualidade não mais se restringe ao espaço privado, ocupando um importante espaço na seara pública, assumiu um papel de destaque no contexto social, político e jurídico, tanto nacional quanto internacionalmente, saindo de um lugar de invisibilidade e emergindo na ressignificação da identidade sexual, reinventando conceitos e reivindicando espaço e participação.

Nessa senda, a teoria do reconhecimento social reelaborada por Axel Honneth acolhe o critério da alteridade como forma de emancipação da dominação, possibilitando que as pessoas homossexuais envolvidas em conflitos sociais, que se originam de uma experiência de resistência ao desrespeito social e herança cultural estigmatizante, busquem o reconhecimento e a afirmação de sua identidade, em três esferas básicas, quais sejam, a esfera emotiva, que permite à pessoa confiar em si mesma, a qual é indispensável para seus projetos de autorrealização pessoal, até a esfera da estima social em que esses projetos podem ser objeto de um respeito solidário; e por último, passa

pela esfera jurídico-moral, segundo a qual a pessoa individual é reconhecida como autônoma e moralmente imputável, desenvolvendo, assim, uma relação de autorrespeito.

Assim, viver em uma sociedade pluralista é buscar o reconhecimento daquelas minorias estigmatizadas, a fim de que os seus direitos sejam reconhecidos e efetivados, bem como para que haja um reconhecimento da esfera social e individual, não se podendo mais conceber saberes e discursos que busquem normatizar ou padronizar comportamentos, reprimindo identidades.

À guisa de conclusão, não há como negar que, para a consecução da tarefa de contribuir para a afirmação das identidades homossexuais, ainda há muito a ser ponderado, criticado e acrescentado, sendo o diálogo entre as culturas e os saberes o caminho mais fértil para o reconhecimento. Desse esforço, resta uma certeza: a da relevância desse desenvolvimento, dadas as necessidades, presentes e futuras, que a construção da democracia exige diante da diversidade sexual presente na sociedade.

Referências

ALBORNOZ, Suzana Guerra. As esferas do reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth. *Cad. psicol. soc. trab.* São Paulo , v. 14, n. 1, p. 127-143, jun. 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151637172011000100010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2017.

ADELMAN, Miriam. *Paradoxos da identidade: a política de orientação sexual no século XX*. Revista Sociologia Política. Curitiba, 14. p. 163-171, junho 2000.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade*: *era da informação: economia, sociedade e cultura.* Vol. 2. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo. Editora Paz e Terra S.A., 2001.

COSTA, Jurandir Freire. *A face e o verso*: estudos sobre o homoerotismo II. São Paulo: Editora Escuta, 1995.

D'ADESKY, Jacques. *Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismo e anti-racismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FRASER, Nancy. *Repensando a questão do reconhecimento: superar a substituição e a reificação na política cultural. In*: BALDI, Cesar Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Loyola, 1997.

GUIMARÃES, Aníbal. Sexualidade heterodiscordante no mundo antigo. *In*: DIAS, Maria Berenice. *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 27-35.

GUIMARAES, Anderson Fontes Passos. *O desafio histórico de "tornar-se um homem homossexual": um exercício de construção de identidades*. Temas psicologia. Ribeirão Preto, v. 17, n. 2, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2009000200023&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 dez. 2016.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomáz Tadeu da Silva, Guacira Lopes Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Liberdade e direitos sexuais*. *In*: RIOS, Roger Raupp (Org). Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. *In*: _____(Org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autentica, 2000.

MATTOS, Patricia. *A sociologia política do reconhecimento. As contribuições de Chales Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser.* São Paulo: Annablume, 2006.

MACHADO, Hilka Vier. A identidade e o contexto organizacional: perspectivas de análise. *Rev. adm. contemp.*, Curitiba , v. 7, n. spe, p. 51-73, 2003. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141565552003000500004&lng=en&nrm=iso>. access on 11 July 2016. http://dx.doi.org/10.1590/S1415-65552003000500004.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo: UNESCO, 2000.

MUSSKOPF, André Sidnei. *Via(da)gens teológicas*: itinerários para uma teologia *queer* no Brasil. São Paulo: Fonte Editorial, 2012.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2001.

RIOS, Roger Raupp. *Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade*. *In*: _____(Org). Em defesa dos direitos sexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIDEKUM, Antônio. *Alteridade e interculturalidade*. *In*: _____ (Org.). Alteridade e multiculturalismo. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.

SILVA, Tomaz Tadeu. *A produção social da identidade e da diferença*. *In*: _____(Org.). Identidade e diferença: as perspectivas dos estudos culturais. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

TAYLOR, Charles. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TOURAINE, Alain. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Tradução Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

WOODWARD, Kathryn. *Identidade e diferença: uma introdução teórica e conceitual*. *In*: SILVA, Tomaz Tadeu da (Org.). Identidade e diferença: as perspectivas dos estudos culturais. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE GÊNERO NAS DECISÕES DO TJRS

Caroline Machado de Oliveira Azeredo,
Mestre em Direito e Sociedade pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE),
especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), e
bacharel em Direito pelo Centro Universitário La Salle (UNILASALLE),
Advogada e Analista Jurídico do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário La Salle (UNILASALLE); carolineazeredoadv@yahoo.com.br.

Resumo:

O presente trabalho contém resultados parciais de pesquisa empírica realizada no TJRS para identificar os critérios de incidência da Lei 11.340/2006. O objetivo deste artigo é apresentar como o conceito de gênero e de violência de gênero é compreendido pelos julgadores, a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, bem como compreender os significados destas decisões. A verificação das decisões judiciais foi efetuada a partir do método de análise de conteúdo. Em todos os casos, o debate está centrado na possibilidade de enquadrar ou não a violência perpetrada contra a mulher na Lei 11.340/2006. Ressalte-se que não há uma direção teórica específica sobre o termo gênero ou aprofundamento do tema.

Palavras-chave: Gênero. Violência de Gênero. Lei Maria da Penha;

1 Introdução

A violência de gênero é um problema recorrente na sociedade brasileira. Dados apontam que 106.093 mulheres foram mortas de 1980 a 2013 no Brasil, a metade delas nesta última década. (WAISELFISZ, 2015). Todavia, o atual estágio civilizacional repudia a situação de opressão de gênero, passando os Estados e a sociedade a tomar uma série de providências para coibi-la.

O Brasil ratificou convenções internacionais buscando combater a discriminação contra a mulher e todas as formas de violência de gênero, dentre as quais merecem destaque a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

A Constituição Federal também se preocupou em combater a violência no âmbito da família e a discriminação contra a mulher, consagrando princípios, garantias e direitos, com ênfase no artigo 226, § 8º, que comanda a criação de mecanismos para coibir a violência nas relações familiares.

Desta forma, a Lei Maria da Penha foi criada para cumprir essa determinação constitucional, bem como densificar a normativa internacional. Ela estabelece mecanismos específicos para assistência e proteção da mulher em situação de violência de violência doméstica e familiar, reconhecendo que toda mulher tem direito a uma vida sem violência, discriminação e humilhação. A partir da vigência da nova lei, há um avanço significativo para garantir à mulher sua integridade física, psicológica e sexual.

Este artigo é fruto de pesquisa empírica realizado no TJRS para identificar os critérios de incidência da Lei 11.340/2006. Contudo, o objetivo, neste momento, é apresentar como o conceito de gênero e de violência de gênero é compreendido pelos julgadores, a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, bem como compreender os significados destas decisões**.**

O trabalho apresenta pesquisa bibliográfica descritiva, com caráter interdisciplinar, recorrendo-se obras não só da área jurídica, mas também da História, Sociologia, Psicologia e Antropologia, assim como a pesquisa empírica em decisões judiciais do TJRS, que revelou a compreensão dos julgadores sobre o conceito de gênero e violência de gênero ou, até mesmo, a afinidade que possuem com o tema, a partir da técnica de análise de conteúdo.

2 O conceito de gênero e a Lei Maria da Penha

Para entender o fenômeno da violência contra a mulher, é necessário falar sobre gênero. O conceito de gênero foi elaborado a partir dos anos setenta, na segunda fase do feminismo, principalmente no campo das ciências sociais, sendo incorporado às diversas correntes feministas. Conforme Scott (1990), o gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, fundado nas diferenças percebidas entre os sexos. E, ainda, o gênero é uma primeira maneira de dar significado às relações de poder. Logo, existe uma diferença entre sexo e gênero, sexo é a categoria biológica, e gênero é a expressão culturalmente determinada da diferença sexual. Nesse contexto, Meyer (2007) define gênero:

> O conceito de gênero passa a englobar todas as formas de construção social, cultura e linguística implicadas com processos que diferenciam mulheres de homens, incluindo aqueles processos que produzem seus corpos, distinguindo-os e separando-os como corpos dotados de sexo, gênero e sexualidade. [...] Gênero aponta para a noção de que, ao longo da vida, através das mais diversas instituições e práticas sociais, nos constituímos como homens e mulheres, num processo que não é linear, progressivo ou harmônico e que também nunca está finalizado ou completo. (MEYER, 2007, p. 16).

De acordo com Mendes (2014), o feminismo conhece do conceito de gênero para fazer referência à construção cultural do feminino e do masculino através de processos de socialização que formam o sujeito desde a mais tenra idade. A autora ainda salienta que o conceito foi libertador, pois permitiu às mulheres demonstrar que a opressão tinha como raiz uma causa social, e não biológica ou natural.

Desse modo, as diferenças entre homens e mulheres não são propriamente as características sexuais, mas a forma com que são construídos socialmente o feminino e o masculino em diferentes sociedades e em diferentes épocas, fomentando as desigualdades. Portanto, é a cultura que proclama, por exemplo, o lar como lugar da mulher, da submissão ao homem. Especificamente, qualquer transgressão da mulher ao papel social feminino e a preponderância do poder masculino, acredita o homem poder agredi-la.

A naturalização das diferenças entre homens e mulheres legitima as desigualdades, podendo torná-las invisíveis. Dessa forma, "a naturalização dos papéis designados às mulheres faz com que se torne invisível a regulação hierárquica dos sentimentos, dos sexos, do uso do dinheiro, do

processo de tomada de decisões, ocultando as relações de poder na família". (CARDOSO, 1997, p. 128). Essa naturalização não passa de uma formulação ideológica que serve para justificar os comportamentos sociais de homens e mulheres em determinada sociedade. (GROSSI, 1998a).

Bourdieu sustenta que a ordem social foi influenciada pela subordinação do feminino ao masculino, dominada pela superioridade masculina.

> A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos; é a estrutura do espaço, opondo o lugar de assembleia ou de mercado, reservados aos homens, e a casa, às mulheres. (BOURDIEU, 2002, p.18).

A partir da categoria gênero, introduzida nos estudos sobre violência contra a mulher, surge uma nova terminologia, qual seja, "violência de gênero"25. Antes de analisar a violência de gênero, Grossi (1998) ressalta que a categoria *violência contra a mulher*, hoje de grande acepção no Brasil, passou a fazer parte do senso comum crítico a partir das mobilizações feministas contra o assassinato de mulheres no final dos anos setenta. Em razão das inúmeras denúncias de violência contra a mulher, no âmbito familiar, o termo é usado como sinônimo de *violência doméstica.*

A partir dessa abordagem, cabe trazer a definição do termo "violência de gênero", frequentemente utilizado como sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica26. Apesar da sobreposição existente entre esses conceitos, há especificidades em cada um. A violência de gênero é mais geral. Abrange a violência doméstica e a familiar. Desta forma, para compreensão do tema, aborda-se o conceito de violência de gênero.

> [...] uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas. (TELES; MELO, 2003, p. 18).

Strey (2004) sustenta que embora a violência de gênero possa incidir sobre homens e mulheres, pesquisas demonstram que a mulher é a maior vítima desse tipo de violência, com consequências físicas e psicológicas muito graves. Portanto, a autora entende que a violência seja, quase, sinônimo de violência contra a mulher e violência doméstica e familiar, embora com suas peculiaridades. E, ainda, define violência de gênero como o ato violento em função do gênero a que a pessoa pertence. Portanto, a violência é praticada porque a vítima é mulher ou homem.

Nesse sentido, abordar a expressão violência de gênero implica o entendimento de que homens e mulheres têm uma participação não igualitária em função de sua condição sexual e que participam de um universo que legitima as desigualdades. (CARLOS; BRAUNER, 2004, p. 134-135).

---

[25] Segundo Izumino (2004), "[...] a partir dos anos 90 a categoria violência de gênero passa a ser utilizada para definir a violência como aquela que é praticada contra a mulher por ela ser mulher, ou seja, como resultado dominação do homem sobre mulher.

[26] Izumino, no trabalho Juizados Especiais Criminais e a Violência de gênero, tece críticas quanto ao modo como a literatura sobre o tema tem utilizado o termo "violência de gênero". A autora aduz que o paradigma do patriarcado deve ser abandonado, pois ele é insuficiente para explicar as mudanças do papeis sociais e do comportamento de muitas mulheres diante da violência. Para Izumino, quando se define violência de gênero como uma relação de dominação patriarcal, o poder das partes segue concebido como algo estático. (IZUMINO, 2005, p. 12-13).

Para tentar romper com a cultura de práticas violentas contra a mulher, e retirar do espaço doméstico o problema, foi promulgada a Lei Maria da Penha. A Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, recebeu o apelido em homenagem à biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, que ficou paraplégica em razão da violência doméstica perpetrada por seu ex-marido, ainda na década de 80. Seu ex-marido, um professor universitário, tentou matá-la duas vezes. Na primeira vez atirando contra ela, e na segunda tentando eletrocutá-la. Por conta das agressões sofridas, Maria da Penha ficou paraplégica.

A Lei Maria da Penha é resultado de uma mudança na forma de enfrentar o problema da violência doméstica, com importante contribuição das feministas. A elaboração e o processo legislativo contaram com a mobilização de organizações e movimentos feministas, que constituíram um campo de poder decisivo para a conquista de novos direitos e para criação de políticas públicas. Portanto, ao desconstruir o modo anterior de tratamento legal e ouvir as mulheres nos debates que antecederam a aprovação da Lei 11.340/2006, o feminismo registra a participação política das mulheres como sujeitos na construção desse instrumento legal e sugere uma nova posição de sujeito no direito penal (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 9).

A partir da criação da lei, há um mecanismo para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção e a proteção das mulheres em situação de violência. Portanto, conforme Barsted (2011, p. 17), a lei está voltada para a promoção da equidade de gênero forma integral, com medidas de natureza penal e extrapenal. De acordo com Campos e Carvalho (2011), "a lei se desvincula daquele campo nominado exclusivamente como penal e cria um sistema jurídico autônomo que deve ser regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução da lei". À vista disso, rompe com a visão meramente punitivista e incorpora as perspectivas da prevenção, assistência e contenção da violência, além de criar medidas protetivas de urgência e juizados especializados. (CAMPOS, 2015, p. 520).27

De acordo com Azevedo (2008), "a elaboração da Lei nº 11.340/06 parte, em grande medida, de uma perspectiva crítica dos resultados obtidos pela criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrim) para o equacionamento da violência de gênero". A crítica sempre centrada contra a chamada banalização da violência com a aplicação de uma medida alternativa correspondente ao pagamento de uma cesta básica pelo acusado.

Com a criação da Lei Maria da Penha, o problema da violência doméstica é tratado de forma integral, com medidas de natureza penal e extrapenal. De acordo com Campos e Carvalho (2011), "a lei se desvincula daquele campo nominado exclusivamente como penal e cria um sistema jurídico autônomo que deve ser regido por regras próprias de interpretação, de aplicação e de execução da lei". À vista disso, rompe com a visão meramente punitivista e incorpora as perspectivas da prevenção, assistência e contenção da violência, além de criar medidas protetivas de urgência e juizados especializados. (CAMPOS, 2015, p. 520).28

Conforme determinado pela Constituição Federal e pelas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, a Lei Maria da Penha vem para assegurar os direitos das mulheres em situação de violência (art. 1º):

---

[27] Nesse sentido, Pasinato (2015, p. 534) afirma que "a Lei Maria da Penha classifica-se como uma legislação de 'segunda geração' que atende às recomendações das Nações Unidas para adoção de medidas de proteção e promoção dos direitos das mulheres que extrapolam as ações de justiça criminal, punitivas e restritivas de direitos para os agressores, e promovem o acesso das mulheres ao direito de viver sem violência".

[28] Nesse sentido, Pasinato (2015, p. 534) afirma que "a Lei Maria da Penha classifica-se como uma legislação de 'segunda geração' que atende às recomendações das Nações Unidas para adoção de medidas de proteção e promoção dos direitos das mulheres que extrapolam as ações de justiça criminal, punitivas e restritivas de direitos para os agressores, e promovem o acesso das mulheres ao direito de viver sem violência".

> Art. 1º - Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A Lei Maria da Penha criou a categoria *"violência de gênero"* e definiu o conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher no art. 5º: "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". A lei definiu formas de tutela exclusiva para as mulheres em situação de violência e utilizou o termo gênero, que é mencionado outras vezes no texto legal (art. 8º).

O artigo 5º ainda elencou o espaço de abrangência: a) no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; b) no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; c) em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. De outro lado, apontou suas formas no artigo 7º (Violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral). (BRASIL, 2006).

Importante destacar que a Exposição de Motivos da Lei Maria da Penha requer especial atenção ao conceito de relação de gênero.

> O artigo 5º da proposta de Projeto de Lei define violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou conduta baseada na relação de gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico. É importante ressaltar que a Convenção de Belém do Pará possui objeto mais amplo, considerando a violência ocorrida no âmbito público e privado. Para os fins desta proposta, e de forma a conferir-lhe maior especificidade, somente foi considerada a violência ocorrida no âmbito privado. **Cabe especial atenção a um conceito basilar previsto na proposta: a relação de gênero. A violência intra-familiar expressa dinâmicas de poder e afeto, nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação**. As desigualdades de gênero entre homens e mulheres advêm de uma construção sócio-cultural que não encontra respaldo nas diferenças biológicas dadas pela natureza. Um sistema de dominação passa a considerar natural uma desigualdade socialmente construída, campo fértil para atos de discriminação e violência que se 'naturalizam' e se incorporam ao cotidiano de milhares de mulheres. As relações e o espaço intra-familiares foram historicamente interpretados como restritos e privados, proporcionando a complacência e a impunidade. [Grifo nosso].

Portanto, a Lei Maria da Penha introduziu o conceito de gênero, considerado basilar para interpretação e para o correto enquadramento do caso concreto à norma.

3 Jurisprudência do TJRS: Análise da categoria gênero

Apresentados os conceitos estruturantes da pesquisa e a análise da legislação específica, parte-se para a apresentação do debate e das principais controvérsias para aplicação da Lei Maria da Penha, tendo em vista a categoria gênero. Para tanto, considera-se importante iniciar com o detalhamento da metodologia e dos procedimentos adotados durante a análise dos acórdãos.

Em relação ao universo de análise, a pesquisa jurisprudencial foi realizada no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com os termos "conflito de competência e Lei Maria da Penha", "conflito e doméstica", "incidência da Lei Maria da Penha" identificando decisões no período de 01/07/2012 a 30/06/2014, com vítimas mulheres.

Desta forma, os termos escolhidos abrangeram, dentre vários recursos, os conflitos de competência suscitados pelos operadores de Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Varas Criminais e Juizados Especiais Criminais, bem como decisões em recurso em sentido estrito.

O conflito de competência ocorre quando dois ou mais Juízos se julgam competentes ou incompetentes para atuar em determinado processo. O conflito poderá ser positivo ou negativo[29]. Será positivo quando mais de um Juiz se considerar competente para julgar a causa; será negativo quando um Juiz declina da própria competência e remete os autos para o Juízo que entende ser competente, e este, por sua vez, também se julga incompetente[30]. Conforme artigo 115 do CPP, este conflito pode ser suscitado pelas partes interessadas (autor e ré), pelo órgão do Ministério Público, ou pelos próprios Juízes ou tribunais envolvidos (AVENA, p. 369, 2014).

Por sua vez, o recurso em sentido estrito é interposto, dentre uma das hipóteses, quando o magistrado entender que seu juízo é incompetente para julgar a causa, em razão dos critérios de incidência da lei[31]. Segundo Avena (p. 1210, 2014), "o reconhecimento da incompetência do juízo é decisão interlocutória simples, pois não importa em extinção do procedimento, e, sim, na sua remessa ao juízo competente" A parte não satisfeita pode ingressar com o recurso para o Tribunal de Justiça, que deve decidir a questão, definindo o campo de incidência e o local que a ação deve tramitar.

Decidiu-se por delimitar a pesquisa às decisões prolatadas em conflitos de competência e em recurso em sentido estrito pela intenção de verificar as situações de abrangência da Lei Maria da Penha, bem como as tendências jurisprudenciais do Tribunal de Justiça do RS. Para análise dos conflitos, foram observados os discursos jurídicos referentes aos critérios considerados necessários para aplicação da Lei 11.340/2006.

O Tribunal de Justiça do RS foi o escolhido para a pesquisa jurisprudencial por ser o responsável pelo julgamento dos conflitos de competência suscitados pelos juízes e pelos recursos interpostos contra a decisão de incompetência do juízo.

---

[29] CPP, art. 113: As questões atinentes à competência resolver-se-ão não só pela exceção própria, como também pelo conflito positivo ou negativo de jurisdição.

[30] CPP, art. 114: Haverá conflito de jurisdição: I - quando duas ou mais autoridades judiciárias se considerarem competentes, ou incompetentes, para conhecer do mesmo fato criminoso

[31] CPP, art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:
[...]
II - que concluir pela incompetência do juízo;

Após a coleta dos dados, foi utilizado o método qualitativo de análise de conteúdo, tendo em vista que a intenção é identificar o sentido do documento e o conteúdo da comunicação, baseado na proposta de Laurence Bardin (2011).

Bardin (2011) sustenta que a análise de conteúdo é um conjunto de técnicas de análise das comunicações, adaptável a um campo de aplicação muito vasto, como entrevistas, manuais escolares, discursos políticos, manuais escolares, grafites públicos, novelas, dentre outros. Assim, a técnica procura investigar o conteúdo das comunicações (mensagens), não apenas das palavras em si, mas das ideias, do sentido.

Em tese, a análise de acórdão é facilitada pelo dever de fundamentação, inerente à decisão judicial, conforme artigo 93, IX, da Constituição Federal, assim como pela estrutura formal, relatório, discussão e dispositivo.

De acordo com as decisões analisadas, pode-se dizer que elas não possuem grande extensão, mas o conteúdo encontrado apresenta dados importantes em relação aos critérios utilizados pelo ordenamento jurídico para se estabelecer a abrangência do conceito de violência doméstica e familiar contra a mulher, fazendo incidir as disposições da Lei Maria da Penha.

Pode-se afirmar, de plano, que há divergências no sentido de definir os parâmetros para configuração da violência doméstica e familiar contra a mulher e, em consequência, definir o âmbito competente para o julgamento.

> Ainda que a Lei 11.340/2006 seja a aparentemente clara no que se refere à qual âmbito do judiciário é competente para administrar os conflitos familiares por ela abarcados, a prática dos operadores da justiça gaúcha apresenta diferentes interpretações sobre que âmbito do sistema de justiça deve ser responsável pela administração dos conflitos vividos em família e tipificados como referente aos citados na Lei Maria da Penha. A "clareza" da letra da lei parece ser ofuscada a partir do momento em que é reconhecida a possibilidade de interpretação elástica de uma norma jurídica e que, em conseqüência de tal elasticidade, um mesmo conflito pode ser interpretado de diferentes formas." (VASCONCELLOS, 2013, p. 147).

Nessa perspectiva, percebe-se o relevante papel dos Magistrados. Boaventura de Souza Santos afirma que para concretização do projeto político-jurídico de refundação democrática da justiça, é necessário mudar completamente o ensino e a formação de todos operadores de direito:

> Na Alemanha, não há nenhuma inovação legislativa sem que os Juízes sejam submetidos a curso de formação para poderem aplicar a nova lei. O pressuposto é que, se não houver uma formação específica, a lei obviamente não será bem aplicada. Temos que formar os profissionais para complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos. As novas gerações vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social bastante sólida. E, mais do que isso, uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito da diferença (SANTOS, 2011, p. 82).

Considerando que o presente artigo trata-se de recorte de uma pesquisa mais abrangente decidiu-se, no momento, delimitar o presente trabalho às decisões prolatadas em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito que demonstram como o conceito de gênero e violência de gênero é compreendido pelos julgadores ou, até mesmo, a afinidade que possuem com o tema.

Inicialmente, cabe destacar que o conceito de gênero foi citado somente em um dos acórdãos Apesar de alguns votos mencionarem, nas decisões TJRS, "motivação de gênero", submissão "em razão de gênero" e "relação de gênero" conclui-se que não há como identificar o que o julgador entende por tais expressões. Destacam-se, como exemplo, os seguintes argumentos.

> Não identifico, na espécie, a submissão da vítima frente ao agressor em razão de gênero, ou mesmo, situação de vulnerabililidade, hipossufiência e inferioridade física ou econômica. O conflito estabelecido entre eles, ao que tudo indica – a vítima informa que discutiu com seu irmão em razão de pendengas envolvendo os fios da rede elétrica, ele crendo que é o dono da rede, cortou os fios de luz de sua residência; o suposto agressor negando a imputação, dizendo que foi ele quem comprou os fios e que sua irmã cede energia elétria a outras pessoas, o que dá ensejo a quedas de luz – é de cunho familiar e patrimonial e, no caso concreto, não faz incindir a lei especial. Além disso, eles não residem na mesma residência, apenas próximo. (RIO GRANDE DO SUL, 2014c).

> No caso dos autos, contudo, as suspeitas que recaem sobre a recorrida não revelam prevalecimento de relações de gênero apenas porque ocorreram em ambiente familiar. Em outras palavras, o fato de a vítima ser do sexo feminino não foi decisivo para a prática do delito [...] De todo modo, embora punível o ato praticado pelo acusado, do que se denota das declarações não há qualquer saliência da categoria 'gênero' embutida na relação entre as envolvidas. Ordinariamente, gênero seria a categoria que marca as distinções entre o feminino e o masculino, no campo social, distinguindo-se do 'sexo'. (RIO GRANDE DO SUL, 2013l).

As decisões limitam-se a informar se o julgador identifica ou não identifica, na espécie, a motivação de gênero, a submissão em razão de gênero ou a relação de gênero. Não há maiores esclarecimentos sobre esse entendimento. Além disso, não há uma direção teórica específica ou aprofundamento do tema.

Quando se trabalha com a categoria gênero, deve-se ter em conta as perspectivas lançadas no primeiro capítulo desse trabalho, percebendo as diferenças e as desigualdades entre homens e mulheres como construções sociais e culturais que historicamente privilegiam o poder e a dominação do homem e a submissão da mulher. Para Montenegro (2015), a violência doméstica contra a mulher constitui-se de um conflito de gênero, portanto, esse conflito deve ser analisado como uma relação de poder entre o gênero masculino representado socialmente como forte, e o gênero feminino representado como fraco. Sendo assim, a Lei utiliza a relação de gênero para abordar essa divisão de papeis construída socialmente.

Além disso, é preciso associar a origem da violência contra a mulher a partir de uma cultura machista que reforça as hierarquias entre o feminino e o masculino.

> Pretende-se, dessa forma, recolocar o debate no campo social, pois é nele que se constroem e se reproduzem as relações (desiguais) entre os sujeitos. As justificativas para as desigualdades precisariam ser buscadas não nas diferenças biológicas (se é que mesmo essas podem ser compreendidas fora de sua constituição social), mas sim nos arranjos sociais, na história, nas condições de acesso aos recursos da sociedade, nas formas de representação. (LOURO, 2004, p. 22).

Bourdieu (2002) sustenta que as relações de dominação e de exploração que estão instituídas entre os gêneros se inscrevem sob a forma de visão e de divisão, que levam a classificar todas as

coisas do mundo e todas as práticas em oposições entre masculino e feminino. Logo, há prevalência da dominação masculina, marcada por essa divisão entre os sexos, que concede primazia aos homens. “O princípio masculino é tomado como medida de todas as coisas”. (BOURDIEU, 2002, p. 23).

A utilização e compreensão do termo gênero permitem uma análise das diferenças para além do plano biológico, apontando para as construções sociais sobre homem e mulheres, de como devem ser, comportar-se, pensar, desempenhar papeis, que variam em cada período e em cada sociedade, passível, portanto, de mudança ao longo do tempo. Segundo Louro (2004), não se trata de negar a biologia, mas enfatizar a construção social e histórica produzida sobre as características biológicas.

A partir da categoria gênero surge outra importante questão, a violência de gênero. Ela pode atingir homens e mulheres, mas, as mulheres são, de longe, as mais atingidas. É uma violência, portanto, em função do gênero ao qual a pessoa pertence. A violência de gênero já pressupõe relações de poder, nas quais, historicamente, existe prevalência de um sexo sobre outro. (STREY, 2012).

Da mesma forma que o conceito de gênero, a utilização do termo violência de gênero, nas decisões, não indicou com clareza o entendimento do julgador na aplicação do conceito ou os referenciais teóricos sobre os quais fundamenta a decisão. Portanto, acredita-se que os estudos de gênero devem ganhar espaço no sistema de justiça, principalmente em função da Lei Maria da Penha, que torna o local propício para essa reflexão. Entende-se que é preciso, assim, um novo olhar sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher e sobre os papeis masculinos e femininos, incorporando a categoria gênero e sua relação com a violência.

4 Considerações finais

Este artigo analisou como o conceito de gênero e de violência de gênero é compreendido pelos julgadores, a partir de decisões proferidas pelo TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, bem como os significados destas decisões.

O gênero foi utilizado como categoria de análise, apontando para a construção social e cultural do que é masculino e feminino, através de diversas práticas que estão sempre em desenvolvimento. Portanto, trata-se de um conceito variável, que depende de cada sociedade e de cada momento histórico.

A partir dessa análise inicial, focou-se a Lei Maria da Penha, principalmente em relação a análise do conceito de gênero para aplicação da Lei 11,340/2006. Para tanto, analisaram-se as decisões das Câmaras Criminais do TJRS em conflitos de competência e em recursos em sentido estrito, que definiam a incidência ou não da Lei Maria da Penha. Ademais, buscou-se identificar, além dos critérios de incidência, os significados dessas decisões.

À vista das decisões analisadas, pode-se dizer que elas não possuem grande extensão, mas o conteúdo encontrado apresenta dados importantes em relação ao critério da idade, que foi utilizado pelos julgadores para fazer incidir ou não as disposições da Lei Maria da Penha. Em todos os casos, o debate estava centrado na possibilidade de enquadrar ou não a violência na Lei 11.340/2006.

O conceito de gênero foi citado somente em um dos acórdãos. Observou-se que as decisões limitam-se a informar se o julgador identifica ou não identifica, na espécie, a motivação de gênero, a submissão em razão de gênero ou a relação de gênero. Não há maiores

esclarecimentos sobre esse entendimento. Além disso, não há uma direção teórica específica ou aprofundamento do tema. Da mesma forma que o conceito de gênero, a utilização do termo violência de gênero, nas decisões, não indicou com clareza o entendimento do julgador na aplicação do conceito ou os referenciais teóricos sobre os quais fundamenta a decisão.

Registra-se a importância dos estudos de gênero e a necessidade de ganharem espaço no sistema de justiça, principalmente em função da Lei Maria da Penha, que torna o local propício para essa reflexão, inclusive pelas exigências pragmáticas. É preciso, assim, um novo olhar sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher e sobre os papeis masculinos e femininos, incorporando a perspectiva de gênero e sua relação com a violência, que estão estabelecidas na lei protetiva.

Referências

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Sistema Penal e Violência de Gênero Análise Sócio-Jurídica da Lei 11.340/06*. Sociedade e Estado, v. 23, p. 113-135, 2008.

_____; CELMER, Elisa Girotti. *Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo: uma análise da Lei 11.340/2006*. Boletim IBCCRIM, nº 170, jan. 2007.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Estudos sobre as Novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. 70, 2011.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. *Constituição Federal, Código Penal e Código de Processo Pena*l. 16ª ed. Atual. Editora: Revistas dos Tribunais, 2014.

_____.Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>: Acesso em: 31 out. 2013.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.

CARDOSO, Nara Maria Batista. Mulher e maus-tratos. In: STREY, Marlene Neves (Org.). *Mulher, estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997. p. 127-138.

CARLOS, Paula Pinhal; BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. A violência intrafamiliar sob a perspectiva dos direitos humanos. In: MALUSCHKE, Günther; BUCHER-MALUSCHKE, Júlia; HERMANNS, Klaus. (Org.). *Direitos humanos e violência*: desafios da ciência e da prática. Fortaleza: Konrad Adenauer, 2004, p. 133-148.

GROSSI, Miriam.Rimando amor e dor: reflexões sobre a violência no vínculo afetivo-conjugal. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (Org.). *Masculino, feminino, plural*: gênero na interdisciplinariedade. Florianópolis: Mulheres, 1998b. p. 293-313.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos*: juizados especiais criminais e a violência de gênero. Tese (Doutorado) – Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <http://www.pagu.unicamp.br/pf-pagu/public-files/arquivo/130_izumino_wania_pasinato_termo.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

_____. Delegacias de defesa da mulher e juizados especiais criminais: mulheres, violência e acesso à Justiça. *Plural*: Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia, v. 12, p. 79-104, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Pailo: Cortez, 2011.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista*: novos paradigmas. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEYER. Dagmar Estermann. Gênero e educação: teoria e política. In: LOURO, Guacira Lopes; FELIPE, Jane; GOELLNER, Silvana Vilodre (Org.). *Corpo, gênero e sexualidade*: um debate contemporâneo na educação. 3. ed. Petropólis: Vozes, 2007.

MONTENEGRO, Marilia. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PASINATO, Wânia. *Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios*. Estudos feministas, Florianópolis, 23 (2): p. 533-545, maio-agosto/2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. 3. ed. São Pailo: Cortez, 2011.

STREY, Marlene Neves; Violência de gênero: uma questão complexa e interminável. In: STREY, Marlene N.; AZAMBUJA, Mariana P. Ruwer; JAEGER, Fernanda Pires (Org.) *Violência, gênero e políticas públicas*. Porto Alegre, EDUPUCRS, 2004. p. 13-44.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2003. (Coleção Primeiros Passos).

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti. A família, a violência e a justiça: conflitos violentos familiares, Lei Maria da Penha e concepções jurídicas no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Civitas*: Revista de Ciências Sociais, v. 13, p. 136-153, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Homicídio de mulheres no Brasil*. Mapa da Violência 2015**.** . Disponível em: < http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.>. Acesso em: 19 de abr. 2016.

AS RELAÇÕES NÃO-MONOGÂMICAS E O TJRS: ANÁLISE DE CONTEÚDO DE DECISÕES JUDICIAIS

Ariane Perdomo,
Mestra em Direito,
professora do curso de Direito da Universidade Lasalle;
perdomo.ariane@gmail.com.

Resumo:

O artigo que apresento é parte de minha pesquisa de dissertação defendida ao final do ano de 2016 no mestrado em Direito da Universidade Lasalle. Aqui, neste momento, realizei um corte no que diz respeito, tão somente, às questões de gênero percebidas para as famílias não-monogâmicas. A pesquisa tem como objeto a análise de decisões judiciais do TJRS que abordaram a temática de relativização da monogamia nos anos de 2014 e 2015. A partir dessa abordagem foi possível perceber que determinados estereótipos de gênero que são narrados pelas teorias são reproduzidos pelos julgadores dessas decisões, fazendo com que a monogamia seja um elemento imprescindível ao reconhecimento de uniões estáveis.

Palavras-chave: gênero. Família. relações não-monogâmicas.

1 Introdução

Este artigo trata sobre a relativização da monogamia e a forma como determinados estereótipos de gênero estão presentes nos discursos dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando diante dessas demandas. Como relações monogâmicas, portanto, entendo aquelas cuja formação se determina pela união de duas pessoas em uma relação de conjugalidade em que a exclusividade mútua é um elemento para sua configuração. Dessa forma, a escolha pelo termo ‘relações não-monogâmicas’ diz respeito àquelas uniões que não correspondem ao anteriormente referido conceito.

A partir de uma pesquisa exploratória realizada no ano de 2015 no sitio eletrônico do Tribunal de Justiça, percebi o quão presentes são tais demandas, ora sob exame. De imediato, revelou-se que em sua maioria acabam recebendo como resposta a impossibilidade de reconhecimento, haja vista a obrigatoriedade monogâmica, estando esse elemento, muitas vezes, à frente dos demais elementos configuradores da família.

Portanto, se os atores jurídicos podem e fazem, por vezes, o papel de relativizar a lei e reinterpretá-las, são eles os protagonistas quando da busca pela tutela de direitos e, em razão disso, são suas formas de julgar, seus discursos e suas percepções, objetos a serem pesquisados.

Nesse sentido, o que me propus a fazer foi uma análise seguida de descrição acerca da forma como têm lidado os desembargadores do TJRS diante de demandas que buscam a relativização da monogamia, muito embora determinadas decisões de Direito de Família relativizem a legislação com vistas à proteção dos interesses envolvidos, o mesmo não ocorre com a relativização da monogamia possivelmente por conta da extrema valorização da exclusividade conjugal.

2 Para compreender a forma de abordagem

O primeiro ponto de enfrentamento do problema na prática foi pensando as decisões analisadas a partir de referenciais de gênero, utilizando como método um diálogo entre fontes referenciais teóricas e os resultados encontrados na pesquisa empírica.

Para essa pesquisa criei duas categorias de análise, nas quais, durante a leitura das decisões, distribuí trechos de acordo com a categoria correspondente. As categorias foram: padrão esperado dos relacionamentos e estereótipo de gênero (padrão esperado da mulher/ padrão esperado do homem).

Considerando a escolha metodológica de escrita em primeira pessoa, diz respeito à maneira como visualizo minha subjetividade enquanto pesquisadora. Ou seja, este trabalho foi elaborado por mim a partir das leituras que realizei. O resultado da pesquisa empírica, sem dúvida, seria diverso do encontrado, caso fosse realizado por outra pessoa. Então, aproximando-me de noções da antropologia que muito trabalha a ligação do pesquisador ao objeto estudado, preciso ter consciência de que minhas vivências, o lugar de onde vim, o fato de eu ser mulher e a minha formação, por exemplo, são elementos que dirão muito a respeito da inferência que realizei quando da análise dos meus dados (GROSSI, 1992, p.9-10).

As duas câmaras analisadas são compostas, cada uma, por quatro desembargadores. Compõem a 7ª Câmara Cível as desembargadoras Liselena Schifino Robles Ribeiro e Sandra Brisolara Medeiros, e os desembargadores Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves e Jorge Luís Dall'Agnol. Já a 8ª Câmara Cível é composta pelos desembargadores Rui Portanova, Luiz Felippe Brasil Santos, Ricardo Moreira Lins Pastl e Ivan Leomar Bruxel e, além disso, integrada, também pelo Dr. José Pedro de Oliveira Eckert, juiz de Direito nomeado em substituição ao Des. Rui Portanova, por ocasião de férias e licença para aperfeiçoamento, tendo estado em exercício por ato nº 11 do então presidente do TJRS, de 10 de novembro de 2014 a 31 de janeiro de 2016, tendo atuado em seis[32] das ações analisadas, sendo duas como relator e das demais, em duas manifestou-se no sentido de reforçar seu posicionamento favorável à relativização da monogamia.

3 Análise empírica a partir do gênero e da família

Posso referir algumas correntes teóricas possíveis falar sobre gênero. A teoria do patriarcado[33], objetivando falar sobre gênero, gira em torno da construção de toda uma ambiência a partir da ideia de que há uma dominação do homem sobre a mulher. Essa dominação decorre do fato de que são as mulheres, sujeitos ativos na reprodução humana. Já no que diz respeito à teoria marxista pensando as questões de gênero, trabalha-se a lógica de que a mulher, é o sujeito passivo de um ato que envolve a sexualidade, praticado pelo homem, sujeito ativo. Nesse sentido, "a fonte

[32] RIO GRANDE DO SUL, 2014l, RIO GRANDE DO SUL, 2015e, RIO GRANDE DO SUL 2015h, RIO GRANDE DO SUL, 2015g, RIO GRANDE DO SUL, 2015f e RIO GRANDE DO SUL, 2015c.

[33] SCOTT (1995, p.78) critica a utilização da teoria do patriarcado para explicar as questões de gênero, isso porque constitui como única variável de desigualdade a questão da diferença física entre homens e mulheres, desconsiderando todas as outras variáveis existentes de descriminação, e combustível da dominação. E dando seguimento a tal raciocínio jamais se poderia tentar a desconstrução dessa dominação, eis que mantida a sua permanência, considerando a suposta causa que seria a diferença na compleição física entre os sexos.

das relações desiguais entre os sexos, está, no fim das contas, nas relações desiguais entre os sexos" (SCOTT, 1995, p.77).

Essa dinâmica que percebe a mulher como sujeito passivo de ato praticado pelo sujeito ativo homem pode ser exemplificada na seguinte frase retirada de uma das decisões analisadas "o réu manteve um longo relacionamento com a autora" (RIO GRANDE DO SUL, 2014d, p.8). Percebo que, independente de ser a mulher o sujeito ativo da ação, o que é reconhecido pelo julgador - que inclusive a chama por autora -. Por ocasião dessa frase, e a forma como ela foi estruturada, a mulher se torna sujeito passivo de um ato que é o relacionamento, em que o sujeito ativo é o homem[34].

Outra corrente teórica baseia-se na psicanálise, e insere o gênero como protagonista, trabalhando, assim, a construção das identidades de gênero pelos sujeitos, de maneira a analisar as interações sociais desde a infância a fim de delinear em que medida essa identidade é criada. (SCOTT, 1995, p.80-81).

É a partir dessa noção psicanalítica – de que o gênero diz respeito às construções sociais –, que sigo delineando esta pesquisa. Dizer gênero implica em falarmos sobre "construções culturais". Nesse sentido, as características que relacionamos como sendo de mulheres ou de homens são, na verdade, resultado de uma construção social. Então, de acordo com a ideia de Scott (1995, p.75) gênero é "uma categoria social imposta sobre corpos sexuais", ou seja, independente do sexo de cada indivíduo, ele assume "significados culturais" que acabam determinando o seu gênero (BUTLER, 2003, p.24)[35].

> O trabalho de construção simbólica não se reduz a uma operação estritamente performativa de nominação que oriente e estruture as representações do corpo (o que ainda não é nada); ele se completa e se realiza em uma transformação profunda e duradoura dos corpos (e dos cérebros), isto é, em um trabalho e por um trabalho de construção prática, que impõem uma definição diferencial dos usos legítimos do corpo, sobretudo os sexuais, e tende a excluir do universo do pensável e do factível tudo que caracteriza pertencer ao outro gênero [...] para produzir esse artefato social que é o homem viril ou uma mulher feminina (BOURDIEU, 2010, 33).

Assim, mais do que reproduzir práticas correspondentes a um gênero determinado, a construção de gênero age no interior de cada indivíduo com determinadas imposições que diferenciam um gênero do outro. Qual seria, então, a maneira adequada para cada indivíduo usar seu corpo, quais atitudes diriam respeito ao gênero no qual cada um deve situar-se? E, nesse processo de absorção do que devo fazer, acabo por desprezar outras habilidades que, segundo essa construção simbólica, dizem respeito ao outro. Ao pensar as chaves usadas por Bourdieu pode-se, sem dúvida, relacionar a trechos das decisões analisadas a fim de ilustrar, sobretudo, o "homem viril".

O homem viril goza de privilégios na sociedade, na medida em que são justamente características que demonstram tal virilidade, as exaltadas quando se pretende elogiar um homem. Diz-se que é forte, trabalhador, "pegador", referindo-se ao homem que se relaciona com várias mulheres. Porém, quando falha na demonstração ostensiva dessas práticas viris é o homem

[34] Para pensar que não seria essa a única forma possível de dizer a mesma coisa, porém sem essa carga de dominação masculina revelada, posso pensar em uma proposta de reestruturação da frase, que, na certa, evitaria essa relação sujeito ativo e sujeito passivo. Então, por exemplo: "a autora e o réu mantiveram um longo relacionamento" ou, ainda, "o casal manteve um longo relacionamento"

[35]Bourdieu (2010, p.34) trabalha gênero como "corpo socialmente diferenciado do gênero oposto",

aproximado da simbologia feminina. Torna-se a "mulherzinha" ou, ainda, é chamado de homossexual, como se orientação sexual dissesse respeito a práticas de um determinado gênero.

> [...] para um homem, o fato de ser visto com "belas" mulheres classifica-o como "Grande-homem", o que também acontece com aquele que tem dinheiro e/ou poder manifesto sobre homens e mulheres. os homens que aceitam os códigos de virilidade têm ou podem ter poder sobre as mulheres (o que ainda deve ser quantificado); alguns entre estes (chefes, Grandes-homens de todos os tipos) têm também poder sobre os homens. É verdadeiramente neste duplo poder que se estruturam as hierarquias masculinas (WELZER-LANG, 2001, p.466).

Por ocasião do julgamento de ação que dizia respeito a um relacionamento paralelo, a Desa. Liselena, objetivando afirmar que o demandado não mantinha estabilidade em seus relacionamentos, classificou a vida pessoal do homem como "intensa" e justificando: "pois teve oito filhos", em seguida citando o nome de cada um deles com as respectivas mães que são três (RIO GRANDE DO SUL, 2014n, p.3-4). A confirmação da produção de um artefato social, o "homem viril", representado no trecho de Bourdieu, revela-se também no conteúdo dessa decisão. Na leitura que faço desse trecho percebo que, sob o olhar daquela julgadora, relacionar-se com três mulheres não acarreta prejuízo para o homem, praticamente elogiado com a expressão "vida pessoal intensa", mas, sim, em prejuízo para a mulher, que, nesse caso, não teve a união estável reconhecida tendo em vista que seu companheiro, de "vida pessoal intensa", já era casado e se relacionava sexualmente com, pelo menos, mais uma mulher. Ainda, Des. Sérgio, em igual sentido, menciona, em outra decisão, "percebe-se que Jacó manteve relacionamentos com muitas mulheres em sua vida, de que se originaram 08 (oito) filhos "percebe-se que Jacó manteve relacionamentos com muitas mulheres em sua vida, dos quais se originaram 08 (oito) filhos" (RIO GRANDE DO SUL, 2014k, p.9) e, mais uma vez, vem a informação de muitas mulheres e muitos filhos dita de forma a reforçar esse estereótipo.

Noutras duas decisões[36], a Desa. Liselena afirma que o homem agiu de forma correta na medida em "sempre assumiu ter tido um relacionamento amoroso com a ora apelante, em período até mesmo concomitante ao seu casamento". Mais uma vez reforçando a virilidade masculina que implica em manter relacionamentos de forma paralela, sem maiores represálias, e sem ser atingido pelos ônus eventualmente buscados pela outra parte, qual seja, o reconhecimento de união estável e as consequências jurídicas que lhe sejam inerentes.

Em trecho da sentença, citado pela Desa. Sandra, por ocasião do seu voto, destaco a seguinte frase: "as informações de que o requerido não queria casar com nenhuma das mulheres com as quais se relacionava e que era de conhecimento familiar a existência dos relacionamentos paralelos, foram comprovadas [...]" (RIO GRANDE DO SUL, 2014g, p.9). Mais uma vez valora, de forma positiva e destaca a manifestação de vontade, ou falta dela, do homem casar, e, em contrapartida, reafirma a existência de relacionamentos múltiplos, que deixaram de ser reconhecidos.

O Des. Sérgio, citando parte do parecer ministerial que faz menção a depoimento testemunhal afirma que, segundo testemunha, o falecido "não era homem de uma mulher somente" (RIO GRANDE DO SUL, 2015d, p.9). A frase da testemunha faz-me perceber, mais uma vez, a ideia de homem viril, na medida em que insere praticamente como condição de vida daquele homem ter mais de uma mulher, ou, como leva a entender a estrutura da frase, ser. Então, na

[36] RIO GRANDE DO SUL, 2014h, p.2 e RIO GRANDE DO SUL, 2014i, p.2.

condição de homem, e no agir de práticas masculinas, necessita de mais de um sujeito mulher, pensando nos moldes da "mulher feminina".

Também posso dizer como dentro da noção de homem viril, aquele que faz promessas a uma mulher, mas, em contrapartida, preserva seu casamento. Tal referência, no voto proferido pelo Des. Luiz Felipe[37] também me faz perceber a imposição do homem sobre a mulher; de que é ele quem dita os critérios dos relacionamentos, na medida em que, buscando justificar a impossibilidade de reconhecer união estável paralela ao casamento afirma que "o varão sempre preservou a vida em comum com a esposa, e, embora as promessas que fazia à autora, jamais concretizou a separação"; sem falar, é claro, no termo que é utilizado para nomear o homem: "varão"[38] (RIO GRANDE DO SUL, 2015c, p.10).

Então, considerando o gênero como um elemento culturalmente construído, posso afirmar ser um produto da dinâmica social que se estabeleceu e fixou historicamente de acordo com os contornos culturais (GOLDENBERG, 2005, p.7). A ideia de que o gênero se estabelece criando determinados papéis sociais[39] pode ser repensada, na medida em que é criticada por Louro (1997, p.23-25). Isso porque, a autora entende a categoria de papéis como reducionista da complexidade, pois quando falamos papéis estamos falando de imposições da sociedade para com os indivíduos: seriam como regras de comportamento, e, existindo essas regras, cada indivíduo deveria ter a percepção daquelas condutas que são adequadas ou inadequadas para mulheres e homens a partir da expectativa social de que sejam cumpridas. Embora algumas teorias de gênero se construam a partir dessa perspectiva, visualizar a problemática dessa forma acaba por transferir aos indivíduos a responsabilidade de que aprendam determinados papéis que correspondem ao masculino e ao feminino. Então, essa discussão deve ser analisada para além dessa perspectiva, pois além do feminino e do masculino não se expressarem de uma única forma, também há que se considerar as relações de poder exercidas "através das instituições, dos discursos, dos códigos, das práticas e dos símbolos" que criam relações hierárquicas entre o masculino e o feminino. Então, gênero diz respeito não à construção de papeis, mas à construção de identidades, ou seja, mais do que dizer respeito à absorção de padrões de condutas, ou seja, do agir do sujeito, diz respeito efetivamente ao ser de cada indivíduo.

O gênero seria aquele elemento que constitui as "relações sociais baseadas nas diferenças percebidas". Posso exemplificar com quatro perspectivas que se relacionam a essas diferenças percebidas, quais sejam: figuras cristãs como padrões femininos - Eva e Maria - conceitos que buscam limitar significados no sentido de determinar o que é o "natural". Por conseguinte, tudo o que é produzido posteriormente a isso, não é problematizado. A desconstrução desses modelos de caráter dogmático busca diagnosticar a origem do seu tratamento como algo natural e determinante do ser mulher e do ser homem. Por fim, identificar de que forma essas identidades foram estabelecidas de forma genérica, relacionando com as interações sociais que as circundam (SCOTT, 1995, p.86-88).

A identidade de gênero passa por um processo de construção ao longo da vida[40], ou seja, não há como afirmar em qual momento determinado o indivíduo terminou de construir sua identidade

[37] Esse processo não era de relatoria desse julgador, mas, sim, do Desembargador José Pedro de Oliveira Eckert, que havia entendido pela relativização da monogamia, acompanhando a sentença de primeiro grau de jurisdição.

[38] Expressão bastante utilizada no direito de família para designar o homem de uma relação conjugal, é o masculino de varoa.

[39] Scott (1995) trabalha com essa perspectiva de construção de papéis sociais na obra gênero: uma categoria útil de análise histórica.

[40] Sobre construção de gênero, Butler (2003, p.25) propõe uma releitura, na medida em que desarticula a ideia de que o sexo seria algo determinado e permanente e que somente o gênero seria objeto de uma construção social. Então,

pois ela faz parte de uma instabilidade que estará sempre sujeita a mudanças. É a partir da forma com que me reconheço como feminina que construo minha própria identidade de gênero (LOURO, 1997, p.26).

Desde a gestação já acontecem provocações do meio em que estamos inseridos envolvendo as questões de gênero. Por exemplo, durante a ecografia de uma gestante quando o médico diz que é uma menina ou é um menino, o que se tem é muito mais um ritual social de afirmação de gênero e de sexo do que efetivamente uma colocação descritiva. Ou seja, posso comparar essa afirmativa de que é uma menina com o "sim" dito pelos noivos por ocasião do casamento, é ritualístico. Por outro lado, não o comparo com uma frase que descreve, por exemplo, que a pessoa tem dois membros inferiores, dois membros superiores, um nariz, etc. (PRECIADO, 2014, p.28).

Algo que deve ser considerado é que determinadas normas da sociedade que orientam e fazem parte daquilo que somos, levam-nos a desejar determinadas coisas e a agir de determinadas formas que não nascem da nossa individualidade, mas, pelo contrário, é nossa individualidade que depende delas (BUTLER, 2006, p.14).

Quando falo em norma é importante voltar o olhar para outra perspectiva, no sentido de que as normas que definem as questões de gênero não podem ser vistas como normas sociais, mas, sim, por outro lado, como normas simbólicas que são implantadas no sujeito desde o nascimento até o final de sua vida. Essas normas simbólicas têm por função, inclusive, a de regular o desejo. Isso porque balizam o agir dos sujeitos de acordo com a função que exercem dentro de determinado núcleo social. Por exemplo, afirmar que a mãe é a pessoa que só se relaciona sexualmente com o pai, é ilustrar essa característica de uma norma que baliza a sexualidade feminina de acordo com a função que exerce, nesse caso, a de mãe e mulher casada (BUTLER, 2006, p.71-72).

O binarismo que permeia os estudos de gênero deve ser fragmentado, na medida em que há no masculino algo do feminino e vice-versa, que seja em contraposição. Não há apenas uma categoria, mas inúmeras formas de expressar a identidade de gênero feminina (LOURO, 1997, p.31-32). Ou seja, só é possível dizer que determinadas características, práticas, condutas, dizem respeito ao gênero feminino porque tem-se o masculino como comparativo. Outra questão que deve ser pensada a partir dessa noção do binarismo diz respeito à ideia de que simplificar as relações entre mulheres e homens como dominada e dominador é retirar de quem é dominado o poder que também lhe é inerente, ou seja, ainda que dominado ou dominada, exerce, em determinadas relações, uma resistência, também uma expressão de poder.

Esse poder, pensado a partir da ideia de Foucault é um poder que funciona em espiral, onde um mesmo sujeito é por vezes sujeito ativo e por vezes sujeito passivo, dentro de uma mesma relação. Assim, o poder não é de um ou de outro, mas exercido em rede, com os indivíduos constituindo-se sempre como "centros de transmissão" (FOUCAULT, 1981, p.183).

É exemplo, a partir da análise de decisões, o fato de que, ainda que as mulheres sejam vistas como submissas e até retratadas dessa forma pelos desembargadores. Elas ilustram essa espiral em que, por vezes, tornam-se sujeito ativo do poder. Quando elas buscam o judiciário em socorro de seus direitos, mostram-se ativas e desfazem a característica de submissão.

> Mulheres e homens, que vivem feminilidades e masculinidades de formas diversas das hegemônicas e que, portanto, muitas vezes não são representados/as ou reconhecidos/as como 'verdadeiras/verdadeiros'

---

estabelece um paradoxo, no sentido de que, possivelmente o sexo seja tão objeto de construção social quanto o gênero, bem como inicia um diálogo acerca da proximidade entre as duas categorias, sendo ambas, sob sua perspectiva de análise, naturais.

> mulheres e homens, fazem críticas a esta estrita e estreita concepção binária (LOURO, 1997, p.34).

Ao agir de forma desviante às normas de gênero do padrão dominante o sujeito assume o risco de ser tratado pelas instituições (Judiciário, medicina, igreja, etc.) como, justamente, um desvio à norma. Esses supostos desvios têm o efeito de reafirmar aquele determinado modelo e, em outra medida, como resposta das instituições, reforçar-se a necessidade de normatizar, haja vista que, como se vê, nem todos seguem o padrão.

Então, determinadas 'identidades de gênero' apresentam-se como desvios, na medida em que não correspondem às expectativas normativas, mas é exatamente essa fuga continuada aos padrões normativos que tem como resultado o questionamento àquele que se usa como modelo e, por fim, a criação de padrões desviantes e "subversivas de desordem de gênero" (BUTLER, 2003, p.39).

Em reflexão proposta por Louro (1997, p.43-44) ela convida o leitor a lembrar da frase 'mulheres são diferentes dos homens', e aí, problematiza, ora, porque o padrão é o homem e são as mulheres que são diferentes? E se a frase fosse construída ao inverso? Ou seja: homens são diferentes das mulheres. Na sutileza percebemos o masculino como o centro, e, portanto, é inegável e emergente a necessidade de avançar no que diz respeito ao feminino e ao masculino, a fim de desconstruir essa centralidade do homem[41].

Por muito tempo, e talvez até hoje, em determinadas produções, quando se visualizam estudos de gênero, sabe-se que o que se seguirá nas próximas linhas, são estudos sobre a mulher. Muitas (os) teóricas (os) acabam por falar em gênero tão somente a partir da perspectiva mulher, como se fosse possível definir o que é o gênero feminino sem contrapor ao masculino, e vice-versa (SCOTT, 1995, p.75).

A escolha da categoria "padrão esperado de mulheres e homens" diz respeito à maneira como se exercem a feminilidade e a masculinidade. Algo que se deve ter como alicerce da diferença entre feminilidade e masculinidade consiste em que a primeira é tudo aquilo que não é da segunda e, por conseguinte, a segunda é a negação de características que fazem parte da primeira. Mais do que determinadas, as características correspondentes ao outro devem ser evitadas (SCOTT, 1995, p.82), "a mulher determina-se e diferencia-se em relação ao homem e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o outro" (BEAUVOIR, v.1, p.10)[42]

> Ser niño o niña se aprende viviendo. A este proceso de aprendizaje del ser humano se le denomina socialización. Tiene como objetivo que las personas se integren en la sociedad en la que les toca vivir, que conozcan sus normas y las respeten para evitar ser excluidas y/o castigadas[43] (VARELA, 2008, p. 276).

De fato, percebo que as decisões analisadas dizem respeito aos castigos ou exclusões da sociedade narrados por Varela, pois aqueles sujeitos, partes dos processos judiciais em demanda,

---

[41] Sobre esse ponto resgato a dissertação de Rosa Maria Rodrigues Oliveira (2002) que trabalha a questão do androcentrismo nas ciências jurídicas. Considerado como sendo o homem o ponto de partida para os discursos e, portanto, discurso que fundamente exclusões de gênero na área jurídica.

[42] É por isso que hoje se escreve uma "História das mulheres" e não uma História dos Homens — afinal essa última é a História geral, a História oficial (LOURO, 1997, p.50).

[43] Ser menino ou menina se aprende vivendo. Esse processo de aprendizagem do ser humano se denomina socialização. Tem como objetivo que as pessoas se integrem na sociedade em que vivem, conheçam e respeitem suas normas a fim de evitar sejam excluídas ou castigadas (VARELA, 2008, p. 276, tradução própria).

por não terem, em seus processos de socialização, absorvido as normas impostas pela sociedade, tiveram suas subjetividades negadas, suas vidas marginalizadas, por efeito de não atender a uma expectativa social – e reafirmada pelo Direito – que é a monogamia. E os desembargadores justificam exatamente dessa forma, ou seja, por não estarem enquadrados dentro dessas normas, não terão direitos reconhecidos. Por exemplo: "existente o relacionamento amoroso entre a autora e o *de cujus*, tendo conhecimento aquela da existência da união estável dele com outra mulher, não se reveste tal relacionamento dos requisitos" (RIO GRANDE DO SUL, 2014f, p.1), ou seja percebendo a existência de um relacionamento que foge ao padrão esperado, na medida em que a mulher tem conhecimento de que o homem, além de se relacionar com ela, também se relaciona com outra mulher, Desa. Liselena, por ocasião de seu voto, considera inviável o reconhecimento jurídico, baseando-se na monogamia para justificar a decisão.

Em outro julgado, o Des. Sérgio Fernando atribui o não reconhecimento de relação como união estável, ao fato da autora ter reconhecido que seu companheiro era casado com outra mulher, ou seja, os indivíduos não podem escolher viver em família de outra forma que não aquela estabelecida e esperada pela sociedade e reafirmada pela lei (RIO GRANDE DO SUL, 2014j, p.5)[44]. A noção de que a manutenção de laços da forma que melhor atenda às necessidades de cada um, se desviantes ao modelo tradicional, será objeto de exclusão da sociedade, na medida em que não são reconhecidos, reforça-se num trecho de voto proferido Sandra: "Existe óbice ao reconhecimento de união estável na coexistência de diversos relacionamentos paralelos, ainda que tal conjuntura fosse de conhecimento e assentimento da *de cujus"* (RIO GRANDE DO SUL, 2015b, p. 5).

Também num julgado em que ambas as partes envolvidas possuíam outro relacionamento paralelo, entendeu essa última desembargadora que não há certeza da existência do propósito de constituir família, e justifica: "há fortes indícios de que o casamento do *de cujus* com Eleana sempre se manteve hígido, e a apelante, simultaneamente, relacionava-se com João Carlos, circunstância que inviabiliza o reconhecimento da aventada união estável" (RIO GRANDE DO SUL, 2015a, p. 8). Ao desconsiderar a complexidade da vida de diferentes sujeitos, o Judiciário fecha os olhos para o outro lado da vida real que não é contemplado pela legislação e, portanto, como o referencial trazido anteriormente, há a exigência de que as pessoas incorporem as normas da sociedade para não serem punidas e excluídas, eis o que ocorreu nesse caso.

Os desvios das partes ao que está estabelecido pelo processo de socialização, que implicam na construção de identidades de gênero dos sujeitos, são utilizados pelos julgadores como justificativa para negar pretensão a efetivação de direitos, estabelecendo-se, assim, elementos rígidos balizadores do agir de cada um no exercício de sua sexualidade e vivência de relacionamentos, portanto, excluindo-as e castigando-as.

Então, como já referi, os indivíduos se fazem mulheres e homens por meio de um processo de socialização que reprime e determina práticas sexuais e representatividades de gênero como adequadas ou não para cada um dos sexos biológicos. Não é de surpreender o fato de que essa socialização acaba por oprimir, na medida em que foi estabelecida sobre valores de uma sociedade patriarcal e desigual para mulheres e homens (VARELA, 2008, p. 277).

Há um elo relacional entre a masculinidade e o poder, bem como uma valorização maior da virilidade frente à feminilidade. Assim, um indivíduo que esteja inserido em um núcleo familiar que se estruture de outra forma, com divisão de tarefas de forma igualitária e livre dessa lógica de

[44] "Observa-se que a própria autora reconhece que a relação dela com o falecido era um concubinato adulterino, pois tinha ciência de que ele era casado[...]" (RIO GRANDE DO SUL, 2014j, p.5)

separação entre tarefas masculinas e tarefas femininas, e que acabe por adotar tais características, diversas daquelas da Sociedade como um todo, passa a ser considerado como diferente, desviante daquilo que é da cultura (SCOTT, 1995, p.82).

Por falar em culturas, todas elas são nutridas de uma necessidade de retroalimentação. Então aquelas determinadas características comportamentais que fazem parte dos indivíduos dessa cultura são sempre valorizadas, ao passo que as desviantes desvalorizadas, em um esforço de manutenção da estabilidade. Ou seja, sob o contexto da pesquisa, percebo uma necessidade de preservação de características de uma família monogâmica, na medida em que os julgadores reforçam a necessidade de permanência de valores tradicionais, de mulheres e homens que remontam, em sua maioria, outro momento de dinâmica sexual e familiar (BUTLER, 2003, p.111).

> O esforço de situar e descrever uma sexualidade "antes da lei", como uma bissexualidade primária ou um polimorfismo ideal e irrestrito implica que a lei é anterior à sexualidade. Como restrição a uma plenitude originária, a lei proíbe alguns grupos de possibilidades sexuais pré-punitivas e sanciona outros (BUTLER, 2003, p.112).

Ao pensar da perspectiva de que o ambiente doméstico foi considerado, por muito tempo na história, como o ambiente da mulher, foi preciso romper essa barreira que a mantinha na invisibilidade, processo que se deu, de forma gradativa, iniciando com a lenta colocação da mulher no mercado de trabalho. A saída do ambiente doméstico ainda guarda marcas do modelo anterior, isso porque é perceptível a manutenção feminina, por muito tempo, em serviços submetidos à supervisão masculina. Representando a dominação antes exercida pelo pai ou pelo marido, então temos a secretária, a assistente, e, noutras hipóteses, serviços ligados ao cuidado, representando a maternidade: a professora, a enfermeira, a babá. Enfim, com a sutileza de um padrão estabelecido para atividades femininas, ainda que disfarçada de visibilidade, iniciou-se a caminhada (LOURO, 1997, p.17).

Até hoje pode-se pensar nas divisões que aparecem no ambiente doméstico: divisões de tarefas entre mulheres e homens no exercício da parentalidade, por exemplo, são elementos a serem considerados no que diz respeito à formação da identidade de gênero dos sujeitos. Há uma naturalização do fato de que o cuidado com os filhos é de responsabilidade materna, ao passo que a manutenção de utensílios domésticos, por exemplo, é de responsabilidade paterna. Todas essas questões que, por vezes, passam desapercebidas, são elementares para a construção do sujeito (SCOTT, 1995, p.81).

Importante pensar que as decisões analisadas são extremamente atuais e, portanto, fundamentadas nos preceitos vigentes da Constituição Federal, do Código Civil e dos valores de uma sociedade que reproduz a ideia de que o lugar das mulheres que se relacionam com homens casados ou em outra união estável, seja secundário em relação àquelas que ocupam o status de esposa daqueles com que se relacionam.

Das estruturas de gênero que se estabeleceram como características das mulheres é comum a busca por aprovação com relação aos homens. Essa busca deriva do fato de que eram eles que detinham o poder econômico, maior valoração na sociedade. A possibilidade, pela detenção desse privilégio, de dar apoio e sustento ao sujeito feminino, impelia as mulheres a desejarem agradar aos homens, ao passo que elas, enquanto mulheres, embora os seus esforços, seguiam com suas identidades marginalizadas (BEAUVOIR, v.1, p.177).

Tomo por exemplo uma decisão que, fazendo menção à justificativa da mulher para ver o relacionamento paralelo reconhecido, subscreve o relato de que o ex-companheiro seguiu "arcando

com todas as despesas do lar, já que ela nunca ingressou no mercado de trabalho, por exigência do demandado" (RIO GRANDE DO SUL, 2014a, p.3), a demonstrar que, mesmo hoje segue por vezes, repetindo-se as divisões de tarefas, sendo o homem o provedor e dominante que, inclusive, exerce sobre a mulher o poder de exigir que não trabalhe.

E, naturalizando ainda mais esses estereótipos, em passagem do parecer do Ministério Público, citado na mesma decisão, vem a frase "o requerido realmente arcava com as despesas da casa, aliás o que é comum neste tipo de relação". Pergunto-me: se a forma do discurso, como foi construída, não denota certo viés pejorativo ao relacionamento das partes que, embora revelasse latente dependência econômica da mulher em relação ao homem, a união foi tratada como "neste tipo", a entender que "este tipo" não é o modelo, mas, sim, algo que comparamos a ele, e, além disso, possivelmente, ao referir a prestação econômica masculina para o sustento da mulher, remete à ideia de pagamento pelos serviços sexuais prestados (RIO GRANDE DO SUL, 2014a, p.8).

Noutro caso: ao referir-se à mulher diz que ela "manteve o relacionamento sustentado na inicial por duas décadas, abandonando o emprego público para se dedicar à união estável e à filha" (RIO GRANDE DO SUL, 2014b, p. 2). Analisando o fragmento decisório em consonância com a referência teórica anterior, percebo o emprego do verbo abandonar como expressão de um certo pesar. A justificativa desse "abandono do emprego público" que automaticamente faz corresponder ao homem a responsabilidade como provedor financeiro da família, seria o dever, por parte da mulher de dedicação, do cuidado para com a família, esculpindo-se o modelo tradicional de divisão de tarefas entre mulheres e homens.

A força desses estereótipos é tão grande que, em determinado julgado, ainda que o homem envolvido em dois relacionamentos paralelos tenha afirmado que aquilo que mantinha com ambas as mulheres era apenas um relacionamento amoroso, fez questão de afirmar que dava tudo para as duas mulheres, referindo-se a encargos financeiros, afirmação acolhida e valorizada pela Relatora para justificar, além do reconhecimento da união, o cabimento da fixação de alimentos em favor de uma delas. O Réu, mesmo esforçando-se para afirmar que não se tratava de uma união estável, acaba por fazer questão de marcar o seu papel de provedor de dois núcleos familiares (RIO GRANDE DO SUL, 2014d, p. 8).

O casamento e a união estável como formas de ser da família são elementos que tornam naturalmente aceitáveis os papéis de gênero de mulheres e homens a exercerem suas sexualidades e, portanto, é o Estado o vigia da vida sexual dos indivíduos, limitando o que pode e o que não pode ser aceito, soando um apito a cada deslize, no que diz respeito aos papéis sexuais que espera sejam seguidos (PRECIADO, 2014, p.36). Ainda sobre papéis de gênero exercidos dentro do casamento e da união estável, um deles é a maternidade. A mulher:

> [...]desde que foi escravizada como mãe, é primeiramente como mãe que será querida e respeitada. Das duas faces da maternidade, o homem não quer mais conhecer senão a sorridente (BEAUVOIR, v.1, p.215).

Posso fazer uma interligação entre essas questões, de naturalização de estruturas de gênero para mulheres e para homens que acaba por determinar a forma de exercer a sexualidade dos sujeitos, conforme trouxe Preciado (204, p.36), com a ideia de Beauvoir (v.1, p.215) de que a mulher tem a maternidade como tarefa essencial de seu gênero, ao passo que há, também, por parte dos homens uma romantização dessa maternidade, que deve seguir algumas prerrogativas, a fim de não descaracterizar a "mulher feminina" –citada anteriormente em trecho de Bourdieu (2010) -.

Por ocasião da análise de conteúdo das decisões, esses elementos apareceram de forma cristalina, na medida em que a existência de filhos como elemento caracterizador da estabilidade familiar, foi repetida pelos desembargadores em quatro decisões. Refiro as respectivas passagens e posteriormente passo a comentá-las.

> Em sua maioria, ninguém tinha muita convicção da natureza do relacionamento havido entre as partes, se de uma união estável ou relacionamento extraconjugal, ainda mais que a idade dos filhos em comum não permitia a uma conclusão mais precisa (RIO GRANDE DO SUL, 2014h, p.3)

A expressão "ainda mais" que conecta os dois elementos textuais vem com um sentindo de justificação, ou seja, não se tinha convicção se era um relacionamento extraconjugal ou união estável, e justifica considerando a idade dos filhos em comum, indicando tal circunstância, como razão para não se possibilitar uma conclusão precisa sobre a natureza do relacionamento. Ou seja, utiliza o fato de ter filhos como um elemento para definir se aquela dinâmica entre as partes define-se ou não como família.

Em outra decisão encontrei a frase "Feitas tais considerações, observo ainda que não se vislumbra, no caso, a *affectio maritalis*, pois HÉLIO não reconheceu as filhas que teve com MARLEI" (RIO GRANDE DO SUL, 2014c, p.7). Ao perceber a expressão "pois" sabemos que diz respeito também a uma justificação: se determinado fato acontece, pois, outro fator o influencia. E nesse caso, como afirma o desembargador Sérgio que não se vislumbra a *affectio maritalis*, entendida como a intenção de constituir uma família, em razão de não ter o homem reconhecido as filhas do casal. Mas, em contrapartida, caso ele as tivesse reconhecido como filhas, seria essa uma justificativa para que se vislumbrasse a *affectio maritalis*? Vale lembrar que nada tem a ver o reconhecimento de filhos com a intenção de constituir família. Os deveres parentais não devem ser confundidos com conjugalidade.

Por outro lado, noutra decisão reconhece a desembargadora Liselena: "Como se vê, do contido nos autos, o réu manteve um longo relacionamento com a autora, tanto que tiveram quatro filhos em comum" (RIO GRANDE DO SUL, 2014d, p.8). Da mesma forma, a utilização do "tanto que" está vindo como causa de alguma coisa: então, o relacionamento foi longo e como causa evidente dessa percepção, o fato de terem tido quatro filhos.

Naturalizando o ter filhos como parte da configuração das entidades familiares, nos casos em que a entidade familiar não é reconhecida por outros fatores, como por exemplo a existência de outra união paralela, mas, por outro lado o casal tem filhos, a justificativa aparece no sentido de: embora filhos, não é família. Isso porque, para a expectativa social, família compreende a geração de prole. É exemplo o trecho "os litigantes mantiveram apenas encontros eventuais, sem o intuito de constituir família, embora tenham tido um filho juntos" (RIO GRANDE DO SUL, 2014a, p.8), esse trecho foi retirado de manifestação ministerial e citado pela Desembargadora Sandra como forma de justificar seu voto.

Ter filhos, durante muito tempo, foi resultado natural do casamento. Aqui, o que se faz é uma inversão, ou seja, para justificar a família tradicional, que é apenas a oficial, ter filhos deixa de ser característica dessa família paralela. Para a oficial, esse é o destino natural. Para a paralela, apesar de produzir filhos, não há conjugalidade.

Percebo que as decisões judiciais analisadas são como rituais sociais de afirmação de gênero, que acabam por dizer mais do que descrever, ou seja, cumpre-se um ritual que reafirma uma expectativa e deixam-se de lado as vicissitudes que permeiam cada situação. Ressalvo as diferentes

e escassas decisões que destoam desse ritual, mas que deixam a pergunta: será que estas, por último referidas, estão a impor um novo ritual ou se trata, apenas, de pontos fora da curva?

As expressões "verdadeira mulher" e "verdadeiro homem" são reafirmadas com determinados estereótipos que dizem características dessas identidades. Portanto, diante de uma identidade dita desviante, ao invés de visualizá-la como sendo mais uma além daquelas determinadas, pelo contrário, é utilizada para reafirmar o estereótipo. Ou seja, se, hipoteticamente, mulheres costumam ser mais fiéis do que os homens, e estando-se diante de uma mulher infiel, o seu reconhecimento dá-se como sendo um desvio daquilo que é o padrão e não se pensa em desconstruir esse padrão, o que seria justificável com o exame de outras situações e circunstâncias não contempladas. Trabalha-se, então, com a ideia de que seriam esses desvios, "acidentes sistemáticos" (PRECIADO, 2014, p.29-30).

Muito embora os estudos de gênero tenham-se centrado a discutir a realidade da mulher, é inegável a tendência de uma masculinidade imposta, ou seja, não se pode construir toda essa ambiência considerando somente a mulher como sendo um sujeito passivo da cultura, uma vez que as masculinidades que são múltiplas, também, por vezes, acabam figurando como passivas frente às imposições do modelo masculino majoritário que exige que todos os homens se comportem de determinada maneira e não de outra (VARELA, 2008, p.276).

Sobre o tema masculinidades, importa dizer que o processo de socialização dos homens, tende a distanciar-se daquele das mulheres. A imposição da masculinidade apresenta-se na medida em que determinadas posturas são esperadas dos homens a partir do fato de serem homens. Nas relações familiares e entre amigos é preciso que sejam claros os elementos que o diferenciam de uma mulher (WELZER-LANG, 2001, p.465).

Alguns mitos foram repetidos ao longo do tempo, e seguem sendo reiterados: valores e crenças infundadas de que a masculinidade é por essência socialmente superior à feminilidade. A autossuficiência dos homens, em contrapartida da dependência das mulheres, a determinação de condutas permissivas para homens, desde que não se aproximem do que se espera para as mulheres, refletem-se na sociedade como expectativas sociais do que é ser um verdadeiro homem (VARELA, 2008, p.277).

Correlaciono com os resultados encontrados no sentido de que os homens, quando desviantes do padrão esperado, bem como do determinado pelas normas jurídicas, acabam por serem desconsiderados por parte dos magistrados do Tribunal. Percebo como uma permissividade às práticas masculinas, na medida em que são beneficiados, pois munidos em razão da existência de casamento preexistente a outra relação paralela que, por secundária, não é reconhecida e, portanto, fica à margem da sociedade.

Em 37 decisões analisadas foi aventado pelos desembargadores o fato da mulher saber do outro relacionamento do homem, sendo que, dois desses diziam respeito ao conhecimento da esposa ou companheira "reconhecida" e os 35 da relação secundária. O que percebo é que utilizam o fato da mulher saber que não é a única para dizer impossível reconhecer. Mas, tal raciocínio parece-me muito mais próximo de culpar a mulher do que de atender aos critérios de uma união estável putativa, isso porque, ora o homem casado, ora o que vive em união estável, tem consciência disso e, mesmo assim, ainda se relaciona com outras. No entanto, quando essa mulher vai buscar a especial proteção da Justiça, ela é lhe negada, pois o Estado, na tentativa de resguardar a família, proteger a outra companheira que acredita ser a única, acaba também por beneficiar o homem, na medida em que este, de nenhuma forma, é afetado por ter vivido dois relacionamentos de forma paralela, seja ele com geração de prole, seja ele público, notório e duradouro. Tudo tende a ser desconsiderado e, ao final, somente quem é prejudicada é a mulher que formou sua família sobre

estruturas de outra família. Aí, diz o Estado: "tendo conhecimento aquela da existência da união estável dele com outra mulher, não se reveste tal relacionamento dos requisitos estatuídos no art. 1.723 do CC/02" (RIO GRANDE DO SUL, 2014f, p.1).

E, por outro lado, quando quem tem conhecimento da existência de outro relacionamento é a esposa ou a companheira considerada como "legítima", em nada afeta o fato de ser família. O que parece estranho é que se a união estável é uma organização fática, como podem os julgadores determinarem, diante da concomitância de duas dessas uniões de fato, apenas uma delas merecer o reconhecimento, ou seja, por que motivo se determinou que uma mulher terá direitos assegurados em detrimento da outra? Ao meu sentir, tal entendimento parece muito dizer respeito à ancestralidade da relação, ou seja, aquela estabelecida primeiro, seja por ocasião de escritura pública de união estável, seja por ter buscado o judiciário primeiro ou, simplesmente, por ser aquela com quem o homem coabita, lembrando que a coabitação não é requisito para a configuração da conjugalidade. Com isso, revela-se presente, a permissividade concedida ao homem pela Sociedade e reafirmada pelo Estado.

Há também outra diferenciação que se verifica entre as mulheres, determinando-se quem é a oficial, e quem são as não oficiais, no que se refere à sexualidade. As oficiais possivelmente são valorizadas por conta de serem consideradas "moças de família" ao contrário das não oficiais que ganham o estereótipo de "mulheres fáceis". O concubinato, como assegurou Silva (2013, p.100), desde o tempo da colonização até em diferente escala o que confirmo ainda hoje, "não é um arranjo familiar para *moça de família*, mas, sim, para negras, índias e brancas pobres.

Importante dizer que, embora as expressas proibições de reconhecimento de uniões não-monogâmicas, por vezes, houve a tentativa de relativização do ordenamento por parte de dois dos julgadores com decisões analisadas. Assim é parte do voto proferido pelo Des. Rui, que expressa a tentativa de abertura do sistema:

No caso de união dúplice temos duas uniões: uma tão efetiva, afetiva, concreta e constante como a outra. Não é uma união eventual. Não é uma relação frívola, irresponsável e sem compromissos. É uma relação não eventual entre duas pessoas que se amam e que vivem numa entidade familiar contínua e duradoura (RIO GRANDE DO SUL, 2014e, p.20-21)

E, continua, ainda na mesma fundamentação: "naquela união estável concomitante ao casamento, vemos uma relação de afeto que, se não existisse o casamento, não teríamos dúvida em reconhecer uma autêntica união estável, exatamente como prevê a lei" (RIO GRANDE DO SUL, 2014e, p.24).

As manifestações que apareceram na análise de decisões priorizam a monogamia sobre outros aspectos configuradores de família. Ou seja, embora existentes os demais elementos caracterizadores de núcleo familiar, tais uniões, por não adotarem o mesmo padrão monogâmico esperado, são marginalizadas pelo Direito.

Os estereótipos de gênero que encontrei sendo reforçados nas decisões, não possuem nada de natural. Pelo contrário, são reflexos da nossa Sociedade, reflexo da maneira representada pelo suposto consenso do que é ser família, com que a maioria exerce e procura construir suas individualidades, a partir de normas determinadas, que resultam de sucessivas repetições reguladas e balizadas e, como verificado, se desviantes, de alguma forma punidas.

4 Considerações finais

Afinal de contas, como lidam os desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no que diz respeito às relações não monogâmicas? A considerar as decisões analisadas que são dos anos de 2014 e 2015, eles lidam da forma como desejam lidar aqueles que não desejam reconhecer, não reconhecem; os que desejam não reconhecer; assim o fazem. Lidam com a naturalização de padrões de gênero determinados para mulheres e homens. Lidam com a relativização da monogamia, como disse Warat (1995, p.120) interpretando a lei como quer a realidade imaginária que criam a partir de suas subjetividades.

Referências

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*: fatos e mitos. tradução: Sérgio Milliet. v.1. 2.ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução: Maria Helena Kühner. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. *Deshacer el género*. Tradução: Patrícia Soley-Beltran. Barcelona: Paidós, 2006.

FOUCAULT, Michel. *A microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

GOLDENBERG, Mirian. Sobre a invenção do casal. *Estudos e pesquisas em psicologia*. v.1. n.1. Rio de Janeiro: 2003, p.89-104. Disponível em: http://miriangoldenberg.com.br/images/stories/pdf/casal.pdf. Acesso em: 25 nov. 2016.

GROSSI, Miriam Pilar. Na busca do "outro", encontra-se a "si mesmo". *in*: Grossi, Miriam Pilar (org.). *trabalho de campo & subjetividade*. Florianópolis: UFSC, 1992, p.7-18.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação*: uma perspectiva pós-estruturalista. 6.ed. Petrópolois: Vozes, 1997.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. *Para uma crítica da razão andocêntrica*: gênero, homoerotismo e exclusão das ciências jurídicas. 2002. 196 f. Dissertação (mestrado em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2002. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream /handle/123456789/83732/188332.pdf?sequence=1. Acesso em: 22 nov. 2016.

PRECIADO, Beatriz. *Manifesto contrassexual*: práticas subversivas de identidade sexual. Tradução: Maria Paula Gurgel Ribeiro. São Paulo: n-1 edições, 2014.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70056010127. Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 16 de abril de 2014a.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70057034910. Oitava Câmara Cível. Relator: Alzir Felippe Schimitz. Porto Alegre, 30 de janeiro de 2014b.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70057311425. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2014c.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70058287004. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 26 de março de 2014d.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70058334079. Oitava Câmara Cível. Relatora: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 24 de abril de 2014e.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70059137018. Sétima Câmara Cível. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 07 de maio de 2014f.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70061053872. Sétima Câmara Cível. Relatora: Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 24 de setembro de 2014g.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70061166815. Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 25 de março de 2015a.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70061205886. Sétima Câmara Cível. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 24 de setembro de 2014h.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70061780565. Sétima Câmara Cível. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Porto Alegre, 29 de outubro de 2014i.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70061830386. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 29 de outubro de 2014j.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70061922175. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 29 de outubro de 2014k.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70064986144. Sétima Câmara Cível. Relator: Sandra Brisolara Medeiros. Porto Alegre, 04 de novembro de 2015b.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70065679557. Oitava Câmara Cível. Relatora: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, 03 de setembro de 2015c.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70065913204. Sétima Câmara Cível. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Porto Alegre, 02 de dezembro de 2015d.

RIO GRANDE DE SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70066681149. Oitava Câmara Cível. Relatora: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 26 de novembro de 2015e.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70062660618. Oitava Câmara Cível. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. Porto Alegre, 18 de dezembro de 2014l.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70062818794. Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Porto Alegre, 19 de março de 2015f.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70064783335. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 06 de agosto de 2015g.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação cível nº 70066331745. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 17 de dezembro de 2015h.
SCOTT, Joan Wallach. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & realidade*. Porto Alegre, v.20, n.2, p.71-99, jul./dez. 1995.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013.

VARELA, Nuria. *Feminismo para principiantes*. Barcelona: B, S. A., 2008. ISBN digital: 978-84-9019-565-9. Disponível em: http://mujerfariana.org/images/pdf/Varela-Nuria---Feminismo-Para-Principiantes.pdf. Acesso em: 23 jul. 2016.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Frabis Editor, 1995.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Revista Estudos feministas*. Tradução: Miriam Pillar Grossi. Revisão: Helena Heloísa Fava Tornquist. v.9. n.2. 2001. p.460-482. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ref/v9n2/8635.pdf. Acesso em: 25 nov. 2016.

"JÉSSICA JONES" E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA À LUZ DA DOMINAÇÃO MASCULINA

Isadora Costi Fadanelli
Diane Do Nascimento Castedo

Resumo:

O presente artigo aborda a temática das relações de gênero, com enfoque principal na questão da violência doméstica, prática recorrente no contexto atual, mesmo em uma era de busca pela igualdade (formal) entre homens e mulheres. O objetivo deste trabalho é analisar a série "Jessica Jones", exibida pela Netflix, à luz da dominação masculina em relação à violência doméstica. Para isso, o artigo será desenvolvido em três capítulos, utilizando-se como metodologia a análise fílmica combinada com técnica de pesquisa bibliográfica exploratória. Por fim, concluiu-se que a série desenvolvida por Melissa Rosenberg pode servir de alusão ao ciclo da violência doméstica, além de transmitir a importante mensagem de que o empoderamento feminino é um valioso instrumento como possibilidade de rompimento deste ciclo.

Palavras-Chave: Feminismo. Gênero. Violência doméstica. Dominação masculina.

1 Introução

A violência doméstica é um fenômeno que se faz bastante presente no cenário atual brasileiro – não obstante a organização de numerosos movimentos que buscam efetivar a igualdade de gênero. Em que pese a Lei Maria da Penha possa ser considerada uma importante ferramenta no combate a este tipo de violência, a cada 100 mil mulheres, 4,8 mil são assassinadas no Brasil. De acordo com o Mapa da Violência 2015, dos 4.762 assassinatos de mulheres registrados em 2013 no país, 50,3% foram perpetrados por familiares, sendo que, em 33,2% dos casos, o crime foi praticado pelo companheiro ou pelo ex.

O objetivo deste trabalho é analisar a série "Jessica Jones", exibida pela Netflix, sob a perspectiva da dominação masculina em relação à violência doméstica. Para isso, foram traçados três objetivos principais: realizar uma análise fílmica da série, através da óptica de autores que abordam a temática do presente artigo; discorrer sobre a construção do gênero com o desempenho de papéis a eles destinados; e analisar a correlação entre a ocorrência do fenômeno da violência doméstica e o processo de empoderamento feminino.

A justificativa de desenvolvimento do presente artigo deu-se em função da necessidade acadêmica de evidenciar a problemática em torno da violência doméstica no Brasil, e sua relação com as estruturas determinantes da sociedade atual – fundada em uma lógica machista e patriarcal - imprescindível para o entendimento e a erradicação desta forma de violência.

2 Análise Fílmica da Série "Jessica Jones"

Na série "Jessica Jones", exibida pela Netflix, a trama principal explora, através de seu enredo, bem assim com da construção dos personagens, a situação de violência a que estão submetidas muitas mulheres em um relacionamento abusivo – perspectiva que pode ser percebida pelos olhares mais atentos. A protagonista, Jessica Jones, apesar de dotada com o superpoder da força, é considerada uma anti-heroína: recusa-se a exercer o papel da heroína tradicional, apresentando atitudes e condutas moralmente questionáveis. Ainda, na contramão das histórias de super-heroínas, a personagem de Jessica não apela para sua sensualidade: é uma pessoa comum, usando roupas comuns - tênis e calças jeans - não se enquadrando no estereótipo considerado padrão de elegância das vestes femininas.[45]

Kilgrave, o vilão da série, tem o poder de manipular as ações das pessoas ao seu redor. Está construído o conflito principal: Kilgrave, através de seu poder de manipulação, utiliza-se da força extraordinária de Jessica Jones para atingir seus mais iníquos propósitos, dentre os quais, fazer com que ela, por meio de sua força, mate uma mulher - sentindo-se, ao longo da trama, extremamente culpada pelo que aconteceu.

A manipulação exercida por Kilgrave sobre a personagem de Jessica Jones é uma metáfora da dominação masculina exercida sobre as mulheres[46]: seu personagem é o retrato perfeito do homem abusador e controlador, que pauta seus relacionamentos na submissão e opressão da companheira. É, também, a representação de que até mesmo as mulheres mais empoderadas[47] estão sujeitas a vivenciarem um relacionamento abusivo ao longo de suas vidas. O fato de Jessica não conseguir livrar-se da dominação de Kilgrave, mesmo fugindo para tentar escapar de seu alcance, remete à dificuldade pela qual passam as mulheres quando desejam sair de um relacionamento abusivo.[48]

---

[45]Bordieu menciona que os trajes femininos exercem a função de construir um confinamento simbólico, limitando, de certa forma, os movimentos corporais das mulheres. Como o salto alto e a saia, que impedem a corrida, e a bolsa, que mantém as mãos ocupadas. Jessica Jones, ao usar calça jeans e tênis, possui ampla liberdade de movimentos (até mesmo em virtude de seu superpoder, que é a força): corre, salta, escala e pula obstáculos, entre outras atividades que as roupas limitadores do movimento não permitiriam. (BORDIEU, 2002, p. 19).

[46] De acordo com Bordieu, "Longe de as necessidades da reprodução biológica determinarem a organização simbólica da divisão social do trabalho, e, progressivamente, de toda ordem natural e social, é uma construção arbitrária do biológico, e particularmente do corpo, masculino e feminino, [...], que dá fundamento aparentemente natural à visão androcêntrica [...] da divisão sexual do trabalho, e, a partir daí, de todo o cosmos. A força particular da sociodiceia masculina lhe vem do fato de ela acumular e condensar duas operações: ela legitima uma relação de dominação, inscrevendo-a em uma natureza biológica, que é, por sua vez, ela própria uma construção social naturalizada. (BORDIEU, 2002, p. 16). Para Saffiotti, que utiliza-se do conceito de dominação masculina de Bordieu, "A força da ordem masculina pode ser aferida pelo fato de que ela não precisa de justificação: a visão androcêntrica se impõe como neutra e não tem necessidade de se enunciar, visando sua legitimação. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica, tendendo a ratificar a dominação masculina na qual se funda: é a divisão social do trabalho, distribuição muito restrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu lugar, seu momento, seus instrumentos...". (SAFFIOTI, 2001, p. 116).

[47]Neologismo de autoria de Paulo Freire; embora a palavra já existisse no idioma inglês, o conceito de empoderamento, para Paulo Freire, opera sob uma lógica distinta; para ele, pessoa, grupo, ou instituição empoderada é a que realiza, por si própria, mudanças que levam à evolução e ao fortalecimento. (VALOURA, 2005/2006).

[48] No livro "Violência de gênero: Poder e Impotência", são narradas as histórias de três mulheres que vivenciaram relacionamentos abusivos, tanto física como emocionalmente. Tânia, mesmo podendo ser considerada uma mulher empoderada (o que é verificado mediante algumas de suas falas, assim como por sua trajetória pessoal), tampouco escapou a este tipo de relacionamento, tendo que, assim como a personagem de Jessica Jones, fugir para escapar da violência contra ela perpetrada por seu ex-companheiro. (SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995. p.124-142). Tal situação também é vista com certa regularidade no panorama atual: para além daquelas noticiadas pela mídia, sabe-se que há muitas mulheres que, após decidirem separarem-se de seus companheiros, são por eles perseguidas incansavelmente.

Kilgrave ama Jessica Jones, e justifica a dominação exercida sobre ela pelo fato de amá-la e querê-la junto a ele. É o que acontece em relacionamentos marcados pela abusividade: quando a mulher separa-se do companheiro, ele, ao não aceitar o término, busca meios para manipulá-la e forçar uma possível continuidade da relação. Ao exercer a dominação em Hope, outra vítima do vilão, Kilgrave mostra que homens abusivos tendem a repetir este padrão de comportamento com outras parceiras.

Quando Hope e Jessica tentam convencer as autoridades de que Kilgrave pode controlar a mente das pessoas e são desacreditadas, a mensagem posta é de que as vítimas de abuso nem sempre possuem credibilidade para que a denúncia contra o agressor seja exitosa, ou mesmo que seus familiares acreditem nelas. Kilgrave é o estereótipo do indivíduo que as pessoas têm resistência aceitar que são perpetradores de abusos: é charmoso, bonito, bem-sucedido e "trata bem" suas vítimas, levando-as a jantar em restaurantes caros e comprando-lhes presentes.

Acredita que, por adotar tal postura, está legitimado a exercer uma série de abusos e violências contra as mulheres, dentre as quais inclui-se o estupro. Quando Jessica afirma que Kilgrave a estuprou, ele zomba de sua fala, ridicularizando-a, visto que havia lhe dado "tudo de melhor". Como a protagonista não podia consentir a relação sexual, pois estava sob sua dominação - ainda que esta não seja física e sim psicológica - resta caracterizado o estupro. Assim como ocorre em diversas situações reais: o marido ou namorado que força a parceira a manter relações sexuais – através da coação psicológica.

Kilgrave conta sua infância à Jessica, quando sofreu graves violações por parte de seus pais, e ela pensa, por um breve momento, que pode ajudá-lo a mudar seu comportamento. Muitas mulheres também pensam que, se suportarem por algum tempo as agressões de seus parceiros, poderão fazê-los mudar - o que constitui triste ilusão e grande fardo a ser carregado pelas mulheres que acreditam nisto. Homens que repetem padrões de comportamentos violentos e abusadores necessitam de acompanhamento médico especializado, e não do sacrifício de suas companheiras, que insistem que podem mudá-los[49]. Por maior que seja o trauma vivido passado, nada justifica a reprodução de qualquer tipo de violência contra a parceira, que, tampouco - como é, frequentemente, ensinada - deve compreender e aceitar a violência perpetrada contra ela.[50]

Talvez um dos pontos mais interessantes para análise dessa série é que Kilgrave não usa da força física para coagir suas vítimas. A dominação por ele exercida é através do controle da mente, ação que pode ser comparada ao controle psicológico, exercida magistralmente por abusadores emocionais.[51] A construção de um vilão encantador na série sugere uma verdade bastante perturbadora: abusadores não são somente aqueles que ameaçam fisicamente; eles mantêm um

[49] É aparentemente comum o fato de que as mulheres, em geral, por terem sido encarregadas da tarefa de educar os filhos, julgarem-se capazes de mudar seu companheiro; não obstante, dificilmente alguém muda outrem, sem o auxílio dos profissionais das áreas *psi*, e, principalmente, sem estar disposto para tal. (SAFFIOTI, 2015. p. 69-79).

[50] Em nome da defesa da instituição familiar, frequentemente as mulheres deixam de denunciar seus agressores, mesmo quando a violência é perpetrada contra seus próprios filhos; não é incomum que suportem, por anos, violências físicas e sexuais contra si próprias. (SAFFIOTI, 2015, p. 78).

[51] Tão ou mais grave quanto o abuso físico perpetrado contra as mulheres, são os abusos emocionais e psicológicos. Muitas mulheres, inclusive, referem ser estes os piores. (GIFFIN, 1994, p. 147).

sentimento de confiança e intimidade[52] com suas vítimas, motivo pelo qual torna-se difícil romper com o ciclo de violência.[53]

Os abusos sofridos pela protagonista deixaram traumas: culpa, ansiedade, ataques de pânico e paranoias - sentimentos constantes na vida de Jessica -, consequências reais para quem já manteve relacionamentos abusivos.[54]As diversas formas de violência não ocorrem de maneira isolada: a violência emocional sempre está presente quando da ocorrência de outros tipos de agressão (SAFFIOTI, 2015, p. 79). Tais situações encontram pouca representatividade na ficção, já que, tradicionalmente, as histórias de super-heróis são protagonizadas por homens, cujo principal atributo é a força.

Kilgrave gosta de fazer suas vítimas sorrirem, obrigando-as a tal. Aqui, a correlação com a dominação das mulheres dá-se com o fato de que, desde crianças, elas são moldadas para serem dóceis e sorridentes[55]. "Uma mulher rude é uma mulher solteira", é a frase dita por um transeunte para a protagonista. Ademais, o sorriso, não raro, tem a função de esconder a dor dessas mulheres, vítimas de toda sorte de violências contra elas praticadas.

É por isso que a série retrata, tão bem, a lógica dos relacionamentos abusivos. Os papéis desempenhados pelos personagens traduzem a dominação masculina exercida tanto sobre as mulheres, quanto sobre os homens, travestida em uma história de super-heróis de um HQ da Marvel - o qual deu origem à série -, o qual aborda um tema tão complexo: a violência doméstica. A mensagem que Jessica passa no último episódio da primeira temporada da série: as mulheres podem, sim, romper o ciclo de relacionamentos abusivos e serem protagonistas de suas próprias histórias.

3 Construção do gênero e o desempenho de papéis

Em que pese a existência das bases biológicas que definem o sexo em macho e fêmea, o desempenho de papéis de acordo com o gênero masculino e feminino, segundo alguns teóricos, surge das influências biopsicossociais, por meio da produção e reprodução de uma simbologia. Assim, o gênero se encontra em uma categoria cultural, de produção de modelos de comportamentos e desempenho de papéis por ambos os sexos. Tais modelos impõem de forma ditatorial as funções sociais que são associadas ao sexo. Muito embora antes do século XVIII já

[52] "Embora na socialização feminina estejam sempre presentes a suspeita contra os desconhecidos e a prevenção de uma eventual aproximação com estes elementos, os agressores de mulheres são, geralmente, parentes ou pessoas conhecidas, que se aproveitam da confiança desfrutada junto às suas vítimas." SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995, p 4).

[53] Como a violência doméstica ocorre no âmbito de uma relação afetiva, dificilmente a mulher consegue separar-se de um homem violento sem ajuda externa. Até que tal fato ocorra, a relação oscila, com movimentos de saída e retorno a ela. Configura-se assim o ciclo da violência. (SAFFIOTI, 2015. p.84).

[54] As consequências decorrentes do trauma sofrido pelas mulheres que vivenciaram um relacionamento abusivo com o trauma são agravados pelo fato de que o agressor é íntimo da vítima, intensificando, assim, os mde vulnerabilidade, perda, traição e falta de esperança. (GIFFIN, 1994, p. 148).

[55]"A dominação masculina, que constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser é um ser percebido, tem por efeito colocá-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica: elas existem primeiro pelo, e para, o olhar dos outros, ou seja, enquanto objetos receptivos, atraentes, disponíveis. Delas se espera que sejam "femininas", isto é, sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas ou até mesmo apagadas. E a pretensa "feminilidade" muitas vezes não é mais que uma forma de aquiescência em relação às expectativas masculinas, reais ou supostas, principalmente em termos do engrandecimento do ego." (BORDIEU, 2002. p. 41).

houvesse a diferenciação entre os homens e mulheres, o gênero não tinha uma conceituação relevante, não interagindo com a questão biológica a qual era tida como um simples fenômeno. (SILVA, 2000, p. 10).

Foi a partir do século XVIII que o que hoje conhecemos como gênero passou a predominar na literatura, com o avanço da ciência e suas novas descobertas na área médica, pode-se melhor estudar a anatomia humana de modo que passou-se a identificar as diferenças biológicas nos corpos, fazendo com que muitos cientistas defendessem a separação de ambos os sexos de forma bastante radical, e estendendo essa diferenciação para outros âmbitos que não os meramente biológicos, tais como a moral e o desempenho de papéis sociais. (STELLMAN, 2007, p. 19).

Os estudos dentro das ciências naturais avançavam cada vez mais, exaltando as diferenças entre os sexos, não somente anatômicas, mas também sociais, possibilitando a abertura para o crescimento das desigualdades no tratamento dado às mulheres. Essa diferenciação oriunda da biologia teria sido usada para explicar o contexto histórico e político do qual as mulheres estavam sendo excluídas – as quais, assim como os negros e outras minorias, não eram admitidas pelos homens das classes dominantes – usando-se como pretexto, sua inaptidão para atividades que exigiam a predominância da racionalidade. (STELLMAN, 2007, p. 19).

O entendimento da existência binária dos sexos já estava consolidado entre o final do século XIX e início de do século XX, possibilitando que homens e mulheres fossem não só classificados por diferenças biológicas, mas também categorizados em formas diametralmente opostas no desempenho de papéis sociais. Assim, enquanto o homem era designado aos trabalhos de força e racionalidade, a mulher ficou reduzida à posição de gestora do lar e da educação dos filhos, pois considerada como oposto do homem, a mulher, frágil e emocional, encontrava-se em posição de inferioridade. (STELLMAN, 2007, p. 19).

Embora a ideia do gênero exclusivamente biológico se mantenha indiscutida até meados da década de 1970, as ciências sociais passaram a estudar o desempenho de papéis dentro da sociedade já na década de 30, sendo esse estudo de grande valor para o que viriam a se tornar as teorias de gênero. A principal ideia da teoria do desempenho de papéis sociais é a definição da estrutura social por meio do condicionamento de comportamentos individuais de acordo com direitos, deveres e expectativas dentro da organização, do qual é o seu produto o processo de socialização. (MARTINS, 2010, p. 43-44).

Esses papéis são designados a cada indivíduo que os internaliza e desenvolve desde o nascimento, não sendo, portanto, problematizados. Tais papéis serão desempenhados durante toda a vida e variam a depender do contexto em que a pessoa se encontra, se dentro do núcleo familiar, social ou profissional. Decorrem disso, as expectativas que nascem de acordo com o papel que cada indivíduo executa em um roteiro já pré-determinado como se atuasse em um teatro. (MARTINS, 2010, p. 43-44).

É dentro desse contexto que a mulher passa a assimilar, desde o nascimento, o papel sexual que lhe cabe como responsável pelo lar e pela prole, bem como das relações familiares; em contrapartida ao do homem, que é designado para funções externas, como prover o sustento e lidar com atividades políticas e econômicas. A despeito das diferenças dispostas para os sexos, o modelo de distinção de papéis sexuais era legitimado pela sociedade que o entendia como harmonioso, posto que intrínseco à natureza do indivíduo. Qualquer comportamento destoante do sexo biológico era tratado como distúrbio mental. (STELLMAN, 2007, p. 21).

Ainda na década de 1940, a filósofa Simone de Beauvoir foi uma das primeiras autoras a falar da diferenciação no tratamento dado às mulheres como uma construção social. Em seu livro intitulado o Segundo Sexo, Beauvoir diz que: “não se nasce mulher, torna-se”, referindo-se

construção social que ocorre devido ao desempenho sexual de papéis. Acreditava que era a sociedade que impunha a fêmea o seu papel de mulher e não um destino biológico. As mulheres eram, portanto, levadas a crerem que, como seres dóceis, possuíam uma vocação natural como mãe, provedora do lar e responsável pelo bem-estar da família, não cabendo-lhes outros papéis que não estes. (BEAUVOIR, 1967, p. 09).

Embora as mulheres tenham conquistado alguns direitos entre o final do século XIX e início do século XX, promovendo algumas mudanças na ocupação de espaços públicos destinados aos homens, a hegemonia masculina ainda perdurava. Simone de Beauvoir tentou desconstruir a ideia de que o gênero definiria o destino e a forma como as mulheres e homens deveriam desempenhar seus papéis na sociedade, defendia a igualdade entre os sexos, tornando-se uma das precursoras do movimento feminista de segunda onda (SANTOS, 2010, p. 8-9).

A partir da década de 1960, os movimentos feministas passaram a discutir as questões de gênero, tornando a natureza da mulher e do homem e seu papel social, bem como sua interação, objetos de estudo de cientistas sociais e comportamentais. Surgiram diversas pesquisas que problematizavam a condição de subordinação imposta pela sociedade às mulheres. O movimento feminista, bem como os estudiosos de gênero, buscavam desnaturalizar a posição da mulher como ser inferior ao homem, buscando na história a origem da opressão da mulher. (STELLMAN, 2007, p. 23).

Até meados da década de 70, o determinismo biológico ainda era usado para explicar os conceitos de feminino e masculino. No entanto, com o crescimento do movimento feminista e o aumento significativo de estudos sobre a importância das interações sociais no papel desempenhado por cada indivíduo, passou-se a entender o determinismo biológico como forma de perpetuar o machismo e manter a dominação masculina sobre a mulher. (STELMANN, 2007, p. 23).

Muitos autores colocaram o conceito de gênero como centro da discussão do papel da mulher em sociedade. Para Joan Scott, o gênero é o elemento que dá significação às relações de poder na medida em que representa a percepção das diferentes representações sexuais do masculino e feminino. Dessa forma, a historiadora não nega a existência de diferenças sexuais entre os corpos, no entanto, seu objeto de estudo se volta para os significados culturais que são construídos em cima dessas diferenças biológicas, posicionando os indivíduos de forma hierárquica nas relações sociais. (SCOTT, 1989, p. 21).

De forma semelhante, Gayle Rubin voltou seu estudo não exatamente para o sexo e sim para o gênero, de modo que no seu entendimento o sistema sexo/gênero transformava o sexo (fêmea) no gênero (mulher domesticada). Partindo dessa premissa, Rubin busca explicar essa relação entre o sexo biológico visto como matéria-prima que o sistema transforma em produto da atividade humana. (RUBIN, 1993, p. 11).

Heleieth Saffioti, embora também considere a necessidade do estudo de gênero, faz críticas às autoras anteriormente citadas porque afastam o conceito de patriarcado. Entende que a histórica subordinação da mulher ao homem não pode ser vista de forma dissociada do patriarcado, pois intimamente ligada às questões de gênero o qual não se trata de um conceito neutro mas sim imbuído da ideologia patriarcal que usa o binário feminino/masculino para manutenção de seu *status quo*. (SAFFIOTI, 1995, p. 31).

Portanto, não seria o gênero o objeto central dos estudos, e sim o patriarcado como estrutura social. Segundo Saffioti, o patriarcado tem por base a ideologia e a violência perpassando a sociedade e o Estado. Sua estrutura foi absorvida pela religião e cultura, e, também, pelo capitalismo e o racismo, de modo que as relações passam a ser construídas dentro dessas estruturas, estando a mulher na condição de subordinada. (SAFFIOTI, 2015, p. 136).

A mulher, portanto, sofre discriminação, em primeiro plano por ser mulher e carregar o estigma biológico, e posteriormente, se negra e/ou pertencente às classes baixas, aumentando o grau de discriminação. Embora as mulheres tenham avançado nas conquistas de seus direitos, a ideologia patriarcal ainda permeia a sociedade, de modo que a mulher continua sendo a principal responsável pelos filhos e pelos cuidados domésticos e enfrentam dificuldade de penetrar nos ambientes dominados pelos homens, pois que estes ainda não assimilam a inversão de papéis culturalmente destinadas a cada sexo. (SAFFIOTI, 2015, p. 136).

Noutro giro, Pierre Bourdieu analisa o gênero sob o manto da dominação masculina. Entende que a força da ordem masculina não requer justificativa ou discursos que a legitimem pois auto evidente. Entende que a sociedade funciona como uma máquina de produção simbólica que separa dualmente o homem e a mulher, não somente definindo o espaço de trabalho de cada um, ou os papéis desempenhados, mas também uma forma de pensar dicotômica, onde características são ligadas de formas opostas e complementares entre ambos, como: forte/fraco, dia/noite, quente/frio, racional/emocional, alto/baixo, no entanto, sempre associando o feminino ao baixo, fraco e ruim. (BOURDIEU, 2002, p. 06).

Bourdieu ressalta ainda, a utilização de esquemas de "pensamentos impensados", os quais parecem ocorrer de forma livre; no entanto, estão marcados por preconceitos. Diz que a relação de dominação masculina comporta a aceitação de grupos dominados, não sendo necessariamente de forma consciente e deliberada, mas sim, submissa e não reflexiva. Dessa forma, o corpo socializado acaba sendo percebido como carregado de expressões naturais e não simbolismos produzidos pela dominação masculina de forma rotineira e violenta. (BOURDIEU, 2002, p. 05).

A violência simbólica,[56] tratada por Bourdieu, não tenta minimizar a violência física, nem tampouco pode ser caracterizada de forma simplista, já que sua produção pode também resultar na reprodução da violência física. Nesse sentido, a violência simbólica surge por meio de uma aceitação por parte do dominado, que não possui outra opção que não aceitá-la, e mediante a não reflexão, torna-a naturalizada e, portanto, passa a ser cotidianamente incorporada nas relações de dominação da qual o corpo socializado é o produto. (BOURDIEU, 2002, p. 22).

Muito embora, os homens atualmente, assumam também papéis normalmente das mulheres (cuidar da casa, educar os filhos), são vistos como especiais ou diferenciados porque agindo fora de das expectativas do seu destino social, diferentemente da mulher que quando consegue alcançar os espaços destinados aos homens ou executar tarefas vistas como masculinas, são hostilizadas pelo meio social (BOURDIEU, 2002, p. 05).

Importante ressaltar, que da mesma forma em que a divisão de papéis entre masculino e feminino surge a partir das relações sociais, a violência nasce com a ordem falocrática[57]. Portanto, o gênero que se expressa na hierarquização, traz consigo a violência oriunda dessas instituições repressivas. A violência passa a ser vista como condição para manutenção da hegemonia do

[56]Violência simbólica é o termo cunhado por Pierre Bourdieu, segundo o qual é a violência exercida sem coação física, mas sim, moral e psicológica. Se perpetua através da aceitação e reprodução pelo dominado das imposições do dominante, legitimando sua existência. (VASCONCELOS, 2002, p. 77).

[57]Segundo Chauí: "A partir da psicanálise sobretudo (mas não somente a partir dela), considera-se a sociedade ocidental, de origem judaico-cristã, como uma sociedade falocrata phalo = pênis; krathós = poder) e patriarcal (sob o poder do Pai). O falo (isto é, o pênis como objeto simbólico), representado consciente e inconscientemente como origem de todas as coisas (poder criador), como autoridade (a Lei como lei do Pai) e sabedoria, é aquilo que a mulher não possui e deseja. Marcada por uma falta ou carência originária, por uma lacuna, a mulher seria um ser que sexualmente se caracterizaria pela inveja do pênis, enquanto o homem, rival do Pai, seria sexualmente marcado pelo medo da perda do pênis, isto é, pelo medo da castração. Em nossa sociedade, portanto, a repressão sexual operaria a partir daquela inveja e daquele medo. Pouco a pouco, os estudiosos acabaram generalizando essa idéia para todas as sociedades patriarcais." (CHAUÍ, 1984. p. 26).

patriarcado. A simples obediência às regras impostas pela sociedade levam à violência de gênero. O casamento se torna exemplo disso: um contrato matrimonial, onde o homem obtém o controle da sexualidade da mulher, transpostas em "obrigações matrimoniais", como os deveres com a casa, os filhos e a sociedade, a mulher-objeto, propriedade do marido, deve ser preservada e servir aos seus fins ainda que pelo uso da força. (SAFFIOTI, 1995, p. 31).

O gênero se serve à normatização das condutas tanto masculinas quanto femininas. Quem determina quais regras as mulheres devem seguir, são os homens, e a violência é parte integrante da sociedade androcêntrica, constituindo importante instrumento de controle da supremacia masculina. Assim, a violência de gênero ganha contornos de naturalidade, mantém sob controle a mulher e legitima-se socialmente. Apesar de os excessos serem vistos de forma negativa pela sociedade, a impunidade dos homens persiste, passa despercebida pelo imaginário coletivo dado a "natureza visceral da dominação", desde abusos sexuais até torturas psicológicas. (SAFFIOTI, 1995, p. 32).

4 A violência doméstica e o empoderamento feminino

A violência contra a mulher manifesta-se de diversas formas e está presente em todas as camadas sociais. O Brasil ocupa, atualmente, a 5ª posição no ranking mundial de países com maiores taxas de violência contra a mulher. No ano 2013, foram mais de 4,7 mil mortes. (ONU, 2015). Conforme dados do Mapa da violência divulgado no ano de 2015, 33% dos homicídios de mulheres foram cometidos por companheiros ou ex-companheiros da vítima. Embora a Lei Maria da Penha tenha sido um grande avanço no combate à violência doméstica, o número de crimes de violência de gênero continua alto no Brasil. (WAISELFISZ, 2015).

Segundo os dados da pesquisa feita pelo Instituto Datafolha para o Fórum Brasileiro de Segurança Pública[58], cerca de 503 mulheres foram vítimas de agressões físicas a cada hora, no ano de 2016. Dentro desse espectro, 22% das mulheres sofreram algum tipo de ofensa verbal, 10% sofreram ameaças de violência física, 4% foram ameaçadas com facas ou armas de fogo, 3% foram agredidas fisicamente ou foram vítimas de tentativa de estrangulamento, 8% foram vítimas de ofensas sexuais e pelo menos 1% das mulheres foram vítimas de disparo de arma de fogo. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

Os dados da pesquisa ainda indicam que 61% dos agressores eram conhecidos das vítimas; dentre eles, em 19% dos casos a violência foi cometida por companheiros e 16%, por ex-companheiros, sendo que 43% das agressões ocorreram no interior do lar. Ainda, dentre as mulheres que sofreram algum tipo de violência, somente 11% procuraram uma delegacia de atendimento à mulher, enquanto 52% delas optaram por silenciar a agressão sofrida. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017).

A violência contra a mulher permeia a sociedade brasileira, e, conforme apontam os dados apresentados, ainda que tenham sido criados mecanismos para combatê-la, como a Lei Maria

[58]Fonte: Datafolha/ FBSP. Metodologia: pesquisa quantitativa com abordagem pessoal em ponto de fluxo. Abrangência nacional (2.073 entrevistas) para o universo de população adulta brasileira com 16 anos ou mais. Módulo de autopreenchimento com questões aplicadas somente às mulheres (833 respondentes). Margem de erro de 2,0 pontos para mais ou para menos na amostra nacional e de 3,0 pontos para mais ou para menos ma amostra do módulo de autopreenchimento. As projeções populacionais consideram os valores mínimos previstos a partir da margem de erro. (DATAFOLHA, 2017).

da Penha, a implementação de delegacias de atendimento à mulher e, mais recentemente, a tipificação do feminicídio, não houve uma queda significativa dos casos de violência doméstica.

Dessa forma, a mulher passa a ser uma peça no sistema de reprodução da violência simbólica, de modo que o sentir-se culpada, pode tanto a manter na posição de subordinada, permitindo que novas e constantes violações lhe ocorram (pois qualquer oscilação no humor do homem, até mesmo as mais graves, é vista como consequência do descuido da mulher) ou resolvendo transgredir – separar-se, confrontar ou denunciar abusos, saindo da posição inferior – recebe uma identidade negativa – egoísta, fraca, não pensou no bem-estar dos filhos entre outros títulos – da qual requer grande esforço de superação. Assim, como num ciclo vicioso e sem escapes, a dominação masculina perpetua-se por meio das diversas formas de violência. (BOURDIEU, 2002, p. 21).

A violência não transfigura-se somente nos abusos psicológicos, físicos ou morais, mas também em qualquer outra forma de atingir a vítima, como a destruição de seus objetos - simbolizando também a morte. A morte dos objetos pessoais aparece simbolicamente como oposição à vida; constitui, portanto, instrumento da violência, depois da qual nada mais se resta a fazer senão lamentar. Toda essa violência simbólica reforça o estigma da mulher, que já não consegue afirmar-se subjetivamente como sujeito em igualdade como o homem, pois subordinada aos seus caprichos, resigna-se impotente ao ambiente familiar sem vida. (SAFFIOTI, 1995, p. 43).

Em relação ao gênero, o homem possui diversos privilégios frente à mulher. No entanto, dentro da representação social de conquista de poder, classe social e raça/etnia, o homem muitas vezes se torna impotente. A mulher é treinada para conviver com a impotência, já o homem é treinado para exercer o poder. Portanto, convive mal com a impotência; sente necessidade de autoafirmar-se para compensar o achatamento que sofre nas outras ordens sociais. Para isso, usa o pequeno poder que a falocracia lhe concede, a fim de ocultar sua fraqueza, a violência torna-se para ele, expressão de poder. (SAFFIOTI, 1995, p. 43).

Por outro lado, a compreensão da violência doméstica, em um contexto de normalidade social, muitas vezes, torna-se difícil, devido à tendência em patologizar o agressor, ignorando hierarquias e contradições sociais. Segundo Saffioti, apenas 4% dos agressores são doentes mentais, um valor muito pequeno se comparado ao número de casos de violência. Dessa forma, há que se pensar na violência de gênero sob outros aspectos, de modo que esse fenômeno ainda ultrapassa as fronteiras de classe social e cultura. (SAFFIOTI, 2015, p. 86).

Outrossim, denota-se a existência de codependência entre a vítima e o abusador, entre ambos há uma ligação psicológica que visa manter a sensação de segurança, como meio de suprir as suas carências de forma compulsiva, o próprio relacionamento se torna objeto do vício. (SAFFIOTI, 2015, p. 88). Assim, a mulher inicialmente culpa-se pela situação em que se encontra, passando, posteriormente, a assimilar o modelo mental do agressor - embora sofra com os abusos perpetrados, se mantém ao lado de seu algoz. Conforme seu isolamento aumenta, sem ter qualquer tipo de ajuda para entender a situação de violência que está vivenciando, ela passa a se adaptar ao agressor, que se torna seu ponto de referência, com quem busca segurança e procura manter um bom relacionamento. (MORAIS; RODRIGUES, 2016, p. 99-103).

A vítima possui uma visão distorcida da situação e não consegue identificar os abusos, vistos como naturais em um relacionamento (ciúmes, superproteção) ou momentâneos, oriundos do estado de espírito do abusador (uso de bebidas alcoólicas, mal humor), aliviando, dessa forma a responsabilidade do agressor por seus atos, e tornando-se cúmplice da violência perpetrada. (MORAIS; RODRIGUES, 2016, p. 99-103).

A violência de gênero não é um fenômeno que ocorre arbitrariamente: é resultado de uma organização social de gênero, que confere supremacia aos homens. (SAFFIOTI, 2015, p. 85). Nas palavras de Saffioti, "A organização social de gênero, baseada na virilidade como força-poder-dominação, permite prever que há um desencontro amoroso marcado entre homens e mulheres." (SAFFIOTI, 2015, p. 85).

A naturalização dos papéis atribuídos ao masculino e ao feminino está estreitamente relacionada às noções habituais de gênero, que, compreendido como uma categoria de análise, onstitui elemento ativo da práxis social, importando na hierarquização entre os sexos. (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 171). De acordo com Marcondes, a violência configura "linguagem possível que subsume das demais manifestações de cada um e as legitima. Ela organiza as relações de poder, de território, de autodefesa, de inclusão e exclusão e institui-se como único paradigma". (MARCONDES, 2001, p. 22).

Para Chauí, a violência contra as mulheres é compreendida como "resultado de uma ideologia de dominação masculina que é produzida e reproduzida tanto por homens como por mulheres." A violência é definida como "uma ação que transforma diferenças em desigualdades hierárquicas com o fim de dominar, explorar e oprimir. A ação violenta trata o ser dominado como "objeto" e não como "sujeito", o qual é silenciado e se torna dependente e passivo." (SANTOS; IZUMINO, 2014, p. 149).

Estudos realizados por Cortez e Souza confirmam este paradigma. As autoras, por meio da pesquisa empírica, chegaram às seguintes conclusões: a) a perpetração de violência contra a mulher, dentro da relação conjugal, se dá como meio de controlá-la; b) são identificados como posicionamentos que procuram "justificar" a violência dentro do relacionamento causas externas – como consumo de álcool ou drogas ilícitas, dificuldades financeiras, e aceitação pela sociedade – e causas internas – como personalidade do agente, sentimento de ciúme, e reprodução de padrões culturalmente estabelecidos. (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 171-172). Os entrevistados no âmbito desta pesquisa demonstraram apresentar uma percepção patriarcal do ser masculino, avaliando que os homens devem comandar seus relacionamentos, e utilizarem, caso necessário, da violência como forma de controle das condutas de suas companheiras, ressaltando a "posição de cada um no relacionamento." (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 173).

A expectativa em relação à manutenção dos papéis (socialmente construídos) de gênero possui forte relação com a situação de casais que vivenciam relacionamentos violentos, posto que compreendem que à mulher é relegada a função de mãe e esposa e ao homem a função de pai e marido. (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 173). De acordo com Chauí, as diferenças entre homens e mulheres são convertidas em desigualdades hierárquicas por meio de discursos masculinos sobre a mulher, que refletem-se, principalmente, sobre seu corpo. É um discurso que fala de fora sobre as mulheres, e cuja condição de possibilidade é o silêncio delas. Tais discursos são reproduzidos tanto por homens quanto por mulheres, de modo que, delineando a feminilidade com base na capacidade da mulher de reproduzir, naturaliza a condição "feminina", expressada na maternidade, ponto de partida para a diferenciação social entre os papéis femininos e masculinos. Como "as mulheres são definidas como seres para os outros e não como seres com os outros", o sujeito feminino é tido como um ser dependente.(SANTOS; IZUMINO, 2014, p. 149).

Desta feita, nota-se a hegemonia dos valores tradicionais intimamente ligados aos papéis domésticos do homem e da mulher – aquele, "provedor e protetor da família, e responsável principal pelo trabalho no espaço público", enquanto esta "tem seu trabalho mais valorizado quando exercido no espaço privado". (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 178). Dados obtidos pela pesquisa realizada por Cortez e Souza indicam que um dos grandes motivos para a ocorrência de conflitos

conjugais reside no fato de as mulheres não atenderem às exigências de seus companheiros, "tanto relacionadas a "falhas" no seu desempenho como mulheres quanto como donas de casa, esposas ou mães." (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 177). Assim, a potencialização de conflitos nas relações de gênero está relacionado "à busca de mudança pelas mulheres em situação de reconhecida subordinação, enquanto os homens tentam mantê-la". (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 177).

Dantas-Berger e Giffi buscaram entender a influência dos estereótipos de gênero na banalização ou impedimento de uma maior visibilidade da ocorrência da violência conjugal. A transformação da representação ideológica do papel feminino, a partir da perspectiva da independência da mulher, que pode trabalhar fora, controlar sua fecundidade e sua atividade sexual, revela que se está diante de uma "transição de gênero". (DANTAS-BERGER; GIFFIN, 2005, p. 428).

Cortez e Souza acreditam que o empoderamento feminino – entendido como o processo por meio do qual confere-se a liberdade de escolha para aqueles que não possuíam tal possibilidade - está associado à esta transição de gênero. (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 178). O empoderamento representa uma afronta à relações de poder existentes; para as mulheres, empoderar-se significa desafiar a ideologia patriarcal, visando a romper com as estruturas que reproduzem a discriminação de gênero e a desigualdade social. Por isso, o empoderamento pode ser entendido como um meio de suplantar a desigualdade de gênero. (LEON, 2001, p. 104). Contudo, para os homens, o processo de empoderamento feminino constitui uma espécie de desempoderamento masculino, com a consequente perda da condição privilegiada conferida e legitimada pelo patriarcado. (LEON, 2001, p. 104-105). Posto isso, importante se faz a existência de um espaço de discussão – ofertado aos homens e às mulheres - acerca das concepções de gênero, a fim de fortalecer os movimentos feministas. (CORTEZ; SOUZA, 2008, p. 178).

Para Léon, o empoderamento feminino deve ser compreendido através de duas dimensões: o empoderamento individual – que confere um sentido de domínio próprios aos sujeitos independentes e autônomos, não levando em conta as relações entre as estruturas de poder presentes na sociedade (LEON, 2001, p. 96) - e o coletivo. Segundo o autor, o processo de empoderamento precisa estar articulado com o contexto de um processo político, sob pena de não passar de mero devaneio. Não é possível reduzir o empoderamento de modo a ignorar todo um contexto histórico e político. Assim, o empoderamento implica tanto a transformação individual como a coletiva – aqui incluída a necessária mudança das estruturas de poder vigentes na sociedade. (LEON, 2001, p. 96).

Assim, verifica-se que o empoderamento feminino é um processo extremamente relevante para que se construa, efetivamente, um ambiente livre da dominação masculina. Mas, diferentemente do que muitas vezes o imaginário comum apregoa, faz-se imprescindível que tal processo seja construído por meio do diálogo entre os gêneros; caso contrário, as mulheres correm o risco de colocarem-se em um contexto totalmente apartado do masculino, dificultando, assim, a comunicação entre os sujeitos e as relações interacionais da vida em sociedade.

5 Considerações finais

A violência doméstica já faz parte do cotidiano da sociedade, não só no Brasil, mas no mundo todo, vitimando milhares de mulheres, independente da classe social, cultura ou etnia. Trata-se, portanto, de um grave problema, não podendo ser ignorado ou naturalizado. Dessa forma, analisando o atual contexto, o presente artigo estabeleceu como objetivo geral de pesquisa:

investigar a relação da dominação masculina nas situações de violência doméstica, usando como ponto de partida a análise fílmica da série da Marvel, Jessica Jones, exibida pela Netflix, bem como da importância do empoderamento feminino na ruptura do ciclo de violência contra a mulher.

Para o estudo da proposta apresentada, foram estabelecidos objetivos específicos, divididos em três capítulos. O primeiro deles referiu-se a análise fílmica da série Jéssica Jones, relacionando os principais aspectos da violência sofrida pela personagem principal na série com o atual contexto de violência contra a mulher. O segundo, abordou as questões doutrinárias sobre o tema, trazendo dados sobre a violência doméstica, bem como os estudos dos principais autores – tais como Bourdieu, Saffioti e Scott – sobre a construção social de gênero e a sua implicação no desempenho de papéis. Por fim, o terceiro capítulo tratou sobre o empoderamento feminino e a sua importância na retomada de identidade da mulher e a sua relação com a violência.

Em relação ao primeiro capítulo, concluiu-se que a série, em que pese esteja envolta no imaginário das histórias de super-heróis, cumpre com seu papel ao demonstrar de forma bastante fiel a violência contra a mulher que se manifesta como um instrumento de perpetuação da dominação masculina. Deixa claro, por fim, que assim como Jessica conseguiu se desvencilhar da dominação de Kilgrave, é possível romper com o ciclo de relacionamentos abusivos por meio do empoderamento feminino.

No tocante ao segundo capítulo, verificou-se que o desempenho de papéis está diretamente ligado, à construção social dos papéis de gênero de gênero e às relações hierarquizadas que permeiam a sociedade, de modo que a mulher é vista como inferior nessa relação. Tal fenômeno, acontece de forma constante através da produção e reprodução da dominação masculina, por meio de símbolos que ditam, desde o nascimento, qual o papel deve ser desempenhado por cada sexo e qual o espaço é destinado a cada um deles. Dessa forma, a perpetuação dessa divisão por sexos se dá, com o aval do dominado que não percebe que está frequentemente contribuindo para que isso ocorra.

No que tange ao terceiro capítulo, observou-se que os índices de violência doméstica não sofreram uma redução significativa apesar dos movimentos feministas e a criação de mecanismos legais para coibir as práticas de violência contra a mulher. O Brasil figura hoje, como o 5º país em que as mulheres mais sofrem violações, são mais de 4 mil mortes por ano, além de diversos outros crimes. Outrossim, importante destacar a existência da violência psicológica e moral que ganha pouca atenção, no entanto, mantém diversas mulheres reféns de relacionamentos abusivos.

Por fim, destaca-se a importância do empoderamento feminino como principal instrumento de auxílio às mulheres que sofrem violência doméstica. Dessa forma, o empoderamento serve como retomada da identidade pessoal da mulher como ser humano dotado de direitos e em igualdade com o homem. Não se pode, todavia, ignorar o contexto histórico e político em que as discriminações de gênero foram criadas, devendo o empoderamento feminino, ser articulado coletivamente. Precisa, portanto, constituir-se em mecanismo que atinja toda a estrutura do patriarcado possibilitando, dessa forma, uma transformação social e não somente individual.

Referências

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo II:* a experiência vivida. São Paulo: Difusora Europeia do Livro, 1967.

BORDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CORTEZ, Mirian Béccheri; SOUZA, Lídio de. Mulheres (in) subordinadas: o empoderamento feminino e suas repercussões nas ocorrências de violência conjugal. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 24, n. 2, p. 171-180, 2008.

DANTAS-BERGER, Sônia Maria; GIFFIN, Karen. A violência nas relações de conjugalidade: invisibilidade e banalização da violência sexual? Violence in conjugal relations: concealing and taking sexual violence for granted. *Cad. Saúde Pública*, v. 21, n. 2, p. 417-425, 2005.

Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Visível e Invisível: a vitimização da mulher no Brasil.* Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/visivel_invisivel_infografico.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2017.

GIFFIN, Karen. Violência de Gênero, Sexualidade e Saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 10, supl. 1, p. 146-155, 1994.

LEÓN, Magdalena. El empoderamiento de las mujeres: encuentro del primer y tercer mundos en los estudios de género. *Revista de estudios de género: La ventana*, v. 2, n. 13, p. 94-106, 2001.

MARCONDES FILHO. Ciro. Violência fundadora e violência reativa na cultura brasileira. São Paulo em Perspectiva, São Paulo , v. 15, n. 2, p. 20-27, abr., 2001.

MARTINS, Eduardo Simões. Os papéis sociais na formação do cenário social e da identidade. *Kínesis*, São Paulo, v. 2, n. 04, p. 43-44, 2015.

MORAIS, M. O.; RODRIGUES, T. F. Empoderamento feminino como rompimento do ciclo de violência doméstica. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 16, n. 1, p. 89-103, jan./jun. 2016.

ONU. *Taxa de feminicídios no Brasil é quinta maior do mundo; diretrizes nacionais buscam solução.* Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-feminicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionais-buscam-solucao/>. Acesso em: 25 mai. 2017.

RUBIN, Gayle. *O tráfico de mulheres: notas sobre a "economia política" do sexo.* Recife: S.O.S Corpo, 1993. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1919>. Acesso em: 25 mai. 2017.

SAFFIOTI, Heleieth IB. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Cadernos pagu*, n. 16, p. 115-136, 2001.

SAFFIOTI; Heleieth Iara; ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de gênero:* Poder e Impotência. Reiventer: Rio de Janeiro, 1995.

SAFFIOTI, H. *Gênero, patriarcado e violência*. 2ª ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SANTOS, Cecília MacDowell; IZUMINO, Wânia Pasinato. Violência contra as Mulheres e Violência de Gênero: Notas sobre Estudos Feministas no Brasil. *Estudios interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, v. 16, n. 1, 2014. p. 147-164.

SANTOS, Magda Guadalupe. SIMONE DE BEAUVOIR."Não se nasce mulher, torna-se mulher". *Sapere Aude*, v. 1, n. 2, p. 108-122, 2011.

SCOTT, Joan. *Gênero:* uma categoria útil para análise histórica. Disponível em:<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1840746/mod_resource/content/0/G%C3%Aanero-Joan%20Scott.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2017.

SILVA, Sergio Gomes da. Masculinidade na história: a construção cultural da diferença entre os sexos. *Psicologia: Ciência e Profissão*, Brasília, v. 20, n. 3, p. 8-15, set., 2000.

STELLMAN, Renata. *A masculinidade na clínica.* 08 de março de 2007. 250f. Dissertação (Mestrado) – Pontíficia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 08 de março de 2017. Disponível em: <http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/biblioteca/php/mostrateses.php?open=1&arqtese=0510402_07_Indice.html>. Acesso em: 25 mai. 2017.

VALOURA, Leila de Castro. *Paulo Freire, o educador brasileiro autor do termo Empoderamento, em seu sentido transformador*. Disponível em http://residenciamultihucff.xpg.uol.com.br/textos/texto3.pdf. Acesso em 27 mai. 2017.

VASCONCELOS, Maria Drosila. Pierre Bourdieu: A herança sociológica. *Educação&Sociedade*, Campinas, v. 23, n. 78, p. 77-87, abr., 2002 .

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015:* Homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: 2015. Disponível em http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 20 mai. 2017.



ANAIS

GT DIREITO FLEXIVEL E NOVAS TECNOLOGIAS.
Coordenadores: Adriano Tacca (FSG); Paulo Junior Trindade dos Santos (Unisinos); Gabriela Moller (UNOESC).

Canoas, 2017

A TEORIA SISTÊMICA COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO NA GESTÃO TRANSDISICPLINAR DOS RISCOS AMBIENTAIS DA NANOTECNOLOGIA[1]

Juliane Altmann Berwig[2]
Wilson Engelmann[3]

Resumo:

A nanotecnologia como importante referência de nova tecnologia, envolve a descoberta de possibilidades, positivas e negativas em relação aos seus resultados para a sociedade e meio ambiente. Os nanomateriais produzidos trazem consigo muitas vantagens, dentre elas, produtos mais eficientes, leves, apropriados e de baixo custo. Todavia, muitos destes nanomateriais já estão sendo comercializados, tais como os cosméticos, eletrodomésticos, vestimentas e diversos utensílios e equipamentos usados no cotidiano da sociedade, sem o devido diagnóstico dos riscos implicados. Neste sentido, o Direito deve estar capacitado para regular esta nova tecnologia tendo em vista as sérias incertezas científicas quanto a potencialidade dos danos ambientais que a mesma pode gerar em toda a sua cadeia de produção, uso e disposição dos produtos. Diante disso, a Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann apresenta-se como uma importante matriz teórica para conectar a comunicação entre os sistemas e, mediante a gestão transdisciplinar, diagnosticar e regular a nanotecnologia. A metodologia é a pesquisa bibliográfica, com abordagem, no método sistêmico, a partir de uma observação da comunicação entre os sistemas Direito, política e economia verificando assim seus códigos de reconhecimento para a regulação.

Palavras-chave: Teoria Sistêmica. Gestão de riscos ambientais. Nanotecnologia.

---

[1] Resultado parcial do projeto de pesquisa desenvolvido pelos autores intitulado: "As transformações jurídicas das relações privadas: a construção de marcos regulatórios e a revisão de categorias tradicionais do Direito como condição de possibilidade para atender aos desafios das mutações jurídicas contemporâneas geradas pelas novas tecnologias" (UNISINOS). Além das discussões realizadas no âmbito do Grupo de Pesquisa JUSNANO/CNPq. Apoio a Projetos de Pesquisa / MCTI/CNPQ/Universal 14/2014 - Observatório dos Impactos Jurídicos das Nanotecnologias: em busca de elementos essenciais para o desenvolvimento do diálogo entre as Fontes do Direito a partir de indicadores de regulação às pesquisas e produção industrial com base na nano escala.

[2] Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos com Bolsa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) pelo Programa de Excelência Acadêmica (Proex). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul e graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora no curso de Direito da Universidade FEEVALE. Pesquisadora na área Ambiental com ênfase na Teoria Sistêmica e Nanotecnologia. Presidente da Associação Gaúcha dos Advogados de Direito Ambiental Empresarial - AGAAE. Integrante da Diretoria de Grupos de Estudos da Associação Gaúcha dos Advogados do Direito Imobiliário Empresarial - AGADIE e do Movimento Roessler para Defesa Ambiental de Novo Hamburgo/RS. Autora do livro Direito dos Desastres na Exploração offshore do petróleo. Sócia-proprietária do escritório Berwig Advocacia. E-mail: julianeberwig@feevale.br.

[3] Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil; Professor deste mesmo Programa das atividades: "Transformações Jurídicas das Relações Privadas" (Mestrado) e "Os Desafios das Transformações Contemporâneas do Direito Privado" (Doutorado); Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

1 Introdução

A partir da industrialização, a sociedade evoluiu tornou-se, exponencialmente, mais complexa e junto dela as novas tecnologias desenvolveram-se e, criadas diversas soluções, para problemas conhecidos criaram-se outros com consequências "desconhecidas" e de "alta complexidade". A este fato, nominou-se de "riscos", que passaram a ser um componente intrínseco da sociedade pós-industrial, mais conhecida como sociedade de risco.

Os riscos são elementos presentes que conectam a atividade atual com as suas possíveis consequências futuras, pois provem dele as probabilidades de ocorrência de algo que está para além do aqui e do agora. Por isso, os riscos não se esgotam aos efeitos e danos já ocorridos. Eles exprimem um componente futuro, e por conta desta sua característica eles têm, fundamentalmente, relação com as antecipações, com as destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje e merecem a atenção dos pesquisadores.

Esta é a sociedade atual, marcada pela distribuição de riquezas, modernidades, soluções extremamente práticas e objetivas, mas também por consequências que transcenderam os limites do imaginável. Por estas características, a sociedade é rotulada como a sociedade do risco, em detrimento da sua complexa teia de desenvolvimento resultar além em inovações antigamente inimagináveis, mas também em prováveis danos com potencial gigantesco.

As novas tecnologias, dentre elas, o foco deste projeto, as nanotecnologias, são um evidenciado exemplo. Os nanomateriais desenvolvidos capacitam a produção de artigos mais eficientes, leves, apropriados e de baixo custo. Logo, é notório que a nanotecnologia, traz consigo inovações brilhantes para o desenvolvimento do mercado (economia) e, consequentemente, da evolução até certo modo da sociedade.

Entretanto, o que ocorre é que muitos destes nanomateriais já estão sendo comercializados em cosméticos, eletrodomésticos, vestimentas e em diversos utensílios e equipamentos usados no cotidiano da sociedade, sem o devido diagnóstico dos riscos implicados. Ademais, muitos outros nanomateriais estão sendo descobertos todos os dias. Todavia, o risco paira no fato de que apesar da matéria-prima usada para a elaboração dos nanomateriais ser conhecida, as suas propriedades em nanoescala são inteiramente diversas.

Isso quer dizer que, mesmo os nanomateriais sendo produzidos com elementos químicos da tabela periódica de conhecimento dos cientistas, estes mesmos elementos em escala manométrica possuem efeitos totalmente diferentes. Logo, tudo que é sabido a respeito dos danos que os elementos podem vir a causar ao meio ambiente, em escala manométrica é desconhecido e exige novos e aprofundados estudos. Por conta disso, um elemento desenvolvido com um objetivo positivo poderá trazer consequências ambientalmente negativas se disposto em um ambiente não premeditado no momento de sua criação, conforme indícios já apontados em estudos toxicológicos.

Portanto, diante deste cenário, o presente artigo objetiva explanar sobre a concepção de sociedade de riscos a partir de uma visão sistêmica. A partir desta, localizar as novas tecnologias, especialmente a nanotecnologia, e, neste sentido, relatar as propriedades dos nanomateriais que traduzem os riscos ambientais. E por fim, demonstrar os possíveis caminhos que o Direito pode percorrer para a gestão dos riscos ambientais com embasamento na Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann e com o auxilio da transdisciplinaridade, em busca da precaução e prevenção dos riscos de danos ambientais.

2 A sociedade de risco e a nanotecnologia na Teoria Sistêmica

A partir da visão sistêmica de Luhmann, a sociedade se apresenta com características de um sistema, permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade.[4] Subsequentemente, a sociedade é formada por diversos sistemas (Direito, Economia e Política, por exemplo) diferenciados funcionalmente, os quais estão ligados pela comunicação. Os limites da sociedade são os limites da comunicação, não sendo mais possível isolar-se dentro da sociedade em virtude da comunicação.[5]

O processo de diferenciação do sistema para com o outro sistema decorre das interferências (“irritações”) provocadas pelo seu meio (ambiente), portanto, os sistemas são formados pelas diferenciações sistema-meio. Assim, o sistema reage globalmente, como um todo às pressões exteriores (ambiente), internalizando no subsistema as irritações provocadas pelo ambiente e se auto-reproduzindo (*autopoiesis)* [6] e, consequentemente, aumentando as diferenciações aos demais sistemas.[7] Portanto, na perspectiva de Luhmann, a própria sociedade visa à produção da diferença. [8]

Por isso, as irritações são resultado do próprio estímulo do sistema, das observações realizadas. Neste sentido, Luhmann denomina como contingência as possibilidades de escolha do sistema, a qual está intimamente ligada ao risco, uma vez que oportuniza uma variedade de alternativas de atuação com um grau de liberdade. Além disso, o sistema afora ter de conviver com suas próprias contingências precisa enfrentar o resultado das contingências dos subsistemas (dupla contingência).[9]

Nesta senda, as contingências são resultado das observações do observador, realizadas a partir dos objetos e dos conceitos, são construções dependentes uns dos outros de um ponto de vista distinto. No entanto, os conceitos estão muito mais distantes do que os objetos para o observador, pela simples razão de que distinguir e caracterizar vão em direções opostas, exigindo outras distinções, uma distinção das distinções.[10] A distinção parte da observação do diferente e que gera certo diagnóstico. Esta constatação, com base na Teoria do Conhecimento, determina a condição de possibilidade do caracterizar (descrever) o novo e distinguindo distinções chega-se a formação de um conceito.[11]

Portanto, não se trata simplesmente de uma descrição do mundo por parte de um observador de primeira ordem que vê algo positivo ou negativo, que constata que está faltando algo. Pelo contrário, é a reconstrução de um fenômeno de contingência múltiplo, como tal, oferece diferentes

---

[4] ROCHA, Leonel Severo.Notas sobre Niklas Luhmann. In: Revista de Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2007. p.51.

[5]LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedade. Tradução Javier Torres Nafarrete. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 2007. p. 69-70.

[6]De acordo com Niklas Luhmann, autopoiese significa “producción del sistema por sí mismo”. Ver LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedade. Tradução Javier Torres Nafarrete. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 2007. p. 69-70.

[7]LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedade. Tradução Javier Torres Nafarrete. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 2007. p. 69-70.

[8]ROCHA, Leonel Severo.Notas sobre Niklas Luhmann. In: Revista de Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2007. p.51.

[9]LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedade. Tradução Javier Torres Nafarrete. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 2007. p. 30.

[10]LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 1992. p.59.

[11] LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução Saulo Krieger e Alexandre Agnolon – São Paulo: Martins Fontes, 2016, p.35.

perspectivas para diferentes observadores.[12] É aí que está o risco, pois a liberdade de escolha diante das observações dos subsistemas para o sistema se coloca como verdadeira insegurança,[13] já que, cada subsistema de acordo com seu histórico e especialidade observar e compreende determinado fato de forma particular e, consequentemente, distinta. Sendo assim, dada a complexidade da sociedade há uma gama de possibilidades de que as consequências das observações sejam distintas.

Logo, o processo de modernização, típico da sociedade industrial, tornou o sistema social ainda mais complexo e multifacetado, não sendo este mais capaz de controlar a ele próprio. O processo, então, é aplicado a si mesmo, já que a sociedade vive sob o domínio absoluto da modernização, das novas tecnologias.

Nasce de tal modo, a sociedade de risco quando os sistemas de normas até então "eficientes" e que prometiam segurança jurídica, demonstra-se incapazes de controlar as ameaças decorrentes das novas tecnologias, sendo impostas ao Direito como verdadeiros desafios existências de seu sistema. As ameaças são diversas, especialmente aos riscos de danos ambientais, mas por outro lado as decisões que poderiam gerir estes são resultado de coações que derivam exclusivamente da racionalidade econômica e que acaba assim impondo o modelo de admissão incontrolada dos riscos.

Sob estas condições estruturais, o risco é a modalidade através da qual o sistema se vincula ao futuro. Logo, ele é a condição estrutural da auto-reprodução, pois, o fechamento operativo dos sistemas singulares determinados pela estrutura e unidos estreitamente, torna possível o controle do ambiente, ou seja, torna improvável a racionalidade e por isso constrange os sistemas a operar em condições de incerteza.[14] Assim, o risco é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade.[15]

Para tanto, a evolução (ou involução) da sociedade a partir da Revolução Industrial em uma sociedade moderna, de acordo com Luhmann, passou a distribuir não apenas riquezas, mas muitos riscos, ou seja, riscos sistêmicos resultado das falhas/inobservância dos subsistemas perante as novas formas de desenvolvimento.[16] Destarte, a sociedade industrial de hoje, se vê enfrentada por riscos que estão condicionados estritamente a tomada de decisões econômicas e que muitas vezes são arbitrárias. Vive-se em uma sociedade em que os riscos produzidos ultrapassam as "cercas da fábrica." São riscos procedidos de uma "sociedade (industrial) do risco" não são os mesmos riscos produzidos pela sociedade industrial clássica. São riscos do presente, invisíveis, inodoros, transtemporais (com consequências futuras), transterritoriais (sem limites geográficos), desconhecidos e nanotecnológicos.

Diante disso, a nanotecnologia revela-se como importante foco de pesquisa acerca da gestão de riscos na sociedade sistêmica de Niklas Luhmann, haja vista que há uma crescente produção e aplicação de nanomateriais, os quais podem gerar riscos potenciais ao meio ambiente. De acordo com Paschoalino, Marcone, e Jardim:

> A reflexão a respeito desta questão é bastante pertinente, uma vez que, além das inúmeras perspectivas oriundas do desenvolvimento de uma gama de

[12]LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 1992. p.59.
[13]LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedade. Tradução Javier Torres Nafarrete. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 2007. p. 30.
[14]DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Revista Sequência.n. 28, ano 15, junho, 1994. p. 45-54. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-risco-na-sociedade-contempor%C3%A2nea>. Acesso em: 05 abr. 2017.
[15]DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Revista Sequência.n. 28, ano 15, junho, 1994. p. 45-54. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-risco-na-sociedade-contempor%C3%A2nea>. Acesso em: 05 abr. 2017.
[16]LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2005. p. 144.

> novos materiais, há o potencial risco de contaminação ambiental dadas as características intrínsecas das nanopartículas, como tamanho, área superficial e a capacidade de aglomeração/dispersão, as quais podem facilitar a translocação destas pelos compartimentos ambientais e ocasionar, de forma acumulativa, danos à cadeia alimentar. Estes aspectos justificam a importância da investigação sobre a disponibilidade, degradabilidade e toxicidade dos nanomateriais.[17]

Fala-se, neste sentido em "nanoecotoxicologia" que são os estudos voltados à avaliação dos efeitos de nanomateriais no ambiente. Logo, a preocupação com relação à toxicidade das nanopartículas reside principalmente no fato de que estas nunca foram produzidas e utilizadas em produtos comercias em tão larga escala como atualmente está ocorrendo. Assim, o risco de alcançarem os diferentes bens ambientais (atmosfera, águas e solo) e se tornarem disponíveis é muito grande. [18]

Além disso, alguns estudos sugerem que os nanomateriais, por sua pequena dimensão, podem ter uma permeabilidade maior através da pele, mucosas e membranas celulares, podendo ter seu efeito tóxico magnificado, já que possuem uma reatividade superior, principalmente devido ao aumento da área superficial. Um exemplo clássico desse efeito é o ouro, sendo um metal praticamente inerte, mas que na forma de nanopartículas se torna altamente reativo. Outros fatores importantes são as várias formas como as partículas podem se apresentar após o contato com o ambiente ou com os organismos vivos, podendo estar presentes em sua forma livre assim como em aglomerados. Este processo é dinâmico e também pode ser acompanhado pela funcionalização da superfície destas por diferentes agrupamentos químicos presentes no meio. [19]

Possivelmente o aspecto menos desenvolvido nos estudos toxicológicos são as técnicas para quantificação de nanomateriais no ambiente. Estes materiais, por possuírem características físico-químicas muito diferentes de seus precursores macroscópicos, necessitam do desenvolvimento de adaptações validadas das técnicas analíticas comumente empregadas.[20]

De acordo com Hohendorff e Engelmann:

> Não restam dúvidas de que as novas e diferentes propriedades físicas, químicas e biológicas dos nanomateriais tornam necessária uma avaliação mais específica, aplicada ao caso concreto. O avanço responsável da nanotecnologia, como acontece com qualquer tecnologia emergente, depende de uma capacidade científica confiável para acesso e gerenciamento dos riscos potenciais. A gestão de riscos é o processo de tomada de decisão realizada por gestores de risco em que o resultado da sua avaliação é pesado contra outros dados relevantes, e, se julgado necessário, são selecionadas e implementadas medidas de prevenção ou mitigação.[21]

---

[17] PASCHOALINO, Matheus P., MARCONE, Glauciene S. P., JARDIM, Wilson F. Os nanomateriais e a questão ambiental. Quím. nova, 33(2):421-430, 2010. Disponível em: <http://quimicanova.sbq.org.br/imagebank/pdf/Vol33No2_421_32-RV09047.pdf> Acesso em: 05 abr. 2017.

[18] PASCHOALINO, Matheus P., MARCONE, Glauciene S. P., JARDIM, Wilson F. Os nanomateriais e a questão ambiental. Quím. nova, 33(2):421-430, 2010. Disponível em: <http://quimicanova.sbq.org.br/imagebank/pdf/Vol33No2_421_32-RV09047.pdf> Acesso em: 05 abr. 2017.

[19] PASCHOALINO, Matheus P., MARCONE, Glauciene S. P., JARDIM, Wilson F. Os nanomateriais e a questão ambiental. Quím. nova, 33(2):421-430, 2010. Disponível em: <http://quimicanova.sbq.org.br/imagebank/pdf/Vol33No2_421_32-RV09047.pdf> Acesso em: 05 abr. 2017.

[20] PASCHOALINO, Matheus P., MARCONE, Glauciene S. P., JARDIM, Wilson F. Os nanomateriais e a questão ambiental. Quím. nova, 33(2):421-430, 2010. Disponível em: <http://quimicanova.sbq.org.br/imagebank/pdf/Vol33No2_421_32-RV09047.pdf> Acesso em: 05 abr. 2017.

[21] HOHENDORFF, Raquel von; ENGELMANN Wilson. Iniciando a regulação (não tradicional) para as nanotecnologias: a construção do caminho a partir das possibilidades do framework e da árvore de decisão. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS.2015.p.328

Diante da magnitude, desconhecimento, complexidade dos efeitos sistêmicos dos riscos nanotecnológicos. Ou seja, pelo fato de seu poder de atingir grande parcela de uma sociedade, bem como o meio ambiente. A teoria sistêmica de Luhmann demonstra-se eficaz para a elaboração deste estudo acerca da definição das respostas que o Direito precisa trazer para o gerenciamento da distribuição dos riscos de danos ambientais decorrentes da nanotecnologia.

3 A transdisciplinaridade como ponte de conexão para a comunicação entre as ciências "duras" e o Direito

A partir do pressuposto transdisciplinar, a constatação dos riscos de danos ambientais pode ser verificada, ou seja, com a junção de profissionais especializados das mais diversas áreas técnico-científicas que se relacionam ao caso concreto.[22] Portanto, a conquista pela realização de estudos transdisciplinares se faz de suma importância para a precaução dos danos ambientais, uma vez que é através dela que será possível quebrar antigos absolutismos e criar novas visões, novas soluções e caminhos para antecipar os riscos e evitá-los, ou, pelo menos mitigar a ocorrência dos danos.

A transdisciplinaridade revela-se como forma de construção muito importante para as defesas ambientais e o desenvolvimento sustentável. Visto que, atualmente, vive-se em um desafio vital: a perturbação dos equilíbrios ecológicos ultrapassam as fronteiras dos atuais conhecimentos, o que exige encontrar novas formas de produção, de mitigação, de precaução de danos ambientais. O acúmulo de conhecimentos disciplinares, embora necessário, tem se mostrado insuficiente para resolver os problemas maiores com que a humanidade está se confrontando.[23] Ou seja, somente uma nova matriz teórica transdisciplinar pode nos ajudar na reconstrução de uma compreensão e observação dos acontecimentos contemporâneos.[24]

O *Princípio da Precaução*, que buscando limitar e regular os riscos ainda hipotéticos, exige pensar no impensável, imaginando e construindo cenários de ocorrências ambientais, mesmo que pouco prováveis na avaliação das irreversibilidades. Para tanto, visando a aplicação do princípio da precaução é necessário novos empenhos em estudos transdisciplinares, em que as disciplinas, em igual hierarquia, com a união de seus conhecimentos, e a partir de novas observações, consagrarão novas realidades. O que implica na necessidade de abordagens transdisciplinares para a ciência e política. Todavia, por causa das muitas incertezas, a ciência tradicional não é capaz de suportar suficientemente medidas drásticas que às vezes podem ser necessários para lidar com os riscos complexos. [25]

Desta maneira, a transdisciplinaridade faz parte de um processo evolutivo do conhecimento em que as disciplinas, paulatinamente, vão declinando de suas rígidas posturas, e, olhando as outras

---

[22]CARVALHO, Délton Winter de. Aspectos probatórios do dano ambiental futuro: uma análise sobre a construção probatória da ilicitude dos riscos ambientais. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). Constituição sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 8, p. 81-104.

[23]D'AMBRÓSIO, Ubiratan. Transdisciplinaridade. São Paulo: Palas Athena, 1997.

[24]ROCHA, Leonel Severo. Transdisciplinaridade e direito. In: SOUZA, Lelbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. Transdisciplinaridade e universidade: uma proposta em construção. São Leopoldo:Unisinos.2003. p.40-45.

[25]SLUIJS, Jeroen van der; TURKENBURG, Wim. Climate change and the precautionary principle. In: FISHER, Elizabeth; JONES, Judith; SCHOMBERG, René Von. Implementing the precautionary principle, perspectives and prospects.Cheltenham: Edward Elgar, 2006. p. 245-269.

com olhos de igualdade. Sendo exigida a superação da fase interdisciplinar, ou seja, a limitação completa de barreiras e hierarquias entre conhecimentos. Embora, se esteja ainda muito afastado dela, em quase todos os campos do saber, a transdisciplinaridade já ocorre, ocasionalmente, quando as ligações se dão entre as disciplinas estanques e bem delimitas, mas por meio de ligações no interior de um sistema total, no qual, cada pessoa envolvida num processo, tem conhecimentos profundos associados a uma perspectiva ampla do ser no mundo. [26] Diante dessa possibilidade, a conjunção de várias disciplinas se demonstra como um possível caminho para a criação de outras visões, outros pontos de vistas, e, assim, distintas formas de solução de conflitos, especialmente para o enfrentamento dos riscos ambientais gerados pelas nanotecnologias.

Por isso, a um passo a frente está a pesquisa transdisciplinar ("trans" = entre e além de) que objetiva a compreensão do mundo presente, mediante o estudo do que está ao mesmo tempo entre, através e além das mais distintas disciplinas, para o qual um dos imperativos é a unidade de conhecimento. Por isso mesmo é que a transdisciplinaridade se interessa pela dinâmica gerada pela ação de vários níveis de realidade ao mesmo tempo, inclusive esta visão está no Artigo segundo da Carta da Transdisciplinaridade:

> Artigo 2. O reconhecimento da existência de diferentes níveis de realidade, regidos por lógicas diferentes é inerente à atitude transdisciplinar. Qualquer tentativa de reduzir a realidade a um único nível regido por uma única lógica não se situa no campo da transdisciplinaridade.[27]

A descoberta desta dinâmica, portanto, passa necessariamente pelo conhecimento disciplinar. Embora, a transdisciplinaridade não seja uma nova disciplina, nem uma nova hiperdisciplina, alimenta-se da pesquisa disciplinar que, por sua vez, é iluminada de maneira nova, e, fecundada pelo conhecimento transdisciplinar. [28] Neste sentido, as pesquisas disciplinares e transdisciplinares não são antagônicas, mas complementares.[29]

Como menciona Nicolesco, a natureza é uma imensa e inesgotável fonte de desconhecimento, [30] na qual existem diversos níveis de realidade. Desta maneira, Maturana comenta que 'uma das coisas boas da transdisciplinaridade é que não podemos ser acusados de pisar onde não devemos pisar quando falamos de coisas que não pertencem à própria disciplina.'[31] Por isso, a transdisciplinaridade vem marcada pela liberdade, de pensar, estudar, intervir, refletir de que forma as disciplinas podem se unir e assim acrescentar algo novo, novas visões, novas realidades que contribuirão para as futuras gerações.

Neste ponto, ressalta-se a importância da transdisciplinaridade como metodologia de estudos dos riscos implicados dos desconhecimentos oriundos os produtos da nanotecnologia. Tendo em vista que os riscos ao ambiente são complexos, exigindo estudos diante dos alcances que seus danos

---

[26]ROCHA FILHO, J. B. Transdisciplinaridade: a natureza íntima da educação científica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p.36.

[27]CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE. 1994. Disponível em: <http://blogmanamani.files.wordpress.com/2013/08/carta-da-transdisciplinaridade.pdf>.Acesso em: 05 abr. 2017.

[28]NICOLESCO, Basarab. Um novo tipo de conhecimento - transdisciplinaridade, 1999. Disponível em: <http://www.vdl.ufc.br/solar/aula_link/llpt/A_a_H/didatica_I/aula_04/imagens /01/transdisciplinaridade.p>.Acesso em: 05 abr. 2017.

[29]SOUZA, Lelbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. Transdisciplinaridade e universidade: uma proposta em construção. São Leopoldo: Unisinos. 2003. p.09-12.

[30]NICOLESCO, Basarab. Um novo tipo de conhecimento - transdisciplinaridade, 1999. Disponível em: <http://www.vdl.ufc.br/solar/aula_link/llpt/A_a_H/didatica_I/aula_04/imagens /01/transdisciplinaridade.pdf>.Acesso em: 05 abr. 2017.

[31]MATURANA, Humberto. Transdisciplinaridade e cognição, 1999. p.79.

podem produzir nos mais variados *habitats*, na sociedade e na economia. Por esta via, a transdisciplinaridade não significa apenas, que as disciplinas colaborem entre si, mas significa também, que existe um pensamento organizador que ultrapasse as próprias disciplinas.

Desta maneira, o que postula a transdisciplinaridade é a abertura do especialista ao todo que o envolve e à dialogicidade com as outras formas de conhecimentos e de visões do real, visando a complementaridade, a motivação e disponibilidade imprescindível para atuar em equipe, o desafio da convivência com a diversidade.[32]

Neste sentido, é preciso ter em mente que aprender não é aquisição de algo que esta lá, é uma transformação em coexistência com o outro. Pois, se o outro não é visto como um outro legítimo, não há importância. E esse é o problema, o outro não é visto e porque não é visto, a visão não é expandida, e não sendo, não é possível agir de acordo com a transdisciplinaridade colocando-se fronteiras: isso é bom, isso é mal, isso é apropriado, isso não é apropriado. Classifica-se, desvaloriza-se, rejeita-se. [33]

Portanto, para transpor as fronteiras dos conhecimentos especializados, precisa-se comportar de maneira que seja possível emergir sem medo de desaparecer. Isso tem a ver com a reflexão e a liberdade de reflexão, pois permite olhar de um lado, olha de outro e relacionar esses dois campos ou aceitar os demais pontos de observação em prol de um único todo. Essa disposição para a convivência se insere na construção de uma cultura transdisciplinar, porque objetiva cuidar para que não míngue o ser humano perante separatividade. [34] Edgar Morin, neste sentido, menciona que é preciso ir além do conhecido, pois este está limitado. Portanto é necessário fundar o conhecimento em prol da humanidade e criar para esta comunicação entre as ciências.[35]

Assim, pode ser considerado, que a formação do conhecimento é composta por vários níveis de realidade constituída por diferentes níveis de interação entre pessoa e meio ambiente.[36] Cada qual com seu olhar de observação, com sua especialidade, mas todas de forma organizadamente unificadas para arquitetar uma nova visão.

Portanto, o desenvolvimento e aplicação da transdisciplinaridade se faz de suma importância, quando se fala em riscos de danos ambientais causados pela nanotecnologia, especialmente porque os riscos desta não são diagnosticados pelas ciências duras e consequentemente, não são comunicados ao Direito para que este gere os código de reconhecimento do que será ou não regulado e limitado.

O grande desafio da gestão dos riscos é o avanço na capacidade de identificar, nas respostas modeladas de sistemas, as várias perturbações e tensões, que representam um risco de dano ambiental. Nesta via, é importante, intensificar o papel de monitoramento e pesquisa empírica. [37] Haja vista que é a pesquisa científica, fundada na transdisciplinaridade que irá constar e mensurar os riscos dos nanomateriais, pois obviamente esta competência escapa a capacidade do Direito, cabendo a este a regulação a partir da comunicação com as ciências.

---

[32] WEIL, P. Rumo à nova transdisciplinaridade. São Paulo: Summus, 1993, p.140.

[33] MATURANA, Humberto. Transdisciplinaridade e cognição, 1999. p.79-95.

[34] ROCHA FILHO, J. B. Transdisciplinaridade: a natureza íntima da educação científica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007. p.38.

[35] MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. p.139

[36] GALVANI, Pascal. A autoformação, uma perspectiva transpessoal, transdisciplinar e transcultural, p.103.

[37] SLUIJS, Jeroen van der; TURKENBURG, Wim. Climate change and the precautionary principle. In: FISHER, Elizabeth; JONES, Judith; SCHOMBERG, René Von. Implementing the precautionary principle, perspectives and prospects.Cheltenham: Edward Elgar, 2006. p. 245-269.

Ressalta-se que, neste sentido, o objetivo não é que os cientistas sejam obrigados a remover as incertezas, mas que informem à sociedade sobre os possíveis riscos relevantes, sobre as probabilidades desta. Em vez de um foco unilateral sobre "provas concretas", a plausibilidade exige raciocínio científico, a fim de explicar certas observações ou hipóteses, para que façam sentido para ambos: especialistas e não-especialistas. Aumentando, assim, a capacidade da sociedade de agir mediante alertas precoces, mesmo que incertos.[38]

Assim, a transdisciplinaridade se demonstra como aliada à efetivação do *Princípio da Precaução*. Ela se revela como importante instrumento de averiguação dos riscos ambientais implicados na nanotecnologia Nesta via, a transdisciplinaridade serve como instrumento de tradução dos riscos entre as ciências, colocando em diálogo a respeito da informação sobre estes e das possíveis formas de prevenção e precaução dos danos ambientais provenientes dos riscos nanotecnológicos.

4 A gestão jurídica dos riscos nanotecnólogos ao meio ambiente na Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann

Com base na Teoria Sistêmica de Niklas Luhmann, as incertezas e, por consequência os riscos apresentados pela nanotecnologia não são identificados pelo Sistema do Direito, assim não são regulados para a prevenção/precaução dos danos ambientais.

Apesar disso, como mencionado anteriormente, os nanoprodutos estão sendo fortemente incentivados pelo Sistema da Economia. Diferentes nanomateriais estão sendo descobertos a cada dia e, por viabilizarem produtos finais mais eficientes, leves, adequados e principalmente de baixo custo, muitos destes já se encontram em fase de comercialização em cosméticos, eletrodomésticos, vestimentas e em diversos utensílios e equipamentos. [39] Mensura-se que cerca de 2.000 (dois mil) produtos que incorporam a nanotecnologia já estão sendo comercializados no mercado.[40]

Sabe-se que a maioria dos nanomateriais encontrados são conhecidos, todavia, as propriedades particulares dos materiais em nanoescala os tornam diferentes qualitativamente. No meio ambiente os efeitos são relacionados aos nanomateriais pela sua maior permeabilidade, capacidade de dispersão, persistência, absorção e potencial para ser transformado ou interagindo com outros contaminantes que podem ter efeitos sobre os ecossistemas aquáticos e terrestres quando liberados no meio ambiente. Portanto, em uma escala nano, as características físico-químicas tendem a sofrer modificações que podem gerar inclusive efeitos tóxicos. Neste ponto que urge a questão dos efeitos indesejados, muitos dos quais ainda são completamente desconhecidos.[41]

Assim, os danos ambientais que podem ser decorrentes de nanomateriais estão relacionados com o fato, por exemplo, de que o tempo de residência das nanopartículas e os seus agregados no ar

---

[38] SLUIJS, Jeroen van der; TURKENBURG, Wim. Climate change and the precautionary principle. In: FISHER, Elizabeth; JONES, Judith; SCHOMBERG, René Von. Implementing the precautionary principle, perspectives and prospects.Cheltenham: Edward Elgar, 2006. p. 245-269.

[39] ALVES, Oswaldo. Nanotecnologia, nanociência e nanomateriais: quando a distância entre presente e futuro não é apenas questão de tempo. Revista Parcerias Estratégicas, Brasília, n. 18, p. 30-31, 2004.

[40] SHEARER, Cameron. A guide to the nanotechnology used in the average home. Disponível em: <http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=43847.php> Acesso em: 05 abr. 2017.

[41] FIORINO, Daniel J. Voluntary initiatives, regulation, and nanotechnologies oversight: charting a path. Project for Emerging Nanotechnologies, n. 19, nov. 2010. Disponível em: <http://www.nanotechproject.org/process/assets/files/8347/pen-19.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2017.

pode ser diferente da maioria das demais partículas de poeira em escala micrométrica. Além disso, a taxas de oxidação e de dissolução, que são altamente dependentes da área de superfície, podem aumentar dramaticamente quando o tamanho diminui, possivelmente liberando materiais constituintes, em formato biodisponível.[42] [43]

Também, a respeito dos nanomateriais à base de carbono, existe grande preocupação de seus efeitos, tendo em conta as previsões de que eles podem se dispensar fortemente nos compostos hidrofóbicos celulares, tais como lipídios, em relação à água, resultando em bioconcentração potencialmente significativa. Em uma escala global as nanopartículas também devem ser considerada, tais como em relação a atmosférica induzindo transformações orgânicas, reações e outras tantas que ainda são desconhecidas. [44]

Diante da magnitude, desconhecimento, complexidade dos efeitos sistêmicos dos riscos nanotecnológicos. Ou seja, pelo fato de seu poder de atingir grande parcela de uma sociedade, bem como o meio ambiente. A teoria sistêmica de Luhmann demonstra-se eficaz para a elaboração deste estudo acerca da definição das respostas que o Direito precisa trazer para o gerenciamento da distribuição dos riscos de danos ambientais decorrentes da nanotecnologia.

Logo, para que seja possível a identificação e regulação dos riscos pelo Direito exige-se, primeiramente uma tradução destes riscos pela inter-relação transdisciplinar do Direito com as ciências duras (tecnologias de ponta), as quais estão desenvolvendo a nanotecnologia e podem contribuir assim com a mensuração das probabilidades e magnitudes dos riscos dos nanomateriais. A partir desta identificação transdisciplinar dos riscos nanotecnológicos, será possível, com base na teoria sistêmica, gerar os códigos binários. Estes códigos podem ser desenvolvidos não por uma legislação estaque que defina o que será lítico/ilícito na atividade nanotecnologia, mas que aponte índices aceitáveis/inaceitáveis de riscos com fundamento nos possíveis danos ambientais. Desta maneira, será plausível gerar a comunicação entre os Sistemas Direito e Economia para prevenir os danos ao Meio Ambiente.

Ressalta-se que a 'perda das certezas produzidas pela modernidade', em especial pela nanotecnologia, impõe ao Direito observar e tomar decisões em um presente que mesmo incerto e complexo, exige o controle dos riscos e a construção do futuro.[45] Pede-se que ciências "moles" (Direito e ciências sociais) tomem decisões "duras", o que requer que os juristas sejam cautelosos. Em verdade: 'deverão se encontrar as ciências da natureza (ciências duras) e as ciências do espírito (ciências brandas), a fim de realizarem constantes avaliações sobre cada momento da prometida Revolução Científica fulcrada no "fascínio pela criatividade.'[46]

Com isso, a transdisciplinaridade cria uma "ponte" entre o Direito e as "ciências duras" promovendo um diálogo entre ambas. Com capacidade de aclarar as características do desconhecido,[47] mediante estudos transdisciplinares, que traduzem as características e efeitos dos

---

[42] Que podem ser absorvidos pelos organismos.

[43] GUZMÁN, Katherine A.; TAYLOR, Margaret R.; BANFIELD, Jillian F. Environmental risks of nanotechnology: National nanotechnology initiative funding. Environ. Sci. Technol., 40(5):1401-1407, 2006. Disponível em: <http://pubs.acs.org/doi/pdf/10.1021/es0515708> Acesso em: 05 abr. 2017.

[44] GUZMÁN, Katherine A.; TAYLOR, Margaret R.; BANFIELD, Jillian F. Environmental risks of nanotechnology: National nanotechnology initiative funding. Environ. Sci. Technol., 40(5):1401-1407, 2006. Disponível em: <http://pubs.acs.org/doi/pdf/10.1021/es0515708> Acesso em: 05 abr. 2017.

[45] CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p.72.

[46] ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 122.

[47] ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental. Curitiba: Honoris Causa, 2010. p. 122.

riscos implicados nas atividades (investigação, avaliação e gestão dos riscos). Ou seja, são pontos de tradução dos riscos científicos e que, sem esta gestão passariam por inexistentes (desapercebidos) pelo Direito, o que resultaria em sua omissão às respostas jurídicas esperadas para os riscos da nanotecnologia.

Logo, como mencionado, de acordo com Damodaram, esta gestão deve ser iniciada pela identificação do risco[48] em que serão apontadas as referências negativas ou positivas da atividade, a partir da constatação das ciências. Nesta etapa, vale salientar, a importância da transdisciplinaridade, pois é nela que as mais diversas disciplinas se unirão para estudar juntas, confrontar, fazer surgir dados novos, visando encontrar a melhor alternativa na proteção do meio ambiente e da sociedade.

Na investigação dos riscos, espera-se, assim, que a pesquisa forneça evidências científicas necessárias a determinar se os avisos precoces de riscos são credíveis e substanciais o suficiente para justificar a implementação de medidas de precaução.[49] Ou seja, nesta oportunidade em que os profissionais "*experts*" na determinada área do conhecimento em apreço, deverão unir suas expertises em estudos transdisciplinares, a fim de identificar os possíveis riscos desencadeados pela nanotecnologia.

Com a identificação dos riscos, os profissionais poderão apontar a avaliação destes riscos e a partir destas fundar as decisões pautadas no binômio probabilidades/magnitude, as hipóteses que podem gerar danos ambientais irreversíveis e incalculáveis. Diante destas será possível avaliar os riscos e gerir com base na aceitabilidade de suas baixas probabilidades de graves danos ambientais.

Neste contexto, a concepção de "sociedade de risco" torna ultrapassada toda a sociologia clássica voltada para a segurança social. O risco coloca a importância de uma nova racionalidade para a tomada das decisões nas sociedades, redefinindo a filosofia analítica, a uma teoria da sociedade mais realista.[50] A consciência do risco é uma das condições para a constituição de uma gestão dos riscos à prevenção e precaução dos danos provocados pelas nanotecnologias.

O Direito, para Luhmann, embora visto como uma estrutura é dinâmico devido a permanente evolução provocada pela sua necessidade de constantemente agir como uma das estruturas sociais redutoras da complexidade das possibilidades do ser no mundo. [51] Nesta ordem de raciocínio, a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção da sociedade centrada na complexidade, baseada em postulados como os riscos e os paradoxos. Um sistema diferenciado deve ser simultaneamente, operativamente fechado para manter a sua unidade e cognitivamente aberto para observar sua diferença constitutiva.[52]

---

[48] DAMODARAM, Aswath. Gestão estratégica do risco: uma referência para a tomada de decisão de riscos empresariais. Tradução Feliz Nonnenmacher – Porto Alegre: Bookmann, 2009, p.109.

[49] MENESTREL, Marc Le; RODE, Julian. Why did business not react with precaution to early warnings?. In: " Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation". Part D: Costs, justice and innovation". European Environment Agency. Disponível em: <http://www.eea.europa.eu/publications/late-lessons-2/part-d-costs-justice-and-innovation>. Acesso em: 05 abr. 2017.

[50]ROCHA, Leonel Severo.Notas sobre Niklas Luhmann. In: Revista de Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2007. p.52.

[51]ROCHA, Leonel Severo.Notas sobre Niklas Luhmann. In: Revista de Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2007. p.51.

[52]ROCHA, Leonel Severo.Notas sobre Niklas Luhmann. In: Revista de Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2007. p.52.

5 Considerações finais

Neste sentido, a importância de uma instrumentalização jurídica, frente aos desafios e riscos nanotecnológicos, toma ainda mais relevo, pois, conforme relatos científicos, existem fortes evidências dos graves danos ambientais que a disposição/contato que os nanomateriais podem vir a ocasionar. As propriedades reais dos nanomateriais são muito distintas daquelas já conhecidas pelas ciências. Além disso, os nanomateriais podem ser despejados acidentalmente, com a exposição a organismos no ambiente não previamente diagnosticados as suas consequências.

Em suma, o desafio do Direito para a gestão dos riscos nanotecnológicos é sistematizar instrumentos jurídicos conectados que partem dos mecanismos de prevenção (e precaução) dos riscos. Nesta linha, o Direito está desafiado a implementar mecanismos que traduzam os "códigos" científicos da mensuração dos riscos, com o utensílio da transdisciplinaridade, a fim de introduzir na legislação previsões que vinculem o futuro e que, controlem a implementação, monitoramento e readaptação desta gestão de risco.

Ora, os produtos gerados pelas nanotecnologias por si só já resultam em sérios riscos ecossistêmicos, sociais e econômicos, entrelaçados entre si. Estes riscos, claramente, estão sendo dramatizados e potencializados a partir dos altos investimento e comercialização sem a realização de estudos aprofundados. Para tanto, o Direito precisa se aprimorar e acompanhar o desenvolvimento das novas tecnologias. Gerando assim, mecanismos de controle (regulação) dos riscos de danos ambientais aceitáveis/inaceitáveis com fundamento nos diagnósticos científicos de probabilidade/magnitude resultantes. Os graves riscos de danos ambientais e seus efeitos deletérios que se perpetuam no tempo, nas gerações e não percebem as fronteiras territoriais, deve ser a luz guiadora das ciências.

Referências

ALVES, Oswaldo. Nanotecnologia, nanociência e nanomateriais: quando a distância entre presente e futuro não é apenas questão de tempo. Revista Parcerias Estratégicas, Brasília, n. 18, p. 30-31, 2004.

CARTA DA TRANSDISCIPLINARIDADE. 1994. Disponível em: <http://blogmanamani.files.wordpress.com/2013/08/carta-da-transdisciplinaridade.pdf>.Acesso em: 05 abr. 2017.

CARVALHO, Délton Winter de. Aspectos probatórios do dano ambiental futuro: uma análise sobre a construção probatória da ilicitude dos riscos ambientais. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). Constituição sistemas sociais e hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 8, p. 81-104.

CARVALHO, Délton Winter de. Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

D'AMBRÓSIO, Ubiratan. Transdisciplinaridade. São Paulo: Palas Athena, 1997.

DAMODARAM, Aswath. Gestão estratégica do risco: uma referência para a tomada de decisão de riscos empresariais. Tradução Feliz Nonnenmacher – Porto Alegre: Bookmann, 2009.

DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Revista Sequência.n. 28, ano 15, junho, 1994. p. 45-54. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-risco-na-sociedade-contempor%C3%A2nea>. Acesso em: 05 abr. 2017.

ENGELMANN, Wilson; FLORES, André Stringhi; WEYERMÜLLER, André Rafael. Nanotecnologias, Marcos Regulatórios e Direito Ambiental. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

FIORINO, Daniel J. Voluntary initiatives, regulation, and nanotechnologies oversight: charting a path. Project for Emerging Nanotechnologies, n. 19, nov. 2010. Disponível em: <http://www.nanotechproject.org/process/assets/files/8347/pen-19.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2017.

GALVANI, Pascal. A autoformação, uma perspectiva transpessoal, transdisciplinar e transcultural.

GUZMÁN, Katherine A.; TAYLOR, Margaret R.; BANFIELD, Jillian F. Environmental risks of nanotechnology: National nanotechnology initiative

HOHENDORFF, Raquel von; ENGELMANN Wilson. Iniciando a regulação (não tradicional) para as nanotecnologias: a construção do caminho a partir das possibilidades do framework e da árvore de decisão. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS.2015.

LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2005.
LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedade. Tradução Javier Torres Nafarrete. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 2007.

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução Saulo Krieger e Alexandre Agnolon – São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. México: Herder/Universidad Iberoamaricana, 1992.
MATURANA, Humberto. Transdisciplinaridade e cognição, 1999.

MENESTREL, Marc Le; RODE, Julian. Why did business not react with precaution to early warnings?. In: " Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation". Part D: Costs, justice and innovation". European Environment Agency. Disponível em: <http://www.eea.europa.eu/publications/late-lessons-2/part-d-costs-justice-and-innovation>. Acesso em: 05 abr. 2017.

MORIN, Edgar. Ciência com consciência. Tradução Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996. p.139

nanotecnologias: a construção do caminho a partir das possibilidades do framework e da árvore de decisão. XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS.2015.

NICOLESCO, Basarab. Um novo tipo de conhecimento - transdisciplinaridade, 1999. Disponível em: <http://www.vdl.ufc.br/solar/aula_link/llpt/A_a_H/didatica_I/aula_04/imagens/01/transdisciplinaridade.p>.Acesso em: 05 abr. 2017.

PASCHOALINO, Matheus P., MARCONE, Glauciene S. P., JARDIM, Wilson F. Os nanomateriais e a questão ambiental. Quím. nova, 33(2):421-430, 2010. Disponível em: <http://quimicanova.sbq.org.br/imagebank/pdf/Vol33No2_421_32-RV09047.pdf> Acesso em: 05 abr. 2017.

ROCHA FILHO, J. B. Transdisciplinaridade: a natureza íntima da educação científica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. Transdisciplinaridade e direito. In: SOUZA, Lelbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. Transdisciplinaridade e universidade: uma proposta em construção. São Leopoldo:Unisinos.2003.

ROCHA, Leonel Severo.Notas sobre Niklas Luhmann. In: Revista de Estudos Jurídicos. São Leopoldo: Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS, 2007.

SHEARER, Cameron. A guide to the nanotechnology used in the average home. Disponível em: <http://www.nanowerk.com/spotlight/spotid=43847.php> Acesso em: 05 abr. 2017.

SLUIJS, Jeroen van der; TURKENBURG, Wim. Climate change and the precautionary principle. In: FISHER, Elizabeth; JONES, Judith; SCHOMBERG, René Von. Implementing the precautionary principle, perspectives and prospects.Cheltenham: Edward Elgar, 2006.

SOUZA, Lelbo M. Lôbo de; FOLLMANN, José Ivo. Transdisciplinaridade e universidade: uma proposta em construção. São Leopoldo: Unisinos. 2003.

WEIL, P. Rumo à nova transdisciplinaridade. São Paulo: Summus, 1993.

O DESVELAMENTO DAS NANOTECNOLOGIAS EM TERRAS BRASILEIRAS: O (NECESSÁRIO) APRIMORAMENTO DO ENSINO JURÍDICO E O PAPEL DO GRUPO DE PESQUISA JUSNANO

Raquel Von Hohendorff [53]
Daniele Weber S. Leal [54]
Cristine Machado [55]
Wilson Engelmann [56]
Paulo Junior Trindade dos Santos [57]

Resumo:

Apresentar a necessidade de conciliação de abordagens curriculares diferentes, que envolvam a transdisciplinaridade, de modo a apresentar a era nanotecnológica, suas interfaces com o direito e o importante (e necessário) incentivo ao ensino transdisciplinar, com foco também na pesquisa e na extensão são alguns dos objetivos deste artigo. Por se tratar de uma tecnologia inovadora recente, importante definir conceitos, vantagens e desvantagens, e estudar possíveis riscos ao consumidor, assim como, de forma transdisciplinar, aproximar as diferentes áreas do conhecimento envolvidas. Utilizou-se o método de abordagem fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o comparativo, além da pesquisa bibliográfica. Como resultados tem-se a demonstração de que maneira as novidades nanotecnológicas estão inseridas na vida humana, e de que maneira o Direito vem enfrentando todas as interfaces nela envolvidas, abordando desde as promessas benéficas desta tecnologia até o contraponto delas- a inserção no cenário do risco e as incertezas científicas. Ademais, merece destaque o trabalho desenvolvido pelo grupo de pesquisa JUSNANO, que vem fomentando a produção de conhecimento na área, principalmente no âmbito da pós-graduação, o que vai ao encontro com a ideia de repensar o ensino nas universidades, incentivando a indissolubilidade da tríade ensino – pesquisa – extensão. Ressalta-se que o material elaborado pelo JUSNANO e distribuído para fomentar o conhecimento sobre as nanotecnologias, publicizando o grupo de pesquisa, e agindo de modo a efetivar a função de extensão pertencente ao ensino superior, permitiu a propagação das interfaces entre os nanoprodutos e o Direito à Informação de forma consciente e educativa. Assim, as informações positivas e negativas sobre as nanotecnologias e as suas aplicações chegaram ao público leigo, de modo a auxiliar na construção do direito à informação compreensível ao consumidor, acentuando a

[53]Mestre e Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); bolsista do PROEX/CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO. E-mail: vetraq@gmail.com

[54] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Unisinos/RS; integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO. Advogada. E-mail: weber.daniele@yahoo.com.br

[55] Acadêmica do Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), bolsista de iniciação científica CNPq; integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO. E-mail: kisinha7@hotmail.com

[56] Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS/Brasil; Professor deste mesmo Programa das atividades: "Transformações Jurídicas das Relações Privadas" (Mestrado) e "Os Desafios das Transformações Contemporâneas do Direito Privado" (Doutorado); Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Unisinos; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br

[57] Mestre e Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); email: pjtrindades@hotmail.com

importância da pesquisa e da participação do Direito nesta área de fronteira, demonstrando a necessidade de um pensar e agir transdisciplinar.

Palavras-chave: nanotecnologias. ensino jurídico. transdisciplinaridade. Grupos de pesquisa. Extensão. informação.

1 Introdução

Em tempos de ensino jurídico em crise, fragmentado, necessário que a educação nas universidades seja revisto. Se o Direito, como tradicionalmente conhecido, deve dar suporte à sociedade nas demandas apresentadas, maior ainda a necessidade de repensar o ensino prestado nas universidades, para que realmente esteja apto e inserido no cenário complexo apresentado, fomentando conhecimento de qualidade.

Por outro lado, com as mudanças obtidas por conta das novas tecnologias, como no caso das nanotecologias, surgem novos direitos, novos problemas e novas demandas então submetidas ao mundo jurídico. Portanto, estaria o ensino do Direito apto a lidar com essas novas demandas originárias das nanotecnologias?

Este contexto das nanotecnologias apresenta-se na sociedade contemporânea, com sua evolução em maior ritmo desde o início do Século XXI. A nanotecnologia já vem sendo aplicada e amplamente difundida em inúmeros setores produtivos, e, hoje, os consumidores, como em cremes, cosméticos, xampus, eletrodomésticos, celulares, nas áreas mais diversas, como engenharia, medicina, veterinária, etc. Entretanto, as demandas complexas das nanotecnologias, com surgimento de preocupações e questionamentos jamais pensados, estão colocando o Direito em constante cobrança. E somente a partir de um repensar do ensino jurídico, dando ênfase devida à pesquisa e extensão, conseguirá o mundo jurídico aprimorar o conhecimento científico, e a partir disto, produzir respostas adequadas a estas novas demandas.

Apresentar a necessidade de conciliação de abordagens curriculares diferentes, que envolvam a transdisciplinaridade, é o objetivo primordial deste trabalho, de modo a apresentar a era nanotecnológica, suas interfaces com o direito e o importante (e necessário) incentivo ao ensino transdisciplinar, com foco também na pesquisa e na extensão. Por se tratar de uma tecnologia inovadora recente, importante definir conceitos, vantagens e desvantagens, e estudar possíveis riscos ao consumidor, assim como, de forma transdisciplinar, aproximar as diferentes áreas do conhecimento envolvidas.

Portanto, será apresentada a promessa benéfica das nanotecnologias, bem como o contraponto dela, a inserção no cenário do risco e as incertezas científicas. Compreendendo a nanotecnologia como maior exemplo de inovação, demonstrar-se-á de que maneira esta novidade está inserida na vida humana, e de maneira o Direito vem enfrentando todas as interfaces nela envolvidas. Ademais, merece destaque o trabalho desenvolvido pelo grupo de pesquisa JUSNANO, que vem fomentando a produção de conhecimento na área, principalmente no âmbito da pós-graduação, o que vai ao encontro com a ideia de repensar o ensino nas universidades, incentivando a indissolubilidade da tríade ensino – pesquisa – extensão.

Ao final, ressalta-se o trabalho desenvolvido pelo grupo de pesquisa JUSNANO, que vem divulgando o conhecimento sobre as nanotecnologias, bem como a importância da pesquisa e da participação do Direito nesta área de fronteira, demonstrando a necessidade de um pensar e agir

transdisciplinar, de modo a favorecer e fortalecer o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

2 A Inserção Das Nanotecnologias Na Atualidade E A Interdisciplinaridade Do Ensino

Desde o início deste século XXI presencia-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias, as quais se inserem no contexto de inovações, o que por consequência gera uma série de novas demandas da sociedade. Tal escala de tecnologia equivale à bilionésima parte de um metro, aproximadamente dez vezes o tamanho de um átomo individual. A sua conceituação dispõe de uma terminologia imprecisa, inexistindo definições padronizadas internacionalmente (ENGELMANN; BORGES; GOMES, 2014, p.6).

Foi o físico norte-americano Richard Feynman (2002) considerado o profeta da nanotecnociência, cuja profecia foi anunciada em sua palestra *There is a plenty of room at the bottom* (‘Há mais espaços lá embaixo”), realizado no encontro anual da Sociedade Americana de Física no Instituto de Tecnologia da Califórnia, em dezembro de 1959. Naquela ocasião, o cientista abordou praticamente todos os conceitos importantes da nanotecnociência, embora sem nominá-la dessa forma. Uma das ideias defendidas seria que possibilitar-se-ia condensar, na cabeça de um alfinete, todos os 24 volumes da Enciclopédia Britânica, vislumbrando as futuras descobertas na fabricação de sistemas em escala atômica e molecular (FEYNMAN, 2002).

Até que a profecia posteriormente se confirmou:

> As previsões de Feynman, ainda que prematuras e audaciosas, vieram a se confirmar duas décadas depois. O cientista Eric Drexler foi responsável por popularizar o termo nanotecnologia nos anos 80, ao fazer referência à construção de máquinas tão pequenas que teriam escala molecular com poucos nanômetros de tamanho (ENGELMANN, 2013, p. 163).

A nanotecnologia é a manipulação da matéria em uma escala quase atômica para produzir novas estruturas, materiais e dispositivos. Esta tecnologia tem a capacidade de transformar muitas indústrias e pode ser aplicado de muitas maneiras a áreas que vão desde a medicina para a fabricação (NIOSH, 2009).

Quanto ao seu conceito, há grandes divergências ante a ausência de consenso sobre metodologias e características, sendo uma das mais recorrentes então a da ISO TC 229, que conceitua nanotecnologias da seguinte forma:

> ISO TC 229:
>
> Nanotecnologia: Normatização no domínio das nanotecnologias, que inclui um ou ambos dos seguintes procedimentos:
> 1. Compreensão e controle da matéria e dos processos em escala nano, tipicamente, mas não exclusivamente, abaixo de 100 nanômetros em uma ou mais dimensões, em que o aparecimento de fenômenos que dependem do seu tamanho normalmente permite novas aplicações,
> 2. Utilização das propriedades dos materiais em nanoescala que diferem das propriedades dos átomos individuais, moléculas, materiais a granel, para criar melhores materiais, dispositivos e sistemas que exploram essas novas propriedades (tradução do autor). (ISO TC 229, 2005)

Atualmente, é possível observar uma grande produção de novos utensílios, medicamentos, aparelhos domésticos em escala nanométrica. São promessas de benefícios nunca antes presenciados, dadas as particularidades da nanoescala. As nanotecnologias encontram-se nos mais variados setores da vida cotidiana, nos mais diferentes setores econômicos. Esta tecnologia em ultrapequena escala encontra-se no mercado, sendo amplamente consumidas, como nos protetores solares, telefones celulares, medicamentos, cosméticos, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, para indústria aeroespacial, naval e automotora, siderúrgica, entre outros. Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de desenvolvimento das nanotecnologias (HOHENDORFF, 2015, p. 09). Portanto, vislumbra-se na atualidade uma atenção por parte do Direito às nanotecnologias.

Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database (NPD)* - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Baseando-se na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 7226 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1120 companhias, oriundos de 52 países (NPD, 2017). Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas.

A presença das nanotecnologias está em quase todos os ramos da indústria, desde farmacêutica, bélica, cosméticos, até mesmo em aparelhos domésticos dos mais comuns, como se pode observar no guia publicado por uma revista online americana - *The Conversation*-, intitulado "*A guide to the nanotechnology used in the average home"* (CONVERSATION, 2016), onde estão listados uma série de produtos domésticos com esta nova tecnologia. Portanto, a era nanotecnológica vem dominando todos os espaços da sociedade, despejando no mercado inúmeros nanoprodutos, o que traz à tona complexidades antes sequer pensadas, que geram novos direitos e demandas, as quais o Direito deve ser reformular para respostas adequadamente.

Desta forma, a nanotecnologia é complexa, dinâmica, trazendo consigo tanto promessas de benefícios quanto o (potencial) risco, em virtude das incertezas científicas. Portanto, necessário entender melhor o fenômeno da era nanotecnológica, apropriando-se de todos conhecimentos disponíveis em outras áreas da ciência, fomentando a transdisciplinaridade.

Considerando a característica de transdisciplinaridade desta nova tecnologia, o que desde logo denota a complexidade de entendimento: conforme Lima (2014, p.20) discorre:

> Nano é o nome que vem do grego e, significa anão, um termo fundido com a palavra tecnologia que surgiu em 1974, o famoso termo nanotecnologia. É uma ciência transdisciplinar, e de difícil explicação pelo fato desta fazer parte das ciências da complexidade, ou seja, é uma ciência não pura como a física, a química e a matemática, mas, sim, uma ciência heterogênea, e em seu bojo há a combinação de muitas disciplinas. Portanto, poderá haver em único produto feito com esta ciência, traços de engenharia usando química, física, biologia, matemática, computação e outras novas ciências. (LIMA, 2014, p.20)

Assim, as nanotecnologias demandam a comunicação do Direito com demais áreas da ciência, de modo que todo o conhecimento sobre esta nova escala possa ser aproveitado, fomentando a

transdisciplinaridade, alcançando respostas aptas e adequadas a novas demandas enfrentadas pela sociedade.

Algumas das características que são úteis no desenvolvimento de produtos novos e melhorados também causam preocupação. Alguns nanomateriais são tipos inteiramente novos de materiais, que podem ter novos e inesperados efeitos sobre os organismos vivos. O tamanho pequeno dos nanomateriais leva à preocupação sobre se eles podem atravessar membranas biológicas e, assim, ser tomadas por células e órgãos. Além disso, partículas pequenas podem se acumular profundamente nos pulmões se inaladas e permanecer lá por um longo período, porque eles são limpos lentamente a partir desta parte do pulmão. Existe também a preocupação de que o aumento da reatividade de materiais conhecidos na nanoforma pode levar a efeitos aumentados ou indesejados nos seres humanos e no ambiente (THE DANISH ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY, 2015, p.7).

O risco é um aspecto tão abordado por diversos organismos internacionais (tanto governamentais quanto privados) que a União Europeia, ainda em 2014, lançou um livro chamado "*Guidance on the protection of the health and safety of workers from the potential risks related to nanomaterials at work*", traduzido como "Guia de proteção para saúde e segurança de trabalhadores face os potenciais riscos relatados em nanomateriais no trabalho", contribuindo para as estratégias da Europa 2020 (EUROPEAN COMMISSION, 2013).

Incide neste cenário, portanto, a preocupação mundial com as nanos. É possível observar que o debate e estudos vêm ocorrendo em nível mundial, nos países desenvolvidos, e de maneira progressiva nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

O tema das nanotecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro "Horizonte 2020" da União Europeia, estabelecendo expressamente: "[...] As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos ligeiros, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa" (HORIZON 2020).

No panorama nacional, verifica-se o estudo realizado em 2015, através do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA 2015) - onde debateram as Megatendências mundiais para 2030, com os atuais questionamentos sobre o que as entidades e personalidades mundiais pensam sobre o mundo – verificou-se o crescimento dos investimentos e aplicação no campo da nanotecnologia e biotecnologia.

> Até 2030, haverá manutenção da revolução tecnológica, integrando a biotecnologia, a nanotecnologia, as TIC e as tecnologias dos materiais em ritmo acelerado. Os avanços em áreas como novos materiais e bioengenharia estão mudando os princípios farmacêuticos e de cuidados médicos no que diz respeito a inovações em produtos e serviços para saúde humana. No campo da medicina, principalmente nos países desenvolvidos, há alta probabilidade de haver forte avanço em gerontologia e tecnologias genéticas, com uso de nanochips e tecnologia de microsensores, transplantes de órgãos, células nervosas, retina etc., que permitirá um aumento substancial na vida média humana. A convergência tecnológica também pode ser observada no campo energético [...]. No entanto, o ritmo de transformação tecnológica é difícil de prever e algumas novas tecnologias necessitam de estudo mais aprofundados e de estratégias de investimento, dado seu potencial impacto sobre o desenvolvimento humano. São exemplos disso o uso da biotecnologia e da nanotecnologia na geração de energia. Tudo indica, por exemplo, que a energia solar será muito mais eficiente no futuro. Essa eficiência ocorrerá em

> função dos avanços nos materiais utilizados, incluindo polímeros e nanopartículas (IPEA, 2015, p.110).

Ainda na conjuntura brasileira, a preocupação com a faceta ainda nebulosa dos nanoprodutos fez com que o governo brasileiro, através do secretário de Desenvolvimento Tecnológico e Inovação do MCTIC, Álvaro Prata, discutisse a regulamentação destes produtos:

> Ele observou, ainda, que a definição de critérios objetivos facilita não apenas o trabalho do regulador, que precisa conferir a ação e os efeitos adversos de cada item avaliado, mas também do agente inovador. "O produtor vai ficar sabendo exatamente quais informações ele terá que apresentar para sua invenção ser aprovada. Isso vai acelerar todo o processo, o que trará muitos benefícios para o país, principalmente do ponto de vista econômico, já que queremos que as inovações se transformem em produtos comerciais", explicou. De acordo com Granjeiro, a principal preocupação está relacionada aos efeitos crônicos da nanotecnologia. "Ainda é preciso realizar mais estudos sobre as consequências, tanto para as pessoas quanto para o meio ambiente, do uso continuado destes materiais. (LQES NEWS, 2017).

Dentre outras instituições internacionais, que promovem a pesquisa das nanotecnologias, com desenvolvimento de protocolos, guias, estudos com finalidade de minimizar os riscos, pode-se citar a OECD[58], NIOSH[59], Comunidade europeia, com *a European Safety Cluster*[60], Dinamarca[61], dentre tantos outros órgãos governamentais e privados.

Portanto, o debate transdisciplinar das nanotecnologias é uma realidade, de modo que o Direito também deve procurar um aprimoramento, a fim de dar conta desta nova realidade.

Outro dado importante é o crescimento no número de trabalhos científicos sobre as nanos, podendo observar que, no período compreendido entre os anos de 2000 e 2015, foi registrado um aumento de 154% no número de trabalhos científicos com a expressão "*Nanotechnology*". Deste total de trabalhos, apenas 6% consideram "*Nanotechnology and Risk*" e 2% com "*Nanotechnology and Risk assessment*" (WEB OF SCIENCE., 2017).

Portanto, a discussão das nanotecnologias demanda transdisciplinaridade, aprofundamento no estudo jurídico, promovendo então o desenvolvimento de pesquisa nesta área, através de mecanismos alternativos, que possam acompanhar o movimento dinâmico da escala nano e suas promessas.

A transdisciplinaridade objetiva ir além da compartimentalização do saber em disciplinas, ocupando novos espaços, entre as disciplinas e através delas, por meio da integração de conhecimentos. Trata-se de uma nova maneira de ser diante do saber, objetivando a compreensão mais adequada da realidade, bem como possibilita o desvelar de melhores maneiras de promover

---

[58]OECD (2016). Nanomaterials in Waste Streams: Current Knowledge on Risks and Impacts, OECD. Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>. Acesso em 31 mar. 2017.

[59]NIOSH [2016].Building a safety program to protect the nanotechnology workforce: a guidefor small to medium-sized enterprises. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, DHHS (NIOSH) Publication No. 2016-102. Disponível em: <https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>. Acessoem 13 mar. 2017.

[60]FINNISH INSTITUTE OF OCCUPATIONAL HEALTH.EUROPEAN NANOSAFETY CLUSTER.EUROPEAN UNION.Nanosafety in Europe 2015-2025: Towards Safe and Sustainable Nanomaterials and Nanotechnology Innovations. 2013. p. 50 Disponível em: <http://www.nanowerk.com/nanotechnology/reports/reportpdf/report159.pdf>. Acessoem 24 mar. 2017.

[61]THE DANISH ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY.Ministry of Environment and Food of Denmark. Better Control of nanomaterials: summary of the 4-year Danish iniciative on nanomaterials. 2015.

transformações mais eficazes e pertinentes. O ensino decorrente do processo transdisciplinar também deve ser mais eficiente e eficaz, possibilitando uma formação integral do ser humano.

O Grupo de pesquisa JUSNANO vem desenvolvendo trabalhos nesta área, promovendo o conhecimento das nanotecnologias pelo público leigo, fomentando a interdisciplinaridade e informação. Em projeto com apoio da FAPERGS, entre 2013 e 2015, foi produzido um livro, contendo os resultados do projeto de pesquisa, que poderá ser lido no link a seguir: https://dl.dropboxusercontent.com /u/63524573/wilson/final.pdf. Além deste livro, também se produziu uma História em Quadrinhos, mostrando, por meio de uma linguagem acessível ao leigo e de forma lúdica, as características das nanotecnologias aplicadas aos cosméticos, seus riscos e possibilidades regulatórias. A HQ pode ser lida no link a seguir: https://dl.dropboxusercontent.com/u/63524573/wilson/hq%20nanotecnologia.pdf.

Neste sentido, um dos objetivos do projeto do grupo JUSNANO é o de agir de modo transdisciplinar, em uma união do Direito com a Farmácia, criando materiais a serem distribuídos nas apresentações do grupo de pesquisa JUSNANO junto a escolas de ensino médio, para transmitir ao público consumidor maiores informações sobre estes novos materiais, bem como dar subsídios para que possam implementar seu direito à informação.

O material foi distribuído nas diversas apresentações do grupo, publicizando o grupo de pesquisa, a pesquisa sobre os nanocosméticos e a importância da pesquisa e da participação do Direito nesta área de fronteira, demonstrando a necessidade de um pensar e agir transdisciplinar, de modo a favorecer e fortalecer o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

Desta forma, a interface entre as nanotecnologias e o Direito, com a finalidade de prestar respostas aptas a dar conta deste novo mundo “nano”, é uma forma de fomentar a reflexão e aprofundamento nos três pilares de sustentação do ensino superior (ensino, pesquisa e extensão).

3 A Reflexão na Tríade Ensino-Pesquisa-Extensão e o Grupo De Pesquisa Jusnano

O ensino universitário do Direito precisa retomar o aprofundamento que se faz necessário na atualidade, principalmente se levadas em consideração as complexidades das novas demandas tecnológicas. É necessário refletir sobre o ensino jurídico, hoje, fragmentado. A pesquisa deve retomar sua função primordial nas universidades, de modo que o ensino universitário englobe não só a transmissão do conhecimento em sala de aula, mas também a pesquisa e a extensão. Neste sentido, leciona Ospina (1990, p. 101), "as funções seriam formar ou ensinar, investigar ou pesquisar e servir ou exercer a atividade de extensão". A partir desta premissa, é possível entender que o ensino universitário engloba não só a transmissão do conhecimento em sala de aula, mas a pesquisa, que pode ser pura ou aplicada, e a objetivação da pesquisa aplicada, através da extensão.

O ensino, a pesquisa e a extensão formam o tripé de apoio do processo de ensino-aprendizagem das universidades brasileiras. A Constituição Federal determina a “indissociabilidade “ entre essas vias de aprendizagem, que devem ter igual importância no processo formativo” (SOARES, FARIAS, FARIAS, 2010, p.12).

As primeiras experiências com extensão no Brasil foram vivenciadas na Universidade de São Paulo (1911), baseadas no modelo inglês, cujo enfoque era a formação continuada direcionada para o público adulto, já a Escola Superior de Agricultura e Veterinária de Viçosa e a escola Agrícola de Lavras foram responsáveis pela implantação do modelo americano, voltado para a

prestação de serviços nas áreas rurais e urbanas, por volta de 1920. O primeiro registro legal de Extensão Universitária data de 11 de abril de 1931, realizado por meio do Decreto Lei nº19851, que diz: " A extensão cabe: divulgar as atividades técnicas e científicas da universidade através de cursos e conferências." Pretendia-se, assim, estender, o conhecimento acadêmico para a população contribuindo para o desenvolvimento social (SOARES, FARIAS, FARIAS, 2010, p.12-13). Portanto, a extensão apresenta-se no contexto brasileiro há mais de 100 anos, contudo, não vem sendo utilizada de maneira produtiva, com qualidade, pelo ensino jurídico.

A Lei nº 9.394, de 1966, aborda no capítulo IV, a temática educação superior, sendo que no artigo 43 destaca-se a finalidade desta educação: "incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica", "comunicar o saber através do ensino" e "promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

Apesar de tantas resoluções, pareceres, decretos e reformas na legislação pertinente à educação superior, a indissociabilidade entre ensino-pesquisa-extensão ainda não corresponde ao previsto em lei. O que vemos é que estas instâncias são desenvolvidas de forma bem dissociada, desarticulada, desvinculada, fragmentada e sem nenhuma correlação. O que se pode observar, na realidade, é o desenvolvimento desses itens em forma de projetos que não correspondem ao caráter interdisciplinar e muito menos à ideia de uma formação tridimensional, o máximo que se pode notar, em algumas universidades é a articulação entre apensa dois elementos constituintes desse trio (SOARES, FARIAS, FARIAS, 2010, p.14).

Na visão de Moita e Andrade (2009, p. 269)

> De acordo com a legislação, o tripé formado pelo ensino, pela pesquisa e pela extensão constitui o eixo fundamental da Universidade brasileira e não pode ser compartimentado. O artigo 207 da Constituição Brasileira de 1988 dispõe que "as universidades [...] obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão". Equiparadas, essas funções básicas merecem igualdade em tratamento por parte das instituições de ensino superior, que, do contrário, violarão o preceito legal A indissociabilidade é um princípio orientador da qualidade da produção universitária, porque afirma como necessária a tridimensionalidade do fazer universitário autônomo, competente e ético.

Contudo, a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão ainda não é levada em conta na prática de muitos docentes, seja porque na graduação a ênfase recai sobre o ensino, ou porque na pós-graduação acentua-se a pesquisa (MOITA, ANDRADE, 2009).

Por outro lado, é fácil perceber que o ensino de Direito no país tem costumeiramente conservado o dogmatismo ainda dominante no pensamento jurídico. A ideia principal segue sendo de que o ensino é um simples processo de transmissão de conhecimentos, onde cabe ao professor ensinar (de qualquer modo), e, ao aluno, apenas aprender (sem precisar para tanto, pensar). Deste modo, ocorre a falha abismal do processo de ensino frente a sua meta primordial (desenvolver o senso crítico, o pensar autônomo), que apenas pode se concretizar através da livre tomada de consciência dos problemas do homem e do mundo, e do real e efetivo engajamento para solucionar estes problemas (MARQUES NETO, 2001, p. 209).

Ainda, neste sentido:

> O paradigma jurídico – dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimentos que vão muito além do que cabe nos

> seus postulados. Coma tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. Enquanto locais de circulação dos postulados da dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais (SANTOS, 2008, p. 71).

A formação acadêmica jurídica brasileira, ainda hoje, em muitos casos, consiste em repetir lições de manuais, copiar ementas de jurisprudência (sem análise do caso concreto), reproduzir a decisão judicial como verdade absoluta e copiar posições de códigos comentados.

Deste modo, nosso ensino jurídico anda em sentido inverso da fase cultural pós-moderna, uma vez que é "ensinado" um conhecimento baseado no positivismo exegético-normativista, sem qualquer profundidade ou seriedade maior, ao invés de formar profissionais jurídicos críticos, reflexivos e preocupados com a função social do Direito (MACEDO, 2012).

A atual incapacidade das escolas jurídicas em formar profissionais aptos a atuar em uma sociedade que vive com constantes transformações é pública e notória, estando associada ao modelo de ensino adotado, pautado na exigência de memorização de conteúdos, fragmentação dos saberes, especialização excessiva e em uma pedagogia centrada exclusivamente na figura do professor. Portanto, para que se possa efetivamente ensinar direitos humanos no ensino jurídico é preciso que os projetos pedagógicos existentes hoje sejam alterados, passando a considerar menos a dogmática e mais a realidade, isto é, para que os direitos humanos posam ser legitimados e concretizados é necessária uma educação preocupada com a sua origem histórica, com seus fundamentos e sua aplicação na realidade prática.

Conforme Warat (2004, p.71)

> [...] as articulações entre educação e direitos humanos devem supor um projeto pedagógico integrado que incite a viver e desfrutar dos direitos humanos: que permita a compreensão e o aprendizado do valor existencial, que implica para os excluídos e os esquecidos, o exercício das práticas reivindicatórias de seus direitos de alteridade (as pessoas precisam aprender a exercer o valor da vida através da realização dos direitos humanos: a biopolítica resistida e contestada por uma concepção e uma prática vitalista dos direitos humanos); e, fundamentalmente, que permita fomentar um estado de opinião que a leve a pensar que qualquer violação dos direitos humanos em qualquer lugar do mundo não nos pode deixar indiferentes, sendo de todos a responsabilidade de evitá-las.

Mesmo após anos e anos de discussões sobre a melhor forma de elaborar um currículo para o ensino jurídico brasileiro, continua-se preso à mesma forma de dar aulas, visando seduzir os alunos para ficarem na instituição e avaliarem bem o professor na avaliação institucional. A pedagogia da sedução de que falava Warat (ROCHA, 2012) foi totalmente corrompida e distorcida. Isso porque, "a busca desenfreada do lucro pelos empresários da educação, no campo do ensino jurídico, acaba por negar a própria ideia de direito enquanto expressão ética do justo, do equitativo, do certo e do bom. " (MACHADO, 2009, p. 103).

Basicamente, a formação acadêmica jurídica brasileira, na maioria dos casos, consiste em repetir lições de manuais, discutir em sala de aula apenas as ementas das jurisprudências - sem analisar o caso originário - (LUIZ, 2012) ou criticar a construção feita, e apresentar aos alunos decisões judiciais que melhor convém ao professor – juiz, advogado, promotor ou desembargador – naquele momento. O educador que deveria estar ali para ensinar, limita-se a transmitir o que leu nos

códigos comentados (quando não se permite apenas ler o artigo da lei) ou reproduziu o que estudou para trabalhar em seu caso de escritório. Desta forma, este mesmo professor acredita realmente ser possível em cinco ou seis anos concluir-se uma graduação com a pretensão de dominar todos os vastos campos do Direito.

Ainda, quanto ao ensino fragmentado, Edgar Morin (2003, p.43) dispõe que fruto desta inteligência parcelada, compartimentada, mecanicista e reducionista, ocorre como rompimento da complexidade do mundo em fragmentos disjuntivos, fracionando os problemas e separando o que está unido. Aos estudantes foi ensinado apenas a separar, compartimentar, isolar e não unir os conhecimentos (COSTA, 2007, p.75).

A transdisciplinaridade tão comentada e "introduzida" no ensino jurídico brasileiro nos últimos anos, não é efetivamente aplicada, nem em sala de aula, nem na estrutura curricular e muito menos na estrutura docente das universidades. Dificilmente há espaço para um professor com formação em outra área ser professor do curso de Direito, mesmo que seja uma área complementar (COSTA; ROCHA, 2014). Da mesma forma, as publicações em revistas de outras áreas, mesmo que mais qualificadas, não são incentivadas, pelas mesmas organizações que dizem que o caminho é a transdisciplinaridade. Ao publicar um artigo em uma revista da área da filosofia, por exemplo, mesmo que o tema seja filosofia do direito, o professor não receberá a mesma pontuação em sua avaliação, que o colega que pode ter escrito algo inferior, mas publicou em uma revista do Qualis Direito.

Segundo Maria Elisa de Mattos (2008, p. 276)

> Cabe à Universidade possibilitar aos estudiosos a ordenação dos conhecimentos científicos e o encontrar maneiras de aplicá-los a situações reais com responsabilidade, o que exige uma relação contínua e profícua entre a Universidade e as diversas comunidades, tanto em nível local quanto global. Mas isso só poderá ser realizado se os que aprendem tiverem uma visão do conjunto. Nesse caso, é necessário que os professores e os pesquisadores não se enclausurem em suas especialidades e que debatam as possíveis consequências de suas descobertas cientificas. Este trânsito de conhecimentos é um aspecto extremamente importante da Transdiciplinaridade

Aprendizagem necessária é a união de alunos e discentes compreendendo, criticando e construindo de forma conjunta o conhecimento. Em outros termos, aprender, "significa buscar outras possibilidades" (DE GIORGI, 207. p. 256). Para isso, é preciso senso crítico, pesquisa, estudos alternativos e dedicação de todos os envolvidos. O lucro não pode gerir esta relação.

Este era o ideal waratiano: ensinar com paixão e criatividade, colocando as pessoas no centro do processo didático (ROCHA, 2012). Possivelmente, falta aos professores um pouco desta visão de educador.

> [...] um mágico, um ilusionista, um vendedor de sonhos, de ilusões e fantasias. Quando eu entro numa sala proponho, imediatamente, a substituição do giz por uma cartola. Dela sairão mil verdades transformadas em borboletas..., com meu comportamento docente, procuro a utopia, falsifico a possibilidade de produção de um mundo, de/e pelo desejo. Ministro sempre uma lição de amor, provoco e teatralizo um território de carências. Quando invado uma sala de aula se amalgamam ludicamente todas as ausências afetivas. O aprendizado é sempre um jogo de carências. De diferentes maneiras, sempre me preocupo em expor a crítica à vontade de verdade, partir da vontade do desejo, como bom alquimista que sou,

> transformo o espaço de uma sala de aula em um circo mágico. Assim é que executo a função pedagógica da loucura (WARAT, 1985, p. 152-3).

A fim de modificar esta visão equivocada do ensino jurídico, é necessário incentivar os três pilares de sustentação das universidades, incentivando o retorno à pesquisa científica, o que acarreta na participação qualitativa dos alunos, reafirmando os elos inseparáveis da pesquisa e universidade.

Maria Helena Sleutjes (1999, p. 106) explica:

> Pesquisar significa, efetivamente, participar de um universo qualitativa e constantemente transformado e quantitativamente enriquecido pelos novos conhecimentos que se vão somando ao longo desse processo. Portanto, a pesquisa é a atividade que dá sustentação ao ensino universitário, o que significa dizer, literalmente, que não existe universidade sem pesquisa.

Martins Filho (1997, p. 108) confirma a necessidade de ensino de qualidade, reafirmando a tarefa da pesquisa:

> O primeiro compromisso da pesquisa universitária é com a geração de conhecimento novo e com a transmissão desse conhecimento às salas de aula, o que só é possível com a detenção de saber próprio e a qualificação científica progressiva de seus professores.

A extensão universitária é importante para comprometimento com um ensino mais qualificado, sendo a atividade que, vinculada ao ensino e à pesquisa, disseminaria os conhecimentos gerados pela universidade, repassando-os à sociedade. Por óbvio, os conhecimentos ou técnicas a serem disseminados precisam representar uma diferença significativa na vida das pessoas ou de parte da sociedade para que haja interesse genuíno em sua transferência (SIEUTJES, 1999, p. 109).

Assim, a indissociabilidade pesquisa-extensão-ensino convoca os professores universitários à articulação de saberes. Ora, isso é particularmente importante para os que atuam na pós-graduação, pois devem ensinar a pesquisar. O reconhecimento da indissociabilidade deveria promover uma nítida articulação entre aquelas três atividades acadêmicas, em que o professor da pós-graduação, como orientador, tem papel de motivador, supervisor e avaliador de todo o processo de pesquisa em que se encontram seus alunos, ajudando-os a enxergar nessa atividade uma ética balizada pelo bem-estar das comunidades envolvidas nas pesquisas (MOITA, ANDRADE, 2009, p. 277).

E este é um dos objetivos do Grupo de Pesquisa JUSNANO, que existe no PPG Direito da Unisinos, como forma de estimular a integração da realidade vivida pelos alunos com o ensino e a pesquisa do Direito. Ainda, há no grupo, o estímulo ao trabalho de extensão, no sentido de expor ao público leigo a nanotecnologia, seus usos e possíveis riscos, também com a ideia de promover o Direito à Informação de forma consciente e educativa, transdisciplinarmente, permitindo assim que as informações positivas e negativas sobre as nanotecnologias e as suas aplicações cheguem ao público leigo, de modo a auxiliar na construção do direito à informação compreensível ao consumidor.

O grupo JUSNANO tem efetuado a propagação das interfaces entre a nanotecnologia e o Direito através de diferentes materiais, entre eles cartilhas e histórias em quadrinhos com informações sobre as possibilidades e riscos da aplicação das nanotecnologias, em cosméticos, dirigidas ao público consumidor leigo no assunto e um livro com conteúdo mais técnico)

permitindo inserção do Direito na seara de estudo das nanotecnologias, abrindo-o transdisciplinarmente para o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala nanométrica.

O cenário global, onde está inserida a pesquisa e a produção das pesquisas sobre nanotecnologia, é o momento da emergência da participação de um diversificado conjunto de autores, dos quais os consumidores tem um papel essencial, especialmente no que tange ao direito à informação, para que possam fazer opções fundamentadas, objetivando resguardar sua saúde e a do meio ambiente.

4 Considerações Finais

Apesar de há muito se discutir a crise do ensino de Direito no país, este tem costumeiramente conservado o dogmatismo ainda dominante no pensamento jurídico. Segue-se com a necessidade de uma visão transdisciplinar como modo de auxílio na busca pelo aprendizado, aliada ao necessário estudo aprofundado de uma unidade do conhecimento.

No atual cenário do ensino jurídico em terras brasileiras (desanimador), com cada vez menos interesse em aprendizado, mais foco na obtenção de um título a baixo custo (intelectual e monetário) e uma complexidade avassaladora na sociedade, necessária se faz a abordagem da transdisciplinaridade que é uma nova maneira de ser diante do saber, objetivando a compreensão mais adequada da realidade, bem como possibilita o desvelar de melhores maneiras de promover transformações mais eficazes e pertinentes.

Esta nova forma de ensino e de visão de mundo parece ser a única capaz de dar conta dos excessos de possibilidades que geram a complexidade que se apresenta ao Direito na atualidade, incluindo aqui os desafios gerados à sociedade pelas novas tecnologias. E, com isso, o tripé ensino, pesquisa e extensão precisa, obrigatoriamente, ser entendido como meta das universidades e de todos os cursos, incluindo o Direito.

A complexidade atual exige dos alunos mais do que estar presente em sala de aula, e dos professores mais do que reproduzir o conteúdo dos códigos. Faz-se necessário um maior envolvimento, e, por isso, uma visão interdisciplinar ou pluridisciplinar não são suficientes, sendo necessária a ideia de transdisciplinaridade. E, assim, a pesquisa e a extensão precisam, sim, fazer parte das habilidades a serem ensinadas e desenvolvidas nos cursos de Direito.

Uma das perguntas elencadas na introdução deste trabalho questiona se estaria o ensino do direito apto a lidar com as novas demandas originárias das nanotecnologias. E a resposta, infelizmente é de que o atual e tradicional modo de ensino jurídico brasileiro não é apto no enfrentamento das novas demandas surgidas da sociedade complexa.

Um novo Direito, capaz de dar as respostas necessárias às novas demandas da atual sociedade complexa revolucionada pela tecnociência, precisa nascer e este nascimento, sem dúvida, passa por uma necessária mudança na forma de ensino, que deve despertar o desejo pelo saber e pela participação crítica e interativa dos alunos (peças elementares na construção de um novo modo de ensinar e aprender). E, isso, sem sombra de dúvida, passa pela utilização de novas técnicas transdisciplinares de ensino, pesquisa e extensão.

Somente com mudanças de mentalidade dos diferentes atores envolvidos no ensino jurídico este poderá deixar de ser apenas um ensino bancário, em que o professor somente deposita e o aluno

repete, e tornar-se uma atividade ligada à pesquisa e extensão, cumprindo com sua função social de transformar e melhorar a realidade.

E, entre outras funções e ações do grupo de pesquisa JUSNANO, pode-se mencionar que a divulgação do conhecimento acerca das nanotecnologias, como atividade de extensão universitária, é uma das formas de colocar em prática a transdisciplinaridade necessária no atual contexto. Este trabalho de extensão universitária é a prova da necessidade de participação de um diversificado conjunto de atores, agindo de forma transdisciplinar, de modo a favorecer e fortalecer o debate com as demais áreas do conhecimento preocupadas com a Revolução Científica em escala manométrica. É a demonstração da possibilidade de que o ensino do Direito pode gerar profissionais que desenvolvam melhorias sociais a toda a população, pessoas e profissionais capazes de enfrentar a complexidade social contemporânea em busca de uma sociedade melhor.

Referências

COSTA, Barbara Silva; ROCHA, Leonel Severo. *Da Tecnicização do Saber Jurídico ao Desafio de uma Educação Transdisciplinar.* Encontro Nacional do Conpedi Florianópolis. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ ufsc/livro.php?gt=137 Acesso em 09 abril de 2017.

COSTA, Bárbara Silva. *A (In)suficiência do paradigma dogmático no modo de observar e ensinar o direito.* 2007. 232 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, RS, 2007.

DE GIORGI. Raffaele. *Ciencia del derecho y legitimacion*. México: Universidad Iberoamericana, 2007.

ENGELMANN, Wilson; BORGES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz. *Responsabilidade civil e nanotecnologias.* São Paulo: Atlas, 2014.

ENGELMANN, Wilson. *Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental*. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

EUROPEAN COMMISSION. *Guidance on the protection of the health and safety of workers from the potential risks related to nanomaterials at work.* Junho 2013. Disponível em:<https://osha.europa.eu/pt/legislation/guidelines/guidance-protection-health-and-safety-workers-potential-risks-related> .Acesso em: 01 mar. 2017.

FERREIRA, Maria Elisa de Mattos. Universidade, Cultura e Transdiciplinaridade. FRIAÇA, Amâncio [et. all]. *Educação e Transdiciplinaridade III*. 2. ed. São Paulo: TRIOM, 2008.

FEYNMAN, Richard P. *Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física.* SBPC/Labjor Brasil, atualizada em 10 nov. 2002. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>. Acesso em 01 abr. 2017.

FINNISH INSTITUTE OF OCCUPATIONAL HEALTH.EUROPEAN NANOSAFETY CLUSTER.EUROPEAN UNION. *Nanosafety in Europe 2015-2025*: Towards Safe and Sustainable Nanomaterials and Nanotechnology Innovations. 2013. Disponível em:

<http://www.nanowerk.com/nanotechnology/reports/reportpdf/report159.pdf>. Acesso em 24 mar. 2017.

HOHENDORFF, Raquel Von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (orgs.). *Direitos Humanos e Novas Tecnologias*. Jundiaí, Paco Editorial: 2015.

HORIZON 2020 em breves palavras: *O programa-quadro de investigação e inovação da EU*. Disponível: <https://ec.europa.eu/programmes/ horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf>. Acesso em 10 mar. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Megatendências mundiais 2030: o que entidades e personalidades internacionais pensam sobre o futuro do mundo?:*contribuição para um debate de longo prazo para o Brasil / organizadora: Elaine C. Marcial. – Brasília: Ipea, 2015.

ISO. *ISO/TC 229 Nanotechnologies*. 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983>. Acesso em 08 mar. 2017.

LIMA, Edilson Gomes de. *Nanotecnologia: biotecnologia e novas ciências*. 1. ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2014.

LQES NEWS. BOLETIM. *Ministério discute a regulamentação de produtos oriundos de nanotecnologia*. Disponível em: <http://lqes.iqm.unicamp.br/canal _cientifico/lqes_news/lqes_news_cit/lqes_news_2016/lqes_news_novidades_2152.html>. Acesso em 29 mar. 2017.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de LenioStreck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MACEDO, Elaine Harzheim; MACEDO, Fernanda dos Santos. *O Ensino Jurídico no sistema globalizado: repensando a educação e a pesquisa.* XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012, Uberlândia. Disponível <http://www.publicadireito .com.br/artigos/?cod=feab05aa91085b7a> Acesso em: 10 mar. 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Introdução ao estudo do direito*: conceito, objeto, método. 2 ed.Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARTINS FILHO, J. *Em defesa das universidades*. Brasília, Crub, 1997.

MOITA, Filomena Maria Gonçalves da Silva Cordeiro; ANDRADE, Fernando Cézar Bezerra de Andrade. Ensino-pesquisa-extensão: um exercício de indissociabilidade na pós-graduação. *Revista Brasileira de Educação* v. 14 n. 41 maio/ago. 2009.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva; Jeanne Sawaya. 8 ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: Unesco, 2003.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE *(NPD)*. Disponível em: <http://product.statnano.com/>. Acesso em 17 abr. 2017.

NIOSH. Department of health and human services. Centers for Disease Control and Prevention. *Approaches to Safe Nanotechnology: Managing the Health and Safety Concerns Associated with Engineered Nanomaterials*. Mar. 2009. Disponível em: <https://www.cdc.gov/niosh/docs/2009-125/pdfs/2009-125.pdf >. Acesso em 02 abr. 2017

NIOSH [2016]. *Building a safety program to protect the nanotechnology workforce: a guide for small to medium-sized enterprises*. By Hodson L, Hull M. Cincinnati, OH: U.S. Department of Health and Human Services, Centers for Disease Control and Prevention, National Institute for Occupational Safety and Health, DHHS (NIOSH) Publication No. 2016-102. Disponível em: <https://www.cdc.gov /niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>. Acesso em 13 mar. 2017.

OECD (2016). *Nanomaterials in Waste Streams*: Current Knowledge on Risks and Impacts, OECD. Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/ 9789264249752-en>. Acesso em 31 mar. 2017.

OSPINA, G. L. *Definição de uma agenda para o ensino superior nos anos 90*. In: Crub. Universidade, Estado e sociedade na década de 90. Brasília, 1990.

ROCHA, Leonel Severo. A aula mágica de Luis Alberto Warat: Genealogia de Uma Pedagogia da Sedução para o Ensino do Direito. IN: *Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos-Mestrado e Doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. v. 134. São Paulo: Cortez, 2008.

SIEUTJES, Maria Helena Silva Costa. Refletindo sobre os três pilares de sustentação das universidades: ensino-pesquisa-extensão. *RAP Rio de Janeiro* 33 (3). 99-111.Maio/Jun 1999.

SOARES, Leandro Rafael; FARIAS, Milene Cristine Moreira; FARIAS, Michele Moreira. Ensino, pesquisa e extensão: histórico, abordagens, conceitos e considerações. *Em Extensão, Uberlândia, v.9, n.1, p. 11-18, jan./jul. 2010.*

THE CONVERSATION.*A guide to the nanotechnology used in the average home*. Jul. 2016. Disponível em: <http://theconversation.com/a-guide-to-the-nanotechnology-used-in-the-average-home-59312> Acesso em 13 abr. 2017.

THE DANISH ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY. Ministry of Environment and Food of Denmark. *Better Control of nanomaterials: summary of the 4-year Danish iniciative on nanomaterials*. 2015.

WARAT, Luis Alberto. Direitos humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo et al (Org.). *Educando para os direitos humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade.* Porto Alegre: Síntese, 2004.

WARAT, LuisAlberto.*A ciência jurídica e seus dois maridos*. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1985.

WEB OF SCIENCE. Pesquisa Básica. Disponível em: <http://www.webofknow ledge.com>. Acesso em 01 de mar. de 2017.

A OBSERVAÇÃO SISTÊMICA DA LICITAÇÃO E A ASSIMILAÇÃO SUSTENTÁVEL DAS NOVAS TECNOLOGIAS.

Adriano Tacca[62]
Graziela de Oliveira Köhler[63]

Resumo:

O objetivo central desta reflexão é uma observação diferenciada da comunicação licitatória em relação aos sistemas parciais, tendo como pano de fundo a assimilação sustentável das inovações tecnológicas. A base teórica encontra suporte na Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos de Niklas Luhmann, tendo em vista a dimensão comunicacional do tema e suas consequentes complexidades e contingências. Ao final, o trabalho realiza uma conexão com o bem comum, utilizando-se da licitação como um importante instrumental de gerenciamento das novas tecnologias. Conclui-se, portanto, que a licitação é uma importante ponte sistêmica para fomentar o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chaves: Teoria sistêmica. Licitação. novas tecnologias. sustentabilidade.

1 Itrodução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a licitação de uma forma diferenciada, observando-a como um mecanismo que integra um sistema social autopoiético. Nessa ótica, propõe-se a delinear um contorno ao papel comunicacional desse instrumento em relação às proposições do desenvolvimento sustentável.

Tem-se que a licitação é um incremento de ressonância no sistema social. E a partir disso, os seguintes questionamentos são suscitados: 1- como diferentes subsistemas, operacionalmente fechados, podem assimilar a noção sustentável de novas tecnologias? 2- Em que medida a licitação pode ter um papel conector entre tais subsistemas?

Responder a tais problemas torna-se viável através da noção de sistemas parciais desenvolvida por Niklas Luhmann e do conceito de acoplamento estrutural. Dessa forma, a matriz pragmático-sistêmica foi eleita como método base do estudo, tendo em vista a dimensão comunicacional do tema e suas consequentes complexidades e contingências.

Isso posto, o trabalho foi dividido em três itens: o primeiro, aborda a sociedade como um sistema social; o segundo, retrata as organizações empresárias e a abertura cognitiva; o terceiro e último, observa a licitação como uma ponte sistêmica apta a fornecer a assimilação sustentável das novas tecnologias.

---

[62] Pós-doutoramento em Direito público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Direito pela ULBRA. Professor titular do Centro Universitário da Serra Gaúcha (FSG). Especialista em Direito Processual pela UCS. Advogado. E-mail de contato:adriano.tacca@gmail.com.

[63] Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Professora titular da Faculdade da Serra Gaúcha (FSG). Advogada. E-mail de contato: grazielak@superig.com.br.

2 A sociedade como um sistema social

A sociedade, na atualidade, possui características que evidenciam o acelerado processo de transformação social. Sob tal perspectiva, é diferenciada funcionalmente, em razão de processos evolutivos e especializações internas que afloram da própria sociedade. Essa característica é marcada pela operação dos sistemas parciais a partir de funções específicas a cada um deles. O Sistema Parcial do Direito, bem como o da Política ou da Economia são exemplos desses sistemas que se especializaram e operam em um contexto complexo. (VIAL, 2015).

Por isso, a complexidade é ponto nuclear dessa análise, isso pois, "los sistemas median entre la escasa capacidad del hombre para elaborar sus vivencias conscientemente y la extrema complejidad del mundo". (LUHMANN, 2006, p. XI). De fato, a abordagem da complexidade, presente na sociedade permite traçar múltiplas autodescrições da própria sociedade.

A ideia de sistema é que tudo está conectado ou mesmo interligado. Nesse sentido, a análise focará a sociedade como um sistema social mais amplo de reprodução de comunicação através da comunicação. Os fundamentos da teoria sistêmica de matriz luhmanniana possibilitam uma observação mais sofisticada da própria sociedade, eis que permite conjugar a autorreferência, o paradoxo, a indeterminação e a estabilidade de valores próprios de cada sistema social.

O despertar dessa teoria teve início, quando, no passado, tentava-se insistentemente estabelecer a diferença existente entre as ciências e a humanidade. Dito de outra forma, a diferença entre as ciências da natureza e as ciências do espírito. O fato de a humanidade não ter conseguido demonstrar resultados similares ocorre justamente porque essas ciências assumiram identidades diferentes. Por isso, vivemos instalados "en la diferencia, no en la unidad". (LUHMANN, 1998, p. 25).

Sobre a temática afirma-se:

> Las teorías de la tomada de decisiones y de la planificación, de la programación de ordenadores, de la investigación y de la metodología, así como la cibernética y el análisis de sistemas confluyen hacia la complejidad; por otra parte, la hermenéutica, la jurisprudencia, la teología, la pedagogía y disciplinas similares confluyen hacia el sentido del sentido. (LUHMANN, 1998, p. 26).

Mais especificadamente, quando se analisa a complexidade, logo emergem dois conceitos, ou seja, o primeiro está relacionado à distinção entre elementos e relações. Para tanto, imaginando que um determinado Sistema Parcial (Direito) ao ter acrescido o número de elementos no seu interior, cresce igualmente a dificuldade combinatória de cada um desses elementos com os demais elementos presentes no interior desse sistema, ou seja, "el número de relaciones posibiles deviene demasiado grande com respecto a la capacidad de los elementos para establecer relaciones" (LUHMANN, 1998, p. 26).

Essa complexidade impõe ao sistema a necessidade de realizar uma seleção. Essa necessidade de escolher acaba por obrigar que este qualifique os seus elementos passíveis de escolha. A qualidade a que nos referimos está relacionada à capacidade seletiva limitada do sistema, a saber, "es la neguentropía comparada con la entropía - que significa que todas las relaciones

logicamente posibiles tienen uma oportunidad igual de realización". (LUHMANN, 1998, p. 26). Isso ocorre pois:

> El numero de relaciones posibles em abstracto entre los elementos de um sistema aumenta exponencialmente com respecto al aumento del número de los elementos mismos (dos elementos formam cuatro relaciones, três elementos nueve, etxétera). En consecuencia, cuando en un sistema los elementos se vuelven muy numerosos, el número de relaciones alcanza tal tamaño que ya no son controlables inmediatamente por el sistema mismo. Eso conlleva que no todo en el sistema puede actualizarse y ponerse en relación simultáneamente: todas las operaciones del sistema remite a un ámbito de posibilidades ulteriores. (CORSI, 2015, p. 43).

É nessa perspectiva que as operações que ocorrem internamente nos Sistemas Parciais devem eleger uma dentre as possibilidades admissíveis. (LUHMNANN, 1998). De fato, é desse raciocínio que se evidencia que a complexidade impõe a necessidade da realização de uma seleção. Logo, complexo é "a soma de elementos, que em razão de uma limitação imanente de capacidade de conexão do sistema, já não possibilita que cada elemento permaneça sempre vinculado". (LUHMNANN, 2004, p. 184).

Por consequência, quando nos depararmos com ordens de elementos quantitativamente grandes, somente será possível ocorrer à conexão dos elementos sob a condição de que ocorra conjuntamente, de forma seletiva, um acoplamento. Nesse sentido, quando imaginamos a comunicação habitual que esteja ocorrendo de forma casual entre vizinhos de uma mesma rua, observamos que não seria possível que um determinado morador, de forma cotidiana, pudesse se comunicar com todos os vizinhos ao mesmo tempo. Talvez pudesse ele tão somente comunicar-se com um dos vizinhos ou mesmo com um grupo de vizinhos. Portanto, quando nos comunicamos com um, dentre o universo de vizinhos que residem naquela região, é que ocorre a seleção, e apenas com esse vizinho é que ocorre à comunicação. (LUHMNANN, 2009).

A exemplo do que ocorre na conversa entre vizinhos, na sociedade complexa onde tudo pode acontecer, será necessário realizar um corte, uma seletividade de alternativas dentre as existentes. O referido corte (seletividade) passa a ser realizado pelos sistemas parciais da sociedade, segundo a comunicação específica de cada um deles. Essa função é demonstrada como mecanismo empregado para reduzir a complexidade do mundo, tornando assim possível ao observador compreendê-lo. (LUHMANN, 1996).

Em outro aspecto, toda informação enviada a um Sistema Parcial da Sociedade, ou mesmo, irritado por ela, pertence a um âmbito de possibilidades alternativas de informação que estão presentes no ambiente da sociedade. É, pois, devido a essa funcionalidade que toda seleção de informação deve ser realizada entre outras várias alternativas existentes.

Nesse sentido, "a la pergunta 'que piensas de eso?' se responde de uma manera entre otras, la noticia del aumento del costo del dinero se comenta de uma manera entre otras". Disso, constata-se que é necessário selecionar uma dentre as possibilidades de relação entre os elementos e, por conseguinte, algo "se capta como um dato y el resto se deja em el asfondo como âmbito de referencia." (CORSI, 1996, p. 44).

Merece ainda ser destacada a diferença de complexidade encontrada no interior de um dos sistemas parciais da sociedade e aquela existente no ambiente do referido sistema, ou seja, na sociedade. Isso ocorre, pois, este último sistema (sociedade) contempla sempre mais complexidade que o próprio Sistema Parcial que dela faz parte.

Assim, poder-se-ia indagar como seria possível para um Sistema Parcial, visivelmente menos complexo, conseguir estabelecer uma relação com o ambiente da sociedade (visivelmente mais complexo que o próprio sistema)? Para responder a esse questionamento é preciso compreender que o ambiente (sociedade) não deve ser conceituado como uma espécie de sistema que contempla maior complexidade e amplitude. Mas, sim, devemos compreender que o ambiente é tudo aquilo que não pertence a um dos sistemas parciais da sociedade. Essa relação demarcatória que ocorre entre Sistema Parcial da Sociedade e o ambiente que o cerca, é o que permite toda essa sistemática poder continuar operando. (LUHMANN, 2009).

Essa distinção é necessária na medida em que o mundo se apresenta ao homem a partir de uma multiplicidade de:

> Possíveis experiências e ações em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. (LUHMANN, 1983, p. 45).

Cabe, no entanto, destacar que ao falarmos de complexidade, não podemos confundir a redução com a exclusão da complexidade. Isso, pois a própria complexidade é conservada por meio da referência comparativa, ou seja, as possibilidades não selecionadas se mantêm disponíveis para outras possibilidades de seleção, embora não tenham elas a garantia de serem escolhidas no futuro. (FEDOZZI, 1997).

Isso equivale a afirmar que a opção do sistema de selecionar uma das possibilidades, pode ser sempre diferente. Dessa forma, surge a contingência, ou seja, a opção selecionada poderia ter sido realizada de outro modo. Em resumo, podemos afirmar que a "complexidade tem o significado de uma seleção forçada, e a contingência significa perigo de desapontamento e a necessidade de assumir riscos" (LUHMANN, 1983, p. 45).

De fato, a redução da complexidade significa que uma estrutura de relações entre elementos se (re)constrói em um número menor de relações em um Sistema Parcial da Sociedade. Nesse sentido, "la complejidad se realiza y mantiene en el sistema sólo mediante reduciones: reducción y mantenimiento de complejidad no están em contradicción, aun si se necesitan mutuamente". (CORSI, 1996, p. 14).

Por isso, a redução da complexidade significa a manutenção seletiva de um âmbito de possibilidades com bases estruturais. Serão essas estruturas que irão determinar quanta complexidade interna poderá cada Sistema Parcial criar. Igualmente, a manutenção ou redução da complexidade é dependente dessas estruturas, uma vez que são elas que prelecionam as possibilidades de relacionar elementos entre si. (CORSI, 1996).

Além dessa, outra característica que não pode ser esquecida na análise da complexidade é a que se refere à questão "tempo". Com base nessa perspectiva, é necessário analisar os elementos que devem se conectar como unidades relacionadas a instantes temporais, ou melhor dizendo, aqueles que se apresentam como acontecimento, como operações. Nesse caso, a teoria dos sistemas requer operações recursivas, ou seja, exige que sejam retiradas e antecipadas operações que temporalmente não são atuais dentro do próprio sistema. (LUHMANN, 1998).

Dessa forma, cada Sistema Parcial da Sociedade alinha todas as operações próprias no estado histórico do momento, ou então, cada vez que opera, o faz de maneira única e, portanto, constrói todas as repetições artificialmente dentro do seu próprio modo de operar. Assim: "Disuelta en la dimensión del tiempo, la complejidad no sólo aparece como secuencia de estados diferentes,

sino como simultaneidad de estados establecidos y estados todavía no estabelecidos" (LUHMANN, 1998, p. 105).

Sob tal perspectiva, podemos pressupor que uma alternativa tem como resultado necessário a não opção pelas alternativas contrárias. No Direito, isso significa que, existindo uma norma, necessário será igualmente analisar não somente o permitido, mas também o proibido (SCHWARTZ, 2005). Por sua vez, quando analisamos a complexidade interna ao Sistema Parcial do Direito, temos que este somente assumirá a estrutura de um sistema social, se for capaz de definir problemas que, por serem suficientemente gerais, sejam suscetíveis de tipificar-se como complexidade especifica interna desse Sistema Parcial. Por sua vez, essa função deve garantir prestações à sociedade, da mesma forma que a sociedade pode constantemente irritar o Sistema Parcial Direito, seja por intermédio de conflitos, expectativas, fatos, fenômenos, seja mesmo pela sedimentação de sentido. (DE GIORGI, 2011).

Isso demonstra a necessidade que a teoria sistêmica "desenvolva um potencial de complexidade que a torne capaz de se refletir em si mesma" (CLAM, 2005, p. 100); assim, possa reduzir a complexidade interna de cada sistema, consequentemente, diminuindo a complexidade do seu entorno, ou seja, da própria sociedade. Dito isso, no próximo tópico, analisaremos as organizações empresariais e a respectiva abertura cognitiva.

3 As organizações empresárias e a abertura cognitiva

Nesse ponto, cabe esclarecer que as empresas são consideradas como organizações no âmbito da observação sistêmica. Essas organizações são observadas como sistemas autopoiéticos que, além dos trabalhos de Luhmann, destacam-se os estudos realizados por Mansilla no Chile, especificamente acerca da gestão e comunicação organizacional.

Luhmann (2007, p. 24) descreve as organizações como sistemas fechados que se produzem e reproduzem a partir de uma diferença entre sistema e entorno. Esses sistemas são operacionalmente fechados (clausura operacional), tendo a autorreferência como ponto central para a constante reprodução do sistema, pois promove a diferenciação que permite estabelecer os vínculos com seu entorno.

O observador que utiliza tais noções, pressupõe que a diferença é produzida pelo próprio sistema. Isso significa dizer que esse sistema produz a si mesmo como organização. (LUHMANN, 2010, p. 79). Mansila (2011, p. 53) ensina que "son sistemas que producen – en la clausura operacional – las decisiones que los forman". Certamente, não basta o sistema simplesmente existir, ele deve se reproduzir a partir de seus próprios produtos. (LUHMANN, 2010, p. 71). Há uma observação de si mesmo, distinguindo-se do seu ambiente.

Luhmann (2010, p. 70) explica que na auto-observação os sistemas não observam a si mesmos como um objeto fixo, pois suas "propiedades se deban conocer, sino que usa la propia identidade sólo para poder sacar a relucir determinaciones siempre nuevas y para poder abandonarlas de nuevo". Assim, os sistemas ou subsistemas autopoiéticos podem se auto-organizar, inclusive com a variação de suas estruturas, fato que permite a continuação da autopoiese.

Tem-se que a estrutura é muito importante para a manutenção do sistema, tendo em vista que este somente consegue operar em estruturas autoconstruídas, visto que não há possibilidade de importação ou exportação destas. Para Luhmann (2010, p. 116), "a grande utilidade do conceito de

estrutura é compreender como se pode conciliar uma alta complexidade estrutural com a capacidade de operação de um sistema".

Como o sistema conta com critérios próprios em que consegue a auto-organização e a autorreprodução de forma independente, ele se fecha operacionalmente, que por sua vez, há um sistema autopoietico. Funcionam em clausura operacional, ou seja, operam somente no âmbito de operações próprias, sem influências diretas do entorno.

Evidentemente que esse fechamento não pode ser confundido com a entropia da antiga tese dos sistemas, uma vez que o "encerramento não se entende isolamento termodinâmico, mas somente fechamento operacional; ou seja, que as operações próprias do sistema se tornem recursivamente possíveis pelos resultados das operações específicas do sistema". (LUHMANN, 2010, p. 103). Esse sistema diferenciado permite a sincronia de um fechamento operativo e de uma abertura cognitiva. Rocha (2013, p. 35) ensina que "um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, operativamente fechado, para manter a unidade, e cognitivamente aberto, para poder observar a sua diferença constitutiva".

Sob essa ótica, os membros das organizações, apesar de ser parte do entorno interno, não são elementos da sua operação comunicativa. São considerados sistemas de personalidade dos trabalhadores que restam acoplados estruturalmente com o sistema organizacional. (MANSILLA, 2011, p. 136). A organização, por meio de sua auto-observação busca fatores de motivação para que possam ser acolhidos por seus membros. Na mesma lógica, os clientes das empresas são observados como acoplamentos sistêmicos em relação ao entorno externo da organização. (MANSILLA, 2007, p. 120).

A auto-observação é a forma pela qual o sistema fechado pode se abrir ao entorno, pois as operações de um sistema necessitam da distinção de autorreferência e heterorreferência, tanto para a própria orientação como também para produzir informações. "Autorreferencia, en el sentido de referirse a la red de las decisiones propias y de heterorreferencia, en el sentido de la motivación de decisones, la cual no puede nunca consistir sólo em el hecho que en el sistema ya se haya tomado uma decisión". (LUHMANN, 2010, p. 90). Desse modo, a organização observa a si mesma como partícipe da comunicação, tornando-se receptora e produtora de informações.

Schwartz (2004, p. 29) explica que

> por intermédio da comunicação, o sistema absorverá e filtrará, mediante seu código específico, as influências externas, selecionando sua especificidade, trazendo-as, para seu interior recursivamente hermético, onde a questão será (re)processada em sua lógica clausural, autorreferencial e autopoiética.

As organizações definem critérios seletivos em relação ao entorno, posto que as informações externas são filtradas ao aspecto do que é considerado válido para o sentido organizacional. "En cuanto receptora de comunicaciones, las propias estructuras de la organización regulan a través de que informaciones ésta se deja irritar e impulsar a la própria elaboración de información". (LUHMANN, 2010, p. 75). Assim, as informações processadas são aquelas que geram irritação em suas estruturas. Entende-se por irritação a capacidade que o sistema detém em reagir a fatores externos. Percebe-se, assim, que as organizações são sistemas altamente seletivos.

Nas empresas privadas, as informações externas são comunicações vitais que estimulam novos processos de adaptação e investimentos em inovações, que surgem como respostas às necessidades comunicativas. O exemplo de Mansilla (2007, p. 120) é o seguinte: uma organização bancária criou um Banco 24 Horas, posteriormente, os demais bancos necessitaram utilizar tal tecnologia como respostas às irritações daquela primeira comunicação. Para esse autor, "en la

relación sistema/entorno se ensayan distintas configuraciones, de tal manera que systemas y entornos co-evolucionam ofreciéndose mutuamente variadas possibilidades de vincularse". (MANSILLA, 2007, p. 25).

Sobre isso, Teubner (2005, p. 84) sintetiza:

> Um sistema capaz de internamente distinguir entre autorreferência e heterorreferência torna-se dependente do ambiente, utilizando as perturbações externas como requisitos às suas próprias operações, seja como irritações, seja como oportunidades para mudanças estruturais. A multiplicação dessas microssincronizações entre sistema e nicho leva, finalmente, a um caminho comum de desenvolvimento, a uma deriva estrutural do sistema com o nicho e a uma coevolução de diversos sistemas estruturalmente acoplados.

Por outro lado, a organização emite comunicação por meio da tomada de decisão, "en cuanto emissor de comunicaciones, la organización toma decisiones acerca de lo que quiere o no dar-a-conocer". (LUHMANN, 210, p. 76). Dessa maneira, produz eixos de orientações para outros sistemas, a exemplo das relações contratuais, as informações a imprensa, a publicidade, etc. Na lógica de Luhmann, essa possibilidade ocorre pela participação da organização na comunicação da sociedade.

Tem-se que as empresas são organizações acopladas a demais sistemas que exigem eficiência e qualidade em relação aos seus produtos, bem como enfrentam novas irritações diante dos mercados globalizados. Tais sistemas fechados estão "estruturalmente conectados ao seu nicho, quando usa acontecimentos do ambiente, como perturbações, a fim de construir ou mudar as suas estruturas internas". (TEUBNER, 2005, p. 84).

Da *noise* do externo, ele produz a ordem interna. (TEUBNER, 2005, p. 84). Por tal motivo, a ideia de acoplamento estável entre as decisões do sistema e as reações do entorno não são cabíveis na atualidade. O sistema organizacional não aprende somente a partir de seus efeitos, ao contrário, o entorno sofre transformações independentemente da organização, haja vista a existência de outros sistemas autopoiéticos. (LUHMANN, 2010, p. 101).

Na lógica empresarial, a organização retoma a si mesma por aprender e confiar na evolução dos resultados de adaptação, o que é complexo em razão da interdisciplinariedade de técnicas envolvidas. (MANSILLA, 2011, p. 102). O desenvolvimento organizacional necessita da tecnologia, pois essa é o meio direcionado a um fim, que pode ser benéfico ou não. (WREN, 2009, p. 8).

Nesse sentido de preocupação, destaca-se que o desenvolvimento organizacional em grande escala demonstra o caráter dinâmico das tecnologias que, de certa forma, atuam como fluxo e refluxo em relação aos valores culturais da organização e da sociedade. (WREN, 2009, p. 4). Esse desenvolvimento conduziu a gestão empresarial a trabalhar em uma frente de constante melhoramentos em tecnologias de fabricação e distribuição de produtos.

Nessa ótica, podemos observar a licitação como uma importante ponte sistêmica, uma vez que pode fomentar a assimilação sustentável na produção de novas tecnologias, conforme tópico a seguir.

4 A licitação como ponte sistêmica: uma forma de assimilação sustentável das novas tecnologias

A licitação, produz eixos de orientações para outros subsistemas, uma vez que se trata de um "procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse" (MEIRELLES, 2013, p. 290). Destaca-se que o signo vantagem não está restrito à concepção financeira, vai além disso, pois engloba a promoção do desenvolvimento econômico e sustentável do país.

O artigo 3º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Através do referido mecanismo, a administração pública realiza uma comunicação sistêmica ao seu entorno, que ao mesmo tempo apresenta o seu poder de compra e define os critérios para a futura contratação administrativa. Nesse passo, o ente público é dotado de uma função social que deve levar em conta instrumentos e mecanismos adequados com o bem da coletividade. Assim, o proveito retirado de um processo licitatório passa a alcançar meta-níveis sociais e, somente com isso é que a contratação pode atender a uma utilização eficiente dos fundos públicos. (GARCIA, 2011, p. 125).

Para García (2011, p. 126), a licitação é uma ferramenta jurídica ao serviço dos poderes públicos. E justamente através dela que torna-se possível alcançar objetivos que estejam de acordo com a sustentabilidade ambiental, ampliando assim sua função social e ambiental. Certamente, inferir critérios que estimulam formas sustentáveis de produção, comercialização, ou até mesmo em serviços, pode estimular o desenvolvimento de novas tecnologias com a orientação de sustentabilidade, o que a doutrina denomina de licitações sustentáveis.

O desenvolvimento sustentável, nas palavras de Carvalho (2003, p. 71) significa: "a política que busca estabelecer um ponto *optimum* de equilíbrio entre o crescimento econômico e a compatibilização com a proteção dos recursos naturais e o ambiente sadio, considerada obviamente a presença do Homem". Tem-se que a sustentabilidade está diretamente interligada ao desenvolvimento de novas tecnologias, o que envolve vários atores sociais.

Cabe referir que o item 4.23 da Agenda 21 prescreve:

> Os próprios governos também desempenham um papel no consumo, especialmente nos países onde o setor público ocupa uma posição preponderante na economia, podendo exercer considerável influência tanto sobre as decisões empresariais como sobre as opiniões do público. Consequentemente, esses Governos devem examinar as políticas de aquisição de suas agências e departamentos de modo a aperfeiçoar, sempre que possível, o aspecto ecológico de suas políticas de aquisição, sem prejuízo dos princípios do comércio internacional.

Nesse ponto, cabe lembrar do Triângulo de Sábato, uma proposição dos argentinos Jorge Sábato e Natalio Botana que retrata a necessidade da interação entre universidade, indústria e governo, como uma espécie de triangulação fundamental ao desenvolvimento econômico e social. Nessa perspectiva, o governo possui papel privilegiado por pertencer ao vértice superior dessa estrutura. (ETZKOWITZ, 2009).

Em perspectiva mais atual, Etzkowitz (2009) realiza uma análise que substitui a interação hierárquica por uma relação vertical, o que ele denomina de hélices, ou seja, apresenta a hélice tríplice como ponto propulsor das novas tecnológica. Essa ideia de interação busca um caráter funcional para a relação tênue entre inovação e empreendedorismo.

Evidentemente que as noções de triângulos e hélices não possuem conotação com a perspectiva sistêmica, mas encontram pontos de afinidades, especificamente em observar a diferenciação funcional de organizações distintas. Evidentemente, que a hélice observa a comunicação entre governo, universidade e indústrias enquanto a teoria sistêmica observa os sistemas parciais: Política, Direito, Economia e Ciência.

Nessa dimensão maior, alguns mecanismos apresentam-se como acoplamentos estruturais entre diferentes subsistemas, e é exatamente nesse ponto que surge a licitação como uma importante ponte sistêmica. Cabe referir que Rocha e Dutra (2005) já observaram os contratos sob essa ótica, em que conduzem ao entendimento de que tudo aquilo que é comunicado pelo instrumento contratual implica, de certa forma, em auto-irritações sistêmicas. Da mesma maneira, há a possibilidade de observar as licitações.

Tem-se que o acoplamento ocorre mediante interferências, que funcionam, segundo Teubner (1989, p. 173), "como uma espécie de ponte entre os subsistemas sociais, graças ao qual estes não apenas ultrapassam os horizontes da mera auto-observação, como se articulam reciprocamente num mesmo e comum evento comunicativo". Com isso, torna-se possível compreender que essas pontes realizam as ligações entre um sistema e outro.

Nas palavras de Rocha e Dutra (2005, p.289), o conceito de acoplamento estrutural

> pressupõe que todo sistema autopoiético opere como sistema determinado pela estrutura, quer dizer, como um sistema que pode determinar as próprias operações somente por meio das próprias estruturas. O que acoplamentos estruturais significam para a construção do sistema pode ser descrito com o conceito de irritação (Maturana diz 'perturbação'). Irritação também é uma questão completamente interna ao sistema. Não há nenhuma transferência de irritações do ambiente para o sistema, pois irritações se dão sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas ao sistema sendo, portanto, - do mesmo modo que informação – necessariamente produto do próprio sistema. O acoplamento estrutural possui uma parte que é interna ao sistema, essa parte pode ser indicada como irritação (ou perturbação) a qual não se desenvolve a partir de nenhum correlato no ambiente.

Verifica-se que cada sistema define critérios seletivos em relação ao seu entorno, posto que toda e qualquer informação externa acaba sendo filtrada por estruturas internas. Assim, podemos dizer que as informações processadas pelos critérios da licitação geram irritações em diferentes estruturas.

Outrossim, essas perturbações ocorrem quando um sistema não consegue observar o mundo a partir de suas próprias composições. E com isso, ele mesmo identifica uma ausência de efetividade em sua atuação, o que pode induzir a uma reação definida em sua clausura operacional.

As perturbações ou irritações, segundo Rocha e Dutra (2005, p. 300),

> são construções internas como resultado do confronto entre eventos externos e estruturas próprias do sistema, estando completamente dependente da reação dessas estruturas e não do evento externo. Assim, não existem irritações externas ao sistema, ou seja, não existem irritações no ambiente, elas são sempre auto-irritações.

Como isso, desvela-se o papel da comunicação licitatória, que envolve regras, exigências, formatos específicos, ou seja, tudo aquilo que a administração pública auto-reproduz para determinada aquisição, e que institui através da licitação. A partir disso, surgem variadas expectativas.

Desse modo, o conteúdo autoconstruído de uma licitação, como a definição de novas tecnologias sustentáveis, são comunicados dentro do sistema e relidos por múltiplos subsistemas. A irritação que disso decorre provocada a assimilação de um novo padrão de aquisição do poder público, o que permite um processo co-evolutivo.

5 Conclusão

A pesquisa realizou uma breve observação sistêmica da licitação, uma vez que sua instrumentalidade reflete em importante ferramenta comunicacional. O trabalho demonstrou que esse procedimento, essencial da administração pública, pode conduzir a novos estímulos evolutivos na seara social e ambiental.

Nessa senda, torna-se imperioso a menção de um projeto estatal direcionado ao bem comum, onde a licitação aparece com um importante papel conector entre variados subsistemas. Trata-se, na realidade, de um acoplamento estrutural multissistêmico de alta complexidade, tendo em vista que gera perturbações nas estruturas de múltiplos sistemas parciais.

A produção da comunicação da licitação produz consequências diversas e ao mesmo tempo pode operar como um ponto de referência unitário que conduz os atos públicos e privados em uma sintonia única. Assim, em resposta ao problema de pesquisa, pode-se afirmar que a assimilação da noção sustentável de novas tecnologias é possível com a contribuição da licitação sustentável.

Por fim, cabe destacar que a presente reflexão demonstrou a possibilidade de uma abertura cognitiva para assimilar o desenvolvimento sustentável através do processo licitatório. Essa noção confere suporte ao Poder Público em assegurar o equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações.

Referências

CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental. Dos Descaminhos da Casa à Harmonia da Nave.* Florianópolis: Habitus, 2003.

CLAM, Jean. A autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CORSI, Giancarlo. Versione ridotta e rivista di Malattie e salute: il contributo della teoria dei sistemi. In: CORSI, Giancarlo. *Salute e malattia nella teoria dei sistemi*. A partire da Niklas Luhmann.. Milano: FrancoAngeli, 2015. Disponível em: <http://www.francoangeli.it/ricerca/Scheda_libro .aspx?ID=22466>.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU:* Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. México, D.F.: Universidad Iberoamericana-ITESO/Anthropos. 1996.

DE GIORGI, Raffaele. Luhmann e a Teoria Jurídica dos anos 70. In: CAMPILINGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

ELSTER, Jon. *Explaining Technical Change*: A Case Study in the Philosophy of Science. Londres: Cambridge University Press, 1983.

ETZKOWITZ, Henry. *Hélice Tríplice*: Universidade –Indústria-Governo: Inovação em Movimento. Tradução de Cristina Hintz. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

FEDOZZI, Luciano. A nova teoria de sistemas de Niklas Luhmann. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann*: a nova teoria dos sistemas. Porto Alegre: Universitária, 1997. p. 18-36.

GARCÍA, Juan José P. Apuntes Introductorios sobre la Contratación Pública Verde em Europa y em España. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo*: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do 1º Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 125-126.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad*: de la unidad a la diferencia. Edición y traducción de Josetxo Berian y José María Garcia Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Introdução de Dario Rodriguez Mansilla. Barcelona: Anthropos: México: Universidad Iberoamericana: Santiago de Chile: Instituto de Sociologia. Pontifícia Universidad Católica de Chile, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Trad. de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad.* Ciudad de México: Universidade Iberoamericana/Herder Editorial, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad.* Barcelona: Paidós, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana/Herder Editorial, 2010.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1983. p. 45-46.

MANSILLA, Darío Rodríguez. BRÉTON, Maria Pilar Opazo. *Comunicaciones de la Organización.* Universidad Católica de Chile, 2007.

MANSILLA, Darío Rodríguez. *Gestión organizacional*: elementos para su estudio. 5. ed. Chile: Universidad Católica de Chile, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro.* 39. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jeferson Luiz Dellavalle. Notas introdutórias à concepção sistemista de contrato. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: Programa de PósGraduação em Direito da UNISINOS – Anuário 2004. São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p. 283-308.

SCHWARTZ, Germano. A diferenciação funcional do direito. In: ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

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

VIAL, Sandra Regina Martini. Construção do sistema social da saúde a partir da teoria sistêmica de Niklas Luhmann. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 113, mar./jun. 2015.

WREN, Daniel A.; BEDEIAN, Arthur G. *The history of management thought*. 6th ed. Hoboken: John Wiley & Sons, 2009.

O ANARQUISMO METODOLÓGICO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Andressa Pimenta Tomazini
Paulo Junior Trindade dos Santos

Resumo:

O presente artigo científico busca comprovar a presença de uma metodologia anárquica no processo decisional, apontando onde e como ele materializa-se na hora da tomada da decisão judicial. Para isso, apresenta-se a metodologia, a decisão judicial, o anarquismo e o anarquismo metodológico, como categorias essenciais desse estudo, bem como seus conceitos operacionais, pilares para a resposta do problema de pesquisa: as decisões judiciais revelam a presença do anarquismo metodológico? A confirmação da hipótese levantada aponta para a impossibilidade de unificação e generalização de entendimentos de casos e métodos de deliberar judicialmente. Outrossim, entendimentos já existentes servirão como referências e modelos facultativos para futuras decisões.

Palavras-chave: metodologia. Anarquismo. decisão judicial.

Abstract:

The present scientific article seeks to prove the presence of an anarchic methodology in the decision process, pointing out where and how it materializes at the time of the judicial decision. For this, methodology, judicial decision, anarchism and methodological anarchism are presented as essential categories of the study, as well as their operational concepts, which are substantial for answering the research problem: judicial decisions reveal the presence of methodological anarchism? The confirmation of the hypothesis raises points for the impossibility of uniting and generalizing the understandings of the cases and methods of judicial deliberation. In addition, existing understandings will serve as references and optional models for future decisions.

Keywords: methodology. Anarchism. judicial decision.

1 Introdução

> "O reconhecimento de que os padrões estão sujeitos à mudança diante da prática poderia ser indicativo de que a busca por uma metodologia universal a-histórica substantiva é fútil" (CHALMERS, 1994.P.18)

Toda produção científica, seja ela de qual natureza for, ocorre a partir de uma pergunta, um questionamento: um problema ou tema de pesquisa (BOTELHO, 2016). O avanço da ciência normal (KUHN, 2013.P.28) seja ele através da reafirmação ou quebra de paradigmas (KUHN, 2013.P.12) se dá com a busca da resolução de problemas não solucionados ou abordados de maneiras diferentes.

As decisões judiciais proferidas pelos diversos órgãos judiciários e tribunais são amparadas e fundamentadas através de dispositivos legais e normas constitucionais. Entretanto, o processo de tomada de decisão ultrapassa as fronteiras do direito e da objetividade, trazendo aspectos subjetivos do julgador, que muito embora não estejam explícitos, se fazem presente e influenciam na prestação jurisdicional.

O presente trabalho científico tem como objeto de estudo a metodologia das decisões judiciais proferidas pelos diversos Órgãos jurisdicionais brasileiros. Os estudos e reflexões acerca do tema culminaram no seguinte problema de pesquisa, o qual o presente trabalho científico pretende responder: as decisões judiciais revelam a presença do anarquismo metodológico?

Para a obtenção de respostas, nas fases de pré-elaboração e inicial do presente artigo, adotou-se uma postura dedutiva (LEHFELD, 2015.P.100), pois a partir das decisões judiciais, o estudo se aprofundou a fim de verificar a presença de elementos que poderiam comprovar ou não a existência de uma metodologia anárquica ligada ao processo decisório. Entretanto, no desenvolvimento e na conclusão, relatou-se de maneira indutiva, pois muito embora, inicialmente, existisse uma formulação geral, ela foi construída conectando elementos ligados ao assunto abordado.

Além disso, a pesquisa bibliográfica e documental possibilitou a reunião das ideias e posicionamentos a respeito do tema, a definição dos principais conceitos empregados e relacionados ao trabalho, a análise dos dispositivos legais referentes à decisão e do modo como são aplicados pelo Poder Judiciário.

Outros propósitos acompanharam esta pesquisa, quer sejam opor-se a "exatização" da metodologia na ciência jurídica e demonstrar que a subjetividade é intrínseca ao sujeito-julgado.

A técnica retira a sensibilidade humana no tocante ao método juridicizado, pois cria uma atmosfera nuclear de artificialidade do orgânico, supostamente formando o inorgânico que tolhe e sistematiza as técnicas inexpressivas do sentimento humano.

2 Conceito Operacional de Metodologia

Definir conceitos é de grande valia para a discussão, estudo, análise de qualquer problema de pesquisa. Apresentar previamente as nomenclaturas e termos elementares de um trabalho, ou seja, dar bases teóricas e conceituais aos leitores é de suma importância para a compreensão da ideia que almeja ser passada.

As noções e discussões acerca da metodologia são quase tão antigas quanto o próprio conhecimento. Os mitos, o jusnaturalismo, os pré-socráticos, o relativismo de Protágoras (MATTHEWS, 2007.P.8), a maiêutica de Sócrates, o mundo das ideias de Platão, a lógica de Aristóteles deram início ao surgimento das diversas formas de conhecimento existentes e utilizados atualmente, resultando nas várias conceituações e classificações dos métodos de produção do saber.

A preocupação com os diversos métodos, que são os meios utilizados para a produção do conhecimento científico foi intensificada por René Descartes (DESCARTES, 2011.P.10), em sua obra "O discurso do método", publicada no século XV, cujo objetivo era apresentar o método que ele utilizou para conhecer: "Portanto, meu propósito não é ensinar aqui o método que cada qual deve seguir para bem conduzir sua razão, mas somente mostrar de que modo me esforcei por conduzir a minha".

A partir disso, outros grandes nomes da ciência moderna e contemporânea como John Locke (LOCKE, 1999), Karl Popper (POPPER,2008), Thomas Kuhn (KUHN,2013), Paul Feyerabend (FEYERABEND, 1977) igualmente contribuíram para a metodologia.

Entende-se por método científico "Um procedimento de investigação e controle que se adota para o desenvolvimento rápido e eficiente de uma atividade qualquer. Não se executa um trabalho sem a adoção de algumas técnicas e procedimentos norteadores da ação" (BASTOS, 1993).

Nesse sentido, metodologia "será especificar as operações a serem realizadas e a forma como serão interpretados os resultados dessas operações, considerando-se o problema proposto. Ao mesmo tempo, a metodologia não deve ser somente uma lista de meios para a pesquisa, mas também uma explicação de como esses meios são preferíveis a outros" (barral, 2016). Logo:

> "A Metodologia tem como função mostrar a você como andar no "caminho das pedras" da pesquisa, ajudá-lo a refletir e instigar um novo olhar sobre o mundo: um olhar curioso, indagador e criativo... Adotar uma metodologia significa escolher um caminho, um percurso global do espírito. O percurso, muitas vezes, requer ser reinventado a cada etapa. Precisamos, então, não somente de regras e sim de muita criatividade e imaginação" (SILVA, 2005)

Tudo que é construído ou produzido possui um modo pelo qual foi feito. A resposta advinda à pergunta "como?" (LAKATOS, MARCONI, 2013.p.20) constitui um método. Não seria diferente na ciência jurídica, onde a decisão igualmente possui seu meio de produção, e nesse viés, ensina Carnelutti:

> È evidente che, nel proporre il metodo scientifico che abbiamo ora esaminato, il C. muove, più o meno consapevolmente, da proprie convinzioni sulla scientificità della giurisprudenza. È necessario perciò renderci conto del valore che egli attribuisce alla conoscenza giuridica, come la strutturi e la giustifichi. Per taluni autori (ad es., il Bobbio) tale problema è oggetto dì una metodologia intesa come ricerca filosofica (12). Il problema metodologico è quindi problema filosofico in quanto concerne il valore della scienza giuridica. La questione centrale, che questa ricerca deve affrontare e risolvere e che quindi costituisce la sua stessa ragione giustificatrice, riguarda la scientificità della scienza giuridica. (CARNEUTTI, 1967.P.18)

3 Contexto da obra

Além de precursor do positivismo lógico, René Descartes, foi predecessor das ideias positivistas pregadas no Círculo de Viena (SILVA, 1994.P.20), as quais, segundo Alan Chalmers, eram de distinguir a ciência do discurso metafísico e religioso, além de definir e caracterizar a ciência com métodos para a construção do conhecimento e critérios para ser avaliada:

> A caracterização geral da ciência buscada pelos filósofos a que me referi pretendia ser universal e a-histórica. Universal, no sentido de que se tencionava que fosse igualmente aplicada a todas as teses científicas. Os positivistas buscavam, por exemplo, uma "teoria unificada da ciência" (Hanfling, 1981, capítulo 6) que pudessem empregar para a defesa da fisica e da psicologia behaviorista e para criticar com severidade a religião e a metafísica. A explicação que se buscava para a ciência seria a-histórica no

> sentido de que deveria aplicar-se tanto às teorias passadas como às contemporâneas e às futuras. (CHALMERS, 1994.P.15)

O Circulo de Viena surge no início do século XX, "como um movimento em reação à filosofia idealista e especulativa presente e dominante nas universidades alemãs" (VIEIRA, 2016) e a intenção dos pensadores positivistas lógicos, em conformidade com Chalmers, era:

> [...] "divulgar uma nova concepção científica do mundo, caracterizada principalmente pela constituição de uma ciência unificada, que reunisse todos os conhecimentos proporcionados pelas diferentes ciências; eliminação da metafísica da estrutura do pensamento racional, pois não se pode chegar ao conhecimento daquilo que está além da experiência; análise lógica como método fundamental da ciência" (VIEIRA)

Hans Kelsen, também se fez presente no grupo, defendendo uma teoria pura do direito, ou seja, a separação total do direito com o discurso e valores morais, religiosos, populares, a fim de estabelecer e delimitar seu objeto de estudo. Deste modo, o direito adquiria o status de e passaria a ser respeitado como ciência: "A posição de Kelsen, a respeito do direito subjetivo, é uma decorrência lógica de sua *Teoria Pura do Direito*, que identifica direito e norma positiva e elimina do campo jurídico todos os conceitos estranhos ao sistema de normas positivas estabelecidas pelo Estado" (VIEIRA, 2016)

Em outras palavras:

> A teoria pura do direito é o ápice do desenvolvimento do positivismo jurídico. Para essa doutrina, o conhecimento é restrito aos fatos e às leis que os regem, isto é, nada de apelar para a metafísica, a razão ou à religião. Portanto, para o positivismo a ciência é o coroamento do saber humano, porque é a única confiável. Os demais conhecimentos, provenientes de outras fontes não são confiáveis e seriam postos de lado com o passar do tempo. O fundador do positivismo, Augusto Comte (1798-1857) profetizou que o último estágio do conhecimento é o científico, e que os demais (o religioso e o metafísico) tenderiam a desaparecer. Nesse sentido, Kelsen, como positivista crítico, defendeu a tese de que a teoria geral do direito, até aquele momento, não podia ser considerada uma teoria "científica", já que, ao formular os conceitos fundamentais de diferentes ramos do direito, ainda se prendia à considerações ético-políticas. Este é o intuito da teoria pura do direito: elaborar uma teoria do direito livre de qualquer especulação extra-jurídica (seja filosófica, ética ou política) (AUGUSTO, 2016)

Ainda no século XX, fora publicado a obra "A estrutura das revoluções científicas" (KUHN, 2013) de Thomas Kuhn, que muito embora trouxe alguns aspectos da lógica positivista, fez considerações inovadoras e fundamentais, que mais tarde influenciariam outros autores como Imre Lakatos e Paul Feyerabend, como o conceito de paradigma e um estudo da ciência que englobasse tanto a sua filosofia quanto sua história.

Diante desse contexto, o físico, filósofo e anarquista Paul Feyerabend escreve seu principal ensaio "Contra o método", publicado em 1977, em formato de um diálogo onde o filósofo atacaria o racionalismo e Imre Lakatos o reestruturaria, resumindo seus longos debates. Nesta obra, ele associou a ideologia anárquica à metodologia científica materializando a concepção de uma metodologia anárquica na produção científica essencial para seu progresso (FEYERABEND, 1977.P.2).

4 Anarquismo

O movimento anarquista teve início no século XVIII, com William Godwin e Pierre Joseph Proudhon e seu principal seguidor Mikhail Bakunin, os quais defenderam a extinção da propriedade e qualquer forma de governo, uma sociedade guiada exclusivamente pela racionalidade etc. Ainda, Proudhon, que foi o primeiro a se declarar anarquista, apresentou duras críticas ao sistema capitalista, englobando algumas ideias do socialismo utópico de Robert Owen, Saint Simon e Charles Fourier (SOUSA, 2016).

O termo anarquismo surge do grego "sem governo", o qual é entendido por um movimento que:

> "atribui, ao homem como indivíduo e à coletividade, o direito de usufruir toda a liberdade, sem limitação de normas, de espaço e de tempo, fora dos limites existenciais do próprio indivíduo: liberdade de agir sem ser oprimido por qualquer do "senso comum" e da vontade da comunidade geral — aos quais o indivíduo se adapta sem constrangimento, por um ato livre de vontade" (BOBBIO, 1998.P.23)

O termo anarquismo aponta:

> "uma sociedade, livre de todo domínio político autoritário, na qual o homem se afirmaria apenas através da própria ação exercida livremente num contexto sócio-político em que todos deverão ser livres. Anarquismo significou, por tanto, a libertação de todo o poder superior, fosse ele de ordem ideológica (religião, doutrinas, políticas, etc.,) fosse de ordem política (estrutura administrativa hierarquizada), de ordem econômica (propriedade dos meios de produção), de ordem social (integração numa classe ou num grupo determinado), ou até de ordem jurídica (a lei)" (BOBBIO, 1998.P.23)

Portanto, a doutrina anarquista pode ser resumida em apenas uma palavra, a qual também determinará, não só o conceito mas também toda a essência do método anárquico proposto por Feyerabend: liberdade.

O aspecto de processualidade na pós-modernidade-hiper-modernidade e afins fazem com que se componha uma sinfonia anárquica de liberdades diametralmente opostas em juízo, fazendo assim com que a justiça se torne o palco dos libertos, e em busca dela estão os que lá litigam. Sofre assim, o processo por sua evolução natural, que passa por uma revolução intrínseca e extrínseca, moldurada pela democracia participativa, vale aquí mencionar Satta, que: En efecto, de ***la acción la revolución*** se transporta al juicio, y la antítesis inconcialible se compone en la fórmula: juicio revolucionario***, proceso revolucionario,*** tribunal revolucionario. (SATTA, 1971. P.14)

5 A metodologia anárquica de Paul Feyerabend

No ensaio de Feyerabend, há, portanto, a união do conceito de metodologia e anarquismo, ora expostos por esta produção científica, para a formação do conceito de uma de suas mais brilhantes contribuições à ciência e sua metodologia, anarquismo metodológico, onde o autor demonstrou ser a ciência essencialmente anárquica e ainda que o anarquismo teorético é mais

humanitário e mais suscetível de estimular o progresso do que suas alternativas representadas por ordem e lei (FEYERABEND, 1977.P.17):

> "Devemos realmente acreditar que as regras ingênuas e simplistas que os metodologistas adotam como guia são capazes de explicar esse 'labirinto de interações'? Não é claro que, em se tratando de um processo dessa espécie, só pode ter participação bem sucedida um oportunista brutal que não se prenda a filosofia alguma e que adote a diretriz que a ocasião pareça indicar?" (FEYERABEND, 1977.P.19)

Ainda, demonstrou que o anarquismo metodológico já se faz presente nas produções científicas, pois a incapacidade de utilização de métodos rígidos, únicos e restritivos, leva o cientista a fazer adaptações no método original, criando novos métodos de produção do saber científico, os quais adequam-se ainda mais ao seu objeto de estudo e ao objetivo de sua pesquisa:

> "A idéia de conduzir os negócios da ciência com o auxílio de um método, que encerre princípios firmes, imutáveis e incondicionalmente obrigatórios vê-se diante de considerável dificuldade, quando posta em confronto com os resultados da pesquisa histórica. Verificamos, fazendo um confronto, que não há uma só regra, embora plausível e bem fundada na epistemologia, que deixe de ser violada em algum momento. Torna-se claro que tais violações não são eventos acidentais, não são o resultado de conhecimento insuficiente ou de desatenção que poderia ter sido evitada. Percebemos, ao contrário, que as violações são necessárias para o progresso. Com efeito, um dos notáveis, traços dos recentes debates travados em torno da história e da filosofia da ciência é a compreensão de que acontecimentos e desenvolvimentos tais como a invenção do atomismo na Antigüidade, a revolução copernicana, o surgimento do moderno atomismo (teoria cinética; teoria da dispersão; estereoquímica; teoria quântica), o aparecimento gradual da teoria ondulatória da luz só ocorreram porque alguns pensadores decidiram não se deixar limitar por certas regras metodológicas 'óbvias' ou porque involuntariamente as violaram" (FEYERABEND, 1977.P.29)

Ora, tais adaptações e ou violações no método original ou tradicional (FEYERABEND, 1977.P.271), comprovam que a liberdade, advinda do anarquismo, é necessária e deve prevalecer, sobretudo para que o pesquisador ou o cientista, produtor do conhecimento, estabeleça seus próprios meios, caminhos e instrumentos que o levará a atingir os resultados por ele esperados ou simplesmente obtidos.

O estabelecimento do método consiste na descrição de como será feito determinado estudo, pesquisa, trabalho, ou seja, é a definição dos caminhos e mecanismos que serão utilizados para a comprovação ou não das hipóteses elencadas. Todo conhecimento científico tem o poder-dever de ser verificável, correspondendo tanto a uma característica quanto a uma exigência científica, significando:

> [...] "a prova ou de constatação da experiência pela ação e demonstração de um fenômeno, com a preocupação básica de testar a consistência da validade desse fenômeno. O método adotado em uma pesquisa científica deve permitir a outro pesquisador atingir os mesmos resultados alcançados, desde que adote os mesmos critérios e procedimentos" (MOTTA, 2013.P.26)

Percebe-se então que a liberdade de estabelecer o método, de modo algum associa-se a ideia de uma ausência de método, como bem sintetizado por Alan Chalmers:

> Digo que a reação comum de horror em relação ao abandono de um método ou conjunto de padrões a-históricos, que vê a mudança como um abandono total da racionalidade, resulta de uma falha na distinção entre a rejeição do método ou conjunto de padrões universais e imutáveis, por um lado, que defendo, e a rejeição de todo método e padrão, por outro, a que resisto. Como já disse em outro texto (Chalmers, 1986, p. 26): "Não existe nenhum método universal. Não existe nenhum padrão universal. Contudo, existem padrões a-históricos contingentes implícitos nas atividades bem-sucedidas. Isso não significa um vale tudo em questões epistemológicas" (CHALMERS, 1994.P.8)

A diante, entrar-se-á na esfera do direito, englobando a decisão judicial, bem como suas características e método, a fim de conectar tudo que foi exposto, para ao final, apontar aonde se encaixa a metodologia anárquica na decisão judicial, convencendo o leitor não só de sua presença, como sua importante contribuição para um olhar individualizado do caso concreto e suas especificidades.

6 Decisão judicial e metodologia decisional

A decisão judicial pode ser definida como o resultado "da premissa maior, deduzida da lei e a premissa menor, decorrente dos fatos apurados, os quais, pela razão, poderiam redundar em uma conclusão lógica" (ATIENZA, 2014).

Conforme José Miguel Garcia Medina, "a sentença, no projeto de NCPC (tanto na versão do Senado, quanto na da Câmara dos Deputados) é definida pelo momento processual em que é proferida (já que "põe fim" ao processo ou "fase" processual) *e também* pelo conteúdo" (MEDINA).

Então, o que torna uma decisão *judicial*? O que a diferencia das demais? No conteúdo ou no interior da decisão, encontram-se elementos ou requisitos que caracterizam e distinguem a sentença, de decisões interlocutórias ou despachos dados ao longo do processo, os quais estão previstos nos Códigos Processuais Civil e Penal, respectivamente, nos artigos. 489 e 381.

Desse modo, para a compreensão do presente trabalho, tais elementos contidos em todas as decisões judicias, caracterizam e formam a parte objetiva da sentença, ou seja, onde é constituída as semelhanças entre si, e a diferenciação com relação a outras peças processuais.

A presença dessas informações, como por exemplo, o relatório dos autos, o apontamento dos dispositivos legais abarcados e principalmente a fundamentação, é importante para assegurar os direitos processuais das partes, impossibilitando dessa forma, que sejam proferidas decisões arbitrárias, ou embasadas, exclusivamente, por fundamentos que estão para além da esfera jurídico-normativa. Nesse sentido, a fundamentação tem um significativo papel, pois, segundo a Doutora Cláudia Servilha Monteiro, "a prevenção da arbitrariedade na justificação das decisões judiciais realiza-se pela apresentação de suas razões, o que lhes confere maior legitimidade" (MONTEIRO). Ainda, Lênio Streck afirma que:

> "a Constituição diz que a fundamentação é condição de possibilidade de uma decisão ser válida. Mais do que isso, esse dever de fundamentação coloca uma pá de cal sobre antigos entendimentos de que uma decisão poderia ser dada por livre convencimento, desde que esse fosse "motivado". Evidentemente que motivação não é o mesmo que fundamentação" (STRECK)

Deste modo, emprega-se, na lógica do presente trabalho, como conceito operacional (PASOLD, 2015.P.39) de fundamentação, a aplicação e adequação da conduta ao direito, ou seja, a subsunção do fato concreto à norma jurídica, bem como a indicação dos dispositivos e sustentação argumentativa de sua relevância para o caso analisado na peça decisional, compondo a parte objetiva da decisão, como dito anteriormente. De igual maneira, para a categoria (PASOLD, 2015.P.27) motivação, também será adotado um conceito operacional, quer seja ele, os motivos que levaram o julgador a julgar de um jeito ou de outro, os quais muitas vezes estão para além do direito e para além da fundamentação **jurídico-normativa** (OLIVEIRA).

Portanto, fundamentar a decisão não é o mesmo que motivar ou justifica-la como também assertivamente aponta, novamente, a autora Cláudia Monteiro:

> "em qualquer perspectiva da atividade decisional, justificar a decisão judicial significa torná-la aceitável mediante a indicação de sua fundamentação jurídica, ou seja, ela aplicou o Direito... A justificação é o índice de racionalidade que aquela decisão possui. São muitas as razões que podem estar incluídas em uma justificação, o emprego das razões justificadoras remete à questão axiológica. Para se justificar o Direito, ele deve estar articulado com o plano das valorações e também da moralidade. A compreensão do vínculo entre o fenômeno jurídico e o plano da moralidade é precondição de estruturação de uma Teoria da Decisão racional" (MONTEIRO)

Ainda, Michele Taruffo afirma que há dois pontos que englobam a questão da motivação na sentença, os quais confirmam a separação de uma fundamentação decisória e da motivação da mesma:

> La primera cuestión es que, a pesar de que se debe conducir la investigación en el sentido de considerar a la motivación como un fenómeno esencialmente jurídico, es necesario integrar las definiciones tradicionalmente propuestas en esta perspectiva, reconstruyendo la estructura de la motivación de una manera más amplia y articulada, que nos permita incorporar en ella también aquellos aspectos del fenómeno que han sido usualmente excluidos de la investigación jurídica (la cual, precisamente a causa de esa exclusión, ha terminado por tener una relevancia bastante precaria). Tales aspectos pueden reconducirse, en una síntesis extrema, a dos filones principales: el que atañe a la particular estructura lógica que debe tener un determinado conjunto de aserciones realizadas por el juez para que pueda cumplir el papel de motivar la sentencia, y el de la colocación funcional que, al interior de esa estructura, tiene el momento axiológico, es decir, el papel jugado por los juicios de valor que el juez necesariamente cumple en el camino que lo conduce a la decisión, y que deben ser expresados, y a su vez justificados, en el momento en el cual la decisión misma es justificada. También la segunda cuestión de orden metodológico nace de la constatación de la pluralidad de puntos de vista que pueden asumirse para analizar la actividad del juez, y por ello también para estudiar la naturaleza de la motivación. Esta cuestión se refiere a la imposibilidad de determinar una única definición "verdadera", y por lo tanto necesariamente excluyente de cualquier otra definición diversa, del fenómeno constituido por la motivación. Dicha imposibilidad es al mismo tiempo la consecuencia inevitable de haber asumido una determinada perspectiva metodológica a nivel general, y la premisa con base en la cual se puede escoger un modo correcto de proceder al análisis jurídico de la motivación. (TARUFFO)

Por consequência dessa separação de conceitos, a motivação, juntamente com o caso concreto e suas particularidades, passa a compor a parte subjetiva da peça decisional, onde se

encontrarão elementos que não mais as assemelham, mas sim as distinguem umas das outras, aspectos que as diferenciam entre elas mesmas. A motivação é o combustível da decisão, aquilo que impulsionará os mecanismos pelo qual se dará o processo decisional e então os resultados do jogo:

> Apresentar novo plano para análise da construção de decisões jurídicas demanda perceber as condições extra-discursivas que determinam o discurso jurídico, como efeitos da política, ideologia, economia, psicologia, psicanálise, etc., a partir do sujeito singularizado (mapa mental), provido de capacidade limitada de cognição e de inconsciente. Dito de outro modo, os determinantes conotativos que estão no campo da semântica, colmatados a partir do senso comum teórico, em cotejo com a singularidade do caso e do julgador, indicarão as possibilidades de sentido. Desse jogo processual singularizado surge a decisão. (ROSA, 2016. P.471)

Portanto, devido a:

> ...inegável a carga de subjetividade inerente a todo ser humano quando exerce qualquer juízo de valor, a decisão judicial proferida por um magistrado, também não se demonstra e nem poderia se demonstrar de forma diferente... A solução do caso e a análise de determinados pedidos não são um dado concreto, mas sim um construído, não há como desconhecer a influência dos aspectos subjetivos, ligados à história do julgador, no momento de realizar escolhas dentre as múltiplas variáveis de decisões (OLIVEIRA)

O processo da tomada da decisão e a metodologia decisional sofrem influências, as quais acarretam alterações na prestação jurisdicional e no julgamento final do caso concreto. As influências podem ser as mais diversas possíveis desde fatores biológicos como a fome (KAHNEMAN, 2012.P.50), o cansaço, o estresse, questões psíquicas como traumas ou abalos emocionais, até mesmo aspectos ideológicos e pessoais do julgador, quer sejam eles sua história (MONTEIRO), seus mestres, suas crenças, etc. Afinal, o julgador não julga contra si próprio, por isso que:

> O mecanismo da decisão é dos mais complexos, o que funda uma decisão escapa em sua essência à Teoria e à Filosofia do Direito e enquadra-se mais profundamente na intimidade do agente da decisão cujo universo é preciso compreender. A autoridade que julga cumpre um dever de Estado e ao mesmo tempo exercita uma parte flexível de suas próprias obrigações e limites no isolamento de sua individualidade e sob o influxo de procedimentos que pendulam entre o conteúdo da decisão e sua exteriorização formal, a sentença. (MONTEIRO)

Tais aspectos influenciadores são denominados, pelo brilhante jurista Alexandre Morais da Rosa, de variáveis as quais possuem capacidade de "mudar e influenciar o rumo do resultado decisional... tanto é assim que em julgamentos colegiados, excluída a má-fé, julgadores divergem, a partir das mesmas provas, sobre a configuração ou não da conduta". (ROSA, 2016.P.83)

Logo, a decisão judicial obedece a critérios metajurídicos, encontrados na motivação ou subjetividade do julgador, fazendo com que o jurista racionalize ou fundamente nos dispositivos legais e normas constitucionais "a posteriori uma decisão tomada a priori" (MONTEIRO), com objetivo a torna-la admissível à luz do direito positivo.

7 O anarquismo metodológico nas decisões judiciais

As interferências no método originário se fazem necessárias, visto que os objetos de estudo variam entre uma área e outra, um tipo de pesquisa e outro, para alcançar os objetivos almejados pelo pesquisador. Além disso, cada estudo possui suas particularidades, e para que as mesmas possam ser levadas em consideração, a autonomia na determinação do método mais apropriado, deve permanecer na mão do pesquisador, pois ele é, o indivíduo mais familiarizado e próximo com seu trabalho e seus objetivos. O produtor do conhecimento possui como dever objetivo apenas o detalhamento, com rigor, de todas as etapas de seu trabalho, permitindo a sua verificação e reprodução por parte de outros pesquisadores:

> "Francis Bacon compreendeu essa questão já no século XVII, ao escrever: sempre que passo a um novo experimenta de qualquer sutileza (embora em minha opinião esteja correto e eu o aprove), acrescento uma explicação clara sobre como eu o realizei; pois os homens, sabendo exatamente como cada argumento foi construído poderão ver se há algum erro ligado a ele e empenhar-se em criar provas mais confiáveis e mais requintadas, se tais provas puderem ser encontradas. Finalmente interponho por toda parte admoestações, escrúpulos e cautelas a serem tomadas, com um religioso cuidado em eliminar, reprimir e até exorcizar todos os tipos de fantasmas" (CHALMERS, 1994.P.67)

O método indutivo, dedutivo, sistêmico, analítico etc., podem não oferecer ferramentas suficientes para estudar determinado objeto. Por isso, há uma impossibilidade de concretização do estabelecimento e oferecimento de poucas e rígidas metodologias na e por parte da ciência. Cada um, devido à subjetividade presente, parte de um determinado ponto, observa por diferentes ângulos, e por isso necessita de metodologias diferentes e adequadas para o estudo, análise e alcance de determinado saber. O cientista é influenciado por variáveis, algumas coincidentes com aquelas pelo qual o julgador também o é.

Pontes falava que para reduzir a subjetividade, somente com a democracia, poderia assim ser reduzido tal aspecto confabular, chamado de arbitrário. Nesse sentido a democracia tem caráter libertário e, portanto, denota anarquismo, pois pode ser ele pressuposto subjetivo para a construção do direito.

Feito tais considerações finais a respeito do anarquismo metodológico na produção científica, falar-se-á, então, de sua presença nas decisões judiciais, traçando um paralelo e apontando semelhanças da primeira na segunda.

Similarmente ao que ocorre na área científica, no âmbito jurídico, mais precisamente na produção das decisões judiciais, existe uma tentativa de unificação e universalização do método de decidir, englobando não só a estrutura da peça mas igualmente seu conteúdo, através de súmulas, súmulas vinculantes, julgados, jurisprudências, modelos etc., a qual, como na produção científica, mostra-se inadequada e inaplicável.

Na área jurídica, para cada caso analisado mudam-se, inevitavelmente, as variáveis influenciadoras da prestação jurisdicional, modificando de alguma forma, seja ela explícita ou implicitamente, os resultados finais, pois mudam-se, da mesma forma, as estratégias, as provas, os jogadores, a arquibancada, os momentos da partida, e a própria modalidade do jogo (como por exemplo no processo penal tem a do furto, do roubo, do homicídio, do estelionato, etc.).

Destarte, o anarquismo metodológico se faz presente e deve ser defendido, na produção científica e na produção jurisdicional, respectivamente, em prol do progresso científico e sistema processual-constitucional, pois a liberdade de adoção do método avaliado por parte do cientista como o mais adequado à sua pesquisa é tão importante quanto garantir a liberdade de análise, motivação e fundamentação, por parte do julgador.

Considerando que cada caso é um caso, ou em outras palavras, admitindo que cada partida é diferente da outra, decidir mediante uma metodologia anárquica, nada mais é do que respeitar as peculiaridades de cada jogo processual, concretizar garantias positivadas como o devido processo legal, a individualização dos autos e da decisão, e ainda, assegurar aos jogadores que o jogo será "apitado" com base nele mesmo, e não em outras partidas já terminadas.

Em contra partida, decidir de maneira mecanizada, sistematizada e automatizada é então, no mínimo, afrontar o que foi dito acima, de modo a tratar os desiguais de maneira igual. É como um sistema composto por chave e fechadura onde há duas maneiras de abrir a porta: a primeira seria abrir todas as fechaduras com uma única chave, havendo como consequência certa dificuldade de encaixe ora devido ao tamanho, ora à espessura, ora ao comprimento, podendo ocasionar poucas ou muitas lesões nela; e a segunda, abrir cada fechadura com sua respectiva chave.

8 Conclusão

Embora muitas vezes o anarquismo metodológico apareça de maneira sutil e escondida por detrás da fundamentação jurídica, ele se faz presente na peça decisional e encontra-se na motivação, parte subjetiva da decisão, onde impera a subjetividade do julgador, a qual reflete no modo como se deu o processo decisório, e, por conseguinte na adoção de certo posicionamento.

Conclui-se então, no sentido de que, a presença da metodologia anárquica vai de encontro a possibilidade de unificação e generalização de entendimentos de casos e métodos de deliberar judicialmente, devido ao dever de observar, no sentido de considerar, individualmente cada jogo processual, bem como suas regras e participantes. Outrossim, as jurisprudências, os entendimentos, os casos julgados, e as súmulas servirão como referências e modelos que, facultativamente, podem ser seguidos em decisões futuras.

Ademais, não se deve procurar enrijecer o método de decidir, nem buscar um entendimento único por parte dos magistrados, porque a liberdade tanto para posicionar-se quanto para a modificação de posicionamentos são benéficas, pois permitem a reflexão sobre novos pontos de vista, a adequação do direito no tempo e no espaço, a mudança de paradigmas e uma resposta jurídica contextualizada. O direito não é estático, pelo contrário, há uma constante mudança nas variáveis do jogo.

Muito mais que permanecer na ilusão da existência prática de uma total neutralidade e imparcialidade por parte do juiz é, desde a academia, construir a intenção de um decidir constitucional, em prol dos ritos e princípios processuais e materiais, que vise a justiça, o bem comum e a concretização de direitos. A partir do momento em que a motivação e a subjetividade forem vistas com bons olhos, elas poderão cada vez mais serem direcionadas e utilizadas como ferramentas favoráveis aos objetivos do Sistema Judicial e dos sujeitos que o integram.

Bibliografia

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teoria da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

AUGUSTO, Igor Antonio Michallene. O que é a Teoria Pura do Direito. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7229>. Acesso em: 12 dezembro 2016.

BARRAL, Weber. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

BASTOS, Cleverson Leite.; KELLER, Vicente. *Aprendendo a aprender*: Introdução à metodologia científica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

BOBBIO, Norberto.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. 1.330p.

BOTELHO, Alexandre. Desmistificando a escolha do tema do TCC. *In: De fato e de direito,* Palhoça, 7, 2016.

CHALMERS, Alan Francis. *A fabricação da ciência*. São Paulo: EdUNESP, 1994. 183p.

DESCARTES, René. *O discurso do método*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

FEYERABEND, Paul. *Contra o método*. Tradução de Octanny S. da Motta e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. 488p. Título original: *Against Method*.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012. 497p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LAKATOS, Eva Maria.; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos da metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LEHFELD, Lucas de Souza.; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Monografia Jurídica*: Guia prático para a elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 159p.

MATTHEWS, Gareth B. *Santo Agostinho*: a vida e as ideias de um filósofo adiante de seu tempo. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. Fundamentos para uma teoria da decisão judicial. *Publica direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/claudia_servilha_monteiro.pdf>. Acesso em: 2016 agosto 22.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 30. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOTTA, Alexandre de Medeiros. Ciência, tecnologia e arte. *In:* MOTTA, Alexandre de Medeiros. *Teoria do conhecimento*: livro didático. Palhoça: Unisul Virtual, 2013. Cap. 2

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. Razão e emoção no ato de julgar: as contaminações do julgador e seus pré-julgamentos na fase de investigação preliminar. *Ebooks PUCRS*. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/26.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica*: teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2015. 232p.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008. 282p.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016. 528p.

SILVA, Edna Lúcia da.; MENEZES, Estera Muszkat. *Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação*. Florianópolis: UFSC, 2005.

SILVA, Marcos Rodrigues da. Um passeio pelas principais correntes da filosofia da ciência. *Scielo*. Disponível em: <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542010000600007&lng=e&nrm=iso>. Acesso em: 12 dezembro 2016.

SOLIS, Carlos. *La História de la Ciencia Despues de Khun*. Barcelona: Paídos, 1997.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Anarquismo. *Mundo Educação*. Disponível em: <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/anarquismo.htm>. Acesso em: 2016 dez. 28.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Conjur*, 23 abril 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc; >. Acesso em: 09 novembro 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Cresce o interesse dos alunos por hermenêutica. *Conjur*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-26/senso-incomum-cresce-interesse-alunos-hermeneutica-faculdades; >. Acesso em: 04 agosto 2016.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil* / Michele Taruffo, tr. Lorenzo Córdova Vianello. — México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.

VIEIRA, Leandro. O Círculo de Viena e Karl Popper. *Administradores*, 22 maio 2005. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/tecnologia/o-circulo-de-viena-e-karl-popper/501/>. Acesso em: 12 dezembro 2016.

DIREITO, COMPLEXIDADE E TECNOLOGIA

Raquel Von Hohendorff
Paulo Junior Trindade dos Santos
Gabriela Samrsla Möller

Resumo:

Na contemporaneidade, em razão da rapidez pela qual são criadas novas tecnologias, importa demonstrar como atua e como pode o direito atuar frente às inovações, pois estas consistirem em novos desafios à ciência jurídica, postos pelos novos horizontes que o contexto apresenta ao direito. Importante denotar se o direito transforma-se na mesma velocidade que a técnica, ciência e as tecnologias, e entender como o direito pode agir para resguardar os direitos do cidadão posto à sociedade massificada. A sociedade complexa em que se vive exige que o direito esteja preparado para absorver as novas manifestações da ciência na sociedade, no sentido de oferecer segurança à integridade psicofísica e pugnar pela Democracia. O fenômeno das tecnologias junto ao direito necessita de uma análise hermenêutica-fenomenológica, que permite seja desvelado o fenômeno pela justaposição textual e contextual.

Palavras-Chave: Direito. Complexidade. Novas Tecnologias.

1 Introdução

Nos últimos tempos, diversas foram as novas tecnologias criadas que causaram um grande impacto na vida das pessoas, das mais diversas formas. Porém, os diversos impactos das tecnologias na sociedade, tornam-se cada vez um maior desafio ao Direito, posto que o Direito manifesta-se a partir do momento em que conflitos são criados na sociedade. As tecnologias e seus desdobramentos manifestam-se de diversas formas, frutos da complexidade social e da rapidez do avanço de tecnologias que estão a frente da capacidade de apreensão dos fenômentos por parte do Direito.

Correlaciona-se a presente reflexão com a necessidade de o direito realizar uma releitura de suas bases científicas, pois é nítido que o direito posto à normativa clássica não é capaz de absorver esses novos fenômenos que se expressam pela criação tecnológica.

Uma vez que as tecnologias são indispensáveis ao homem moderno, cumpre ao direito pensar na *técnica, ciência e tecnologia* não como uma forma de crítica, como feito por muitos autores; mas sim como novos horizontes hermenêutico-fenomenológicos ao Direito.

2 A tecnologia e sua intervenção visível e invisível no social

A sociedade é construída sobre mitos e crenças, para além da compreensão e interpretação racional. Nesse sentido, ao realizar questionamentos sobre a ordem posta, estas não são elevadas ao

patamar necessário, pois confrontam o sistema que regre a sociedade, o qual está estabilizado sobre certas ideias – que não devem ser objeto de questionamento.

A essência do homem está em contínua transformação, porém, tende a uma ordem social com o fim de se alcançar uma boa convivência. O Direito possui o desafio de concretizar essa convivência em meio às confluências de uma pluralidade complexa, de modo que os conflitos que surgem devem ser vistos a partir de uma base que *aceita* e *resolve* o conflito, de forma construtiva.

Nesse panorama, a tecnologia, na sociedade atual, é a nossa crença e constrói o que entendemos por racionalidade. Todos os desenvolvimentos técnicos foram seguidos de discussões filosóficas, marcados principalmente entre o debate dos realistas e antirrealistas. O envolvimento da filosofia com a ciência subjaz nas questões epistemológicas "a ciência e a tecnologia partem do mesmo tipo de pensamento racional baseado na observação empírica e no conhecimento da causalidade natural, porém a tecnologia não está preocupada com a verdade, mas sim com a utilidade. Onde a ciência busca o saber, a tecnologia busca o controle." (FEENBERG).

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

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

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

Somos herdeiros de uma cultura industrial que se desenvolveu com as ciências modernas no século dezessete, com o iluminismo do século dezoito, com o mecanicismo do século dezenove, com a administração científica do século vinte: uma cultura positivista baseada na racionalidade, na mensuração, naquilo que os gregos chamam de *thésis*. Na atualidade, na medida em que as máquinas absorvem grande parte das atividades desse universo de precisão, os homens estão livres para o que os gregos outrora chamavam de *métis*, onde vige uma razão sensível. (MASI, 2017.p.263) Assim, quando não existiam tecnologias, utilizava-se tão somente o trabalho servil do homem, que era demasiado barato e vasto. A tecnologia trouxe consigo a possibilidade de o homem se aproximar do *homo ludens*; ou seja, a tecnologia pode fazer com que a sociedade caminhe para uma superação do sistema servil até então experimentado, permitindo-se que ele se dedique mais a atividades lúdicas do que fabris.

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

Segundo Galimberti, o humano é originariamente dedicado à técnica para compensar a insuficiência dos próprios órgãos, em uma busca para ampliar as capacidades que possui e objetivando facilitar a construção do mundo do qual a sua existência depende. (GALIMBERTI,

2006.p.174). Porém, nos últimos tempos, o homem aumentou de força expressiva seu poder sobre a natureza e se faz necessário o desenvolvimento de um sentimento de responsabilidade de acordo com este aumento de poder. "Para isso, não seria ruim se começássemos a contemplar a vida e a natureza em geral com uma atitude mais respeitosa e menos invasiva. Digamos que, considerando- -se ou não que a vida é sagrada (isto dependerá das ideias religiosas de cada um), no que todos podemos concordar é que a natureza não pode ficar reduzida a um mero objeto à nossa disposição" (DIÉGUEZ-LUCENA).

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

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

Antes da confluência ciência e técnica, era a práxis que precedia as ciências antigas, mas isso não vale mais para as técnicas postas a partir do século XIX: "*...la electrotecnia se inspiró en las investigaciones desinteresadas sobre el electromagnetismo; la electrónica, en las investigaciones sobre rayos catódicos; la ingeniería nuclear, en la física nuclear; los ordenadores se diseñan utilizando la física del estado sólido, que se basa sobre la mecánica cuántica; la química industrial utiliza la química básica, que a su vez usa la física atómica; la agronomía hace uso de la botánica y de la genética; la farmacología utiliza tanta bioquímica como fisiología; la biotecnología aplica biología molecular, hija de la genética; la psicotecnología y la psiquiatría serias se fundan sobre la psicología experimental y la neurocíencia; y todas las sociotécnicas hacen uso, bueno o malo, de la matemática y de las ciencias (mejor dicho, semiciencias) sociales. En resumen, en la sociedad moderna casi siempre la ciencia básica precede a la técnica, la que a su vez precede a la producción.*" (BUNGE, 2012.p.23-24) Dado que a sociedade moderna utiliza da técnica como meio para tantas ciências, Bunge critica Jacques Ellul (ELLUL, 2003) e Heidegger (HEIDEGGER, 1997) ao denominar-lhes "tecnofóbicos". Segundo o autor, um mundo sem técnica é um mundo bárbaro, pois os artefatos modernos são a base de sobrevivência do homem – energia, transportes, comunicações, escolas – ressalta que a técnica bem utilizada pode resolver problemas os quais a ignorância técnica somente torna mais difícil de resolver.

Porém, não se deve ignorar a voz da tradição. A tradição, a partir de Hans-Georg Gadamer está vinculado à herança histórica que "possui uma autoridade que se tornou anônima" (GADAMER, 1997.P.420-421). A força da tradição, da experiência com o vivido historicamente deverá ser valorizado neste momento da história. Significa dizer que existem antecedentes científicos que produziram resultados catastróficos para o ser humano (GIACOIA, 2013.p.127) e o meio ambiente.

O peso de uma tradição milenar, entendida muitas vezes de maneira estática e como simples representação de uma ordem implícita na natureza mesma e que, em conseguinte, é imutável, faz com que a dimensão temporal do direito não seja relevado: vive-se em um eterno presente, atento ao passado somente quando este dá abrigo ao presente, *despreocupado com o futuro*. O cálculo tradicional realizado sobre a regra leva a acentuar a função de segurança jurídica deste ramo do

Direito. A modernidade exige regras calculáveis e isso supõe um Direito estável "*Esta cierta inercia del Derecho Civil frente al cambiose conviene en problema en épocas en que la vida social, políticay económica evoluciona muy rápidamente. Evidentemente, el Derecho Civil hace crisis ante las grandes revoluciones*". (TRAZEGNIES)

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

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

A questão posta em causa é o controle das técnicas por parte do Estado, para garantir que o ser não sofre com os reveses da técnica. "*Toda innovación técnica es ambivalente por ser tan destructiva como creadora. En efecto, hace caer en desuso los artefactos que reemplaza y margina a quienes no pueden adaptarse a la novedad, al punto de eliminar profesiones íntegras. Semejante caída en desuso de cosas, procesos y habilidades involucra un derroche gigantesco y trágico de recursos naturales y humanos. Obviamente, este despilfarro no beneficia a todo el mundo.*" (BUNGE, 2012.p.32)

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

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

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

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

3 A era da tecnologia: novos desafios ao direito

Nossa época é a de ascensão da ciência, de modo que a ciência predomina sobre a técnica através da *tecnologia.*

E qual seria a finalidade da técnica e da tecnologia? A técnica na concepção atual posta pelo homem, não tem fins, como na concepção dos Gregos. Ela se encontra, na atualidade, condicionada pelos diversos fatores humanos que movimentam a sociedade, que por muito podem parecer *obscurecidos* pelos símbolos não desvelados pelo olhar. Cabe ao direito conscientizar as pessoas quanto à nocividade, bem como criar artimanhas para que a tecnologia não *controle* o mundo social. À técnica não pode ser permitido alienar os homens, e o Direito deve atuar nesse sentido.

Sobretudo, as condições sociais e econômicas que marcam as pautas da pesquisa e inovação exercem certa coerção para aumentar e manter um certo nível de produtividade. "Essa é a coerção que leva a assumir todos os riscos como um "preço necessário" e abre possibilidades de fazer dinheiro com rapidez. Trata-se de uma lógica que dificilmente é compatível com a responsabilidade." (BLASCO)

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

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

Em meio a todos esses acontecimentos, que indubitavelmente impactam as mais diversas áreas, está especialmente o Direito, pois são geradas transformações das mais diversas formas, seja no que diz respeito aos direitos, ou mesmo aos deveres, mas acima de tudo, essas mudanças

despertam questões de incerteza para o futuro jurídico. A tecnologia pode conferir poderes econômicos ou políticos, tanto mais quanto mais avançada for. O poder pode ser exercido ao bem ao mal, como bem discorre Foucault. A potência da combinação da técnica com o poder político é um grande desafio ao Direito.

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

Uma vez que o direito é o *guardião da Constituição*, cabe resguardar o ser frente às novas interferências da ciência na vida cotidiana, assegurando sempre pelo respeito as garantias fundamentais e aos direitos humanos. Cabe ao Direito, portanto, assegurar o respeito tanto ao ser quanto ao ambiente que o envolve.

4 II.I as tecnologias e a previsão dos riscos

Em meio a tantas inovações tecnológicas, cresce a dificuldade de detectar eventuais perigos e riscos que as tecnologias ocasionam à sociedade. Não há que se duvidar que os impactos negativos podem ser diversos, e muitas vezes irreversíveis. Sabe-se que há muitas e muitas décadas os governantes em escala mundial se unem para buscar soluções para esses impactos advindos do desenvolvimento das tecnologias, pois o crescimento da população tem ocorrido de forma muito veloz. O crescimento veloz, por sua vez, cria um imensa *demanda.*

Não obstante, o desenvolvimento contínuo e desregulado da tecnologia, fez com que ingressássemos no que a sociologia denomina de sociedade de risco, isto é, que "se põe ela própria em perigo" (ENGELMANN, 2015. p. 63). Isso porque a aceitação das invenções tecnológicas dá-se de forma passiva e é nesse sentido que cabe discutir a disseminação das diversas tecnologias e seus impactos. Por detrás da tecnologia, há, com certeza, uma responsabilidade ética, alcançada pelo Direito, trazida pela racionalidade ética junto à roupagem da pós e hiper-modernidade.

Imerso em um contexto de incertezas e considerando as evidências científicas que apontam para a existência de riscos, o direito deve-se valer de um princípio da precaução que conduza todos os atores envolvidos - pesquisadores, fabricantes, vendedores e consumidores - ao monitoramento dos riscos e à produção constante de informações (ENGELMANN, 2012)

O risco e o perigo gerados por inovações tecnológicas consistem em uma emergência de futuros eventos danosos oriundos de ações humanas ou fenômenos naturais. O Direito, nesse sentido, deve atuar quanto aos eventuais riscos no sentido de impor limites ao intuito de proteger dos malefícios aqueles excluídos da decisão.

O aumento das angústias tem correlação direta com os conhecimentos e certezas que a ciência moderna traz. O tipo de conhecimento e de certeza que a ciência moderna nos traz, por meio da experimentação e do controle tem aumentado as necessidades de segurança do ser humano. (GADAMER, 2001. p.172)

Novas tecnologias sempre mantiveram uma proximidade quase irracional com o risco. A busca pela novidade, ao longo da história, fez muitos cientistas, de modo inadequado, verem as novas invenções entusiasticamente, colocando como que um véu sobre o risco em potencial. (TEIXEIRA) E, a sociedade, em função da desconfiança, pode apresentar-se com aversão à novidade, no entanto, não raras vezes, compartilha do entusiasmo cientifico, ou em função das

promessas da novidade, ou por inadequado entendimento e reflexão crítica sobre os riscos. (SANTOS JUNIOR, 2013.p.45)

Hans Jonas procura sistematizar uma teoria que ele denomina Princípio da Responsabilidade, princípio ético que visa a salvaguardar o futuro da humanidade. Essa responsabilidade relaciona-se a *tudo* que existe, nela estando incluídos, portanto, todos os seres da natureza, o planeta e mesmo o universo. A responsabilidade por todas as formas de vida diz respeito à preservação da condição de existência da humanidade, direcionando o interesse dos homens para com o interesse de todos os seres vivos da natureza, uma vez que todos os seres usufruem do mesmo planeta. Precisa-se, portanto, preservar a natureza para preservar os seres humanos.(JONAS, 2006. p. 47) Propõe uma abordagem ética da ciência, principalmente em função dos riscos traduzidos pelas novas tecnologias, e, desta forma, ao fazer ciência, a responsabilidade do cientista e os parâmetros éticos precisam ser considerado.

Por fim, cabe lembrar a citação de Jose Esteve Pardo: Se optar-se por absolver os riscos técnicos que não são cognoscíveis pela ciência do conhecimento, estar-se-á dando cobertura para que a técnica experimente com as pessoas e o meio ambiente. Então, se saberá que havia um risco apenas quando o dano ocorrer. A questão em aberto é saber se deve-se continuar a assumir riscos, não só do progresso, mas do papel de objetos de experimentação de tecnologias que já operam no reduto mais íntimo e essencial da pessoa ou tecnologias desenvolvidas em um ambiente perturbador de desconhecimento cujo imenso potencial devastador se percebe- como se fosse uma experimentação em laboratório - por danos a pessoas ou o ambiente que se prolongam, não se sabe até quando, de geração em geração. (PARDO, 2008.p. 215)

O Direito não deveria mais apenas agir após o fato, como elemento corretivo, mas deve ser sim, um elemento integrativo da gestão dos riscos, atuando preventivamente. A relação do Direito com os riscos provenientes das evoluções tecnológicas que se iniciou como sendo apenas um instrumento de reparação de danos (CARVALHO, 2008) já ocorridos já não pode mais ser assim, sob pena de que, mais uma vez, o Direito fique à margem das outras ciências no tocante à nova realidade.

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

O Direito é social e em um sentido mais profundo e apresenta-se pela linguagem, pela ciência, pela arte, pelas crenças, formas de manifestação do existir. Os eventos mundanos têm, portanto, assédio em muitas ciências, e por isso mesmo que os fenômenos econômicos, morais, políticos e jurídicos se interpolam, conglobando-se e variavelmente fluem, é que podemos atribuir ao aferro ao amor da independência causal, vulgares nas dissertações eruditas de antanho, o muito que tocou ao direito na metafísica desordenada de outros tempos (MIRANDA, 1960.p.05-06). Toda essa realidade forma termos intencionais da consciência (COSSIO, 1954.p.80-81) refletida para com a descoberta do ser, caindo-se em conta de que há uma estranha e sutil claridade de objetos que nossa consciência encontra fora de si (SICHES, 1934.p.45-46). Quando da análise dos fenômenos, como a tecnologia, é necessário levar em consideração o contexto que esta influência, para que o Direito consiga desvelar o fenômeno não somente pela rígida ciência jurídica, mas por um olhar mais amplo.

A fenomenologia mostra-se precípua para que seja constituído o mundo que se vive; ou seja, superada a simples análise da forma, da fisiologia do outro assim como superar a simples análise

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

5 Conclusão

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

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

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

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

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

Isto posto, o fenômeno da tecnologia possui várias vertentes a ser levada em consideração, principalmente sua relação com os direitos humanos e fundamentais do ser, do meio ambiente, posto que é da constituição humana as formas diferenciadas pela qual difundem os conflitos que emergem as novas necessidades.

Bibliografia

BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, liberdade e a heurística do medo. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolsan de (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica, Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da Unisinos*: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BLASCO, Jordi Maiso. Biologia sintética e a vida à la carte. *Revista IHU*, n. 429, São Leopoldo, Out. 2013. p. 15-19. Disponível em:<http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5211&secao=429>. Acesso em: 10 nov. 2013.

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

CARVALHO, Delton Winter de. Regulação Constitucional e Risco AmbientalConstitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional,* n. 12, Jul./Dez. 2008.

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

DIÉGUEZ-LUCENA, Antonio. Biotecnologia e responsabilidade – para além do Prometeu moderno. *Revista IHU*, ed. 429, São Leopoldo, Out. 2013. Disponível em:<http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5210&secao=429>. Acesso em: 10 nov. 2013.

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

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico à luz do "Diálogo entre as Fontes do Direito": abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; CALLEGARI, André Luís. (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2010, v. 7. p. 303.

FEENBERG, Andrew. *O que é Filosofia da Tecnologia?* Disponível em: https://www.sfu.ca/~andrewf/Feenberg_OQueEFilosofiaDaTecnologia.pdf Acessado em:21.04/2017.

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

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

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

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

GIACOIA JR, Oswaldo. *Heidegger Urgente.* Introdução a um novo pensar. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

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

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

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

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

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

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

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana:* uma leitura Civil-Constitucional dos danos morais. Rio de janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. TEIXEIRA, João de Fernandes. A liberdade é azul. *Filosofia, ciência e vida*, a. V, n. 59, Jul. 2011. p. 15. Disponível em: <http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESFI/edicoes/59/artigo219072-2.asp>. Acesso em: 10 out. 2013.

NEUTZLING, Inácio; ANDRADE, Paulo Fernando Carneiro de. *Uma sociedade pós-humana possibilidades e limites das nanotecnologias.* São Leopoldo: Unisinos, 2009.

PARDO, José Esteve. *Ténica, riesgo y derecho*: tratamiento del riesgo tecnológico em el derecho ambiental. Barcelona: Ariel, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Jorge Luiz dos. *Ciência do Futuro e futuro da ciência:* redes políticas de nanociência e nanotecnologia no Brasil. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2013.

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

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

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

O PARADOXO POLÍTICO DO SISTEMA GLOBAL DEPOIS DE DUAS DÉCADAS: ENTRE O LIVRO VERDE, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A OMC

Daniela Pellin[64].
Wilson Engelmann[65].

Resumo

O país vem atravessando seu maior desafio político em se tratando de crescimento e desenvolvimento econômico a partir da ciência e tecnologia: enfrentar contencioso internacional na OMC requerida por Japão e EU, os quais pretendem discutir a adoção de políticas internas que mitigaram o escoamento da produção estrangeira em território nacional, por violação a tratamento igualitário. O Brasil está na encruzilhada do paradoxo político: atender aos ditames constitucionais ou, atender ao sistema global. Eis o problema: como coordenar e organizar esses interesses paradoxais se ambos estão consolidados em diplomas legais? A hipótese é a de que o Brasil deve invocar preceitos normativos de Direitos Humanos que estão alinhados e conformados à Constituição Federal. Por isso, o objetivo geral é apontar na direção de que a DUDH deve fazer parte das discussões jurídicas envolvendo o comércio internacional na OMC para a redução desse tipo de complexidade entre os sistemas nacionais e o sistema global na gestão de P&D. Como objetivos específicos, demonstrar ser possível usar princípios de Direitos Humanos para a defesa do país na OMC e, com isso, coordenar tais interesses paradoxais para que o país não retroceda nos avanços experimentados. A abordagem aplicada é a sistêmico-pragmática, com alguma observação fenomenológica. As técnicas de pesquisa serão a revisão bibliográfica e o estudo do caso referido na Revista "Pesquisa FAPESP" n. 251: "Política Industrial em Xeque".

Palavras-chave: Brasil. P&D. Direitos Humanos. OMC. Revisão.

1 Introdução

O país vem enfrentando seu maior paradoxo político dos últimos tempos e envolve, diretamente, preceitos normativos derivados da agenda de Direito e de Política: ter assinado e se comprometido com as políticas estabelecidas no Livro Verde da Sociedade da Informação[66] (2000), que consolidaram a entrada do país na globalização econômica e informacional; e a pretensão política de fortalecimento nacional em se tratando de política industrial para os avanços rumo ao século XXI, competitivo através da tecnologia e do conhecimento.

É a observação lógica que se pode ter de recente matéria divulgada, em janeiro de 2017, pela Revista "Pesquisa FAPESP", cujo paradoxo ficou explícito.

---

[64] Doutoranda em Direito Público na UNISINOS. Bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito da Sociedade da Informação. Especialista em Direito Empresarial. Professora e Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa JUSNANO/CNPq. Email: daniela.pellin@terra.com.br.

[65] Prof. Dr. Coordenador Adjunto da Pós-Graduação Acadêmica e Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS. Bolsista de Produtividade em Pesquisas no CNPq. Email: wengelmann@unisinos.br

[66] Disponível em www.mct.gov.br/upd_blob/0004/4795.pdf Acessado em 10 abr 2017.

De um lado, Japão, União Europeia (EU) e os Tratados Internacionais; de outro, Brasil e a Constituição Federal de 1988; no meio, a Organização Mundial do Comércio (OMC).

A demanda contra o Brasil questiona as políticas internas de valorização em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) adotadas em 2004, para ciência, tecnologia e inovação, que prejudicou, sobremaneira, as atividades estrangeiras de escoamento do excedente internacional em território nacional e supervalorizou a produção nacional; de outro, o país, tendo que enfrentar o paradoxo do desenvolvimento interno, ditame constitucional, e o cumprimento dos acordos em favor dos globais e prejuízo da indústria nacional.

A preocupação reside no possível resultado do paradoxo que pode enfraquecer, ainda mais, a soberania nacional e, sobretudo, retroceder a industrialização que houve até aqui, que se dará com a solução da pendenga internacional, prevista para setembro de 2017. Mas, de antemão, medidas internas já estão sendo adotadas para diminuição dos impactos de eventual decisão desfavorável e repressora com a revisão da agenda política tributária de incentivo interno, a fim de harmonizar com as pretensões de Japão e EU e prestar contas à economia global.

Esse paradoxo está delimitado entre as pretensões políticas constitucionais para o crescimento do país e as pressões dos organismos internacionais, cuja interferência na política interna ignora, completamente, o (s) projeto (s) da nação, porque, não se trata mais de projeto da nação, mas, sim, de projeto da globalização, que descaracteriza o ambiente social interno para tratar, apenas, do escoamento dos excedentes de produção global para esse sistema não quebrar; não falir.

Então, o objetivo geral desse ensaio é demonstrar que a invocação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é razoável e, especificamente, eficaz para dirimir a complexidade envolvida, pois, tem a força motriz de convergir toda a comunicação do sistema global e subjugar toda pretensão de reforço sistêmico de exploração dos emergentes.

O problema é que esse sistema global é o co-gestor da (s) política (s) nacional em se tratando de P&D pela tecnociência e informação; que, por sua vez, não se importa com o sistema social interno; na prática, sequer, com o desenvolvimento do país efetivo, e isso afeta as garantias e pretensões políticas constitucionais. Para isso, têm como objetivos específicos, estudar o caso relatado na Revista e enfrentar a legislação, com isso, ser possível reduzir a complexidade operacional desse paradoxo e propor, em sendo possível, uma visão coordenada e organizada acerca desses interesses.

A hipótese inicial é a de que o caminho percorrido pelo Brasil em nível de política governamental internacional dos últimos 20 anos não tem como retroceder e que será necessária a habilidade de um jogador para sair do xeque mate em que está posicionado. Para isso, trabalhar de forma organizada os interesses materialmente convergentes e moralmente divergentes será preciso invocar outros diplomas internacionais, a exemplo da Consolidação dos Direitos Humanos para tentar equilibrar a exploração do território nacional e ter a chance, ainda que, mínima, de alavancar aspectos sócio econômicos do país; ajustar aspectos internos e externos.

Para esse desafio a abordagem será sistêmico-pragmática, por vezes, de cunho fenomenológico, pois, é assim que o sistema funciona no chão social e deve ser auto observado; a técnica de pesquisa será a revisão bibliográfica e o estudo do caso apontado pela Revista da FAPESP, “Política Industrial em Xeque”.

2 O Livro Verde da Sociedade da Informação e os resultados depois de 20 anos de implantação do sistema global: o paradoxo dos resultados e a possível redução da complexidade pela DUDH

Desde 1990, com a consolidação dos ideais da globalização econômica, cultural e tecnológica, portanto, do sistema global, o Brasil foi eivado à categoria "em desenvolvimento". Isso sói possível por ter aderido ao escoamento dos excedentes da produção internacional (CHESNAIS, 2011) em troca de crescimento e desenvolvimento intercambiados pelas interferências internacionais diretas em território nacional, mediante o pacto feito com a edição política e documental do Livro Verde.

Com isso, o Brasil conseguiu colaborar com a praça do mercado internacional, mantendo-o lucrativo, dado o esgotamento de seus mercados internos e a contínua produção industrial, ou seja, muita produção de bens, serviços e moeda, para além da demanda abastecida. Em troca dessa abertura, esse sistema global coopera com a gestão interna e rápida do país, interferindo na política, na legislação, na cultura, na educação, nas famílias, nos padrões de consumo, na gestão dos subsistemas internos.

Esse documento menciona, resumidamente, que o papel do governo em todos os níveis é o de incluir os cidadãos no mundo digital para o acesso informacional; além de estimular a competição econômica, investir em novos negócios e implementar políticas públicas, regulação e legislação para estimular o setor privado.

Além disso, o setor privado é visto como agente de investimento e capacidade de inovação, dinamismo e capilarização, necessários à concretização da sociedade da informação, devendo ser desse grupo, a batuta em investimentos em tecnologia e aplicações, cujo protagonismo está no setor de produtos e serviços de alta qualidade para a formação de novos mercados.

Sobretudo, para a sociedade da informação não há mais cidadãos com necessidades individuais e laços coletivos, agora, é importante que a sociedade seja civil e devidamente organizada a partir das categorias de interesses, a exemplo de organizações não governamentais, as quais devem ocupar papel de destaque na mobilização social para zelar pelo resguardo do interesse público.

As universidades e as entidades educacionais são as formadoras de recursos humanos na construção da base científico tecnológica.

Assim, com esses quatro fundamentos, desde então, o Brasil vem realizando suas tarefas para a implantação das políticas globais em território nacional: observa-se que, a primeira delas, foi fazer com que os cidadãos brasileiros consumissem o excedente internacional, portanto, o governo desempenhou papel determinante no estímulo ao consumo. Isso foi feto a partir da política de incentivo financeiro às famílias pelos Programas Federais de redução de pobreza que deu ensejo ao consumo massivo de produtos da linha branca, automóveis e celulares.

Com isso, o país deu um salto gigantesco na economia e os índices internacionais de crescimento econômico foram atendidos e houve significativa redução da margem de pobreza e a reclassificação de categorias ativas economicamente.

Interessante notar que, nesse primeiro momento, por volta de 2003, houve convergência entre interesses externos e internos; político e legislativo; social e econômico. As pessoas ficaram felizes com as reais possibilidades de consumo, mas, essa política já tinha a data dos dias atuais marcada para terminar com a recessão e o esvaziamento dos cofres públicos.

Depois de mantido o consumo às custas do governo, diante da ausência de investimentos em infraestrutura, educação e saúde, portanto, desenvolvimento real, foi a vez da política voltar-se para P&D interno com vistas a outra lição de casa: desenvolver a economia pela ciência, tecnologia, informação e inovação, envolvendo universidades, empresas e governo; o que foi possível através da consolidação de diversas legislações esparsas na Lei da Inovação n. 13.243/16 e, mais uma vez, alavancar os índices econômicos internos e a recepção do excedente externo, tal como determinou o Livro Verde e a política externa.

A par disso, outras políticas, rapidamente, foram adotadas, a exemplo dos programas de incentivos federais às universidades para capacitação profissional de muitas pessoas através de Programas como SISU, PRONATEC, FIES, PROUNI etc., também, dando cumprimento ao pacto.

Até aqui, interessante notar, em relação à infraestrutura de desenvolvimento do país – saúde, educação básica e fundamental, transporte, energia, emprego etc -, não foram adotadas políticas de resultado, haja vista, não terem sido assumidos compromissos dessa envergadura no tal Livro Verde, ficando postergadas para os interesses políticos internos que, por sua vez, têm que cumprir a vasta agenda externa. Isso se constata por diversos Programas de crescimento terem sido abandonados e o país assumir a posição de consumidor, mantendo-se a velha política de exploração.

Diante disso, ainda que brevemente, é possível observar que os compromissos assumidos pelo país com o sistema global, muito embora, cumpridos com esmero pela política governamental, para Japão e EU, a forma como foram estabelecidos alguns dos programas, desde 2004, descumpriram normas da OMC e impactaram o mercado externo por causa da falta de igualdade de tratamento dispensado pelo Brasil aos estrangeiros, inclusive, reclamando a forma como o país estimulou a produção nacional de automóveis, de equipamentos de informática, de semicondutores, dentre outros, concedendo isenções ou suspensões de impostos sobre o produto final, não estendidos a concorrentes externos, conforme relatado no caso sob análise da matéria publicada pela Revista Pesquisa FAPESP, "Política Industrial em Xeque".

Segundo MARQUES (2017), autor da matéria, Japão e EU reclamam na OMC prejuízos econômicos e tratamento sem isonomia pela legislação brasileira. Por isso, de antemão, o governo estuda mudanças internas nas legislações e na política de estímulo à P&D. As alegações trazidas à baila pelos ofendidos na OMC são didaticamente representadas abaixo:

1. Violação ao princípio de tratamento nacional, entendida como a concessão de incentivos a bens e mercadorias fabricados no Brasil, na forma de isenções de impostos, que são vedados a similares produzidos no exterior.
2. Violação à exigência de patamar mínimo de insumos produzidos no país na fabricação de produtos beneficiados por reduções tributárias no programas: Inovar Auto (2012) e a Lei de Informática que concede redução de impostos a fabricantes de hardware e de componentes eletrônicos, que se obrigam a investir em P&D.
3. Censura ao programa de inclusão digital, que vigorou entre 2005 e 2015, e reduziu a zero as alíquotas de contribuições como o PIS e o COFINS sobre a venda de computadores, *tablets*, *smartphones*, entre outros.
4. Censura ao programa de apoio ao desenvolvimento tecnológico da indústria de semicondutores (PADIS) e de equipamentos para TV Digital (PATVD), os quais oferecem desoneração de tributos em troca de investimentos em P&D.
5. Censura ao programa de regime especial de aquisição de bens de capital para empresas exportadoras (RECAP), que reduziu o pagamento de tributos às indústrias exportadoras na compra de máquinas e equipamentos.

Com a reclamação apresentada, houve impacto sobre o sistema nacional, cujas operações estão ameaçadas de estagnar tendo em vista as empresas vinculadas aos vários programas investirem em inovação a depender do incentivo fiscal.

Por outro lado, as razões de defesa do Brasil estão pautadas nas próprias regras da OMC que não proíbem incentivos internos à indústria local e não vetam estímulo a investimentos em P&D. Os programas estão envoltos em regras e objetivos da OMC e promovem desenvolvimento em bases sustentáveis, segundo a matéria. Sobre produtos industrializados, todavia, urge que mudanças sejam feitas para melhor adequação interna à convergência externa. Uma vez aplicados os incentivos fiscais direcionados ao produto final industrializado, as empresas estrangeiras perdem competitividade. Portanto, a sugestão é a de que os incentivos sejam concedidos às empresas e não aos produtos.

Isso significa dizer que para convergir nas exigências da OMC, o país não poderá mais fazer redução de impostos para beneficiar o consumidor final como forma de desenvolvimento; poderá, outrossim, conceder incentivos econômicos somente às empresas, as quais deverão ser enquadradas em patamar de igualdade de tratamento às estrangeiras.

Em relação à Lei de Informática que, desde 1991, vem alavancando o desenvolvimento econômico por causa da política legal, esta será revista para adequação à OMC e a sugestão é a de que haja incentivos fiscais[67] às empresas e não aos produtos, o que beneficia o poder econômico em detrimento do cidadão. Até, agora, foi dado incentivo aos produtos e isso causou o problema que o Brasil está enfrentando sob a alegação de prejudicar os concorrentes estrangeiros em território nacional.

Outra questão a ser modificada pelo Brasil será a possibilidade de permitir que empresas estrangerias se beneficiem de Lei interna, a exemplo, da Informática de n. 8.248/91, desde que, a contrapartida ao país seja a mesma. Para isso, há necessidade de reforma da lei, imediatamente. O Programa Inovar Auto acaba em 2017 e outra política já vem sendo discutida para o setor, mas, com os olhos voltados à análise de tratados para o comércio internacional.

Assim, enquanto o país pensou estar movendo a alavanca interna, depois de 17 anos de adesão ao pacto, vê-se ameaçado de retroceder, graças à operação dos sistemas político e jurídico, interno e externo, como um verdadeiro paradoxo que travou as operações do país. E não é só o embaraço operacional à industrialização do país, sobretudo, questões de soberania que não mais adiantam ser degladiadas.

O paradoxo não é meramente político e jurídico no campo formal e da abstração econômica dos modos de produção, uma mera disputa jurídica e financeira; são as pessoas que estão em questão e as regras políticas e jurídicas que garantem o funcionamento do sistema sócio econômico nacional.

Ocorre que, o paradoxo reside no complexo sistema de regras e resultados internos em choque com o sistema global de regras e resultados externos, estando as regras do comércio internacional estabelecidas pela OMC como ponte entre as duas complexidades. A diferença está na força da OMC e dos pactos assumidos pelo país em detrimento, na prática, da Constituição Federal de 1988, que, por outro lado, garante e estimula o desenvolvimento interno apoiado nas regras de soberania política e jurídica, as quais já foram mitigadas, desde então. Por isso, o país, antes mesmo

---

[6767] A Lei de Informática concede incentivos fiscais a fabricantes de hardware e de componentes eletrônicos que investem em P&D. O estímulo concedido até 2029 é o de redução de 80% do Imposto sobre Produto Industrializado (IPI); a contrapartida de investimento em P&D gira em torno de 3% a 4%, a depender do produto, sobre o faturamento anual das mercadorias incentivadas; inclusive, parte dos recursos devem ser aportados nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste

de sofrer os efeitos da solução da pendenga na OMC já vem tratando de adotar outras políticas de base e consequentes reformas legislativas para atender às exigências do Japão e da EU. O prejuízo desses arranjos fica para os nacionais.

Se, de um lado, a Constituição Federal enfatizou como prioridade o desenvolvimento industrial do país mediante pesquisa, ciência e tecnologia para o mercado interno viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país (arts. 218 e 219); de outro, a DUDH assegura que isso aconteça como direito natural e, portanto, fundamental, de todo humano, cidadão nacional (arts. 22 e 28). Em decorrência disso, certamente, na presença de irritações sistêmicas entre o externo e o interno, como no caso, a DUDH deve ser invocada para resolver a pendência internacional, ao menos, para estancar qualquer represália no horizonte político e econômico dessas relações internacionais.

O Brasil, ao cumprir as determinações da OMC quanto a abertura de seu mercado externo, de igual forma, tem sobre si o peso da determinação Constitucional de alavancar o mercado interno e promover o desenvolvimento. Para equilibrar o peso entre dois titãs políticos e jurídicos, a DUDH tem o peso maior que pende para o peso Constitucional, apontando na direção de que o país está no caminho certo, em tese.

Todavia, este é um problema clássico advindo da globalização econômica aos países emergentes que, por ventura, tenham visto no pacto, a solução para seus problemas internos, quando, a bem da verdade, a derrocada da soberania trouxe mais efeitos colaterais maléficos do que benéficos aos países, sobretudo, um aumento marginal da pobreza e da exclusão. Os problemas nacionais foram agravados e as poucas possibilidades de solução interna foram esvaídas frente à agenda imposta de fora para dentro para acelerar o país com vistas, tão somente, ao crescimento econômico; a política fora capturada, a economia dominada e o sistema jurídico subserviente.

Esse sistema, eminentemente econômico, fortalece aspectos globais e enfraquece os nacionais emergentes, pois, "[...] de esta manera, el desarrollo bajo um esquema económico es el que determina qué relaciones y que formas hábran producirse, consumir y distribuir; em tanto, la misma lógica de su reproducción se permea de manera desigual y diferenciada". (AQUINO e CALDERÓN, 2010, p. 370)

São as contradições da globalização que guilhotinam a sociedade e tem como marca principal o modo de produção dominante pelo capitalismo de exploração, transformando relações sociais em econômicas, esvaziando a natureza humana de sentido. É por isso que, o Brasil precisa ser hábil o suficiente para driblar esse sistema sem retorno e voltar-se para as pessoas. Nesse aspecto, o país esbarra no seu maior problema interno: o sistema político às avessas.

Às avessas porque essa é outra característica do capitalismo global, de discurso social e democrático, porque não pode revelar-se no universo dos fenômenos sistêmicos, como explorador e dominante. Mas, ao contrário, projeta a comunicação no sistema psíquico da sociedade com o aval da política interna, de que se trata de um sistema que promete a construção de um mundo de homens livres e iguais, o que fica no campo da abstração das pessoas, enquanto oprimidas pelo processo da globalização. Nesse sentido, Osorio menciona que "en pocas palavras el capital necessita presentarse de manera distorsionada, al reves de lo que es. Esto forma parte del processo de fetichización del capital, que le possibilita crear um 'mundo encantado, invertido y puesto de cabeza'". (2014, p. 125)

Arendt (1906-1975) entendeu que o processo da globalização foi viabilizado quase que, exclusivamente, pelo desenvolvimento técnico do mundo ocidental "quando a Europa, com toda a seriedade, começou a prescrever suas 'leis' a todos os outros continentes" (2008, p. 91) e, para além disso, espalhar a ideia de que a tecnologia uniria o mundo, promovendo, então, o processo de

desintegração dos países pelo declínio das crenças metafísicas e religiosas tradicionalmente aceitas e que acompanharam o desenvolvimento das ciências naturais e a formação do Estado-nação. Mas, tudo isso, sói possível pela comunicação global colimada com o Livro Verde de Implantação da Sociedade da Informação que Arendt não teve a oportunidade de assistir mas previu ao longo de suas observações.

Mas, em se tratando do problema para ser enfrentado, as pretensões de Japão e Eu extrapolam, consideravelmente, os acordos internacionais para o comércio, posto que, a mera alegação de prejuízo econômico porque o Brasil deu incentivo fiscal para o produto final industrializado, a bem da verdade, é problema de competitividade e não de ausência de tratamento igualitário. São Japão e EU que não conseguiram competir e usam das alegações fiscais não igualitárias para esconder a ânsia de exploração mitigadas pelos fatores internos ao país. Daí, a necessidade do Brasil manter-se firme no propósito de, na dúvida, a DUDH ser suficiente para solver a demanda porque estabelece o limite para intervenção da OMC.

Nesse mesmo sentido, Cretella Neto ensina que os princípios tradicionais do Direito Econômico Internacional estão os *pacta sunt servanda*, liberdade de comércio, igualdade soberana e reciprocidade. Dentre os novos princípios estão os da soberania econômica, o dever de cooperação, o da soberania permanente sobre os recursos naturais e o do tratamento preferencial para os países em desenvolvimento e membros em especial da OMC. (2012, p. 170)

Portanto, o fato de o princípio da soberania econômica - que se nos parece a pecha da demanda -, ser subjacente à discussão, deve, então, ser a pedra fundamental associada às pretensões dos princípios normativos elencados na DUDH. Canotilho diz que "*princípios* são as ordenações que se irradiam e imantam o sistema de normas; começam por ser a base de normas jurídicas, e podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas - princípio*" (1991, p. 49), especialmente, porque, em se tratando de acordos da OMC, os textos são ambíguos, com emprego de conceitos jurídicos indeterminados, imprecisos, ininteligíveis, diz Cretella Neto. (2012)

Em função disso, é acionado o Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC[68], documento jurídico elaborado para o preenchimento dessas normas jurídicas internacionais ambíguas, de caráter principiológico. Em sendo assim, os Princípios Gerais de Direito, na lição de Cretella Neto "encontram ampla aplicação não apenas no campo doutrinário, mas fornecem ao julgador meios conceitualmente elegantes para a solução jurídica dos litígios que lhe são submetidos, em caso de silêncio do Direito Costumeiro ou convencional" (2012, p. 494).

Todavia, são distantes da realidade do comércio internacional; da realidade entre os nacionais e os estrangeiros; não entram em contato com a realidade Constitucional e Legal dos países em disputa, o que reforça a ingenuidade da abstração da dogmática jurídica internacional do comércio internacional; sistema normativo que fica a critério do intérprete de ocasião à solução da controvérsia.

Por isso, em se tratando de decisões a partir de princípios, quer normativos, quer axiológicos, a DUDH se presta ao papel de norteador do preenchimento dessas lacunas, ambiguidades, seja lá de qual categoria de imprecisão o for, especialmente, no que concerne à invocação jurídica dos Princípios Gerais de Direito como regulador de condutas e norteador de decisões.

Ora, se é possível dirimir controvérsias no âmbito na OMC com Princípios Gerais de Direito, certamente, a DUDH é um dos instrumentos possíveis para desenhar os contornos desses princípios, já que todos os demais advieram de sua raiz no pós Segunda Guerra Mundial e é o

[68] Trata-se de documento que foi elaborado por ocasião da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Diploma jurídico que garante os demais regimes, contornando-os e conformando-os a partir dos nacionais e não com a atenção voltada apenas aos procedimentos formais dos Tratados Comerciais Internacionais. Aliás, a bem da verdade, o Brasil respeitou e cumpriu as regras comerciais, mas, Japão e EU não tiveram condições de competir com o mercado nacional e o prejuízo está sendo imposto aos nacionais com a demanda pretendida.

Stumpf menciona com propriedade que "a maneira mais pertinente na atualidade para elucidar-se direitos humanos seria dada não por uma necessidade de positivação ou preocupação com uma hierarquia de validade para as normas em cada Estado, mas sim por uma necessidade de comunicação sobre o desrespeito a tais direitos" (2015, a, p. 174), o que se encaixa perfeitamente na hipótese deste ensaio. Não arguir a violação por tratar-se a pendenga de questão econômica e formal internacional é retroalimentar a mesma política nefasta; é não valorizar a DUDH, tão necessária à sobrevivência nacional e a comunicação entre os sistemas sociais ao redor do globo; é curvar-se à exploração dos nacionais e, para além disso, é retroceder nos benefícios que foram alcançados até aqui e que se encontram ameaçados para 2018, em diante.

É exatamente invocando e aplicando a DUDH que a assimetria entre Brasil, Japão e EU será identificada e respeitada, já que as regras foram respeitadas mesmo que os resultados não tenham sido alcançados, satisfatoriamente. Stumpf menciona que, nesse sentido, "a preservação da originalidade (autonomia) dos sistemas se dá a partir de uma evolução dos direitos humanos, pois que se manifesta enquanto dimensão própria do exercício de construção de formas assimétricas necessárias para a reprodução do sistema social enquanto comunicação na diferença [...]". (2015, b, p. 206)

Depreende-se que esse paradoxo decorrente da demanda enfrentada pelo Brasil na OMC tem como escopo o fortalecimento dos países desenvolvidos sobre os emergentes, caso o Brasil seja penalizado com o retrocesso, o que na lição de Comparato essa é a visão presente que anuncia o futuro "[...] a preocupação exclusiva das grandes potências, bem como do conjunto das macroempresas, consiste em defender os seus próprios interesses sem se importar minimamente com o bem comum da humanidade". (2013, p. 302)

Eis mais um motivo para que a redução dessa complexidade sistêmica seja resolvida com a aplicação e reconhecimento da DUDH porque, no dizer de Sampaio Jr: "a crise estrutural do capital esgota todas as propriedades civilizadoras do capitalismo, criando a necessidade histórica de sua superação" (2013, p. 199), o que sói possível mediante o reconhecimento da eficácia das normas contidas na DUDH, para além do subjetivismo formal e abstrato.

3 Considerações finais

O Brasil vem, paulatinamente, galgando desenvolvimento em P&D, no país. A consolidação disso decorre, agora, da Lei n. 13.243/16 que, inclusive, já vem sendo observada pelo G-20, com apontamentos positivos e projeções de resultados satisfatórios que alavanquem a estrutura econômica do país, estimulando, ainda mais, o intercâmbio transnacional.

Se, desde 2000, o país vem sendo espremido para cumprir suas tarefas pactuadas com o sistema global, a reclamação apresentada à OMC, para a solução da controvérsia com Japão e EU, mede, em tempo, a temperatura das expectativas do sistema econômico global nas tratativas do desenvolvimento emergente dos países do sul econômico.

Então, se a política interna intenta privilegiar, como vem sendo feito, desde então, situações externas ao desenvolvimento do país, é momento de rever a agenda e inverter as prioridades ou, redesenhar os caminhos internos que vêm sendo traçados com prejuízo aos nacionais.

Em resposta ao problema posto neste ensaio, a hipótese de que o Brasil deve reforçar seus argumentos defensivos na OMC pautados pela DUDH é medida jurídica bem razoável, como se pode ver, que coloca os prejuízos assumidos por Japão e EU na condição de livre concorrência e aplaca qualquer represália diante dos benefícios internos que promoveram, de algum forma, eficiência ao desenvolvimento econômico, social e cultural das empresas e gentes do país.

É a DUDH hábil a subjugar todos os sistemas às suas normas de direitos fundamentais, incluindo o direito do Brasil ao desenvolvimento econômico com liberdade, respeitadas as – poucas – fronteiras da soberania que Japão e EU querem invadir, invocando preceitos formais na OMC.

Mas, não é tudo. A soberania política do país deve assumir o controle sobre a economia, conforme preceitua a Constituição da República que, por sua vez, se harmoniza, também, com preceitos da DUDH, as quais, a deliberação Constituinte de 1988, não olvidou reforçar em todo o seu texto.

Referências

AQUINO, Roque Juan Carrasco; CALDERÓN, Hena Andrés. El desarrollo y el problema ambiental en el contexto de la globalización. In CARVALHO, Edemir de. (Org) *Perspectivas da Globalização*: e das suas contradições no Brasil e na América Latina. São Paulo. LCTE, 2010.

ARENDT, Hanna. *Homens em tempos sombrios*. Trad. Denise Bottman. São Paulo, Companhia das Letras, 2008.

BRASIL. Ministério de Ciência e Tecnologia. *Sociedade da Informação no Brasil:* Livro Verde. Brasília: DF. MCT, set. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, Coimbra Ed., 1991.

CHESNAIS, François. Não só uma crise econômica e financeira, uma crise de civilização. In *István Mészáros* e os desafios do tempo histórico. São Paulo, Boitempo, 2011, p. 187-198.

COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo, Saraiva, 2013.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Econômico*. São Paulo, Saraiva, 2012.

KUPER, Andrew. *Global responsabilities*: who must deliver on Human Rights? New York, Routledge, 2005.

MARQUES, Fabrício. Política Industrial em Xeque. *Pesquisa FAPESP*. n. 251, jan. 2017, p. 34-37.

OSORIO, Jaime. *El Estado em el centro de la mundialización*: la sociedade civil y el assunto del poder. 2ª ed. México, FCE, 2014.

SAMPAIO JR., Plínio de Arruda. A crise estrutural do capital e os desafios da revolução. In *István Mészáros* e os desafios do tempo histórico. São Paulo, Boitempo, 2011, p. 199-220.

STUMPF, Mousas (a). Direitos Humanos observados como ambiente complexo. In ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian. (Org.) *Direitos Humanos e Novas Tecnologias*. Jundiaí, Paco Editorial, 2015, p. 145-179.

STUMPF, Mousés (b). Os Direitos Humanos e sua perspectiva harmônica: uma expressão autopoiética do sistema social e do direito. In ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian. (Org.) *Direitos Humanos e Novas Tecnologias*. Jundiaí, Paco Editorial, 2015, p. 197-221.

ENFRENTANDO A FRAGMENTAÇÃO JURÍDICA QUANDO DA REGULAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Prof. Dr. Cristian Wittmann;
Doutor em Direito;
cristianwittmann@gmail.com

Resumo:

O objetivo do presente trabalho é identificar uma proposta de autorregulação como instrumento de enfrentamento da fragmentação jurídica inserida nas dificuldades da regulamentação pelo Direito na sociedade global. A metodologia apoia-se na matriz epistemológica pragmático-sistêmica, sendo uma pesquisa exploratória de cunho qualitativo com método construtivista nos moldes propostos por Niklas Luhmann. Como resultados identificou-se que a fragmentação jurídica é um fenômeno inafastável e em contínuo processo de expansão necessitando uma nova compreensão do decidir jurídico alicerçado na diferenciação da regulação dinâmica em detrimento da exclusividade regulamentação vertical moderna. Ainda se identificou a emergência de uma gama crescente de instrumentos jurídicos privados que, independentemente da chancela do Estado, passaram a regular no seio das organizações os temas mais variados, inclusive de cunho prescritivo no que tange as novas tecnologias. Concluiu-se pela necessidade da consideração de novas perspectivas regulatórias para as novas tecnologias – dentre elas a autorregulação – para fazer frente a fragmentação e globalização do Direito.

Palavras-chave: novas tecnologias. fragmentação jurídica. autorregulação

1 Introdução

O tema objeto deste ensaio é um dos resultados parciais da tese de doutoramento em Direito que tratou dos desafios da regulação dos riscos das nanotecnologias quando de usos militares. Uma das principais características a serem enfrentadas à época tratou da fragmentação jurídica contemporânea. Fragmentação essa que é inerente à sociedade e que passa a marcar também todos os subsistemas sociais.

Neste cenário de incertezas e de crescente fragmentação ocorre a incorporação das novas tecnologias à linguagem jurídica. Ou seja, o Direito passa a reconhecer, bem ou mal a partir de sua referência interna, as comunicações sociais que versam sobre novas tecnologias e passa a ser um sistema atuante na organização das expectativas em torno desta nova área. Para tanto propõe-se como problema de pesquisa que norteia o presente ensaio o seguinte questionamento: *em que medida é possível uma regulação eficiente das novas tecnologias em um cenário de fragmentação jurídica?*

Inicialmente, enquanto apresentação metodológica, utilizou-se a matriz epistemológica pragmático-sistêmica[69] e o método construtivista[70] com fundamentos na Teoria dos Sistemas

[69] ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998, p. 96.

Sociais de Niklas Luhmann. Entende-se que ambos proporcionam um ponto de visa qualificado para observar não somente o tema proposto mas o Direito e a sociedade.

2 Observando a sociedade e o Direito a partir de outra perspectiva

Conforme a teoria de base eleita neste projeto tem-se que a sociedade é, na realidade, um sistema autopoiético e portanto, que se reproduz, ou melhor, se autorreproduz, onde nela somente participam comunicações. A concepção luhmanniana de Teoria dos Sistemas Sociais, e portanto de sociedade, possui contornos hoje que remetem a uma concepção biológica de autopoiese, teoria esta desenvolvida pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, já em 1960, explicavam o surgimento e manutenção da vida a partir desta teoria de autorreprodução[71]. Mais tarde a mesma teoria foi transposta ao conhecimento[72] e, de forma inédita, replicada na análise sociológica por Luhmann.

Trata-se de uma teoria sistêmica de cunho autopoiético aplicada aos sistemas sociais. Contudo, na observação de Luhmann, existe uma autonomia entre o sistema biológico e social, cada um possuindo sua autopoiese específica e particular.[73] Significa dizer, que enquanto o sistema biológico possui a vida como unidade básica de análise, constituindo também sua base reprodutiva, a sociedade, na condição de sistema social, pode ser descrita como um sistema noético, ou seja, um sistema cujo princípio ordenador é o sentido. Significa dizer que no sistema social as unidades do sistema não são os sistemas humanos ou cognitivos, mas sim as comunicações, isto é, tendo como unidade básica de análise os atos comunicativos.[74]

---

[70] Conforme o sociólogo alemão: "observada desde la posición constructivista, la función de la medotología no consiste únicamente en asegurar una descripción correcta (no errónea) de la realidad. Más bien se trata de formas refinadas de producción y tratamiento de la información internas al sistema. Esto quiere decir: los métodos permiten a la investigación científica sorprenderse a sí misma. Para eso se vuelve imprescindible interrumpir el coninuo inmediato de realidad y conocimiento del cual proviene la sociedad". LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. México: Herder, 2007, p. 22.

[71] "[...] o ser vivo não é um conjunto de moléculas, mas uma dinâmica molecular, um processo que acontece como unidade separada e singular como resultado do operar, e no operar, das diferentes classes de moléculas que a compõem, em um interjogo de interações e relações de proximidade que o especificam e realizam como uma rede fechada de câmbios e sínteses moleculares que produzem as mesmas classes de moléculas que a constituem, configurando uma dinâmica que ao mesmo tempo especifica em cada instante seus limites e extensão. É a esta rede de produções de componentes, que resulta fechada sobre si mesma, porque os componentes que produz a constituem ao gerar as próprias dinâmicas de produções que a produziu e ao determinar sua extensão como um ente circunscrito, através do qual existe um contínuo fluxo de elementos que se fazem e deixam de ser componentes segundo participam ou deixam de participar nessa rede [...]". MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 12.

[72] Vale citar um dos fundamentos da teoria cognitiva autopoiética que leva a conclusão de que o que se observa depende do observador: "[...] tudo o que é dito é dito por alguém." MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 32.

[73] Cabe mencionar aqui que, ao contrário de Luhmann, que defende a posição de que os sistemas sociais não são sistemas vivos, Fritjof Capra considerando a organização humana, defende que os sistemas sociais podem ser vivos em diversos graus: "Quanto a mim, prefiro conceber a autopoiese como uma das características específicas da vida. Entretanto, ao discutir as organizações humanas, vou defender também a tese de que os sistemas sociais podem ser "vivos" em diversos graus". CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002, p. 94.

[74] TEUBNER, Gunther. O direito como sistema autopoiético. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 63-64.

Neste sentido a sociedade passa a ser observada como um sistema autopoiético, um sistema auto-referencial[75], em que seus elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, graças a uma sequência interna de interação circular e fechada[76]. Nestas interações, como já é de se concluir, Luhmann identifica a comunicação como o elemento central das redes sociais, utilizado como modo particular de reprodução pelos sistemas sociais autopoiéticos. As comunicações são produzidas e reproduzidas, formando uma rede de comunicação que constituem os elementos do sistema e que não podem existir externamente – motivo esse que, resumidamente, justifica que esta concepção não compreende as pessoas como membros da sociedade, e sim exclusivamente a comunicação. Motivo esse que corrobora na superação dos limites físicos e geográficos atrelados a concepção de diferentes sociedades com base nos diferentes Estados.

Sobre a não mais utilização de características territoriais-geográficas para a definição de sociedade pode-se identificar uma razão. Por se tratar de uma sociedade que se caracteriza na comunicação, não existem barreiras comunicacionais visíveis. As barreiras geográficas são substituídas por limites, pela diferença ente sistema e ambiente que não operam como barreiras clara - a exemplo do sistema jurídico que opera pelo binômio "legal/ilegal" daquela comunicação social. Especialmente hoje, a partir do invento da imprensa e mais ainda da *internet* houve não somente um aumento mas uma densificação da rede de comunicação da sociedade de modo a não existir mais uma relação dependente ou não do incremento ou da diminuição demográfica já que existe um desenvolvimento suficiente para a manutenção da capacidade de autorreprodução do sistema social[77].

Dessa forma "[...] *society* is not a communicative and normative unity which can be fully represented by one sovereign or parliamentary body"[78]. Constata-se que a sociedade do mundo nada mais é que o sobrevir do mundo na comunicação. Embora tais argumentos sejam postos com a denominação de sociedade mundial, advoga-se aqui pela por outra nomenclatura: global.

Denomina-se aqui como global a partir dos pressupostos de Gunther Teubner que, ao conceituar a ideia de ordem global busca superar a própria linguagem 'internacional' pelas suas relações entre o nacional e internacional e suas definições geográficas ainda alicerçadas no Estado-nação. Desta maneira justifica-se a eleição pelo global em detrimento das outras possibilidades, que, embora contingente esta decisão demonstra-se adequada nas palavras do jurista alemão quando se refere a uma ordem jurídica global:

> o direito global (não: 'inter-nacional'!), nesse sentido, é um ordenamento jurídico sui generis que não pode ser avaliado segundo os critérios de

---

[75] TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoiético. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 32 e seguintes.

[76] Convém mencionar que ao falar em interação circular e fechada, está se falando no processo de clausura operacional, uma operação interna do sistema essencial para assegurar a identidade do sistema e logo, possibilitar sua abertura. Também ao se referir à interação circular estamos nos referendo não a um circulo vicioso, mas a um circulo virtuoso, onde ocorre sempre uma perspectivação em espiral.

[77] O sociólogo alemão ensina que "En lo que concuerdan todos los sistemas funcionales y en lo que no se distinguen es en el hecho de su operar comunicativo. Considerada en abstracto, la comunicación [...] es la diferencia que el sistema no hace ninguna diferencia. Como sistema de comunicación, la sociedad se distingue de su entorno, pero éste es un límite externo y no interno. Para todos los sistemas parciales de la sociedad los límites de la comunicación (la diferencia de la no-comunicación) son los límites externos de la sociedad. En esto y sólo en esto coinciden. Toda diferenciación interna debe y puede relacionarse con este límite externo ya que ella crea para cada uno de los sistemas parciales distintos códigos y programas. En la medida en que comunican todos los sistemas parciales participan de la sociedad; en la medida en que comunican de todo distinto, se distinguen entre sí." LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Cidade do México: Herder, 2007, p. 113.

[78] SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. Transnational Governance and Constitutionalism. Portland: Hart Publishing, 2004, p. 43.

> aferição de sistemas jurídicos nacionais. [...] esse ordenamento jurídico, já amplamente configurado nos dias atuais, distingue-se do direito tradicional dos Estados-nações por determinadas características, que podem ser explicadas por processos de diferenciação no bojo da própria sociedade mundial. Porque, por um lado, se o direito global possui pouco respaldo político e institucional no plano mundial, por outro lado, ele está estreitamente acoplado a processos sociais e econômicos dos quais recebe os seus impulsos mais essenciais.79

A sociedade atual é formada por relações entre Estados, entendida como uma coletividade de sociedades diferentes no Direito, política, economia dentre outras características. Lembra-se que esta coletividade não possui uma organização central e dessa maneira permite, desde já, a pulverização de decisões em meio a diferentes organizações inter*nacionais* sem olvidar a relevância que assumem outras organizações privadas por exemplo.

3 A fragmentação jurídica e os centros de decisão: policontexturalidade

Enquanto modo de operação tradicional do Direito, o mesmo é orientado a partir da *programação condicional*, ou seja, produção do passado quando a construção do sentido jurídico já está orientado anteriormente. Existe a possibilidade, hoje crescente, de orientação a partir da *programação finalística* com a consideração do futuro na reflexão da decisão em busca da produção da diferença[80]. Fundado na repetição do tempo e todos seus elementos comunicacionais, hoje o Direito se mostra preocupado com o futuro, ou seja, na limitação das consequências relevantes de uma decisão:

> como las consecuencias futuras de las decisiones son interdependentes en alto grado, tanto más cuanto que las consecuencias hipotéticas de las alternativas se han de incluir en la decisión jurídica, la orientación a las consecuencias nos lleva forzosamente a desdibujar las diferenciaciones actuales, sea en el aspecto profesional, sea en el organizativo.81

Conceitualmente o Direito se classifica em um sistema autopoiético funcionalmente diferenciado e, portanto, carrega consigo as características já apresentadas quando do sistema social global. Seu código binário específico que permite a diferenciação do ambiente é o "legal/ilegal" e, portanto, o Direito é o único sistema que pode operar esta diferenciação. Embora o Direito possua a exclusividade de operar a partir nos limites de suas comunicações, vale mencionar a sua capacidade de ressonância. A programação do sistema jurídico está calcado em normas no sentido amplo, comunicações jurídicas que se revestem desde orientações, leis a decisões judiciais - ou seja, toda comunicação que opera na diferenciação do código binário apontado. Toda essa comunicação deste sistema parcial busca a realização da função precípua do Direito, função esta que atrai interesse

---

[79] TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Revista Impulso. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003, p. 11.

[80] FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. Direito da sociedade policontextural. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 67.

[81] LUHMANN, Niklas. Sistema juridico y dogmatica juridica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 9.

particular na universalidade da comunicação social: a possibilidade de estabilização das expectativas[82].

Quando determina comunicação passa a operar a partir da disputa entre legal e ilegal a mesma está inserida dentro da concepção jurídica de sistema, e pelo tanto, há uma transformação de tal evento em um evento jurídico - seja um evento inicialmente econômico, social, religioso e científico como bem podem envolver as nanotecnologias. Justamente a eficácia social do Direito, enquanto sistema, depende da sua capacidade de refletir internamente com base em sua própria complexidade seletiva:

> a eficácia social do direito depende, entre outros fatores, da sua capacidade de reproduzir determinadas interações sociais, interna e seletivamente, como acontecimentos jurídicos, quando lhe são colocadas à disposição do seu ambiente, como condições marginais, ou da capacidade de se imunizar contra elas.83

A compreensão da dogmática jurídica tem levado em conta, como categoria dominante, a ideia de validade da norma jurídica - com forte apelo na teoria normativista de Hans Kelsen[84]. Nos tempos recentes de hipercomplexidade a validade é colocada em segundo plano em privilégio da efetividade do Direito[85]. Exemplos são os mais diversos da importância da efetividade. Organizações privadas, transnacionais já que operam globalmente por meio da internet - por exemplo o site de aluguel de imóveis "Airbnb", adotam procedimentos normativos internos que permitem identificar que, independentemente da validez de tais contratos com as ordens nacionais, buscam a efetividade da garantia do negócio para todos os participantes. Exemplos de organizações que não operam exclusivamente pela *internet* também existem, como a marca têxtil global "GAP" que identifica por meio de códigos de conduta e um programa de cumprimento que, ao ser constantemente aprimorado, busca implementar decisões privadas de forma a garantir direitos fundamentais como os relacionados com a erradicação do trabalho infantil, desenvolvimento local/regional onde suas fábricas estão inseridas dentre outras políticas[86]. Hoje, em decorrência de acordos e o maior controle sobre as práticas de lavagem de dinheiro, é possível observar a implementação de programas similares em todas as instituições financeiras. Exemplos como esses demonstram a pulverização de comunicações jurídicas, não sendo mais possível conceber que o efetivo exercício da função do Direito esteja exclusivamente centrado na ideia de Estado e muito menos em concepções territoriais-geográficas.

Superando a organização social entre territórios, entende-se que a sociedade é policontextural. Essa policontexturalidade, como definida por Teubner e demonstrada

---

[82] "El derecho es un sistema funcionalmente diferenciado de la sociedad moderna [....], cuya función es mantener estables las expectativas [...] aun en caso de que resulten vanas. Dichas expectativas son normas que permanecen estables independentemente de su eventual violación." DERECHO. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996, p. 54.

[83] TEUBNER, Gunther. Direito, sistema e policontexturalidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 31

[84] Ver KELSEN, HANS. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

[85] Lembra Leonel Severo Rocha: "Como se podem pensar possibilidades de racionalidade de um outro tipo para o Direito? Uma primeira alternativa que surge, e é interessante, é a ideia de efetividade. Se a validade de um sistema normativo é dada por uma hierarquia, agora, a validade é trocada ou colocada em segundo plano. Então, o mais importante para o sistema do Direito - não mais normativo - passa a ser a efetividade" ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. IN: ___, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

[86] Este tema será abordado no decorrer deste ensaio.

anteriormente, apoia-se na diferenciação entre centro e periferia de Niklas Luhmann[87] onde o que definiria esta posição é unicamente o ponto de observação, ou seja, o local de onde parte a decisão. Lembra Flores que "o 'Direito da sociedade' não pode ser reduzido à figura do juiz ou da Constituição", sendo necessário "[...] considerar tudo isso em uma perspectiva sistêmico-complexa, onde emerge a importância de repensarmos os contornos da noção de 'Organização'"[88]. Por sua vez, a organização baseia sua autorreprodução com base na decisão[89].

Mantendo sua concepção autopoiética, lembra-se que enquanto sistema parcial o Direito assegura sua autonomia e sua incerteza. Seu futuro somente pode ser desenvolvido a partir dos limites do sistema, e não externamente. Buscar a certeza em uma sociedade e um Direito contingente é ignorar, ou manter-se ingênuo e alheio, os avanços da comunicação e a própria característica autopoiética. Manter-se associado à noção tradicional de povo, território e governo, ou seja, à noção tradicional de Estado é não perceber a natureza de alta complexidade da sociedade atual. Os desafios são inúmeros, mas o imaginário base de que o Estado mantém o monopólio da regulação jurídica não mais se coaduna com a era de incerteza e insegurança na qual se encontra a sociedade e o Direito.

Ainda, a relação de causalidade normalmente identificada pelo Direito quando da sua decisão não se coaduna com a gestão reflexiva e policontextural dos riscos. Torna-se primordial [...] afastar-se da causalidade e aproximar-se da circularidade construtivista [...]" de forma a viabilizar "uma explicação reflexiva da decisão jurídica, ou seja, uma teoria não normativista da decisão jurídica"[90]. Reflexividade também corrobora com a indução de condutas por parte dos demais sistemas e organizações. O direcionamento com base no Direito é possível seja a partir de uma comunicação normativa geral ou por atos jurídicos específicos e a consequente perturbação sistêmica orientada. Embora lembra-se que cada sistema/organização orienta sua comunicação a partir da recursividade circular fechada de seus atos, e que é impossível a orientação externa desse funcionamento, o Direito pode irritar os demais sistemas provocando uma compatibilização de comportamentos:

> Quando sistemas recursivos e auto-organizados pode realizar valores próprios, em razão de perturbações externas, então o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.91

Essa compatibilização recíproca de comportamentos proporciona também um maior sincronismo no paralelismo temporal. Veja que cada sistema possui sua complexidade interna completamente diferenciada do seu ambiente e demais sistemas, característica conhecida como *paralelismo temporal* - uma defasagem temporal. Segundo Flores a "defasagem na concepção temporal do Direito gera a impressão de existirem duas concepções temporais distintas e

---

[87] Ver LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. Guaralajara: Universidad de Guadalajara: 1993.

[88] FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. Direito da sociedade policontextural. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 63.

[89] Cf. LUHMANN, Niklas. Organización y decisión. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.

[90] SILVA, Artur Stamford de. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. IN: SCHWARTZ, Germano (Org.). Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 37-8.

[91] TEUBNER, Gunther. Direito, sistema e policontexturalidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 38.

desconectadas: um Tempo da sociedade, altamente dinâmico e, paralelamente, um Tempo específico do Direito, extremamente conservador, fruto de uma racionalidade moderna que acentua demasiadamente o passado"[92].

A situação regulatória será mais efetiva quanto mais maleável for a comunicação, permitindo que organizações e sistemas ajustem mutuamente seus comportamentos de forma a produzir uma organização das expectativas de forma recíproca efetiva e duradoura. Trata-se de sincronizar, e não impor, comunicar e não mais ordenar, regular e não mais regulamentar lembra Alain Suipot[93]. Regular passa por reconhecer a autonomia da complexidade jurídica frente ao seu ambiente - seja a sociedade seja os demais sistemas parciais de comunicação. Reconhecer também que o Direito global, não mais inter*nacional*, somente vai possuir efetividade quanto mais se tornar reflexivo e compatível temporalmente com os demais sistemas e organizações sociais - sejam privadas ou públicas. A policontexturalidade torna-se fundamental, já que as organizações empresariais não mais operam nacionalmente e sim "[....] procuram novas formas de organização de trabalho" e tampouco "se contentam com a subordinação, já não querem trabalhadores somente obedientes"[94] da mesma forma que os consumidores como um todo não esperam mais que seus produtos e suas experiências tenham de ficar restritas a determinado território.

A emergência de normas globais, autoproduzidas por organizações privadas são um novo exemplo da contratualização do Direito a partir de centros e periferias. Historicamente as atividades de atores privados têm sido reguladas pelos contextos jurídicos de cada Estado, todavia, cada vez mais os entes públicos possuem dificuldade de dar efetividade a regulação quando se trata de atividades transnacionais de empresas que atuam globalmente. Por tal motivo é que se torna cada vez mais importante buscar alternativas a partir da insuficiência do modelo atual de imposição de comportamento:

> Global laws are regarded as self-regulations which are made by private actors. Essentially, the activities of private actors have been regulated by laws of each state. But, in certain fields, states or interstate organizations have some difficulty in regulating transnational activities caused by or involving private actors which are becoming more and more important in the global society. In such fields as economics, activities are essentially transnational95.

Não se trata de uma compreensão liberal, ou *neo*liberal, de Estado e Direito, mas o reconhecimento do paralelismo temporal entre a sociedade e o sistema jurídico quando arraigado a uma observação de mínima complexidade. A emergência de tais normas não pode ser barrada no contexto atual, mas pode ser induzida de forma a dar coerência e integridade ao sistema jurídico entre sua periferia e centro e vice-versa já que se trata do ponto de observação. Miguel Reale já alertava que "[...] nenhuma estrutura social é uma unidade maciça e mononuclear, mas sim uma *unitas ordinis* ou 'unidade de sentido', ou seja, uma composição de múltiplos fatores que se

---

[92] FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. Direito da sociedade policontextural. Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73, p. 65.

[93] SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 146.

[94] SUPIOT, Alain. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 154.

[95] KAWAMURA, Satoko. The formation of Global Economic Law: under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012, p. 9.

correlacionam em função de um ou mais motivos"[96]. Fundamental desta forma o reconhecimento de novos instrumentos de regulação, como são os códigos de conduta e seus programas de cumprimento, instrumentos privados de cunho voluntário oriundos do fenômeno da autorregulação.

4 Regulação e regulamentação dos fragmentos

Historicamente os textos constitucionais possuem basicamente dois objetivos: *limitar o poder do soberano e constituir uma ordem jurídica própria*. Esta tem sido a fonte originária de todo ordenamento jurídico de algum país e serve de legitimação para todo o Direito objetivo de cada nação. Já observou Miguel Reale que as fontes e modelos jurídicos não se esgotam no Estado embora dele emana uma centralidade no dizer o Direito. Cogitar a existência de instrumentos privados não é algo recente na doutrina jurídica. Miguel Reale, já a algum tempo, identificava nos contratos uma das fontes e modelos do Direito[97]. Mesmo não prevendo a dimensão da utilização específica dos instrumentos ora analisados, o jurista brasileiro já indicava o contrato enquanto fonte negocial, fonte essa hoje muito usual na estabilização das expectativas sociais - funcionando em determinados contextos como efetivos instrumentos de garantias fundamentais, limitação da autonomia privada e o nascedouro de obrigações vinculantes a terceiros. Observa-se hoje um contínuo processo de solução dos conflitos, sejam individuais ou coletivos, mediante decisões negociadas - com ou sem a participação do Estado.

Com a policontexturalidade proposta por Teubner nos parece adequado compreender que a produção normativa ocorre nos mais diferentes pontos da sociedade, não estando mais delimitado pelos limites tradicionalmente arraigados na concepção de Estados nacionais. Leonel Severo Rocha, ao explicar e exemplificar esta especial concepção de sociedade proposta pelo jurista alemão comenta acerca da emergência de uma série de comunicações jurídicas, autônomas a partir de sua própria lógica, que, dependendo do ponto de observação podem estar tanto no centro quanto na periferia do sistema jurídico:

> Teubner afirma que é preciso se pensarem novos tipos de direitos que surgiram na periferia, mas que também têm autonomia, como se fossem o centro: os direitos softs, soft law, direitos híbridos, direitos de contratos internacionais, direitos de organizações internacionais, que têm uma lógica própria. E que começam a surgir, paralelos ao Estado, na globalização. O surpreendente, exemplifica Teubner, é que grandes multinacionais, ao regularem a sua atuação, seguem os direitos, têm regras e, às vezes, códigos de ética (para seus interesses). Em poucas palavras, a grande empresa tem códigos de atuação normativas, que não são necessariamente os mesmos dos países.98

---

[96] REALE, Miguel. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 87.

[97] "Na usual afirmação de que 'o contrato tem força de lei entre as partes' já se albergava o reconhecimento de que a 'autonomia da vontade ' é fonte geradora de regras de direito, mas esta asserção só adquiriu plenitude de significado quando Kelsen, ao mesmo tempo que reduzia o Direito a um sistema de normas, alargava o sentido normativo, libertando-nos definitivamente do legalismo, isto é, do incontrastado domínio das normas legais" REALE, Miguel. Fontes e modelos do Direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 73.

[98] ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. IN: ___, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. A verdade sobre a autopoiese no Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 39-40.

A partir o surgimento associado ao enfretamento aos escândalos corporativos de cunho contábil, os programas de conformidade remetem a data de 1986 e a partir de 1991 permite uma punição diferenciada para organizações que possuem iniciativas para detectar e prevenir crimes.[99] Um dos grandes desafios frente a capacidade reflexiva da doutrina jurídica é a possibilidade de criar programas condizentes com a conciliação interna do discurso jurídico com as implicações do ambiente (sistemas sociais)[100].

No contexto contratual são identificados três níveis de conflitos no sistema contratual, o primeiro quanto à interação, o segundo sob o prisma institucional e o terceiro no âmbito da sociedade. No nível da interação o conflito se dá entre acordo contratual e moral da interação quanto ao feixe de expectativas informais que não necessariamente estão expressas nas declarações. Quanto ao nível institucional há o conflito entre contrato e instituições sociais, demonstrando que o contrato está inserido em um contexto mais amplo de prerrogativas e restrições que tais declarações devem levar em conta. No âmbito da sociedade o conflito se dá entre o contrato e o seu ambiente, ou seja, sistemas sociais funcionais como política, economia, família, cultura e religião que acabam por aumentar a complexidade de tal decisão frente ao modo clássico de análise dos contratos. Uma das grandes importâncias da existência dos códigos de conduta corporativos e dos programas de cumprimento é quanto as perspectivas de responsabilidade das organizações quando do, potencial ou efetivo, dano/crime/prática abusiva a partir das suas atividades. De outro lado tais programas podem se tornar instrumentos de grande contribuição para as boas práticas e para dar efetividade aos Direitos Humanos buscando a máxima sempre lembrada de Bobbio: "[...] que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los"[101]. Mais, sociologicamente analisando é possível perceber a emergência de limitações voluntárias à autonomia negocial, a busca da efetiva prestação de garantias fundamentais e a constituição de uma ordem jurídica autônoma com direitos e obrigações com terceiros.

Não se pode olvidar que a efetividade está intimamente relacionada com os sistemas regulatórios. Em se tratando da perspectiva da relação das organizações tidas como privadas e àquelas tidas como públicas sempre houveram dois objetivos. Essas sempre buscaram meios para controlar aquelas que, por sua vez, buscaram meios de desenvolver sistemas de governança próprios de forma a controlar a cadeira produtiva onde quer que estivesse localizada geograficamente. [102]

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos define esses como programas de cumprimento estabelecidos pela gestão corporativa para prevenir e detectar a má-conduta e assegurar que as atividades corporativas são conduzidas de acordo com todas as regras, regulações e leis civis e criminais. O mesmo órgão norte-americano encoraja esse policiamento realizado pela própria corporação, incluindo divulgações voluntárias para o governo de quaisquer problemas que a corporação tome conhecimento por conta própria. Indica ainda a insuficiência de que a simples existência de programas de cumprimento justificaria a imunidade da empresa por condutas criminosas realizadas pelos seus empregados, diretores e agentes. Pelo contrário, orienta o referido órgão que a existência de tais condutas ilegais implica no entendimento de que o programa de

---

[99] Cf. BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. Building a World-Class Compliance Program: best practices and strategies for success. Nova Jersei: John Wiley & Sons, 2008, pp. 45-71.

[100] Cf. TEUBNER, Günther. Níveis de conflito no "sistema contratual". IN: ____, Günther. O Direito como Sistema Autopoiético. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 239-42.

[101] BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

[102] BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, p. 2.

conformidade não esteja sendo bem aplicado podendo gerar ações do Estado independentemente da existência de tais programas[103].

Os programas de cumprimento, também conhecidos como programas de conformidade, são somente um dos exemplos de normas autônomas. Eles, originalmente desenvolvido em inglês sob a expressão *compliance programs*, nada mais são que um contexto de estar atuando de acordo com o que está estebelecido em normas gerais, especificações ou legislação. Na realidade os programas de cumprimento nada mais são que medidas internas que qualquer entidade pode adotar afim de assegurar que estará cumprindo com um contexto legal específico, ou seja e em termos pragmático-sistêmicos, trata-se de comunicação específica a partir do código "legal/ilegal" enquanto campo específico da comunicação jurídica de forma a organizar as expectativas internas daquela organização. Trata-se de cumprimento da lei e mais. Verifica a aderência das atividades e processos aos requisitos legais onde para cada atividade torna-se uma obrigação estar ciente de todas as implicações e consequências legais. Essa perspectiva se coaduna com a proposta de uma regulação eficaz a partir da concepção de Teubner:

> A regulação (direcionamento) somente é bem-sucedida em poucos casos, nos quais os programas auto-regulativos (sic) concretos do direito 'coincidentemente' se coadunam com os programas auto-regulativos (sic) concretos da economia, isto é, quando o processamento econômico de diferenças vai 'mais ou menos' ao encontro da intenção legislativa.104

Não se pretende aqui desenvolver uma concepção de análise dos programas de cumprimento, oriundos dos respectivos códigos de conduta, como um benefício para a própria organização. Pelo contrário. Trata-se de demonstrar como tais contratos possuem uma dimensão não somente regulatória, mas também social. Embora não se olvide que o objetivo das corporações seja o lucro[105], tem-se observado uma crescente importância do conceito de *corporate citizenship* no mundo organizacional, ou seja, cidadania empresarial pela prática de condutas fiéis ao Direito e pela participação da organização nos assuntos públicos[106]. Da mesma forma não se ignora o fato de que a conduta cidadã da organização possa ser - e muitas vezes é - uma forma de alcançar mais lucros considerando uma característica contemporânea do consumidor. Mas, como observado, a efetividade da prestação da garantia torna-se cada vez mais relevante no contexto atual, e se demonstra que contratos particulares voluntários podem ser mais um instrumento deste Direito policontextural que possa se equiparar em determinadas características a textos constitucionais fragmentados no sistema jurídico.

---

[103] "Compliance programs are established by corporate management to prevent and to detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with all applicable criminal and civil laws, regulations, and rules. The Department encourages such corporate self-policing, including voluntary disclosures to the government of any problems that a corporation discovers on its own. However, the existence of a compliance program is not sufficient, in and of itself, to justify not charging a corporation for criminal conduct undertaken by its officers, directors, employees, or agents. Indeed, the commission of such crimes in the face of a compliance program may suggest that the corporate management is not adequately enforcing its program. In addition, the nature of some crimes, e.g., antitrust violations, may be such that national law enforcement policies mandate prosecutions of corporations notwithstanding the existence of a compliance program." US DEPARTMENT OF JUSTICE. Memorandum: principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/ 05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

[104] TEUBNER, Gunther. Direito, sistema e policontexturalidade. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 43.

[105] A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

[106] DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, pp. 26 e seguintes.

Toma-se como exemplo o casso da "GAP Inc." que, além de possuir um código de conduta próprio[107], esteve envolvida em escândalos acerca de trabalho infantil em uma de suas fornecedoras. A empresa define seu código de conduta de negócios como "a commitment we make to our shareholders, customers and each other not only out of a legal obligation, but because it's the right thing to do", complementando que

> We each make important contributions to protecting our company and its reputation. Recognizing right from wrong, and understanding the ethical implications of our choices, is fundamental to doing what's right at Gap Inc. We are each responsible for applying the standards outlined in our Code of Business Conduct to our work, every day.

Observando referido documento, existem preocupações da organização nos seguintes tópicos: *como empoderar o consumidor para expor suas preocupações; trabalhando com integridade; ter uma prática ética; afastando conflitos de interesse; proteção da marca; entendendo as linhas políticas da política empresarial, e; recursos para fazer o que é correto*[108]. Todas essas características dão um novo molde ao negócio, também contratual, com seus fornecedores que antigamente somente envolvia um retorno financeiro pela produção de determinados produtos. Hoje existe uma preocupação, ao menos expressada, em quem está produzindo e como se está produzindo aqueles produtos e a própria instituição. Por conta desta nova política empresarial é que houve a necessidade de demandar um nível de conduta uniforme de toda sua cadeia produtiva.

Os novos padrões aumentam o valor da companhia. Inicialmente reduzem custos e aumentam a qualidade dos produtos. Secundariamente esta visão de responsabilidade social corporativa serve como resposta lucrativa pela demanda dos consumidores por produtos produzidos em determinada maneira. Por fim esta nova maneira de gerenciar a cadeia produtiva de forma socialmente responsável está relacionada também com boas práticas de governança corporativa, ou seja, atrai novos acionistas e um retorno mais sustentável do lucro a eles. Tais práticas foram iniciadas em 1992 com o estabelecimento de padrões ao redor do mundo. Em 2004 a "GAP Inc." começou a editar seu Relatório de Responsabilidade Social e em 2006 começou a ter uma atenção ao trabalho colaborativo com ONGs.[109]

Posteriormente foi estabelecido o documento *Code of Vendor Conduct*[110] que, baseado em padrões laborais aceitos internacionalmente e em convenções internacionais, estabelece os padrões mínimos exigidos que todos os fornecedores deveriam praticar para realizar negócios com a "GAP Inc.". Verifica-se que, considerando a possibilidade desta organização trabalhar em regiões onde a legislação seja de pouca incidência ou a prática cotidiana das empresas pouco fiscalizadas pelo Estado local, acaba que tais padrões são mais fortes e protetivos que a própria realidade local/regional externa às fábricas. Inclusive o código de conduta de fornecedores estabelece a

---

[107] Interessante característica é o fato de que tal código está disponível em nove idiomas. GAP INC. History. 2015. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>. Acesso em 13 abr. 2015.

[108] GAP INC. Our Cord of Business Conduct. 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

[109] Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, pp. 12-13.

[110] GAP INC. Code of Vendor Conduct. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

possibilidade de fiscalização inesperada e punições unilaterais em caso de descumprimento, incluindo a suspensão de encomendas, o fim do relacionamento e/ou a implementação de um plano de ação corretivo.[111]

Mesmo com o estabelecimento dessas políticas, em outubro de 2007 houve a divulgação de trabalho infantil próximo a condição de escravidão em uma das fábricas na Índia. Um dia após ter tomado ciência das denúncias na mídia a organização identificou que houve uma subcontratação por parte de um de seus fornecedores e imediatamente cessou a compra deste fornecedor e preveniu que os produtos oriundos daquela fábrica fossem vendidos em suas lojas. O mais inesperado deste episódio foi que a partir das sanções aplicadas tomou-se conhecimento que aquelas crianças que naquela fábrica trabalhavam voltaram a uma situação de vulnerabilidade estando elas e suas famílias desamparadas, quando então a empresa notou que a sanção aplicada a empresa causou uma repercussão da mesma forma negativa. Prontamente identificou que uma política de um plano de ação para remediar o problema, com a obrigação do fornecedor de prover uma remuneração, educação e oportunidades dignas àquele entorno que anteriormente havia sido explorado. Hoje existe uma política de financiamento de organizações não-governamentais ao redor do mundo que advogam em causas de direitos fundamentais e o incentivo para que apoiem práticas sustentáveis em suas regiões.[112]

Embora ainda incipiente, a temática dos códigos de conduta e programas de cumprimento parecem demonstrar que tais documentos podem sim vir a ser um instrumento auxiliar no emaranhado de possibilidades jurídicas de regulação, em especial a partir da policontexturalidade. Talvez tenhamos chegado na época onde *os contratos substituem o Direito, redes de relacionamento substituem uma comunidade política, interesses substituem o território e o regulado passa a se tornar regulador*[113].

5 Considerações finais

Inicialmente cabe reconhecer o ganho em qualidade da análise dos problemas momentaneamente mencionados com a utilização do arcabouço metodológico proposto. Tendo isso observado torna-se possível identificar que a diferenciação da sociedade por meio de Estados não é a forma de observar a sociedade e o Direito global. Essa sociedade e o Direito hoje ultrapassa a noção territorial e a própria compreensão moderna de Estado, não implicando seu abandono mas o colocando em um ponto de observação inserido na policontexturalidade.

Compreendido este conceito teubneriano é possível observar a superação da verticalidade na regulação, por muito tempo reocnhecida como exclusividade, por uma horizontalidade decisional fundada na diferenciação entre centro e periferia, estando este centro orientado a partir do sistema que observa e, portanto, decide. Com isso surge a possibilidade de que organizações privadas, dentre inúmeras outras organizações – sejam internacionais, sem ou com fins lucrativos por

---

[111] Cf. GAP INC. Code of Vendor Conduct. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015, p. 15

[112] Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, pp. 11 e seguintes.

[113] Cf. BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015, p. 26.

exemplo, comunicarem sob a lógica jurídica e criarem padrões como podem ser considerados os instrumentos de conformidade analisados.

Muito embora tais instrumentos sejam associados a minimização dos prejuízos em casos de condenação das empresas, esses institutos, conforme demonstrou-se, podem ser equiparados, em específicas características, a fragmentos constitucionais empresariais autônomos em relação ao Estado e a região onde possam ser aplicados. Dessa forma entende-se que é possível, respeitadas as lógicas de regulação de Supiot, a emergência de uma regulação das novas tecnologias que englobe padrões de sinergia e reciprocidade de forma a tornar mais eficiente a estabilização das expectativas jurídicas em torno das novas tecnologias.

Referências

A CORPORAÇÃO. Direção: Jennifer Abbott; Mark Achbar. Zeitgeist Films, 2003. 1 DVD (145 min), son., color.

BACKER, Larry Catá. Multinational Corporations as Objects and Sources of Transnational Regulation. *ILSA Journal of International & Comparative Law*. Vol 14, No 2, 2008. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1092167>, Acesso em abril de 2015.

BIEGELMAN, Martin T.; BIEGELMAN, Daniel R. *Building a World-Class Compliance Program*: best practices and strategies for success. Nova Jersei: John Wiley & Sons, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas:* ciência para uma vida sustentável. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Cultrix, 2002.

DERECHO. In: CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *Glosário sobre la teoría Social de Niklas Luhmann.* México: ITESO/Editorial Anthropos, 1996.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*: a aplicação do modelo construtivista de autorresponsabilidade à Lei 9605/98. Tradução de Cristina Reindolff da Motta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

FLORES, Luis Gustavo Gomes. Teoria das três matrizes de Leonel Severo Rocha - um ponto de partida para novas reflexões. IN: BARRETO, Vicente de P.; DUARTE, Francisco C. *Direito da sociedade policontextural.* Curitiba: Appris, 2013, pp. 49-73.

GAP INC. *Code of Vendor Conduct.* Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/attachments/gapinc/COVC_070909.pdf>. Acesso em 13 abr. 2015.

GAP INC. *History*. 2015. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/gapinc/html/aboutus/ourstory.html>. Acesso em 13 abr. 2015.

GAP INC. *Our Cord of Business Conduct.* 12/2012. Disponível em <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2015.

KAWAMURA, Satoko. *The formation of Global Economic Law:* under aspects of the autopoietic system. Japão, Shiga: Ryokoku University: 2012.

KELSEN, HANS. *Teoria pura do Direito.* São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad.* Guaralajara: Universidad de Guadalajara: 1993.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión*. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, Herder, 2010.
LUHMANN, Niklas. *Sistema juridico y dogmatica juridica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento*: as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *De máquinas e seres vivos:* autopoiese – a organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do Direito:* para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação Luhmanniana. IN: ___, Leonel S.; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to Constitutionalism. In: JOERGES, C; SAND, I.; TEUBNER, G. *Transnational Governance and Constitutionalism.* Portland: Hart Publishing, 2004.

SILVA, Artur Stamford de. Teoria reflexiva da decisão jurídica: observações a partir da teoria dos sistemas que observam. IN: SCHWARTZ, Germano (Org.). *Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. *Revista Impulso*. Piracicaba, 14(33): 9-31, 2003.

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

TEUBNER, Günther. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

US DEPARTMENT OF JUSTICE. *Memorandum:* principles of Federal Prosecution of Business Organizations. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf> Acesso em 20 jan. 2015.

A PROBLEMÁTICA DA TERCEIRIZAÇÃO PARA ALÉM DA LETRA DA LEI: UMA ANÁLISE EMPÍRICA E SOCIOLÓGICA[114]

Cíntia Ione Santiago Guimarães[115]

Resumo:

No presente artigo são analisadas as recentes mudanças legislativas no que concerne ao instituto da terceirização e suas aplicações práticas e sociológicas. Parte da análise dos resultados obtidos por meio de pesquisa empírica realizada em uma empresa na área de telecomunicações situada em Porto Alegre/RS, que optou por não terceirizar suas atividades de *call center*. Demonstra seus resultados com base em análise comparativa em relação a mesma atividade quando desempenhada por empresa interposta.

Palavras-chave: Terceirização. Tecnologia. *Call Center*

1 Introdução

As transformações ocorridas no panorama do capitalismo global, nos últimos 40 anos, contribuíram significativamente para o seu crescimento. Dentre as mudanças mais notáveis, podemos destacar a flexibilização dos processos produtivos que contribuíram para aumentar a complexidade dos ambientes externos e internos das empresas e conduzir o aumento pela demanda por serviços. Esse fenômeno encontra sua explicação no estreitamento da relação entre o setor industrial e o setor de serviços.

O crescimento do setor de serviços fez com que as empresas passassem a terceirizar algumas tarefas intermediárias ou algumas tarefas finais do processo de produção, por ser mais vantajoso, por proporcionar a redução de custos e por reduzir suas estruturas organizacionais. Este contexto culminou no chamado processo de racionalização e flexibilização do trabalho vivenciado pelo setor industrial no início dos anos 1980. Essa racionalização nos anos 1980, marco representativo do trabalho industrial tradicional, passou a ser introjetada na seara de serviços, quando a tecnologia viabilizou, dentre outras particularidades, o poder de controle e rigidez sobre o comportamento do trabalhador, durante o decorrer de sua atividade laboral na prestação de serviços.

Dessa forma, a difusão dos avanços digitais ditou o ritmo da modernização necessária a ser impressa na organização das empresas produtoras de bens e serviços, transformando e inovando o modo de ofertar suas mercadorias, pois as empresas sempre buscam formas de diminuir custos e aumentar lucros. Alguns dos meios utilizados por elas para alcançar esses objetivos são a introdução de novas tecnologias, a organização do trabalho de forma mais eficiente e a terceirização de algumas etapas de seu processo de gestão.

---

114 Este artigo é uma releitura de minha pesquisa empírica feita no ano de 2012 para obtenção do título de Mestre. Justifica-se sua retomada em razão da alteração das condições de contratação na modalidade de terceirização para demonstrar que, para além da previsão legislativa, existem condições humanas envolvidas neste processo e que merecem destaque no atual contexto.

115 Diretora Executiva do Instituto de Pesquisa Gianelli Martins, Advogada, Docente, Pesquisadora e Coordenadora de Eixo do Grupo de Estudos e Pesquisas (CNPq) intitulado Novas Tecnologias: Processo e Relações de Trabalho sob coordenação da Dra. Profa. Denise Pires Fincato; cisguimaraes@bol.com.br.

O presente trabalho tem a intenção de apontar os principais equívocos quanto a interpretação da Lei 13.429/2017, a partir de sua entrada em vigor, que previu em apenas dois artigos as condições e critérios que devem ser satisfeitos para contratar serviços prestados por terceiros. Foram suscitados alguns problemas de interpretação, pois a norma não esclareceu de forma elucidativa a correta aplicação legal.

Na seara empírica e sociológica efetuou-se observação em uma empresa atuante na área de comunicação multimídia que possuía à época da pesquisa (2012), seu próprio setor de telemarketing e teleatendimento.

No seguimento do presente artigo são apresentadas as considerações finais, com as principais contribuições deste estudo, bem como a bibliografia utilizada para este fim.

2 O uso da tecnologia na prestação de serviços

Destaca-se como exemplo do atual crescimento econômico, o comércio promovido pelo meio eletrônico, em que o impacto deste avanço é inegável no cotidiano do cidadão que, por sua vez, desempenha tanto o papel de trabalhador como o de consumidor. Como resultado disso,

> Na década de 1990, vários fatores aceleraram a transformação do processo de trabalho: a tecnologia da computação, as tecnologias de rede, a Internet, e suas aplicações, progredindo a passos gigantescos, tornaram-se cada vez menos dispendiosas e melhores, com isso possibilitando sua aquisição e utilização em larga escala; a concorrência global promoveu uma corrida tecnológica e administrativa entre as empresas em todo o mundo; as organizações evoluíram e adotaram novas formas quase sempre baseadas em flexibilidade e atuação em redes; os administradores e seus consultores finalmente entenderam o potencial da nova tecnologia e como usá-la, embora com muita frequência, restrinjam esse potencial dentro dos limites do antigo conjunto de objetivos organizacionais (como aumento a curto prazo de lucros calculados em base trimestral) (CASTELLS, 1999, p. 306).

Isso interferiu nas formas de contratação de trabalhadores, pois, atualmente, as empresas dependem das capacidades intelectuais e das competências apresentadas pelos indivíduos. O mundo do trabalho que se desenha está calcado na distribuição e no acesso à informação, cuja "aplicabilidade com ganhos de produtividade, eficiência e eficácia à virtual totalidade das esferas de ação social constitui o argumento para emular na contemporânea 'revolução da informação' o potencial estruturador alargado da revolução industrial" (ALVES, 2004, p. 109). Inclusive,

> A introdução do trabalho imaterial – cujo produto é consumido no momento de sua produção – supõe a disponibilidade de capacidades de comunicação, compreensão, cooperação e criação. Habilidades estas que, no entanto, não podem simplesmente ser comandadas: elas dependem do investimento pessoal do funcionário no emprego para que sejam acionadas e disponibilizadas (ROSENFIELD, 2009, p. 174).

Isso implica na "adoção de novos parâmetros organizacionais dentro das grandes empresas de ponta [que] sucede à necessidade de enquadrar as novas demandas de qualificação requeridas pelo novo maquinário digital" (WOLFF, 2009, p. 91). As principais características oriundas da maior parte dos autores que analisam as características do mundo do trabalho, incorporado ao

contexto das tecnologias da informação e comunicação (*TIC's)*, destaca uma multiplicidade de efeitos sobre os trabalhadores e sobre os empresários.

O principal objetivo da tecnologia aplicada à produção reside na necessidade de expandir e aumentar a produção das empresas, mas, em contrapartida, esses "avanços tecnológicos provocaram transformações profundas no tipo de trabalho que realizamos". A "revolução da informação" produz "um grande número de empregos iguais aos da economia industrial: não-profissionalizados e que envolviam atividades de rotina" (GIDDENS, 2005, p. 311). Ou seja, os empregados de base, por exemplo, permaneceram sendo monitorados por seus empregadores e seguindo padrões rigorosos de prestação de serviços. De fato, atualmente, este controle mostra-se ainda mais eficiente e invasivo do que outrora.

Além disso, o modelo que vem sendo cada vez mais adotado pelas organizações empresariais, conforme Braga (2009, p. 68), é constituído por contratações terceirizadas, por redução de postos de trabalho superiores e pela quebra da equivalência salarial. Enfim, trata-se de modelos demarcados como empresas com formato neoliberal, cuja intervenção do Estado é bastante limitada, sobretudo no plano econômico.

Nesse sentido, essas características garantiram maior flexibilidade às empresas quanto a suas instalações e utilização da mão de obra, pois cada vez mais os detentores de capital aumentam a produtividade de bens e serviços ao mesmo tempo em que diminuem o número de contratações, enxugando os custos de manutenção da empresa e intensificando o ritmo do trabalho.

3 Alterações na modalidade de contratação terceirizada - lei 13.429/2017

No final do mês de março de 2017, entrou em vigor a Lei 13.429/2017, equivocadamente chamada de lei da terceirização, antigamente regulamentada apenas por Súmula do TST que, em tese, passou a permitir situações diversas em termos de contratação, em relação às limitações anteriormente previstas.

O equívoco reside no fato de a nova lei passar a vigorar para alterar alguns dispositivos da Lei 6.019/74, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Ou seja, a nova lei inclui recentes modificações no texto de lei que tratava especificamente sobre o trabalho temporário, tratando de forma muito limitada, superficial e hesitosa as condições para a contratação da terceirização para prestação de serviços.

O trabalho temporário consiste na contratação por intermédio de empresa prestadora de mão de obra para prestar serviços ao tomador, sem que isso resulte em vínculo de emprego entre quem é contratado e a empresa que recebe os serviços. O trabalhador temporário é empregado da empresa prestadora, tão somente. Como o próprio nome refere, a prestação de serviço é bastante limitada, ocorrendo somente em episódios de grande demanda comercial, como por exemplo, contratação de vendedor em datas comemorativas como natal, páscoa, etc. Já o instituto da terceirização era regido pela súmula 331 do TST, cuja principal característica era a possibilidade de contratação para prestação de serviços relacionados à atividade meio da empresa, caso contrário, poderia ser considerada ilícita a pactuação. Somente seria possível terceirizar serviços ligados à atividade fim do tomador em casos bem específicos e previstos na lei 6.019/74, como em casos de substituição, por exemplo. Ou seja, a terceirização de serviços vinculados à atividade meio era a regra e as relacionadas à atividade fim eram exceção.

No que se refere às novidades trazidas pela Lei 13.429/2017, acerca da terceirização para o trabalho temporário, fica clara a possibilidade de terceirizar a atividade fim, já para a terceirização geral e irrestrita são os artigos 4º e 5º que regulam, os quais estão gerando inúmeras controversas. De acordo com a interpretação de Vólia (2017):

> A empresa prestadora de serviços deverá prestar serviços "determinados e específicos" à contratante. Não se sabe o que esperar da interpretação dessas duas expressões vagas. Alguns vão defender que aí está a autorização para terceirizar atividade-fim, desde que especificado, definido, fixado o tipo de serviço no contrato. Outros, vão afirmar que aí está a previsão do contrato a termo, pois serviço determinado é o mesmo que serviço certo, previsível. Aliás, o art. 443, §1º, da CLT, conceitua o contrato determinado como aquele celebrado para execução de serviço especificado ou realização de certo acontecimento. Logo, equipara-se a evento certo, determinado. Há, ainda, aqueles que não vislumbram na lei a exigência de contrato determinado, mas interpretam que esta não autorizou a terceirização em atividade-fim, pois não foi expressa nesse sentido. Muitas controvérsias e interpretações divergentessurgirão.
> Interpreto que o legislador não autorizou a terceirização geral para as atividades-fim da empresa, mas tão somente para as atividades-meio desta, pois, quando quis ser expresso na autorização de terceirização de atividade-fim, o fez, como foi o caso do trabalho temporário.

Depreende-se, de igual forma, que ainda se mantém a vigência e cabimento da súmula 331 do TST que autoriza a terceirização somente para atividade meio da empresa, uma vez que o legislador não teve clareza em suas expressões. Então, adequado que somente ocorra a contratação pela modalidade de terceirização nas condições a prazo certo (contrato temporário) e com finalidade específica de forma a justificar a caligrafia concedida aos artigos 4º e 5º da nova lei.

Algo que se observa, em termos de garantias e de vantagens, tanto para o empregado quanto para o empregador ao terceirizar a atividade fim é o fato de a empresa colocar em risco a qualidade de sua prestação de serviços e o empregado ver-se precarizado dentro de uma relação laboral, quando o produto que deve representar altera-se inúmeras vezes de acordo com o contrato civil firmado entre a empresa que terceiriza e as várias empresas tomadora. Tal como afirma Vólia (2017):

> Quando o tomador não dirige e não comanda o trabalho executado por seus trabalhadores o serviço final não sai com a qualidade que deveria ter, principalmente se esses estiverem relacionados com sua atividade-fim. Sofre o trabalhador, o consumidor e a sociedade em geral.
> Como não foi permitida, expressamente, a terceirização de atividade-fim para as empresas prestadoras de serviços, continuamos a defender a prevalência da Súmula nº 331/TST, que, como regra geral, somente permite terceirização de atividade-meio. A lei é clara nesse sentido, pois quando o legislador quis permitir a terceirização em atividade-fim, o fez expressamente, como na terceirização do trabalho temporário.

Apropriado esclarecer que, por meio da nova lei tem-se como regulamentada a terceirização geral para as prestações de serviços, porém este instituto deverá ser maturado, de acordo com suas aplicações práticas, caso a caso. Importante, porém, que não haja confusão com as situações de trabalho temporário, de acordo com a expressão do legislador.

4 Contexto que originou o estudo de caso

O processo de terceirizar a mão de obra na produção de bens e prestação de serviços consiste no fato de as empresas transferirem parte de suas tarefas para outras empresas que oferecem essas operações, visando reduzir custos e aumentar a agilidade e qualidade nas práticas organizacionais. Trata-se, portanto, de uma modalidade que descentraliza algumas fases do processo e por isso é considerada "uma das principais formas de flexibilização das relações laborais" (LEON, 2011, p. 757). Ou seja, ocorre a transferência de determinadas etapas do processo de produção de bens ou serviços para uma outra empresa (a terceirizada), que irá contratar mão de obra para prestar e/ou executar determinadas tarefas relacionadas à empresa contratante (tomadora). Isso acontece, sobretudo, em organizações que utilizam o sistema de telecomunicação como uma fase no processo de produção de serviços. Então,

> O movimento básico que a define [terceirização] é a transferência, por uma empresa, de partes do processo de produção, ou mesmo da prestação de serviços, para outra, criando uma relação de subcontratação e diferenciação de coletivos de trabalho. Esse formato pode adquirir as mais variadas formas, de acordo com a atividade em questão e as empresas envolvidas. O mais comum, na atualidade, é a relação de subcontratação entre uma grande empresa, 'tomadora de serviços', e médias ou pequenas empresas, 'prestadoras de serviço', embora exista também o movimento inverso ou mesmo relações de subcontratação entre pequenas empresas (CAVALCANTE, 2009, pp. 193 e 194).

Embora a contratação pela via terceirizada seja vantajosa para as empresas, pois, de acordo com Rifkin (1995), "as empresas também estão reduzindo os encargos trabalhistas, com a contratação de fornecedores externos de bens e serviços, tradicionalmente administrados internamente" (RIFKIN, 1995, p. 212), há que se destacar que a utilização de mão de obra terceirizada para prestar serviços no ramo de comunicação (telemarketing e teleatendimento) geralmente afeta os trabalhadores de forma desalentadora, pois "muitos dos fornecedores são empresas menores que pagam baixos salários e proporcionam poucos benefícios aos trabalhadores" (RIFKIN, 1995, p. 212). A julgar pela realidade desses trabalhadores:

> Trabalhadores temporários e terceirização constituem a maior parte da força de trabalho contingencial – milhões de americanos cujo trabalho pode ser usado e descartado sem aviso prévio e a uma fração do custo de manter uma força de trabalho permanente. Sua própria existência age como redutor dos salários dos trabalhadores fixos. Cada vez mais os empregadores estão usando a ameaça da contratação temporária e a terceirização para negociar concessões de benefícios e salários com os sindicatos – uma tendência que deve acentuar-se nos próximos anos (RIFKIN, 1995, p. 214).

Portanto, em inúmeras situações o fenômeno da terceirização é utilizado pelo empregador como uma estratégia de dominação. Inclusive, "a flexibilização do trabalho é um fenômeno novo, dadas a dimensão, a amplitude e a qualidade adquiridas num quadro de mundialização, de reestruturação produtiva e de implementação de políticas neoliberais" (DRUCK; FRANCO, 2009, p. 226). Essa liberdade aplicada aos contratos de trabalho mantém a precariedade do mundo laboral no regime capitalista atual, porém de forma *metamorfoseada*, pois "passa a ter um lugar estratégico e central na lógica da dominação capitalista" (DRUCK; FRANCO, 2009, p. 227). Igualmente,

> Nessa medida, a terceirização é uma das principais formas ou dimensões de flexibilização do trabalho, pois ela consegue reunir e sintetizar o grau de liberdade de que o capital dispõe para gerir e, desta forma, dominar a força de trabalho. Liberdade que é verificável através da flexibilização dos contratos e, principalmente, da transferência de responsabilidade de gestão e de custos trabalhistas para um 'terceiro'. Uma prática de gestão que encontra respaldo em vários aspectos e instrumentos que limitam a regulação do mercado de trabalho, a exemplo das mudanças na legislação trabalhista, cuja flexibilização ocorre no sentido de fortalecer a liberdade de ação empresarial, principalmente no que tange às perdas de direitos dos trabalhadores (DRUCK; FRANCO, 2009, pp. 227 e 228).

Apesar da evidência de desvantagens aos trabalhadores, essa modalidade também apresenta evidências de desvantagens às empresas, pois mantém um distanciamento entre o comando e a base da organização, gerando um descontrole e, muitas vezes, um desconhecimento das estratégias utilizadas para a adequada apresentação dos produtos. Dessa relação decorre também um não envolvimento entre o empregado de base e aquilo que ele oferece em suas tentativas de venda, pois alternam inúmeras vezes os produtos oferecidos aos consumidores, de acordo com a alternância de contratações (entre a empresa terceirizada e a empresa tomadora) e dos resultados a serem alcançados (em termos de satisfação do serviço oferecido pela terceirizada em prol da tomadora). A empresa tomadora dos serviços poderá colocar em risco tanto o seu diferencial de competitividade quanto a identidade de sua marca, em razão de terceirizar aqueles que deveriam lhe representar. Além disso, a terceirização permite também, às organizações, a contratação transnacional da mão de obra, conforme Oliveira (2004):

> Na atualidade, a terceirização é um dos principais recursos de flexibilidade da produção e do trabalho, sendo utilizada por empresas de diversos setores da atividade econômica – indústria, comércio, serviço – para tarefas com distintos níveis de especialização e de sofisticação tecnológica, configurando complexas e variadas tramas produtivas que, às vezes, assumem âmbito internacional (OLIVEIRA, 2004, p. 125).

Portanto, no setor de telecomunicações é possivel terceirizar algumas tarefas pelo fato de os empregados manipularem produtos imateriais (informação, comunicação de dados armazenados e propagados em rede através da *Internet)*. Geralmente são utilizadas por empresas que precisam prestar serviços de teleatendimento e telemarketing, por isso terceirizam essa mão de obra através das empresas prestadoras deste serviço, às vezes localizadas em países que oferecem um baixo custo dessa prestação de serviço. Então,

> O setor trabalha com um produto não material, que é a informação e a comunicação entre as pessoas, mas necessita desenvolver e manter enormes estruturas físicas para tal emprendimento. A verdade é que, mesmo por 'critérios técnicos', torna-se muito difícil estipular a importância das atividades, pois, de fato, somente uma enormidade de trabalhadores, em função de cargos distintos, pode propiciar, efetivamente, a finalidade proposta. Para o usuário o resultado final é inusitado: de pedido de uma linha telefônica, à instalação, reparos e reclamações em Call Centers, em suma, todo o seu processo de relação com uma companhia de telecomunicações ele não pode, em nenhum momento sequer, entrar em contato direto com trabalhadores da empresa central.
> Na prática, as companhias de telecomunicações empregam diretamente, hoje em dia, um núcleo cada vez mais reduzido e restrito, principalmente, à área técnica de desenvolvimento de produtos e às estratégias de marketing. O

> grosso dos trabalhadores está espalhado por centenas de empresas, de instaladores a operadores de Call Center, existindo subcontratação, até mesmo em áreas de projetos e de sistemas de informação (CAVALCANTE, 2009, pp. 199 e 200).

Portanto, terceirização é um fenômeno que suscita uma série de discussões acerca da legislação a ser aplicada ao trabalhador que presta serviços a uma tomadora geograficamente distante e localizados muitas vezes em países diferentes. Quando as empresas oferecem serviços de forma terceirizada de teleatendimento e telemarketing a outras empresas (tomadoras) que quiserem divulgar seus produtos e/ou solucionar problemas dos clientes via atendimento (SAC), assumem o ônus de não ter um empregado comprometido com os valores e missão da empresa e tampouco com o produto que representa, uma vez que a empresa terceirizada possui em sua carta de clientes, organizações dos mais variados ramos de atuação e com uma quantidade imensurável de produtos e serviços. Dessa forma, a empresa terceirizada, na maioria dos casos, dificilmente busca especialização no que diz respeito aos produtos da empresa tomadora dos serviços, implicando na total ausência de identificação dos teleoperadores terceirizados para com os produtos ou serviços oferecidos pela tomadora. Uma vez que o teleoperador não possui conhecimentos suficientes acerca da empresa tomadora, culminando na queda da qualidade do serviço e no desgaste da imagem da empresa e do produto. Inclusive, pelo fato de o empregador estar distante do empregado, desconhece suas práticas e suas técnicas de abordagem. Caso a empresa tomadora decidisse criar o seu próprio setor de *Call Center*, poderia perceber maiores benefícios já que os empregados estariam investidos dos propósitos (missão e valores) da organização e da representação de seus produtos.

5 Resultados

Grande parte dos operadores de *Call Center* percebem seu emprego como algo temporário, um "trampolim" para empregos melhores. E isso ocorre não somente em razão do baixo salário que auferem, das tarefas desgastantes que efetuam, das condições muitas vezes precárias com que trabalham e da quase ausência de perspectiva de ascensão profissional. Ocorre também porque a terceirização dessa mão de obra tende a dificultar a identificação e o comprometimento desses trabalhadores com os produtos e as empresas que os produzem.

Esta pesquisa verificou variáveis entre as condições de trabalho, o salário, a satisfação dos trabalhadores em empresas de *Call Center* terceirizadas, com base na literatura especializada e em informações obtidas no sindicato da categoria (SINTTEL/RS) e na empresa de comunicação ora pesquisada que dispõe de seu próprio setor de *Call Center*.

Tal como nas terceirizadas, os operadores da EMC são majoritariamente do sexo feminino, jovens, solteiros, com segundo grau completo ou curso superior incompleto ou completo.

A cultura organizacional de uma empresa, o respeito e o reconhecimento do empregado influenciam, por certo, o compromisso e o grau de satisfação dos funcionários. Mas não são suficientes para evitar a alta rotatividade dos trabalhadores. O compromisso duradouro com a empresa, mantendo-se num posto de trabalho por anos, depende fortemente do que ela oferece em termos de salário, benefícios (plano de saúde, entre outros), perspectiva de mobilidade profissional ascendente. A cultura da organização pesquisada possui baixa rotatividade de acordo com os períodos de contrato em vigor que apresentam seus funcionários, a satisfação foi evidenciada em

razão do fato de a contratação ser direta e não terceirizada, 83% de seus empregados já estão a mais de um ano na empresa, o valor do salário, quando comparado às terceirizadas, é mais vantajoso (valor do menor salário da pesquisada = 2.0 salários mínimos; valor do menor salário da terceirizada = 1.4 de salário mínimo). Seu tempo de permanência no emprego é maior do que o observado nas empresas terceirizadas. Grande parte dos operadores possui experiência anterior na mesma área, tendo trabalhado em *Call Centers* em outras empresas (as terceirizadas).

Partindo-se da observação empírica, constatou-se que os empregados da empresa pesquisada estabelecem sólidos laços com a empresa e seus colegas de trabalho, pois durante três vezes ao ano, reúnem-se na Quinta da Boa Estância (um sítio localizado na região metropolitana de Porto Alegre) como forma de promover dinâmicas de relacionamento entre os colegas, enquanto nas terceirizadas não se verificaram momentos de confraternização. Sentem-se parte integrante da empresa, estão satisfeitos pelo modo como são tratados pela organização empresarial, que consideram dotada de elevado status, e pelo fato de trabalharem com um produto que valorizam.

Verificou-se ainda que, em termos de representação sindical não estão consolidados, haja vista a representação abarcar um grande número de trabalhadores que exercem funções diversas dentro de uma empresa de radiofusão e televisão. Porém, a empresa optou por manter seu próprio setor de *Call Center,* pois admite que empregados "pertencentes" ao grupo, beneficia tanto uma categoria quanto a outra (empregados/ empregadores).

Ao solicitarem soluções para problemas que envolvem a rotina, são escutados e imediatamente satisfeitos. Unanimemente, as condições do ambiente de trabalho são boas na empresa pesquisada (de acordo com seus funcionários). Mas, para tanto, dependeram da atuação do Ministério do Trabalho e Emprego, que resultou na exigência da realocação de seu espaço físico e no cumprimento de normas de saúde e higiene do trabalho. Depois de remodelado, esse setor de *Call Center* tornou-se, inclusive, modelo para definir os parâmetros da norma regulamentadora da categoria, isto é, para a elaboração do Anexo II da NR-17 que dispõe sobre o ambiente de *Call Center*.

No quadro abaixo, resumidamente, seguem as principais variáveis:

Variáveis	**Empresa pesquisada**	**Terceirizada**
Controle	Por meio da célula de monitoria, os operadores são orientados quanto a forma de conduzir seus diálogos e abordagens de campanha. Por intermédios dos supervisores, os operadores são controlados quanto ao número de atendimentos e/ou ligações necessárias e a meta que deve ser atingida.	Para além do controle efetuado pela empresa contratante, a empresa tomadora também comparece nas instalações da terceirizada para efetuar o controle dos operadores. Por intermédio dos supervisores são controlados de forma permanente em tela, inclusive com contagem regressiva do tempo em momentos de ausência na PA.
Treinamento	O treinamento tem início após a formalização do contrato de trabalho, ou seja, o sujeito já está empregado, recebendo salário e cumprindo sua jornada diária de labor.	O operador é convocado e treinado ainda sem o contrato de trabalho formalizado, portanto não recebe salário. Retorna para sua residência, sendo chamado assim que surgir um posto de labor. Somente nesse

		momento ele é contratado e, por ter sido treinado previamente, não repete essa etapa após a formalização do contrato de trabalho (NOGUEIRA, 2009).
Autonomia	Essa variável está representada no na utilização de *script* durante os diálogos travados com os clientes em atendimento e/ou ligação. A autonomia é repassada ao teleoperador, quando deverá seguir somente as orientações de abertura e fechamento dos diálogos. Nesse ínterim, o empregado tem autonomia para argumentar com o cliente sem seguir perguntas rígidas e engessadas.	A utilização do *script* deve ser obrigatória, seguindo-se todo o roteiro de perguntas exigidas pela empresa. Os argumentos devem ser enquadrados, de acordo com o questionário formulado previamente pelos superiores. Trata-se de perguntas rígidas e engessadas, sem a possibilidade de o operador "inovar" no diálogo, devendo segui-lo até o final.
Rotatividade	Essa variável foi identificada com maior ocorrência na célula de vendas. Nas demais células, o índice é considerado baixo.	A rotatividade é alta, pois, segundo Rosenfield (2009), o "prazo de validade" do operador esgota-se e ele precisa ser substituído. O operador fica desgastado, havendo queda de sua produtividade rapidamente.
Identificação	Esse foi um dos elementos em destaque durante a entrevista de campo, pois as respostas foram unânimes em afirmar a condição de identificação, tanto com a empresa quanto com o produto com o qual trabalham.	Acerca da condição de identificação, Mocelin (2008) destaca a falta desse elemento dos empregados com o *Call Center,* pois decorre do fato de a empresa prestar serviços para outras empresas. Isso faz com que os operadores confundam o seu real empregador. Algo que o autor denomina "desterritorialização".
Jornada/ Pausas	São seis horas de trabalho por dia. As pausas concedidas aos operadores são quatro: lanche, sai PA, ginástica laboral e toalete. Não há um controle rígido, porém o operador deve cumprir a meta diária exigida. O teleoperador não precisa pedir autorização para se retirar da PA, basta informar em tela que está usufruindo alguma das pausas.	A jornada laboral é cumprida em seis horas diárias. Oliveira (2008) relata que os intervalos para café, lanche ou almoço e utilização do banheiro são descontados e todas essas pausas são controladas. Somente podem ausentar-se da PA mediante autorização de seu superior.

Vantagens e desvantagens	Algumas vantagens atribuídas a função: autonomia; salário; trabalhar com um só produto; respeito dos superiores e ambiente de labor. Algumas das desvantagens são: grosserias dos clientes; trabalhar aos sábados; pressão e rotina repetitiva.	Algumas vantagens atribuídas a função: jornada parcial; amigos; supervisores; prêmios e poder ajudar os clientes. Algumas das desvantagens são: remuneração baixa; falta de autonomia e motivação; pressão; jornada intensa. insegurança; maus-tratos de clientes e script.
Expectativas na empresa	A maioria dos entrevistados referem a expectativa de permanecer na empresa, pois as possibilidades de postos de trabalho aumentam, por tratar-se de uma empresa com vários setores de atuação.	A maioria dos operadores não tem perspectivas em permanecer na empresa. De acordo com Mocelin (2008), as vagas são limitadas às funções de *Call Center* por tratar-se de empresa direcionada a prestação desse serviço. Refere ainda que eles consideram essa atividade como ocasional ou temporária
Recompensas/ Motivações	Esses elementos são conduzidos pelos supervisores e assistentes se supervisor. As motivações são transmitidas na forma de palavras de incentivo. As recompensas são premiações (produtos) ofertadas para sorteio a todos os operadores que atingiram a meta solicitada.	Da mesma forma, são conduzidos pelos supervisores. Há promoções e premiações, conforme Oliveira (2009), tais como: premiação instantânea, melhor venda da hora ou sorteios de relógios, celulares ou prêmios mais valiosos.
Satisfação no trabalho		

Importante destacar também, o tema abordado no Decreto 6.523, do Ministério da Justiça que regula a forma como devem funcionar os setores de *Call Centers*, principalmente junto às organizações responsáveis pela prestação de serviços de telemarketing e teleatendimento. A norma contém afirmativas acerca de situações possíveis de o consumidor final buscar no atendimento e este não contemplar o que foi solicitado pelo cliente.

Com essas mudanças, as áreas de gestão de qualidade passaram a ter um papel ainda mais significativo, pois o decreto prevê ainda que, para o atendimento não transacional (aquele que efetua somente a operação solicitada), a solução deve ser alcançada ao cliente em até cinco dias, por exemplo.

Vislumbra-se que, para a obtenção factual da referida excelência quanto à qualidade na prestação de serviços pelas organizações, há que se observar a forma e dinâmica da contratação do teleoperador (direto ou terceirizado) que irá representar o seu produto.

6 Considerações finais

As Tecnologias de Informação e Comunicação – TIC´s, na era do informacionalismo, são apropriadas pelo sistema econômico capitalista e a informação é tida como a matéria prima contemporânea. Esta matéria prima é capaz de configurar, além de novas formas e ritmos às tarefas humanas, a máquina enquanto mera extensão do trabalhador (ou vice-versa) e, assim, subordiná-lo à organização empregadora de forma bastante grave e impessoal.

A flexibilidade da produção diz respeito à possibilidade de utilização das *TIC's* como forma de descentralizar tarefas outrora desenvolvidas no mesmo espaço empresarial. Particularmente, esse modelo coleciona maiores vantagens em razão de seus contornos não possuírem limitadores temporais e/ou espaciais, haja vista seu amplo alcance em rede. Historicamente, essa característica destaca-se pelo fato de proporcionar ao mercado um alcance em nível global.

Assim, com o desenvolvimento dos meios telemáticos e com as transformações no ramo da telefonia, paralelamente às mudanças de paradigma em termos de relacionamento entre a empresa e seus clientes, propiciaram o surgimento das organizações dos *Call Centers*.

A informação é substrato soberano nos diversos níveis de execução dessa atividade e a comunicação é uma das ferramentas mais importantes do sistema de acumulação capitalista.

Então, verifica-se que na atualidade grande parte dos operadores de *Call Center* percebe seu emprego como algo temporário, um "trampolim" para empregos melhores. Muito disto se dá em razão dos baixos salários, das tarefas desgastantes, das condições precárias de trabalho e da quase ausência de perspectiva de ascensão profissional no setor, genericamente explanando. Além disto, quando terceirizada a atividade de *Call Center*, há uma desvinculação dos trabalhadores, que não se identificam com os produtos que vendem ou com as empresas que tomam seus serviços indiretamente.

Da observação empírica, constatou-se enfim que os empregados da empresa pesquisada estabelecem sólidos laços com a empresa e seus colegas de trabalho, sentem-se parte da organização, estão satisfeitos pelo modo como são tratados e consideram sua empregadora dotada de elevado *status*, valorizando o produto com que trabalham.

Em perspectiva, as operações de *Call Center*, viu-se nos estudos realizados, não se darão apenas de maneira direta ou terceirizada próxima, como são as realidades da pesquisada e de outras empresas do setor, no Estado do Rio Grande do Sul. Já há iniciativas de terceirização pulverizada de *Call Centers*, com teleoperadores pessoas físicas, contratados diretamente e atuando em suas residências (com auxilio de sistema computacional e aparelho de comunicação).

A tornar ainda mais complexo o quadro, muitos destes trabalhadores são de nacionalidade distinta em face do vendedor do produto e do cliente deste também. A terceirização transnacional dos serviços de *Call Center*, portanto, é o novo desafio que se apresentará à realidade sócio-laboral o que, com certeza, exigirá novos esforços para a interpretação do local e do papel do ser humano no contexto do trabalho.

Referências

ALVES, Giovanni. *Dimensões da Reestruturação Produtiva:* ensaios de sociologia do trabalho. 2 ed. Londrina: Práxis; Bauru: Canal 6, 2007.

BOMFIM, Vólia. *Breves comentários à nova redação da Lei 6.019/74: Terceirização ampla e irrestrita???* http://genjuridico.com.br/2017/03/24/breves-comentariosa-nova-redacao-da-lei-6-01974-terceirizacao-ampla-e-irrestrita/ - Acesso em 15/05/2017.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____, Manuel. *A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade.* Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 2004.

CATTANI e HOLZMANN. *Taylorismo*. In: CATTANI, Antônio David e HOLZMANN, Lorena. *Dicionário de Trabalho e Tecnologia.* Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.

DRUCK, Graça e FRANCO, Tânia. *Terceirização: a chave da precarização do trabalho no Brasil.* In: NAVARRO, Vera Lúcia e PADILHA, Valquíria. *Retratos do Trabalho no Brasil.* Uberlândia: Edufu, 2009.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

LEON, Alice Backes de. *A Terceirização sob a Perspectiva Forense.* In: HORN, Carlos Henrique e COTANDA, Fernando Coutinho (org.). *Relações de Trabalho no Mundo Contemporâneo: ensaios multidisciplinares*. 1.ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011.

OLIVEIRA, Jayr Figueiredo de e MAÑAS, Antônio Vico. *Tecnologia, Trabalho e Desemprego: um Conflito Social.* 1.ed. São Paulo: Érica, 2004.

RIFKIN, Jeremy. *O Fim dos Empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho.* Tradução Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron *Books*, 1995.

ROSENFIELD, Cínara. *A Identidade no Trabalho em Call Centers: a identidade provisória.* In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (org.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

WOLFF, Simone. *O "Trabalho Informacional" e a Reificação da Informação sob os Novos Paradigmas Organizacionais.* In: ANTUNES, Ricardo e BRAGA, Ruy (org.). *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*. São Paulo: Boitempo, 2009.

TRANSFERÊNCIA MITOCONDRIAL EM COMPARAÇÃO AO SISTEMA CRISPR /CAS9 EM CÉLULAS GERMINAIS: QUESTÕES BIOÉTICAS

Luan Christ Rodrigues[116]

Resumo:

A utilização da terapia por transferência mitocondrial na reprodução humana assistida representa uma opção para prevenir a transmissão de doenças hereditárias, fruto de diversos estudos pré-clínicos e clínicos, ponderados pela eficácia e segurança de sua implementação. O presente trabalho busca abordar de forma crítica a utilização da técnica terapêutica de transferência mitocondrial, assim como analisar a possibilidade de aplicação do sistema CRISPR/Cas9, inclusive na linha germinal humana, a partir de um horizonte transdisciplinar, abalizado pelo princípio da precaução na operacionalização do risco biotecnológico e de disciplinas como a Bioética e o Biodireito, permitindo tecer algumas considerações problemáticas e inclusivas ao sistema jurídico brasileiro ante a indeterminação do crescimento tecnocientífico em escala exponencial.

Palavras-Chave: Novas terapias genéticas. Bioética. Transdisciplinaridade.

MITOCHONDRIAL TRANSFER AS A COMPARATOR FOR CRISPR/CAS9-GERMLINE EDITING: BIOETHICAL ISSUES

Abstract:

The use of mitochondrial transfer therapy in assisted human reproduction represents an option to prevent the transmission of hereditary diseases, the result of several preclinical and clinical studies, weighted by the efficacy and safety of its implementation. This paper seeks to address critically the use of therapeutic technique of mitochondrial transfer, as also to analyze the possibility of applying the system CRISPR/Cas9, including the human germ line, from a transdisciplinary perspective, based on the precautionary principle in the operation of biotechnological risks and disciplines such as Bioethics and Biological Diversity, allowing to weave some problematic and inclusive considerations to the brazilian legal system before the indeterminacy of techno-scientific growth in exponential scale.

Keywords: New genetic therapies. Bioethics. Transdisciplinarity.

1 Introdução

Atualmente, as novas terapias genéticas são capazes de realizar mudanças hereditárias no indivíduo. Tanto pela aplicação de técnicas de transferência mitocondrial quanto por pesquisas de edição genética de genes inviáveis *in vitro* pelo sistema CRISPR/Cas9. Ambas as técnicas podem

[116] Advogado. Mestrando em Direito e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade La Salle – Bolsista CAPES/PROSUP. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: luanchrist@hotmail.com.

ser benéficas para a humanidade, arrazoadas por situações específicas na incidência de doenças hereditárias com espeque no direito à vida e saúde, mas também podem ser problemáticas a partir de uma perspectiva bioética.

O desenvolvimento da biomedicina proporciona a cada dia que a engenharia genética e a embriologia aprimorem técnicas de reprodução assistida, fomentada pela vontade do ser humano gerar um bebê com sua estirpe genética, até então obstaculizada por alguma disfunção biológica, como nas encontradas em doenças mitocondriais.

Prismas do conhecimento como o Biodireito, estão evoluindo continuamente. Em decorrência disso, a ascensão principiológica representa uma tentativa de aproximação do mundo prático no direito, impossibilitando, v.g., casos de eugenia, clonagem não-terapêutica e afetação ao direito fundamental à identidade genética do indivíduo a refletir no direito das futuras gerações.

O presente trabalho reúne aspectos referentes a utilização de novas biotecnologias construídas a partir das noções do ser e para sua servidão. Dentre outros aspectos, privilegiando o fomento de pesquisas e terapias genéticas para fins terapêuticos, mas sempre observando a importância da emancipação do ser humano em seu diálogo com a técnica.

Com o presente estudo busca-se demonstrar que o diálogo entre disciplinas, em especial, a Bioética e o Biodireito enquanto condição de abertura material do sistema jurídico, privilegia um cuidado atemporal em prol das gerações vindouras.

2 Aspectos bioéticos das novas terapias genéticas

Na contemporaneidade, os indivíduos impossibilitados de gerar um rebento pelo risco de propagação de doenças hereditárias podem utilizar a reprodução humana assistida para a concretização do planejamento familiar,[117] que prescinde da condição material e sócio afetiva familiar, nos ditames insculpidos no art. 205 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). [118] Tal perspectiva demostra a ascensão das novas tecnologias no campo da medicina reprodutiva em uma sociedade cada vez mais complexa, na qual a vontade de ser pai ou mãe representa um ato de amor, e não mais entendida como uma situação meramente biológica em que outrora se propunha.

Cumpre referir que no decorrer do processo histórico da evolução das técnicas de inseminação artificial, pode-se constatar já em 1677, a observação do espermatozoide na Holanda; a possível primeira inseminação em 1770, na Inglaterra, capitaneada por John Hunter; a primeira inseminação, oficialmente registrada, realizada em animais em 1784, na Itália, por Lazaro Spallanzani.

Além disso, em 1826, é realizada a observação do óvulo na Prússia, por Karl Ernst von Baer; em 1884 é feita a primeira inseminação por um médico, nos Estados Unidos, por Edward

[117] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução Humana Assistida e Anonimato de doadores de Gametas: O Direito brasileiro frente às novas formas de paternidade. In: Tereza Rodrigues Vieira (Org.). Ensaios de Bioética e Direito. 2 ed. rev. ampl. atual. Brasíla DF Consulex, 2012. p. 35.

[118] Assim dispõe o artigo 205 da Constituição Federal: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho." (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: mai. 2017.)

Clarke; em 1944, John Rock e Miriam Mekin realizam, nos Estados Unidos, a primeira coleta de óvulo; Carl Wood, John Leeton e Alan Trouson realizam, em 1973, nos Estados Unidos, a primeira gravidez de embrião *in vitro*.

O primeiro nascimento por embrião *in vitro* ocorre na Inglaterra, em 1978; já na década de 90 é descrito pela primeira vez o Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (PGD/PGS),[119] possibilita detectar a partir da análise genômica pela biópsia embrionária de células antes da inseminação intrauterina, possíveis distúrbios genéticos no embrião, [120] os quais, caso inviabilizados para implantação, são cedidos para pesquisas, com o aceite da receptora,[121] sendo vedada a engenharia genética em embriões humanos descartados da reprodução assistida, assim como no zigoto e nas células germinais (artigo 6º, inciso III, da Lei 11.105/2005), mas permissível a medicina preditiva com células-tronco embrionárias humanas obtidas por fertilização *in vitro* (artigo 63 e seguintes do Decreto 5.591/2005).

Assim sendo, o desenvolvimento da biomedicina proporciona a cada dia com que a engenharia genética e a embriologia aprimorem técnicas de reprodução assistida,[122] fomentada pela vontade do ser humano gerar um bebê com sua estirpe genética, até então obstaculizada por alguma disfunção biológica, como nas encontradas em doenças mitocondriais, doravante solucionadas pela técnica de transferência mitocondrial, usualmente conhecida como "*tree parentes tecnique*".

As mitocôndrias são organelas citoplasmáticas com DNA próprio distintivo do núcleo. Servem para dar energia para as células do corpo manterem a adequada função dos órgãos. Tratando-se de embrião humano, o mau funcionamento dessas organelas podem, segundo informações da *Human Fertilisation and Embryology Authority* (HFEA),[123] desencadear mais de 150 patologias diferentes (doenças cardiovasculares, distúrbios mentais e/ou cegueira), algumas das quais ligadas a fatores externos – Epigenéticos.[124] É uma anomalia hereditária.

Por outro lado, cumpre referir ao menos do ponto vista teórico que a técnica de transferência mitocondrial se subdivide em diversos métodos, como bem aclarado por BARIAIN:

> (...) El primero de ellos consiste en extraer la mitocôndria de un óvulo de una mujer que sufre algún tipo de patología asociada a él y reemplazarla por uma mitocondria extraída del óvulo de una mujer sana (lo que se denomina Maternal Spindle Transfer, MST). En el segundo caso, el procedimento consiste en extraer los pronúcleos de un óvulo fertilizado y aquejado de patologías mitocondriales para después introducirlos en otro óvulo previamente enucleado. Se trata, por tanto, de una técnica que actúa en el primer estadio de la existencia humana, esto es, cuando los pronúcleos aún no se han fusionado (Pronuclear Transfer, PT). Finalmente, el tercer método parte de la posibilidad de utilizar un procedimiento como la transferencia

[119] O PGD (Diagnóstico Genético Pré-Implantacional) e o PGS (Screening Cromossômico Pré-Gestacional).

[120] DE AQUINO, Aleister Crowley; MARTINHAGO, Ana Carolina Nogueira; MARTINHAGO, Ciro Dresch. Biópsia embrionária: qual a melhor escolha? In: Reprodução & Climatério, 2013, Vol. 28 (3), p. 122-129.

[121] MELO, Kátia Regina Brasil, GOMES, Luiz Mauro Oliveira e MACEDO, José Fernando de. A tecnologia time-lapse pode predizer a qualidade embrionária antes dos resultados do PGD (diagnóstico genético pré-implantacional)? In: Reprodução & Climatério. 2012, v. 27. p. 85.

[122] Refira-se, aqui, a técnica de estimulação controlada dos óvulos (estímulo artificial para produção de óvulos), nas hipóteses de: obstrução nas trompas; desordens de ovulação; ou coleta de material genético para inseminação artificial in vitro. Bem como, nas situações de inseminação intrauterina para seleção e colocação de espermatozoides no útero materno em havendo problemas de motilidade ou crio conservação no nitrogênio líquido. Além do uso da Fertilização in vitro (FIV), na modalidade de fertilização induzida extrauterina; ovulação natural e induzida; transferência mitocondrial; cultura embrionária; e eclosão assistida.

[123] HFEA. Scientific review of the safety and efficacy of methods to avoid mitochondrial disease through assisted conception. Report provided to the Human Fertilisation and Embryology Authority, April 2011. Disponível em: http://www.hfea.gov.uk/docs/2011-04-18_Mitochondria_review_-_final_report.PDF

[124] Variações não-genéticas das células em contato com o meio ambiente, ainda que não altere a sequência de DNA.

> nuclear (Nuclear Transfer, NT) para obtener los mismos resultados. En este caso, se trataría de extraer el núcleo del embrión aquejado por un problema con su ADN mitocondrial para después transferirlo a otro embrión previamente enucleado125.

Em fevereiro de 2015, o Parlamento Britânico aprovou a utilização da técnica de transferência mitocondrial na reprodução assistida, com previsão de entrada em vigor em 29 de outubro de 2015. À primeira vista, nota-se que a aprovação se deve a uma questão de política-pública, pois o Reino Unido possui uma grande incidência de mulheres com deficiência nas mitocôndrias, tornando-se um empecilho para conceber a prole. A referida técnica, marcadamente terapêutica, nos termos do regramento denominado "*The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation)*", Item 5, objetiva extrair o núcleo do óvulo do ovário da receptora que possua alguma anormalidade mitocondrial causada pelo DNA mitocondrial,[126] substituindo-o pelo DNA mitocondrial de uma doadora saudável. [127]

Porém, BARIAIN indaga algumas considerações quanto a legitimidade da referida técnica sobre um aspecto bioético, senão vejamos:

> (...) hay una corriente que plantea cuestiones extremadamente graves acerca de la legitimidade de la aplicación de este método, sobre diferentes bases: las destrucción de vidas humanas en fase embrionaria, la ruptura de la prohibición de las modificaciones genéticas en la línea germinal, la inseguridad inherente al procedimiento, la utilización de un processo de clonación, con todo lo que ello conlleva, etc.128

No entendimento de BARIAIN, em se tratando da possibilidade de clonagem humana com o uso da terapia por transferência mitocondrial, cumpre referir que a clonagem só é possível a partir da transferência nuclear de células somáticas, as quais não são utilizadas na referida terapia, pois aqui não se fala de célula somática, mas sim de uma terapia que opera sempre sobre um embrião ou óvulo que necessita de transferência mitocondrial.[129] Assim, a partir de um ponto de vista cientifico, torna-se descabida a alegação de que a transferência mitocondrial pode ser entendida como algum tipo de clonagem.

Por outro lado, alegar que quando se altera o DNA mitocondrial de um embrião a ser implantado estar-se-ia falando-se de uma alteração da identidade genética do indivíduo a ser gerado,

---

[125] BERIAIN, De Miguel et. al. Algunas consideraciones sobre la transferencia mitocondrial: ¿um nuevo problema para la bioética? In: Acta Bioethica, v. 22, n. 2, 2016, pp. 204-205.

[126] Draft Regulations laid before Parliament under section 45(4) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, for approval by resolution of each House of Parliament. HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY. The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015. PART 2 (...) 5. The circumstances referred to in regulation 3(b) are that— (a) the Authority has issued a determination that— (i) there is a particular risk that any egg extracted from the ovaries of a woman named in the determination may have mitochondrial abnormalities caused by mitochondrial DNA; and (ii) there is a significant risk that a person with those abnormalities will have or develop serious mitochondrial disease;

[127] Draft Regulations laid before Parliament under section 45(4) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, for approval by resolution of each House of Parliament. HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY. The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015. PART 2 (…)Permitted embryo: process 7.—(1) The process referred to in regulation 6(a) consists of the following two steps. (2) In step 1— (a) either— (i) all the nuclear DNA of an embryo ("embryo A") is removed, or (ii) all the nuclear DNA of embryo A other than polar body nuclear DNA is removed; and (b) either— (i) all the nuclear DNA of another embryo ("embryo B") is removed, or (ii) all the nuclear DNA of embryo B other than polar body nuclear DNA is removed. (3) In step 2 all the nuclear DNA of embryo B which is not polar body nuclear DNA is inserted into embryo A.

[128] BERIAIN, De Miguel et. al. Algunas consideraciones sobre la transferencia mitocondrial: ¿um nuevo problema para la bioética? In: Acta Bioethica, v. 22, n. 2, 2016, p. 204.

[129] Ibidem.

o autor retro entende que " (...) hablar de alteración resulta imprescindible pensar en una entidad previamente existente que alterar, lo que aquí no sucede".[130]

Ademais, a própria técnica de transferência mitocondrial representa uma alteração nos genes muito menor do que em outras tecnologias, conquanto os riscos significativos que se infere na alteração da linha germinal humana não se verifica na hipótese.[131] Isso porque, alterar o DNA mitocondrial não equivale a alterar o núcleo de uma célula germinal. Nesse, refere-se à composição fenotípica do indivíduo, os traços essenciais de sua personalidade, diferentemente daquele que representa a constituição de aproximadamente 0,1% do total do DNA.

Em contrapartida, a *Nuffield Council on Bioethics* entende a referida técnica de transferência mitocondrial "(...) as 'germline therapies' because they introduce a chance that is incorporated into the (mitochondrial) genes of the resulting people, and so wil be incorporated into the germline that they will go on to develop".[132]

A técnica de transferência mitocondrial é utilizada excepcionalmente para o tratamento de doenças hereditárias, porém falar-se de uma terapia que ingressa na linha germinal alterando a composição genética embrionária que passa para as gerações futuras, convém questionar se a aplicação da técnica não abre uma porta para outras tecnologias interventivas na linha germinal, como o sistema CRISPR/Cas9.

Em 2012, Doudna e Charpentier identificaram que o sistema CRISPR poderia ser utilizado para editar genes programáveis em distintos tipos de células. Basicamente, o método consiste em usar um RNA guia para: 1) encontrar um fragmento de DNA a ser alterado que acople nele; 2) recrutar a enzima Cas9, cuja função é a de um "bisturi genético", cortando o DNA. Permitindo, assim, a remoção ou modificação de sequencias específicas de DNA.[133]

O uso do sistema CRISPR/Cas9 já fora utilizado em pesquisas para o tratamento de doenças mitocôndrias e representa uma possibilidade para o não descarte de embriões excedentários que atualmente pode ser realizado pela transferência mitocondrial por intermédio do método de transferência pronuclear (PN), bem como com a utilização da edição genética embrionário não seria necessária uma doadora de mitocôndrias.[134]

Assim sendo, nas situações referentes ao uso de terapias genéticas para o tratamento de doenças hereditárias, com alicerce no direito à vida e saúde, percebe-se que em um futuro próximo o avanço tecnológico da biomedicina está a proteger ambos os direitos fundamentais, além do resguardo do direito das futuras gerações.

---

[130] BERIAIN, De Miguel et. al. Algunas consideraciones sobre la transferencia mitocondrial: ¿um nuevo problema para la bioética? In: Acta Bioethica, v. 22, n. 2, 2016, p. 206.

[131] Nuffield Council on Bioethics. Novel techniques for the prevention of mitocondrial DNA disorders: an ethical review. Nuffield Council on Bioethics, Reino Unido, 2012. Disponível em:<http://nuffieldbioethics.org/wpcontent/uploads/2014/06/Novel_techniques_for_the_prevention_of_mitochondrial_DNA_disorders_compressed.pdf>.

[132] Nuffield Council on Bioethics. Novel techniques for the prevention of mitocondrial DNA disorders: an ethical review. Nuffield Council on Bioethics, Reino Unido, 2012. Disponível em:<http://nuffieldbioethics.org/wpcontent/uploads/2014/06/Novel_techniques_for_the_prevention_of_mitochondrial_DNA_disorders_compressed.pdf>. p. 58.

[133] TATAY, Lucía Gómez et. al. Mitochondrial Modification Techniques and Ethical Issues. Journal of Clinical Medicine, v. 6, n. 3, 2017, p. 6.

[134] TATAY, Lucía Gómez et. al. Mitochondrial Modification Techniques and Ethical Issues. Journal of Clinical Medicine, v. 6, n. 3, 2017, p. 11.

3 A biogenética na sociedade de risco

Hoje, a partir das novas biotecnologias na engenharia genética, é razoável considerar um admirável mundo novo, tal qual preconizado por Aldous Huxley,[135] de uma humanidade geneticamente melhorada, liderado, especialmente, por segmentos como o transhumanismo.[136] Em um tempo em que o parlamento britânico regulamenta o transplante celular a partir da doação mitocondrial na reprodução assistida, possibilitando a geração de uma prole detentora de material genético oriundo de três seres humanos,[137] modificando seu genótipo;[138] criam-se gametas artificiais, de células germinativas primordiais[139] e células adultas reprogramadas;[140] potencializa-se a cura de doenças genéticas, a partir de técnicas de edição genômica como CRISPR/Cas9, permitindo, quiçá, a alteração genotípica e fenotípica do indivíduo.[141]

A utilização de novas biotecnologias constrói-se a partir das noções do ser e para sua servidão. Dentre outros aspectos, privilegia o fomento de pesquisas e terapias genéticas para fins terapêuticos, mas sempre observando a importância da emancipação do ser humano em seu diálogo com a técnica a partir de um vínculo ontológico, na linha do que leciona Niklas Luhmann:

> La advertencia es que el ser humano no debe dejar que su autocomprensión se determine por la técnica; debe rebelarse contra la dominación sin más; debe liberarse de la enajenación que implica la técnica y la dominación; debe "emanciparse" – se se quiere salvar su humanidad y su autodeterminación.[142]

Como as necessidades sociais se renovam a cada instante, incumbe ao direito estabilizá-las na complexidade da sociedade pós-moderna. Com o domínio da técnica científica, a normatividade impõe ao sujeito a hegemonia do objeto cientifico em atenção à sua utilidade e eficiência a partir da racionalidade disciplinar do direito, dissociando o ser dos fins do objeto cientifico.

---

[135] HUXLEY, Aldous. Admirável mundo novo. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2007.

[136] O transhumanismo, grosso modo, é uma filosofia que considera a radicalização dos avanços de novas tecnologias como causalidade precípua do melhoramento da "condição humana", por ferramentas artificiais, em especial, valendo-se da nanotecnologia, manipulação genética, robótica, neurociência etc., possibilitando, com isso, limitar o sofrimento, a dor do ser e expandir os limites da condição humana, pelo que se poderia considerar um "corpo-pós-orgânico". Cf. SIBILIA, Paula. O homem pós-orgânico. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

[137] Refira-se, aqui, que a referida técnica já fora utilizada para geração de uma prole. Disponível em: <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/>. Acesso em: 27 set. 2016.

[138] UNITED KINGDOM. House of Parliament. The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, 29 out. 2015. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2015/9780111125816/pdfs/ukdsi_9780111125816_en.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2015.

[139] Células que derivam os gametas.

[140] THE GUARDIAN. Scientists use skin to create artificial sperm and eggs. Disponível em: <http://www.theguardian.com/society/2014/dec/24/science-skin-cells-create-artificial-sperm-eggs>. Acesso em: 10 dez. 2014.

[141] VASSENA, R. et al. Genome engineering through CRISPR/ CAS9 technology in the human germline and pluripotent stem cells. Human Reproduction Update, Reino Unido, v. 22, n. 4, p. 411-419, jul./ago. 2016. Disponível em: <http://humupd.oxfordjournals.org/search?author1=R.+Vassena&sortspec=date& submit=Submit>. Acesso em: 25 jul. 2016.

[142] Em tradução livre: "A advertência é que o ser humano não deve deixar que sua autocompreensão se determine pela técnica; deve rebelar-se contra a dominação; deve libertar-se da alienação que implica a técnica e a dominação; deve 'emancipar-se' – se se quiser salvar sua humanidade e autodeterminação." Cf. LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrete. Cidade do México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007. p. 412.

Os entendimentos de Niklas Luhmann permitem fazer uma releitura do ser em toda a complexidade, pela compreensão do direito não como linear-hierárquico, mas como circular autopoiético, sistema aberto cognitivamente sem distinções cartesianas de suas mais diversas áreas, interativo com outros sistemas sociais, mas com vinculação, isto é, operativamente fechado. Partindo dessa premissa, Ricardo Aronne leciona que: "Em sendo o direito um sistema, o modo como é concebido pode definir seu modo de aplicação. É, por exemplo, no manuseio das noções de fechamento e abertura do ordenamento, que se enfrenta a questão das lacunas [...]".[143]

Há sistemas agregáveis ou não, cuja importância da diferenciação funcional do sistema operacionalizado pelo direito e de sua relação com a estabilização de atratores cognitivos de outros subsistemas sociais contingentes, por intermédio do entendimento da sociedade como comunicação, vinculada à contextualização epistemológica da dinâmica social, dimensiona o desenvolvimento tecnocientífico em um mundo globalizado. Nesta senda, comunicações nos mais diversos campos sociais (ciência, política, direito, economia etc.), dialogam com a noção de risco. Temáticas que trabalhem soluções de conflitos na tecnociência – no caso, a biogenética – com critérios coesos para sua aderência, como, por exemplo, em âmbito supranacional,[144] aproximam o direito a dar uma resposta de qualidade ao caso concreto. Isso não ocorre em outros campos do conhecimento.

Para Niklas Luhmann, o sistema jurídico se comunicaria com o discurso herdado pela tradição, que necessitam serem observados para a tomada de decisões futuras.[145] Porém, considerando que o direito encontra-se tensionado à complexidade social, seu papel de regulador social pode, à primeira vista, institucionalizar posições hegemônicas que, quando distante da análise do direito, indicam, formalmente, comportamentos a serem observados, mas que não garante que serão cumpridos.[146]

O risco da aplicação de uma nova técnica genética pode ser verificado no instante da delimitação de sua utilização, ainda que não seja previsível o momento exato da consumação do dano. A imprevisibilidade de problemas técnicos internos pode configurar ameaça a sua própria forma, situação potencializada em caso de procedimentos técnicos simultâneos. Em havendo imperfeições técnicas, utilizam-se os mesmos aparatos para neutralizar os efeitos de sua ineficácia.[147] Nesse sentido:

> Sabemos hoje de forma absolutamente clara que a ciência não é credora de si mesma, mas antes de tudo um sofisticado subproduto de interesses sociopolíticos infinitamente mais amplos (basta comparar o volume de pesquisas em armamentos e em terapias). "Ciência" hoje significa, em boa medida, a expressão de vontade de poder geopolítica hegemônica (vide a questão da transferência de tecnologia). Não podemos, portanto, cair na ingenuidade de confundir as boas intenções dos cientistas com as reais intenções da maioria daqueles que os financiam. Ao cientista particular cabe,

[143] ARONNE, Ricardo. Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 28.

[144] Fazendo-se, aqui, especial referência às declarações universais da UNESCO, à Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina e a seu correspondente Protocolo Adicional sobre Pesquisa Biomédica que o remete à lei específica estrangeira.

[145] LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 86.

[146] LUHMANN, Niklas. Law as a social system. Tradução para o inglês de Klaus A. Ziegert. New York: Oxford University Press, 2004. p. 168.

[147] LUHMANN, Niklas. Sociologia del riesgo. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrete. Cidade do México: Universidad Iberoamericana: Triana, 1998. p. 140.

> portanto, a bem de sua consciência, agir com a máxima prudência possível, em diapasão com o que a ciência de ponta sugere continuamente.[148]

Ademais, problemas que afetem o ecossistema também se originam da utilização da técnica e a própria tentativa de reparação lesiva pode agravar o equilíbrio ecológico. Aparentemente, a utilização do conhecimento cientifico, em alguns casos, atua desconexo à responsabilidade necessária para seu gerenciamento. Quanto ao risco no uso terapêutico da técnica de transferência mitocondrial referida no capítulo precedente, BERIAIN indaga:

> (...) solo será posible conocer los resultados reales de la técnica en humanos cuando esta empiece a utilizarse. Y, efectivamente, es posible que algunos de los primeros seres humanos a los que dé origen sufran algún tipo de alteración negativa como consecuencia, lo que no ha de ser en ningún caso un factor desdeñable a la hora de encarar el debate. Ahora bien, ¿quiere esto decir que deberíamos suspender indefinidamente el uso terapéutico de esta técnica? Llegar a una conclusión tan general resulta complejo. A fin de cuentas, todo procedimiento biomédico novedoso encierra un riesgo.[149]

Por fim, a aproximação do mundo prático no direito, por intermédio da bioética, num prisma transdisciplinar, permite verificar a carga axiológica oriunda de provocações de subsistemas sociais que irritam o sistema jurídico, perfectibilizada pela teoria dos sistemas luhmanniana, para além da racionalidade disciplinar do direito, fechada em si, insuficiente na análise dos "vieses" para o controle da racionalidade dos erros a que o discurso jurídico está atrelado (como verifica-se, por exemplo, na ponderação de princípios aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, sem uma maior compreensão crítica), mas possibilitando a abertura cognitiva do sistema jurídico na tentativa de identificar a complexidade e contingência de novas técnicas genéticas.

4 Considerações finais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) salientou a importância da abertura do sistema jurídico a fim de prospectar a ampliação material de novas formas de incidência e normatividade de novos direitos (artigo 5º, § 2º, da CRFB), visando a aperfeiçoar os parâmetros que legitimam o exercício do poder estatal ou cuja previsão (artigo 5º, § 1º, da CRFB) realce a importância da compreensão da unidade do sistema jurídico, contendo, nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, direitos fundamentais com eficácia direita e imediata assegurada no próprio texto constitucional, desde seu preâmbulo.

O uso de terapias genéticas na reprodução humana assistida representa uma opção para prevenir a transmissão de doenças hereditárias, fruto de diversos estudos pré-clínicos e clínicos, ponderados pela eficácia e segurança de sua implementação, inclusive na linha germinal humana, considerando valores como a responsabilidade a partir de um horizonte transdisciplinar, abalizado por princípios deontológicos e de disciplinas como a Bioética e o Biodireito, permitindo constatar a indeterminação do crescimento cientifico e tecnológico em escala exponencial.

---

[148] SOUZA, Ricardo Timm de. Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 82-83.

[149] BERIAIN, De Miguel et. al. Algunas consideraciones sobre la transferencia mitocondrial: ¿um nuevo problema para la bioética? In: Acta Bioethica, v. 22, n. 2, 2016, p. 208.

Nesse sentido, a compreensão de que um conjunto de novas técnicas genéticas aplicadas ao organismo podem manter discursos que ponham em risco direitos fundamentais, deixando de observar os efeitos futuros e incertos na aplicação de uma nova tecnologia capaz de afetar o meio ambiente equilibrado (artigo 225 da CRFB), e contido em carga axiológica que lhe assegura, salvo melhor juízo, especial proteção no trato com o risco, fazendo-se especial referência ao princípio da precaução, na preservação da diversidade genética, no resguardo do patrimônio genético e no desenvolvimento sustentável. Assim, as novas tecnologias tendem a manter o paradigma genético conhecido pelas gerações atuais.

No entanto, sem deixar de considerar a importância dos princípios acerca do risco do desconhecido, vislumbrar para além da ascensão principiológica reportada pela hermenêutica contemporânea, que se faz imprescindível aos valores sociais em constante modificação, ainda que sirvam para otimizar a capacidade de decisão no contexto do caso concreto – na tentativa de inserção do mundo prático no direito – não contemplam, suficientemente, a análise externa advinda de uma interpretação da sociedade como sistema autopoiético, isto é, representam, s.m.j., uma dentre outras formas de operar a decisão no caso concreto.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Editora Método, 2004.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Reprodução humana assistida: aspectos civis e bioéticos.* Tese apresentada ao concurso à Livre-Docência do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direitos da Universidade de São Paulo: Universidade de São Paulo, set. 2000.

AMARAL, Liz Helena Silveira. A terapia com células-tronco de origem embrionária: algumas considerações sobre a permissão contida na Lei nº 11.105/05. In: LEITE, José Rubens Morato e FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (Orgs.). *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco:* aspectos jurídicos, técnicos e sociais. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos*: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BAUMANN, Martina. CRISPR/Cas9 genome editing – new and old ethical issues arising from a revolutionary technology. In: *NanoEthics*, v.10, n. 2, 2016. p. 139-159. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11569-016-0259-0>. Acesso em jan. 2017.

BERIAIN, De Miguel et. al. Algunas consideraciones sobre la transferencia mitocondrial: ¿um nuevo problema para la bioética? In: *Acta Bioethica*, v. 22, n. 2, 2016, p. 203-211. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2016000200007>. Acesso em jan. 2017.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Biotecnologia e produção do Direito: Considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. Reprodução Humana Assistida e Anonimato de doadores de Gametas: O Direito brasileiro frente às novas formas de paternidade. In: Tereza Rodrigues Vieira (Org.). *Ensaios de Bioética e Direito*. 2 ed. rev. ampl. atual. Brasíla DF Consulex, 2012.

CASABONA, Carlos Alberto María Romeo. *Do Gene ao Direito:* sobre implicações jurídicas do conhecimento e intervenção no genoma humano. São Paulo: IDBCRIM, 1999.

CASABONA, Carlos María Romeo. O desenvolvimento do Direito diante das novas Biotecnologias. In: CASABONA, Carlos Alberto María Romeo. SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord). *Desafios Jurídicos da Biotecnologia.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

DE AQUINO, Aleister Crowley; MARTINHAGO, Ana Carolina Nogueira; MARTINHAGO, Ciro Dresch. Biópsia embrionária: qual a melhor escolha? In: *Reprodução & Climatério*, v. 28, n. 3, 2013. p. 122-129.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado do Biodireito*. 2. Ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANCIS, Richard C. *Epigenética*: como a ciência está revolucionando o que sabemos sobre hereditariedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

GOLDIM, J. R et. al. Intervenções Genéticas Em Seres Humanos: Aspectos Éticos E Jurídicos. *Barbarói*, n. 45, p. 202–226, 2015. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/barbaroi/article/view/6861>. Acesso em: out. 2016.

HARRIS, John. *Germline Manipulation and Our Future Worlds*. The American Journal of Bioethics, vol. 15, núm. 12, 2015, pp. 30-34. Disponível em: < https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26632358>. Acesso em: out. 2016.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Tradução de Lino Vallandro e Vidal Serrano. 2. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2007.

KUHN, Thomas S. A. *Estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrete. Cidade do México: Herder, Universidad Iberoamericana, Daad e Cátedra G. A. Humboldt, 2007.

_____. *Sociologia del riesgo*. Tradução para o espanhol de Javier Torres Nafarrete. Cidade do México: Universidad Iberoamericana: Triana, 1998.

_____. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. *Reprodução humana assistida no direito brasileiro:* a polêmica instaurada após o novo Código Civil. Porto Alegre: [s.n.], 2010.

MELO, Kátia Regina Brasil, GOMES, Luiz Mauro Oliveira e MACEDO, José Fernando de. A tecnologia time-lapse pode predizer a qualidade embrionária antes dos resultados do PGD (diagnóstico genético pré-implantacional)? In: *Reprodução & Climatério.* 2012, v. 27. p. 85.

MITALIPOV, Shoukhrat et. al. Clinical and ethical implications of mitochondrial gene transfer. *Trends Endocrinol Metab*, vol. 25, núm. 1, 2014, p. 5-7. Disponível em: <http://www.cell.com/trends/endocrinology-metabolism/pdf/S1043-2760(13)00155-0.pdf>. Acesso em fev. 2017.

NEWSON, Ainsley J. et. al. Is mitochondrial donation germ-line gene therapy? classifications and ethical implications. *Bioethics*, vol. 31 núm. 1, 2017 p. 55–67. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/27973716>. Acesso em fev. 2017.

Nuffield Council on Bioethics. Novel techniques for the prevention of mitocondrial DNA disorders: an ethical review. *Nuffield Council on Bioethics*: Reino Unido, 2012. Disponível em: < http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/2014/06/Novel_techniques_for_the_prevention_of_mitochondrial_DNA_disorders_compressed.pdf>. Acesso em: fev. 2017.

OTERO, Paulo. *Personalidade, Identidade Pessoal e Genética do ser humano*: um perfil constitucional da bioética. São Paulo: Coimbra Almedina, 1999.

PEREIRA, Renata Braga da Silva. *DNA*: Análise BioJurídica da Identidade Humana. In BARBOSA, Heloisa Helena, BARRETTO, Vicente de Paulo. Temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PETTERLE, Selma Rodrigues. *O direito à identidade genética na Constituição brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma perspectiva geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIBILIA, Paula. *O homem pós-orgânico*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

SHALEV, Carmel et. al. *Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction*: a call for action. Israel Journal of Health Policy Research, v. 5 n. 59, 2016, 12 p. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5142386/>. Acesso em: fev. 2017.

SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento*: uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.

TATAY, Lucía Gómez et. al. Mitochondrial Modification Techniques and Ethical Issues. *Journal of Clinical Medicine*, v. 6, n. 3, 2017, 16 p. Disponível em: < https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5372994/>. Acesso em: fev. 2017.

VASSENA, R. *et al.* Genome engineering through CRISPR/ CAS9 technology in the human germline and pluripotent stem cells. *Human Reproduction Update*, v. 22, n. 4, 2016. p. 411-419. Disponível em: <http://humupd.oxfordjourn als.org/search?author1=R.+Vassena&sortspec=date&submit=Submit>. Acesso em: 25 jul. 2016.

ŽIŽEK, Slavoj. *Vivendo no fim dos tempos*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.

Obras consultadas

DICIONÁRIO médico ilustrado Dorland. 28. ed. São Paulo: Manole, 1999.

FINCATO, Denise Pires. *A pesquisa Jurídica sem Mistérios do Projeto de Pesquisa à Banca*. Porto Alegre: Notadez, 2008.

FURASTÉ, Pedro Augusto. *Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação*. 14ª edição. Porto Alegre: s.n., 2008.

Sítios consultados

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>.

BRASIL. Novo Código Civil. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Aprova o novo código civil brasileiro. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>.

Declaração do Rio Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro, RJ, *Ministério do Meio Ambiente*, 1992. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>.

Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. *UNESCO*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>.

AS NOVAS TECNOLOGIAS NO CONTEXTO DA REESTRUTURAÇÃO PRODUTIVA: O TELETRABALHO E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO BRASIL

Denise Silva Nunes[150]

Resumo:

A reestruturação produtiva gerada no capitalismo contemporâneo vem provocando grandes modificações no mundo do trabalho, criando a precarização das relações de trabalho e a flexibilização dos modelos de produção. A globalização aliada à Revolução Tecnológica fragmenta as estruturas clássicas do trabalho e incorpora novos elementos, como a utilização das novas tecnologias na seara trabalhista/ambiente laboral, resultando na insurgência de novos direitos e de um novo empreendedorismo. Assim, o ambiente do trabalho pode ser pensado no contexto da sociedade informacional, a qual inaugura um novo contexto das relações humanas no século XXI. O teletrabalho é uma nova modalidade de trabalho, estabelecido na sociedade informacional do conhecimento, com a utilização das novas tecnologias da informação e comunicação. Nesse contexto, o presente trabalho apresenta diálogos entre o Direito do Trabalho (ênfase no teletrabalho) e a perspectiva histórica e sociológica. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem histórico-comparada, através da pesquisa bibliográfica, legislação aplicada e também análise jurisprudencial. Questiona-se, qual o lugar do teletrabalho no contexto de reestruturação produtiva? Busca-se, assim, pensar de que modo esses processos produzem a precarização dos direitos e da vida dos que se ocupam do teletrabalho. A presente pesquisa discutirá a recente regulação do teletrabalho no Brasil, buscando identificar aspectos considerados benéficos e aspectos que contribuem para a precarização do trabalho.

Palavras-chave: novas tecnologias. precarização do trabalho. reestruturação produtiva. sociologia do trabalho. teletrabalho.

1 Introdução

No início do século XVIII ocorreu o surgimento da máquina a vapor, e, consequentemente, o desenvolvimento de fábricas, tornando possível a produção em grande escala e com menores custos.

O período industrial proporcionou a introdução dos meios de produção capitalista, fundados na livre iniciativa, consolidando, posteriormente, o liberalismo. E contra os abusos da Revolução Industrial, devido às condições precárias e desumanas de trabalho, eclodiram-se os movimentos sociais, a formação de sindicatos, o surgimento do Estado Social e o Direito do Trabalho. Ainda, surgiram as Constituições Sociais de 1917 no México, em 1919 de Weimar e a Organização Internacional do Trabalho (1919), a fim de impor limites à exploração da mão de obra assalariada.

A partir do agravamento da crise do petróleo nos anos de 1970/80, os setores produtivos buscaram outras formas para manter o sistema, com a implementação de alternativas para a

[150] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, Brasil). Especialista em Direito Público pela UNIDERP/MT. Em andamento, Graduação em Ciências Sociais Bacharelado e Especialização em Ensino de Sociologia no Ensino Médio pela UFSM. Advogada. Endereço eletrônico: denise.silva.nunes@hotmail.com

diminuição dos custos de produção, com investimentos na informática, na automação, nas comunicações e na produção globalizada.

No final do século XX inaugura-se o contexto da era pós-industrial ou tecnológica, com o surgimento da telemática (fusão telecomunicações-informática) e da robótica, priorizando, sobretudo, os serviços, as informações, comunicações e a produção de ideias.

Nessa conjuntura, em decorrência da globalização e da automação, diversos postos tradicionais de trabalho foram aos poucos eliminados, sendo considerados obsoletos, e o mesmo produto ou serviço passou a ter suas etapas de elaboração espalhadas por diversos locais, ou em diversos países, corroborando para a concorrência mundial de mão de obra. O capital passou a ter grandes fluxos, com imensa mobilidade, transferindo-se para os locais de menor custo, com valorização da qualificação em detrimento da especialização. A partir dessas transformações, agregadas ao surgimento das novas tecnologias da comunicação e informação (TIC), uma nova modalidade de trabalho vem se estabelecendo na sociedade, denominada teletrabalho.

As transformações sociais estão à frente do Direito, e, o teletrabalho possui inúmeros desafios na legislação brasileira, visto que nem todas as situações estão previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma modalidade de trabalho, que executado em local diverso da sede empresarial, priorizando o uso de meios de telecomunicação para o recebimento, trato e transmissão de informação.

Desse modo, verifica-se a relevância da temática, onde se tem a necessidade de refletir sobre este novo contexto social, visto que o teletrabalho representa uma inovação que tem benefícios e prejuízos ao teletrabalhador. Também é necessária uma reflexão crítica, comparada e histórica acerca das relações de trabalho, e as concepções de tempo e espaço, no contexto do modo capitalista de produção.

O questionamento central do trabalho consiste em compreender qual o lugar do teletrabalho no contexto de reestruturação produtiva. Busca-se, assim, pensar de que modo esses processos de reestruturação produtiva, junto às dinâmicas do capitalismo neoliberal, produzem a precarização dos direitos e da vida dos que se ocupam do teletrabalho.

O trabalho busca compreender o teletrabalho no contexto de rearranjo do capitalismo, perpassando a abordagem sobre as categorias de tempo e espaço, e as possíveis implicações sociais e jurídicas acerca da precarização do trabalho no atual contexto brasileiro.

Adota-se a perspectiva sociológica e histórica acerca das relações de trabalho, no contexto capitalista de produção, o que perpassa pela abordagem histórico-comparada. Também se utiliza da pesquisa jurisprudencial no tocante à análise da precarização envolvendo o teletrabalho no Brasil. E utilizou-se de pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, manuais, periódicos e legislação aplicada, procedendo-se à realização de fichamentos sobre a temática.

O artigo está estruturado em três seções, quais sejam: Abordagem histórico-comparada acerca das categorias ‘tempo e espaço’ no contexto do trabalho; a insurgência do teletrabalho no contexto de rearticulações do capitalismo; e, por fim, análise ‘jurídico-social’ das categorias de tempo e espaço na execução do teletrabalho no Brasil.

O trabalho contribuirá para analisar e compreender o contexto de reestruturação produtiva, a supressão de direitos, a precarização do trabalho e a condição humana nas relações de trabalho.

2 Abordagem histórico-comparada acerca das categorias ‘tempo e espaço’ no contexto do trabalho

Inicialmente, cabe observar que a sociologia do trabalho se detém sobre o processo de trabalho e a gestão, sobre a organização do trabalho como estratégia; a historiografia e a sociologia do movimento operário tematizam as lutas, as condições de vida dos trabalhadores, as práticas sindicais, etc. (SOUZA, 2011, p.97).

A reestruturação produtiva também pensou na economia do tempo, isso porque o novo projeto de sociedade necessitou de uma nova organização e percepção acerca do tempo e do espaço.

A relação trabalho e modo de vida enseja pensar as relações na sociedade, o que remete a pensar a sociedade a partir do controle do tempo e do espaço.

Todas as sociedades têm uma forma de medir o tempo e de organizar o espaço. O controle do tempo envolve uma relação de poder. O tempo, na sociedade industrial, era pensado como disciplinamento dos corpos para a produção.

O controle do tempo e do espaço se tornaram mecanismos fundamentais de poder e de dominação. Mas esse processo não é via de mão única, pois onde há dominação, há resistência (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.73).

Jacob Lima e Lorena Holzmann exploraram a relação tempo-espaço-trabalho. E, sobre o tempo, destaca-se que a sua percepção é uma construção social e, como tal, assume distintas configurações, assim como práticas, recursos e instrumentos para medi-lo, correspondentes à experiência, à curiosidade e às necessidades de cada contexto (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.52).

A evolução dos relógios deu-se simultaneamente à necessidade de medir o tempo, não mais tomando as regularidades da natureza como parâmetro, mas como recurso para definir a duração da jornada do trabalho. Assim, a contagem e o controle do tempo se tornam cruciais para que o trabalhador assegure a reprodução do capital, resultante do tempo de trabalho não pago (a mais valia) (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.54).

A relação tempo-espaço tem no trabalho um elemento central de sua caracterização. A transformação da força de trabalho em mercadoria, e a mercantilização das relações sociais discutidas por Karl Marx, partem da padronização do tempo e do controle do espaço na disciplinarização da força de trabalho (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.54).

Taylor contribuiu decisivamente para aumentar o controle dos empresários sobre o tempo de trabalho. A fábrica é a dimensão espacial para o controle do tempo, do trabalhador, do disciplinamento dos corpos, a fim de prover a supervisão da economia de tempo. Neste contexto, tem-se a separação da vida profissional da vida doméstica. A economia do tempo é o aproveitamento máximo da força de trabalho em ação, pois, tempo é dinheiro. E o desperdício de tempo é perda de dinheiro (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.55).

Conforme Braverman (1987, p.84) o trabalho em si é organizado de acordo com os princípios tayloristas, enquanto os departamentos de pessoal e acadêmico têm se ocupado com a seleção, adestramento, manipulação, pacificação e ajustamento da mão de obra para adaptá-la aos processos de organização do trabalho.

Ainda sobre a relação tempo e espaço, Ford avançou no controle dos mesmos, na perspectiva de um sistema de produção e consumo e massa. Com a linha de montagem sobre uma esteira móvel, inspirada em frigoríficos, foram implementadas mudanças na organização do trabalho e da produção. Assim, o tempo de execução de cada tarefa passou a ser imposto pela

aceleração da esteira móvel, retirando do trabalhador a possibilidade de definir, com autonomia, seu ritmo de trabalho que é imposto pela máquina-esteira (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.57).

Como consequência do modelo fordista de produção, destacam-se a resistência os trabalhadores às inovações traduzidas em alta rotatividade, abstenção e abandono do trabalho (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.57).

Ford também instalou um sistema de vigilância, que recorria à violência e à repressão para impedir a organização de ações coletivas, mantendo-os longe dos sindicatos e de práticas consideradas licenciosas e prejudiciais à recomposição da capacidade de trabalho (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.58).

O taylorismo-fordismo, resultante dos princípios, das técnicas e práticas combinadas de Taylor e de Ford, tornou-se o paradigma (hegemônico) da racionalidade da produção capitalista na constituição de uma sociedade de massa, após a Segunda Guerra Mundial (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.58).

Dentre as contestações ao modelo taylorismo-fordismo citam-se as limitações da perda de significado de um trabalho fragmentado, mecânico, rotinizado, que faziam estagnar a produtividade do trabalho, com a rotatividade de trabalhadores, o grande desinteresse pela função, etc. (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.59).

Diante da crise do capitalismo e dos modelos fordista e taylorista, para expandir o capital e recuperar o ciclo reprodutivo, a partir dos anos 1970-80 intensificaram as mudanças na organização do trabalho, com transformações que foram consolidadas na década seguinte.

Diversos autores, principalmente do campo da Sociologia buscam compreender o que se transformou no capitalismo contemporâneo, na perspectiva do mundo do trabalho. Eles buscam analisar o que se transforma do ponto de vista produtivo, se houve um rompimento (ou não) com o modelo de organização taylorista (fragmentação por funções, quem pensa versus quem executa) e o modelo fordista (modelo de "esteiras").

Diante dos questionamentos acima, percebe-se que na realidade ocorreu uma coexistência entre ambos modelos, com a continuidade de certos aspectos, resultando na reestruturação produtiva e o capitalismo (neoliberal) operacionalizando em rede.

A reestruturação produtiva é um processo de racionalização do processo de trabalho, e a sua forma mais avançada é o Toyotismo. Para entender o Toyotismo cabe analisar a recuperação das lutas.

Tem-se um novo arranjo espaço-temporal, a partir da década de 1970, no qual a fábrica aos poucos perde a prevalência, embora continue a ser representativa da organização do trabalho no capitalismo. E esse arranjo integra a reestruturação econômica, ou produtiva, o que compreende transformações nos processos de trabalho, na estrutura das empresas, nos papéis do Estado, etc. (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.61).

Quanto à flexibilização interna destaca-se que vem crescendo a perspectiva de trabalhador qualificado (e intelectualizado), que é criativo e "polivalente" (elemento do Toyotismo), com muitas habilidades, onde se tem um trabalhador engajado com a empresa com o acumulo de funções, que não são remuneradas na prática laboral. E, quanto à flexibilização externa, as consequências mais visíveis estão na terceirização, nas subcontratações, no aumento de prestadores de serviços, dentre outros.

Quanto à reorganização empresarial, destacam-se a potencialidade de iniciativa, a capacidade de organização (das empresas, dos empregados), a "polivalência", qualidade total, a utilização de tecnologias (e tecnologia de ponta), a forma criativa de organização do trabalho, reestruturação do espaço da produção, a autogestão, relações mais colaborativas e horizontais (o

que foi aprendido com os operários), envolvimento participativo, trabalho em equipe, sindicalismo dócil, subcontratação, flexibilização nas negociações (sem rigidez) e com o desregulamento dos direitos, sindicato vinculado à empresa, desconcentração no espaço da produção, sistema de redes, teoria do foco (núcleo central da produção, produção vinculada à demanda), ainda, uma empresa mais enxuta com menor contingente de força de trabalho e maiores índices de rentabilidade e de produtividade (ANTUNES, 2003, p.53-55).

A exploração é reforçada pelo emprego de capacidades humanas (tais como relacionamento, disponibilidade, flexibilidade, envolvimento afetivo, engajamento, etc) que o taylorismo, por tratar os homens como maquinas, não procurava ou não podia atingir. O trabalhador depende cada vez mais de capacidades genéricas ou de competências desenvolvidas fora da empresa e por isso mesmo é cada vez menos mensurável em termos de horas de trabalho, o que ocorre com um número cada vez mais elevado de assalariados (BOLTANSKI & CHIAPELLO, 2009, p.277).

A seguir, feitas considerações mais descritivas sobre o teletrabalho.

3 A insurgência do teletrabalho no contexto de rearticulações do capitalismo

A proposta neste momento é de discorrer sobre o teletrabalho, com apontamentos sobre a sua origem e as suas principais características no âmbito da atividade laboral.

No capitalismo contemporâneo tem-se uma sociedade de serviços, e que é pós-industrial, ou seja, o serviço não corresponde à mesma lógica da sociedade industrial. No entanto, na realidade tem-se uma ampliação dos serviços para dizer que o trabalho deixa de ser tipicamente instrumental.

O autor Jean Lojkine (1995) buscou compreender a Revolução Informacional no universo do trabalho e das relações humanas. A Revolução Tecnológica vem associada a uma projeção de mitos. A tecnologia se traduz na maquina-ferramenta e que incorporam o trabalho manual, que era usado pelo homem. Agora a automação é uma máquina que incorpora o trabalho intelectual.

A rede, cujo maior exemplo seria a internet, é apresentada como a estrutura determinante da sociedade, assumindo um papel definidor na caracterização da organização empresarial e do trabalho pós-fordista (BRAGA, 2009, p.61).

Tem-se a percepção (análoga a Castells, Hardt e Negri) de uma sociedade completamente renovada pelas tecnologias informacionais e integrada por redes de produção de informações impelidas por uma revolução informacional capaz de socializar a produção rumo a um novo modo de produção. A revolução de produção da comunicação e da informática transformou práticas laborais a tal ponto que todas elas tendem ao modelo das tecnologias de informação e comunicação (BRAGA, 2009, p.64).

Na sociedade informacional, a globalização traz consigo uma nova ordem de princípios, e o que se verifica no sistema é uma economia global, onde as economias nacionais adquirem capacidade e importância somente quando inseridas num contexto de macro articulação internacional (MOREIRA, 2002, p. 96-97).

Nesse contexto, afasta-se a territorialidade em nome do global, de modo que a soberania, a autonomia e a legalidade são postas em plano secundário, uma vez que o mercado globalizado regula as ações dos Estados e fará a ‘lei’ das relações. E nessa articulação, os instrumentos de telecomunicação extremamente eficientes permitiram a viabilidade, reduzindo as distâncias a nada (MOREIRA, 2002, p.97).

Quanto aos efeitos econômicos da informatização, da automatização e da globalização, o autor Alexandre Agra Belmonte destaca:

> [...] maior capacidade de produção com menor custo; barateamento do produto ou serviço; maior circulação do capital; diminuição ou eliminação das fronteiras; detenção setorial de tecnologia e capital com a imposição de regras; enfraquecimento do Estado Nacional frente às empresas transnacionais e multinacionais, em ditar políticas sociais; dificuldades na implementação dos direitos sociais (BELMONTE, 2007, p.15).

A globalização e o capital propiciaram o surgimento de uma nova estruturação social. E, para De Masi (2000), trata-se de um fenômeno recente e ainda incipiente da sociedade industrial, fruto do desenvolvimento da informática e das telecomunicações. Uma tendência que vem recuperar o que a indústria e o artesanato tinham de melhor. Do artesanato, a produção em pequenas unidades produtivas, até domiciliares, a rapidez nas decisões e a pouca burocracia. Da indústria, a interação que pode ser estabelecida entre unidades produzidas por meio da telemática, com a experiência e a solidez (DE MASI, 2000, p.214).

No mercado globalizado ocorre a extraterritorialidade do funcionamento do mercado e do trabalho, o que se ocorre de forma virtual através da rede. Desde então, o termo teletrabalho é comumente utilizado para definir empregados que trabalham distante da empresa, descrevendo não só os empregados que trabalham exclusivamente em casa, mas também os que trabalham em outros lugares que ofereçam acesso à rede de comunicação, como aeroportos, hotéis, restaurantes, entre outros.

No tocante à origem do teletrabalho no mundo corporativo, não existe uma definição exata. Alguns registros apontam para a experiência de John Edgard Thompson, presidente da empresa Pennsylvania Railroad nos Estados Unidos, ao implementar no ano de 1857 um sistema privado de telégrafo para gerenciar divisões remotas. E no ano de 1962, na Inglaterra, Stephane Shirley criou um pequeno negócio chamado Freelance Programmers, localizado na sua própria residência, onde ela desenvolvia programas de computador para empresas (NILLES, 1997, s/p).

A ideia do teletrabalho só entra no debate administrativo na década de 1970, através do físico americano Jack Nilles, com a experiência do telecommuniting. No seu empreendimento, Nilles dirige o primeiro projeto sobre o teletrabalho, com a possibilidade de eliminar o trajeto de casa ao trabalho, por meio de recursos das tecnologias de comunicação e informação.

Posteriormente, o contexto da revolução informacional proporcionou ferramentas para o desenvolvimento de uma nova modalidade de trabalho. O avanço das tecnologias da informação e comunicação (TIC's) conjugadas aos movimentos globalizatórios e integracionistas desencadearam uma revolução nas relações humanas, com repercussões em diversas áreas do conhecimento.

O teletrabalho é a vertente mais relevante que assume a chamada Sociedade da Informação no contexto das alterações que têm ocorrido nos mercados da força de trabalho pelo que as preocupações com o seu desenvolvimento e implementação parecem, à partida, justificadas; tanto mais que o fenômeno não corresponde a uma "moda", antes tem raízes profundas na atual organização e dinâmica socioeconômicas (ALMEIDA, 2000, p.2).

Trata-se de "uma modalidade de trabalho oriunda (e inserida) no contexto dessa Revolução Informacional, que mescla os avanços tecnológicos (principalmente informáticos) e comunicacionais" (FINCATO, 2003, p. 41). Em sentido lato, teletrabalho "refere-se ao trabalho realizado com a aplicação sistemática de telecomunicações que permitem trabalhar e comunicar à distância, trocando sistematicamente informações e dados" (ARAÚJO, 2002, p.17).

Para o Desembargador Federal do Trabalho da 1ª Região Alexandre Belmonte, "teletrabalho é o trabalho executado à distância, através das novas tecnologias de comunicação. Permite a flexibilização do tempo e do lugar de trabalho, com redução de custos" (BELMONTE, 2007, p.16).

É considerado teletrabalhador "aquela pessoa que desenvolve atividades laborais por meio de antigas e novas tecnologias de informação e comunicação, distante da sede da empresa ou da pessoa física à qual presta serviço" (ESTRADA, 2012, p.66).

Na Organização Internacional do Trabalho (OIT) o teletrabalho é admitido como espécie do gênero 'trabalho à distância', sendo normatizado pela Convenção Nº 177 de 1996, sobre trabalho a domicílio e pela Recomendação Nº 184.

> A expressão 'trabalho a domicílio' significa o trabalho realizado no próprio domicilio do trabalhador, ou em outro local, em troca de remuneração, com o fim de elaborar produto ou serviço conforme especificações do empregador, independentemente de quem proporcione os equipamentos e materiais utilizados para a prestação (art. 1º); deve haver igualdade de tratamento com os outros empregados com respeito à remuneração, aos direitos previdenciários, idade mínima de admissão e proteção à maternidade (art. 4º); quando for permitida a terceirização no trabalho a domicílio as responsabilidades dos tomadores de serviços e intermediadores serão fixadas conforme a legislação e jurisprudência nacionais do país (art. 8º), da Organização Internacional do Trabalho.

No âmbito laboral, o teletrabalho compreende o trabalho humano desempenhado de forma subordinada (mesmo que necessária à revisão conceitual de subordinação), porém fora dos limites físicos da empresa, priorizando o uso de meios de telecomunicação para o recebimento, trato e transmissão de informação.

Destacam-se as são características do teletrabalho: o trabalho subordinado (podendo ser teletrabalho com a forma autônoma, para alguns doutrinadores), fisicamente distante do empregador, com uso intenso de tecnologias de informação e comunicação.

A categoria de teletrabalhadores compreende os vendedores, os corretores de seguro, os colunistas, os assessores de imprensa, os jornalistas, os cartunistas, arquitetos, decoradores, blogueiros, técnicos de suporte de computadores e rede online, dentre outros (BELMONTE, 2007, p.14).

A denominação 'teletrabalho' é a mais usual, sendo também utilizados os termos e-workplace, home-based telework, new technology homework e trabalho compartilhado. Outros autores nomeiam como networking, telecommuting e remote working (COSTA, 2003, p.36-37).

A seguir, serão analisados aspectos sociais e jurídicos acerca da execução do teletrabalho, observando, principalmente, o contexto brasileiro.

4 Análise 'jurídico-social' das categorias de tempo e espaço na execução do teletrabalho no Brasil

Neste capítulo, busca-se fazer um diálogo entre Direito e Sociologia. A proposta é de analisar as categorias de tempo e de trabalho, no âmbito da execução do teletrabalho. Para tanto, busca-se fazer uma discussão sociológica sobre a economia do tempo, sobre a relação trabalho e modo de vida e os possíveis conflitos. Pretende-se, também, fazer breves apontamentos sobre a

flexibilização da jornada de trabalho e indícios de precarização do trabalho e suas implicações jurídicas, tendo como suporte a legislação e jurisprudência trabalhistas brasileiras.

Na configuração de teletrabalho são fundamentais os elementos que se inserem na execução laboral, como a deslocalização do trabalhador para fora da empresa, ou fora do centro de produção, a flexibilização do tempo (laboral), bem como a utilização de tecnologias e de comunicação que permitam ultrapassar a barreira da distância física.

Conforme já dito, compreende-se por teletrabalho o realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho. A comunicação do teletrabalhador com a sede central do trabalho e com outras sedes ocorre com o uso intensivo das tecnologias da comunicação e da informação, mas que não são, necessariamente, sempre de natureza informática (DE MASI, 2000, p.214).

O teletrabalho pode ser implementado em qualquer ponto do planeta, pois, na sua execução ele exige a utilização das tecnologias de comunicação (e do 'cérebro') e não a presença física da pessoa. Com isso, a utilização do teletrabalho faz desaparecer as fronteiras de espaço e de tempo entre o trabalho e a casa; o trabalho e o 'não-trabalho'; o trabalhador e o 'não-trabalhador' (COSTA, 2003, p.36).

Conforme o relatório da OIT sobre o teletrabalho (datado de 1990) extraem-se classificações para a nova modalidade laboral, envolvendo os seguintes critérios:

> O local em que é realizado; a parcela de tempo sob a forma de teletrabalho; o âmbito territorial no qual é realizado; o tipo de linha de telecomunicação utilizada; o número de teletrabalhadores no mesmo ambiente; e critérios quanto à presença ou não dos elementos ensejadores da relação de emprego.

Quanto ao local do teletrabalho, conforme a OIT pode ser classificado nas seguintes modalidades: Teletrabalho em domicílio; teletrabalho em centros de vizinhança; teletrabalho móvel; e o teletrabalho realizado em centros satélite.

Em qualquer das modalidades supracitadas, o teletrabalho poderá classificado, quanto à parcela de tempo que se labora à distância, ou (parcial) na sede da empresa. Assim sendo, pode ser classificado como 'teletrabalho em tempo parcial' ou 'teletrabalho em tempo integral'. No tocante ao tipo de linha de telecomunicação utilizada, o teletrabalho pode ser classificado em 'on-line ou off-line' (BELMONTE, 2007, p.15).

Quanto ao número de pessoas que trabalhariam à distância, utilizando-se, simultaneamente, do mesmo ambiente remoto, o teletrabalho pode ser classificado como individual ou coletivo.

A intensificação do teletrabalho ocorreu no contexto de reestruturação produtiva, com o surgimento da sociedade informacional e com o capitalismo neoliberal. E para a sua execução utilizam-se, principalmente, (as novas) tecnologias, ferramentas da informação e da comunicação.

Com o crescimento do teletrabalho no Brasil , a Lei Nº 12.551/11, de 15 de dezembro de 2011, alterou o artigo 6º da CLT e incorporou, definitivamente, a figura do teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro e dispõe: "não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego".

A regulamentação estabelecida na CLT, apesar de inserir a figura do teletrabalho, é insuficiente, não contempla todas as situações e deixa lacunas, de modo a acarretar consequências sociais e jurídicas.

Quanto à jurisprudência sobre o teletrabalho, destaca-se que o Tribunal Regional do Trabalho do Estado de Minas Gerais é o pioneiro na matéria. No ano de 2010, o Tribunal mineiro

reconheceu o vínculo jurídico de emprego, conforme o enquadramento de professor em curso à distância (ESTRADA, 2012, p.70).

A jurisprudência dos tribunais brasileiros, como por exemplo, no Tribunal Regional do Trabalho do Estado das Minas Gerais, tem equiparado o teletrabalhador à figura do trabalhador a domicílio. Verificou-se hipótese de teletrabalho, com o reconhecimento de vínculo empregatício, visto que presentes os pressupostos do artigo 3º da CLT, além da empresa ter concedido instrumentos para o empregado desenvolver o seu labor. E, também, nesse sentido, coleciona-se o seguinte julgado:

> EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. TRABALHO AUTÔNOMO. O trabalho do homem livre acompanhou o movimento pendular da economia, segundo a tendência de cada época - liberal ou intervencionista. O trabalho subordinado e o trabalho autônomo foram, durante séculos, os pontos extremos de uma mesma linha, na qual se inseriram obrigatoriamente os diversos fatores da produção, inclusive o custo da mão de obra. Durante cerca de cinquenta anos viu-se, no Brasil, por força da CLT, a progressiva aglutinação jurídica em torno do trabalho subordinado, fruto até de uma exigência do sistema fordista da produção. Nos últimos anos, contudo, tem-se presenciado um forte movimento em sentido inverso, em decorrência das substanciais mudanças na forma de prestação de serviços - teletrabalho, microinformática, robotização, trabalho a domicílio - sem que se atente para o determinismo do art. 3º da CLT. Neste contexto, se o trabalho não eventual é prestado com pessoalidade, por pessoa física, com onerosidade, resta ao intérprete examinar a subordinação. Esta, cada vez mais, vem se diluindo diante da quebra da estrutura hierárquica da empresa fordista e suas características deslocaram-se da esfera subjetiva para a esfera objetiva, sem se falar que a desprestigiada dependência econômica volta a ganhar importância. Preenchidos estes pressupostos, o contrato de emprego se assume por inteiro. (TRT da 3ª Região - 4ª T - RO 00750.2003.047.03.00.0 - Rel. Luiz Otávio Renault - DJMG 7/8/2014 - p. 9). (Grifo meu).

Na análise do julgado acima, verifica-se que a prestação de serviços na residência do empregado não obsta o reconhecimento da relação de emprego, uma vez que identificados os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT. Somando-se a isso, se a empresa fornece os equipamentos à atividade laboral, como computador, impressora, imóveis, etc. Considera-se, portanto, a execução de teletrabalho.

A jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul (TRT da 4ª Região), no tocante à discussão das horas extras, tem se manifestado da seguinte forma:

> EMENTA: HORAS EXTRAS. Os registros de ponto invariáveis não servem a comprovar a efetiva jornada de trabalho do reclamante. Súmula nº 338, item III, do TST. Mantida a sentença que arbitrou a jornada a partir da prova oral, deferindo horas extraordinárias quando constatados excessos aos limites legal e contratual. Acórdão N.0000131-93.2011.5.04.0020. RO. Desembargador: JOÃO PEDRO SILVESTRIN. Órgão Julgador: 4ª Turma. (Grifo meu).

O julgado acima, trata de recurso ordinário interposto pela empresa Brasil Telecom, ora parte reclamada, o qual teve provimento negado. Observou-se que, muito embora, registros de ponto, estes não servem para comprovação de jornada de trabalho, consoante a Súmula do TST n.338. Inclusive, o Juízo de origem considerou os registros de ponto da jornada de trabalho do reclamante, como meios de prova inválidos, porquanto invariáveis e não assinados. Contudo, neste caso, a prova oral corroborou para a fixação de horas extraordinárias na jornada de trabalho.

Quanto ao regime de sobreaviso, o presente Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul tem se posicionado no seguinte entendimento:

> HORAS DE SOBREAVISO. USO DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. BIP. Tendo o Tribunal Regional fixado entendimento de que caracteriza o regime de sobreaviso quando o trabalhador espera contato por meio de telefone celular, verifica-se que o posicionamento adotado pelo Colegiado regional diverge do entendimento cristalizado na Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-I desta Corte superior. Esse verbete consagra tese de que o direito ao pagamento de horas de sobreaviso tem como pressuposto a restrição da liberdade de locomoção do empregado, fazendo-se necessário, para tanto, que permaneça em sua residência, aguardando eventual chamado - circunstância não corroborada, no caso presente, pela instância de prova. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 79100-28.2002.5.04.0024, 1ª Turma, julgado em 14/12/2011, Relator Juiz Convocado Hugo Carlos Scheuermann, publicado em 03/02/2012). (Grifo meu).

Conforme se desprende do julgado acima, o empregado que não permanecer aguardando em sua residência, a convocação a qualquer momento para o serviço, a despeito do uso do BIP ou de telefone celular, não tem direito ao recebimento das horas extras caracterizadas pelo regime de sobreaviso.

Também, em análise de jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul, destaca-se o que segue:

> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. RELAÇÃO DE EMPREGO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Ainda que não raro cheguem ao conhecimento desta Especializada relações de emprego típicas entabuladas sob a roupagem de contrato empresarial de prestação de serviços, como o de representação comercial, no caso em tela restou demonstrada nos autos a prestação de serviços autônomos por representante comercial, com empresa própria de representação constituída bem antes do início de sua relação com a demandada. O autor detinha ampla liberdade no exercício de suas funções (nãodescaracterizada por diretrizes mínimas acerca dos produtos e preços fixadas pela empresa ré), não sofria qualquer cobrança em relação às vendas e arcava como ônus concernente às suas atividades, havendo ainda notícia por sua testemunha acerca de prestação de serviços de representação também para outra empresa calçadista. Inviável, assim, o reconhecimento do vínculo empregatício postulado, pois inexistente na relação havida entre as partes o principal elemento diferencia dor entre a relação de emprego e os contratos de prestação de serviços civis autônomos: a subordinação. Recurso não provido. (Acórdão N. 0000337-18.2011.5.04.0373 (RO). Redator: Alexandre Corrêa da Cruz. Data: 27/09/2012. Origem: 3ª Vara do Trabalho de Sapiranga-RS).

O julgado acima refere-se a recurso ordinário interposto pela parte reclamante, a qual pretendia reformar a sentença de improcedência, pleiteando o reconhecimento da existência de relação de emprego com a parte demandada. Contudo, por unanimidade, o acórdão foi negado, em detrimento da inexistência dos requisitos constantes no artigo 3º da CLT . Assim, não foi reconhecido o vínculo empregatício de representante comercial, visto que o reclamante detinha ampla liberdade no exercício de suas funções (também não se configurando teletrabalho).

Apesar de se constituir uma recente modalidade de trabalho, a sua execução laboral vem crescendo, tendo as suas peculiaridades, benefícios e desvantagens, os quais serão abordados a seguir.

4.1 Vantagens e riscos na execução do teletrabalho

O teletrabalho possui vantagens e desvantagens visto que "é uma alternativa de solução para os diversos problemas atuais, como a distância entre o interior e as grandes cidades, e também para os congestionamentos que acontecem especificamente nas capitais e Estados" (ESTRADA, 2012, p.73).

As novas tecnologias e mudanças no perfil de ocupações tornam imprecisa a separação dos locais e tempos de trabalho, descanso e lazer (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.64).

O controle do tempo e do espaço se torna mecanismo fundamental de poder e de dominação (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.73). O controle do tempo e a flexibilidade em relação ao local do exercício da atividade são, de fato, elementos de insegurança e de incertezas. A vida pessoal dos trabalhadores deve subordinar-se às necessidades da empresa, eles devem ser disponíveis para estar em qualquer lugar e a qualquer tempo (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.69).

A flexibilização contratual permite às empresas desonerar-se de encargos devidos quando há demissões, ditas necessárias conforme a demanda. (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.71).

A possibilidade de flexibilização dos horários de trabalho permite às mulheres conciliarem suas tarefas com os encargos domésticos. A divisão sexual do trabalho se mantém, inclusive, com uma sobrecarga de trabalho às mulheres, que passam a ter duplas jornadas (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.71-72). Verifica-se o aumento de atividades para além dos horários de trabalho, e aumento, também, de riscos à saúde, que relacionado ao cansaço e à ansiedade.

A globalização insere o teletrabalho em cadeias produtivas que ultrapassam fronteiras, eis que permitam que o mesmo produto ou serviço tenha as suas etapas de elaboração espalhadas por diversos países. E, se por um lado mundializa a produção e promove uma concorrência global no preço da mão de obra, por outro lado precariza as condições de trabalho dos prestadores menos qualificados e dificulta à adequada proteção trabalhista (BELMONTE, 2007, p.16-17).

Nesse contexto, Moreira entende que a globalização passa a afetar não só o mercado financeiro, mas também altera a distribuição de postos de trabalho, de forma que as grandes empresas passaram a 'importar' mão-de-obra e cérebor 'mais baratos', o que provocou sério desequilibrio no mercado, até com a intervenção governamental em alguns casos, para coibir tal prática (MOREIRA, 2002, p.100).

A precarização do trabalho e o desenvolvimento da terceirização possibilitam pagar apenas o tempo efetivamente trabalhado e subtrair do tempo pago todos os intervalos, o tempo dedicado à formação e as folgas antes parcialmente integradas na definição da justa jornada de trabalho (BOLTANSKI & CHIAPELLO, 2009, p.272).

As cláusulas de disponibilidade o empregador garante disponibilidade contínua dos assalariados, obrigando-se apenas à remuneração dos períodos realmente trabalhados, o que faz pesar sobre os assalariados, simultaneamente, as desvantagens do trabalho autônomo devido à imprevisibilidade dos rendimentos e as da subordinação, com a submissão ao contratante (BOLTANSKI & CHIAPELLO, 2009, p.273).

As novas formas de organização do trabalho, sobretudo as inspiradas no toyotismo, também possibilitam tender a uma situação em que a força de trabalho nunca fique improdutiva e possa ser descartada assim que as encomendas diminuam (BOLTANSKI & CHIAPELLO, 2009, p.274).

As novas tecnologias impulsionam novas ocupações e novos controles, dentre eles, o controle a distância possibilitado pelas tecnologias informacionais, mediante a vigilância pelo

computador possibilitando verificar a rapidez do trabalho realizado, as interrupções e o tempo que ficou no computador trabalhando (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.64).

A informatização é acompanhada por um nível mais elevado de pressões psicológicas, com o aumento das exigências de atenção, de vigilância, de disponibilidade e de concentração (BOLTANSKI & CHIAPELLO, 2009, p.275).

Contudo, por outro lado, para muitos trabalhadores as vantagens do teletrabalho consistem "nas escalas mais flexíveis, maior produtividade e melhor qualidade do trabalho" (TREMBLAY, 2002, p.62).

Conforme a autora Manoela de Bitencourt, inúmeras são as vantagens trazidas pelo teletrabalho transnacional. Dentre elas, destaca-se a inserção do trabalhador em um contexto mundial globalizado, a interação entre os países e o aumento no número de postos de trabalho, permitindo o desenvolvimento e o progresso da humanidade (BITENCOURT, 2012, p.36).

Enquanto vantagens ao trabalhador tem-se a possibilidade de redução do tempo e custos de deslocamento, sendo este o benefício mais óbvio para a maioria dos teletrabalhadores. Para o teletrabalhador é possível ficar mais tempo com a família, podendo aproveitar intervalos de trabalho com os filhos, esposa ou marido, ou com amigos (NILLES, 1997, s/p).

Na ótica do governo as principais vantagens do teletrabalho consistem na redução dos problemas com transporte (horário do rush), uma melhor organização territorial, contribuições para a redução dos índices de poluição, dentre outros.

Pensando nos benefícios do teletrabalho para a promoção da sustentabilidade, pontuam-se principalmente as suas dimensões social, econômica e ambiental. Na dimensão ambiental da sustentabilidade, destaca-se que o teletrabalho contribui para a redução da poluição atmosférica; na dimensão social destaca-se a flexibilização da jornada de trabalho, possibilitando uma melhor qualidade de vida ao teletrabalhador; e na dimensão econômica da sustentabilidade o teletrabalho pode reduzir custos com transportes, dentre outros.

Por outro lado, pondera-se que as mudanças tecnológicas nem sempre ficam sob o controle dos trabalhadores, e a mudança ou inserção no trabalho implica em modificar conhecimentos e obter qualificações (ROSSO, 2008, p.200).

Nessa perspectiva, nem sempre o trabalhador possui condições de obter qualificações por conta própria, e se a empresa não dispuser a devida capacitação, o trabalhador acaba sendo excluído do mundo do trabalho.

Do ponto de vista empresarial, capacitar o trabalhador é vantajoso, pois, "o teletrabalhador bem treinado, evita ou reduz a necessidade de supervisão do trabalho, tarefa que, via de regra, é desenvolvida pelos empregadores como gasto de tempo e de dinheiro" (MILPIED, 1996, p.36).

Atribui-se também, enquanto vantagens do teletrabalho, o aumento e a inserção de pessoas portadoras de deficiência física no mercado de trabalho. Para os trabalhadores com deficiência o teletrabalho representa uma chance de se inserir ou retornar ao mercado de trabalho, por meio do uso das tecnologias de informação e comunicação. A deficiência física deixa de ser um obstáculo, no momento em que o teletrabalhador está em atividade laboral, utilizando o seu conhecimento e desconhecendo a limitação de espaço e de locomoção.

O teletrabalho atende às novas exigências do mundo globalizado, pela sua natureza flexível e peculiar, que é capaz de gerar empregos altamente especializados e os de menor especialização, atraindo um grande contingente de trabalhadores, especialmente os com deficiências (DARCANCHY, 2006, p.41-42).

Embora o teletrabalho possua a vantagem de se permitir a redução dos custos empresariais, pela desnecessidade total ou parcial da presença física do trabalhador no estabelecimento, bem

como uma maior flexibilização na prestação do trabalho de modo a favorecer o trabalhador em diversos aspectos, por outro lado, o teletrabalho, possui inúmeros riscos, dentre eles, destacam-se:

> [...] pouco ou nenhum contato com colegas e hierarquia; isolamento social e mistura das vidas privada e profissional; controle invisível da mensuração da produtividade; risco da informalidade e exploração do trabalho (tratamento diferenciado de salários e direitos e de subcontratação ilícita); dificuldade de prevenção e eliminação dos riscos de doenças ligadas ao videoterminal; fragmentação, por meio da dispersão dos trabalhadores; destruição da noção de coletividade e da divisão de tarefas (BELMONTE, 2007, p.15).

Também quanto aos riscos à saúde do teletrabalhador, a autora Denise Pires Fincato destaca a possibilidade de enfermidades psicológicas, decorrentes do isolamento e das sobrecargas aliadas às atividades laborais e familiares. Os teletrabalhadores podem desenvolver esforços repetitivos, lesões 'osteomusculares', a má postura laboral, o uso excessivo das tecnologias da informação, as lesões oculares, bem como a fadiga decorrente (em tese) da ausência de limites da jornada de trabalho (FINCATO, 2009, p.42).

Destaca-se a ocorrência de um trabalho informacional com alto controle e certo neotaylorismo decorrente da submissão dos trabalhadores ao tempo, à estrutura dos softwares, do controle racional do tempo e do trabalho por meio da informática; exigências de produtividade máxima comprometendo as condições físicas e psicológicas dos trabalhadores (LIMA, 2010, p.22).

Para Standing Guy (2013, p.27-28) o precariado consiste em pessoas que são desprovidas das sete formas de garantia relacionadas ao trabalho, tais como de mercado de trabalho, de vinculo empregatício, segurança no emprego, segurança no trabalho, segurança de renda, garantia de representação, garantia de reprodução de habilidade.

Apesar da evolução e do aperfeiçoamento das formas de trabalho na sociedade informacional, alguns antigos problemas ainda persistem em sua essência e são refletidos no âmbito virtual. Aponta-se a figura do 'assédio digital', com situações onde o assediador age de maneira direta, com feedbacks corretivos em e-mails coletivos ou em redes sociais internas, de modo que exponha o empregado a situações constrangedoras.

Sobre a fiscalização do funcionário à distância, o autor Manuel Pino Estrada menciona que o empresário brasileiro ainda não está acostumado a fiscalizar o funcionário, "mas hoje controlar a produtividade está fácil, pois, há tecnologia para isso. Existem softwares que registram até quantas teclas o funcionário apertou no teclado". E, "apesar da existência de formas de controle, o especialista alerta que é a relação de confiança entre empregado e empregador que garantirá o sucesso da modalidade" (ESTRADA, 2012, p.67).

Cita-se, também, a experiência laboral de teleoperador, em que a sua autonomia é reduzida enquanto os supervisores escutam as comunicações para assegurar a obediência ao script. Os trabalhadores são controlados ao máximo, e também são impedidos de relaxarem e de abandonarem o fluxo informacional. Os ganhos e produtividade são alcançados à custa de um acentuado aumento da fadiga física, da postura automatizada, dos contratos de trabalho em tempo parcial, do desinteresse pela função, da vertigem oriunda da multiplicidade das chamadas, das lesões por esforço repetitivo (LERs), etc.(BRAGA, 2009, p.71). E essas condições bloqueiam a ação coletiva, no âmbito das lutas vinculadas à dignidade individual, contra os assédios morais, pelo direito de ir e vir ao banheiro, pela ampliação dos intervalos, pela melhoria dos lanches, etc (BRAGA, 2009, p.86).

Para a autora Jerusa Schroeder (2007, p.40-41), o teletrabalho coloca dois problemas centrais relacionados à organização, como a reorganização do trabalho em si (estatuto, tipos de remuneração, natureza do trabalho) e a modificação necessária nas estruturas hierárquicas (principalmente o nível das chefias).

Inclusive, aspectos subjetivos também são passíveis de reflexões, como algumas questões mais profundas, de foro antropológico-filosófico, sobre a natureza da relação 'homem-máquina' (SCHROEDER, 2007, p.41). Noberto Wiener diz: "O perigo da máquina para a sociedade não provém da máquina em si, mas daquilo que o homem faz dela" (WIENER, 1954).

As tecnologias não estão presentes apenas no âmbito laboral, como também refletem no tempo da vida. As demais relações sociais como educação, cultura, mídia, dentre outras, também são mediadas pelo aparato tecnológico (tecnologias da informação e comunicação). O sujeito político não se organiza só nas fábricas. Desse modo, é necessário pensar no sujeito político não só no mundo do trabalho, mas também no mundo da vida, considerando outros elementos (como os subjetivos). Assim sendo, a seguir propõe-se uma breve reflexão sobre a autonomia e emancipação do individuo na sociedade contemporânea.

4.2 Autonomia e emancipação do sujeito, uma utopia ou uma realidade?

A flexibilidade no uso do tempo e na determinação do espaço de trabalho é valorizada como fator de exercício da autonomia (LIMA e HOLZMANN, 2015, p.67).

Criou-se uma promessa em torno da autonomia do sujeito, com expressão da(s) individualidade(s), a busca pela satisfação do indivíduo, da realização de sonhos, de fomento ao consumo. Tratam-se, pois, de questões subjetivas que serviram de argumentação e justificativa para as saídas da crise produtiva e do desemprego em massa.

A utopia é oriunda da revolução tecnológica, como se as tecnologias realmente trouxessem/acarretassem a emancipação do indivíduo. Trata-se de narrativas da Revolução Tecnológica que dizem respeito às condições para a emancipação do sujeito, a partir da intensificação da utilização das tecnologias.

O projeto de emancipação é a possibilidade da tecnologia de eliminar trabalho (LOJKINE,1995). Criou-se a concepção de utilizar as tecnologias para simplificar a quantidade de trabalho, ou seja, para reduzir a necessidade de trabalho humano ao mínimo possível. Cabe observar que a sociedade passou a ser mais autônoma porque as tecnologias contribuem para a redução de tempo com o trabalho, embora ainda seja utilizado o trabalho manual na sociedade (século XXI). A tecnologia permite a liberação do tempo de trabalho que resulta do ócio criativo (DE MASI).

O determinismo tecnológico coloca a tecnologia como redentora, e neste contexto devemos questionar se tudo se deve às tecnologias.

Muitas vezes os especializas não sabem exatamente o que criam, e neste aspecto cabe lembrar a criação da bomba atômica, o projeto da modernidade que ceifou muitas vidas na Segunda Guerra Mundial. Cita-se, assim, Robert Oppenheimer "Quando vemos alguma coisa tecnicamente agradável, vamos em frente e fazemos, e só pensamos no que fazer com ela depois de ter sucesso do ponto de vista técnico" (SENNETT, 2009). Assim sendo, pensar e agir como artífice representa uma posição crítica na pós-modernidade. A busca por excelência produz resultados, de modo que é necessário fazer questionamentos.

Boltanski (2009) chama atenção no sentido de que os trabalhadores também querem outras coisas. Ou melhor, uma relação instrumental, onde o trabalho se apresenta como um meio para trazer realizações, e se é um meio, então o trabalho não precisa ter (fazer) sentido.

Lojkine (1995, p.43-46) apontou críticas ao determinismo tecnológico linear e diz que o trabalho também pode ser tecnológico, nos moldes fordista-taylorista, com tarefas monótonas, repetitivas e não necessariamente criativas. Ou seja, as modificações laborais podem reproduzir formas regressivas e não há nada que garanta a emancipação do indivíduo com as tecnologias aplicadas ao trabalho.

Depois de tantas décadas de lutas, de tantas reivindicações por melhores condições de trabalho, o contexto do século XXI tem revelado um percurso de precariedade do trabalho. Isto é, tem-se um aumento de trabalho temporário (com tempo parcial), de flexibilização da jornada de trabalho, subcontratações (como os acordos irregulares e/ou ilegais), de pequenos negócios, fomento ao empreendedorismo, altas taxas de rotatividade nas empresas, a formação de redes, a busca por novos territórios (para negócios e investimentos), a dispersão das empresas, etc.

A crise da sociedade do trabalho (abstrato) tem sua superação na classe trabalhadora o seu pólo central, mesmo que fragmentada, heterogeneizada e complexificada. Ainda, "requer como condição o reconhecimento do papel central do trabalho assalariado, da classe que vive do trabalho como sujeito potencialmente capaz, objetiva e subjetivamente, de caminhar para além do capital" (ANTUNES, 2011, p.83).

Repensar o assalariamento pressupõe repensar formas organizativas, identidades coletivas, lutas sociais, enfim um modelo de sociedade e de mudança social a partir das novas condições dadas e das possibilidades de sua superação, tendo como horizonte não um retorno, mas avanços em termos de conquistas sociais para os trabalhadores (LIMA, 2010, p.25).

Para Sérgio Lessa (1997, p.158) não pode haver existência social sem trabalho, ainda que certamente a existência social não se resuma a ele. O próprio trabalho, no seu sentido mais estrito, é uma categoria social, ou seja, apenas pode existir como participe de um complexo que no mínimo, composto por ele, pela fala e pela sociabilidade (o conjunto das relações sociais).

Conforme Ricardo Antunes (2011, p.87), a automação, a robótica, a microeletrônica, enfim, a chamada Revolução Tecnológica tem um evidente significado emancipador, desde que não seja regida pela lógica destrutiva do sistema produtor de mercadorias, mas sim pela sociedade do tempo disponível e da produção de bens socialmente úteis e necessários.

Ruy Braga (2009) tem a perspectiva da tecnologia como potencial de transformação, e representa a objetivação do trabalho e das relações sociais. E Jean Lojkine (1995) diz que é um mito da tecnologia a versão do potencial transformador (e de criatividade e autonomia). Desse modo, fica o nosso desafio de analisar a distância entre a promessa e a realidade.

Resta a proposição utópica e romântica do tempo livre no interior de uma sociedade fetichizada, como se fosse possível vivenciar uma vida absolutamente sem sentido no trabalho e cheia de sentido fora dele. Ou, ainda, tentando compatibilizar trabalho aviltado com tempo liberado (ANTUNES, 2011, p.88).

O trabalho não vale apenas pelo que representa enquanto meio de sobrevivência. Ele possui outro valor, o de assegurar ao sujeito a posse de um predicado que o torna humano como os outros homens (SOUZA, 2011, p.102).

5 Considerações Finais

O presente artigo explorou a temática do teletrabalho inserido no século XXI, junto ao contexto de reformulações do capitalismo, o qual pode ser pensado a partir da noção de infotaylorismo.

No trabalho foram abordadas questões mais descritivas acerca do teletrabalho, também foram feitas as pesquisas de jurisprudência e de legislação aplicada, e apontamentos reflexivos à luz da Sociologia do Trabalho sobre as categorias de tempo e espaço, numa perspectiva histórico-comparada.

Não se pretende esgotar aqui a discussão, e nem todas as nuances do teletrabalho foram exploradas neste estudo. Mas, enfatiza-se a necessidade de se buscar alternativas, a fim de enfrentar e dirimir as situações advindas da utilização das novas tecnologias incorporadas nos segmentos empresariais e trabalhistas.

O teletrabalho está inserido no contexto da insurgência da sociedade informacional, onde o capitalismo desencadeou novos processos de reestruturação produtiva. Trata-se, portanto, de um contexto em que o capitalismo neoliberal desencadeia a precarização dos direitos sociais e da vida humana.

Pensar a relação trabalho e condições humanas é relevante para se pensar a centralidade ontológica da categoria trabalho.

Quanto à análise breve de jurisprudências sobre a execução do teletrabalho no Brasil, no presente artigo verificou-se que alguns elementos são requisitos para o reconhecimento do vínculo empregatício consoantes no artigo 3º da CLT. E, conforme julgados colecionados, pode-se vislumbrar a necessidade de uma legislação mais específica, a fim de regulamentar as peculiaridades do teletrabalho.

Destaca-se a necessidade de se pensar nas seguintes questões, as quais devem ser observadas na modalidade do teletrabalho: a jornada de trabalho; a execução do poder diretivo e a fiscalização; as horas extras; os elementos jurídicos do vínculo empregatício como a existência ou não de subordinação no teletrabalho, a pessoalidade (e como saber se é o empregado que está laborando, ou outra pessoa no seu lugar?), a não eventualidade, a onerosidade (a quem compete o dever de fornecer os materiais necessários à prestação do serviço); os acidentes de trabalho; a equiparação salarial; dentre outras questões.

Inúmeros desafios são postos ao Direito, na medida em que se espera a incorporação de previsões no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se uma melhor estruturação, com o estabelecimento de regramentos, previsões mais específicas às diversas situações, e definições na relação de emprego no teletrabalho, buscando não apenas a segurança jurídica, como também a efetivação dos direitos fundamentais dos teletrabalhadores brasileiros.

Também é importante frisar as críticas feitas por diversos profissionais, principalmente, da área do Direito e das Ciências Sociais, sobre a proposta de Reforma Trabalhista no Brasil (PL Nº 6787/16), que em sendo aprovada vai priorizar os interesses das empresas, corroborando para a precarização do trabalho, para o capitalismo selvagem, para a alienação do trabalhador, para à fragilidade, dispersão e falta de coesão dos grupos e sindicatos dos trabalhadores, de modo a fomentar o capitalismo neoliberal (etc.). Ou seja, a flexibilização de Direitos nada mais é do que a supressão de Direitos Sociais dos trabalhadores.

As dificuldades na realização do teletrabalho consistem na administração do tempo e espaço, de modo que, muitas vezes, os teletrabalhadores acabam realizando jornadas excessivas,

desencadeando doenças laborais. E, por outro lado, também existem vantagens como a incorporação da modalidade de teletrabalho contribui para a inclusão social, na medida em que favorece o maior acesso das Pessoas Portadoras de Deficiência às oportunidades de trabalho, dentre outras.

Na sociedade pós-industrial o trabalho perde o lugar na medida em que a preocupação central é com os resultados, e não com o processo laboral (em si mesmo), ou seja, tem-se a objetivação do trabalho, o que independe das condições laborais, da jornada de trabalho, dentre outros elementos à sua execução.

É importante pensar na conjuntura do mundo do trabalho. Nesse viés, se o emprego conjuntural já foi um problema na sociedade industrial, na tecnológica o desafio está na busca de soluções e novos paradigmas para a questão do desemprego estrutural, causado por inúmeros fatores, entre eles a redução dos postos tradicionais de trabalho em decorrência das novas tecnologias.

Assim, persiste a promessa de Braverman (1974), quando se referiu à promessa da autonomia e da emancipação do indivíduo, o que, na realidade nada mais é do que um contratempo. Criou-se uma utopia da libertação, autonomia e emancipação do indivíduo, no entanto, na realidade e na prática, nada mais é do que trabalho precarizado.

Referências

ALMEIDA, Maria do Rosário Alves de. *O teletrabalho:* levantamento e caracterização. Projecto Victori@- ADAPT. Agosto de 2000. Disponível em: <http://www.apdt.org/victoria/projecto_victoria.pdf>. Acesso: 01 abril.2017.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.* São Paulo: Boitempo, 2003.

_____. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ARAÚJO, E. Rodrigues; BENTO, S. Coelho. *Teletrabalho e aprendizagem:* contributos para uma problematização. Lisboa: Fundação Coluste Gulbenkian, 2002.

BELMONTE, Alexandre Agra. Problemas jurídicos do teletrabalho. In: *Revista Direito do Trabalho.* MANNRICH, Nelson (Org.). Ano 33, n.127. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BITENCOUT, Manoela de. Teletrabalho transnacional: necessidade de revisão da súmula nº 207 do Tribunal Superior do Trabalho. In: *Revista de Direito das Novas Tecnologias.* Ano 6, n.8, jul/2011-jun/2012. São Paulo: Síntese e IBDI.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO Éve. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009 (p.272-284).

BRAGA, Ruy. *A vingança de Braverman: o infotaylorismo como contratempo.* ANTUNES, Ricardo. In: Infoproletários: degradação real do trabalho virtual. BRAGA, Ruy (0rgs.). São Paulo: Bomtempo, 2009.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso: 01 abril.2017.

_____. *Portal TRT4. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região* - Justiça do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <www.trt4.jus.jus.br>. Acesso: 01 abril.2017.

_____. *Lei N. 12.551, de 15 de dezembro de 2011.* Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm>. Acesso: 01 abril.2017.

_____. *Blog do Ministério do Trabalho e Emprego.* Pesquisa com 3.700 empresas indica que em 25% delas o trabalho remoto é realidade. Disponível em: <http://blog.mte.gov.br/trabalho/detalhe-1651.htm#.UeOdgVLLZUU>. Acesso: 01 abril.2017.

_____. SOBRATT – *Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades.* Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/diretrizes.html>. Acesso: 01 abril.2017.

BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista:* a degradação do trabalho no século XX. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

CASTEL, *Robert. As metamorfoses da questão social:* uma crônica do salário. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

COSTA, I. de S. A. da. *Poder/saber e subjetividade na construção do sentido do teletrabalho.* Rio de Janeiro. Tese de Doutorado em Administração. Fundação Getúlio Vargas, 2003.

DARCANCHY, Mara Vidigal. *Teletrabalho para pessoas portadoras de necessidades especiais.* São Paulo: LTr, 2006.

DE MASI, Domenico. *A sociedade pós-industrial.* 3. ed. São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2000.

ESTRADA, Manuel Pino. O teletrabalho transfronteiriço no direito brasileiro. In. *Revista de Derecho Informático.* N. 55, 2003. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1376>. Acesso: 01 abril.2017.

_____. Breve Panorama dos mundos virtuais e do teletrabalho nos tribunais brasileiros. In: (Org.). *Revista de Direito das Novas Tecnologias.* Ano 6, n.8, jul/2011-jun/2012. São Paulo: Editora Síntese e IBDI, 2012.

_____. Os mundos virtuais e o teletrabalho nos Tribunais Brasileiros: os casos do STF e do TRT de Minas Gerais. In *Revista de Direito Trabalhista*, ano 16, n.05, Brasília: Consulex, 2010.

FINCATO, Denise Pires. *Teletrabalho:* Aproximações Epistemológicas. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 20 out. 2009. Disponível em: <http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=578>. Acesso: 01 abril.2017.

_____. *Teletrabalho:* uma análise juslaboral. Revista Justiça do Trabalho. N. 236, (ago. 2003).

_____. *Acidentes de trabalho e teletrabalho:* desafios à dignidade do trabalhador. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/4_Doutrina_7.pdf>. Acesso: 01 abril.2017.

_____. *Saúde, higiene e segurança no teletrabalho:* reflexões e dilemas no contexto da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/09_artigo_05.pdf> Acesso: 01 abril.2017.

GUY, Standing. *O precariado:* a nova classe perigosa. Tradução de Cristina Antunes. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

LESSA, Sérgio. *Centralidade do trabalho:* qual centralidade? In. Revista de Ciências Humanas, V. 15, N. 22, Florianópolis-SC: UFSC, 2º SEM/1997 (p.153-164).

LIMA, Jacob Carlos. HOLZMANN, Lorena. Tempo, espaço e trabalho. In. Org. ECKERT, Cornélia [et.al]. *Etnografias do trabalho:* narrativas do tempo. Porto Alegre, Marcavisual, 2015.

LIMA, C. J. *A terceirização e os trabalhadores:* revisitando algumas questões. In. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho. 2010, vol. 13, n. 1, pp. 17-26.

LOJKINE, Jean. *A Revolução informacional.* Tradução de José Paulo Netto. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

MILPIED, Marie-Aude, [et al.], *Telework and people with disabilities.* 1996.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do Estado:* neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

NILLES, Jack. *Fazendo do teletrabalho uma realidade.* São Paulo: Futura, 1997.

ROSSO, Sadi Dal. *Mais trabalho!:* a intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Bomtempo, 2008.

Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.oit.org.br/>. Acesso: 01 abril.2017.

SCHROEDER, Jerusa Betina. *Impactos do teletrabalho nas atividades dos docentes do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI).* Dissertação de Pós-Graduação em Administração da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Blumenau, 2007.

SENNETT, RICHARD. *O Artífice.* Rio de Janeiro, Record, 2009.

SOUZA, Elisabeth Lobo. *A classe operária tem dois sexos:* trabalho, dominação e resistência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2011.

TREMBLAY, Diane Gabrielle. Organização e satisfação no contexto do teletrabalho. (Org.) *Revista de Administração de Empresas.* São Paulo, v. 42, n. 3, p. 54-65, jul./set. 2002.

WIENER, Nobert. *Cibernética e sociedade.* Tradução de José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 2004.



ANAIS

GT: DIREITO HUMANOS, MIGRAÇÕES E SOCIEDADE
Coordenadores: Gleicy Denise Vasques Moreira e José Paulo Gutierres (UFSM)

Canoas, 2017

O DESAFIO DOS HAITIANOS SUJEITOS À MIGRAÇÃO FORÇADA COM A LINGUA PORTUGUESA PARA A SUA INSERÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Cristiane Feldmann Dutra,
Doutranda; cristiane.feldmann@hotmail.com

Claudine Rodembusch Rocha,
Doutora, claudinerodembusch@yahoo.com.br

Suely Marisco Gayer,
Doutoranda; suelylo@hotmail.com

Diego Silveira,
Mestre, dosilrgs@hotmail.com

Carina DeOlinda da Silva Lopes,
Mestre, lopesdeo@hotmail.com

Resumo:

Este proponente artigo tem por objetivo apresentar os obstáculos, que a população do Haiti, encontra após a migração para o Brasil, frente à dificuldade de aprender a língua portuguesa. Os migrantes vieram buscar proteção ou uma condição de vida melhor no Brasil, sendo que seu País de origem oferece uma proteção insuficiente ou é o agende de perseguição a estes. Os migrantes encontram situações de negligência, violações dos direitos humanos ou descaso, ficando a margem dos direitos que lhe são atribuídos nos documentos internacionais. Propõe-se à uma reflexão crítica acercada sociedade que estamos criando, tendente ao aumento destas migrações por todo o globo terrestre. A legislação brasileira estabelece uma ação positiva frente a outros países, entretanto exige-se um repensar sobre o acolhimento destes estrangeiros.

Palavras-chave: Migração Forçada. Haitianos. Língua Portuguesa.

1 Introdução

Nos últimos anos o movimento de mundialização e seus estímulos involuntários da migração confrontam-se com os direitos humanos, acarretando mudanças na sociedade. A eclosão de novos conflitos internos e internacionais nos países, em razão das guerras, das políticas, da economia dos desastres ambientais, desencadeiam uma onda de violência generalizada e violações massivas a dignidade humana, na qual demandam ações urgentes, em esfera internacional e nacional.

O objetivo desta pesquisa é examinar os obstáculos que enfrentam os migrantes para o aprendizado da língua portuguesa, ao ingressarem ao território brasileiro. Ainda, estuda a situação jurídica e fática da população deslocada do Haiti, que migraram para o Brasil, após a catástrofe natural (terremoto) em 12 de janeiro de 2010, também chamados de refugiados ambientais.

Os refugiados possuem legislações internacionais definidas através da Convenção das Nações Unidas, que ganharam força após o término da segunda guerra mundial, sendo criado o Estatuto dos Refugiados de 1951, modificado pelo protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados em 1967.Possuem regulação pelo organismo internacional ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados).

Contudo, em nenhum momento sequer os problemas ambientais que provocam deslocamentos foram apontados, nem mesmo nos protocolos que posteriormente foram elaborados. No Brasil, a matéria é regulada pela Lei nº 9.474\97, que criou o CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados), o órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça. O termo "Refugiados Ambientais[1]"foi utilizado pela primeira vez, em 1985, por Essam El-Hinnawi.

O Brasil reconheceu esta causa da migração Haitiana, através da resolução normativa de número 97, do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), como justificador de uma proteção humanitária, e outorgou a política pública intitulada "Visto Humanitário" para resguardar um mínimo de dignidade e promover circunstâncias oportunas, considerando sua condição de vulnerabilidade, permitindo a entrada destes migrantes ao Brasil, concedendo a carteira de identidade estrangeira, carteira de trabalho, acesso a saúde e educação. Essa conduta atípica ocorreu, uma vez que estes migrantes não podem ser classificados pelo instituto do Refúgio.

Faz-se relevante o que Pereira (2014, p.35) esboça sobre a recepção brasileira:

> "Algumas críticas em relação à política brasileira no que tange à recepção dos estrangeiros, em nível geral. A discussão é ampla e é profícuo antecipar que a posição brasileira é ambivalente: ora inovadora e pioneira, ora retrógrada e contraditória".

2 A Migração dos Haitianos

Percebemos inovação no momento da permissão dos haitianos no estado Brasileiro frente a outros países, entretanto,é precária porquenão existe política de acolhimento para eles, as aulas de português são efetuadas por ONG's e voluntários, e, ainda, a normativa é provisória, com previsão de ser revista no mês de Janeiro do ano de 2015.

A presença dos primeiros imigrantes haitianos no Brasil foi registrada, inicialmente, no Estado de Mato Grosso do Sul[2], na divisa com a Bolívia. Iniciou-se, assim, um fluxo migratório que se intensificou em 2011, em outros locais de entrada, nas fronteiras do Brasil com a Bolívia e o Peru, pelas cidades de Brasiléia e Assis, no Estado do Acre e no Amazonas, pela cidade de Tabatinga.

---

[1] Para Essam El-Hinnawi, a quem se atribui a popularização da expressão "refugiados ambientais", trata da conexão entre as múltiplas dimensões do problema seria inerente, já que as categorias de refugiados ambientais criam uma série de problemas ambientais, socioeconômicos e culturais que, por sua vez, afetam o ambiente físico natural das áreas para as quais os refugiados migram e a qualidade de vida dos próprios refugiados e dos habitantes das áreas para as quais eles migram. EL-HINNAWI, Essam.Environmental Refugees. Nairobi: United Nations Environment Programme - UNEP, 1985, p. 05.

[2] Disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=VA3f4ZNEYzE&feature =related>. Não se sabe ao certo quando os primeiros haitianos desse fluxo entraram no Brasil. De acordo com essa informação, de março de 2010, o grupo pretendia alcançar a Guiana Francesa, mas os planos mudaram. Mais uma vez, não há uma explicação clara para isso, mas pensamos que a recepção feita pela sociedade civil, representada pelos psicólogos sem fronteiras e a concessão de um visto provisório pelo governo brasileiro para poderem trabalhar no país podem ter sido um "incentivo" para a permanência do grupo e contribuído para difundir a notícia no Haiti, pela relativa facilidade de obtenção de documentos, trabalho e hospitalidade no Brasil.

A chegada dos haitianos no Brasil, a partir de 2010, colocou – em certa medida – na pauta do Estado as discussões sobre a imigração. Obviamente, isso não ocorreu de imediato e não partiu, pelo menos inicialmente, do próprio Estado, mas sim da sociedade civil, com destaque para o trabalho das pastorais sociais que constituem uma rede humanitária[3] para PIMENTEL (2014, p.74) migrantes e refugiados.

A ajuda aos haitianos geralmente tem o suporte de ONGs e entidades voluntárias como é o caso da igreja católica nos Estados.

Dados da Organização Internacional do Migrante (OIM) informam que em 2010 existiam pouco mais de 200 haitianos no Brasil, até o dia 29 de julho de 2014, foram contabilizados 29.143 (vinte e nove mil cento e quarenta e três) haitianos, sendo que cerca de 7.000 (sete mil), estão vivendo no Estado do Rio Grande do Sul.

O acolhimento ou auxílio aos migrantes no Rio Grande do sul conta com o apoio da pastoral do migrante no Rio Grande do Sul, com o Cibai Migrações, pastoral do Migrante da Arquidiocese de Porto Alegre, Grupo de Assessoria a Imigrantes e Refugiados(GAIRE)[4]- um grupo transdisciplinar, constituído por alunos dos cursos de Direito, Relações Internacionais, Ciências Sociais e Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). É organizado em parceria com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), e com a Cátedra Sérgio Vieira de Mello[5].

3 A influência de Desastres Ambientais

A intensificação das catástrofes naturais, de acordo com Carvalho e Damacena, fazem parte de uma problemática que emerge como uma crise cultural da civilização, da racionalidade, da modernidade, da economia do mundo globalizado, da crise do efeito do conhecimento e seus impactos sobre o mundo e o meio ambiente CARAVALHO (2013.p.15).

As migrações populacionais forçadas ocorrem quando o ser humano se vê obrigado a se deslocar de seu País de origem, deslocamento esse que pode ocorrer por efeitos devastadores da natureza, causados pelo homem ou híbridos, e que já existiam ao longo da história das civilizações[6], as quais obrigaram indivíduos, famílias, grupos e comunidades a irem de um lugar para outro migrando, buscando melhores condições para sua sobrevivência.

Bauman e May (2010.p.231) aduzem sobre as fronteiras, as culturas e os desastres naturais, afirmando a sua magnitude de destruição se não nos preocuparmos com os recursos naturais.

---

[3]A rede humanitária para migrantes e refugiados conta com 50 entidades espalhadas pelo país. Informações disponíveis em: http://www.migrante.org.br/migrante.

[4]O grupo presta assessoria aos solicitantes de refúgio, a refugiados já presentes nos reassentamentos do Rio Grande do Sul e a imigrantes, garantindo a proteção aos seus direitos e outras Ongs e voluntários para auxiliar estes migrantes. A assistência jurídica a refugiados e imigrantes é importante devido ao alto grau de desconhecimento da legislação brasileira por parte dessas pessoas. Um estrangeiro que passa a habitar o país sente necessidade de orientação em assuntos legais para poder se integrar devidamente ao ambiente e para ter consciência dos seus direitos e deveres. As questões tratadas pelo GAIRE já envolveram pedidos de naturalização e de nacionalização, vistos, previdência, casamento, acesso à educação, entre outras.

[5]Cátedra Sérgio Vieira de Mello da UFRGS voltada para o ensino, estudo e pesquisa das questões relativas ao Direito Internacional dos Refugiados.

[6] Existe informações da existência de refugiados no período do Antigo Egito mas é a partir do século XV que os refugiados começaram a aparecer de forma mais sistemática. Primeiramente com Judeus que saíram da região atual da Espanha, no ano de 1492, em função da política de europeização do reino unificado de Castela e Aragão JUBILUT, Liliana Lyra. Direito Internacional dos Refugiados. São Paulo: Método. 2007.p.23.

> Discutimos várias formas de fronteiras, como são construídas com que efeitos e mobilizando que recursos. Em todos os casos, elas têm efeitos reais sobre a maneira como vemos os mundos social e natural. A atividade de construção cultural tem como objetivo não só a conquista de unidade em meio a uma população, mas também o controle do meio ambiente. Este, entretanto, tem como nos lembrar de sua força: mediante inundações. Terremotos, erupções vulcânicas e crises de fome. As culturas entretanto, conformam não apenas as ações, mas também reações. E dado nosso relacionamento com o planeta que habitamos e seus recursos finitos, fica a pergunta: qual pode ser uma maneira apropriada e sustentável de se viver junto?

Entretanto, nas últimas décadas, o aumento das catástrofes ambientais cresceu em um formato imódico. Os desastres[7]despertam a inquietude na humanidade, porque com eles vêm simultaneamente a sensação de impotência, caos, insegurança, destruição e danos, e em muitos casos ocorrem situações irreversíveis, como a ocorrência de óbitos e o aniquilamento com o desequilíbrio de determinada região. O maior impacto que os desastresestão produzindo, é, e será, sobre a população humana.

Uma de suas consequências serão as migrações forçadas[8]. De fato, estas alterações trazem um efeito modificador para as políticas públicas dos Estados e os locais de recepção, uma vez que estes, não estão preparados para lidar com a nova realidade. A migração forçada é definida pelo Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) para os Refugiados como sendo:

> Algunos de estosmovimientos se pueden considerar voluntarios al ser motivados por eldeseo de las personas de buscar mejores condiciones de vida en zonas que no esténafectas por dicho fenómeno y que, por lo tanto, pueden ser parte de lasestrategias de adaptación. Enotros casos, sin embargo, es evidente que existe un elemento de coerción, como lasamenazas a la vida, lasalud, lapropiedad y losmedios de vida. Los movimientos que se encuentran dentro de esta última categoría se pueden considerar conmayorfacilidad como movimientosforzosos, loscuales se denominaránenadelante "desplazamiento9".

Cita-se, aqui neste estudo, que entre 2012 e 2013, o número de migrantes forçados aumentou seis milhões. Dos 51,2 milhões de pessoas que foram obrigadas a abandonar o país em que viviam, 25.300 são crianças menores e sem acompanhamento, segundo avança a agência da ONU para os refugiados[10].

Na atualidade do século XXI, são migrações amplas e diversificadas e não raro, dramáticas. Situam-se em meio a complexas situações da sociedade, acossadas por conflitos, guerras, desequilíbrios ambientais, sócio-econômicos, fome e violência. E, em face de tantas circunstâncias, se observam perseguições contra indivíduos em decorrência de suas ideias políticas, por motivos de raça, religião, nacionalidade ou grupo social, fato que caracteriza os refugiados, pessoas obrigadas a

---

[7] Conforme disposto no art.2º, II, do decreto 7.257/10.

[8] A situação clássica de migração forçada é o refúgio, que protege as pessoas as quais tiveram ou têm de deixar seu país de origem ou de residência habitual em razão de bem-fundado temor de perseguição em função de sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou de pertencimento a um grupo social, nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967; ou, no caso da América Latina, também por grave e generalizada violação de direitos humanos.AYDOS, Mariana Recena. Migração Forçada: uma abordagem conceitual a partir do caso dos imigrantes angolanos no Brasil. Disponível em:<http://www.abep.nepo.unicamp.br/>. Acesso em: 18 set. 2014.

[9]ACNUR.Desplazamentoforzoso em el contexto del cambio climático: desafíos para los Estados em virtude delderechointernacional.AltoComisionado de lasNaciones Unidas para los Refugiados. 2009, p.4.

[10] MIGRAÇÕES FORÇADAS. Disponível em:< http://www.esquerda.net>. Acesso em: 28.jul.2014.

deixar a própria pátria, família, bens e raízes, para buscar proteção e salvar a própria vida sob o abrigo de outros países que não os de sua nacionalidade ou residência habitual[11].

Em circunstâncias diversas, mas com a mesma intensidade, registram-se outros deslocamentos, por motivos econômicos, imperiosa pobreza, violação de direitos, fome e mesmo desastres naturais. É nessas situações que se configura a condição do migrante forçado, mesmo que não observados os elementos conceituais do refúgio, nem sejam acolhidos estes migrantes ao amparo dos instrumentos internacionais, sob os quais se abriga o refugiado[12].

As causas desta resultante, são importantes para a análise da etnologia, história, política, social, e econômica, na compreensão desta pesquisa. Um dos casos em tela, o Terremoto no Haiti, ocorrido em 12 de janeiro de 2010, destruiu e desestruturou o País, foram contabilizados 304.812 mortos[13], mesmo após quatro anos, setenta por cento da população de Porto Príncipe, não possui energia elétrica, mais de 500 mil sem tetos viveram em acampamentos de emergência, muitos em condições sub-humanas. Cerca de 500 mil metros cúbicos de material, parte dos 10 milhões gerados pelo desastre, ficaram amontoados nas ruas. O Palácio Nacional, Ministérios e outros prédios públicos destruídos pelo terremoto continuam em ruinas.

De acordo com SANTIAGO (2013, p.75) os traços de reconstrução física do País são pouco visíveis. Após o desastre, os Haitianos migram para o Brasil em busca de melhores condições de vida e solicitam o Instituto do Refúgio[14].

4 Embasamento Legal em prol dos migrantes haitianos no Brasil

O problema, é que os haitianos em questão não se enquadram em nenhuma das três hipóteses previstas na lei, não podendo, assim, serem reconhecidos como refugiados. Na verdade, eles se encontram na nova categoria de Refugiados Ambientais, mas esta classificação ainda não possui proteção jurídica reconhecida.

O Direito Internacional é a luz que dá guarida aos refugiados. A situação de refugiado é resultante de violações de direitos humanos básicos, previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948[15]. A todos é assegurado, com base na Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, o direito fundamental de não sofrer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou opiniões políticas.

---

[11] MILESI, Rosita. Refugiados e migrações forçadas: uma reflexão aos 20 anos da carta de cartagena. Disponível em:< http://www.migrante.org.br/>. Acesso em: 28.jul.2014.

[12] ACNUR Brasil. Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados. Brasília, 2004.

[13] UNISDR. Internacional Disaster. Disponível em:<http://reliefweb.int/map/world/world-humanitarian-and-country-icons-2012 >. Acesso em 01 ago.2014.

[14]Conforme a Lei Brasileira Nº 9.474\97 "Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país."

[15] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HUMANOS. Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Artigo II- Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Artigo III - Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Disponível em:<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 03 set. 2014.

O artigo 14 da declaração de 1948 deixa expresso o direito de toda pessoa, vítima de perseguição, procurar e gozar asilo em outros países. Apesar de não ter valor obrigatório, a declaração é fonte que inspira diversos tratados, convenções e a própria legislação interna MELLO (2007, p.707).

Além disso, o artigo XIII 2, autoriza: "Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar".

Em decorrência do aumento geométrico das pessoas em fuga pelos mais diversos motivos, o Direito Internacional foi se desenvolvendo com vista a proteger as pessoas que se veem obrigadas a abandonar seu País de origem, pela perseguição à sua vida e/ou liberdade por motivo de raça, religião, opinião política, pertencimento a um grupo social ou violação maciça de direitos humanos.

Afirma PIOVESAN (2010, p. 125) como visto, não é difícil observar a conexão entre o Direito Internacional dos Refugiados e a proteção dos direitos humanos, já que as pessoas se tornam refugiadas porque seus direitos humanos são ameaçados.

Ruiz ensina que, na atualidade, o direito internacional disponibiliza à pessoa humana uma proteção jurídica que reside, primordialmente, no impedimento da escravidão e do trabalho forçado, no amparo das minorias, na defesa dos direitos humanos fundamentais e na proteção dos refugiados.

Cita TRINDADE (1996, p. 236), ainda, que os direitos humanos protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado.

Já SARLET (2003, p. 38) afirma que "os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados".

BOBBIO (1992, p.6) assevera que "os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer." Na sua compreensão, os direitos do homem:

> (...) por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas emdefesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas BOBBIO (1992, p5).

Perez Luño ressalta:

> (...)Um conjunto depoderes einstituições, em cada período histórico, materializaras exigências dadignidade, da liberdade e da igualdadehumana, quedeve ser reconhecidapositivamente pelosordenamentoslegaisa nível nacional einternacional16.

Todos esses textos contextualizam a relação de juridicidade dos Direitos Humanos, no que tange o discurso geral sobre os direitos do homem. É preponderante que se tenha o cuidado de mantermos uma distinção entre teoria e prática, pois ambas percorrem duas estradas diversas e velocidades muito diferentes.

Em face das atrocidades que abalaram a humanidade na Segunda Guerra Mundial, se fez necessário repensar a questão dos direitos humanos. Sob esteprisma, a Carta das Nações Unidas de 1945 pontuou como finalidade maior a cooperação internacional, "o respeito universal e efetivo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião"[17].

---

[16] "(...) un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan lãs exigencias de La dignidad, lalibertad y laigualdad humanas, lãs cualesdeben ser reconocidas positivamente por losordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. PEREZ LUÑO apud BIDART CAMPOS, Germán J. Teoría general de losderechos humanos. Buenos Aires: Astrea, 1991, p.228.

[17] CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Artigo 55. Disponível em: <www.onu-brasil.org.br> Acesso em: 16. ago..2014.

Fundado nesses preceitos, elaborou-se a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, ratificada em Paris em 10 de dezembro de 1948.

A Declaração foi o marco histórico da proteção aos direitos humanos no âmbito internacional. Piovesan pondera que, nesta etapa difícil da sociedade humana, deu-se o início da fase de positivação e universalização dos direitos humanos. Assinala a doutrinadora que:

> A Declaração surgiu como um código de princípios e valores universais a serem respeitados pelos Estados. Ela demarca a concepção inovadora de que os direitos humanos são direitos universais, cuja proteção não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrente de sua soberania PIOVESAN (1998, p.78).

COMPARATO (2007, p. 228) acrescenta que a declaração de 1948 ratifica os valores supremos de igualdade, liberdade e fraternidade entre os povos.

Representa o ápice do processo de aceitação da igualdade do ser humano em sua dignidade de pessoa. Admite de uma vez por todas que o ser humano é detentor de valores, sem distinções. Todavia, para que este reconhecimento e aceitação tenha vingado, foi preciso perceber o risco que a sobrevivência da humanidade corria por conta das atitudes desumanas das guerras.

Os aspectos primordiais que embasam o reconhecimento da ordem internacional são demonstrados logo no preâmbulo da Declaração, onde se lê que a "[...] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações".

Para BOBBIO, (1992, p. 18-19) a consciência dos diretos humanos não reside mais em ditar os direitos do homem e sim protegê-los. A Declaração Universal passou a representar a fase final da universalidade dos direitos humanos, pois, após sua promulgação, passou-se a ter a convicção de que a humanidade partilha alguns valores comuns e que se pode crer na universalidade desses valores.

Segundo Sarlet:

> Reconhecer a diferença, contudo, não significa desconsiderar a íntima relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez que a maior parte das Constituições do segundo pós-guerra se inspiraram tanto na Declaração Universal de 1948, quanto nos diversos documentos internacionais e regionais que a sucederam, de tal sorte que (...) está ocorrendo um processo de aproximação e harmonização, rumo ao (...) denominado (...) de um direito constitucional internacional SARLET (2003. p. 36).

O direito à vida, concretamente, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido, principalmente o direito à vida do insuficiente. Assim como os pais amparam seus filhos logo após o nascimento, já que eles não teriam condições de viver sem proteção, em razão da sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da "teoria do suprimento MARTINS (1999. p. 134).".

Na convivência necessária com outros seres humanos, cada pessoa é condicionada por esse valor e pelo dever de respeitá-lo, tenha ou não consciência do mesmo. A par disso, é oportuno lembrar que tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos editada pela ONU em 1948, quanto os Pactos de Direitos Humanos que ela aprovou em 1966, proclamava a existência de uma dignidade essencial e intrínseca, inerente à condição humana COMPARATO (2007, p. 228).

BOBBIO (1992, p. 18) conclui que o elenco dos direitos do homem sofreu mudanças, e continua a se modificar, em harmonia com as condições históricas, ou seja, dos cerceamentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização destes, da transformação das técnicas, etc

Diante das considerações antes contextualizadas, observa-se que a proteção internacional do homem e seus direitos são produto de um longo amadurecer do comportamento humano em relação a si e ao mundo que o rodeia.

Na verdade. inexiste instrumento capaz de dar total proteção para as pessoas que deixam suas pátrias, em razão de afronta aos seus direitos econômicos, sociais e culturais, já que a sobrevivência no seu país de origem em condições minimamente aceitáveis é impossível ou extremamente sacrificada.

A língua oficial no Haiti desde 1987 é o crioulo haitiano, (também conhecido como Kreyòl), em Francês. OKreyòlé falado por 100% da população, enquanto 8 a10% dos haitianos consegue falar francês.

Como todos os crioulos baseados em francês, Kreyòl é uma mistura de francês e das línguas africanas, oriunda dos povos escravos do Haiti. É descrito de forma incorreta como um dialeto francês ou pior, como "partido francês". Na verdade, é uma língua distinta com as suas próprias regras de vocabulário e gramática BHAWAN SINGH/MARC J. COHEN (2014, p.3).

Esta comparação negativa para francês é um legado do colonialismo. Mesmo depois que o Haiti se tornou independente, o francês tem sido a língua do governo e de poder para a maioria da história do Haiti.

Enquanto Kreyòl aumentou em Estado, o francês continua a fornecer o acesso ao poder e prestígio. Não surpreendentemente, a língua francesa é mais provável que seja falada por elites urbanas do que pelos agricultores no campo.

Os Haitianos são diglóssicos, coexistência de duas línguas, compreendem o francês, mas a maioria da população não fala francês.

5 Considerações Finais

O procedimento da pesquisa foi baseado em material bibliográfico, realizando um estudo e a prévia análise das diversas posições acerca do tema, por meio de livros, artigos científicos, periódicos, legislações, doutrina, além dos meios virtuais.

Nas pesquisas bibliográficas, foram observados as mesmas reclamações e as atitudes com as dificuldades de aprendizado e a comunicação com a língua portuguesa, pela disparidade de nivelamento dos alunos nas aulas para migrantes, quanto pela insuficiente ação do estado para o auxílio destas pessoas, as aulas são ministradas geralmente com pessoas voluntárias, em locais cedidos como as paroquias das igrejas locais.

Os migrantes não sabem falar e compreender a língua portuguesa corretamente, então não compreendem as legislações trabalhistas e assim sucessivamente, ocorrem conflitos e proporcionam a falta de oportunidade para a sua inserção na sociedade local.

As nacionalidades que mais migraram para o Brasil em caráter de visto humanitário no 1º trimestre de 2014, foram de 54.3% Haitianos, seguidos por 13.1% de Senegaleses.

Existe uma dicotomia entre o acesso ao mercado de trabalho para os migrantes ou refugiados e a real dificuldade de inclusão e participação na sociedade Brasileira.

No país, esses imigrantes depois de legalizados, têm os mesmos direitos de todo o cidadão brasileiro, entretanto isso não é imediato, aLei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980a legislação para migrantes em território nacional, foi criada e ratificada no período da ditadura, e isso inclui que não podem votar. Percebe-se que por serem uma minoria, ficam a margem dos direitos.

Caso não ocorra ainclusão destes seres humanos na sociedade civil, a imigração ilegal acaba por ser favorecida, assim como o tráfico internacional de pessoas e o aliciamento para atividades criminosas, por isso a efetiva pesquisa auxilia a compreender esta lacuna para a efetivação jurídica dos direitos humanos na atualidade.

Este trabalho conclui a reflexão crítica sobre a inserção dos migrantes na sociedade Brasileira diante dos obstáculos, tais como, o aprendizado da língua Portuguesa para compreender ou falar o idioma nacional, que é necessário para a sua comunicação.

Urge uma nova cultura transformativa, que que contribua para eliminar as tensões, que comprometem a vida do migrante forçado no mundo, e não possui proteção jurídica eficiente para esta realidade. Essas pessoas precisam ser acolhidas, cadastradas, entender, aprender nossa língua, necessitam de emprego e, sobretudo, viver com dignidade tendo assegurados os seus direitos.

Necessário se faz, analisar as políticas de governos, legislações, e das comunidades locais que recebem as pessoas nestas condições, possibilitando a sua total integração social.

Referências

ACNUR Brasil. *Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados.* Brasília, 2004.

ACNUR. Desplazamentoforzoso em el contexto del cambio climático: desafíos para los Estados em virtude delderecho internacional. *Alto Comisionado de lasNaciones Unidas para los Refugiados*. 2009.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a Sociologia*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BHAWAN SINGH/MARC J. COHEN. Climate change resilience the case of Haiti. University of Montréal/Oxfam America.*Oxfam Research Reports*. MARCH 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, DéltonWinter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Resolução nº 97/2012. Disponível em:< http://portal.mte.gov.br/trab_estrang/resolucoes-normativas.htm >. Acesso em 03 jul.2014.

EL ACNUR. *Desplazamentoforzoso em el contexto del cambio climático: desafíos para los Estados em virtude delderecho internacional.* Alto Comisionado de lasNaciones Unidas para los Refugiados. 2009.

EL-HINNAWI, Essam. *Environmental Refugees*. Nairobi: United Nations Environment Programme - UNEP, 1985.

JUBILUT, Liliana Lyra. *Direito Internacional dos Refugiados.* São Paulo: Método. 2007.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional Comparado e a Inviolabilidade da Vida Humana. In: BRANDÃO, Dernival da Silva et al. *A Vida dos Direitos Humanos.* Porto Alegre: Fabris, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público.* São Paulo: Malheiros, 2007.

MILESI, Rosita. *Refugiados e migrações forçadas: uma reflexão aos 20 anos da carta de cartagena.* Disponível em:< http://www.migrante.org.br/>. Acesso em: 28.jul.2014.

RUA, Teófilo Altamirano. *Refugiados Ambientales: Cambio Climático y MigraciónForzada.* Perú: Fondo Editorial de laPontificiaUniversidad Católica del Perú,2014.

SANTIAGO, Adriana. *Haiti por si: A reconquista da independência roubada*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. *Direitos humanos e hospitalidade: A Proteção Internacional para Apátridas e Refugiados.* São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Os dois métodos e o núcleo duro da teoria econômica. *Revista de Economia Política*, v 29, n. 2 (114), pp 163-190, abril-junho/2009.

PIMENTEL, Marília Pimentel; COTINGUIBA, Geraldo Castro. Wout, raketè, fwontyè, anpil mizè1: reflexões sobre os limites da alteridade em relação à imigração haitiana para o Brasil. *Universitas relações internacionais*, Brasília, V.12,n.1,p.73-86, Jan/jun.2014.

PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. In: ARAÚJO, Nadia de; ALMEIDA, Guilherme Assis de. (Coord.) *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos.* São Paulo: Max Limonad, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEYTRIGNET, Gérard E RUIZ Jaime de Santiago. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana,* San José da Costa Rica:

IIDH, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

UNISDR. *Internacional Disaster*. Disponível em:<http://reliefweb.int/map/world/world-humanitarian-and-country-icons-2012 >. Acesso em 01ago.2014.

FLUXOS MIGRATÓRIOS E OS DIREITOS DA SOCIOBIODIVERSIDADE: ABORDAGEM SOBRE ECOLOGIA POLÍTICA E OS REFUGIADOS AMBIENTAIS

Denise Silva Nunes[18]
Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch[19]

Resumo:

As grandes catástrofes naturais da atualidade começam a despertar a atenção para o modo de se relacionar com o meio ambiente, e cresce a 'categoria' dos deslocados ambientais, a qual é nova no cenário internacional e nacional. Pondera-se que na discussão sobre deslocamento ambiental é necessário discutir a 'cena ecológica' (problemática ambiental), a fim de possibilitar a construção de estratégias de prevenção e combate das múltiplas causas que 'forçam' a mobilidade humana, de forma indesejada, abrupta. Assim, é fundamental que a discussão seja de forma multidimensional. O presente artigo versa sobre os deslocados ambientais na América Latina, e tem como objetivo verificar as (prováveis) contribuições da Ecologia Política neste contexto, a fim de contribuir para a análise desse fenômeno de forma reflexiva. Através de uma abordagem sistêmica, busca-se, portanto, a construção de propostas diferenciadas na percepção do fenômeno dos deslocamentos ambientais, face ao cenário complexo e contingente da problemática.

Palavras-chaves: Desenvolvimento includente. Refugiados ambientais. Ecologia política. Sociobiodiversidade.

1 Introdução

Atualmente a 'categoria' dos deslocados ambientais não possui regulamentação jurídica expressa (tanto nacional como internacional), de modo a dificultar a proteção e assistência aos grupos, comunidades e indivíduos deslocados.

A situação é agravada quando se trata de deslocamento para além das fronteiras dos Estados nacionais, visto que este tipo de situação não pode ser enquadrada no instituto do 'refúgio'. Isso porque para o reconhecimento de refúgio são necessários alguns requisitos. Como exemplo, no Brasil a Lei Nº 9.474/1997 exige a "grave e generalizada violação de direitos humanos; fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões

[18] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, Brasil). Especialista em Direito Público pela UNIDERP/MT. Em andamento, Graduação em Ciências Sociais Bacharelado e Especialização em Ensino de Sociologia no Ensino Médio pela UFSM. Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS). Advogada. Endereço eletrônico: denise.silva.nunes@hotmail.com

19 Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC, Brasil). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). É Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISCProfessor Adjunto no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSM) - Mestrado em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Tecnologias Educacionais em Rede (PPGTER/UFSM) - Mestrado Profissional em Tecnologias Educacionais em Rede. Pesquisador e Vice-Líder do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS). Atualmente é Coordenador de Planejamento Acadêmico da Pró-Reitoria de Graduação da UFSM. Endereço eletrônico: jeronimotybusch@ufsm.br

políticas; a condição de que se encontre fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país"; dentre outros.

Assim, essa nova categoria encontra-se desprotegida juridicamente, necessitando de discussão, seja para a proteção, reconhecimento, cooperação e solidariedade entre os Estados, ou então, na discussão pelas questões distributiva e desenvolvimentista que também fomentam a mobilidade humana.

Verificam-se a reprodução de desigualdades e a incapacidade dos Estados em conter o crescimento desenfreado que produz impactos ambientais negativos em diversas dimensões, como o caso dos deslocamentos ambientais. Portanto, é necessário buscar uma reinvenção das tradições jurídico-políticas e econômicas, almejando estratégias de emancipação social e proteção do meio ambiente.

A análise dos deslocamentos ambientais sob o enfoque latino-americano possibilita pensar fora das totalidades ocidentais definidas epistemologicamente. A perspectiva da Ecologia Política possibilita analisar a sociobiodiversidade, e assim, contemplar a preservação da diversidade biológica para a manutenção da vida humana e a preservação cultural, com o uso sustentável dos recursos naturais.

O presente artigo versa sobre os deslocados ambientais na América Latina, e tem como objetivo verificar as (prováveis) contribuições da Ecologia Política neste contexto, a fim de contribuir para a análise desse fenômeno de forma reflexiva.

A metodologia obedece ao trinômio Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica, que se entrelaçam numa relação sistêmico-complexa, de modo a configurar um método que permite abordar o Direito em sinergia com outras áreas do saber, como as Ciências Exatas, Sociais Aplicadas e Ciências Humanas.

Busca-se, portanto, a construção de propostas diferenciadas na percepção do fenômeno dos deslocamentos ambientais, face ao cenário complexo e contingente da problemática. Para tanto, a abordagem é reflexiva, observando, de forma sistêmica, a comunicação dos diversos sistemas que se entrelaçam com a questão ambiental. Aponta-se a Ecologia Política, enquanto base e sustentação do enfoque principal da pesquisa, devido ao seu grau elevado de interdisciplinaridade.

A presente pesquisa está estruturada em três momentos. Primeiramente, a abordagem consiste na análise dos deslocados ambientais no cenário da ONU. Posteriormente, no segundo momento, o deslocamento ambiental decorrente dos conflitos distributivos. Por fim, no terceiro momento, as contribuições da Ecologia Política na percepção do deslocamento ambiental no contexto latino-americano.

2 Apontamentos sobre os deslocados ambientais

A questão dos 'refugiados ambientais' é nova no cenário internacional, embora o fenômeno seja antigo. Refere-se às pessoas que saem de seus países, não por motivos como perseguições de raça, religião, nacionalidade, nem por serem integrantes de um grupo social específico ou por suas opiniões políticas, mas por causa de mudanças ambientais que tornaram suas vidas ameaçadas ou insustentáveis no local onde moravam.

Em alguns casos, essas pessoas encontram novos lugares para viver em seus próprios países; em outros, acabam mudando de país, buscando refúgio. Calcula-se, a ONU, que cerca de 25

milhões de pessoas deixaram seus lares devido à seca, desertificação, erosão do solo, acidentes industriais e outras causas ambientais.

A mudança climática, induzida principalmente pelo padrão de consumo com o modelo de produção industrial imposto pelos países desenvolvidos e pelos países industrializados, acelerou os processos naturais e trouxe um novo problema para a seara do Direito Internacional. Isto é, milhares de pessoas deixam o seu Estado, ou região de origem, porque este (s) foi (foram) completamente destruído(s) por eventos naturais exacerbados pelas alterações climáticas.

Os desastres naturais produziram mais refugiados nos últimos anos que as guerras e os conflitos. O aquecimento global e o aumento da temperatura do planeta provocado pela crescente concentração de gases do efeito estufa, resultantes de atividades antropogênicas, como a queima de combustíveis fósseis e o desflorestamento, é um dos principais causadores dos problemas ambientais hoje no mundo, ainda que não seja o único.

Para Érika Pires Ramos, não se trata de um fenômeno novo, já que existem até mesmo relatos bíblicos que noticiam a fuga em razão de calamidades devastadoras. É fato que inúmeras calamidades naturais ocorreram ao longo da história, forçando o deslocamento de indivíduos e grupos para locais mais seguros, visando à própria sobrevivência.[20]

As são pessoas forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida.

Por "perturbação ambiental", nessa definição, entendemos quaisquer mudanças físicas, químicas, e/ou biológicas no ecossistema (ou na base de recursos), que o tornem, temporária ou permanentemente, impróprio para sustentar a vida humana. De acordo com esta definição, pessoas deslocadas por razões políticas ou por conflitos civis e migrantes em busca de melhores empregos (por motivos estritamente econômicos) não são consideradas refugiados ambientais.[21]

Existem três grandes categorias de refugiados ambientais: Primeiro, há aqueles que foram deslocados temporariamente por causa de um *stress* ambiental. A segunda categoria de refugiados ambientais compreende aqueles que tiveram de ser permanentemente deslocados e restabelecidos em uma nova área. A terceira categoria de refugiados ambientais é constituída de indivíduos ou grupos de pessoas que migram de seu habitat original, temporária ou permanentemente, para um novo dentro de suas fronteiras nacionais, ou no exterior, em busca de uma melhor qualidade de vida.

A ONU reconhece a gravidade do problema, mas há uma clara resistência à ampliação do regime internacional convencional existente aos refugiados ambientais, pois não reconhece os fatores ambientais como motivação, por si só, para a concessão do status de refugiado.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) reconhece que há grupos de migrantes fora do âmbito de proteção internacional que necessitam de ajuda humanitária e de outras formas de assistência, mas entende que isso não justificaria uma revisão do Estatuto dos Refugiados de 1951. Esta lacuna jurídica, no tocante ao reconhecimento dos refugiados ambientais, favorece a imigração ilegal, o tráfico internacional de pessoas e o aliciamento para atividades criminosas.

O refúgio no Brasil já é uma política de Estado. Esta é uma conquista importante e forma parte da construção do edifício dos direitos humanos e, portanto, da democracia deste país. Ao

[20] RAMOS, Érika Pires. Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011.
[21] RAMOS, Érika Pires. Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional.

longo de dez anos dever, desde o CONARE[22], de outorgar – ou não – refúgio aos estrangeiros que o solicitam.

O número de solicitações vem crescendo. Os países de origem estão se diversificando, e o Brasil está se convertendo em um destino seguro para solicitantes de refúgio. Homens e mulheres de 69 nacionalidades receberam o status de refugiado. Ainda mais, o Brasil abriu as portas do reassentamento solidário, sempre no marco do PAM, como um elemento adicional e generoso da proteção internacional.[23]

Recentemente inundações decorrentes de chuvas de proporções inéditas assolaram o Estado de Santa Catarina e, em seguida, parte do norte e o nordeste do País, deixando milhares de desalojados e desabrigados, prejudicando enormemente a economia desses estados e ensejando a migração de indivíduos ali residentes para demais localidades.[24]

A temática sobre os deslocamentos ambientais aos poucos vem sendo inserida nas pautas de reuniões e negociações da Conferência das Partes (ONU). Isso porque os grandes desastres naturais, tais como terremotos, enchentes, etc., repercutem nas mídias (tradicionais e novas mídias) e produzem medo e insegurança na sociedade, bem como resultam em reivindicações pelos movimentos ambientalistas.

Os Estados não são flexíveis e existem dificuldades em firmar consenso rumo à propositura de soluções eficazes na proteção tanto dos deslocados forçados, como também, aos deslocados voluntários.

Destaca-se que, comumente o que mais chama atenção são os deslocamentos forçados resultantes de catástrofes naturais. No entanto, no contexto latino-americano o que vem ocorrendo com maior abrangência são os deslocamentos resultantes de causas associadas à questão ambiental, como, por exemplo, a procura de novos territórios para garantir a manutenção da vida humana em casos de desertificação, exaurimento dos solos, conflitos agrários, construções de hidrelétricas e obras dos programas desenvolvimentistas, dentre outros.

Importante é romper com os paradigmas que atribuem, de forma radical, as causas dos deslocamentos ambientais por conta das catástrofes naturais (como as alterações climáticas). Faz-se necessário discutir, principalmente, os deslocamentos ambientais resultantes de fatores associados à comunicação ecológica, como a degradação progressiva do meio ambiente e os decorrentes efeitos socioambientais.

Assim, a 'reflexividade' possibilita uma análise aprofundada sobre o contexto dos deslocamentos, permitindo, inclusive, a construção de estratégias e possibilidades de prevenção e combate às múltiplas causas atribuídas aos deslocamentos 'forçados' ou voluntariamente indesejáveis.

Nesse estudo, faz-se necessário analisar outros aspectos que estão inseridos na questão dos deslocamentos ambientais, conforme a seguir.

---

[22] O CONARE - Comitê Nacional para os Refugiados é o órgão colegiado, vinculado ao Ministério da Justiça, que reúne segmentos representativos da área governamental, da Sociedade Civil e das Nações Unidas, e que tem por finalidade: analisar o pedido sobre o reconhecimento da condição de refugiado; deliberar quanto à cessação "ex officio" ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado; declarar a perda da condição de refugiado; orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência, integração local e apoio jurídico aos refugiados, com a participação dos Ministérios e instituições que compõem o Conare; e aprovar instruções normativas que possibilitem a execução da Lei nº 9.474/97.

[23] LEÃO, Renato Ribeiro. O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil: Decisões comentadas do CONARE. 2007, p.8.

[24] BREITWISSER, Liliane Graciele. Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional. In. Revista de Direito Ambiental. Ano 14, n.56, 2009, p.146.

3 O deslocamento ambiental decorrente dos conflitos distributivos

Atualmente, inúmeros desastres ambientais vêm ocorrendo, com destaque para as enchentes, deslizamentos e desmoronamento de construções fixadas nas encostas das cidades. Nesses casos, as populações necessitam se retirar dos locais.[25] O desastre é considerado um fenômeno próprio à dinâmica social e, assim sendo, é no interior da mesma que se identifica os limites da ação técnica para evitar o problema.[26]

O aumento da população nas cidades, muitas vezes em locais impróprios, e/ou não estruturados, faz com que a falta de saneamento básico seja percebida, o que inclui o não fornecimento de água limpa e nem o tratamento de esgoto a todos os moradores dos locais.[27]

O solo possui uma riquíssima proteção natural: a cobertura vegetal. Nela existem organismos que asseguram todo um complexo ciclo biológico. Quando o homem destrói essa proteção, o solo fica exposto à ação de ventos, de chuvas, com direta incidência solar e altas temperaturas, que, além de comprometerem a estrutura viva ali existente, deixam o solo improdutivo, podendo causar perdas por erosões.

A partir do momento em que o indivíduo (enquanto não proprietário dos *meios de produção*) deixou de ter acesso à terra, à natureza e aos produtos de seu trabalho, ele deixou de se compreender como um *ser* pertencente ao sistema natural. Desse modo, o elemento *emancipação* abarcado, por exemplo, nas contribuições de Marx, aparece como uma premente necessidade, no sentido de colaborar e de rever algumas questões como a função do Direito, do lugar dos sujeitos e todo o arcabouço jurídico, no que tange à propositura de soluções para a questão socioambiental.

O uso do solo para além de sua capacidade, ou em áreas proibidas pela legislação, como próximo às margens de cursos d'água ou em áreas declivosas, constitui um conflito de uso, e já existem mapas de conflito de uso para várias áreas.[28]

Algumas regiões apresentam maiores probabilidades de potencializarem efeitos nocivos de mudanças climáticas, por exemplo, agravando os resultados e produzindo verdadeiras catástrofes ambientais em decorrência da carência de estruturas, recursos e orientações básicas para a gestão de emergências nestas situações.[29]

Com o crescimento exagerado das demandas localizadas, ocorre a escassez hídrica, se agravando com a urbanização, industrialização e expansão agrícola. Esse contexto contribui para a intensificação do deslocamento de pessoas.

Os conflitos sociais distributivos envolvem o não reconhecimento e perda de direitos, e no cenário no grupo dos mais vulneráveis estão os povos locais como os indígenas. As perdas pelo não

---

[25] Quando as populações em periferias encontram-se na condição de desabrigadas, apenas reconfirmam, num nível maior de degradação, a sua inferioridade construída por essa ordem social. O status de desabrigado torna-se, assim, não só um termo definidor de um tipo de carência – a da falta de moradia e acesso à terra – mas um termo estigmatizante dentro da racionalidade hegemônica de manutenção de distâncias sociais e territoriais, e que precisa, sem mais tardar, ser questionado (MARCHEZINI, Victor. Dos desastres da natureza à natureza dos desastres (p.48-58). In. VALENCIO, Norma; SIENA, Mariana; MARCHEZINI, Victor. GONÇALVES, Juliano [Orgs.]. Sociologia dos desastres: Construção, interfaces e perspectivas no Brasil. São Carlos: RIMA, 2009, p.45).

[26] MARCHEZINI, Victor. Dos desastres da natureza à natureza dos desastres 2009, p.37.

[27] LANG, Adriana Maria; LINK, Dionísio. Percepção ecossistema vivenciado pelos alunos do 6º ano da EMEF de Panambi/RS. In. Revista de Monografias Ambientais (REMOA). v.4, n.4, (p. 582-595), UFSM, 2011, p.586.

[28] DALMOLIN, Ricardo Simão Diniz; AZEVEDO Antônio Carlos de; PEDRON, Fabrício de Araújo [Orgs.]. Solos e Ambiente: Uma introdução. 2.ed., Emater-RS, 2006, p.39.

[29] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.22

reconhecimento de seus direitos vão desde a negação de sua condição natural de cidadão, por ser o habitante original, nativo, até a negação do espaço pela expropriação de suas terras.[30]

O conflito distributivo introduz na economia política do ambiente as condições ecológicas de sobrevivência e produção sustentável, assim como o conflito social que emerge das formas dominantes de apropriação da natureza e a contaminação ambiental.[31]

A desigualdade ambiental pode manifestar-se tanto sob a forma de proteção ambiental desigual como de acesso desigual dos recursos ambientais.[32]

A exploração ambiental das populações mais desprotegidas faz da concentração dos males sobre os mais pobres um meio de extração de uma espécie de 'mais-valia ambiental' pela qual os capitais se acumulam pela apropriação dos benefícios do ambiente e pela imposição do consumo forçado de seus efluentes indesejáveis aos mais pobres. Configura-se uma relação lógica entre a acumulação de riqueza e a contaminação do ambiente. Com isso, "certos capitais lucram com a transferência dos males ambientais para os mais desprotegidos".[33]

Na Inglaterra, por exemplo, com a Revolução agrícola, todo ano as cidades tinham de receber o que se considerava excedente dos trabalhadores.[34]Quanto mais rápido se acumula capital numa cidade industrial ou comercial, tanto mais rápido é o afluxo do material humano explorável e tanto mais miseráveis as habitações improvisadas dos trabalhadores.

Na seara dos conflitos distributivos podem-se citar movimentos sociais como os de resistência ao neoliberalismo e o da justiça ambiental. Esse último defende a existência de desigualdades em termos de proteção ambiental no planeta. "É, justamente, nas áreas de maior carência socioeconômica que se concentram os maiores déficits em investimentos nas áreas de saneamento, moradia e análise geomorfológica. Compreende-se, portanto, que o risco ambiental não é distribuído proporcionalmente".[35]

Frente ao estudo dos deslocamentos ambientais decorrentes de fatores associados às causas ambientais, como a questão distributiva, "a ecologia política se estabelece no campo dos conflitos pela reapropriação da natureza e da cultura", onde a natureza e a cultura resistem à homologação de valores e processos (simbólicos, ecológicos, políticos) incorporáveis e a serem absorvidos em termos de valor de mercado.[36]

Assim, necessário é analisar o campo da Ecologia Política, devido ao seu grau elevado de interdisciplinaridade, conforme se propõe a seguir.

---

[30] CLAVERO, Bartolomé. Geografia Jurídica de América Latina. Madri, 2008, p.23

[31] LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.302.

[32] ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello. O que é Justiça Ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p.73.

[33] ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello. O que é Justiça Ambiental. p.77.

[34] MARX, Karl. O capital: Crítica da economia política. Livro Primeiro. V.2, p.822.

[35] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.22.

[36] LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: A reapropriação social da natureza. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 303-304.

4 Ecologia política e a percepção do deslocamento ambiental no contexto latino-americano

A Ecologia Política é o campo de estudo dos conflitos socioambientais, e remete ao estudo dos conflitos ecológicos distributivos. Constitui-se um campo criado por geógrafos, antropólogos e sociólogos ambientais.[37]

Introduzida em 1957 por Bertrand de Jouvenel e, posteriormente, aprofundada em seus contornos teóricos por Eric Wolf[38] a expressão 'ecologia política' é utilizada para demarcar semanticamente um campo de lutas, estudos e práticas em construção.

A atribuição de sentidos não hegemônicos à ecologia política parte necessariamente da superação da ideia de "dominação da natureza", que subjaz ao desenvolvimento científico e tecnológico contemporâneo. A construção de uma perspectiva latino-americana da ecologia política "exige repensar os fundamentos da matriz de racionalidade eurocêntrica".[39]

Na perspectiva pós-colonial a cultura é observada como estratégia de sobrevivência tanto transnacional como tradutória. Tradução no sentido de que as histórias espaciais de deslocamento (acompanhadas das disputas territoriais e tecnologias globais e midiáticas) priorizam como a cultura significa e é significada. Assim, os discursos naturalizados como "unificadores" de povos e nações não podem ter referências imediatas. Tal perspectiva desperta consciência acerca da "construção da cultura e da invenção da tradição".[40]

As identidades dos sujeitos formam-se agora em processos interéticos e internacionais, entre fluxos produzidos pelas tecnologias e as corporações multinacionais. Hoje, imaginamos o que significa ser sujeitos não só a partir da cultura em que nascemos mas também de uma enorme variedade de repertórios simbólicos e modelos de comportamento. [41]

No contexto dos deslocamentos ambientais é imprescindível a discussão sobre o modelo atual de vida, o qual atualmente é definido como insustentável. E essa constatação se deve a inúmeras questões, como ponto de partida, a relação 'homem-natureza' e as interações desta relação.

Na discussão sobre deslocamento ambiental é necessário discutir a 'cena ecológica' (problemática ambiental), a fim de possibilitar a construção de estratégias de prevenção e combate das múltiplas causas que 'forçam' a mobilidade humana, de forma indesejada, abrupta.

Assim, "nasce, portanto, o sentimento de proteção a 'futuras existências'. O sentimento da possível finitude humana produz requestionamentos acerca da humanidade enquanto continuum de seu projeto".[42] Ou melhor, faz-se necessário discutir a interface desenvolvimento e sustentabilidade.

O termo "sustentável" foi primordialmente trabalhado ainda na década de 70, pela comunidade científica, sendo utilizado para designar a possibilidade de um ecossistema não perder sua resiliência. Após esse momento, o termo foi utilizado nos anos 80, para qualificar o termo 'desenvolvimento'.[43]

---

[37] MARTÍNEZ-ALIER. O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007, p. 15.

[38] MARTÍNEZ-ALIER. O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração. p. 110.

[39] PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. A globalização da natureza e a natureza da globalização. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 6.

[40] BHABHA, Homi K. O local da cultura. Tradução de Myriam Ávila; Gláucia Gonçalves e Eliana de Lima Reis. Belo Horizonte: Editora UFGM, 1998, p.238.

[41] CANCLINI, Nestor García. Diferentes, desiguais e desconectados: mapas da interculturalidade. p.201.

[42] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.03.

[43] VEIGA, José Eli da. Sustentabilidade: A legitimação de um novo valor. São Paulo: SENAC, 2010, p.12.

O desenvolvimento sustentável' possui raízes no Relatório Brundtland ou "Nosso Futuro Comum", publicado em 1987 na Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Nesse sentido, verifica-se a existência de dúvidas na administração de ações que envolvam ecologia e meio ambiente, as quais são produzidas por indivíduos, empresas, indústrias, e dos sistemas como Economia, Política e Direito.

Na análise das forças produtivas, uma contradição, uma luta e um conflito passam ao primeiro plano, ou seja, a constante luta do homem contra a natureza.[44]

Cada dia esse sistema (capitalista) contribui para a fome, para os conflitos distributivos, para os constantes desmatamentos, para a seca, para o extermínio de culturas, para a subjugação de povos, para a falta de qualidade de vida, para a extinção de diversas espécies da fauna, para a contaminação do ar, rios, solos, etc..

Os sistemas econômicos e produtivos se desenvolveram há três séculos sem levar em conta a sua incompatibilidade com o sistema ecológico. Hoje nos damos conta de que ecologia e modo industrialista de produção, que implica no saque desertificante da natureza, são, de fato, contraditórios.[45]

O autor Enrique Leff entende que se tem uma tentativa equivocada de reconciliar dois aspectos contraditórios da dialética do desenvolvimento, na percepção do meio ambiente e do crescimento econômico.[46]

Com estes apontamentos explicativos, Leonardo Boff entende que unir sustentabilidade com desenvolvimento configura uma contradição nos próprios termos. Pois, "eles têm lógicas que se autonegam: uma privilegia o individuo, a outra, o coletivo; uma enfatiza a competição, a outra, a cooperação; uma a evolução do mais apto, a outra, a coevolução de todos juntos e inter-relacionados".[47]

Na perspectiva da racionalidade ambiental e da sustentabilidade, é necessário observar a comunicação ecológica, a qual implica em considerar a comunicação relativa às interações de todos os elementos constituintes de um ecossistema.

Nesse contexto, verifica-se a dificuldade metodológica na aplicabilidade do conceito de desenvolvimento sustentável e também na formulação de uma técnica jurídica eficiente, no sentido de incorporar as diversas dimensões da sustentabilidade.

O crescimento econômico, sem o devido respeito ao direito fundamental ao meio ambiente limpo e ecologicamente sadio, provoca danos irreparáveis ou de difícil reparação.[48]

Sobre o conflito que envolve o conceito de 'desenvolvimento' é possível aferir uma duplicidade, onde, de um lado, a perspectiva da razão instrumental como elemento impulsionador do crescimento econômico e da acumulação, fomentando processos exploratórios. De outro lado, as correntes que defendem uma racionalidade calcada na construção histórica e fundamentada em processos de equidade e justiça social.[49]

---

[44] LEFEBVRE, Henri. Marxismo. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011, p.72.

[45] BOFF, Leonardo. Cuidar da Terra, proteger a vida: Como evitar o fim do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2010. p.296.

[46] LEFF, Enrique. Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p.239.

[47] BOFF, Leonardo. Cuidar da Terra, proteger a vida: Como evitar o fim do mundo. p.201-202.

[48] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao futuro. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p.44.

[49] RIBEIRO, Gustavo Lins. Ambientalismo e desenvolvimento sustentado: nova ideologia/utopia do desenvolvimento. In: Revista de Antropologia. São Paulo: USP, n.34 (p.59-101),1991, p.61.

Na atualidade, as correntes de desenvolvimento encaminham-se para a percepção de uma estrutura de desenvolvimento includente como oposição à padronização do crescimento perverso.[50]

No que tange ao conceito de desenvolvimento e a sua relação com o subdesenvolvimento na América Latina, o autor Celso furtado enfatiza que a problemática possui obstáculos de natureza institucional. Este contexto impulsiona os povos latino-americanos a se conhecerem de forma mais sistemática valorizando os delineamentos para a constituição de uma personalidade comum.[51]

Nesse sentido, o autor Eduardo Devés Valdés percebe em sua abordagem 'Pensamento Latino-americano', o pensamento inovador de Celso Furtado o qual apresentou caminhos para a compreensão dos problemas específicos do subdesenvolvimento.[52]

Na análise dos processos de subdesenvolvimento, os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento produzem cada vez mais dívidas, com a reprodução das desigualdades, com normas ambientais enfraquecidas, e estruturas que atuam conforme a racionalidade do comércio internacional.

O sistema de competitividade faz com que as empresas de fora sejam conduzidas a atrair investimentos nos países latino-americanos, com a circulação e fluidez do capital global.

A competição desenfreada dos capitalistas uns com os outros, em torno da busca do maior lucro, acarreta um grave desperdício de recursos.[53] A batalha da concorrência é conduzida por meio da redução dos preços das mercadorias, e os capitais grandes esmagam os pequenos.[54]

A crise ecológica implica dois desequilíbrios básicos no nível social: o excesso de consumo dos ricos e a carência dos pobres. Conforme Leonardo Boff, "ela significa a crise global do sistema de vida, desde a destruição das florestas, a proliferação das neuroses urbanas, até o cinismo contemporâneo face ao drama de milhões de famintos".[55]

A lógica da crise é que existe a velocidade de construir e destruir relações para a alimentação do sistema, onde o mercado nunca é harmônico nas suas relações, ele sempre necessita alargar seus horizontes para conseguir atingir o estado cíclico do sistema (permanecendo a crise).

Conforme explica Tybusch, na economia de mercado o investimento em produtos com alto valor agregado conduz à inovação tecnológica e o aumento da especialização técnica dos trabalhadores.[56] E, em contrapartida, "a produção primária com baixo investimento em mão de obra, legislação ambiental 'fraca' e esgotamento dos recursos naturais conduz, fatalmente, à estagnação econômica".[57]

Muitas vezes, destaca-se que na situação de miserabilidade, quando não se tem as necessidades básicas garantidas, é reduzida (ou inexistente) a capacidade do indivíduo em utilizar os recursos de maneira sustentável, e de se preocupar com outras questões ambientais.

O desenvolvimento includente demanda, principalmente, participação e democracia, a fim de possibilitar a construção (consolidação e eficácia) de garantias para o exercício dos direitos civis, políticos, etc.. Também é necessário perceber os efeitos de uma problemática 'socioambiental'.

---

[50] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.6.

[51] FURTADO, Celso. A economia latino-americana: formação histórica e problemas contemporâneos. 4.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p.25.

[52] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.8.

[53] KONDER, Leandro. O que é dialética. São Paulo: Brasiliense,1985, p.33.

[54] MARX, Karl. O capital: Crítica da economia política. Livro Primeiro. V.2, p.727.

[55] BOFF, Leonardo. Cuidar da Terra, proteger a vida: Como evitar o fim do mundo. p.116.

[56] Tybusch 2013, p.9,

[57] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.8.

O desenvolvimento na perspectiva de Sachs[58], não pode ser visto em separado do crescimento econômico, e, por si só, este não garante aquele. Em outras palavras, o mau desenvolvimento pode ser evidenciado onde é possível verificar somente o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) dos países em desenvolvimento, percebendo-se o aumento do desemprego, pobreza e desigualdades sociais.

Percebe-se que existe uma configuração idealizada para o conceito de desenvolvimento. Na realidade, as estratégias de apropriação dos recursos naturais dos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, na perspectiva da globalização econômica, legitimam seus discursos na retórica do desenvolvimento sustentável.

> A ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como: boa saúde, educação básica e, incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.59

Principalmente nos países em desenvolvimento, como nos subdesenvolvidos, as lutas também consistem na busca pelo desenvolvimento includente e desenvolvimento como liberdade.

> A ideologia do desenvolvimento sustentável desencadeia, assim, um delírio e uma inércia incontrolável de crescimento. O discurso da sustentabilidade aparece como um simulacro que nega os limites do crescimento, para afirmar a corrida desenfreada até a morte entrópica do planeta. O neoliberalismo ambiental planeja acima de toda lei de conservação e reprodução social para dar curso a processos que ultrapassam toda a norma, referencial e sentido para controlá-los. Se as estratégias do ecodesenvolvimento surgiram como resposta à crise ambiental, a retórica da sustentabilidade opera como uma estratégia fatal, uma inércia cega, uma precipitação para a catástrofe (LEFF, 2009, p.236).

Existe dificuldade em superar as contradições fundamentais do sistema capitalista, principalmente no que diz respeito à tendência em apropriar-se de forma degenerativa dos recursos naturais e do meio ambiente. A ‘questão ambiental’ é reduzida à sistemática econômica, a valores de mercado traduzidos nas codificações do capital.

O objetivo de abrangência intergeracional, o alcance da justiça e equidade sociais, bem como a proteção ecológica propriamente dita, ficam prejudicados em face dos interesses do sistema econômico (TYBUSCH, 2013, p.13).

O pensamento economicista dominante no mundo capitalista global, a questão ambiental soluciona-se através do estabelecimento de valores monetários aos bens e serviços ambientais.[60]

O desenvolvimento sustentável inserido nas condições do modo de produção capitalista representa um equívoco. As causas reais da pobreza e da degradação resultam exatamente do tipo de desenvolvimento praticado. Esse modelo é o que produz a degradação, pois, dilapida a natureza

---

[58] SACHS, Ignacy. Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p.71.

[59] SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.19.

[60] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.13.

em seus recursos (consome em excesso) e explora a força de trabalho ao pagar baixos salários, gerando pobreza e exclusão social.[61]

É necessário pensar a questão ambiental para além da perspectiva do desenvolvimento tradicional. É preciso compreender um caráter multidimensional do desenvolvimento, bem como da sustentabilidade. "Todo o processo sustentável tem como fundamento o território como elemento no qual se cristalizam as bases ecológicas e as identidades culturais".[62]

Por uma perspectiva de se pensar a sustentabilidade de forma ampla, e interligada a outros fatores, que o autor Juarez Freitas defende que existe uma natureza pluridimensional: social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental.[63]

Ao introduzir as diversas dimensões da sustentabilidade, o autor Juarez Freitas (2012) propõe preencher algumas lacunas encontradas em torno do conceito, uma vez que na acepção generalizada permitem-se inúmeros desvirtuamentos e considerações, que sempre pendem para o viés econômico, ignorando outros aspectos inerentes à sustentabilidade.

A sustentabilidade implica num aspecto *multidimensional*. As suas dimensões (econômica, social, ambiental, ética, jurídico-política) se entrelaçam e se pressupõe que elas devam "ser tratadas em sincronia, com transparência, e o atraso de uma dimensão acarreta forçosamente o atraso das demais".[64]

A sustentabilidade pensada em suas diversas dimensões torna-se princípio norteador de todas as relações. Trabalhar a sustentabilidade com um viés multidimensional auxilia na superação de sua vinculação restrita aos aspectos essencialmente econômicos de crescimento, e contribui para a superação dos efeitos negativos em cadeia do modelo de desenvolvimento (crescimento perverso).

O cenário que engloba a percepção de crise ambiental, onde é possível verificar suas mazelas ao longo da história, coloca a humanidade diante do desafio de abdicar a ideologia do progresso vinculado ao atual modelo de desenvolvimento, instaurado a partir da sociedade capitalista moderna.

Busca-se construir uma nova racionalidade ambiental na sociedade. Para tanto, o caráter pluridimensional da sustentabilidade representa uma possibilidade no enfrentamento da crise socioambiental.

4.1 Ecologia política e o contexto dos deslocados ambientais latino-americano

Os desafios do desenvolvimento sustentável implicam na necessidade de formar cidadãos capacitados, com saberes, técnicas, proporcionando a participação nos processos de produção, construindo uma racionalidade ambiental. Assim, urge a necessidade de alteração de conduta por parte da sociedade, colocando o problema como uma questão que se afigura também como sendo 'ética e cultural'.

Com isso, essa estratégia induz nas culturas locais um pensamento global que nada mais que o discurso economicista do crescimento sustentável, quando o desafio da sustentabilidade "é pensar

[61] BOFF, Leonardo. Cuidar da Terra, proteger a vida: Como evitar o fim do mundo. p.202.
[62] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.15.
[63] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao futuro. p.55.
[64] FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao futuro. p.310.

as singularidades locais e construir uma racionalidade capaz de integrar diferenças, assumindo sua incomensurabilidade, sua relatividade e sua incerteza".[65]

Ocorre que o sistema econômico se apropria do conceito 'desenvolvimento sustentável', apenas reduzindo a questão ambiental à perspectiva do meio ambiente material. Por consequência, desconsidera as identidades culturais, as singularidades "e a autonomia diante da obrigatoriedade imposta por uma globalização dominadora".[66]

> No Sul, a reprodução dos padrões de consumo do Norte em benefício de uma pequena minoria resultou em uma apartação social. Na perspectiva de democratização do desenvolvimento, o paradigma necessita ser completamente mudado. Por princípio, o Sul poderia ter evitado alguns dos problemas que estamos atravessando no Norte se tivesse pulado etapas em direção à economia de recursos, orientada para os serviços e menos intensamente materializados, em prol do meio ambiente e da elevação do padrão de pobreza. No entanto, é improvável que isso aconteça sem sinais claros de mudanças no Norte em relação ao efeito demonstrativo dos seus padrões de consumo sobre a população do Sul, maximizados pelos processos de globalização em âmbito cultural.67

As epistemologias do Sul são o conjunto de intervenções epistemológicas que denunciam essa supressão, valorizam os saberes que resistiram com êxito e investigam as condições de um diálogo horizontal entre conhecimentos.[68]

Tal concepção permite a construção de diálogos e processos democráticos conscientes acerca da questão ambiental. Na realidade, diálogo de saberes em construção, o que leva a questionar a rivalização de formas distintas de conhecimento, entre o conhecimento científico submetido aos interesses hegemônicos da globalização e os saberes culturais das populações tradicionais latino-americanas.[69]

> Em termos geopolíticos, trata-se de sociedades periféricas do sistema mundial moderno onde a crença na ciência moderna é mais ténue, onde é mais visível a vinculação da ciência moderna aos desígnios da dominação colonial e imperial. E onde outros conhecimentos não científicos e não-ocidentais prevalecem nas práticas quotidianas das populações.70

A formação de um pensamento que supere o imenso abismo entre norte e sul deve ultrapassar a produção de ausências em nossa racionalidade ocidental dominante. Para o autor Boaventura de Sousa Santos essas ausências constituem-se em monoculturas (como culturas únicas e absolutas).[71]

Outro fator que, igualmente, impulsiona a observação da ecologia de saberes é a proliferação de alternativas/possibilidades que formam a globalização contra-hegemônica.

A ideia de 'justiça ambiental' é compreendida como a condição de existência social configurada através do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas,

---

[65] LEFF, Enrique. Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental. p.275.
[66] LEFF, Enrique. Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental. p. 276.
[67] SACHS, Ignacy. Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável. p. 58.
[68] SANTOS; MENESES; 2009a, p. 13.
[69] TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. p.19.
[70] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes, 2009, p. 47.
[71] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. p.29.

independentemente de sua raça, cor ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e aplicação de políticas, leis e regulações ambientais.[72]

> Neste contexto, vem se configurando um discurso reinvindicativo sobre a ideia de dívida ecológica, como um imaginário e um conceito estratégico dentro dos movimentos de resistência à globalização do mercado e seus instrumentos de coerção financeira, questionando a legitimidade da dívida econômica dos países pobres, boa parte deles na América Latina. A dívida ecológica põe a descoberto a parte mais perversa, e até agora oculta, do intercâmbio desigual entre países ricos e pobres, quer dizer, a destruição da base de recursos naturais dos países 'subdesenvolvidos' cujo estado de pobreza não é consubstancial à uma essência cultural ou à sua limitação de recursos, mas resulta de sua inserção em uma racionalidade econômica global que superexplorou sua natureza, degradou seu ambiente e empobreceu seus povos.73

No ciclo de exploração e dependência, no âmbito latino-americano, verificam-se toda uma série de desigualdades e, por consequência, de discriminações raciais, de gênero ou classe social.[74]

Importante também é analisar os direitos da sociobiodiversidade e os deslocados ambientais. No tocante aos direitos da sociobiodiversidade. Conforme Luis Ernani Bonesso de Araújo[75] remete à relação entre o ser humano e natureza, na qual práticas sociais de produção ou de vivencia comunitária revelam modelos próprios e específicos no trato com a biodiversidade, ou seja, comunidades cuja cultura é fruto da convivência harmônica e sustentável com o seu entorno ambiental.

Nesse contexto, as políticas públicas são imprescindíveis para a relação entre o meio ambiente e o consumo consciente. É importante que as políticas mundiais deem mais atenção ao estado degradado da Terra e façam políticas globais de regeneração e de salvamento, para não chegarmos tarde demais.[76]

A cidadania, enquanto ação participativa onde há interesse público ou interesse social, conforme o autor Paulo Affonso Leme Machado implica: "Ser cidadão é sair de sua vida meramente privada e interessar-se pela sociedade de que faz parte e ter direitos e deveres para nela influenciar e decidir".[77]

A problemática ambiental afeta as condições de sustentabilidade do Planeta, de modo que é necessário internalizar as bases ecológicas e os princípios jurídicos e sociais para a gestão adequada e democrática dos recursos naturais, bem como a cidadania e a comunhão de saberes

A gestão ambiental participativa propõe, além da oportunidade de reverter os custos ecológicos e sociais da crise econômica e ecológica, a possibilidade de integrar a população marginalizada num processo de produção para satisfazer suas necessidades fundamentais, aproveitando o potencial ecológico de seus recursos ambientais e respeitando suas identidades coletivas.

Assim sendo, o autor Enrique Leff elenca princípios como condições de uma gestão democrática do desenvolvimento sustentável, tais como: a equidade social, a diversidade cultural, o

---

[72] ACSELRAD; MELLO. O que é Justiça Ambiental. p. 16.
[73] LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. p. 303.
[74] SACHS, Ignacy. Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável. p.38-39.
[75] ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. O direito da sociobiodiversidade. p.279.
[76] BOFF, Leonardo. Cuidar da Terra, proteger a vida: Como evitar o fim do mundo. p.206.
[77] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 18.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.139.

equilíbrio regional, a autonomia e capacidade de autogestão das comunidades e a pluralidade de tipos de desenvolvimento.[78]

Quanto às políticas para a sustentabilidade no ambiente urbano, por exemplo, faz-se necessário, inclusive, observar a gestão ambiental da cidade, a qual necessita da conjugação da democracia, cidadania e participação, como princípios norteadores para uma gerência administrativa direcionada às questões socioambientais do espaço urbano.

Temos de desenvolver urgentemente a capacidade de somar, de interagir, de religar, de repensar, de refazer o que foi desfeito e de inovar. Assim, "da articulação de todos esses cacos de saber redesenharemos o painel global da realidade a ser compreendida, amada e cuidada". Essa totalidade é o conteúdo principal da consciência planetária, essa, sim, a era da luz maior que nos liberta da cegueira que nos aflige.

5 Considerações finais

De forma breve, acerca dos deslocamentos ambientais é possível fazer alguns apontamentos sobre os principais desafios, como a necessidade de analisar a governança dos Estados (nos âmbitos nacional, regional e internacional); a produção discursiva referente à racionalidade econômica e sustentabilidade; o enfrentamento da questão jurídica no que tange ao reconhecimento da nova 'categoria de deslocados ambientais'; os procedimentos de proteção aos deslocados como políticas públicas no âmbito interno dos Estados; etc.

Também é importante a perspectiva da Ecologia Política, a qual também remete à perspectiva da justiça ambiental, no sentido de promover o desenvolvimento justo e includente, com a superação dos impactos ambientais e da repartição desigual dos custos e riscos ecológicos, resultantes dos empreendimentos dos programas desenvolvimentistas, industriais ou comerciais.

A ecologia política produz a ressignificação das interações humanas com o meio ambiente, no próprio cenário paradigmático da economia capitalista. Assim, importante serão a construção de diálogos e de processos democráticos conscientes na direção de um senso comum, por meio da formação de percepção (e ideias) que supere (m) o abismo fomentado pela globalização hegemônica, sendo capaz de ultrapassar a produção de ausências nessa racionalidade ocidental dominante.

O autor José Saramago fez da 'cegueira' tema para críticas severas à sociedade atual, assentada sobre uma visão reducionista da realidade. Também nesse sentido, a maioria dos especialistas, chefes de Estado, etc., se encontram enclausurados em seus saberes específicos, nos quais são competentes, mas que, por isso mesmo, se fazem cegos para os gritantes problemas globais.

Conforme Enrique Leff , "a globalização econômica e o discurso dominante da sustentabilidade, em sua esquizofrenia discursiva e sua cegueira institucionalizada, desvalorizam estes esforços por construir um saber que integra conhecimentos e valores".[79]

Com isso, o conhecimento, como uma forma de relação com o mundo, foi cooptado pelo interesse prático. E o saber ficou reduzido ao propósito de resolver os problemas ambientais por meio de instrumentos tecnológicos e econômicos.[80]

---

[78] LEFF, Enrique. Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.63.

[79] LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. p.187.

Com as transformações e novas categorias, a questão agora não é mais de desenvolvimento, mas de política e de uma nova moralidade: buscar caminhos e valores que vão criando alternativas mais benfazejas para a Terra e para a humanidade, quer dizer, que se tornem mais sustentáveis.

O desafio, entretanto, é conseguir uma sociedade sustentável. Uma sociedade é considerada sustentável quando consegue atender às suas necessidades, mantendo o capital natural, com a sua capacidade de reposição, garantindo condições para que as gerações futuras possam também atender a suas demandas.

É importante, portanto, buscar a percepção do lugar híbrido atribuído aos valores culturais onde a "metáfora da "linguagem" traz à tona a questão da diferença e incomensurabilidade culturais".[81]Tal compreensão possibilita o (re)questionar das noções etnocêntricas e consensuais da existência pluralista da diversidade cultural.

Provavelmente os deslocamentos ambientais serão os maiores desafios impostos à humanidade. Portanto, os deslocamentos ambientais, sejam por questões naturais (desastres naturais) ou por questões associadas à degradação do meio ambiente representam uma problemática inserida na 'cena ecológica' que está intimamente relacionada ao modo de se relacionar com a natureza. E esta constatação vai desde a formação dos Estados Latino-Americanos, até a composição dos sistemas - Econômico, Político, Social, Cultural que se interpenetram retratando no contexto da atualidade.

Ao sistema do Direito é permitido estar aberto a essa perspectiva, por meio de uma análise reflexiva frente à percepção meramente 'cartesiana' e das lacunas da técnica-jurídica atual (e tradicional). Busca-se, portanto, a construção de propostas diferenciadas na percepção do fenômeno dos deslocamentos ambientais, face ao cenário complexo e contingente da problemática.

Referências

ACSELRAD, Henri (Org.). *Conflitos ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Relumé Dumará; Fund. Heinrich Boll, 2004 *a*.

_____; MELLO, Cecília Campello do A.; BESERRA, Gustavo das Neves. *O que é Justiça Ambiental.* Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

AYALA, Patrick de Araújo. *Deveres de proteção e o direito fundamental a ser protegido em face de riscos de alimentos transgênicos.* Tese de Doutorado, Florianópolis, UFSC, 2009.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Direitos da sociobiodiversidade e sustentabilidade. In. *Direitos Humanos, Relações Internacionais e Meio Ambiente.* Daniel Cenci e Gilmar Bedin (Orgs.). Curitiba, PR: Multideia, 2013.

_____. O direito da sociobiodiversidade. In. *Direitos emergentes na sociedade global:* anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Organizador Jerônimo Tybusch. [et al.]. Ijuí, RS: Unijuí, 2013.

[80] LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. p.187.
[81] BHABHA, Homi K. O local da cultura. p. 247.

BARLOW, Maude. *Água, Pacto Azul:* a crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. São Paulo: M.Books do Brasil LTDA, 2009.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva.* São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BHABHA, Homi K. *O local da cultura.* Tradução de Myriam Ávila; Gláucia Gonçalves e Eliana de Lima Reis. Belo Horizonte: Editora UFGM, 1998.

BOFF, Leonardo. *Cuidar da Terra, proteger a vida:* Como evitar o fim do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2010.

BRASIL. Alto Comissariado das Nações Unidas para os refugiados (ACNUR). *Estatuto dos Refugiados.* Disponível em: <http://www.acnur.org.br/> Acesso: 2 abril. 2017.

_____. *A ONU e os refugiados.* Disponível em: <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-refugiados/> Acesso: 25 jun.2014.

BREITWISSER, Liliane Graciele. Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional. *Revista de Direito Ambiental* (p.142-166). Ano 14, n.56, out-dez./2009.

BRUZZONE, Elsa. *Las guerras del agua.* América del Sur, en la mira de las grandes potencias. 1.ed. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2009.

CANCLINI, Nestor García. *Diferentes, desiguais e desconectados:* mapas da interculturalidade. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

_____. *Consumidores e Cidadãos*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. *Geografia Jurídica de América Latina*. Madri, 2008.

DALMOLIN, Ricardo Simão Diniz; AZEVEDO Antônio Carlos de; PEDRON, Fabrício de Araújo [Orgs.]. *Solos e Ambiente:* Uma introdução. 2.ed., Emater-RS, 2006.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade:* Direito ao futuro. 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

FURTADO, Celso. *A economia latino-americana: formação histórica e problemas contemporâneos.* 4.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GIDDENS, Anthony. *A Terceira Via:* Reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social democracia. Rio de Janeiro: Record, 1991.

_____. *As consequências da modernidade.* São Paulo: Editora UNESP, 2008.

GRASSI, L. A. T. Direito a água. *Associação Brasileira de Engenharia Sanitária e Ambiental*, Porto Alegre, nº 21, mar. 2004. Disponível em:< http://www.abes-rs.org.br/rechid/direito-a-agua.htm>. Acesso: 2 abril. 2017.

KONDER, Leandro. *Marxismo e alienação:* Contribuição para um estudo do conceito marxista de alienação. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

_____. *O que é dialética.* São Paulo: Brasiliense, 1985.

LANG, Adriana Maria; LINK, Dionísio. Percepção ecossistema vivenciado pelos alunos do 6º ano da EMEF de Panambi/RS. In. *Revista de Monografias Ambientais* (REMOA). v.4, n.4, (p. 582-595), UFSM, 2011.

LEÃO, Renato Ribeiro, *O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil:* Decisões comentadas do CONARE. 2007. Disponível em < http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5780.pdf?view=1>. Acesso em: 2 abril. 2017.

LEFEBVRE, Henri. *Marxismo.* Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2011.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental:* a reapropriação social da natureza. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

_____ *Saber ambiental:* sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Trad. Lúcia Mathilde Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001, p.63.

_____. *Ecologia, capital e cultura:* a territorialização da racionalidade ambiental. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LITLLE, Paul E. *Ecologia Política como Etnografia:* um guia teórico e metodológico. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, ano 12, n. 25, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro.* 18.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARCHEZINI, Victor. Dos desastres da natureza à natureza dos desastres. (p.48-58). In. VALENCIO, Norma; SIENA, Mariana; MARCHEZINI, Victor. GONÇALVES, Juliano [Orgs.]. *Sociologia dos desastres:* Construção, interfaces e perspectivas no Brasil. São Carlos: RIMA, 2009.

MARTÍNEZ-ALIER, Joan. *Introducción a la economía ecológica*. Cuadernos de Medio Ambiente. Rubens: Barcelona, 1999.

_____. O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

MARX, Karl. *O Capital:* crítica da economia política. Livro Primeiro – O processo de produção de capital. v.1. 28.ed. Tradução de Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011*a*.

_____. *O capital:* Crítica da economia política. Livro Primeiro – O processo de circulação do capital. v.2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996*b*.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente.* 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-pátria.* Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: Sulina, 2003.

_____. *Ciência com consciência.* Tradução de Maria Alice Sampaio Dória. 5 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001 *a*.

MOSCOVICI, Serge. *Natureza para pensar a ecologia.* Tradução de Marie Louise de Beissac e Regina Mathieu. Rio de Janeiro: Instituto Gaia, 2007.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A globalização da natureza e a natureza da globalização.* 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais:* em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2011. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/pea/article/view/55946>. Acesso: 2 abril. 2017.

RIBEIRO, Gustavo Lins. Ambientalismo e desenvolvimento sustentado: nova ideologia/utopia do desenvolvimento. *In: Revista de Antropologia.* São Paulo: USP, n.34 (p.59-101),1991.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável.* 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008,

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: ____; MENESES, Maria Paula (Orgs.) *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Milton. *Por uma geografia nova:* da crítica da geografia a uma geografia crítica. 6.ed..São Paulo: EDUSP, 2008.

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

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. A sustentabilidade multidimensional como ação reflexiva para uma ecologia política pós-colonial. In. *América Latina e Caribe na encruzilhada ambiental:* dimensões política, jurídica e estratégica. Org. Fernando Estenssoro, (et.al.). Ijuí, RS: Unijuí, 2011.

_____. Ecologia Política, sustentabilidade e Direito. In. *Direitos emergentes na sociedade global:* anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM. Organizador Jerônimo Tybusch. [et al.]. Ijuí, RS: Unijuí, 2013.

VEIGA, José Eli da. *A emergência Socioambiental*. São Paulo: SENAC, 2007.

_____. *Sustentabilidade:* A legitimação de um novo valor. São Paulo: SENAC, 2010.

TRÁFICO HUMANO COM PROPÓSITO DE RECRUTAMENTO PARA TRABALHOS FORÇADOS: DESIGUALDADES, DESLOCAMENTOS E VIOLAÇÕES

Bruna Pereira,
Advogada,
Bacharela pelo Centro Universitário Ritter dos Reis

Cibele Cheron,
Doutora em Ciência Política,
Mestra em Ciências Sociais e Bacharela em Direito.
Membro do Núcleo Interdisciplinar de Estudos sobre Mulher e Gênero (NIEM) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, E-mail: iccibele@gmail.com

Resumo:

Este trabalho relaciona laicidade estatal, proteção de direitos humanos e expressão da identidade de gênero pelo uso do nome social. Examinamos a justificação do Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo (PDC) n°. 395 de 2016 e de discursos de parlamentares proponentes utilizando a Análise de Discurso Crítica. da justificação do PDC nº 395/2016 e de discursos de parlamentares proponentes, tendo em vista os pressupostos da Gramática Sistêmico-Funcional e o sistema da transitividade. Em seguida, dispõe sobre os aspectos teóricos e metodológicos que compõem a análise dos discursos escolhidos. Por fim, realiza a análise discursiva, levando em conta o contexto dos discursos e as escolhas gramaticais dos emissores. O referencial teórico leva em consideração as relações de poder e dominância inseridas nos contextos, as ideologias neles incutidas e o exercício do poder simbólico no campo jurídico-legal. Abordamos aspectos teóricos e metodológicos para, a seguir, empreendermos a análise, levando em conta o contexto dos discursos e as escolhas gramaticais dos emissores. O referencial teórico leva em consideração as relações de poder e dominância inseridas nos contextos, as ideologias neles incutidas e o exercício do poder simbólico no campo jurídico-legal. Afirmamos, a partir do estudo desenvolvido, que os argumentos de justificação do Projeto, embora técnicos, evidenciam-se retrógrados. Destacamos o fundamentalismo religioso e a retórica reacionária baseada na disseminação de pânico moral e hate speech, bem como o processo de politização reativa no qual se evidencia a heteronormatividade, considerando que a análise de qualquer discurso se presta a estudar não apenas a língua ou a linguagem, mas o que age por meio dela.

Palavras-chave: Nome social. Identidade de gênero. Direitos Humanos. Análise de discurso. PDC n. 395 de 2016.

1 Introdução

Neste trabalho relacionamos laicidade estatal, proteção de direitos humanos e expressão da identidade de gênero pelo uso do nome social. Em 29 de abril de 2016 foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto nº 8.727/2016, que versa sobre "o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da

administração pública federal direta, autárquica e fundacional", o que representa uma conquista da população LGBTI[82]. No que concerne a travestis e transexuais, o reconhecimento da identidade de gênero e o uso do nome social cimenta a efetivação de um direito.

Não obstante, em oposição foi proposto o Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo (PDC) nº 395 de 2016, com o fim de sustar os efeitos daquele. E, embora os argumentos dos proponentes redundem na extrapolação de competência da ex-Presidenta Dilma Rousseff, verificou-se que esses deputados são membros da Frente Parlamentar Evangélica (FPE), bancada que, segundo o próprio Estatuto, tem por finalidade influir no processo legislativo conforme seus próprios objetivos combinados aos propósitos de Deus, e conforme Sua Palavra. Uma vez que esta bancada é notória pelos discursos de cunho religioso e considerando a identificação desses deputados com a defesa da moral cristã, é possível verificar a influência da religião sobre a agenda política.

2 Desenvolvimento do trabalho

Examinamos a justificação PDC n°. 395 de 2016 e de discursos de parlamentares proponentes utilizando a Análise de Discurso Crítica. Abordamos aspectos teóricos e metodológicos para, a seguir, empreendermos a análise, levando em conta o contexto dos discursos e as escolhas gramaticais dos emissores. O referencial teórico leva em consideração as relações de poder e dominância inseridas nos contextos, as ideologias neles incutidas e o exercício do poder simbólico no campo jurídico-legal (FOUCAULT, 1999).

Ademais, sendo identificado o viés religioso na gênese do PDC nº 395/2016, haveria a ruptura do Estado com o princípio da laicidade estatal, o que se concretizaria numa violação de direitos, tanto no que tange a travestis e transexuais e o direito à identidade de gênero e ao uso do nome social, quanto no que concerne à separação entre Estado e igreja. Portanto, caracterizada a imprescindibilidade do estudo da laicidade, como forma de evidenciar a ameaça a direitos humanos pelo legislador em decorrência da religião e o conservadorismo em discursos parlamentares (CATROGA, 2006; GALDINO, 2006; MARIANO, 2011).

O Decreto Nº 8.727/2016 foi publicado no dia 29 de abril de 2016 e ficou conhecido como "Decreto do Nome Social" por versar sobre "o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional". Inobstante o marco que representa para o ativismo LGBT, considerando o reconhecimento da identidade de gênero e a expressa permissão do uso do nome social por travestis e transexuais, foi prontamente contestado. Daí surge o Projeto de Decreto Legislativo de Sustação de Atos Normativos do Poder Executivo (PDC) Nº 395 de 2016, cujo objetivo é sustar os efeitos daquele. Embora apresente conteúdo técnico, o projeto foi proposto por 27 parlamentares, dos quais 25 são membros da Frente Parlamentar Evangélica (FPE), o que permite questionar as razões por trás da sua propositura, uma vez que a Bancada Cristã é notória por seus membros conservadores e pelos discursos fundamentalistas.

Considerando a possibilidade de ingerência religiosa sobre o Estado pelo processo legiferante, o princípio da laicidade estatal assume o importante papel de proteger o âmbito público

[82] Para os fins deste trabalho optou-se pelo termo LGBTI – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexos – que é utilizado por Maria Berenice Dias (2014, p. 7-8) para incluir as pessoas intersexo no âmbito de proteção das sexualidades.

da influência de cunho religioso (NOVELINO, 2014). A religião, que é um fenômeno de projeção política, não se manifesta apenas subjetivamente, mas também coletivamente (MIRANDA, 2013, p. 42), o que muitas vezes impede o exercício de direitos por determinadas pessoas, tão somente por destoarem dos preceitos difundidos pela religião hegemônica numa sociedade. O obste ao uso do nome social, tanto pela propositura do PDC Nº 395/2016 quanto pela ausência de legislação específica, evidencia a dificuldade de aceitação da diversidade sexual pela sociedade brasileira, muito em razão da influência religiosa na seara político-estatal.

Sabe-se que partidos vinculados às instituições religiosas, muitas vezes financiados por elas, principalmente pentecostais e neopentecostais, têm muita força no Congresso Nacional, inclusive mais que aqueles ligados às causas humanitárias e aos direitos humanos (CANABARRO, 2013, p.5). Este fato pode explicar por que a legislação pátria ainda não se adequou à realidade das pessoas transgêneros (travestis e transexuais), no intuito de propiciar-lhes a vivência cotidiana de acordo com sua identidade de gênero.

No Brasil, ainda, não basta que travestis e transexuais se identifiquem com gênero diverso para adotar um nome compatível com sua identidade. Na verdade, é preciso recorrer ao Poder Judiciário para retificação do registro civil e alteração de nome, pois o ordenamento adota a inalterabilidade do nome como regra, salvo por determinação legal ou judicial, em casos que se reconheça situação excepcional. Ainda que a jurisprudência se torne, aos poucos, favorável, travestis e transexuais dependem da subjetividade do entendimento do julgador, que muitas vezes exige laudo psiquiátrico atestando uma suposta patologia (disfunção de gênero) para dar procedência à ação.

Os discursos religiosos conservadores no Brasil têm em comum o fundamentalismo religioso cristão. A atenção dos fundamentalistas volta-se para as mudanças sociais da era moderna, principalmente no que tange às novas modalidades de família e, também, no que diz respeito aos avanços dos movimentos feminista e LGBT. Em suma, o movimento fundamentalista pretende relegar ao plano privado o que se tornou público pelo ativismo das mulheres e de quem não corresponde ao padrão heteronormativo. É nesta base fundamentalista em que se sustenta a atuação da FPE, cujo número de membros chega a 203, entre deputados e senadores. O principal foco dos integrantes da FPE é a proteção do modelo tradicional de família, sob os parâmetros cristãos, procurando combater uma suposta "ideologia de gênero" (BIROLI, 2016, p. 13).

Partimos do pressuposto de que o discurso contribui para a construção da identidade social dos sujeitos, para a construção das relações sociais e "para a construção de sistemas de conhecimento e crença", concorrendo tanto para reproduzir o que há na estrutura sociedade quanto para transformá-la. Ante esse pano de fundo, sustentamos que conceitos de prática discursiva política e ideológica se relacionam, uma vez que a ideologia abrange significados traduzidos de relações de poder (FAIRCLOUGH, 2001, p. 91-95).

Aduzindo o caso em estudo, observamos que o agravamento das disputas entre correntes de opinião, representadas politicamente pelos ideais neoliberais, de um lado, e desenvolvimentistas, de outro, vem favorecendo políticos tradicionais que se afirmam conservadores. Considerando que o conservadorismo se identifica com ideias e atitudes que tem por objetivo a manutenção de um sistema político, opondo-se às inovações (SILVA, 2010), o discurso desses atores aparece no cenário político carregado de preconceitos no afã de obstar o avanço de mudanças e a consolidação de direitos aos chamados grupos minoritários (KAYSEL, 2015).

Neste contexto estão inseridos os deputados autores do PDC nº 395/2016, cuja justificação é objeto de análise no presente estudo, membros de bancadas conservadoras da Câmara dos Deputados, formadas no pleito eleitoral de 2014. Naquele ano parlamentares de agenda

conservadora foram eleitos articulando a defesa da família e da moralidade em contextos de defesa das liberdades de consciência e expressão (MACHADO e BURITY, 2014) Todavia, também pregando discursos contrários a afirmação dos direitos LGBTI, entre outras pautas que podem ser descritas como retrógradas. (HIRSCHMAN, 1992; COUTINHO, 2014).

É importante ressaltar que a construção de um discurso não se dá a esmo. São racionalizados os termos pelo interlocutor, escolhidos dentre tantos para causar um determinado efeito. Para Michel Foucault (1999, p. 8-10; 39), o discurso é produzido simultaneamente a procedimentos de controle, seleção, organização e redistribuição que definem os elementos discursivos. Dentre eles, o procedimento ou sistema da restrição se destaca, pois anuncia um ritual, como batizou o autor. O ritual define quem discursa, suas qualidades, comportamentos, gestos e as próprias circunstâncias do discurso, auxiliando na definição dos efeitos a serem alcançados. Discursos políticos, por exemplo, normalmente se produzem assim.

A Gramática Sistêmico-Funcional (GSF) ajuda a compreender melhor este processo de escolhas. Para a GSF, textos são quaisquer manifestações linguísticas, em qualquer ambiente para alguém que conheça a linguagem e, portanto, possa entendê-la. A análise, porém, não se restringe aos elementos gramaticais, ela está atrelada ao contexto, também, sendo que há uma dependência entre eles. Esta teoria entende que a linguagem está imersa num sistema de escolhas pelo qual os indivíduos representam papéis sociais, sendo que a linguagem pode exercer diferentes funções, das quais mais se destaca a função semântico-ideacional. Esta função, ou meta-função da linguagem, se refere a representação de uma experiência, tratando da transitividade das orações, ou seja, de um sistema próprio de interpretação e representação do mundo conforme a vivência do indivíduo. Para o sistema da transitividade, que está atrelado à GSF, quem emite um texto, um discurso, através das suas escolhas no processo de emissão representa a sua experiência de mundo, incutindo significados ideacionais nas orações. Em outras palavras, quando nos comunicamos estamos representando, mostrando aos outros como vemos o mundo e a análise do que é dito pode evidenciar qual posicionamento político-social manifestamos.

Assim, retomando a fala do deputado Pastor Eurico, pode-se inferir que o discurso feito por ele demonstra sua ideia e representação de mundo, mas não só isso, evidencia, pelas suas escolhas, que considera a consciência sobre a diversidade sexual um risco. As escolhas por termos como diabólico e satânico evidenciam uso da antiga díade, ou embate, entre Deus e Diabo. Ademais, há conotações de pânico moral, considerando a resistência a um novo método de ensino sobre sexualidade nas escolas, além da clara incidência da tese da ameaça de Hirschman, tomando-se em conta o uso de mitos: independentemente da opinião do deputado sobre a "ideologia de gênero", não há como "transformar" uma pessoa em homossexual.

Inventariando estes processos, conforme suas características, é possível criar um instrumento de análise, em que a fala do emissor é disposta conforme cada processo, ao fim de entender-se qual sua intenção em discursar e o que procura representar, evidenciar enquanto o faz. Dispostos em forma de tabela, a seguir, os processos são materiais, que representam ações ou eventos; mentais, que representam sentimentos ou emoções; e os relacionais, que identificam e caracterizam participantes; os processos que figuram entre eles são comportamentais, que representam comportamentos; verbais, que representam ações de dizer e pronunciar; e existenciais, que representam a existência de algo

Tipos de Processos	**Exemplos**	**Excertos do discurso**

Material	O uso do nome social é feito por travestis e transexuais.	“Em outras palavras, a Resolução nº 12 abre uma brecha para que o uso de toaletes seja livre, independentemente do sexo do usuário.”.
Comportamental	Congressistas estão impondo obstáculos ao uso do nome social.	“Essas resoluções influenciam as nossas crianças de tal maneira que colocarão dúvidas gigantes nelas, pois desde cedo aprenderam que os meninos usam um banheiro e as meninas outro. E agora o que vão pensar? [...] O efeito psicológico será terrível!”.
Mental	Parlamentares membros da FPE não aprovam o uso do nome social por travestis e transexuais.	“Não resta dúvida de que tais resoluções não obedeceram a nenhum ordenamento jurídico e, por isso, devem ser sustadas imediatamente. Outro erro grave é que, de acordo com o Código Civil, não podemos ter um nome diferente daquele configurado como nome civil”.
Verbal	“Não aceito que estas pessoas usem outro nome além daquele no registro civil”.	“Ela visa garantir condições de acesso e permanência de LGBT nos banheiros, o que é um verdadeiro absurdo. [...] Na prática, Sras. e Srs. Deputados, significa dizer que um aluno registrado ao nascer como fulano de tal possa ser chamado de fulana de tal em documentos internos de identificação. [...] O detalhe é que o assunto não foi sequer debatido em reuniões de pais e mestres - uma lástima!”.
Relacional	Há 203 membros na FPE; 25 são proponentes do PDC Nº 395/2016.	“Todos nós sabemos que crianças e adolescentes estão em fase de desenvolvimento mental, moral, espiritual e social, e, por isso, não estão plenamente capazes de decidirem sobre suas vidas”.
Existencial	No Congresso Nacional parlamentares advogam por interesses religiosos.	“A Resolução também trata do "nome social" que deve ser inserido nos formulários e sistemas de informação utilizados nos procedimentos de seleção, inscrição, matrícula, registro de frequência, avaliação e similares, a fim de que o estudante tenha o direito de ser chamado quando solicitar pelo nome social quando a identificação civil não corresponder à sua orientação”.

A FPE é formada por uma amalgama de igrejas evangélicas e nem sempre há unanimidade no debate por ela travado. Porém, mede-se a sua influência parlamentar pela capacidade que desenvolveu de recolocar e reorientar as matérias debatidas, de amplificar e difundir seus argumentos, de pautar a agenda pública valendo-se da mídia, de articulação e convencimento. Há um dinamismo muito peculiar, pois embora dissonantes, as igrejas representadas pelos

parlamentares membros da FPE fecham questão sempre sobre o mesmo tema: a proteção da família. Há igrejas que, como as pentecostais, estão intrinsecamente associadas ao discurso de defesa da família. Considerando os parlamentares ligados a estas igrejas, verifica-se que o debate sobre direitos sexuais se torna um eixo relevante de atuação em que orbitam deputados como Pastor Marco Feliciano e Pastor Eurico. A identificação com a defesa da família é artifício que auxilia na construção da carreira pública e na consolidação do parlamentar no Congresso Nacional. Por isso, esta agenda torna-se o foco principal destes políticos: ajuda na construção de sua imagem perante o eleitorado e fortalece o mandato após as eleições (BIROLI, 2016, p. 13; 17).

Nas democracias em geral, e não seria diferente no Brasil, há um constante antagonismo político, seja o embate entre direita e esquerda, seja o contraste entre conservadores e liberais ou progressistas, esta díade prevalece e, nos últimos tempos, tem se acirrado ao ponto de observarmos mais do que uma briga ideológica, uma guerra em que vemos a dualidade amigo-inimigo Esta disputa entre os atores políticos, que representam interesses específicos de diferentes classes, pode ser verificada também no campo religioso. Em países onde se evidencia uma hegemonia religiosa e onde há uma diferença entre religiosos e secularistas, as diferenças contribuem para que, em âmbito político, haja apoio político-partidário destes segmentos.

Pelo exposto, é possível identificar o discurso contrário à efetivação de direitos LGBTI à tese da ameaça e considerando tais discursos como de reação e tendo em vista a similitude com as características com a tese da ameaça, é possível inferir como se dá o discurso conservador no Congresso Nacional, isto é, de forma reacionária, uma vez que há uma corrente de atuação forte que se contrapõe aos avanços legislativos conquistados até o momento. (BIROLI, 2016, p. 14-16; HIRSCHMAN, 1992, p. 73-111).

Como reação ao Decreto nº 8.727/2016, o PDC nº 395/2016 surgiu como obste à concretização dos objetivos daquele, isto é, à possibilidade de travestis e transexuais poderem fazer uso de seus nomes sociais nas dependências do âmbito administrativo federal. Buscamos entender a exposição dos motivos de tal óbice, para o que a análise de discurso mostra-se oportuna.

Refletimos, no curso da pesquisa, que a análise de discurso se presta a estudar não apenas a língua ou a linguagem, mas o que age por meio dela, como as relações de poder perpetradas na sociedade, a institucionalização de identidades sociais, entre outras manifestações humanas (FAIRCLOUGH, 2009). Nesse sentido, os discursos feitos pelos parlamentares proponentes na justificação e na defesa do PDC nº 395/2016 nos permitem destacar o fundamentalismo religioso e a retórica reacionária baseada na disseminação de pânico moral e *hate speech*, bem como o processo de politização reativa no qual se evidencia a heteronormatividade em oposição à identidade trans.

Tendo em vista a maneira como a Gramática Sistêmico-Funcional pode ser usada para realizar a análise de um discurso, em que o contexto é igualmente considerado, não apenas a linguagem, destacamos sua adequação à Análise de Discurso Crítica. Dessa forma, em consonância com o sistema da transitividade, buscamos empreender as análises de forma contextualizada, considerando as ideologias incutidas nos discursos, a reiteração das relações de dominação e hierarquia e a forma como aquele que discursa exprime suas experiências e enxerga o(s) alvo(s) de sua(s) fala(s).

Ante o quadro esboçado, sublinhamos a uniformização de padrões culturais promovida, entre outros fatores, pelo fenômeno da globalização, bem como a potencialização simultânea de conflitos sociais pela evidenciação das diferenças entre pessoas e entre grupos (MOLAR, 2008) para, por fim, assinalar a dificuldade dos organismos conservadores em reconhecerem as travestis e os transexuais como sujeitos de direitos.

3 Considerações Finais

Identificamos, na fundamentação do projeto como nos discursos em sua defesa elementos de fundamentalismo religioso e retórica reacionária baseada em disseminação de pânico moral e hate speech, bem como aspectos do processo de politização reativa, no qual se evidencia a heteronormatividade em oposição à identidade trans.

Vemos a uniformização de padrões culturais e a evidenciação de diferenças potencializadas para ampliar a dificuldade de organismos conservadores em reconhecer travestis e transexuais como sujeitos de direitos. Consideramos os discursos emitidos como de reação, centrados na tese da ameaça que, quando emitidos pelo grupo de características mais conservadoras em atuação no Congresso Nacional, se opõem à cidadania de LGBTs.

Referências

BIROLI, Flávia. Aborto em debate na Câmara dos Deputados. 29 set. 2016. Disponível em: <http://redesaude.org.br/comunica/wp-content/uploads/2016/10/Estudo-Flavia-Biroli-29-09-2016_def.pdf> Acesso em: 09 de abril de 2017.

CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares*: secularização, laicidade e religião civil. Uma perspectiva histórica. Coimbra: Almedina, 2006.

COUTINHO, João Pereira. *As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários*. São Paulo, Três Estrelas, 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os Direitos LGBTI*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FAIRCLOUGH, Norman. Análise crítica do discurso como método em pesquisa social científica. *Linha d'Água*, n. 25, p. 307-329, 2012. Disponível em: <www.revistas.usp.br/linhadagua/article/download/47728/51460> Acesso em: 14 de abril de 2017.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 5.ed. São Paulo: Loyola, 1999.

GALDINO. Elza. *Estado sem Deus*: a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HIRSCHMAN, Albert O. *A retórica da intransigência*: perversidade, futilidade e ameaça. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

KAYSEL, André. Regressando ao Regresso: elementos para uma genealogia das direitas brasileiras. In: CRUZ, Sebastião Velasco (org.); KAYSEL, André (org.); CODAS, Gustavo (org.). *Direita*,

volver!: o retorno da direita e o ciclo político brasileiro. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015. p. 49-74. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/Direita%20volver%20Final.pdf> Acesso em: 09 de abril de. 2017.

MACHADO, Maria das Dores Campos; BURITY, Joanildo. A Ascensão Política dos Pentecostais no Brasil na Avaliação de Líderes Religiosos. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 3, p.601-631, Sept. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582014000300601&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 de abril de 2017.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 238-258, maio-ago. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/9647/6619> Acesso em: 09 de abril de 2017.

MOLAR, Jonathan de Oliveira. *Alteridade*: uma noção em construção. Disponível em: <http://www.pucpr.br/eventos/educere/educere2008/anais/pdf/493_215.pdf> Acesso em: 14 de abril de 2017.

SILVA, Antônio Ozaí da. O pensamento Conservador. *Espaço Acadêmico*, Maringá, v. 9, n. 107, abr. 2010. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/9912/5472> Acesso em: 09 de abril de. 2017.

UNIVERSIDADE LaSalle



ANAIS

GT: DIREITO E SOCIEDADE

Canoas, 2017

OS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: APONTAMENTOS QUANTITATIVOS A PARTIR DAS DECISÕES SOBRE A APLICAÇÃO DE MEDIDA DE INTERNAÇÃO

Betina Warmling Barros,
Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS;
barros.betina3@gmail.com.

Roberta Silveira Pamplona,
Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS;
pamplona.roberta@gmail.com.

Resumo:

O presente trabalho pretende apresentar um panorama exploratório das decisões do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à temática dos adolescentes em conflito com a lei, mais especificamente às questões relacionadas à medida socioeducativa de internação. Para tanto, foi realizada uma investigação na jurisprudência da Corte Suprema com os vocábulos "ato infracional" e "internação", levando ao levantamento de 64 decisões, cujas ementas foram analisadas e destas retiradas as seguintes informações: ano de julgamento, classe processual, questão controversa, impetrante e origem do recurso. Em seguida, os números obtidos em cada temática foram analisados de forma a construir um panorama inicial da atuação do STF na justiça juvenil, isto é, qual é o principal papel desempenhado e de que forma isso se dá na prática jurisdicional. A partir dos resultados obtidos, portanto, é possível afirmar que a Corte Suprema do país, quando demandada a julgar casos relacionados à aplicação de medida socioeducativa de internação, acaba por se comportar como se primeiro grau de jurisdição fosse, abstendo-se de firmar certas interpretações aos termos abertos da legislação. No que se refere às garantias limitadoras do poder punitivo já impostas em lei, contudo, parece haver uma maior vinculação do Supremo em comparação com os graus de jurisdição inferiores.

Palavras-chaves: adolescentes. Supremo Tribunal Federal. ato infracional. medida socioeducativa de internação. decisão judicial.

1 Introdução

A questão específica da juventude brasileira criminalizada se faz cada vez mais presente no discurso político genérico de combate à violência e de garantia da segurança pública. A problemática pode ser identificada, inclusive, pela quantidade de propostas de Emenda Constitucional visando a redução da maioridade penal apresentadas nas últimas décadas[1], a denotar certa centralidade deste problema social para os representantes políticos. A transferência deste protagonismo para o campo da política, no que se refere ao sistema criminal em sentido amplo, não é um fenômeno exclusivo do Brasil, e já fora constatado também em países como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha (Garland, 2008, p. 58). A migração para o campo político, porém, acaba desencadeando um debate pouco técnico sobre o tema (Garland, 2001, p. 172). A decisão judicial, por outro lado, ainda se pauta como saber especializado, e, na visão do sociólogo Bourdieu, coloca-se no lugar de Estado neutro e, com isso, dá certa forma a um julgamento autorizado, com o peso da força e da ordem social (1989, p. 40). Nesse sentido, o estudo das decisões judiciais torna-se essencial para a compreensão do fenômeno da criminalidade, sobretudo quando o Poder Judiciário passa a exercer papel de *contenção de danos* na realidade brasileira, ao menos *a priori,* na onda de regressão dos direitos sociais dos últimos anos.

Ocorre que o campo jurídico está em constante disputa, havendo importantes divergências quanto à interpretação e posterior aplicação da lei, sobretudo quando levamos em conta diferentes graus de jurisdição. Em pesquisa realizada sobre a aplicação da medida de internação pelos tribunais estaduais , constatou-se um certo automatismo, em desconsideração inclusive de regras expressamente indicadas pela legislação, como é o caso do princípio da excepcionalidade para a aplicação dessa medida (Minahim; Sposato, 2011). Em paralelo, os dados coletados em pesquisa realizada sobre as Varas da Infância e Juventude no Brasil (CNJ/IPEA, 2012), mostam que as taxas de restrição e privação de liberdade dos jovens entre 2008 e 2012 aumentou, sendo que de 2010 a 2011, houve um aumento de 10,6%; ao passo que entre 2011 para 2012, o aumento foi de 4,7% (Brasil, 2012). Em suma, portanto, é possível supor que tanto os Tribunais, quanto às Varas responsáveis pelo julgamento de primeiro grau, tendem a um tratamento mais repressivo, ao deixarem de aplicar certos princípios garantidores e ao inflacionarem os números de privação de liberdade, sendo a internação a medida socioeducativa ainda mais aplicada (Brasil, 2012).

Além da interpretação e da aplicação da legislação, outra característica relevante quando se fala do Poder Judiciário é o seu acesso. O entendimento do acesso à justiça é, comumente, visto sob a ótica do ingresso visando à obtenção de um direito. No caso dos adolescentes em conflito com a lei, o acesso à justiça é percebido através das possibilidades de garantir seus direitos individuais ao longo do processo de ato infracional. Sobre isso, importante considerar que tais direitos encontram-se em um contexto em que ainda se busca a sua efetivação, bem como a necessidade de fundamentação e de conceituação para sua real instrumentalidade (Costa, 2011, p. 250). Conjuntamente, sustenta-se que as sociedades marcadas por desigualdades sociais apresentam alta probabilidade de que amplas camadas de sua população sejam caracterizadas pelo desconhecimento de direitos (Sadek, 2014, p. 58).

---

[1]Entre 1993 e 2010 tramitaram no Legislativo brasileiro 37 propostas de Emenda Constitucional visando a redução da maioridade penal. (CAPPI, Ricardo. Pensando As Respostas Estatais às Condutas Criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993 - 2010). Revista de Estudos Empíricos em Direito, 1 (1), 10-27, 2013. p. 15.)

Diante desse panorama, percebeu-se a necessidade de questionar a atuação dos Tribunais Superiores do país, a fim de que se possa visualizar como estes têm percebido as questões jurídicas relacionadas à prática do ato infracional, no intuito de começar a delinear um quadro nacional da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, passados mais de 25 anos de sua promulgação. Com isso, perceber de que forma os Tribunais Superiores são acionados, verificando como eles podem unificar o entendimento dessa temática. O presente trabalho, portanto, volta-se para o Supremo Tribunal Federal, visando a análise das decisões em que a internação de adolescentes foi objeto de discussão.

O trabalho é estruturado com a discussão da metodologia utilizada e a sua justificativa. Da mesma forma, a construção do banco de dados das decisões, além de quais dados foram extraídos destas. Em seguida, são analisadas quantitativamente as decisões a partir da divisão por temáticas que foram consideradas importantes. Por fim, as considerações finais sobre a atuação do Tribunal e os possíveis novos questionamentos que podem surgir a partir da análise exploratória dos dados aqui apresentados.

2 Metodologia

A fim de alcançar os objetivos já delineados, optou-se pela análise de decisões judiciais do STF por se tratar do órgão do Poder Judiciário brasileiro responsável pelo controle constitucional das legislações do país. O Supremo, portanto, em que pese tenha sua atuação voltada principalmente para o controle da Constituição Brasileira, também lhe é conferida a prerrogativa de, por meio de sua jurisprudência, estabelecer diretrizes para a atuação dos Juizados da Infância e Juventude e dos Tribunais de Justiça dos Estados. A análise pelo STF do ECA, portanto, pode ser realizar diretamente, por meio da análise da inconstitucionalidade da lei, ou por via indireta, quando demandado a decidir pela correta aplicação de certo preceito constitucional, acaba por se manifestar também sobre a lei infraconstitucional.

Nota-se que os trabalhos de caráter histórico da infância e juventude apresentam temas como a construção da legislação voltada para os adolescentes através da categoria *menores* (Alvarez, 1989); o desenvolvimento das políticas públicas voltadas para a juventude (Rizzini, 2011); e a mudança do paradigma e do tratamento legislativo e judicial referente aos adolescentes (Mendez, 1996). Porém, apesar das mudanças prescritas em legislações, as pesquisas de caráter empírico existentes demonstram a prática de condutas pertencentes ao ideário do jovem enquanto o menor, objeto de tutelas. Nesta seara, encontram-se trabalhos cujo objeto é a medida em meio aberto (De Paula, 2008), a medida de internação (Almeida, 2010), ou até o funcionamento das Varas da Infância e da Juventude (Schuch, 2005).

Assim, a despeito da sua relevância para qualquer subsistema jurídico em vigência no país, ignora-se pesquisa que aborda a atuação do STF no que diz respeito aos procedimentos de apuração de ato infracional. A carência da abordagem insere-se no panorama teórico da área de conhecimento em questão, no qual há certa deficiência nas pesquisas de modo geral, sobretudo naquelas que pretendam uma abordagem do tema da socioeducação sob o viés jurídico. Tal problemática é ainda mais preocupante, na medida em que o papel do julgador no microssistema socioeducativo é sobrevalorizado, a partir de uma construção histórica especialmente centralizada na figura do juiz.

Neste ponto, ao optar pela análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, entende-se que

é mais do que necessário voltar os olhos para os tribunais superiores, no sentido de tentar estabelecer certos paradigmas centrais da socioeducação no país, ao menos nos temas em que as decisões judiciais acabam por se manifestar. Considera-se, a partir disso, o campo jurídico como o lugar de concorrência pelo monopólio do *direito de dizer o direito*. Isso ocorre através de agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica com capacidade reconhecida de interpretar os textos legais, a partir daquilo posto como a visão legítima, justa, do mundo social (Bourdieu, 1989, p. 212). Dentro de tal disputa para dizer o direito, o Supremo Tribunal Federal, na medida em que é o grau máximo de jurisdição no país, coloca-se como aquele com mais capacidade para o dizer.

Com base nas justificativas acima apresentadas, foi realizada a busca das decisões que tivessem as palavras-chave preenchidas no campo de pesquisa do *website* do Supremo Tribunal Federal[2], que foram "ato infracional" e "internação". A escolha da palavra internação deu-se em uma tentativa de limitar a pesquisa à questão chave do sistema socioeducativo, na medida em que esta é a medida mais gravosa e a única capaz de privar totalmente o adolescente de sua liberdade. Com tais parâmetros, chegou-se a um total de sessenta e quatro (64) decisões. Ressalta-se que foram excluídas 3 decisões que não versaram sobre matéria prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, isto é, que deixaram de se manifestar sobre questão material em razão de certo vício de admissibilidade dos recursos[3]. A pesquisa utilizou apenas das informações constantes na ementa da decisão, pois se considerou que tais resumos satisfaziam aquilo que era necessário para fundamentar a análise. As decisões analisadas foram temporalmente localizadas até o mês de março de 2017 a partir da busca realizada no *website* do STF, sendo que o resultado obtido vincula-se às informações disponibilizadas pelo Tribunal. Sendo assim, é possível que haja decisões que não foram disponibilizadas pelo próprio STF.

Por fim, faz necessário estabelecer que a intenção do presente artigo volta-se para a tentativa de demonstrar como os adolescentes em conflito com a lei podem acessar o STF. Não existe, portanto, qualquer pretensão de discutir a qualidade das decisões, no intuito de afirmar como os ministros deveriam decidir em tais casos, motivo pelo qual optou-se por uma análise quantitativa. Afasta-se, assim, de uma análise normativa das decisões (Da Ros, 2008, p. 64), perspectiva cujo foco sequer é a compreensão da realidade, mas antes a prescrição sobre como ela deveria ser de acordo com determinados princípios desejáveis. A escolha por verificar as condições de acesso dos adolescentes ao STF justifica-se na ausência de qualquer estudo sobre a atuação do Tribunal no recorte ora tratado. Ainda que muitos estudos sobre a atuação dos Tribunais Superiores estejam sendo realizados nos últimos anos, não há um afunilamento para tal temática[4]. Espera-se, contudo, que a partir deste primeiro quadro de análise, sejam produzidos novos esforços no sentido de aprofundar não apenas o conhecimento de como se decide no STF, quando questionado sobre o procedimento de ato infracional, mas as razões, as consequências e a qualidade desses posicionamentos.

---

[2] http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp

[3] HC 84278/SP; HC 121646/SP; e HC 110161/BA.

[4] Nos últimos anos, pesquisas foram realizadas sobre a atuação dos Tribunais Superiores e, diante dos resultados, questionamentos sobre o funcionamento do sistema judicial brasileiro foram trazidos com mais embasamento. Cita-se, como exemplo, a pesquisa financiada pelo IPEA e o CNJ sobre o Habeas Corpus nos tribunais superiores (SAL, 2015. 83p. Série pensando o Direito 55). Ainda, o Relatório Supremo em Números realizado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (2011).

3 O STF e o ato infracional em números: análises quantitativas

Os dados foram tabulados a partir do *software Excel*. Realizada a compilação das decisões analisadas, considerou-se que, para a construção de um quadro geral analítico das decisões do STF versando sobre a internação de adolescentes em MSE, mostrava-se relevante agrupar alguns dados objetivos das decisões. Ressalta-se que, nas ementas organizadas pelo STF, há a menção: ao local de origem e ao tipo de recurso que está sendo julgado, à data da decisão, ao relator do acórdão, à data do julgamento, à Turma julgadora e às partes do processo. Sendo assim, nas colunas (A - H), foram discriminadas as informações de interesse de cada decisão conforme serão apresentadas. Nas linhas (1 - 61), foram colocadas as informações das decisões nas respectivas colunas. Dessa forma, ao escolher a combinação desejada, o próprio *software* projetou os gráficos aqui utilizados. Desses quesitos, optou-se por produzir a quantificação dos dados referentes ao: a) ano do julgamento; b) ao tipo de recurso interposto; c) às questões controversas dos recursos; d) à origem do impetrante e; e) ao Estado-membro em que se originou a demanda.

a) Ano do julgamento:

O corte temporal que deve se ter em mente quando se fala de sistema socioeducativo é certamente o ano de 1990, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Foi somente a partir desta nova legislação que o microssistema jurídico para o qual se volta essa pesquisa passou a existir. Conforme se percebeu na pesquisa, o primeiro julgamento realizado pelo Supremo foi no ano de 1993, passados três anos da vigência do Estatuto, o que parece ser período razoável para que as demandas jurídicas cheguem ao grau mais alto da jurisdição do país.

Isso pois, além do tempo transcorrido até que o recurso seja protocolado no STF, há o período de julgamento de que necessita o próprio Supremo para julgar a causa. Conforme pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, na qual a atividade do Supremo foi decomposta em números, a média de tempo normalmente necessária para que um recurso seja julgado pelo STF - do dia em que ele é protocolado, até a data do seu trânsito em julgado - é de 330 dias (Falcão; Cerdeira; Arguelhes; Werneck, 2014, p. 79). Entretanto, como se vislumbra do Gráfico 1, causa estranheza a lacuna de oito (08) anos entre o primeiro e o segundo ano em que se constatou julgados sobre o tema.

Ao que parece, apenas após 2001 - passados mais de dez (10) anos da promulgação do ECA - é que o Supremo efetivamente passou a ser demandado sobre tais questões.

Gráfico 01. Fonte;

Interessante observar que os números constatados a partir da presente pesquisa dialogam com aqueles referentes aos julgamentos de modo geral pelo STF. Parece haver uma virada na quantidade de processos julgados pelo Tribunal coincidente com a entrada do novo século, conforme se depreende do gráfico 02 (Falcão; Hartmann, 2014)[5]. Ademais, o fluxo de julgamento a partir deste

[5] Atenta-se para o fato de que o gráfico 02 faz referência aos processos autuados e distribuídos, isto é, àqueles que deram entrada no STF. Não dizem respeito, portanto, aos julgamentos realizados pelo Tribunal, número que certamente é menor em cada ano avaliado, dado que pode haver a desistência do recurso pela parte, ou a decorrência de causa que não leve o processo a julgamento - como fatores relacionados à admissibilidade do recurso. Todavia, o gráfico apresentado, de forma geral, coincide com os números de julgamentos pelo STF em relação ao ano, de acordo com o que se afere dos gráficos interativos disponíveis em: http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-

ponto de partida, em certa medida se compatibiliza com aquele referente à justiça de modo geral, mas atrasado em relação a este. Assim, se nos acórdãos que abordam os temas "ato infracional e internação" há um aumento dos julgamentos de forma não-contínua entre os anos de 2001 e 2014, nos números totais do STF, o processo se desenha de forma parecida, porém no período de 2000 a 2008. Após o ápice no número de julgamentos em 2007 no caso dos acórdãos gerais, e em 2014 no recorte específico, há uma queda em ambas as curvas numéricas, certamente mais brusca nas quantidades totais, mas ainda assim verificável em ambos os casos.

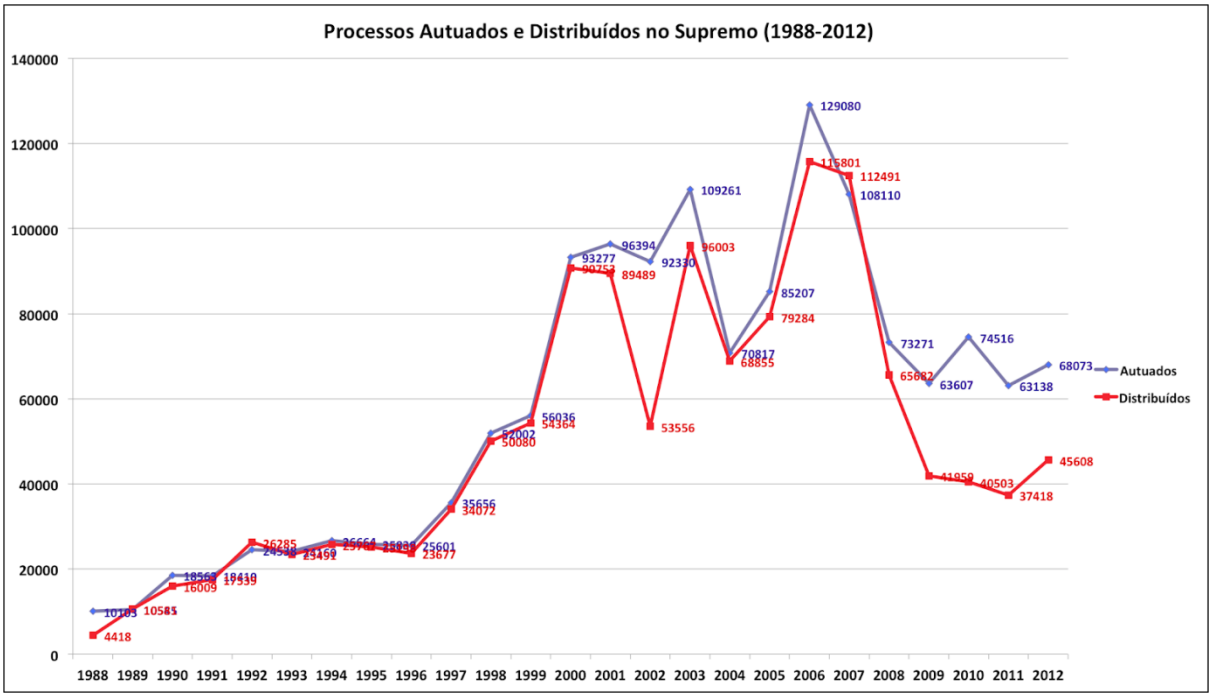


Gráfico 02. Fonte: FALCÃO, J.; HARTMANN, I. A. Acesso ao Supremo: quando os recursos são parte do problema. Revista Dilogos sobre Justiça, v. 1, p. 38-48, 2014.

b) Classe processual:

Com a compilação dos dados, outra questão que despertou curiosidade diz respeito à classe processual das decisões coletadas, isto é, à porta de entrada das demandas direcionadas ao órgão. O Supremo Tribunal Federal possui diversas competências de julgamento estabelecidas pela Constituição Federal de 1988, das quais se ressaltam: o controle de constitucionalidade concentrado, aquele realizado com base em casos individuais, a partir de recursos; e o julgamento como instância ordinária, nos casos previstos. Para essa pesquisa, apenas as primeiras duas hipóteses interessam, na medida em que, no sistema de justiça socioeducativo, não há previsão de de julgamento como instância ordinária pelo STF.

Essas funções do Supremo, possíveis de serem denominadas Processos Constitucionais e Processos Recursais (Falcão; Cerdeira; Arguelhes; Werneck, 2011, p. 19), são instigadas a partir de determinadas classes processuais. Ocorre que no recorte da presente pesquisa, apareceram apenas

stf/index.html. Em decorrência das dificuldades de transpor esse gráfico interativo para o presente trabalho, optou-se por realizar a comparação com aquele referente aos processos autuados e distribuídos.

quatro (04) destas classes: *Habeas Corpus*, Recurso em *Habeas Corpus*, Agravo Regimental em *Habeas Corpus* e Recurso Extraordinário.

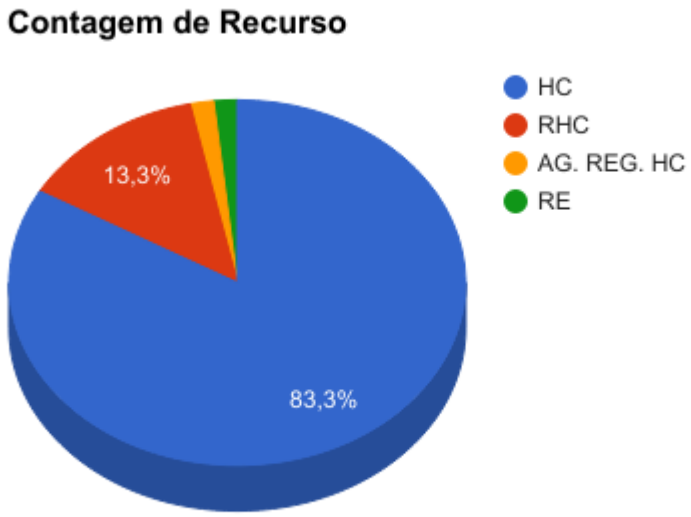


Gráfico 03

Tendo em vista que três (03) destas categorias são ramificações de um mesmo tipo de instrumento (*Habeas Corpus*), é possível dividir a análise em dois grupos maiores de decisões, isto é, aquelas que foram proferidas a partir de um *Habeas Corpus* e aquelas provenientes da interposição de um Recurso Extraordinário (RE). O primeiro grupo totaliza 98,3% do total de decisões, dado que apenas uma (01) desta é oriunda de um RE. Soma-se a isso, o fato de que o RE julgado data de 2001, ou seja, época em que praticamente não havia entendimento sobre a matéria ora analisada, conforme já analisado no subitem "a". É, portanto, quase insignificante a presença desta decisão de Recurso Extraordinário, diante da quase proeminência absoluta do instrumento de *Habeas Corpus*, ou demais classes processuais oriundas dele.

O dado apontado é bastante relevante na medida em que, no ordenamento jurídico brasileiro, não se espera que seja necessária a intervenção do grau máximo de jurisdição do país para decidir matéria possível de ser analisada via *Habeas Corpus*. Isso, pois, os requisitos para a impetração deste instrumento são mínimos - sequer requer-se capacidade postulatória, ou requisitos formais - justamente por ser remédio judicial que tem por finalidade evitar ou fazer cessar a violência ou a coação à liberdade, decorrentes de ato ilegal. Assim, na medida em que o *Habeas Corpus* pode ser impetrado desde o primeiro momento em que o adolescente foi internado, ainda por decisão judicial de primeira instância, o excessivo número de demandas dessa ordem que chegam ao STF demonstra, no mínimo, que os Ministros estão decidindo questão jurídica que já poderia ter sido exaurida em graus de jurisdição anteriores. Se a defesa prescinde do Tribunal Supremo do país para garantir a cessação de coação à liberdade do adolescente - dado o número considerável de decisões favoráveis ao pedido defensivo - é preciso atentar-se para possíveis graves violações àqueles que, internados por decisões judiciais de primeira ou segunda instância, não tiveram suas demandas pleiteadas ao STF.

Nesse sentido, uma possível indicação das razões pelas quais o *Habeas Corpus* predomina como classe processual nos processos de ato infracional advém do fato de que este é instrumento com

considerável menor tempo de tramitação no Tribunal. Segundo a pesquisa antes mencionada, demora-se em média 0,8 anos para o julgamento deste tipo de remédio judicial (Falcão; Cerdeira; Arguelhes; Werneck, 2014, p. 81). A notável celeridade do julgamento possibilita que a decisão do Supremo de fato surta efeitos no procedimento de apuração de ato infracional, sobretudo em casos em que o adolescente cumpre medida de internação por mais de seis (06) meses. Nesse cenário, no momento em que são proferidas as decisões do STF, ainda tramita o processo de origem, o que não ocorre, por exemplo, nos casos do Recurso Extraordinário, em que a média de tempo para o julgamento é de 1,04 anos apenas no Supremo, devendo-se somar a esse número todo o restante do período necessário nas instâncias inferiores para que haja condições de interpor o Recurso, o que é dispensável no caso do remédio constitucional.

c) Questão controversa:

No que se refere às temáticas abordados pelo Supremo nos julgamentos dos processos selecionados, foi possível visualizar a predominância de decisões que analisam os critérios passíveis de aplicação de medida socioeducativa de internação. Conforme determina a Lei 8.069/90 no seu artigo 122, a privação de liberdade do adolescente acusado de cometimento de ato infracional só se dará em três hipóteses: a) tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; b) em razão de reiteração de outras infrações graves; c) por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta. O dispositivo ainda ressalva que, no concernente à aplicação de MSE de internação em razão de descumprimento reiterado de medidas antes impostas, essa não será superior a três meses, sendo obrigatório o devido processo legal para a sua imposição. Há, portanto, apenas duas possibilidades legais a fundamentar a imposição da medida mais gravosa prevista no momento da condenação do adolescente: tipo penal que possua grave ameaça ou violência a pessoa na sua constituição ou reiteração em infrações graves. Por fim, no § 2º do mesmo artigo, o legislador incluiu dispositivo legal capaz de afastar a aplicação da medida socioeducativa, sempre quando houver outra medida adequada.

Assim, em que pese certas lacunas legais bastante significativas ao longo do ECA, a lei, em certa medida, é explícita no momento de determinar quando um adolescente acusado de cometimento de ato infracional poderá ser internado. Vislumbra-se, contudo, que alguns conceitos utilizados pelo legislador, como “reiteração” e “infração grave”, restaram sem definição expressa pela lei (Saraiva, 2006, p. 175), no aguardo da jurisprudência para a elucidação. Ao contrário do que se esperava, entretanto, apesar da enorme incidência da questão controversa “Requisitos do artigo 122” (em torno de 60%), o que se percebeu após a coleta dos dados foram decisões que se restringiram a analisar a ocorrência ou não dos requisitos do dispositivo, determinando a desinternação do adolescente nos casos em desacordo com as hipóteses legais de internação.

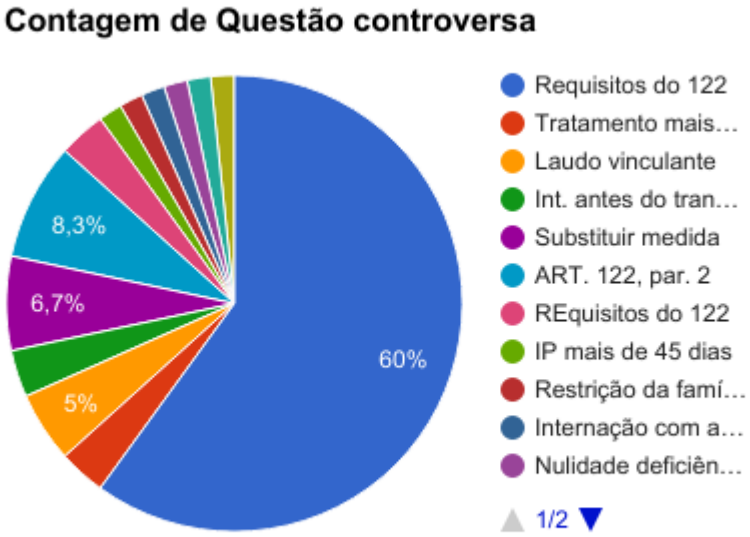


Gráfico 04

Assim, chama atenção o fato de as decisões que abordam o artigo 122 do ECA não adentram propriamente na interpretação do dispositivo, conferindo certo sentido à norma, sobretudo em relação aos conceitos ainda em aberto como "reiteração", por exemplo. Isso, pois se imagina ser esse o papel do STF na análise de lei infraconstitucional: referendar certa acepção aos dispositivos legais em consonância com a Constituição, diminuindo, naquilo que for possível, as imprecisões legais causadoras de insegurança jurídica. De forma contrária, a atuação do STF, no que se refere à temática do ato infracional, não passou da simples averiguação no caso concreto da ocorrência ou não dos requisitos do artigo 122, exercendo, nesse sentido, atividade de julgamento originária.

Diante do exposto, ao realizar a interlocução das análises sobre a classe processual mais observada (*Habeas Corpus*) com a questão controversa de maior incidência (Requisitos do 122), é possível concluir que a atuação do STF na grande maioria dos casos se dá através de recurso possível de ser impetrado no primeiro grau de jurisdição para analisar a *simples* ocorrência ou não de critérios já estabelecidos em lei. Atuação, portanto, bastante aquém do que se espera da corte superior do país. Por outro lado, quando nos deparamos com os números de julgados que acabam por determinar a desinternação do adolescente (em torno de 32%), conclui-se que, apesar do conteúdo das decisões e do instrumento processual utilizado não necessariamente prescindir do Supremo, eis que poderiam ter sido objeto de análise em momento processual muito anterior, as decisões acabam por contrariar o que os graus inferiores haviam estabelecido para o caso em concreto até então.

Em outras palavras, os recursos para o juiz de primeiro grau, para o Tribunal de Justiça e para o STJ[6] não foram suficientes à liberação do adolescente, mostrando-se necessária um "quarto" grau de jurisdição para efetivar o que está expresso na legislação. As razões exatas dessa imprescindibilidade são desconhecidas e requerem estudo mais aprofundado sobre as razões de decidir dos julgadores. É possível afirmar, todavia, a incoerência de um sistema legal que prescinde

[6] Em razão da metodologia de análise escolhida, não é possível determinar a via processual eleita pelos impetrantes para que os Habeas Corpus tenham sido admitidos no STF, podendo haver casos em que há decisão anterior do STJ e casos em que o remédio constitucional foi impetrado diretamente de decisão do segundo grau de jurisdição.

da sua Corte Suprema para efetivar a aplicação expressa de uma determinação legal, e que, ao fazê-lo, acaba por deixar à margem desse controle jurisdicional milhares de adolescentes que não podem acessar processualmente o STF.

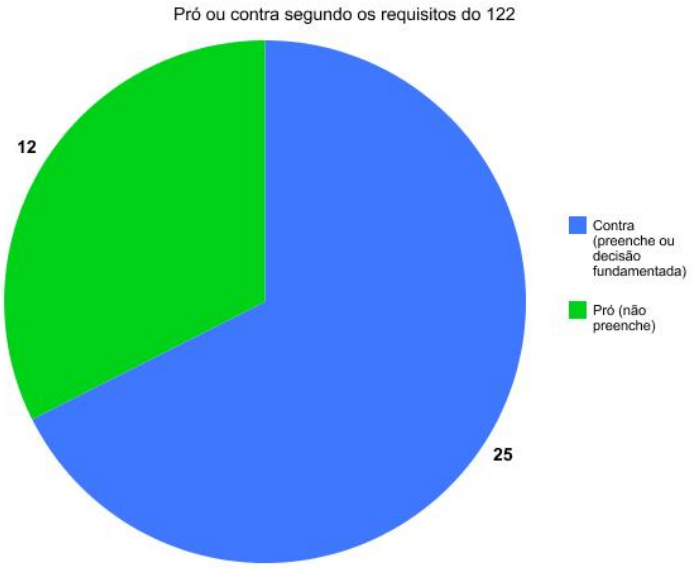


Gráfico 05

d) Impetrante:

Em relação ao impetrante dos recursos, constatou-se que 51,7% dos recursos foram impetrados pela Defensoria Pública dos Estados. A outra metade foi dividida entre advogado particular (16, 7%), Defensoria Pública da União (16,7%) e Procuradoria Geral do Estado (13,3%).

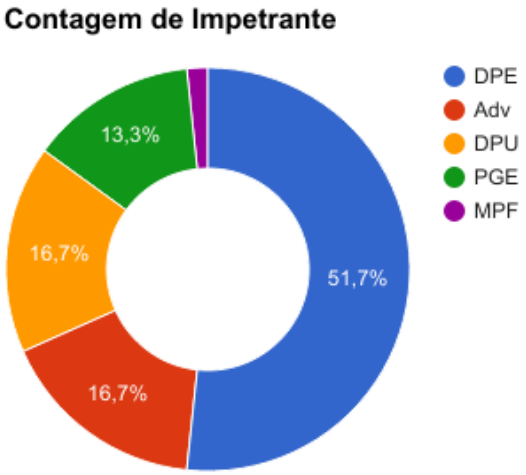


Gráfico 06

Primeiramente, percebe-se o papel fundamental que exerce a Defensoria Pública na defesa dos adolescentes perante o STF. Sobre a atuação de tal instituição no Supremo, é importante apontar

que, em pesquisa realizada sobre todos os recursos de *Habeas Corpus* impetrados no STF financiada pelo Conselho Nacional de Justiça[7], a Defensoria Pública (sem distinção entre as suas esferas) atua como impetrante em apenas 30,8% dos recursos dessa classe pendentes no Tribunal (CNJ/IPEA 2015, p. 47). Ou seja, no universo aqui selecionado, a participação de tal instituição foi muito maior em comparação a tal estudo. Em verdade, considerando a Defensoria Pública de forma una, nos casos de adolescentes, a atuação chegou ao número de 68,1% dos casos analisados, resultando em mais que o dobro do valor achado nos casos de *Habeas Corpus* da pesquisa apontada.

Diante disso, constata-se que os adolescentes em conflito com a lei constituem um público alvo da Defensoria Pública. Consequentemente, esses dados apontam a necessidade de um maior aprofundamento nesse tema. A unificação dos dados de atendimento jurídico aos jovens, buscando verificar qual a efetiva porcentagem de jovens são atendidos pela instituição, poderia auxiliar a verificar a capacidade do órgão de atender a demanda tanto quantitativamente como qualitativamente, por exemplo. Outro ponto seria constatar, o que já é apontado em outros estudos, a seletividade do sistema criminal. Parece que os jovens constituem um grupo que se utiliza ainda mais que os adultos apenados da defesa jurídica gratuita, demonstrando sua condição sócio-econômica hipossuficiente. Tal aspecto é de difícil vericação, já que não existem dados recentes sobre as características sociais dos adolescentes infratores (Silva e Oliveira, 2015, p. 15). Há os resultados de uma pesquisa realizada pelo IPEA e Ministério da Justiça (2003), que mostram um perfil de exclusão social entre esses adolescentes: mais de 60% dos adolescentes privados de liberdade eram negros, 51% não frequentavam a escola e 49% não trabalhavam quando cometeram o delito e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres (Silva e Gueresi, 2003 apud Silva e Oliveira, 2015, p. 15).

Ainda é possível que outros fatores, para além das características pessoais dos adolescentes, possam explicar a alta atuação da Defensoria Pública. Uma importante consideração sobre isso é o aumento da atuação da Defensoria Pública nos últimos anos, bem como sua efetiva expansão física. Alguns estados da federação, como o estado de Santa Catarina, não possuíam tal instituição antes do ano de 2012. No período em que foi realizada a pesquisa já citada sobre o recurso de *Habeas Corpus* no STF (2008 - 2012), a Defensoria Pública foi a que apresentou o maior crescimento de atuação em comparação aos outros possíveis impetrantes (CNJ/IPEA 2015, p. 47). Isto é, a Defensoria Pública passou a ter uma atuação mais efetiva nos últimos anos, não se restringindo essa atuação apenas aos adolescentes. Considerando um recorte temporal de atuação da Defensoria Pública nesta pesquisa, nota-se que o primeiro recurso impetrado foi em 2001[8]. Em seguida, apenas em 2006, aparecem mais dois recursos[9]. Finalmente, a partir de 2009 percebe-se uma atuação mais constante e preponderante correspondendo ao cenário apresentado no gráfico final aqui apresentado. Dessa forma, podemos pensar em uma maior continuidade de atuação deste órgão a partir de 2009.

[7] Pesquisa disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_55_Thiago_web-5.pdf.
[8] O RE 28 5571/PR.
[9] O HC 88748/SP e o HC 89054/RJ.

e) Origem

Por fim, a origem dos recursos foi analisada como característica final. O Estado de São Paulo apresenta quase metade dos recursos julgados pelo STF sobre adolescentes em conflito com a lei conforme os dados analisados. Nesse ponto, importante considerar que, em 2012, o Estado de São Paulo concentrava 6.381 adolescentes internados, sendo que o número total de jovens internados em todos o país era de 13.674 (Brasil, 2013, p. 14). Tais números não demonstram uma realidade anômala do ano de 2012, visto que nos anos anteriores (2008, 2009, e 2010) os dados tinham a mesma proporção. Da mesma forma, os dados mais recentes de 2013 demonstram que a população de adolescentes internados atingiu o número de 15.221 jovens, sendo 6.812 no Estado de São Paulo (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2015, p. 86). Com isso, percebe-se que São Paulo é apontado historicamente como a unidade federativa com mais adolescentes internados. O Estado de São Paulo, ainda, concentra o maior número de unidades de restrição e privação de liberdade do Brasil, totalizando 142 em 52 municípios (Brasil, 2013, p. 26). O alto número de recursos com origem do Estado de São Paulo, portanto, é compatível com a maior população jovem em situação privativa de liberdade no país, bem como o maior sistema socioeducativo.

Ademais, o dado representado nesta pesquisa corrobora com as análises gerais já realizadas do STF. A maioria dos recursos de *Habeas Corpus* no STF são oriundos do STJ. Porém, o único estado que apresenta número relevante é o estado de São Paulo[10]. Dessa forma, aquilo constatado nos recursos de *Habeas Corpus* do STF foi percebido também nos recursos impetrados. Outro fator apontado como possível explicação, foi a criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo em 2006 (CNJ/IPEA 2015, p. 49). Nesse sentido, a pesquisa financiada pelo Conselho Nacional de Justiça afirma que a implantação e crescimento do serviço de assistência jurídica gratuita no Estado mais populoso da federação alcançou, como era de se esperar, uma grande massa de pessoas que não dispunha de meios para acionar o Poder Judiciário. Considerando isso, a instalação de um serviço qualificado de assistência jurídica gratuita no Estado que mais possui adolescentes internados resultou em uma taxa maior de recursos no STF por parte de tal Estado.

[10] De acordo com dados obtidos nos gráficos interativos disponíveis em: http://www.fgv.br/supremoemnumeros/visualizacoes/cfilter-ipea/index.html.

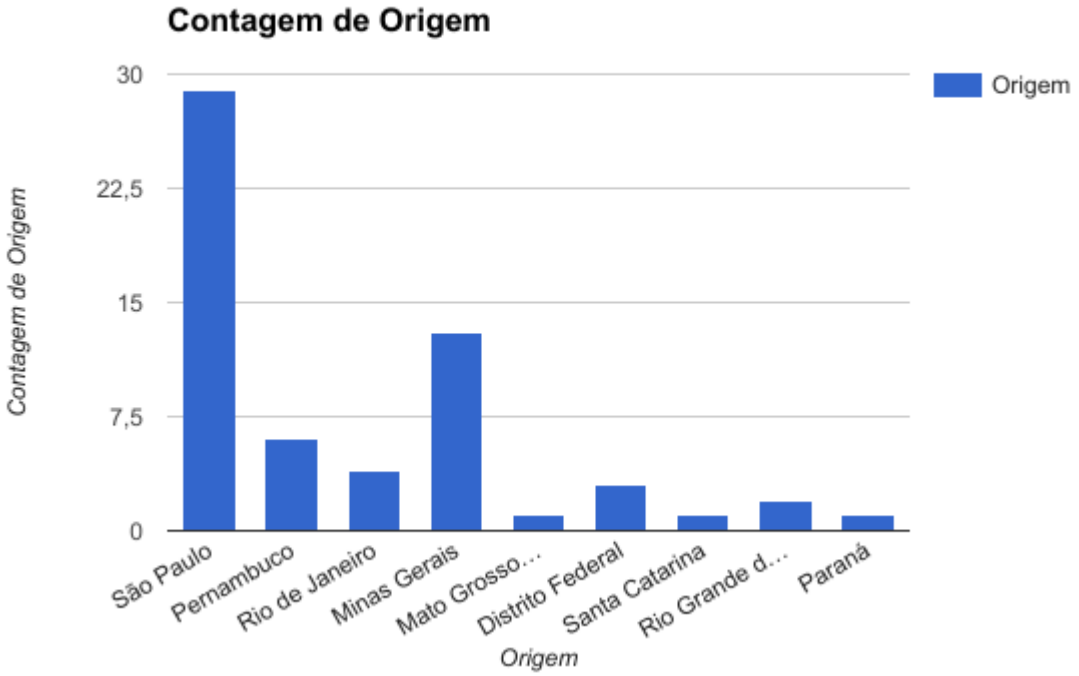


Gráfico 07

4 Considerações finais

A fim de apontar possíveis conclusões a partir da pesquisa realizada, percebe-se, em um primeiro momento, o baixo número de decisões sobre a matéria, sobretudo quando os parâmetros de pesquisa escolhidos (internação e ato infracional) constituem questão de grande relevância dentro do sistema socioeducativo. Nesse ponto, importa referir que, caso os parâmetros fossem ampliados apenas para a palavra-chave "ato infracional", teríamos um total de apenas 100 decisões. Assim, considerando que o ECA já possui mais de 25 anos de vigência, parece haver um parco controle da matéria na Corte Constitucional. Vincula-se a esta primeira constatação, o fato de que a classe processual que mais apareceu foi o *Habeas Corpus*, instrumento cuja função é a pura análise da legalidade da ordem de restrição de liberdade.

Para além da classe processual mais utilizada, o fundamento das decisões pesquisadas limitou-se à simples análise da presença ou não dos requisitos justificadores da internação do adolescente. Ou seja, sem qualquer discussão sobre quais situações se enquadram nesses pressupostos legais. As decisões tinham caráter casuístico, não se aprofundando em discutir o entendimento geral da norma legal. Assim, não é absurdo afirmar que os dados coletados, na medida em que demonstram um baixíssimo número de decisões do Supremo sobre a temática, bem como escancaram a atuação do Tribunal como se primeiro grau de jurisdição fosse, desvelam um panorama da justiça juvenil brasileira muito distante daquilo do ideal constitucional de respeito irrestrito às garantias legais deste grupo social.

Com isso, a temática dos adolescentes em conflito com a lei recebe um tratamento descrito como uma irracionalidade no interior do sistema, algo característico do sistema jurídico brasileiro, uma vez que demandas identicas são apreciadas como ações individuais e não como litígio de natureza coletiva (Sadek, 2014, p. 61). Nesse aspecto, percebe-se como mais da metade das decisões

tratavam justamente sobre o preenchimento dos requisitos do artigo 122 para a aplicação da medida de internação. Pode-se falar, portanto, em uma insegurança jurídica, possibilitando distintos entendimentos na apreciação do mérito.

Ademais, foi possível perceber que, na busca por discutir tal matéria, a Defensoria Pública é fundamental para que o STF seja demandado a se posicionar em relação ao tema dos adolescentes em conflito com a lei. Podemos perceber que a atuação do órgão teve uma maior constância a partir do ano de 2009. Para além disso, é necessário apontar que, nos casos dos adolescentes, a Defensoria Pública atuou como impetrante em mais da metade dos casos ao passo que, no caso dos *Habeas Corpus* para réus adultos, atuou como impetrante em apenas 30,8% dos recursos dessa classe pendentes no Tribunal (CNJ/IPEA 2015, p. 47). Nesse sentido, conclui-se que os adolescentes em conflito com a lei possuem menos acesso a advogados constituídos e, portanto, acabam dependendo do próprio Estado para garantir seus direitos de defesa.

Por fim, considerando que, em 30% dos casos de preenchimento dos requisitos para a internação, o STF verificou a ilegalidade da privação de liberdade, demonstra-se a necessidade de que um processo comum precise ser apreciado em quatro graus de jurisdição (primeiro grau, tribunal local, tribunais superiores e Supremo Tribunal Federal) até que se obtenha a decisão final (Sadek, 2014, p. 61). Isto é, se no quarto grau de jurisdição ainda há mudanças no julgamento sem propriamente uma discussão da interpretação da lei, questiona-se a ocorrência de inúmeras outras ilegalidades que não chegam a se tornar demanda diante do Supremo. Por essa razão, a pesquisa realizada possibilitou a averiguação de que o STF, em regra, quando se trata da temática de adolescentes internados pela prática de ato infracional, não atua como intérprete da norma e acaba não decidindo pelo sentido específico de vocábulos da lei, agindo apenas como aplicador de garantias já previstas em lei.

Referências

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. *A experiência da internação entre adolescentes*: práticas punitivas e rotinas institucionais. 2010. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ALVAREZ, Marcos César. *A emergência do Código de Menores de 1927*. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Sociologia – FFLCH/USP, São Paulo, 1989.

BRASIL. *Justiça Infantojuvenil*: Situação atual e critérios de aprimoramento. Conselho Nacional de Justiça e Instituto de Pesquisa Econômica. Brasília, 2012. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_pesquisa_infantoJuvenil.pdf

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). *Levantamento Anual dos/as Adolescentes em Conflito com a Lei* – 2012. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da Reppública, 2013.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Bertrand Brasil, 1989.

CAPPI, Ricardo. Pensando As Respostas Estatais às Condutas Criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioridade penal (1993 - 2010). *Rev. de Estudos Empíricos em Direito* vol. 1 no 1, 10-27, 2013. p. 15.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007).* Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1996.
MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPOSATO, Karyna Batista. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Rev. direito GV* vol.7 no.1 São Paulo Jan./June 2011.

COSTA, Ana Paula Motta. *Da invisibilidade à indiferença: um estudo sobre o reconhecimento dos adolescentes e seus direitos constitucionais*. 2011. 43 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

I Relatório Supremo em Números : o Múltiplo Supremo / Joaquim Falcão, Ivar A. Hartmann, Vitor P. Chaves. - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2011.

III Relatório Supremo em Números : o Supremo e o tempo / Joaquim Falcão, Ivar A. Hartmann, Vitor P. Chaves. - Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, 2014.

IPEA. *Panaceia universal ou remédio constitucional?: habeas corpus nos tribuinais superiores. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos*. -- Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL, 2015. 83p. Série pensando o Direito 55. Disponível em http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_55_Thiago_web-5.pdf

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A. *Acesso ao Supremo*: quando os recursos são parte do problema. Revista Diálogos sobre Justiça, v. 1, p. 38-48, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA [FBSP]. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. 9. ed., 2015.

PAULA, Liana de. *Liberdade assistida: punição e cidadania na cidade de São Paulo*. 2011. - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

RIZZINI, Irene. *O século perdido*: raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. São Paulo: Cortes, 2011(b).

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, 2014.

SCHUCH, Patrice.*Práticas de justiça*: uma etnografia do "Campo de Atenção ao Adolescente Infrator" no Rio Grande do Sul depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. Porto Alegre, Tese de Doutorado, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

SILVA, Enid Rocha Andrade da; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. *O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal*: esclarecimentos necessários. Nota técnica.

IPEA. Brasília, 2015. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5696/1/NT_n20_Adolescente-conflito_Disoc_2015-jun.pdf.

O ROCK BRASILEIRO DOS ANOS 80 E A DEMOCRACIA: A CONTRACULTURA COMO TRADIÇÃO HISTÓRICA PARA A CAMINHADA HERMENÊUTICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL[11]

Lucas Bortolini Kuhn
Acadêmico do 10º semestre do Curso de Direito.
Pesquisador nos campos do Direito Constitucional,
Filosofia Jurídica e Teoria da Democracia da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ);
lucas.kuhn@rocketmail.com.

Angelita Woltmann,
Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e professora do Curso de Direito da Faculdade Metodista do Sul (FAMES) e do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA);
awoltmann@gmail.com.

Resumo:

Os movimentos contraculturais originados no blues e no rock dos Estados Unidos ecoaram através das fronteiras territoriais para empoderar uma força subversiva social que primava por uma alternativa ao aprisionamento autocrático da ditadura civil-militar instaurada em 1964. O BRock deu voz a uma geração que através desta subversão, quebrou os paradigmas repressivos e deu corpo a uma Constituição transformadora da sociedade, porém, repleta de promessas de caráter programático, não cumpridas até hoje. A não concretude dessas promessas se atribuem, na visão dos autores, à ausência de uma consciência hermenêutica relativa à tradição histórica de desconstrução do modelo repressivo aos direitos fundamentais que a Constituição de 1988 representa. A proposta desta pesquisa é justamente, utilizar a matriz hermenêutica, a partir de Gadamer e Heidegger, para traçar a trajetória da luta pela democracia a partir do rock brasileiro dos anos 80.

Palavras-chave: Rock. Contracultura. Democracia. Direito. Hermenêutica.

1 Introdução

O Estado Democrático de Direito brasileiro viveu seu (re)nascimento com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O advento da nova Constituição respondeu não só à crise de um Direito incapaz de impedir abusos da ditadura e do Estado de Legalidade no qual estava inserido,

[11] Artigo decorrente do projeto de pesquisa denominado *A música brasileira dos anos 80: uma revolução cultural e o clima para o estabelecimento do estado democrático de direito,* vigente entre setembro de 2014 e agosto de 2015 na Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ), que possuiu como bolsista o discente então do 5º semestre, Lucas Bortolini Kuhn e como orientadores Carla Rosane da Silva Tavares Alves (ctavares@unicruz.edu.br), Doutora em Estudos Literários – Literatura Comparada (UFRGS), Tiago Anderson Brutti, Doutor em Educação nas Ciências/Filosofia (UNIJUÍ) e Angelita Woltmann.

mas à crise de um Direito que, no mínimo, não era mais capaz de se comunicar e operar diante do quadro de crescente complexidade social e de inúmeras lacunas legais, sociais, econômicas e institucionais, num país de "modernidade tardia", onde o Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State)* nunca aconteceu realmente.

O "jovem" panorama jurídico, representado na realidade constitucional moderna e na promessa que concebia a Constituição de 1988[12], respondeu de forma urgente e, em princípio, perceptível, aos anseios de uma população oprimida por um regime ditatorial civil-militar alimentado pela Guerra Fria e pela visão macartista de sociedade: cidadãos "de bem" em uma cruzada contra o "mal" do comunismo.

Refletiu, também, inúmeras constatações de cunho jusfilosófico, de críticos brasileiros e estrangeiros, a exemplo de Ronald Dworkin e Robert Alexy, que denotavam o esgotamento da matriz juspositivista, especialmente no tocante aos contornos ideológicos do Direito. A cisão entre a moral e a ciência do Direito gera(va) uma cultura jurídica alienada, em ode ao formalismo, aos hábitos, às teorias (e fragmentos destas) que compunham o chamado "senso comum teórico dos juristas", um verdadeiro aniquilador do senso crítico jurídico e, portanto, condição de possibilidade de um regime legalista e institucionalista como o civil-militar. Resume-se bem essa "memória" através do pensamento de Luiz Alberto Warat quando aponta que

> [....] os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto.[13]

A investigação do fenômeno contracultural protagonizado pelo rock enquanto forma de arte – e, portanto, comunicação – é também uma jornada a ser trilhada através da hermenêutica que, com Gadamer[14], busca a morada da verdade no des-esquecimento[15]. Reconstituir, então, os descaminhos[16] da história, é possibilitar a consciência hermenêutica, a consciência de *ser-no-mundo*, que, enquanto inserto em uma tradição histórica, parte, rumo ao entendimento, dos pré-conceitos desta mesma tradição.

O presente escrito é construído como avanço nas obras realizadas durante a execução do Projeto de Pesquisa – PROBIC-FAPERGS/UNICRUZ intitulado *A música brasileira dos anos 80: uma revolução cultural e o clima para o estabelecimento do estado democrático de direito*, contendo resultados alcançados nesta fase final do projeto, e busca (des)construir o cenário histórico-cultural que pode dar a "temperatura", o "clima" social que culminou na Carta Constitucional de 1988, buscando estudar uma das manifestações socioculturais cuja comunicação permaneceu mais livre de esbulho durante o período da censura: a música. A pesquisa é de cunho bibliográfico, qualitativa e exploratória, e calcada numa consciência hermenêutica de investigação e desvelamento, como forma de contato com a tradição histórica que embasa a Carta Maior do direito brasileiro, e portanto, nos lega significações, ciência e experiência.

---

[12]SCHWARTZ, Germano. **Direito & Rock:** O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 115.

[13]WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 15.

[14]GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II:** Índices e complementos. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

[15]CÔRTES, Norma. Descaminhos do método: notas sobre história e tradição em Hans-Georg Gadamer. **Varia Historia,** Belo Horizonte, v.22, n.36, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/vh/v22n36/v22n36a03.pdf>. Acesso em 25 de fev. 2017.

[16]Idem.

Tal contexto histórico de opressão, limitação da liberdade de expressão, perseguição política, que culminava frequentemente em prisões e condenações falsas, tortura, mortes, e, em muitos casos, acabava com adversários do sistema político ditatorial exilados em outras nações, foi pano de fundo para a juventude da década de 80, que viria a expressar a sua angústia, os seus problemas, numa forma cultural capaz de visibilizar uma solução para os problemas existentes: o rock dos anos 80, ou BRock.

2 A ditadura no brasil

O hiato mais recente na democracia brasileira compreende o período entre o golpe civil-militar de 1964 e o ano de 1985, com a Assembleia Constituinte, formando-se o Estado Democrático (e Social) de Direito a partir da promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Enquanto há discussão acerca de considerar como marco final da ditadura apenas a promulgação da Constituição, ou considerar como marco final a constituição da Assembleia Constituinte – o poder constituinte originário e soberano –, adotaremos este preferencialmente sobre aquele por considerar a própria formação do órgão constituinte originário um ato que sinaliza uma restauração de aspectos democráticos representativos.

O período ditatorial foi amplamente marcado por aspectos tanto colonialistas – como denunciava Leonel Brizola ao referir-se ao embaixador estadunidense Lincoln Gordon como "inspetor de colônias"[17] - como aspectos macartistas, marcantemente observados no famigerado editorial do jornal *O Globo* que posicionou-se em favor ao golpe militar, em 2 de Abril de 1964:

> Agora, o Congresso dará o remédio constitucional à situação existente, para que o País continue sua marcha em direção a seu grande destino, sem que os direitos individuais sejam afetados, sem que as liberdades públicas desapareçam, sem que o poder do Estado volte a ser usado em favor da desordem, da indisciplina e de tudo aquilo que nos estava a levar à anarquia e ao comunismo.18

Com a renúncia de Jânio Quadros, nem mesmo a posse de João Goulart era certa, dada a pressão contra suas visões políticas, "sendo ele um 'comunista' para a maioria dos militares"19, e, à época da renúncia, em visita à China, país comunista, à época, sequer membro da ONU.

Sobrevivendo às expectativas suas e de Jânio – que esperava que o clamor popular e a má fama de Jango fossem suficientes para que fosse reconduzido à Presidência –, assume Jango a Presidência da República, com a contribuição do movimento legalista levantado por Leonel Brizola, o que, entretanto, não significou uma união da esquerda brasileira ao redor de Jango, mesmo que "tenha comprovado a sua popularidade com a vitória no plebiscito que impôs o retorno ao sistema presidencialista"20.

As pressões montavam-se contra o governo, tanto da esquerda, desunida, que clamava por reformas de base que Jango se via sem apoio político para executar, quanto da direita, e das grandes

---

[17]SANDER, Roberto. **1964:** O Verão do Golpe. 2.ed. Rio de Janeiro: Maquinária Editora, 2013, p. 30.

[18]*RELEMBRE: editorial de O Globo celebra golpe militar de 1964.* ***Pragmatismo Político,*** *[S.I.], 26 mar. 2013. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/03/editorial-globo-celebra-golpe-militar-de-1964.html>, acesso em 22 de Abril de 2016.*

[19]SANDER, Roberto, op. cit., p. 28.

[20]Ibidem, p. 29.

forças econômicas, e outros agentes patrocinados pelos interesses estadunidenses, que incluíam alcance tão significativo que até agentes secretos eram enviados ao Brasil, sob disfarces civis:

> No princípio de 1963, o jornalista José Frejat, em O Semanário, revelou que mais de 5 mil militares americanos, 'fantasiados de civis', desenvolviam no Nordeste intenso trabalho de espionagem e desagregação, para dividir o território nacional.. Se a guerra civil eclodisse, segundo ele, a esquadra do Caribe estaria pronta para apoiar as atividades dos supostos civis americanos, com armas e tropas. Até 1963, o Itamaraty concedera mais de 4 mil vistos e recebera solicitação para mais 3 mil, cujo atendimento os militares nacionalistas brasileiros obstaram.21

Com o efetivo golpe, na data de primeiro de Abril de 1964, instaura-se um governo militar ditatorial que, com o pretexto de proteger o Brasil do comunismo, o entregaria novamente à democracia civil, o que, entretanto, aconteceria apenas vinte e um anos depois, após uma verdadeira revolução social. "A Constituição de 1967 possuía várias características que procuravam legitimá-la perante a sociedade. Uma delas era sua aparência de legalidade e legitimidade baseada no suposto perigo comunista."22

Notável também o apoio midiático, não só no editorial do jornal O Globo em apoio ao golpe, mas na variada composição da linha moralista em apoio ao golpe, dotada de vários jornais de ampla circulação, como "Correio da Manhã, Jornal do Brasil, O Globo, O Estado de S. Paulo, Folha de S.Paulo, Tribuna da Imprensa, O Dia e dos Diários Associados de Assis Chateaubriand"23. Tais meios jornalísticos viam o golpe como vitória democrática, assentando ainda mais a visão de que a ação militar era temporária, e o país seria "devolvido" à população, noção rapidamente desintegrada frente ao "endurecimento" da ditadura com o Ato Institucional número 5, ou AI-5, prevendo poderes virtualmente ilimitados à ditadura, fim de inúmeras garantias constitucionais24, e ditando o tom do que viria a ser o período mais negro da ditadura, com exílio, tortura, e perseguição, totalizando-se 434 vítimas fatais25, dentre as quais apenas 188 foram reconhecidas26.

O cenário seria apenas desconstituído com as eleições para a Assembleia Constituinte, que formularia a Constituição em 1988, liderada por Ulysses Guimarães, com ampla participação popular nas ruas. Os trabalhos da Assembleia, empossada em fevereiro de 87, resultariam, 20 meses depois, no texto constitucional promulgado em 1988.

3 A história (contra)cultural do rock: um ode à subversão

A quebra com o paradigma do regime militar ditatorial, como a lógica indica, não é procedimento próprio do panorama deste regime. Levá-lo ao ocaso impõe inobservância dos planos

---

[21] *BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. Tio Sam dá as cartas.* ***Carta Capital,*** *01 abr. 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/793/tio-sam-da-as-cartas-1704.html>. Acesso em 03 mar. de 2016.*

[22] SCHWARTZ, Germano, op. cit., p. 72.

[23] *SILVA, Juremir Machado da. Jornalismo Golpista.* ***Carta Capital,*** *01 abr. 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/793/jornalismo-golpista-1057.html>. Acesso em 30 mar. 2016.*

[24] BRASIL. **Ato Institucional Nº 5 de 13 de Dezembro de 1968.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 14 abr. 2016.

[25] CONHEÇA e acesse o relatório final da CNV. **Comissão Nacional da Verdade,** Brasília, 10 dez. 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>. Acesso em 21 de Março de 2016.

[26] COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório – Volume I – 2014.** Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo11/Capitulo%2011.pdf>. Acesso em 13 abr. 2016.

do regime, impõe a subversão da ordem estabelecida. E em larga escala, dado que as subversões em pequenos âmbitos socioculturais eram punidas, tanto pela mantença da ideologia estatal, que ainda lograva êxito em auferir apoiadores dentre a população ao regime ditatorial, como por ode à ordem e a legalidade, calcadas em poderes exorbitantes aos militares e civis encarregados com tarefas de policiamento, e com certa deferência do Poder Judiciário.

Se, como grande expoente comunicativo da sociedade brasileira rumo à democracia, o rock reflete/comunica tal momento, o que se espera desta vertente artística social é nada menos do que a própria natureza da sociedade que alçou o rock à relevância na época, ou seja, a subversão. Em outros termos, sendo o rock o porta-voz do Brasil que encerrou uma ditadura, deve o mesmo apresentar natureza revolucionária, contracultural, subversiva. E, ao esclarecer, pela pesquisa, o fenômeno do rock enquanto forma de contracultura, é exatamente esta a constatação, desde os primeiros acordes que trariam à fruição o blues, desde "o primeiro grito do escravo negro ao pisar em sua nova terra, a América"27.

Deste grito, deste "casamento do grito escravo com a harmonia europeia"28, nasce o blues. Caracterizado pela sua blue note, uma nota considerada suja pelos músicos da época, por evadir as escalas musicais popularizadas, poderia considerar-se tal como um sinal de que o blues, tal como os seus desdobramentos, especialmente o rock, não atenderia à padrões nem expectativas do status quo, mas sim, trabalharia à margem destes.

Como ritmo originário dos escravos, o blues era não apenas subversivo pela blue note ou por sua origem. Era o ritmo próprio dos negros na América, e comunicava o drama destes, da sua vida à margem até mesmo da sociedade que viria a ser considerada líder do "mundo livre", mas negava qualquer tipo de tutela digna a uma parcela popular que usufruía de uma cidadania de segunda classe.

Dando voz a uma população desamparada, entretanto, nos Estados Unidos da América que, à época, viviam sob o manto da segregação racial, o alcance da mensagem da angústia negra seria bem restrito, inicialmente. Como Muggiati explana, o establishment ainda era favorável à música pop, e o blues, restrito aos negros29. Mas havia também a intelligentsia, a elite cultural americana, que passaria a considerar o jazz negro como erudito, e, de tal sorte, diluir a barreira racial na apreciação do blues tanto pela elite cultural, como pela população branca média do país.

Meramente a aproximação racial na música pelo posicionamento do jazz como música erudita aos olhos da elite cultural não foi suficiente, entretanto, para finalmente trazer o blues aos holofotes, e posicionar o precursor do rock e toda sua carga marginal, subversiva dentre os ritmos mais relevantes. A carga, entretanto, não era meramente subversiva e marginal no aspecto do mensageiro, um negro da América segregada, mas pelo seu posicionamento ideológico, traço genético, que o seu filho, o rock, viria a herdar.

O rock, originalmente surgindo como rock n' roll, uniu o blues ao country, ritmo do americano branco, das zonas rurais, e também trouxe do jazz além de alguns elementos musicais, outra característica: a invasão da música, e exploração dos músicos negros pelos artistas brancos, que mergulhavam na música negra para "trazer dali 'curiosidades', ou 'novidades' para satisfazer um público branco"30. Um conjunto branco, por exemplo, nos anos 20, popularizou o jazz negro, e esta história seria repetida no rock, cujo primeiro expoente a levar o ritmo e a dança majoritariamente negra e subversiva ao mainstream seria Elvis Presley.

---

[27]MUGGIATI, Roberto. **Rock, o Grito e o Mito:** A música pop como forma de comunicação e contracultura. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 8.
[28]Ibidem, loc. cit.
[29]Ibidem, p. 34.
[30]Ibidem, p. 33.

Elvis, entretanto, embora carregasse em si os elementos subversivos do blues, e a dança negra marcantemente sexual para a América majoritariamente conservadora – o que, curiosamente, o permitiu apresentar-se num dos programas mais famosos da época, mas sob a condição imposta por Sullivan, o apresentador, de que fosse filmado apenas da cintura pra cima, evitando a ginga de sua dança, considerada obscena31 – ainda não trazia na sua mensagem a carga social e ideológica que alçaria o rock de um ritmo a um movimento social.

O rock, com a sua popularização, com a voz que a ascensão do gênero contracultural deu a um grupo social que não comprava a ideologia dominante, deu origem a uma alternativa real e presente fora do American Way of Life, especialmente a uma geração jovem que, no pós-segunda Guerra Mundial, não comprava a ideologia e os objetivos de vida da geração anterior. Como conceber que o líder do "Mundo Livre", em sua bonança pós-guerra, ainda sim abnegava igualdade aos seus cidadãos negros? Como conceber a liberdade com a desigualdade entre os sexos e a falta de liberdade sexual e restrições morais conservadoras?

O rock n' roll como movimento social incendeia uma geração jovem que aspirava a mais, e dá as ferramentas subversivas para a perseguição deste mais. A sociedade, o establishment, os transformaria em renegados.

> Mas há os que acreditam que já é possível construir uma sociedade alternativa. Eles enquadram o rock não na etiqueta pejorativa de subcultura lançada pelo Time, mas numa contracultura, que passa a ser a opção de todos aqueles que recusam a ideologia imposta pelo establishment.32

O rock, então, com esta genética, culmina em ambiente alternativo e subversivo à norma social, quebra com a ordem vigente, sendo força agregadora dos jovens brancos, dos negros, dos hippies, por uma sociedade livre, pela paz, e pela igualdade racial, sendo Woodstock, em 1969, um marco histórico, e este clima, saudado como uma nova esperança, "pois não sei onde poderemos encontrar, salvo entre esses jovens rebeldes e seus herdeiros das próximas gerações, a insatisfação radical e a inovação capazes de transformar essa nossa desnorteada civilização em algo que um ser humano possa identificar seu habitat"33.

Nos Estados Unidos, o rock foi hino de uma geração que se opôs à Guerra do Vietnã, ao puritanismo religioso que ceifava a liberdade sexual e a igualdade entre mulheres e homens, ao segregacionismo racial – apartheid americano – e à discriminação com os ritmos negros e com os músicos negros, e os principais porta-vozes da subversão foram tanto brancos, como os Beatles, Bob Dylan e Janis Joplin, como negros, como Jimi Hendrix e Richie Havens, homens e mulheres, numa insurgência coletiva, num conflito de gerações: filhos de burgueses, lutando contra o poder do status quo, em nome de uma sociedade melhor, em nome dos oprimidos, contra os seus próprios pais34.

---

[31]Ibidem, p. 37.
[32]Ibidem, p. 22.
[33]ROSZAK, Theodore. **A contracultura.** Petrópolis: Vozes, 1972, p. 8.
[34]Ibidem, p. 15-17.

4 A música e o rock brasileiro na ditadura: subversão que ditou o ritmo e previu o futuro

Tal como era a esquerda brasileira desunida à época do golpe militar, traduzido expressamente, nas constantes críticas de editoriais famosamente de esquerda35 ao presidente que viria a ser deposto, após a assunção do governo ditatorial a divisa continuava, tanto no campo político, reduzido à ilegalidade, como no campo da arte e da comunicação.

> Os esquerdistas dogmáticos consideravam os tropicalistas e Os Mutantes como 'alienados', que estavam se divertindo, interrompendo indevidamente o assunto sério, ou seja, a revolução. A patrulha ideológica chegou inclusive a pedir para os tropicalistas interromperem suas manifestações artísticas, pois o Brasil não poderia 'desperdiçar energia contestadora' e deveria se unir em torno das músicas de protesto, notadamente das cantadas por Geraldo Vandré.36

A esquerda dogmática, entretanto, falhou em enxergar o valor da subversão da música dos tropicalistas, por ausência de protesto primordialmente político – o que mostra alienação desta mesma ala da esquerda no tocante ao valor subversivo de se primar pelo exercício de liberdades individuais em tempos de ditadura. E, de maneira ironicamente equivocada, causa uma divisão na esquerda por denunciar uma ala da esquerda como divisionista. O desconhecimento histórico-cultural talvez definisse tal equívoco, ao passo que se pode imaginar como teria sido diluído o movimento contracultural do rock se este tivesse se dissociado do blues, ou denunciado o mesmo como meramente melancólico, e não revolucionário, ou protestador o suficiente, ou "desperdício de força subversiva".

Os tropicalistas, ao contrário da esquerda da época, compreendiam o poder da sua comunicação: "Tratava-se de libertar a música e a arte brasileira de dirigismos políticos, afirmando que a arte é em si mesma potente manifestação política"37, e compreendiam porque o dirigismo político fazia com que fossem vítimas de ataques ideológicos tanto da direita conservadora quanto da esquerda. O que falhavam em ver, os críticos da esquerda que buscavam o fim da ditadura militar, era que o cerceamento político não restava soberano em si, mas abraçado em diversos cerceamentos sociais, como as visões culturalmente assentadas de recriminação da liberdade sexual, do consumo de drogas, da igualdade, tal como qualquer sociedade alternativa à norma social conservadora do novo Brasil urbano que emergiu após a década de 40. Mas o movimento tropicalista não seria o "prego no caixão" da ditadura, lugar de honra resguardado ao rock brasileiro da década de oitenta, ou BRock.

"O rock é subversivo da ordem estabilizada que o sistema jurídico representa"38. Importante salientar, claro, que a subversão do rock brasileiro, como nos Estados Unidos onde teve sua origem como herança genética do blues, também foi construída artisticamente – ainda que sem o protagonismo e o aspecto de "movimento sociocultural" – em estilos anteriores ao próprio BRock, marcantemente no rock brasileiro dos anos 70, especialmente nas composições de Rita Lee, que adentrou a década de oitenta como expoente do rock nacional, mas não pode ser considerada integrante/fundadora do BRock enquanto movimento notadamente de revolta política, já que o seu discurso subvertia principalmente os valores referentes à liberdade sexual. Rita Lee, curiosamente,

---

[35]SANDER, Roberto. Op. cit., p. 92.
[36]LINCK, José Antônio Gerzson, et al. **Criminologia Cultural e Rock.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 64-65.
[37]Idem, p. 66.
[38]SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 38.

também difere dos demais integrantes do BRock por não ter atravessado o fenômeno de diminuição do tom subversivo em suas composições pós-Constituição de 1988.

O samba brasileiro do começo do século XX trazia um grandíssimo teor social e subversivo, lidando com o drama do brasileiro negro, separado por apenas duas gerações, em alguns casos, ou menos, da escravidão, que se via preso pela escolha de não trabalhar, o que era tido como conquista39 – já que, historicamente, não trabalhar era visto como um sinal de sucesso, pois trabalhavam apenas os escravos – mas, em não o fazendo, ser estigmatizado como um indivíduo falho num panorama capitalista que começava a se configurar no Brasil, já que não produzia nem consumia, por não possuir emprego.

Cantores como Noel Rosa traziam em sua obra discussões acerca deste embate, e, progredindo, autores posteriores embarcaram em discussões avançadas, como, por exemplo, a distância da Justiça e seus mecanismos, e do Direito, dos negros, e dos mecanismos institucionais de racismo e manutenção das desigualdades sociais pela defesa do status quo, característica do Direito, como nesta obra de Adoniran Barbosa:

> Quando o oficial de justiça chegou / Lá na favela / E contra seu desejo entregou pra seu Narciso um aviso pra uma ordem de despejo / Assinada seu doutor, assim dizia a petição: / Dentro de dez dias quero a favela vazia e os barracos todos no chão / É uma ordem superior, meu senhor, é uma ordem superior / Não tem nada não seu doutor, não tem nada não / Amanhã mesmo vou deixar meu barracão / Não tem nada não seu doutor vou sair daqui pra não ouvir o ronco do trator / Pra mim não tem problema / Em qualquer canto me arrumo de qualquer jeito me ajeito / Depois o que eu tenho é tão pouco minha mudança é tão pequena que cabe no bolso de trás / Mas essa gente aí hein, como é que faz? (Adoniran Barbosa, trecho de Despejo Na Favela40).

Curiosamente, ao contrário dos Estados Unidos, onde a "revolução contracultural" do rock levou homens e mulheres, tal como brancos e negros, à marcha em harmonia, mesmo com parcela significativamente maior, proporcionalmente, da população negra no Brasil, mantiveram-se estritamente separados as obras subversivas do samba e os ritmos negros no Brasil em relação ao BRock, com bandas predominantemente "brancas" e sem influências marcantes de ritmos africanos, ou expoentes negros – salvo algumas exceções, como Clemente, da banda Inocentes – ou que comunicassem angústias especiais à população negra, observando-se as bandas e obras que atingiram as listas das mais reproduzidas à época. Mas a comunicação é um fenômeno sistêmico, e a subversão, como anteriormente exposto, independentemente da carga revolucionária, ou do enquadramento em certo movimento ou ritmo musical, é construtora, alternativa à divergência e ao embate destrutivo que historicamente travaram as forças artísticas opositoras do regime militar pré-BRock.

Numa caminhada histórica, pelo des-esquecimento hermenêutico, observamos que o ser-aí progride na linguagem, pois ele existe na linguagem41. E na linguagem do BRock, percebemos claramente traços tanto da liberação da arte, proposta pelos tropicalistas, como do tom provocador e libertário do rock dos anos 70, como também da narrativa de justiça social do samba brasileiro. A convergência destes aspectos, talvez, explique o fenômeno que o BRock foi não apenas na transmissão de sua mensagem, mas em elevar o rock no Brasil ao seu ápice, mantendo um quarto das

---

[39]CUNHA, Fabiana Lopes. **Da Marginalidade ao Estrelato:** O Samba e a Construção da Nacionalidade(1917-1945). São Paulo: Annablume, 2004.

[40]BARBOSA, Adoniran. **Despejo na Favela.** [S.l., 1969?]. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/adoniran-barbosa/43966/>. Acesso em: 14 abr. 2017.

[41]HEIDEGGER, Martin. **Ser e verdade.** 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 113.

colocações dentre as músicas mais reproduzidas nas rádios durante um dos anos da década (1984)42, marca nunca mais atingida43, (inclusive, como noticiado em Janeiro de 2016, o rock oficialmente desapareceu da lista das 100 músicas mais tocadas nas rádios, sem sequer uma canção representante44). A subversão e a revolta revolucionária do BRock trouxeram os resultados que a subversão da Tropicália e da MPB e suas canções de protesto não conseguiram atingir.

Dentre os artistas de maior expressão e mensagem revolucionária da época devemos ressaltar a banda RPM (Revoluções Por Minuto), que conseguiu alcançar números de vendagem expressivos, e disseminar o clima de quebra com o status quo que o BRock promovia:

> Abordar navios mercantes / Invadir, pilhar, tomar o que é nosso / Pirataria nas ondas do rádio / Havia alguma coisa errada com o rei / Preparar a nossa invasão / E fazer justiça com as próprias mãos / Dinamitar um paiol de bobagens / E navegar o mar da tranquilidade / Toquem o meu coração / Façam a revolução / Que está no ar / Nas ondas do rádio / No submundo repousa o repúdio / E deve despertar [...] (trecho da canção "Rádio Pirata"[45])

E o clima de quebra também não foi a única interferência, pois o BRock também ditou o ritmo, e as mudanças mais esperadas pela população, como, por exemplo, a tão desejada eleição direta para a presidência, contemplada na música "Inútil", da banda Ultraje a Rigor, ou o fim da opressão da polícia militar da ditadura, como na música "Proteção", da banda Plebe Rude, mas o que tanto se havia em comum entre todas as temáticas era a construção de uma nação diferente: democrática, livre, igual, justa.

> Posso / Vigiar teu carro / Te pedir trocados / Engraxar seus sapatos / Posso / Vigiar teu carro / Te pedir trocados / Engraxar seus sapatos / Sei/ Não é nossa culpa / Nascemos já com uma bênção / Mas isso não é desculpa / Pela má distribuição / Com tanta riqueza por aí, onde é que está / Cadê sua fração / Até quando esperar / A plebe ajoelhar / Esperando a ajuda do divino Deus[…] (trecho da faixa "Até Quando Esperar"[46])

Não é tarefa que exija um observador afiado "[...] observar como o rock brasileiro dos anos 80 conseguiu influenciar a lógica do Direito no Brasil na época da transição da ditadura militar para a democracia constitucional"[47], ao partir do paralelo entre o tom de revolta contra a desigualdade e pobreza, num país tão rico e cheio de recursos como o Brasil, e os mecanismos que acabaram positivados na Carta Magna, como o Art. 3º e seus incisos, determinando a igualdade, o desenvolvimento, a erradicação da pobreza e desigualdades regionais como objetivos da república.

E não foram poucos os avanços que a promessa da Constituição de 1988 contemplou. No seio de seu texto, constituintes que, liderados por Ulysses Guimarães, positivaram um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, não apenas nos mais de 70 incisos do quinto artigo do texto, mas através de todo o texto, o que, não só tornou o texto constitucional um dos mais minuciosos e

---

[42]SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 56.

[43]Idem.

[44]ORTEGA, Rodrigo. Rock nacional some do top 100 anual de rádios do Brasil; sertanejo domina. **G1,** 06 jan. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2016/01/rock-nacional-some-do-top-100-anual-de-radios-do-brasil-sertanejo-domina.html>. Acesso em 25 fev. 2016.

[45]RPM. **Rádio Pirata.** [S.l., 1985]. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/rpm/64786/>. Acesso em: 14 abr. 2017.

[46]RUDE, Plebe. Até quando esperar. [S.l., 1986]. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/plebe-rude/48161/>. Acesso em: 14 abr. 2017.

[47]SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 24.

completos existentes – Miguel Reale aponta-o como o mais completo de todos48 - mas também o tornou uma quebra com as classes dominantes, e, portanto, com o grande histórico brasileiro de textos constitucionais que as beneficiam.

> Ainda que possa ser acusada de um texto analítico, demasiadamente minucioso e calculista, a Constituição de 1988, mais do que em qualquer outro momento da história brasileira, - além de ter contribuído para enterrar a longa etapa de autoritarismo e repressão do golpismo militarista -, expressa importantes avanços da sociedade civil e materializa a consagração de direitos alcançados pela participação de movimentos sociais organizados.49

O extenso rol deu voz aos anseios populares, ao ritmo de subversão e quebra, ao ode pela liberdade, pela democracia e pela igualdade, restando positivadas as expectativas normativas que o rock expressou, e, até mesmo antecipou50. Direitos e garantias individuais, como a liberdade, o pluralismo político, a liberdade religiosa, direito à saúde, devido processo legal, e outros difusos, como a preservação ambiental, dentre outros. Todos protegidos pelo aspecto contramajoritário da Carta Magna51.

5 Considerações finais: *"O céu é só uma promessa" - a consciência hermenêutica como chave para a concretização da Constituição Federal de 1988*

A promessa da Carta Magna não se concretizou. Para uma pletora de direitos novos, uma nova síndrome: o "demandismo". Antes fosse o judiciário a via assecuratória da transformação da realidade, já que, constitucionalmente posicionado como garantidor, patrono das garantias, mas os problemas "[...] são funcionalizados pelo poder Judiciário, e não tratados, o que é, em tese, desejado e adequado."[52]

Desde as previsões constitucionais de respeito ao meio ambiente, ao sistema penal brasileiro, ainda não constitucionalizado[53], isto quase trinta anos após a promulgação da Constituição, o ideal ainda é apenas tal: um ideal. Em um cenário de desenfreada desigualdade e pobreza – cuja erradicação é um dos fundamentos da República, Art. 3º, III da Carta Magna – basta dizer que educação e saúde ainda não são direitos universais no Brasil, apenas no ordenamento jurídico.

Todo o progresso, entretanto, sinaliza alguma viabilidade, em uma democracia mais "madura", de concretizar o sonho. Na contramão desta promessa restam alguns que externam intenções de nova constituinte, mas o problema não se encontra na confecção de novas disposições, de um novo panorama constitucional, mas na retemporalização da Constituição[54].

---

[48]REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** São paulo: Saraiva, 2002, p. 269.
[49]WOLKMER, Antônio Carlos. **A História do Direito no Brasil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 88.
[50]SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 40.
[51]STRECK, Lênio. **Verdade e Consenso.** Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2009, p. 17.

[52]D'OLIVEIRA, M. C, CAMARGO, M. A. S. e D'OLIVEIRA, M. C. A ressignificação do Estado Democrático contemporâneo instrumentalizada pelo exsurgimento de uma nova cultura político-jurídica de acesso à Justiça. In: WOLTMANN, A., LINCK, I. M. D., e NEUBAUER, V. S. (Org.). **O fenômeno jurídico como compromisso social.** Curitiba: CRV, 2014. p. 11-22.

[53]DURIGON, L. G. Basta o "respeito" ao contraditório? In: WOLTMANN, A., LINCK, I. M. D., e NEUBAUER, V. S. (Org.). **O fenômeno jurídico como compromisso social.** Curitiba: CRV, 2014. p. 129-136.

[54]SCHWARTZ, Germano. Op. cit., p. 140.

O esgotamento do pensamento de matriz liberal-individualista – que opõe o indivíduo ao aparato estatal – encontra no abraço de uma visão hermenêutica da Constituição um caminho para retrabalhar as relações de poder: o Direito, como dirigente, transformador da realidade, e a democracia como dirigente deste.

Face uma nação amplamente desigual, cujas promessas assim continuam, reafirmar uma Carta Constitucional dirigente, reafirmar os valores e a tradição que a democracia nos lega, defender o Direito e os direitos, defendendo-os até mesmo das maiorias[55], que subvertem a democracia para sua agenda opressora, torna-se tarefa de responsabilidade solidária à sociedade, e, principalmente, aos juristas – juízes, advogados, promotores, professores, estudantes, autores, doutrinadores, etc. – a valer-se de uma consciência hermenêutica, para, em des-esquecendo este legado de lutas e de conquistas, trilhar os passos para a concretização de um Estado Social e Democrático de Direito.

Referências

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. Tio Sam dá as cartas. *Carta Capital,* 01 abr. 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/793/tio-sam-da-as-cartas-1704.html>. Acesso em 03 mar. de 2016.

BARBOSA, Adoniran. *Despejo na Favela*. [S.l., 1969?]. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/adoniran-barbosa/43966/>. Acesso em: 14 abr. 2017.

BRASIL. *Ato Institucional Nº 5 de 13 de Dezembro de 1968.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em 14 abr. 2016.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. *Relatório – Volume I – 2014.* [2014?] Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo11/Capitulo%2011.pdf>. Acesso em 13 abr. 2016.

CONHEÇA e acesse o relatório final da CNV. *Comissão Nacional da Verdade,* Brasília, 10 dez. 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>. Acesso em 21 de Março de 2016.

CÔRTES, Norma. Descaminhos do método: notas sobre história e tradição em Hans-Georg Gadamer. *Varia Historia*, Belo Horizonte, v.22, n.36, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/vh/v22n36/v22n36a03.pdf>. Acesso em 25 fev. 2017.

CUNHA, Fabiana Lopes. *Da Marginalidade ao Estrelato:* O Samba e a Construção da Nacionalidade(1917-1945). São Paulo: Annablume, 2004. 262 p.

D'OLIVEIRA, M. C, CAMARGO, M. A. S. e D'OLIVEIRA, M. C. A ressignificação do Estado Democrático contemporâneo instrumentalizada pelo exsurgimento de uma nova cultura político-jurídica de acesso à Justiça. In: WOLTMANN, A., LINCK, I. M. D., e NEUBAUER, V. S. (Org.). *O fenômeno jurídico como compromisso social.* Curitiba: CRV, 2014. p. 11-22.

[55]STRECK, Lenio. Op. cit., p. 31.

DURIGON, L. G. Basta o “respeito” ao contraditório? In: WOLTMANN, A., LINCK, I. M. D., e NEUBAUER, V. S. (Org.). *O fenômeno jurídico como compromisso social.* Curitiba: CRV, 2014. p. 129-136.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II:* Índices e complementos. 6ª ed. Petrópolis: Vozes, 2011. 624 p.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e verdade.* 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2012, 309 p.

LINCK, José Antônio Gerzson, et al. *Criminologia Cultural e Rock.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 235 p.

MUGGIATI, Roberto. *Rock, o Grito e o Mito:* A música pop como forma de comunicação e contracultura. Petrópolis: Vozes, 1973, 120 p.

ORTEGA, Rodrigo. Rock nacional some do top 100 anual de rádios do Brasil; sertanejo domina. *G1,* 06 jan. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2016/01/rock-nacional-some-do-top-100-anual-de-radios-do-brasil-sertanejo-domina.html>. Acesso em 25 fev. 2016.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito.* São paulo: Saraiva, 2002, 390 p.

RELEMBRE: editorial de O Globo celebra golpe militar de 1964. *Pragmatismo Político,* [S.I.], 26 mar. 2013. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/03/editorial-globo-celebra-golpe-militar-de-1964.html>. Acesso em 22 abr. 2016.

ROSZAK, Theodore. *A contracultura.* Petrópolis: Vozes, 1972, 301 p.

RPM. *Rádio Pirata.* [S.l., 1985]. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/rpm/64786/>. Acesso em: 14 abr. 2017.

RUDE, Plebe. *Até quando esperar*. [S.l., 1986]. Disponível em: <https://www.letras.mus.br/plebe-rude/48161/>. Acesso em: 14 abr. 2017.

SANDER, Roberto. *1964:* O Verão do Golpe. 2.ed. Rio de Janeiro: Maquinária Editora, 2013, 272 p.

SCHWARTZ, Germano. *Direito & Rock:* O BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do Junho de 2013. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 146 p.

SILVA, Juremir Machado da. Jornalismo Golpista. *Carta Capital,* 01 abr. 2014. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/793/jornalismo-golpista-1057.html>. Acesso em 30 mar. 2016.

STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso.* Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2009. 594 p.

WARAT, Luiz Alberto. *Introdução Geral ao Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, 232 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. *A História do Direito no Brasil.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 129 p.

PRÁXIS CULTURAIS DE UM CENTRO UNIVERSITÁRIO COMUNITÁRIO: A MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS JUDICIAIS

Cíntia da Silva Moura,
Mestre em Direito da Universidade de Caxias do Sul - UCS e bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Advogada. Coordenadora adjunta do Curso de Direito, Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE. Professora de Direito das famílias e sucessões, e das práticas cíveis simuladas e reais do Centro Universitário La Salle - UNILASALLE.
E-mail: cintia.moura@unilasalle.edu.br

Gilca Lucena Kortmann,
Doutora e Mestre em Educação/UNISINOS.Prof.do PPG Em Saúde e Desenvolvimento Humano; Prof.do PPG Memória Social e Bens Culturais Psicopedagoga Coordenadora do Curso de Psicopedagogia/Unilasalle, Terapeuta Familiar e Casal, Mediadora familiar, Pesquisas na área de Culturas infantis e família.UNILASALLE E-mail.gilca.kortmann@unilasalle.edu.br

Resumo:

O artigo visa analisar a mediação de conflitos prevista no novo Código de Processo Civil, em consonância com a Resolução nº 125 de 29/11/2010 e com a Lei da Mediação n° 13.140/15, destacando a importância do instituto como forma alternativa de resolução dos conflitos, que possibilita o resgate da cultura do diálogo, a construção da solução pelas partes e a manutenção do relacionamento entre elas, e elencando o procedimento previsto. Será analisada a mediação familiar, evidenciando tratar-se de um processo onde uma terceira pessoa auxilia os participantes na resolução de uma disputa, ajudando no diálogo entre os participantes do processo, acompanhando as mudanças decorrentes da interação resultante do conflito. Finalmente, apresentaremos a práxis de mediação em um Centro Universitário, como meio de universalização da justiça, tendo em vista que populações com baixos índices de acesso à educação, à saúde e ao trabalho constituem variáveis significativas para pouca qualidade de vida, assim como as condições de acesso aos serviços essenciais e aos mínimos sociais. A metodologia utilizada será a pesquisa bibliográfica descritiva e documental.

Palavras-chave: Mediação. Cultura. Conflitos familiares.

1 Introdução

A judicialização dos conflitos aliada à democratização ao acesso da Justiça contribuiu para uma crescente demanda pelo Judiciário. Desta forma, a autocomposição dos conflitos ganhou espaço, aproximando cidadãos e proporcionam celeridade processual, através da mediação familiar.

A mediação é um processo onde uma terceira pessoa auxilia os participantes na resolução de uma disputa, ajudando no diálogo entre os participantes do processo, acompanhando sempre as mudanças decorrentes da interação resultante do conflito.

Mediar conflitos não é algo novo, há vários relatos bíblicos que apontam a existência de uma terceira pessoa que auxiliava a apaziguar as disputas e buscava a pacificação através do diálogo, sem contar que em todas as etimologias da palavra mediação, contata-se que ela evoca o significado de equilíbrio entre dois, conforme pesquisa realizada por Breitman e Porto (2001). Com existência identificada desde os tempos da Antiga China, inspirados por Confúcio (551 a.C.-479 a.C) e na Grécia, oficializada por Justiniano (482 a. C.-565 a. C.) a mediação passou a ser cultuada no âmbito jurídico a partir da década de 60 nos EUA (NEPOMUCENO; SCHMIDT,2006).

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 125 de 29/11/2010, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

A Lei da Mediação n°13.140/15 regulamenta a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; e o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, também estabelece o instituto da conciliação e da mediação em seus artigos, trazendo significativos avanços.

Os tribunais devem criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, incumbidos de oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil e do art. 27 da Lei de Mediação, antes de prolatar a sentença[56].

Por fim, a mediação é um grande avanço e proporciona celeridade processual e melhor resolução dos conflitos, pois eliminou-se formalismos desnecessários, promovendo a economia processual, simplificando os procedimentos e eliminando os incidentes processuais, através da promoção do diálogo e da autocomposição dos conflitos.

2 Mediação familiar e sua regulamentação

A mediação é um processo no qual uma terceira pessoa- o mediador- auxilia os participantes na resolução de uma disputa, ajudando no diálogo entre os participantes do processo, acompanhando sempre as mudanças decorrentes da interação resultante do conflito. Como a resolução de conflitos

[56]Art. 1º Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

envolve mais de uma pessoa, a resolução do problema envolve mais de uma pessoa, e a solução escolhida deve satisfazer "todos os participantes na disputa", por isso ela é apropriada para disputas familiares. (Haynes e Marodin, 1996, p.11).

Mediar conflitos não é algo novo, existem inúmeros relatos bíblicos que apontam a existência de uma terceira pessoa que auxiliava a apaziguar as disputas e buscava a pacificação através da conversa, sem contar que em todas as etimologias da palavra mediação, contata-se que ela evoca o significado de equilíbrio entre dois, conforme pesquisa realizada por Breitman e Porto (2001). Com existência identificada desde os tempos da Antiga China, inspirados por Confúcio (551 a.C.-479 a.C) e na Grécia, oficializada por Justiniano (482 a. C.-565 a. C.) a mediação passou a ser cultuada no âmbito jurídico a partir da década de 60 nos EUA (NEPOMUCENO; SCHMIDT,2006).

A mediação está prevista no Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 e na Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. O parágrafo único do art. 1º da Lei 13.140/2015 disciplina que "considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.".

Ademais, a Resolução nº 125 de 29/11/2010 já previa a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário. A resolução busca estimular outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação.

Os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos deverão ser criados pelos tribunais, devendo desenvolver, planejar e implementar a política estabelecida na resolução. Instituem-se também os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, segundo art. 8.

> Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.2016). (RESOLUÇÃO Nº 125, CNJ)

Atualmente, há um estimulo para a utilização de métodos alternativos de tratamento de conflitos. Assim, a mediação não será realizada somente de forma extrajudicial, mas também no judiciário. Nessa esteira afirma Fernanda Tartuce que,

> Nos últimos tempos muito se tem propugnado o uso de meios diferenciados de abordar conflitos. Como fundamentos principais para tal iniciativa, merecem destaque a maior adequação desses mecanismos para atender os indivíduos em seus interesses e o reconhecimento das limitações do Poder Judiciário para distribuir a prestação jurisdicional em tempo e condições razoáveis.
> Tais afirmações consideram vantagens para a pessoa envolvida no conflito, que pode encontrar uma saída mais apropriada para seus dilemas, assim como vislumbram aspectos positivos para o Poder Judiciário, que pode ver nos meios consensuais uma forma de aliviar seu imenso acervo de demandas. (TARTUCE, 2013, s/p)

A mediação surge como um instrumento diante da crescente reivindicação de acesso à justiça[57], esta em contraposição com a morosidade no andamento das ações e os problemas do Poder Judiciário. Para Grinover (2015), diversos fatores contribuíram para a insuficiência exclusiva da via estatal, como o formalismo, a complicação procedimental, a burocratização, a dificuldade de acesso ao Poder Judiciário; o aumento das causas de litigiosidade em uma sociedade cada vez mais complexa e conflituosa, a própria mentalidade dos operadores do direito. Os métodos alternativos apresentam-se, portanto, como soluções para o excessivo número de processo judiciais, despesas judicias, morosidade e ineficiência do judiciário, assim como para o acesso à justiça.

Dito isso, é oportuno verificar o que é mediação. Segundo WARAT,

> a mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes, que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa. (WARAT, 2001, p. 60).

A mediação pode ser definida, ainda, nas palavras de Tartuce,

> Mediação é o mecanismo de abordagem consensual de controvérsias em que uma pessoa isenta e capacitada atua tecnicamente com vistas a facilitar a comunicação entre os envolvidos para que eles possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas. (TARTUCE, 2015, s/p).

A doutrina ressalta a importância da comunicação, da participação e do diálogo entre as partes para administração do conflito. Portanto, a solução construída pelos envolvidos no conflito, com a ajuda de um mediador, pode restabelecer os vínculos e o diálogo, abreviando o processo e o desgaste que uma demanda judicial pode ocasionar nas partes. A preocupação não é somente com a resolução do problema, mas também com a relação que as partes envolvidas estabelecem, objetivando a continuidade dos laços sociais.

Morais e Spengler ressaltam que

> "[...] os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de associação, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social." (MORAIS, SPENGLER, 2008, p. 139).

A solução consensual dos conflitos é um importante avanço, pois devolve aos envolvidos a titularidade do conflito, dando-lhes poder e responsabilidade para encontrar uma solução para o caso, bem como proporcionando espaços de escuta e de fala. Esses espaços são fundamentais,

[57] Segundo Tenenblat (2011, p. 24), "acesso à justiça significa a possibilidade de alcançar determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, com o exercício da cidadania plena e a instituição de uma estrutura jurídica harmoniosa e isonômica. Por sua vez, o Poder Judiciário tem como função típica a prestação jurisdicional, consistente na aplicação da lei ao caso concreto que lhe é submetido quando há conflito de interesses. Nesta sua principal função, o Judiciário configura importante ferramenta de pacificação social ou, mais precisamente, um mecanismo por intermédio do qual as desavenças e disputas sobre a alocação de direitos são dirimidas a partir de normas e regras pré-estabelecidas pela sociedade".

principalmente se os envolvidos possuem relações de afeto e necessitam restabelecer o diálogo. A mediação pode atender de forma eficiente as necessidades das partes envolvidas, reconstruindo as relações.

Todos os tribunais devem obrigatoriamente - independente de seu tamanho ou de suas especificidades - criar centros de solução consensual de conflitos. A imposição já era feita pela Resolução 125/2010, do CNJ". (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, p. 230). Esses centros terão sua composição e organização definidas pelos tribunais, respeitadas as normas do Conselho Nacional de Justiça[58] e os mediadores certificados pelo TJ estarão alinhados com o programa de mediação organizado de acordo com a política nacional de tratamento de conflitos, instituída pelo CNJ.

Há que de distinguir mediação de conciliação, pois trata-se de institutos distintos. O conciliador atuará nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sem a utilização de intimidação das partes para forçar uma conciliação. Trata-se de um "terceiro imparcial na tentativa da obtenção da autocomposição do litígio. Esse terceiro possui papel ativo de autocomposição, podendo sugerir soluções para o conflito. O papel do conciliador é mais presente do que o do mediador, na medida em que é sua função sugerir alternativas para a resolução do litígio". (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, p.230)

Ao passo que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e auxiliará aos interessados a compreender o conflito, visando restabelecer a comunicação das partes para que possam, por si próprios, encontrarem soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. O papel do mediador,

> Consiste na inclusão de um terceiro imparcial para auxiliar na negociação das partes. Sua finalidade é colaborar para que as partes cheguem, por sua própria iniciativa, a um acordo. O mediador não deve, em regra, sugerir soluções para o problema das partes, mas auxiliá-las a encontar, sozinhas tais soluções. Para tanto, deve ajudar a restabelecer o diálogo entre as partes, para que elas possam encontrar os pontos de divergência e consigam resolver sua controvérsia. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, p.230)

A mediação é indicada a qualquer tempo do processo, simplificando o caminho e priorizando o diálogo para busca de soluções e a manutenção do relacionamento entre as partes envolvidas no conflito, conforme esclarece Tartuce esclarece

> a mediação tem potencial para lidar com controvérsias não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento. Com efeito, desde que haja disposição dos envolvidos o tratamento consensual é sempre possível: ainda que escolhida inicialmente a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, decidir buscar saídas conjuntas. (TARTUCE, 2015, s/p).

A petição inicial deverá indicar obrigatoriamente a opção do autor pela realização ou não de audiência de mediação[59]. Se ambas as partes manifestarem desinteresse expresso[60] na composição

---

[58]Art. 165. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

[59]Art. 319. A petição inicial indicará: VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

[60] Art. 334 § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

consensual ou não se admitir autocomposição a audiência não será realizada[61]. Se houver interesse de pelo menos uma das partes, o juiz designará audiência de mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo o réu ser citado com pelo menos 20 dias de antecedência[62].

Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação, que pode realizar-se por meio eletrônico[63], não podendo exceder dois meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes[64]. O autor será intimado na pessoa de seu advogado[65].

Todavia, Dias adverte sobre as peculiaridades destas questões diante das ações de família,

> na tentativa de encontrar formas consensuais de solução dos conflitos, é prevista a realização de audiência preliminar de conciliação ou mediação em todos os processos de conhecimento (334). Esta determinação, no entanto, não se confunde com o mesmo ato a ser realizado nas ações de família. Nestas demandas o mediador ou conciliador deve estar acompanhado de profissional de outras áreas de conhecimento (694). Há outras peculiaridades. No processo de conhecimento o réu deve ser citado com 20 dias de antecedência (334), enquanto para a audiência de família, o prazo é de 15 dias (695 § 2º). Nestas demandas não é possível a qualquer das partes manifestar desinteresse em sua realização, como é facultado ao autor e ao réu nas demais ações (334 §§ 4º e 5º).
>
> Do mesmo modo não há limitação de tempo para a suspensão do processo, como ocorre nas ações de conhecimento, cujo prazo para a conciliação ou mediação não pode exceder a dois meses (334 § 2º). Quando o objeto da demanda diz com relações familiares, além da divisão da audiência em tantas sessões quantas sejam necessárias na busca de uma solução consensual (696), possível a suspensão do processo, enquanto as partes se submetem a mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar, sem limitação de prazo (694 parágrafo único). (DIAS, 2015, s/p).

Na audiência de mediação, as partes devem estar acompanhadas de seus advogados[66], sendo que o não comparecimento injustificado das partes à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa[67].

Todavia, Marinoni destaca que

> simetricamente ao direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, da CRFB) encontra-se o direito fundamental de defesa (art. 5º, LV, da CRFB). Daí que, não sendo o caso de designar audiência de conciliação ou de mediação ou não tendo sido possível obter a autocomposição, tem o juiz de oportunizar que o réu exerça o seu direito de defesa (art. 335).
>
> No direito anterior, o réu poderia responder á petição inicial oferecendo contestação, exceções (de incompetência relativa, de impedimento ou de suspeição) ou reconvenção. Poderia ainda tomar outras atitudes, tais como propor ação declaratória incidental, provocar incidente de impugnação o valor da causa, provocar o incidente de impugnação ao beneficio da gratuidade

---

[61] Art. 334 § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

[62] Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[63] Art. 334 § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

[64] Art. 334 § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

[65] Art. 334 § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.

[66] Art. 334 § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

[67] Art. 334 § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

> judiciária, provocar a intervenção de terceiros, reconhecer juridicamente o pedido ou nada fazer, com o que seria decretada sua revelia. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 217 e 218)

No novo CPC, o legislador procurou eliminar formalismo desnecessário promovendo a economia processual, "nessa linha, esforçou-se para simplificar o procedimento para a defesa, com o que procurou eliminar os incidentes processuais e concentrar o maior número possível de alegações na contestação". (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015a, p. 218)

Diante das inovações apresentadas pelo novo CPC, Tartuce é categórica em afirmar que

> as pessoas envolvidas nos conflitos merecem ser comunicadas sobre as vantagens decorrentes de uma abordagem não beligerante, dentre as quais se destacam a valorização da autonomia, a celeridade, a possível manutenção do relacionamento em bases melhores, o controle do procedimento, a economia de recursos e a sustentação de uma boa reputação. (TARTUCE, 2013, s/p).

Para tornar-se mediador não precisa ser bacharel em direito, contudo deverá preencher o requisito da capacitação mínima, através da realização de curso oferecido por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Com o respectivo certificado, o mediador poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal[68]. Ressalte-se que mediadores judiciais cadastrados estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções[69].

As partes podem escolher, de comum acordo, o mediador, estando este ou não cadastrado no tribunal, bem como a câmara privada de mediação[70]. Caso contrário, a indicação de mediador será por distribuição entre os cadastrados. Sempre que recomendável haverá designação de mais de um mediador.

Todavia, há casos em que o mediador estará impossibilitado de atuar. O art. 170 estabelece o procedimento em caso de impedimento do conciliador ou mediador[71]. Importante destacar que ao mediador e ao conciliador aplicam-se as causas de impedimento e suspeição do juízo, conforme arts.144-145, c/c art. 148, CPC. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015b, p.233). Portanto, verificando alguma das hipóteses, deve o conciliador ou mediador comunicar imediatamente o fato ao juiz, de preferência por meio eletrônico, para que outro profissional assuma a função.

---

[68] Art. 167 § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

[69] Art. 167, § 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

[70] Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. § 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

[71] Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

No caso de impossibilidade temporária de exercer a função, prevista no art. 171[72], deve o conciliador ou mediador informar o fato ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos, para que não haja novas distribuições durante o período em que perdurar a impossibilidade. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015b, p.233).

O mediador receberá pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, exceto quando o tribunal optar pela criação de quadro próprio de mediadores preenchido por concurso público de provas e títulos[73]. Todavia, a mediação pode ser prestação de trabalho voluntário.

Em que pese todos esses avanços, para o sucesso da mediação na solução dos conflitos, visando a autocomposição, rompendo-se paradigmas importantes, Tartuce acredita que

> um passo importantíssimo para o advogado é preparar o caso para mediação; esta preparação difere da lógica da preparação da ação judicial porque não se jogará o "jogo do julgamento", mas sim o "jogo da mediação"41. Neste, não se busca sustentar as posições jurídicas por meio de alegações baseadas em teorias do Direito; pelo contrário, as posições jurídicas ficam em segundo plano e, ao serem evocadas, ficam restritas ao plano especulativo, pois a intenção na mediação não é ter as posições jurídicas declaradas como válidas ou inválidas por um terceiro. (TARTUCE, 2013, s/p).

3 Práxis de mediação em um Centro Universitário

Sabe-se comprovadamente que populações com baixos índices de acesso à educação, à saúde e ao trabalho constituem variáveis significativas para pouca qualidade de vida, assim como as condições de acesso aos serviços essenciais e aos mínimos sociais. Petrini (2003) afirma que, a medida que a família encontra dificuldades para cumprir satisfatoriamente suas tarefas básicas de socialização e de amparo (serviços) aos seus membros, criam-se situações de vulnerabilidade. A vida familiar para ser efetiva e eficaz depende de condições para a sua sustentação e manutenção dos seus vínculos.

A situação de vulnerabilidade social das famílias se encontra diretamente ligada à miséria estrutural, agravada pela crise econômica que lança o homem ou a mulher ao desemprego, subemprego e à dependência financeira externa ao núcleo familiar. Junto a isso, encontramos também as dificuldades de relações interpessoais familiares que contribuem para esse emaranhado.

Desta forma, compartilhamos, neste momento, um dos trabalhos comunitários que vem sendo desenvolvido no Núcleo Jurídico de uma instituição universitária comunitária, de forma interdisciplinar junto com os cursos de Psicopedagogia e Psicologia desta instituição.

---

[72]Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições

[73]Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.§ 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Trata-se de intervir através da Mediação familiar em sujeitos com dificuldades e emaranhados em suas histórias, uma vez que criar condições de superação é o caminho eficaz para a mudança de comportamento e atitude diante das dificuldades vividas.

O NPJ através do trabalho de Mediação atende famílias que apresentam dificuldades de comunicação e relação interpessoal, com o objetivo da reorganização da vida pessoal e familiar, estimulando-os como sujeitos de sua própria aprendizagem. Este trabalho descreve elementos da narrativa, trazidos pelas famílias que frequentam o Núcleo de Mediação, trabalhando na reestruturação das relações existentes, auxiliando a construir vínculos de confiança pelo resgate do potencial criativo e resolutivo de seus membros.

A Mediação beneficia os clientes e a sociedade, produz acordos que são integrados e preserva os relacionamentos em andamento dos membros da família. Ajuda a assegurar aos filhos que manterão ambos os pais e auxilia os pais a moverem-se com vidas independentes.

Por derradeiro, mas não menos importante, há também alternativas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, a serem regulamentadas por lei específica.

4 Considerações finais

A mediação está positivada no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015. Portanto, este trabalho analisou o instituto, revisando conceitos e elencando os procedimentos da audiência de mediação e os que envolvem os mediadores, previstos na lei.

O novo CPC estabelece que os tribunais deverão criar núcleos de solução de conflitos para oferecer mediação e conciliação e define a atuação dos conciliadores e mediadores e o rito da audiência. Ressalte-se que Resolução nº 125 de 29/11/2010 também estabelece a criação de Núcleos e Centros de Conciliação, bem como estabelece a política de mediação.

O legislador procurou eliminar formalismo desnecessário promovendo a economia processual, simplificando o procedimento para a defesa, eliminando os incidentes processuais e concentrar o maior número possível de alegações na contestação. A mediação passou a ser estimulada e a petição inicial deverá indicar obrigatoriamente a opção do autor pela realização ou não de audiência de mediação. A autocomposição será reduzida a termo e homologada por sentença.

Conclui-se que a mediação é um instrumento de grande importância para a solução dos conflitos. Ela possibilita o resgate da cultura do diálogo, a construção da solução pelas partes com o auxílio de um terceiro imparcial e a manutenção do relacionamento entre os envolvidos, auxiliando na contenção do número excessivo de demandas no judiciário.

Caberá aos advogados uma mudança de cultura, uma transformação, aceitando as novas formas de solução de conflitos e valorizando a cidadania. Da mesma forma, cabe ao Poder Judiciário o desafio de criar e implementar os Núcleos e os Centros de Conciliação, assim como estimular e disseminar o uso de mecanismos adequados para a solução de conflitos, como a mediação. Os mediadores e conciliadores deverão ter capacitação e treinamento adequado para participar das sessões, sob pena de não se alcançar a qualidade e o objetivo do trabalho.

Referências

AZEVEDO, André Gomma de (Org.) BRASIL. *Manual de mediação judicial.* Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2009. 246 p.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

_____. *Códigos de Processo Civil comparados*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. *Projeto de Lei 8046/2010*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267. Acesso em 20 de abril de 2016.

_____. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 13 de abril de 2016.

_____.Ministério da Justiça. *Manual de Mediação Judicial*, Brasil 2009. Disponível em:<http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao>.Acesso em 13 de abril de 2016.

BREITMAN,S; PORTO, A.C. Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz. Porto Alegre: Criação Humana,2001.

DIAS, Maria Berenice. *As ações de família no novo Código de Processo Civil.* 2015. Disponível em: <http://justicaemfoco.com.br/desc-noticia.php?id=106971>. Acesso em: 07 de abr. 2016.

Guia de Conciliação e Mediação: orientações para implantação de CEJUSCs. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf Acesso em 25 de abril de 2016.

GRINOVER. Ada Pellegrini. *Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em:<http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/> Acesso em: 22 de abr. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015a.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015b.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado:* com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. edição da obra código de processo civil comentado, reescrita de acordo com a Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEINERO; Fernanda Sartor. *A mediação no judiciário: placebo ou cura para os males do aumento da judicialidade?*. Formas consensuais de solução de conflitos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/DomHelder Câmara; coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Adriana Silva Maillart, Nivaldo Dos Santos– Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 426-445. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/878P26Jb87b7M6bY.pdf>. Acesso em 22 de abr. 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem*: alternativas à Jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NEPOMUCENO,E.S.P.; SCHIMIDT,I.E. Mediação de conflitos. In: Ramires, V.R; CAMINHA,R. Práticas em saúde no âmbito da clínica –escola; a teoria. São Paulo: Casa do psicólogo, 2006.

NUNES, Elpídio Donizetti 1956-. *Novo código de processo civil comentado:* (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015): análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Entre famas e cronópios, mediação com Warat nos leva à literatura*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-28/entre-famas-cronopios-mediacao-warat-leva-literatura. Acesso em: 20 de abr. 2016.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil.* São Paulo: Editora Saraiva. 2ªed. 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos.* In: João José Custódio da Silveira; José Roberto Neves Amorim. (Org.). A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, v. 1, p. 125-146. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora.>Acesso em 02 de maio de 2016.

_____. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. 2015. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 19 de abr. de 2016.

TENENBLAT, Fábio. *Limitar o acesso ao poder judiciário para ampliar o acesso à justiça*. 2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1487/14>. Acesso em: 20 de abr.2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Novo código de processo civil comparado:* artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WARAT. Luís Alberto. *O ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.